



SOZIOLOGISCHE ÜBERLEGUNGEN ZU EINER THEORIE DER ANGEWANDTEN
RECHTSVERGLEICHUNG

Author(s): Volkmar Gessner

Source: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 1972, 36. Jahrg., H. 2 (1972), pp. 229-260

Published by: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/27875568>

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



JSTOR

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*

AUFSÄTZE

SOZIOLOGISCHE ÜBERLEGUNGEN ZU EINER THEORIE DER ANGEWANDTEN RECHTSVERGLEICHUNG

Von VOLKMAR GESSNER

Hamburg*

Der folgende Beitrag behandelt einige theoretische Probleme der angewandten Rechtsvergleichung. Dabei wird als angewandte Rechtsvergleichung das Forschungsgebiet angesehen, das sich mit der Suche nach rechtlichen Modellen für die Verhinderung und Lösung sozialer Konflikte befaßt und sich dabei die Erfahrungen mehrerer Rechtsordnungen zunutze macht¹. Diese Suche dient keineswegs nur der Gesetzesvorbereitung, wie *Loeber*² anzunehmen scheint, wenn er angewandte auch als legislative Rechtsvergleichung bezeichnet. Sie dient jedermann, der soziales Handeln durch Anwendung von Rechtsnormen beeinflussen will. Denn die moderne juristische Methodenlehre³ und die rechtssoziologische Analyse richterlichen Entscheidungshandelns⁴ erweisen den weiten rechtspolitischen Entscheidungsspielraum jedes Rechtsanwenders. Das „volle Hereinnehmen der gesamten Konfliktproblematik“, das *Esser*⁵

* *Abgekürzt* werden zitiert: *Luhmann*, Zweckbegriff und Systemrationalität (1968); *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts I: Grundlagen (1971).

¹ In dieser Forschungsrichtung sehen *Zweigert/Kötz* 14 die primäre Funktion der Rechtsvergleichung. Die von ihnen dort weiter genannten Aufgaben der Rechtsvergleichung sind von dieser primären Funktion weitgehend schon erfaßt.

² *Loeber*, Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung: *RabelsZ* 26 (1961) 201–229 (211).

³ Vgl. z. B. *Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung (1967); *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1970); *Schwerdtner*, Rechtswissenschaft und kritischer Rationalismus, in: *Rechtstheorie* 1971, 67–94 (73); *Zippelius*, Rechtsnorm und richterliche Entscheidungsfreiheit: *JZ* 1970, 241–245.

⁴ Vgl. z. B. *Judicial Decision Making*, hrsg. von *Schubert* (1930); *Judicial Behavior*, hrsg. von *Schubert* (1964); *Kaupen*, Die Hüter von Recht und Ordnung (1969); *Weltanschauliche Hintergründe der Rechtsprechung*, hrsg. von *Böhme* (1968); *Lautmann*, Rolle und Entscheidung des Richters – ein soziologischer Problemkatalog, in: *Jb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 1 (1970) 381–416.

⁵ *Esser* (oben N. 3) 130.

insbesondere dem Richter abverlangt, erfordert eine umfassendere Reflexion, als sie vom vorprogrammierten Entscheider des Rechtspositivismus erwartet wurde⁶.

Wie die folgenden Überlegungen ergeben werden, ist die Absicht, „einen Vorrat an Lösungen“ anzubieten, allerdings schwieriger zu verwirklichen, als es scheinen mag. Insbesondere ist die Aufgabe erheblich komplexer als diejenige, die sich die deskriptive oder die dogmatische Rechtsvergleichung gestellt hat. Im Vergleich zu diesen traditionellen Forschungsrichtungen läßt die moderne Rechtsvergleichung jedoch sowohl an theoretischer Erkenntnis als auch an praktischem Nutzen einiges mehr erwarten.

Überlegungen zur eigenen Methodik sind nicht die Schwäche einer Wissenschaft, wie *Radbruch* meint⁷, sondern im Gegenteil ein Beweis ihrer Lebenskraft. Denn worin sonst als in der Weiterentwicklung der Forschungsmethoden kann wissenschaftlicher Fortschritt liegen? Es kommt nun nicht von ungefähr, wenn die moderne rechtswissenschaftliche Methodenlehre zunehmend einen Blick hinüber wagt zu den Sozialwissenschaften und speziell zur Soziologie: zum einen wird dort seit einigen Jahren geradezu spektakulär um methodische Positionen gerungen, zum anderen haben die dort geführten Diskussionen ein Abstraktionsniveau erreicht, das ihre Relevanz weit über den soziologischen Forschungsansatz hinausreichen läßt.

Auch die im Verlauf dieser Arbeit angestellten Erwägungen versuchen, soziologische Theorie im Gebiet der Rechtswissenschaften nutzbar zu machen – mit allen Vor- und Nachteilen, die eine Betrachtung gewissermaßen „von außen“ mit sich bringt. Von Vorteil ist sicherlich die Verfremdung, die eintritt, wenn ungewohnte Bezüge hergestellt werden. Von Nachteil muß sein, daß vielen Details nicht genügend Rechnung getragen werden kann.

Aus dieser Sicht stellen sich für die angewandte Rechtsvergleichung vier wichtige theoretische Probleme: (1) die adäquate Erfassung des sozialen Konflikts, der gelöst werden soll, (2) die Brauchbarkeit der Vergleichsmethode von Rechtsfiguren, (3) der Wechsel des sozialen Systems beim Vergleich und (4) das Prognoseproblem. Das erstgenannte Problem ist nicht spezifisch für die Rechtsvergleichung, hier aber von gleicher Bedeutung wie auf anderen juristischen Forschungsgebieten. Auch das Prognoseproblem beschäftigt andere rechtspolitisch ausgerichtete Fachrichtungen, doch stützt sich die rechtsvergleichende Prognose auf andere Daten, so daß sich eine eigene Problematik ergibt.

⁶ Zurückhaltend *Luhmann*, Funktionale Methode und juristische Entscheidung: AöR 1969, 1–31 (22).

⁷ *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft¹⁰ (1961) 250.

Im folgenden werden nur die ersten beiden Fragenkomplexe behandelt, die – übernimmt man die hier vorgeschlagene Lösung – eine gewisse Einheit bilden: es wird sich zeigen, daß sich aus der adäquaten Problemerkennung Vergleichsmaßstäbe gewinnen lassen. Auch die beiden weiteren Problemkreise gehören zusammen und bleiben, da das hier gesetzte Ziel begrenzt ist, gemeinsam unberücksichtigt.

I. Problemerkennung in der Rechtsvergleichung

Der Erkenntnisgegenstand der angewandten Rechtsvergleichung ist von denjenigen anderer rechtswissenschaftlicher Forschungsansätze erheblich unterschieden. Objekt des Vergleichs sind zwar überwiegend, aber nicht ausschließlich rechtliche Lösungsformen sozialer Konflikte⁸. Die einer Analyse unterzogenen Regelungsmuster sind keine hypothetischen Modelle, sondern tatsächlich in einer Gesellschaft wirkende Normen oder Institutionen. Hierdurch grenzt sich die Rechtsvergleichung gegenüber rein rechtspolitischem Denken ab, das zu einer Rechtsnorm immer nur hypothetische Alternativen anzubieten vermag. Im Unterschied zu dogmatischen Ansätzen, seien sie bezogen auf ein Rechtssystem oder auf mehrere, ist bei der angewandten Rechtsvergleichung der Blick nicht auf die Form, auf den systematischen Standort oder auf die dogmatische Einkleidung von Normen gerichtet, sondern auf deren Funktion, was das Bestreben andeutet, ein Bezugsverhältnis zur sozialen Wirklichkeit herzustellen⁹.

Neben der Rechtsvergleichung (und anderer angewandter Rechtswissenschaft) gibt es noch eine Reihe von Forschungsbereichen, die sich mit der Verhinderung und Lösung sozialer Konflikte befassen: z. B. Volkswirtschaftslehre, Betriebswirtschaftslehre, Operations Research, Spieltheorie, Friedensforschung, Soziologie, Sozialpsychologie. Aus allen diesen wissenschaftlichen Ansätzen können, wie bei der Rechtsvergleichung, Normen formuliert werden, derart, daß mit einem bestimmten, von der Norm geforderten oder geförderten Verhalten ein bestimmter Konflikt verhindert oder gelöst werden muß, wenn ein bestimmter Wert wie volkswirtschaftliches Wachstum, Gewinnmaximierung, Systemrationalität, Handlungsrationalität, Friede, Bestandserhaltung, Spannungsausgleich verwirklicht werden soll. Mit Ausnahme der Spieltheorie ist das methodi-

⁸ Vgl. die Beispiele bei *Zweigert/Kötz* 34 ff.

⁹ Für die angewandte Rechtsvergleichung läßt sich die Streitfrage, ob es sich um eine eigenständige rechtswissenschaftliche Forschungsrichtung oder nur um eine besondere Methode handelt, daher sicher im ersteren Sinn beantworten.

sche Vorgehen hier jedoch durchwegs analytisch, d. h. das Hauptgewicht der Forschungsarbeit liegt im Erkennen von Regelmäßigkeiten der jeweils ins Auge gefaßten sozialen Wirklichkeit. Erst nach Aufstellung von gesicherten Theorien über die sozialen Zusammenhänge, die zu Konflikten führen, wird darangegangen, Lösungsmöglichkeiten dieser Konflikte aufzuzeigen. Spieltheorie und Rechtsvergleichung befassen sich dagegen gleich unmittelbar mit der Ausarbeitung und Bewertung von Lösungen¹⁰. Dies erklärt sich für die Spieltheorie einfach daraus, daß es sich bei ihr nicht um eine sozialwissenschaftliche, sondern um eine mathematische Disziplin handelt. Die Akteure ihrer Konflikte sind gedachte Figuren, die sich an Spielregeln halten und rational handeln können, da sie die Kosten ihrer Handlungsalternativen überblicken¹¹. Die Umsetzung der mathematischen Lösungsmodelle in soziale Verhaltensnormen, wie sie im politischen, militärischen und insbesondere wirtschaftlichen Bereich gelungen ist, setzt die Aufbereitung der Konfliktsituation nach den jeweils adäquat erscheinenden sozialwissenschaftlichen Kategorien voraus.

Im Unterschied hierzu beanspruchen die rechtlichen Lösungsmuster, auch wenn sie oft im Abstraktionsgrad denjenigen der Spieltheorie in nichts nachstehen, vollständige und nur noch der Sanktionierung durch den Gesetzgeber oder den Richter bedürftige Erfassung und Regelung des Konflikts. Wie ist dies zu vertreten bei einem aktuellen, also nicht wie bei der Spieltheorie modellhaft vordefinierten Konflikt ohne dessen vorherige Analyse? Wie umschreibt der Rechtsvergleicher sein Problem, für dessen Lösung er in den verschiedenen Rechtsordnungen nach brauchbaren Vorbildern sucht?

Man kann zwei Vorgehensweisen unterscheiden, die sich in der Praxis oft überschneiden, hier aber getrennt abgehandelt werden sollen. Die eine geht dahin, das objektive Bestehen von bestimmten „Rechtsbedürfnissen“ anzunehmen, die andere sieht zwar die Existenz eines sozialen Konflikts, formuliert ihn aber nur nach juristischen Kriterien.

¹⁰ Vgl. *Krelle*, Präferenz- und Entscheidungstheorie (1968); *Shubik*, Spieltheorie und die Untersuchung sozialen Verhaltens, in: *Spieltheorie und Sozialwissenschaften*, hrsg. von *Shubik* (1965) 13–85.

