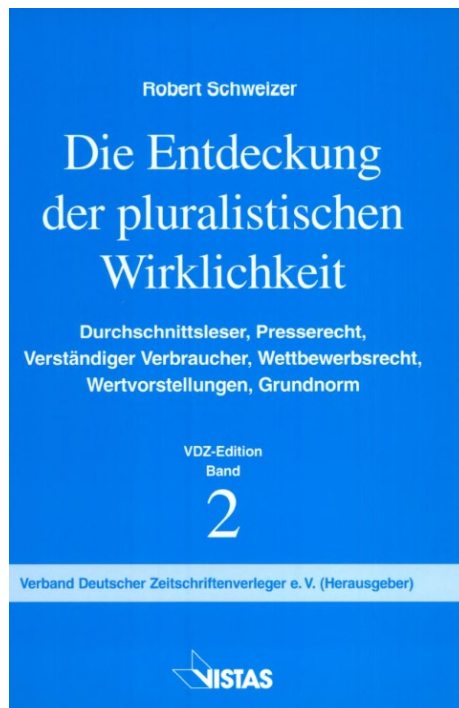


Grundnorm, Kurz- und ausführliche Fassung

in

**„Schweizer, Die Entdeckung der pluralistischen  
Wirklichkeit.“ (3. Auflage)**



Grundnorm auf Seiten XXXIII bis LXII (siehe unten)

Erstveröffentlichung der Grundnorm im Jahrbuch 1996 des Dt. Presserates als Autor Prof. Dr. Robert Schweizer Sprecher des Dt. Presserates gewesen ist.

## 6. Grundnorm

Wenn die Frage nach der Bedeutung der Wirklichkeit für das Recht immer weiter vertieft wird, gelangt man zu einer Grundnorm oder zu »der« Grundnorm. Vgl. zum Begriff der Grundnorm zunächst Kelsen, *Reine Rechtslehre* 1. und 2. Auflage sowie R. Dreier, *Zum Begriff der »Natur der Sache«*. Veröffentlicht hat der Verf. die hier vertretene Grundnorm - unbegründet und kaum erläutert - im Jahrbuch 1996 des Deutschen Presserates. Diese Grundnorm bestätigt die in dieser Schrift entwickelten Ergebnisse. Siehe zum »Durchschnittsleser« speziell Absatz (4) Satz 11 der Grundnorm. Vertreten wird diese Grundnorm bislang sonst nicht. Sie geht zwischen Naturrecht und Positivismus hindurch. Darüber, daß Naturrecht und Positivismus heute in ihren reinen Formen falsifiziert sind, sind sich die Rechtsphilosophen heute wohl einig. Deshalb wird ein Weg »durch Naturrecht und Positivismus hindurch« (A. Kaufmann) gesucht. Die hier vertretene Grundnorm besagt:

Die Normen ergeben sich grundsätzlich aus der Wirklichkeit. Unter bestimmten Voraussetzungen muß und unter anderen Voraussetzungen darf nach bestimmten Prinzipien von der grundsätzlich erheblichen Wirklichkeit abgewichen werden.

Ausführlicher:

### **(1) Grundsatz**

<sup>1</sup>Was sein soll, richtet sich grundsätzlich nach der Wirklichkeit. <sup>2</sup>Es gilt demnach nicht generell der Satz, daß aus dem Sein kein Sollen folgt. <sup>3</sup>Dieser Grundsatz bezieht die Moral, den Brauch, die Konvention und alle anderen Bereiche menschlichen Verhaltens und menschlicher Einstellung mit ein. <sup>4</sup>Satz 1 gilt auch für die Konkurrenz von Wirklichkeiten.

### **(2) Begriff "Wirklichkeit"**

<sup>1</sup>»Wirklichkeit« im Sinne dieser Grundnorm ist das tatsächlich Vorhandene, wie es der menschliche Geist konstruiert und wie es sich als eine Form der Anschauung darstellt. <sup>2</sup>Wirklichkeit im Sinne dieser Grundnorm ist dagegen nicht eine behauptete oder vermutete »höhere« ideale