¹¹ Das wohl bekannteste spieltheoretische Konfliktmodell ist das sogen. „Gefangenendilemma“, das freilich nur vor dem Hintergrund des anglo-amerikanischen Strafprozeßrechts verständlich wird: Zwei Delinquenten werden von der Polizei in Haft genommen. Beide wissen, daß, falls keiner als Zeuge des Staatsanwalts („witness for the prosecution“) auftreten will, sie allenfalls mit einer leichten Strafe wegen Landstreicherei rechnen müssen. Wenn einer gesteht und der andere nicht, wird der Geständige einen Strafrabatt erhalten und mit einer sehr geringen Strafe davonkommen, während der andere hart bestraft wird. Wenn beide gestehen, werden beide verhältnismäßig hart bestraft. Wie muß eine rationale Entscheidung aussehen, wenn jeder einzeln vom Staatsanwalt verhört wird? Vgl. *Shubik* (oben N. 10) 46f.

1. Mit dem Konzept der „*Rechtsbedürfnisse*“¹² arbeiten Theorie¹³ und Praxis¹⁴ der Rechtsvergleichung teilweise ausdrücklich, teilweise dem Sinne nach. Sie gehen gemeinsam von dem Gedanken aus, es gebe soziale Situationen, die nach Recht in irgendeiner Form verlangten. Sind die Rechtsbedürfnisse gleichartig, so können die Formen, sie zu befriedigen, verglichen werden, sind sie ungleichartig – wie zum Teil in den westlichen und den sozialistischen Rechtsordnungen oder in den entwickelten und den weniger entwickelten Staaten –, so ist ein Vergleich erschwert oder ausgeschlossen.

Erste Zweifel an diesem Konzept können schon dadurch entstehen, daß im Zuge der postulierten Offenheit für die Rechtswirklichkeit auch nicht-rechtliche Lösungsformen verglichen werden sollen. Das hieße aber doch, daß gelegentlich *Rechtsbedürfnisse* auch durch Regelungen außerhalb des Rechts zu befriedigen sind, wie im Beispiel der nordamerikanischen Title Insurance Companies, die als „außerrechtliches Phänomen“¹⁵ letztlich dasselbe leisten wie die deutschen Grundbücher. Die notwendige Folgerung, daß ein Rechtsbedürfnis, das nicht in rechtlicher Form befriedigt wird, ein unvollkommen befriedigtes Bedürfnis darstellt, wird allerdings nicht gezogen, da eine solche Abwertung der fremden Lösung von jedem Rechtsvergleicher als anmaßend empfunden würde. Nur von Bedürfnissen zu sprechen, deren Lösungen verglichen werden sollen, wäre andererseits auch nicht passend, da damit nicht begründet wäre, warum – soweit ersichtlich – die gesamte rechtsvergleichende Praxis zur Anwendung im eigenen Rechtskreis nur ein rechtliches Lösungsmodell zu akzeptieren bereit ist. Richtiger wird man daher sagen müssen, daß der Rechtsvergleicher allein im eigenen sozialen Kontext glaubt, ein Rechtsbedürfnis wahrnehmen zu können¹⁶, sei es, daß hier Rechtsregeln bestehen, die geändert werden sollen, sei es, daß ein Problem bisher keine rechtliche Regelung erfahren hat, eine solche aber erfahren soll. Um dieses Rechtsbedürfnis der „suchenden Rechtsordnung“ adäquat befriedigen zu können, werden fremde Regelungen betrachtet, die ein gleichartiges soziales Problem be-

¹² Gelegentlich bekommt der Ausdruck „Rechtsproblem“ denselben Sinn, z. B. bei *Sandrock*, Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung (1966) 67.

¹³ Vgl. z. B. *Zweigert*, Zur Methode der Rechtsvergleichung, in: *Studium Generale* 13 (1960) 193–200 (197 f.); *Zweigert/Kötz* 38, 43; *René David*, *Traité élémentaire de droit civil comparé* (1950) 118; *Kramer*, *Topik und Rechtsvergleichung: RabelsZ* 33 (1969) 1–16 (10).

¹⁴ Vgl. z. B. *Reichert-Facilides*, Gedanken zur Versicherungsvertragsrechtsvergleichung: *RabelsZ* 34 (1970) 510–522 (512); *W. Lorenz*, Einige rechtsvergleichende Bemerkungen zum gegenwärtigen Stand der Produkthaftpflicht im deutschen Recht: ebd. 14–55 (17); *Argyriades*, Rechtsfragen des Übersee-Containerverkehrs: ebd. 33 (1969) 235–250 (239).

¹⁵ *Zweigert/Kötz* 34.

¹⁶ Vgl. *Zweigert/Kötz* 46 f.

treffen. Nicht-rechtliche Formen, auf die man bei dieser Suche stößt, können dann freilich nur noch der Illustration dienen.

Man kann jedoch noch grundsätzlicher ansetzen. Gleichgültig, ob man glaubt, das Rechtsbedürfnis nur in der eigenen oder auch in der zum Vergleich herangezogenen Gesellschaft wahrnehmen zu können: wer soll denn konkret dieses Bedürfnis verspüren? Etwa die ganze Gesellschaft oder die am sozialen Konflikt Beteiligten oder vielleicht nur der beobachtende Jurist?

Die Soziologie hat, vor allem als Nachwirkung der organisistischen Theorien von *Comte* und *Spencer*, lange Zeit das Bestehen gesellschaftlicher Bedürfnisse vertreten¹⁷, um ubiquitäre Erscheinungsformen, wie z. B. Recht oder Religion, erklären zu können. Mit Aufkommen des systemtheoretischen Ansatzes hat man das Postulat bestimmter unersetzlicher Strukturelemente des sozialen Systems zwar aufgegeben und mehr deren funktionale Äquivalenz betont. Damit wurde das Problem aber nur auf eine abstraktere Ebene verschoben, auf der sich die alten Bedürfnisse als funktionale Erfordernisse zur Bestandserhaltung des Systems, nämlich Strukturbewahrung (einschließlich Spannungskontrolle), Zielverwirklichung, Anpassung und Integration, wiederfinden¹⁸.

Ein anderer Ansatz geht dahin, alle Prozesse im Sozialsystem auf psychische Prozesse zurückzuführen (psychologischer Reduktionismus)¹⁹. Werden damit psychologische Motivationskategorien zu Grundkategorien sozialwissenschaftlicher Analyse, so können psychische Bedürfnisse (z. B. der Spannungsbewältigung) als Begründung sozialer Erscheinungen wie Recht oder Religion dienen.

Derartige Ansätze der Sozialwissenschaften bestätigen jedoch nur scheinbar das juristische Konzept vom Vorhandensein eines Rechtsbedürfnisses. Geht es nämlich bei jenen um das „Hobbessche Problem der Ordnung“²⁰, so handelt es sich bei diesem um ein Wertungsproblem. Systemtheorie und psychologischer Reduktionismus bieten Erklärungen dafür an, warum sich die Gesellschaft Normen schafft und sie befolgt; die

¹⁷ Z. B. die „basic needs“ bei *Malinowski*, *The Group and the Individual in Functional Analysis*: *Am. J. Sociology* 44 (1939) 938–964; *ders.*, *An Outline of the Social System*, in: *Theories of Society*, hrsg. von *Parsons u. a.* (1961) 38. Vgl. *Schelsky*, *Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie*, in: *Jb. f. Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 1 (1970) 37–105 (57 ff.).

¹⁸ Vgl. *Parsons*, in: *Parsons/Bales/Shils*, *Working Papers in the Theory of Action* (1953); *ders.*, *General Theory in Sociology*, in: *Sociology Today*, hrsg. von *Merton/Broom/Cotrell* (1959) 3–38; *Merton*, *Social Theory and Social Structure*² (1957) 52; *Carlsson*, *Betrachtungen zum Funktionalismus*, in: *Logik der Sozialwissenschaften*, hrsg. von *Topitsch* (1965) 236–261 (237 ff.).

¹⁹ Vgl. z. B. *Parsons*, in: *Beiträge zur soziologischen Theorie*, hrsg. von *Rüschemeyer* (1964) 61; dazu *Nolte*, *Psychoanalyse und Soziologie* (1970) 133; *Carlsson* (vorige Note) 251 ff.

²⁰ So ausdrücklich *Parsons*, *The Structure of Social Action* (1937) 89 ff.

Norminhalte bleiben dabei unbeachtet. Nur auf diese bezieht sich aber die Rechtsvergleichung. Ob die Verfügungsmacht über Sachen einer Regelung bedarf, ist für sie kein Problem, wohl aber, wie der Eigentümer vor Fremdeinwirkung, vor Enteignung, vor gutgläubigem Erwerb durch Dritte geschützt werden kann. Ob wirtschaftliche Austauschbeziehungen normiert werden sollen, wird nicht in Frage gestellt, wohl aber, in welchen Fällen etwa der Käufer oder der Verkäufer oder der Warenhersteller Schutz seiner Interessen verdient. Die Rechtsbedürfnisse der Rechtsvergleichung beziehen sich also nicht auf fehlende Ordnung – das betrachtete soziale Problem unterliegt im allgemeinen schon einer wirksamen rechtlichen oder sozialen Normierung –, sondern auf das Problem, bestimmten Werten zur Durchsetzung zu verhelfen. Werte lassen sich aber nicht kausal aus irgendwelchen biologischen, psychologischen oder soziologischen Gegebenheiten herleiten.

Das Konzept der Rechtsbedürfnisse ist daher ein ungeeigneter Ausgangspunkt für die rechtsvergleichende Forschung. Sind die Probleme nicht vorgegeben, sondern werden sie erst durch Applizierung eigener Wertungen des Beobachters als solche definiert, so kann der erste Schritt nicht die Suche nach Lösungen, sondern nur die Reflexion der Wertungen sein. Das hierfür erforderliche analytische Vorgehen soll im folgenden Abschnitt näher untersucht werden.

Vorher jedoch noch ein Wort zu einem häufig anzutreffenden Fehlschluß, der „*praesumptio similitudinis*“²¹. Es ist trivial, in den verglichenen Rechtsordnungen übereinstimmende Lösungen festzustellen, wenn man von der Annahme gleicher Rechtsbedürfnisse ausgeht: ähnliche Lösungsformen, die man immer wieder zu finden glaubt, beruhen häufiger auf Wertselektion des Beobachters bei der Problemstellung²² als auf soziologischer Gleichartigkeit.

²¹ Vgl. *Zweigert*, Übereinstimmende Lösungen auf verschiedenen Wegen, Beobachtungen aus der rechtsvergleichenden Forschung, in: Was heißt der heutige Stand der Wissenschaft (1969) 20–29; *Zweigert/Kötz* 36; *Winizky*, De la technique comparative en droit, in: Problèmes contemporains de droit II (Tokio 1962) 517–534 (521); *W. Lorenz*, Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts: JZ 1962, 269–275 (272). In demselben Maße, in dem der Input an Problematik beschränkt wird, verkleinert sich auch der Output an Informationsgehalt – bis zur Grenze des Tautologischen. Vgl. z. B. *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (1956) 358: „gleicher Bedarf zwingt verschieden strukturierte Rechte nicht zur Entwicklung gleicher Figuren, sondern nur gleicher Ordnungsgrundsätze, die mit disparaten Figuren bewältigt werden“. Sind nicht die „Ordnungsgrundsätze“ im „Bedarf“ schon enthalten?

²² Der Sinn solcher Wertselektion wird hier nicht bestritten, sie ist im Gegenteil Grundlage des im zweiten Teil dieser Arbeit entwickelten zweckfunktionalen Entscheidungsverfahrens. Es dürfen nur keine unrichtigen Schlüsse aus dieser Selektion gezogen werden.