Realität.<sup>3</sup>Die Wirklichkeit umfaßt auch alle vorhandenen inneren Tatsachen wie Meinungen, Auffassungen, Maßstäbe, Empfindungen und insgesamt das Rechtsbewußtsein einschließlich der Rechtsgefühle sowie alle anderen Vorstellungen.<sup>4</sup>Zu diesen Vorstellungen und Gefühlen gehört auch die Auffassung dazu, ob und inwiefern bestimmte moralische Anschauungen, religiöse Vorstellungen, Anstand, Takt und Mode rechtlich oder nur außerrechtlich Bedeutung gewinnen sollen.<sup>5</sup>Die nach Absatz (1) als Wirklichkeit grundsätzlich erheblichen Vorstellungen und Gefühle umfassen auch die Verurteilung einer Übung als unbeachtliche Unsitte.<sup>6</sup>Die Wirklichkeit umfaßt ebenso die Vorstellungen darüber, ob ein Sachverhalt als rechtlich unerzwingbarer Brauch qualifiziert werden soll.<sup>7</sup>Wirklich ist in gleicher Weise die Auffassung dazu, ob ein bestimmtes Verhalten zwar rechtserheblich, aber hoheitlich nicht erzwingbar sein soll.<sup>8</sup>Darüber hinaus gehört zur Wirklichkeit, daß zu einem bestimmten Thema ganz oder teilweise weder positive noch negative Wertvorstellungen existieren.<sup>9</sup>Die Wirklichkeit umfaßt zudem vor allem das bereits gesetzte Recht (aber auch die von ihm belassenen Lücken), insbesondere auch Verfassungsprinzipien und Grundrechte.<sup>10</sup>Zur Wirklichkeit gehört ferner, daß sich Auffassungen im Diskurs durchsetzen können.<sup>11</sup>Der Begriff erfaßt nicht im vorhinein nur eine Teilwirklichkeit.

**(3) Konsequenzen für Rechtsetzung und Rechtsanwendung aus dem in Absatz (1) festgehaltenen Grundsatz**

<sup>1</sup>Entsprechend ist Recht grundsätzlich nach der Wirklichkeit zu setzen und anzuwenden.<sup>2</sup>Begriffe, Gebote und Verbote sind deshalb grundsätzlich nach den wirklichen Verhältnissen festzulegen und anzuwenden.<sup>3</sup>Welche Wirklichkeit bei Konkurrenzen erheblich ist, ergibt sich nach Absatz (1) Satz 4 wiederum grundsätzlich aus der Wirklichkeit; nach dieser wird in der Regel auf den Sinn und Zweck des in Frage stehenden Satzes abzustellen sein.<sup>4</sup>Welche Wirklichkeit erheblich ist, betrifft insbesondere auch die Frage, ob auf ein allgemeines oder auf ein bestimmtes spezielles Vorverständnis abzustellen ist.<sup>5</sup>Zu dem Thema, welche Wirklichkeit erheblich ist, gehört ebenso die Frage, ob eine Äußerung nach der Auffassung flüchtiger Adressaten zu beurteilen ist.<sup>6</sup>Ebenso gehört zu diesem Thema die Frage nach dem wesentlichen Adressatenkreis.<sup>7</sup>So wird ein Verbot der Irreführung danach festgelegt und angewandt, wie die Adressaten eine Äußerung auffassen.<sup>8</sup>Die voranstehenden Sätze gelten auch, wenn Werte in Frage stehen.<sup>10</sup>In der

Regel werden die voranstehenden Sätze ergeben, daß grundsätzlich auf die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise abzustellen ist.<sup>11</sup> So wird bei einer Generalklausel zum lauterem Wettbewerb grundsätzlich unmittelbar in der Generalklausel auf die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise abgestellt werden müssen.<sup>12</sup> Stattdessen ist es möglich in die Generalklausel einen wirklichkeitsgerechten Begriff wie »die guten Sitten« aufzunehmen, und diesen Begriff dann so auszulegen, daß die Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise rechts-erheblich sind.<sup>13</sup> Ebenso sind Güter nach den Sätzen 1 ff. dieses Absatzes (3) gegeneinander abzuwägen.<sup>14</sup> Dies wird in der Regel bedeuten, daß nach den Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise abzuwägen ist; so beispielsweise wenn Persönlichkeitsrechte mit der Pressefreiheit konkurrieren.<sup>15</sup> Aus den voranstehenden Sätzen wird sich durchweg ergeben, daß Auffassungen, die sich im Diskurs durchsetzen, anderen Auffassungen vorzuziehen sind.<sup>16</sup> Wie zu verfahren ist, wenn gegen die Sätze dieses Absatzes (3) verstoßen wird, richtet sich - nach dem in Absatz (1) festgehaltenen Grundsatz - wiederum nach der Wirklichkeit.