2. Auch wenn man vom Konzept des Rechtsbedürfnisses abgeht, bleibt für die angewandte Rechtsvergleichung das Problem der *Realitätsbezogenheit*. Der Anspruch auf soziale Wirksamkeit impliziert nicht nur inhaltlich aussagekräftige Forschung, sondern auch eine Problemformulierung, die alle relevanten sozialen Faktoren mit einschließt²³. Dies ist keine spezifisch juristische Schwierigkeit. Jede der Sozialwissenschaften benützt nur eine bestimmte Auswahl von Kategorien, um die Wirklichkeit zu erfassen. Jedes theoretische Instrumentarium ist in ganz bestimmter Weise selektiv und formt zusammengenommen eine charakteristische Perspektive, die in die Problemstellungen eingeht. Dies ist besonders prägnant als „Modell-Platonismus“ für die Nationalökonomie herausgestellt worden²⁴. „Der ökonomische Bereich, das System der Marktbeziehungen zwischen den Mitgliedern der Gesellschaft wird als ein relativ geschlossener Wirkungszusammenhang betrachtet, als ein System, das zwar von außen gewisse Anstöße bekommt, aber dessen Funktionsweise von durch das ökonomische Instrumentarium nicht erfaßbaren Faktoren ... unabhängig ist“²⁵. Durch weitgehende Abstraktion von sozialen Tatbeständen wird eine Immunisierung gegen außerökonomische Faktoren erreicht, die die theoretischen Modelle zu schon von *Max Weber* als „unsichere Mittel“ bezeichneten „Gedankenexperimenten“ herabsinken läßt²⁶. Dem Modellmenschen „homo oeconomicus“ steht der „homo sociologicus“ der Soziologie gegenüber²⁷. Und dieses Wesen bewegt sich wiederum in verschiedenen Welten, je nachdem, ob es der Betrachtung z. B. der Sozialpsychologie, der Kleingruppenforschung oder der Interaktionsanalyse unterliegt²⁸.

Auch der „homo iuridicus“ ist ein derartiges Gedankenexperiment; wie bei seinem ökonomischen Bruder ist das Bild geprägt von einem „Raisonnement an Hand illustrativer Beispiele und logisch möglicher Extremfälle“²⁹. Plausible Annahmen sind seine Welt, nach Möglichkeit so weit abstrahiert, daß sie gegen Tatsachen unempfindlich geworden sind. Nun kann nicht verkannt werden, daß der juristische Anspruch auf ein kohärentes Normensystem nach einer derartigen Modellkonstruktion ver-

²³ Zum Begriff des „Realitätsbezugs“ vgl. *Albert*, Modell-Platonismus, in: *Logik der Sozialwissenschaften* (oben N. 18) 406–434 (407 ff.).

²⁴ *Albert* a. a. O.

²⁵ *Albert* a. a. O. 422.

²⁶ *Max Weber*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre* (1922) 510. In einem Gedankenexperiment wird nach *Weber* der Sinn des Handelns der Beteiligten derart gedanklich konstruiert, daß ein in sich widerspruchloses Gedankengebilde entsteht; a. a. O. 333 f.

²⁷ Vgl. *Dahrendorf*, *Homo sociologicus* (1961).

²⁸ Vgl. *König*, *Grundlagenprobleme der soziologischen Forschungsmethoden*, in: *Sozialwissenschaft und Gesellschaftsgestaltung*, Festschrift für Gerhard Weisser (1963) 23–44.

²⁹ *Albert* (oben N. 23) 410.

langt. Das Ziel ist ja hier nicht, wie bei den übrigen Sozialwissenschaften, Erkenntnis von sozialen Vorgängen, sondern Übereinstimmung von Normen und Werten. Soweit allerdings der Anspruch dahin geht, ein geeignetes juristisches Regelungsmuster für *aktuelle* Konflikte zu finden, sind modellhafte Verhaltensvariationen nicht mehr nützliche Hilfsmittel logischer Denkvorgänge, sondern Hypothesen über den Erkenntnisgegenstand selbst, die verzerrt oder schlicht falsch sein können.

Das Problem spitzt sich hier auf die Frage zu, inwieweit das mit juristischen Kategorien beschriebene Konfliktmodell alle sozialen Faktoren umfaßt, die für die Konfliktlösung von Bedeutung sein könnten. Die Frage ist von *Mestmäcker* für das Aktienrecht untersucht worden³⁰, der die rein juristische Erfassung von Vorstand und Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft, der Publizität im Aktienrecht, des Konzerns und allgemein die organisatorisch-formale Auffassung von den Vorschriften dieser Rechtsmaterie kritisiert und zu dem Schluß kommt: „Das Verständnis der Aktiengesellschaft als Institution, die Erkenntnis der den aktienrechtlichen Normen zugrundeliegenden Interessenkonflikte sowie die Ableitung der für die Entscheidung dieser Konflikte notwendigen Wertmaßstäbe fordern den Rückgriff auf die Wirtschaftswissenschaft... Eine autonome oder bewußt autonomisierte einzelwissenschaftliche Betrachtung der Aktiengesellschaft vermag *nicht einmal den eigenen Erkenntnisgegenstand zureichend zu formulieren*. Die Verselbständigung verzerrt das Bild der zu erkennenden oder zu gestaltenden Wirklichkeit, schafft Scheinprobleme und führt zu Werturteilen, die auf unzureichender Abwägung der in Betracht zu ziehenden Wertmaßstäbe beruhen“³¹.

Ähnliche Kritik an der mangelhaften Formulierung des juristischen Erkenntnisgegenstandes ist auf den verschiedensten Rechtsgebieten geübt worden. Eine Untersuchung über das norwegische Hausangestellten-gesetz vom Jahre 1948 erbrachte, daß sich die Interessen dieses Personenkreises nicht mit der Einräumung von Rechtsansprüchen schützen lassen³², ein Ergebnis, das sich auf alle gesetzlichen Maßnahmen zugunsten unterer sozialer Schichten übertragen läßt. Das Modell des freien und sein Recht wahrnehmenden „homo iuridicus“ ist eben hier unbrauchbar, in die Definition der Konfliktsituation müssen sozialwissenschaftliche Kategorien eingehen, wie typische Schichtenzugehörigkeit der Konfliktpart-

³⁰ *Mestmäcker*, Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft im Aktienrecht, in: Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik, hrsg. von *L. Raiser u. a.* (1964) 103–119.

³¹ *Mestmäcker* (vorige Note) 103 (Hervorhebung hinzugefügt).

³² *Aubert*, Some Social Functions of Legislation, in: *Acta Sociologica* 10 (1966) 98–120, deutsche Übersetzung in: Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, hrsg. von *E. Hirsch* und *M. Rehbinder* (1967) 284–309.

ner, Abhängigkeiten, Verhaltensnormen und Bildungsgrad der zu schützenden Personen, Rollenerwartungen aus der sozialen Umwelt der am Konflikt Beteiligten. Eine Arbeit über interamerikanische Staatenstreitschlichtung zeigt, wie wenig von den Faktoren, die auf den Verlauf von Staatenkonflikten Einfluß haben, in die völkerrechtlichen Abkommen eingegangen ist³³. Nicht nur für überflüssig, sondern für schädlich hält eine Studie den Federal Aviation Act von 1958 in den Vereinigten Staaten, da er die Funktionsweise des zivilen Luftverkehrs gründlich verkenne³⁴. Die Notwendigkeit, volkswirtschaftliche Kategorien in die Beurteilung von Haftungsfragen im Schadenersatzrecht³⁵ und im Patentrecht³⁶ einzuführen, ist ebenso gesehen worden wie die Fruchtlosigkeit der Normierung von Familienbeziehungen ohne deren vorherige soziologische Analyse³⁷.

Die Rechtsvergleichung hat diese Kritik bisher noch zu wenig beachtet. Auch im Vergleich zu anderen an der Rechtsfortbildung Beteiligten ist sie – trotz wiederholt geäußerter Zuneigung zur Rechtssoziologie³⁸ – besonders zurückhaltend bei der Verwertung nichtjuristischer Kriterien zur eigenen Problemformulierung. *Rabel* faßte – nur im Sprachgebrauch überholt – sein wissenschaftliches Ideal noch weit:

„Der Stoff des Nachdenkens über die Probleme des Rechts muß das Recht der gesamten Erde sein, vergangenes und heutiges, der Zusammenhang des Rechts mit Boden, Klima und Rasse, mit geschichtlichen Schicksalen der

³³ *Gessner*, Der Richter im Staatenkonflikt (1969).

³⁴ *Levine*, California Air Transportation and National Regulatory Policy: Yale L. J. 74 (1964/65) 1416f.

³⁵ *Catabresi*, Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts: Yale L. J. 70 (1960/61) 499–553.

³⁶ *Baxter*, Legal Restrictions on Exploitation of the Patent Monopoly – An Economic Analysis: Yale L. J. 76 (1966/67) 267–370.

³⁷ Vgl. z.B. *Glass/Tiao/Maguire*, The 1900 Revision of German Divorce Laws – Analysis of Data as a Time-Series-Quasi-Experiment: L. Society Rev. 5 (1971) 539–562; *Michel*, Les aspects sociologiques de la notion de la famille dans la législation familiale française, in: L'Année Sociologique 3^e série (1960) 79–107.

³⁸ Vgl. z.B. *Drobnig*, Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie: RabelsZ 18 (1953) 295–309; *Kramer* (oben N. 13) 9ff.; *Neumayer*, Fremdes Recht aus Büchern, fremde Rechtswirklichkeit und die funktionelle Dimension in den Methoden der Rechtsvergleichung: RabelsZ 34 (1970) 411–426 (420ff.); *Heldrich*, Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung: ebd. 427 bis 442; *Ascarelli*, Studi di diritto comparato (1952) 39; *Hall*, Methods of Sociological Research in Comparative Law, in: Legal Thought in the United States of America Under Contemporary Pressures, hrsg. von *Hazard* und *Wagner* (1970) 149–169; *Feldbrugge*, Methods of Sociological Research in Comparative Law, in: Netherlands Reports to the VIIIth International Congress of Comparative Law, Pescara 1970 (1970) 61–71. Nur die letztgenannte Arbeit bemerkt kritisch, daß die Verwendung soziologischer Forschungsmethoden in der Rechtsvergleichung bisher Postulat geblieben ist (71).

Völker – Krieg, Revolution, Staatengründung, Unterjochung –, mit religiösen und ethischen Vorstellungen; Ehrgeiz und schöpferischer Kraft von Einzelpersonen; Bedürfnis von Gütererzeugung und Verbrauch; Interesse von Schichten, Parteien, Klassen.“³⁹

Obwohl diese Zusammenhänge nach dem heutigen Kenntnisstand der Sozialwissenschaften eher zu erfassen sind als noch zu *Rabels* Zeiten, steckt das jüngste Lehrbuch der Rechtsvergleichung weit zurück und will sich mit „auslandkundlicher Allgemeinbildung“ zufrieden geben⁴⁰. Von einer rechtsvergleichenden Untersuchung, die sofort etwa mit folgender „Rechtsfrage“ beginnt: „Ist der Warenhersteller dem Endverbraucher, zu welchem er nicht in Vertragsverbindung steht, für den Folgeschaden haftbar, der infolge eines Fehlers der in Verkehr gesetzten Sache entstanden ist?“⁴¹, wird für die Regelung der soziologischen und wirtschaftlichen Problematik wenig zu erwarten sein. Über das Thema „Emanzipation und Gleichberechtigung der Ehefrau in Brasilien und in anderen Ländern des romanischen Rechtskreises“ ist kaum etwas zu erfahren, solange die Begriffe „Emanzipation“, „Gleichberechtigung“ und „Ehefrau“ nur nach rechtlichen Kriterien definiert werden⁴².

Nun wird der Rechtsvergleicher einwenden, seine Materie sei durch die Behandlung von zwei oder mehr Rechtsordnungen bereits so kompliziert, daß die Einführung weiterer Gesichtspunkte nichtjuristischer Art praktisch nicht zu bewältigen sei. Der Einwand soll nicht zu leicht genommen werden. Jeder wissenschaftliche Ansatz muß hinreichend überschaubar sein, um Forschung und deren Überprüfung zu ermöglichen.

Folgende Überlegung mag den theoretischen Notwendigkeiten und praktischen Schwierigkeiten zugleich Rechnung tragen. Man kann die Probleme, mit denen sich die Rechtsvergleichung insgesamt befaßt, auf einem Kontinuum anordnen. Am einen Ende dieses Kontinuums stehen Probleme, die sich nur nach juristischen Kriterien definieren lassen, also die dogmatischen Probleme. Daran schließen sich Konflikte, deren vorhandene soziale Problematik voll erfaßt ist von den Kategorien der Rechtswissenschaft. Häufigster Fall hierfür ist die durch eine jahr-

³⁹ *Rabel*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung (1925), abgedruckt in *Rabel*, Gesammelte Aufsätze III (1967) 1 (3 ff.).

⁴⁰ *Zweigert/Kötz* 32. Die an anderer Stelle (S. 11) der Rechtssoziologie erwiesene Referenz bleibt leeres Postulat, wenn im methodischen Teil des Werkes für die ja keineswegs einfache Einbeziehung der Sozialwissenschaften keine Anleitung gegeben wird. Die Stärkung, die der Rechtsvergleicher durch den Zuruf „Hüte Dich, sei wach und munter“ erfahren mag, wird im Gestrüpp der gesellschaftlichen Wirklichkeit nicht lange vorhalten. Auch hier gibt es inzwischen Eingeborene, die mit Pfeilen lauern!

⁴¹ *Neumayer* (oben N. 38) 422.

⁴² So *Moser* in der gleichnamigen Abhandlung in *RabelsZ* 29 (1965) 357 bis 377.

hundertealte ständige Formung und Verfeinerung des juristischen Problemverständnisses erreichte Perzeption sozialer Vorgänge. Auf der zweiten Hälfte unseres Kontinuums finden sich dann diejenigen Konflikte, deren juristische Erfassung nur Teilaspekte der gesamten Konfliktsproblematik betrifft, sei es, weil man bei der Aufstellung des juristischen Modells von einer irrtümlichen Wirklichkeitsauffassung ausgegangen ist, sei es, weil das Problem so jung ist, daß man ein detailliertes Problemverständnis noch nicht gewinnen konnte. Am anderen Ende des Kontinuums kommen schließlich die Konflikte zu stehen, die nur sozial definiert sind, weil entweder das Problem oder das juristische Interesse hierfür neu ist.

Die Forderung nach voller Problemerkfassung sollte nach der in diesem Schema enthaltenen Differenzierung erfüllbar sein. Solange sich der Rechtsvergleich lediglich in der ersten Hälfte unseres Kontinuums bewegt, kann er sich guten Gewissens auf das juristische Handwerkszeug verlassen und allein mit seiner Hilfe Problemlösungen erarbeiten. Je mehr er allerdings auf die zweite Hälfte gerät, um so mehr Skepsis ist angebracht gegenüber den juristischen Kategorien und zu schnell auftauchenden „Rechtsfragen“ und um so mehr muß er sich interessieren für das, was die Sozialwissenschaften zu dem Problem zu sagen haben. Denn das sollte aus obigen Überlegungen deutlich geworden sein: Auf der zweiten Hälfte des Kontinuums werden rein juristische Forschungsansätze der sozialen Problematik nicht mehr gerecht.

Es bleibt die Frage, wo die einzelnen Probleme auf unserem Kontinuum jeweils zu verorten sind. Die richtige Einschätzung der extremeren Positionen, also der dogmatischen bzw. der nicht-juristischen Konflikte, wird auf keine besonderen Schwierigkeiten stoßen. Im Mittelfeld scheint dagegen soziologische Hilfe unentbehrlich. Die Fragen, ob ein Problem sich durch den Juristen ausreichend formulieren läßt und im negativen Fall, welche sozialwissenschaftlichen Faktoren mit zu berücksichtigen sind, gehören zu dem Gebiet, auf dem sich Rechtswissenschaftler und Rechtssoziologen kooperativ zusammenfinden müßten⁴³.

II. Vergleichsmethoden

Zum Grundprinzip der angewandten Rechtsvergleichung ist die funktionale Methode erklärt worden, ohne daß man sich über dieses Vorgehen

⁴³ Ein vorzügliches Beispiel für interdisziplinäre Problemdefinition gibt *Krier*, *The Pollution Problem and Legal Institutions – A Conceptual Overview*: *UCLA L. Rev.* 18 (1971) 429–477. Vgl. auch seine Hinweise 441f. auf die in den Vereinigten Staaten in Umweltschutzfragen bereits erfolgreich geübte Zusammenarbeit zwischen Juristen, Wirtschaftswissenschaftlern, Soziologen und Politologen beim Prozeß der Problemformulierung (*criteria-formulation process*).

hinreichende Klarheit verschafft hat. Funktional sei es, „die Lösungen verschiedener Rechtsordnungen... nach ihrer Realität, nach der Erfüllung ihres sozialen Zwecks aneinander zu messen“⁴⁴, funktional sei die Sicht des Rechts als „Regelung sozialer Sachverhalte“⁴⁵, funktional sei der Vergleich, der einbezieht „not that, which is formulated and said, but that, which is being done“⁴⁶. „Man nimmt auf einen konkreten Lebenssachverhalt oder auf ein konkretes Rechtsproblem Bezug und fragt, welche materiale Lösung für diesen Sachverhalt oder für dieses Rechtsproblem in den verschiedenen Rechtsordnungen vorgesehen ist“⁴⁷. Andererseits sei die Funktion der Norm ihre Aufgabe⁴⁸, ihre Zweckbestimmung⁴⁹. Die Einigkeit in der Gegnerschaft zur formalen, begrifflichen und dogmatischen Perspektive scheint dazu geführt zu haben, die in diesen Definitionen bestehenden Unterschiede zu übersehen. Insbesondere steht eine Rezeption der Diskussionen noch aus, die in der Philosophie⁵⁰, den Sozialwissenschaften⁵¹ und den Naturwissenschaften⁵² über den Funktionsbegriff und seine Implikationen geführt werden. Eine ins Einzelne gehende Darstellung dieser Gedankengänge und adäquate Auseinandersetzung mit ihnen ist nicht Ziel dieser Arbeit. Jedoch sollen wichtige Probleme aufgezeigt und ein möglicher Weg angedeutet werden, der die Rechtsvergleichung aus ihnen herausführen kann.

1. Die Ausgangslage wird bestimmt durch die Kritik an der *ontologischen Auslegung der Kausalität*⁵³. Diese Kritik weist darauf hin, daß Ur-

⁴⁴ *Zweigert/Kötz* 46.

⁴⁵ *Zweigert/Kötz a. a. O.*

⁴⁶ *Kahn-Freund*, *Comparative Law as an Academic Subject* (1965) 21.

⁴⁷ *Sandrock* (oben N. 12) 67.

⁴⁸ *Zweigert/Kötz* 30, 43.

⁴⁹ *Esser* (oben N. 21) 102, 356f.

⁵⁰ Vgl. z. B. *Cassirer*, *Substanzbegriff und Funktionsbegriff, Unterscheidungen über die Grundfragen der Erkenntniskritik* (1923); *Rombach*, *Substanz, System, Struktur, Die Ontologie des Funktionalismus und der philosophische Hintergrund der modernen Wissenschaft* (1965).

⁵¹ Vgl. z. B. *Merton* (oben N. 18) 19–84; *Hempel*, *The Logic of Functional Analysis*, in: *Symposium on Sociological Theory*, hrsg. von *Gross* (1959) 271 bis 307; *Fallding*, *Functional Analysis in Sociology: Am. Sociological Rev.* 26 (1961) 843–853; *Bredemeier*, *The Methodology of Functionalism: Am. Sociological Rev.* 20 (1955) 173–180; *Davis*, *The Myth of Functional Analysis as a Special Method in Sociology and Anthropology: Am. Sociological Rev.* 24 (1959) 757–772; *Luhmann*, *Funktion und Kausalität: Kölner Z. f. Soziologie und Sozialpsychologie* 14 (1962) 617–644; *Steinbeck*, *Einige Aspekte des Funktionsbegriffs in der positiven Soziologie und in der kritischen Theorie der Gesellschaft: Soziale Welt* 15 (1964) 97–129.

⁵² Vgl. z. B. *von Bertalanffy*, *Zu einer allgemeinen Systemlehre: Biologia Generalis* 19 (1949) 114–129; *ders.*, *Modern Theories of Development* (1933) 9ff., 184ff.; *Barcroft*, *Features in the Architecture of Physiological Function* (1934); *Woodger*, *Biological Principles, A Critical Study* (1948).

⁵³ Siehe zum Folgenden namentlich *Luhmann* (oben N. 51); *ders.*, *Zweckbegriff*.

sache und Wirkung nicht als Seinszustände zu deuten sind, Kausalität nicht als invariante Korrelation zwischen *einer* Ursache und *einer* Wirkung anzusehen ist. Aussagen des Typs: „A bewirkt B, und B ist die Wirkung von A“, sind nur in Ausnahmefällen in dieser absoluten Form richtig. Sonst gilt: „Jede Ursache hat unendlich viele Wirkungen, jede Wirkung hat unendlich viele Ursachen“⁵⁴. Die im Objektbereich der Naturwissenschaften experimentell mögliche Isolierung von Kausalfaktoren ist im Bereich der Sozialwissenschaften ausgeschlossen. Um überhaupt Beziehungen analysieren zu können, behilft man sich hier mit der „ceteris-paribus“-Klausel und schränkt den Aussagewert damit erheblich ein⁵⁵.

Diese Unendlichkeit von Kausalbeziehungen erlaubt es nicht, eine soziale Erscheinung wie z.B. eine Rechtsnorm schlechthin nach ihrer Wirkung einzuschätzen oder die Wirkung als Bezugsgröße für einen Vergleich heranzuziehen. So ist die funktionale Rechtsvergleichung in der Praxis auch keine Vergleichung der Rechtsnormen in der Gesamtheit ihrer Wirkungsweisen. Sie sollte dies auch nicht beanspruchen. Der Funktionsbegriff dient dazu, einen Orientierungspunkt zu geben beim Blick auf die soziale Realität und will gerade deren Komplexität – nach *Luhmann* das Hauptproblem sozialer Systeme – reduzieren, nicht aber sie durch Gleichsetzung von Funktion mit Kausalität bestehen lassen. Die funktionale Methode ist erst dadurch fruchtbar, daß man Funktion und Wirkung unterscheidet. Das einfachste Muster läßt sich folgendermaßen beschreiben: Ein Zielzustand wird definiert (abhängige Variable) und gleichsam retrospektiv werden die Faktoren (unabhängige Variable) gesucht, die ihn bewirken können⁵⁶.

Die Frage nach der Funktion macht die Analyse eines Gegenstandes also abhängig von einem Bezugsproblem, zu dessen Lösung er beitragen kann. Im wesentlichen auf zwei Wegen hat man versucht, einen Bezugspunkt gewissermaßen als Drehscheibe zwischen sozialen Faktoren und ihrer Umwelt einzusetzen: durch den teleologischen Funktionsbegriff und durch die strukturell-funktionale Analyse.

2. Die Vorstellung eines den Dingen wesensmäßig innewohnenden *Telos* ist alt. Von *Sokrates* ist die Meinung bekannt, Gott habe die Nase über unseren Mund gesetzt, damit wir uns am Duft der Speisen erfreuen könnten. *Benjamin Franklin* hielt die Länge unserer Arme für gerade so be-

⁵⁴ *Luhmann* (oben N. 51) 627.

⁵⁵ Die grundsätzlichen Unterschiede zwischen naturwissenschaftlicher und sozialwissenschaftlicher Methodik werden vom Juristen gerne verkannt. Vgl. z.B. *Beutel*, Die Experimentelle Rechtswissenschaft (1971).

⁵⁶ Vgl. *Mayntz*, Kritische Bemerkungen zur funktionalistischen Schichtungstheorie, in: Soziale Schichtung und soziale Mobilität, hrsg. von *Glass* und *König* (1961) 10–28 (14f.).

messen, daß wir ein Glas zum Mund führen können. Der biologische oder naturphilosophische Teleologismus fand dann Eingang in die frühen Sozialwissenschaften mit der Erklärung sozialer Phänomene durch eine ihnen immanente Aufgabe für den Gesellschaftsorganismus⁵⁷.

Am bereitwilligsten scheinen allerdings die Rechtswissenschaften dieses Konzept aufgenommen zu haben. Als Reaktion gegen das seit der Antike geübte philologisch-logische Auslegungsverfahren entstand im 19. Jahrhundert das Bewußtsein von einer immanenten Finalität des Rechts⁵⁸. Das Recht wird gesehen „als eine einzige Zweckschöpfung, ein gewaltiger Rechtspolyp mit unzähligen Fangarmen, Rechtssätze genannt, von denen jeder etwas will, bezweckt, erstrebt“⁵⁹. Auf dem Wege über die Interessenjurisprudenz ist die Auslegung von Normen nach ihrem Rechtsgedanken, nach ihrem Ordnungs- oder Schutzzweck, nach der *ratio legis* als eine der wichtigsten Methoden der Rechtsfindung bis in unsere Tage gekommen. Sinnverständnis gilt als modernes Programm der Methodenlehre⁶⁰, und man versucht, die „finale (teleologische) Qualität des positiven Rechts“ oder das „Zweckmoment“ in die Rechtstheorie einzubauen⁶¹. Über die ontische Qualität des Rechtszwecks schrieb *Jhering* optimistisch: „Nirgends ist für denjenigen, der das Suchen und Nachdenken nicht scheut, der Zweck so sicher zu entdecken, wie auf dem Gebiete des Rechts – und ihn zu suchen und unter der täuschenden Hülle einer scheinbaren des Zweckes sich gänzlich entschlagenden Wahrheit zum Vorschein zu bringen ist die höchste Aufgabe der Rechtswissenschaft“⁶². Dieser Optimismus ist heute allerdings einer vorsichtigeren Haltung gewichen. Zunehmend wird gesehen, daß auch die Normzwecke sich ändern, in diesen also kein so fester Orientierungspunkt zu sehen ist, wie man ursprünglich annahm. Wenn nun gar *Esser* in seiner neuesten Schrift den Rekurs auf Norm-

⁵⁷ Vgl. die Auseinandersetzung mit diesen Theorien schon bei *Durkheim*, *Les règles de la méthode sociologique*¹⁴ (1960) 89 ff.: „La plupart des sociologues croient avoir rendu compte des phénomènes une fois qu'ils ont fait voir à quoi ils servent, quel rôle ils jouent. On raisonne comme s'ils n'existaient qu'en vue de ce rôle et n'avaient d'autre cause déterminante que le sentiment, clair ou confus, des services, qu'ils sont appelés à rendre“. Siehe auch *Levy*, *The Structure of Society* (1952) 52–55.

⁵⁸ *Coing*, *Wirtschaftswissenschaften und Rechtswissenschaften*, in: *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft ...* (oben N. 30) 1–7 (5).

⁵⁹ von *Jhering*, *Der Zweck im Recht I* (1877) 433.

⁶⁰ Vgl. *Jahr*, *Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft*, in: *Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft ...* (oben N. 30) 14–26.

⁶¹ *Krawietz*, *Das positive Recht und seine Funktion* (1967) 16 ff.

⁶² *Jhering* (oben N. 59).

zwecke von einem gesellschaftlichen Konsens über diese abhängig macht⁶³ und erkennt, daß sich auch bei der Auslegung gemäß einer behaupteten gesetzesimmanenten „ratio“ ein Durchgriff auf Werte vollzieht⁶⁴, fällt der Wahrheitsanspruch dieses Konzepts in sich zusammen. Dieses Ergebnis entspricht der bereits im vorhergehenden Abschnitt referierten sozialwissenschaftlichen Kritik, die sich gegen die Feststellbarkeit aller Wirkungen einer Ursache wendet und natürlich dort verstärkt einsetzt, wo eine bestimmte als alleinige Wirkung angenommen wird. Nach den methodischen Standards der sozialwissenschaftlichen Theorie läßt sich eine solche ausschließliche Interdependenz auch dann nicht vertreten, wenn Kausalaussagen zu bloßen Wahrscheinlichkeitsaussagen nach statistischen Gesetzen abgemildert werden⁶⁵.

Es mag sich beim Konzept der „ratio legis“ trotzdem um eine nützliche Auslegungshilfe handeln, es kann nämlich dienen als Indikator für die Richtung des gesellschaftlichen Konsenses. Was hier interessiert, ist aber, ob es als Bezugspunkt für eine funktionale Methode brauchbar ist, d. h. also, ob Normen sinnvoll daraufhin untersucht werden können, was sie zur Erfüllung eines ihnen nachgesagten Zwecks beitragen. Sowohl die neuere juristische als auch die sozialwissenschaftliche Kritik müssen zu dem Ergebnis führen, daß der Normzweck als funktionaler Bezugspunkt dem Vergleichsbereich in mehrfacher Hinsicht zu sehr einengt. Dies einmal dadurch, daß in den Vergleich nur die Normen eingehen, denen die gleiche Aufgabe andefiniert worden ist. Das bedeutet, daß zwar Aussagen über mehr oder weniger gute Sinnerfüllung möglich sind, vielleicht auch gelegentlich, daß das Ziel mit einer Regelung nicht erreicht werden kann. Normen, die der Zielerreichung entgegenwirken (sogen. Dysfunktionalität in der soziologischen Theorie), kommen jedoch nicht ins Blickfeld. Ein zweiter Gesichtspunkt ist der, daß Zwecke nicht nur durch Normen erfüllt werden, die diese als Ziel haben, sondern auch durch solche, denen ganz andere Aufgaben zugeschrieben werden (sogen. latente – im Gegensatz zur manifesten – Funktionalität)⁶⁶. Derartige Leistungen blieben unbeachtet, würde man als Funktion nur den in die Norm gelegten Rechtsgedanken ansehen; vom realen Beitrag der Rechtsregeln zu einem Problem entstünde ein ganz verzerrtes Bild. Schließlich ist einzuwenden, daß der Bezug auf den Normzweck dessen Relativierung nicht erlauben

⁶³ *Esser* (oben N. 3) 164 ff. Vgl. hierzu *Luhmann*, Zweckbegriff 87, über die Tendenz, die ethische Dimension unter dem Einfluß der empirischen Wissenschaften als Sozialdimension zu säkularisieren und, wo möglich, auf Konsensprobleme zu reduzieren.

⁶⁴ *Esser* (oben N. 3) 159.

⁶⁵ *Luhmann*, Funktion und Kausalität (oben N. 51); *ders.*, Zweckbegriff 13 ff.; *ders.*, Funktionale Methode (oben N. 6) 9; *Hempel* (oben N. 51); *Nagel*, *Logic Without Methaphysics* (1956) 247 ff.

⁶⁶ *Merton* (oben N. 18).

würde. Eine solche Relativierung kann aber erforderlich sein sowohl in Richtung auf andere Zwecke (Werte) als auch auf den sozialen Regelungsbereich, der ja aus vielen Subsystemen besteht, für die die rechtliche Ordnungsvorstellung unterschiedliche Folgen haben kann⁶⁷.

3. Ein anderer Ansatz geht dahin, den Bezugspunkt für die funktionale Methode nicht in einem den gesellschaftlichen Erscheinungen immanenten Zweck zu sehen, sondern in der *Erhaltung des Systembestandes*. Diese sogen. strukturell-funktionale Analyse ist von *Talcott Parsons* ausgearbeitet⁶⁸ und seitdem einer sehr intensiv geführten Methodendiskussion unterzogen worden⁶⁹.

Systeme sind nach *Parsons'* Theorie Aktionssysteme mit einer Struktur aus relativ stabilen Handlungsweisen, Beziehungen und Interaktionsmustern, die von Umweltveränderungen relativ unabhängig sind. Zur Erhaltung seines Bestandes habe jedes System vier Systemprobleme zu bewältigen, nämlich (1) Integration, (2) Anpassung, (3) Ausrichtung der Systemteile auf individuelle wie kollektive Ziele und deren Verwirklichung, (4) Aufrechterhaltung von Grundstrukturen und Spannungsbewältigung. Jede Leistung eines Systemteils, die auf die Lösung dieser Probleme und damit auf die Erhaltung des Systembestandes einwirkt, hat eine Funktion. Diese Funktion kann in einer positiven (Funktionalität, auch Eufunktionalität) wie einer negativen (Dysfunktionalität) Einwirkung liegen. Ist eine soziale Erscheinung im Hinblick auf ein Problem funktional, im Hinblick auf andere dysfunktional, so soll die Summe über die Frage seiner Systemfunktionalität entscheiden. Die Analyse wird weiter kompliziert durch die Variierbarkeit der Systemreferenz: Eine Gesellschaft – selbst ein Sozialsystem – besteht aus vielen Subsystemen, für die die Beiträge jedes sozialen Faktors regelmäßig unterschiedliche Relevanz haben.

An zwei Beispielen aus der soziologischen Forschung soll deutlich werden, wie hier methodisch vorgegangen wird und welche Aussagen dieses Vorgehen ermöglicht:

Das in allen bekannten Kulturen beachtete Inzest-Tabu wird von *T. Parsons* auf seine sozialen Funktionen hin untersucht⁷⁰. Er bezieht sich zunächst auf die gesamtgesellschaftlichen Probleme von Bestandserhaltung und Zielverwirklichung (Versorgung mit Wirtschaftsgütern, politische Stabilität, Ver-

⁶⁷ Vgl. *Luhmann* (oben N. 6) 3, 9.

⁶⁸ *Parsons*, *Toward a General Theory of Action* (1951); *ders.*, *The Social System* (1951); *ders.*, *Structure and Process in Modern Societies* (1968); *Parsons/Bales/Shils*, *Working Papers in the Theory of Action* (1953); eine gute Darstellung gibt auch *Hempel* (oben N. 51).

⁶⁹ Vgl. den Überblick bei *Hartmann*, in: *Moderne amerikanische Soziologie*, hrsg. von *Hartmann* (1967) 1–92 (76 ff.).

⁷⁰ *The Incest Taboo in Relation to Social Structure*, in: *The Family, Its Structure and Functions*³, hrsg. von *Coser* (1966) 48–70.

teidigung nach außen etc.) und stellt fest, daß die Bewältigung dieser Probleme Strukturen voraussetzt, die dem einzelnen unpersönliche, gefühlsmäßig neutrale Rollen aufgeben. Die Kernfamilie sei eine Struktur, in der sich das Individuum entgegengesetzten Verhaltenserwartungen gegenübersehe, mit ihr seien die genannten Probleme daher nicht zu bewältigen. Inzest ermögliche die Beschränkung auf Familienrollen und verhindere die Bildung von über die Familie hinausgehenden Strukturen, von denen die Gesellschaft abhängt. Mit Hilfe des Inzest-Tabus werde die ständige Selbstauflösung von Kleinfamilien, die Orientierung des Kindes an außerfamiliären Rollen und damit die Integrierung und Zielverwirklichung der Gesamtgesellschaft erreicht.

Eine organisationssoziologische Arbeit befaßt sich mit der Frage, wie hierarchisch aufgebaute Verwaltungssysteme Flexibilität und Anpassungsfähigkeit erreichen können, ohne in ihrem Systembestand gefährdet zu sein: *Andrew G. Frank* sieht die Entscheidungssituation des einer Produktionseinheit vorstehenden Industriemanagers im sowjetischen Wirtschaftssystem durch eine Vielzahl teilweise konfligierender Normen bestimmt⁷¹. Die mit anderen Produktionseinheiten geschlossenen Wirtschaftsverträge seien in gleicher Weise bindend wie die Anweisungen der Wirtschaftsbürokratie und die Prioritätensetzung der Kommunistischen Partei. Staatsbank, Staatsanwaltschaft und Buchprüfer übten eine peinliche Kontrolle über die Unternehmensführung aus. Inhaltlich widersprächen sich diese formellen Verhaltenserwartungen aber zum Teil erheblich. Hinzu kämen informelle Erwartungen der Untergebenen, der Gewerkschaften, der Lokalverwaltung, der sozialistischen Presse, die sich in keiner Weise deckten. Gerade diese unübersichtliche Entscheidungssituation ermögliche jedoch die Stabilität des Gesamtsystems. Da niemals alle Normen befolgt werden könnten, in jedem Fall also ein bestimmtes Maß an Illegalität in Kauf genommen werden müsse, sei der einzelne Manager gezwungen, selbst Prioritäten zu setzen. Er halte sich dabei an die Normen, die den jeweiligen Verhältnissen am besten entsprächen und die das ihm jeweils wichtigste Kontrollorgan bei der Bewertung seiner Arbeit am wahrscheinlichsten in Betracht ziehen werde. Jeder Fall werde auf diese Weise individuell und nicht durch blinde Normbefolgung entschieden, gleichzeitig werde durch die ständige Orientierung am vorgestellten Willen des Vorgesetzten dessen Autorität gewahrt.

Die Probleme, die die Anwendung dieser funktionalen Methode für die Rechtsvergleichung mit sich bringt, treten unmittelbar zutage bei einem interessanten Versuch von *Rotter*, für Art. 14 GG ein funktionales Gegenstück in der Rechtsordnung der DDR aufzufinden⁷². *Rotter* sieht im Anschluß an *Luhmann*⁷³ das Bezugsproblem in der sozialen Ausdifferenzierung von Teilsystemen aus der Gesellschaft als ganzer. „Von einem gewissen Entwicklungsstand ab“ hält nämlich *Luhmann* die Bewältigung der vier *Parsons'schen* Systemprobleme nur in relativ isolierten Kommunikationsbereichen für möglich⁷⁴. Deren Ausdifferenzierung werde daher

⁷¹ *Frank*, Goal Ambiguity and Conflicting Standards – An Approach to the Study of Organization, in: *Human Organization* 17 (1958) Nr. 4, 8–13.

⁷² *Rotter*, Dogmatische und soziologische Rechtsvergleichung – eine methodische Analyse für die Ostrechtsforschung: OER 16 (1970) 81–97.

⁷³ *Luhmann*, Grundrechte als Institution (1965) 186 ff.

⁷⁴ *Luhmann* (vorige Note) 194.

zum Bestandsproblem entwickelter Industriegesellschaften. Art. 14 GG habe in diesem Bezugsverhältnis die Funktion, den Bereich der Wirtschaft aus der Politik auszusondern und ihn zu stabilisieren. *Rotter* meint nun, ein funktionales Äquivalent für diesen Grundgesetzartikel in den „verfassungsrechtlich institutionalisierten wissenschaftlichen Methoden der Planung und Leitung der gesellschaftlichen Entwicklung in Verbindung mit dem ökonomischen System der Planung und Leitung der Volkswirtschaft“ erkennen zu können⁷⁵. Eine wichtige verfassungsrechtlich gebotene Planungs- und Leitungsmethode sei die Kybernetik, die nach dem Konzept des ökonomischen Systems der DDR langfristig zu einer Selbstregulierung des Wirtschaftsbereichs führen müsse.

Die Richtigkeit dieser Analyse kann hier nicht diskutiert werden⁷⁶. Was interessiert, ist die Aussagekraft und Praktikabilität der Methode für die rechtsvergleichende Arbeit. Zunächst gelten natürlich auch hier, da das Recht ein Sozialfaktor ist, die Einwände, die innerhalb der Soziologie gegen diese Methode vorgebracht werden. Ein Sozialsystem ist kein biologischer Organismus, dessen Tod eindeutig feststellbar ist. Wo hört also der Fortbestand des Systems auf, und wo beginnt die Umwandlung in eine neue Einheit? Wie kann überhaupt dem Phänomen des sozialen Wandels begegnet werden, wenn alle sozialen Institutionen Leistungen zur Aufrechterhaltung der Systemstruktur erbringen? Ist nicht an die Stelle des Modells eines gesellschaftlichen Gleichgewichts ein solches des sozialen Konflikts zu setzen, das mehr Erklärungsmöglichkeiten bietet? Enthält die strukturell-funktionale Analyse nicht schlichte wissenschaftslogische Fehlschlüsse in der Art: eine Struktur x leistet den Beitrag y zur Erhaltung des Systems s , und diese Tatsache erklärt die Existenz von x ? Die Diskussion soll nicht weiter verfolgt werden, da es zwei Einwände gibt, einen praktischen und einen theoretischen, die die Anwendung der strukturell-funktionalen Analyse speziell für die juristische Arbeit (im weitesten Sinne) nicht ratsam erscheinen lassen.

Vom praktischen Standpunkt aus ist zu sagen, daß diese Methode juristisches Denken in einer nicht mehr vertretbaren Weise komplizieren würde. Da Recht in aller Regel nicht nur auf Subsysteme, sondern auf eine Gesellschaft als Ganzes einwirkt, wäre in jedem Fall deren Fortbestand als funktionaler Bezugspunkt mit zu reflektieren. Mit Analysen

⁷⁵ *Rotter* (oben N. 72) 91.

⁷⁶ Das Beispiel *Rotters* wirkt mit den Vorbehalten, die er selbst macht, reichlich konstruiert, da die „Kronwissenschaft“ Kybernetik sich offenbar mehr im Schrifttum als in der politischen Praxis der DDR niedergeschlagen hat. Seinem „Entwicklungsvorbehalt“ liegt unausgesprochen die strittige konvergenztheoretische Hypothese zugrunde, daß die kommunistischen und die kapitalistischen Gesellschaftssysteme sich in einem Annäherungsprozeß befinden.

„mittlerer Reichweite“⁷⁷, bezogen auf Teilsysteme wie etwa bürokratische Organisation, ist für die Rechtswissenschaften nicht viel gewonnen. Die Orientierung, die sich der Jurist mit der Übernahme der strukturell-funktionalen Analyse vom Soziologen erhofft, erweist sich daher schnell als Danaergeschenk⁷⁸.

Noch schwerer wiegt wohl ein theoretischer Gesichtspunkt. Das Recht hat für die Gesellschaft eine in erster Linie integrative Funktion – Systeme sozialer Interaktion können nur in Verbindung mit einem Normensystem funktionieren⁷⁹. Diese Aufgabenzuweisung der soziologischen Theorie betrifft aber nur das Recht als soziale Institution, nicht aber die einzelnen *Rechtsinhalte*. Wenn, wie behauptet wird, jedes Recht den Gesellschaftsbestand sichert, kommt es auf die jeweilige inhaltliche Ausgestaltung des Rechts offenbar nicht mehr an. Wenn selbst so radikale Rechtsänderungen, wie sie in der Form von Rezeptionen fremder Rechte oder nach Revolutionen und verlorenen Kriegen häufig sind, nicht notwendig zum Zusammenbruch des Gesellschaftssystems führen, dann läßt sich noch weit weniger die juristische Detailarbeit zur Verbesserung des Rechts jeweils zur Existenz der Gesellschaft in Bezug setzen. Ihr Fortbestand ist, wie ja gerade die Studien der funktionalistischen Soziologie ständig erweisen, durch eine Reihe von sozialen Mechanismen hinreichend gewährleistet. Nicht das „ob“, sondern das „wie“ ihrer Existenz bestimmt daher die Arbeit des Juristen.

Um noch einmal die oben kurz dargestellte Arbeit von *Rotter* zur Illustration heranzuziehen: Es ist sicherlich für den Juristen nicht ohne Interesse, zu erfahren, daß die Funktion von Art. 14 GG zur Erhaltung des hochentwickelten weil differenzierten Gesellschaftssystems der Bundesrepublik in der DDR eventuell durch die „Institutionalisierung reflexiver Mechanismen auf der obersten Ebene gesamtgesellschaftlicher Differenzierung“ – sogar in rationalerer Weise – erfüllt werden kann. Was ihn aber allgemein und natürlich besonders im Zusammenhang mit Grundrechten bzw. staatlichen Planungsbefugnissen brennend interessiert, ist das, was *Rotter* aus seiner Analyse ausklammert⁸⁰, nämlich inwieweit die individuellen Handlungschancen auf der einen Seite und die staatlichen Handlungschancen auf der anderen Seite durch die jeweilige Regelung berührt werden.

⁷⁷ Einige Soziologen, wie *Lazarsfeld* und *Merton*, halten Theoriebildung über Gesellschaftssysteme für verfrüht und schlagen vor, sich zunächst mit funktionalen Theorien mittlerer Reichweite zu begnügen; vgl. z. B. *Merton* (oben N. 18) 5 ff.

⁷⁸ Vgl. *Luhmann* (oben N. 6) 7 ff.

⁷⁹ *Parsons*, *Law and Social Control*, in: *Law and Sociology*, hrsg. von *Evans* (1962) 58.

⁸⁰ *Rotter* (oben N. 72) 97.

4. Damit ist bereits das Ergebnis der im folgenden dargestellten Überlegungen angedeutet, die darauf hinauslaufen, als Bezugspunkt der funktionalen Methode *Werte* bzw. *Zwecke* heranzuziehen.

Auszugehen ist von unserem Interesse an rationalen Entscheidungen einerseits und dem durch die empirischen Wissenschaften herbeigeführten zunehmenden Bewußtsein von der Komplexität sozialer Zusammenhänge andererseits. Je mehr sich zudem die Sozialordnung selbst kompliziert und je weitreichender die Konsequenzen von Entscheidungen sind, um so größere Bedeutung kommt Methoden zu, die dazu verhelfen, die Zusammenhänge wenigstens schrittweise zu reflektieren. Derartige Methoden sind die Entscheidungstheorien, die ihren Ausgangspunkt in der theoretischen Ökonomie haben, inzwischen aber zunehmend auch auf andere Gebiete wie den politischen und militärischen Bereich übergreifen. Im folgenden wird der Versuch gemacht, für die Rechtsvergleichung eine Entscheidungstheorie zu formulieren.

Ein einfaches Beispiel kann die Problematik umreißen⁸¹. Es fällt nicht schwer, zwischen zwei Obstkörben zu wählen, wenn der eine vier, der andere fünf Apfelsinen enthält. Die Wahl zwischen Körben mit gemischtem Obst ist dagegen viel schwieriger. Ein Ausweg ist hier, sich auf eine dominierende Präferenz festzulegen – etwa Bananen über alles zu schätzen –, ein anderer, einen Preisvergleich vorzunehmen. Beide Lösungen nehmen also einen Umweg, um der komplexen Entscheidungssituation Herr zu werden. Der Umweg über den Preisvergleich setzt einen Konsens über die Preise des Obstes, also über dessen Wert voraus. Ergeben sich unterschiedliche Preise, so beruht dies auf einer Werthierarchie bei der Einstufung der Früchte. Dieses Verfahren ist Grundlage der mathematischen Entscheidungstheorie⁸². Sie legt axiomatisch alle Werte in einer transitiven Stufenordnung fest, derart daß, wenn Wert A dem Wert B und Wert B dem Wert C vorzuziehen sei, dann auch Wert A dem Wert C vorzuziehen sei. So kommt man etwa zu dem „übergeordneten Gesichtspunkt“ der „Erhaltung und Förderung des Einzelmenschen und der ganzen menschlichen Gesellschaft“⁸³ und setzt bei den individuellen Wertungen voraus, der Mensch wisse „in der Regel, wenn er sich die Dinge in Ruhe überlegen kann und nicht überstarken Einflüssen ausgesetzt ist, was ihm und seiner Art gut tut“⁸⁴. Auf der Basis dieses Transitivitätsaxioms werden mathematische „Nutzenadditionen“ und die Berechnung von „Durchschnitts-“ und „Grenznutzen“ etc. möglich.

⁸¹ Es stammt von *Luhmann*, Zweckbegriff 18.

⁸² Vgl. *Krelle* und *Shubik* (beide oben N. 10) und *Mathematical Economics*, hrsg. von *Shubik* (1967).

⁸³ *Krelle* (oben N. 10) 56.

⁸⁴ *Krelle* (oben N. 10) 57f.

Was die Rechtswissenschaften anbetrifft, so lehnen sie heute eine strenge Stufenordnung der das Recht steuernden Werte ab⁸⁵. Da eine solche aber Voraussetzung der beschriebenen Verfahren ist, müssen sie eine Mathematisierung ihrer Entscheidungen als inadäquat verwerfen. Eine Bewertung der von der Rechtsvergleichung verglichenen Problemlösungen durch Nutzenberechnungen kommt also nicht ernsthaft in Betracht.

Es bleibt der andere Umweg zur Entscheidungserleichterung zu diskutieren, nämlich der über eine dominierende Präferenz. Diese Präferenz dominiert nicht, weil bestimmte Werte als wahr vorgegeben sind, sondern weil mit ihr ein Problem gelöst werden kann, d. h. ein Zweck erreichbar ist. Im Beispiel des Obstkorbes kann dieser die Auswahl bestimmende Zweck sehr verschieden aussehen: Die Früchte können vorgezogen werden je nachdem, ob damit ein Hunger- oder ein Durstgefühl befriedigt, ob sie als Dekoration oder als Wurfgeschöß gegen einen mißliebigen Redner benutzt werden sollen. Unter dem Gesichtspunkt eines bestimmten Zweckes werden also verschiedene Mittel auf ihre Geeignetheit überprüft und als mehr oder weniger adäquat eingestuft. Die Frage nach der Adäquanz ist die Frage nach der Herbeiführung einer erstrebten Wirkung, primär nicht die Frage nach Nebenwirkungen. Erst wenn sich zwei oder mehrere Mittel im Hinblick auf den ausgewählten Bezugsgesichtspunkt als gleichwertig, als funktional äquivalent erweisen, werden auch Nebenwirkungen mit in die Prüfung einbezogen. Bevor wir dieses Entscheidungsverfahren in die Rechtsvergleichung übernehmen, sollen noch seine grundsätzlichen Prämissen kurz dargestellt werden.

Würde man im genannten Beispiel annehmen, „Früchte sind zum Essen da“, anders ausgedrückt, Früchten sei der Zweck immanent, der Ernährung von Mensch und Tier zu dienen, so wäre die beschriebene, auf einen *willkürlichen* Zweck bezogene (funktionale) Methode ausgeschlossen. Die alte Vorstellung einer invarianten Verbindung von Mittel und Zweck als invariante Verbindung von Ursache und Wirkung ist aber aufgegeben. Man hat erkannt, daß die Ursachen einer Wirkung und die Wirkungen einer Ursache jeweils im Unendlichen verlaufen. Keine Ursache reicht allein zur Bewirkung einer Wirkung aus, so wie auch keine Ursache nur eine einzige Wirkung hat. Die Aufstellung von Kausalbeziehungen hat daher nur heuristischen Wert. Ursachen und Wirkungen sind Variablen, die erst die Suche nach funktionalen Äquivalenten ermöglichen. Eine Ursache kann als funktionaler Gesichtspunkt für den Vergleich von Wirkungen, eine Wirkung als eben solcher für den Vergleich von Ursachen

⁸⁵ Dies wird auch der richterlichen Entscheidungstheorie von *Wasserstrom*, *The Judicial Decision: Toward a Theory of Legal Justification* (1961), entgegengehalten. Vgl. *Dworkin*, *Does Law Have a Function? A Comment on the Two-Level Theory of Decision*: Yale L. J. 74 (1964/65) 640–651.

konstant gesetzt werden. Diese Neuformulierung des Zweck-Mittel-Schemas⁸⁶ hat fundamentale Bedeutung für jede vergleichende Sozialwissenschaft. Die Komplexität der Kausalverläufe schließt deren Vergleichung von vornherein aus. Sinnvolle Aussagen gelingen deshalb, weil jedes Handeln mehrere Wirkungen hat, nur über eine Art Scheuklappenverfahren, das immer nur *eine* Folge der Handlungen in den Blick geraten läßt und alle anderen, nicht das ausgewählte Ziel betreffenden Handlungsfolgen als bloße Nebenfolgen neutralisiert. Dies ist zwar als isolierter Prüfungsvorgang ein radikales und geradezu unmoralisches Verfahren. Es ist jedoch weit weniger problematisch, wenn man bedenkt, daß man es beliebig oft mit anderer Zwecksetzung und daher anderer Folgenneutralisierung wiederholen kann.

Die durch den Zweck geleitete Entdeckung geeigneter Mittel und die Wertneutralisierung unbezweckter Folgen des Handelns gelingen allerdings nur, wenn der Zweck weder zu spezifisch noch zu allgemein gewählt ist. Im ersteren Fall kommen zu wenig Handlungsalternativen ins Blickfeld, so daß sich der Sinn des Vergleichens nicht erfüllen kann, im zweiten Fall verschwindet der Sinn der Zwecksetzung, nämlich die Auswahl eines überschaubaren Entscheidungsbereichs.

Die Strategie der Zweckorientierung setzt schließlich eine empirische Definition, also Operationalisierung der bezweckten Wirkung voraus. Die Zweckerreichung muß mit wahrnehmbaren Tatsachen feststellbar und in ihrem Ausmaß meßbar sein, wobei auch der Zeitraum, in dem die Wirkung eintreten soll, als Faktor in die Definition einzugehen hat.

Entscheidungstheorien sind bestrebt, geeignete Maßnahmen für Problemlösungen zur Verfügung zu stellen. Die Suche nach geeigneten Maßnahmen für die Lösung ihr relevant erscheinender Probleme hat sich die angewandte Rechtsvergleichung zur Aufgabe gemacht. Eine Theorie, die diesem Anspruch gerecht würde, fehlt jedoch bisher. Es spricht einiges dafür, daß der dargestellte zweckfunktionale Theorieansatz hier nicht nur einen konsistenten und soziologisch vertretbaren, sondern auch praktischen Weg weist.

Daß Normen in ein Zweck-Mittel-Schema eingeordnet werden können, ist spätestens seit *Jhering* nichts Neues mehr. Die Instrumentalisierung dieses Schemas durch *willkürliche* Zwecksetzung unter Aufgabe jeder konstanten Bindung zwischen Norm und Zweck ist dann nur ein kleiner, aber nützlicher Schritt. Er bringt den Vorteil universaler Vergleichbarkeit von Normen unter dem jeweils ad hoc ausgewählten Bezugsgesichtspunkt eines Zwecks. Dieser Zweck, den wir als geschätzte Wirkung definiert haben, ist nun allerdings nicht mehr ein vorgestelltes Ziel, nicht eine

⁸⁶ Sie beruht wesentlich auf *Luhmann*, Zweckbegriff. Die dort enthaltenen systemtheoretischen Folgerungen bleiben hier unberücksichtigt.

hypothetische, sondern vielmehr eine reale Gestaltung der sozialen Wirklichkeit. Es ist besonders wichtig, dies zu betonen, denn hierin unterscheidet sich der vorgeschlagene zweckfunktionale Ansatz wesentlich von dem problem-orientierten Vorgehen der modernen rechtlich-funktionalen Rechtsvergleichung⁸⁷. Vergleichskonstante ist nicht mehr eine normative Verhaltenserwartung etwa der Art, eine Regelung „schütze“ den Käufer vor unüberlegten Haustürgeschäften, die getrennt lebende Ehefrau vor Verlust ihres Unterhaltsanspruchs, die Umwelt vor giftigen Autoabgasen, vielmehr ist Bezugspunkt die tatsächliche Bewirkung dieses Schutzes im sozialen Kontext. Unentbehrlich ist es also immer, sowohl die gerichtliche Entscheidungspraxis einzubeziehen als auch die Rechtswirklichkeit auf Hindernisse zu überprüfen, die möglicherweise das Schutzziel vereiteln. Ist diese Kausalanalyse eine Mehrbelastung rechtsvergleichender Arbeit, so ist auf der anderen Seite eine erhebliche Entlastung darin zu sehen, daß Wirkungen der Norm, die den ausgewählten Bezugsgesichtspunkt nicht betreffen, zunächst ganz außer Betracht bleiben können. Sie bleiben als bloße Nebenfolgen so lange neutralisiert, bis zwei oder mehr funktional äquivalente Normen gefunden sind, die dann auf einen weiteren Zweck bezogen werden können.

Die Forschungsmöglichkeiten dieser Entscheidungstheorie sind damit noch keineswegs erschöpft. Die Relativität von Zweck und Mittel bedingt, daß je nach der gerade interessierenden Kausalverbindung Mittel auch als Zwecke und Zwecke auch als Mittel gesehen werden können. Das heißt in unserem Zusammenhang, daß nicht nur Normen auf die Erfüllung eines Schutzzweckes hin untersucht werden können, sondern daß dieser auch, wenn man will, in Frage gestellt werden kann: mehrere Schutzzwecke lassen sich dann als funktionale Äquivalente zur Erreichung einer anderen geschätzten Wirkung miteinander sinnvoll vergleichen. Dazu ein Beispiel: Verschiedene gesetzliche Regelungen werden daraufhin überprüft, inwieweit sie zur Entgiftung von Autoabgasen beitragen. Dieses Regelungsziel wird seinerseits einem Vergleich mit anderen Zielen des Umweltschutzes unterzogen, um etwa die jeweilige Eignung im Hinblick auf Werte wie Schnelligkeit des Erfolgseintritts oder Vermeidung sozialer Kosten festzustellen. Es wird deutlich, daß bei diesem Verfahren die Vorstellung einer Normen- wie einer Werthierarchie entbehrlich ist.

Der Ablauf einer rechtsvergleichenden Suche nach geeigneten Lösungen für soziale Probleme läßt sich jetzt unter Verwertung der in dieser Arbeit angestellten Überlegungen in einem Entscheidungsprogramm formulieren. Ein einfaches Programm, in dem z. B. die Funktionsanalyse von Zielen nicht enthalten ist, könnte etwa folgendermaßen aussehen⁸⁸:

⁸⁷ Die wichtige Unterscheidung zwischen rechtlich-funktionaler und sozial-funktionaler Methode wird auch schon bei *Rotter* (oben N. 72) 82 getroffen.

III. Beispiele für die Anwendung des Entscheidungsprogramms

1. Haustürgeschäfte

Dieses Beispiel erhebt keinerlei Anspruch auf inhaltliche Richtigkeit. Abgesehen von der Darstellung des Programmablaufs kann es zeigen, daß durch die genaue Problemformulierung (es handelt sich hier deutlich um ein Unterschichtenproblem) Lösungsmodelle in den Blick geraten, die man sonst möglicherweise für sachfremd gehalten hätte. Man beachte ferner, daß sowohl bei der Problemanalyse wie auch bei der Kausalanalyse von Lösungen sozialwissenschaftliche Methoden angewandt werden, wo es notwendig erscheint. Voraussetzung hierfür ist im Rahmen der Kausalanalyse die strenge Anwendung des Zweck-Mittel-Schemas, wie es im Text erläutert wurde.

Konflikt	Haustürgeschäfte
Sind sozialwissenschaftliche Kategorien zur Beschreibung des Problems notwendig?	Ja. Der Problembereich ist relativ neu durch: hohe Anzahl von Vertreterbesuchen, hohen Konsumanreiz durch Werbung, Vorhandensein frei verfügbarer Geldmittel und pfändbaren Eigentums auch in Schichten mit geringer Bildung, hochentwickelte Verkaufspsychologie.
Problemformulierung	<p>Die Vertreter entstammen in der Regel einer unteren Mittelschicht, mittlerer Bildungsgrad, meist kaufmännische Ausbildung, Jahreseinkommen im Durchschnitt ...</p> <p>Die besuchten Personen gehören überwiegend der Unterschicht an, niedriger Bildungsgrad, Eigentumsverhältnisse im Durchschnitt ..., Einkommen im Durchschnitt ...</p> <p>Die Vertreterbesuche finden tagsüber statt, daher werden weit überwiegend Hausfrauen mit mehreren Kindern angetroffen. Wegen der Arbeitsüberlastung dieser Frauen steht für das Verkaufsgespräch wenig Zeit zur Verfügung, die Kinder lenken die Aufmerksamkeit ständig ab.</p> <p>Die Lage der ausländischen Arbeitnehmer stellt sich folgendermaßen dar ...</p> <p>Bei den angebotenen Gegenständen handelt es sich vorwiegend um Haushaltsgeräte, Zeitschrif-</p>

ten, Lexika ... Die erstgenannten Gegenstände werden zu 70 v.H., die zweitgenannten zu 50 v.H. und die letztgenannten zu 40 v.H. durch Vertreterbesuche verkauft.

Die typischen Vertragsbedingungen sehen folgendermaßen aus ...

Im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamburg sind im Jahre 1969 ... Verurteilungen wegen Betrugs im Zusammenhang mit Haustürgeschäften erfolgt. Die Zahl der betrogenen Personen läßt sich aufgrund der vorgenommenen Aktenauswahl auf ... schätzen. Pfändungen aufgrund von nicht erfüllten Haustürgeschäften haben folgenden Umfang ...

Die entsprechenden Zahlen für den eine mehr ländliche Region umfassenden Bezirk des Oberlandesgerichts ... ergeben folgendes Bild ...

Regelungsziel I

Schutz des besuchten Personenkreises vor Vertragsschlüssen, die seiner wirtschaftlichen Lage nicht entsprechen.

Operationale Definition

Die Schutzwirkung muß den Personenkreis ungelerner Arbeiter und hier insbesondere auch Ausländer einbeziehen. Geschäfte, die der wirtschaftlichen Lage der Käufer nicht entsprechen, sind solche, die ... v.H. des Monatseinkommens übersteigen oder deren Abzahlung sich auf mehr als ... Monate erstreckt.

Lösungsmodelle

Rechtsordnung A: Händlern droht bei Besuchen in bestimmten Bezirken (Slums, Indianerreservaten), die vorwiegend von sozial diskriminierten Bevölkerungsteilen bewohnt werden, die Todesstrafe.

Rechtsordnung B: Die Käufer können unter bestimmten Voraussetzungen gerichtliche Vertragsauflösung erwirken.

Rechtsordnung C: Ordnungspolizeiliches Verbot, bei Hausbesuchen Waren anzubieten, die einen bestimmten Wert übersteigen.

Rechtsordnung D: Rücktrittsrecht des Käufers innerhalb von drei Tagen.

Rechtsordnung E: Rücktrittsrecht des Käufers innerhalb von sechs Monaten.

Rechtsordnung F: Erhebliche Anhebung der Pfändungsfreigrenze.

Modellauswahl

Modell B ist generell für Unterschichten unbrauchbar, da die notwendige Orientierung über das Beschreiten des Gerichtsweges fehlt.

Modell C ist unwirksam, da schwer sanktionierbar. Gerade die des Schutzes am stärksten bedürftigen Schichten werden das Verbot nicht kennen und Zuwiderhandlungen nicht zur Anzeige bringen.

Modell D ist aufgrund der durchgeführten empirischen Untersuchung speziell für Ausländer nicht als ausreichend anzusehen, da die Sprachschwierigkeiten (Verstehen des Vertrags und Aufsetzen eines Widerrufs) in dieser Frist nicht überwunden werden können.

Das angestrebte Schutzziel wird jedoch etwa gleich gut bewirkt durch die Modelle A, E, F.

Soll ein weiteres Ziel erreicht werden?
Regelungsziel II

Ja. Geringstmöglicher Eingriff in den freien Wirtschaftsverkehr.

Operationale Definition

Zum freien Wirtschaftsverkehr gehören sowohl die Handlungs- und Werbefreiheit von Unternehmer und Vertreter als auch die Möglichkeit zu betriebswirtschaftlicher Kalkulation.

Modellauswahl (soweit Modelle noch nicht ausgeschieden)

Modell A schränkt die Handlungsfreiheit von Vertretern zu weit ein und scheidet aus.

Modell E beschneidet die Kalkulationsmöglichkeit des Unternehmers zu stark (vgl. das eingeholte betriebswirtschaftliche Gutachten).

Modell F erhöht das Abschlußrisiko für den Vertreter. Da es aber leicht kalkulierbar ist, ist der Eingriff in den freien Wirtschaftsverkehr gering. Dieses Modell ist daher vorzuziehen.

Sind mehrere Modelle gleich gut?

Nein. Es bleibt bei Modell F.

2. Umweltschutz

Das in der Tabelle auf S. 258f. dargestellte Beispiel entstammt einer Projektstudie des Verfassers für das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. Das Schema zwingt zu einer genauen Einordnung der zahlreichen rechtlichen Lösungsmodelle in eine Zweck-Mittel-Relation. Funktional äquivalent sind Mittel, mit denen das jeweilige Ziel etwa gleich gut erreicht werden kann. Der Vergleich kann – wie hier – zunächst für die Mittel, die *eine* Rechtsordnung bietet, durchgeführt werden. Bei weniger komplexen Problemen können die Mittel mehrerer Rechtsordnungen unmittelbar in den Vergleich eingehen.

Die Arbeit an diesem Projekt war bei Fertigstellung dieses Artikels noch nicht so weit fortgeschritten, um bereits Eintragungen in allen Problemzeilen (nur die Mittel für den Lärmschutz sind aufgeführt) und in den Äquivalenzspalten zu ermöglichen. Im Verlauf der Untersuchung werden sich die zu prüfenden Mittel noch vermehren. Auch die Ziele sind noch nicht endgültig festgelegt.

Grundsätzlich erfolgt, wie im dargestellten Entscheidungsprogramm und im vorangehenden Beispiel, die Zielprüfung hintereinander gestaffelt (vgl. im Schema die Ziele C und D). Soll dagegen ein frühzeitiges Ausscheiden von Mitteln vermieden werden, so kann (wie im Schema hinsichtlich der Ziele A und B) auch eine parallele – wenn auch natürlich getrennte – Prüfung erfolgen.

IV. Schlußbemerkung

Wenn sich die skizzierte zweckfunktionale Vergleichsmethode als brauchbar erweist, lassen sich die bisher wenig praktisch gewordenen Verbindungsstellen zwischen Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie genauer konkretisieren: sie finden sich in der Phase der Problemformulierung und in der Phase der Kausalfeststellung zwischen der Norm und dem jeweils interessierenden Regelungsziel bzw. zwischen zwei Regelungszielen im Falle der Prüfung von Zielfunktionen.

Weder Rechtsvergleichung noch Rechtssoziologie haben bisher die praktische Beachtung gefunden, die sie anstreben. Der Grund hierfür kann darin liegen, daß der Rechtsvergleichung die sozialwissenschaftliche Absicherung ihrer Aussagen fehlte und der Rechtssoziologie die unmittelbare Relevanz für die juristische Entscheidung. Falls sich beide Wissensbereiche in der vorgeschlagenen Form zusammenfinden, könnte das gemeinsame Ziel sozialer Wirksamkeit näher gerückt sein.

Problem	typ. Konflikt	Ziel A	Ziel B	Mittel					
				Unterlassung		Zwang			
				Staat		einzelne Betroffene		Verbände	
				Verw. Beh.	Strafger.	Verw. Ger. → Verw. Beh.	Ziv. Ger.	Verw. Beh.	Ziv. Ger.
				1	2	3	4	5	
Lärm	BAU-LÄRM	Wirk-samste Abwehr der Stö-rungen	Wirk-samste Ergän-zung der Mit-tel zu Ziel A	Unterlassung					
				Zwang					
				Staat		einzelne Betroffene		Verbände	
	operationale Def.			Verw. Beh.	Strafger.	Verw. Ger. → Verw. Beh.	Ziv. Ger.	Verw. Beh.	Ziv. Ger.
				1	2	3	4	5	
	BAU-LÄRM			Baulärm-schutzG vom 9. 9. 1965, Bauord-nungen der Länder	§ 360 Nr. 11 StGB	Verpflich-tungsklage zum Ein-schreiten aufgrund Baulärm-schutzG	§§ 1004, 862 BGB		
	VER-KEHRS-(ein-schließlich FLUG-ZEUG-) LÄRM	Verhinderung bzw. Beseiti-gung von physischen oder psychischen Gesundheits-störungen durch Lärm		Untersa-gung des Betriebs gemäß §§ 17, 30, 49 StVZO, § 6 LuftVG; Lärmbe-kämpfungsvOen der Länder	§§ 1, 4a, 5 I Nr. 3, 12 StVO, 360 Nr. 11 StGB		§ 1004 BGB, evtl. i. V. m. §§ 11 LuftVG, 26 GewO		
	LÄRM GEWERB-LICHER BE-TRIEBE			§§ 16, 24 GewO; BBauG, Bau-NutzVO, Immis-sions-schutzGe der Län-der, TA-Lärm, Lärmbe-kämp-fungsvOen der Länder	§ 360 Nr. 11 StGB	Einwen-dungen der Nachbarn im Geneh-migungs-verfahren	§ 1004 BGB, (§ 22 GewO), § 862 BGB		
	Luftver-schmutzung								
	Wasserver-schmutzung								
	Zerstörung der Landschaft								
	Atom-schäden								

UMWELTSCHUTZ

Mittel						Funkt. Äquiv.		Ziel C	Funkt. Äquiv.			Ziel D
Unterlassung			Folgenausgleich			A	B	Kostentra- gung durch Verursacher	A	B	A + B	
Finanzielle Stimulation												
Staat		Versicherungen		einzelne Betroffene								
Steuer, Abgabe	Prämien	Prämien- höhe	Bonus Malus	Umw.Schad., Kasse	Ziv.Ger.			operatio- nale Def.				
7	8	9	10	11	12							
§ 51 EStG i. V. m. § 82e EStDV					§§ 906 II, 823 BGB							
§ 51 EStG i. V. m. § 82 EStDV					§§ 906 II, 823 BGB, 33 LuftVG			Verur- sacher ist derjenige, dem die Vorteile aus der Lärmer- zeugung zukommen				
§ 51 EStG i. V. m. § 82e EStDV					§§ 906 II, 823 BGB							

Summary

SOCIOLOGICAL REFLECTIONS ON A THEORY OF APPLIED COMPARATIVE LAW

This study attempts to demonstrate that sociology offers more to legal science than a few techniques of data collection. It takes seriously the ambition of modern "applied" comparative law to look to different legal systems for the best solutions of social conflicts, and finds four theoretical problems: (1) adequacy of perception of the conflict to be resolved; (2) method of comparison of legal institutions; (3) change of system-reference during comparison; and (4) prognosis.

Only the first two of the aforementioned problems are dealt with. Part one contains a critical analysis of the following two frequently utilized methods of avoiding the analysis of social conflicts: the formulation of "legal needs", and the model-like (*i. e.*, unempirical) definition of conflicts. The proposed alternative does not require a radical transformation of the legal science into an empirical one. Rather, it recommends the localization of problems to be studied legally on a scale between purely dogmatic legal problems at one extreme and purely social (*i. e.*, legally undefined) problems at the other. As one approaches the latter extreme, legal criteria become less adequate for formulating the problem, and the principles and research methods of the social sciences must be utilized increasingly.

The second part discusses the "functional method" of comparison widely cited in comparative law. Whereas it is generally accepted that for every comparison a point of reference ("*tertium comparationis*") is indispensable, what that point should be remains unclear. Measurement of legal norms by their effects is difficult, since every norm, like every other social factor, has an infinite number of effects. Neither is the purpose of a norm an acceptable point of reference: The "*ratio legis*" is no longer considered an absolute factor in modern methodological discussions in view of its dependance on social consensus and values. Having found no satisfactory point of reference within the analytic framework of comparative law, the inquiry turns to that which is employed in functional sociology and anthropology: the maintenance of the system under consideration. There are two arguments against this method of comparison: (1) it would immensely complicate legal research, and (2) the interest of lawyers is far less focused on the *existence* of the system than on elaborating the *modalities* of its further existence.

Finally, another sociological method of comparison is introduced which permits the choice of any goal as a point of reference for functional analysis. Legal norms can be tested by ascertaining the degree to which they achieve this goal. The distinguishing characteristic of this method is that causal analysis of various means is only feasible with reference to *one* end, but the test can be repeated infinitely with reference to other ends. The procedure followed in such an analysis is first shown in the abstract form of a flow-diagram and then by way of two examples.