#### **(4) Konsequenzen zum Dezisionismus**

<sup>1</sup>Entsprechend darf der Entscheider nicht grundsätzlich allein danach urteilen, wie er persönlich auffaßt und wertet. <sup>2</sup>Die allein auf den Entscheider beschränkte Wirklichkeit wird somit grundsätzlich unerheblich sein. <sup>3</sup>Anders verhält es sich, wenn das Vorverständnis des Entscheiders als Wirklichkeit erheblich ist. <sup>4</sup>Anders verhält es sich ebenso, falls und soweit die Ermittlung der Wirklichkeit als unverhältnismäßig angesehen und dem Entscheider deshalb zugebilligt wird, nach eigenen Vorstellungen zu entscheiden. <sup>5</sup>Die Unverhältnismäßigkeit kann zum Beispiel finanziell, methodisch oder zeitlich begründet sein. <sup>6</sup>In solchen Fällen verdrängt die eine Wirklichkeit die andere. <sup>7</sup>Ob die eine Wirklichkeit wegen Unverhältnismäßigkeit die andere verdrängt, bestimmt sich nach den vorgreifenden Sätzen dieser Grundnorm. <sup>8</sup>Dementsprechend kann sich die technische Entwicklung auswirken und künftig anders als heute zu entscheiden sein, wenn die Wirklichkeit noch schneller und kostengünstiger ermittelt werden kann. <sup>9</sup>Nach der Wirklichkeit zu beurteilen ist ebenso grundsätzlich die Verwertung von Daten, die eine Prozeßpartei vorlegt. <sup>10</sup>Zu denken ist hier insbesondere an den Fall, daß ein Gericht wegen unverhältnismäßig hoher Kosten nach den Sätzen 4 bis 7 dieses

Absatzes(4) von der Erhebung dieser Daten absehen dürfte.  
<sup>1</sup>Konsequenz wird weiter sein, daß methodenehrlich zu diskutieren ist und nicht mit Kunstfiguren - wie zur Zeit mit einem künstlich begriffenen »Durchschnittsleser« - ein falscher Eindruck erweckt werden darf.

**(5) *Verhältnisse bei pluralistischer Wirklichkeit***

<sup>1</sup>Ist die Wirklichkeit pluralistisch und rechtserheblich, wird nach Absatz (1) begründet werden müssen, wie die Pluralität zu beachten ist. <sup>2</sup>Fassen die Adressaten eine Äußerung unterschiedlich auf, so wird dementsprechend zu begründen sein, wieviele eine Äußerung entgegen den tatsächlichen Verhältnissen auffassen müssen, um eine Irreführung im Sinne einer Norm bejahen zu können. <sup>3</sup>Es wird dementsprechend zu begründen sein, wieviele Personen - in welcher Weise - eine Handlung inwiefern negativ empfinden müssen, um die Handlung als sittenwidrig qualifizieren zu müssen oder zu dürfen. <sup>4</sup>So können Prozentsätze in bezug auf die Grundgesamtheit erheblich sein, zum Beispiel im Einzelfall 15 % der Adressaten oder die Mehrheit der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise.

**(6) *Ausnahmen***

<sup>1</sup>Unter bestimmten Voraussetzungen muß und unter anderen Voraussetzungen darf von der nach den voranstehenden Absätzen erheblichen Wirklichkeit abgewichen werden. <sup>2</sup>Funktionen des Rechts dürfen nicht verkürzt, insbesondere dürfen Rechtswerte nicht durch einen Soziologismus mißachtet werden. <sup>3</sup>Die Abweichungen sind als Ausnahmen zu begründen. <sup>4</sup>Zu den in diesem Absatz erfaßten Ausnahmen gehören nicht die Fälle, in denen Wirklichkeiten schon aufgrund der Konkurrenz mit anderen Wirklichkeiten nach Absatz (1) Satz 4 und Absatz(3) Satz 3 unerheblich sind. <sup>5</sup>Diese bereits aufgrund der Konkurrenz mit anderen Wirklichkeiten unerheblichen Wirklichkeiten sind beispielsweise: Einstellungen und Verhaltensweisen, die zwar wirklich sind, aber gegen einen sich aus der Wirklichkeit ergebenden Sollenssatz verstoßen. <sup>6</sup>Zu denken ist bei diesen Fällen der unerheblichen Wirklichkeit aufgrund der Konkurrenz mit anderen Wirklichkeiten vor allem an die in Absatz (2) Satz 5 erfaßten Übungen, die den Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise als erhebliche Wirklichkeit widersprechen. <sup>7</sup>Wichtige Ausnahmen im Sinne dieses Absatzes (6) bilden gegenwärtig vor allem Verfassungsprinzipien und Grundrechte, falls

diese nicht bereits nach den voranstehenden Absätzen als Wirklichkeit erheblich sind. <sup>8</sup>Als Ausnahmen sind Fälle zu prüfen, mit denen zum Teil abwertend gegen „Volkesmeinung“ argumentiert wird. <sup>9</sup>Gedacht ist hier zum Beispiel an die Todesstrafe, an die Asyl- und an die Euthanasieprobleme. <sup>10</sup>Zu den Ausnahmen im Sinne dieses Absatzes gehören insbesondere die Fälle einer Steuerung entgegen der grundsätzlich erheblichen Wirklichkeit. <sup>11</sup>Die Ausnahmen können auch Fälle umfassen, bei denen zwar trotz der Einschränkungen nach Absatz (4) Sätze 4 und 5 Umfragen durchzuführen sind, aber dennoch nicht durchgeführt werden sollen.

**(7) Die Voraussetzungen zur Begründung dieser Ausnahmen**

(Diese Voraussetzungen müssen weiter erforscht werden. Zur Zeit wird zunächst im Vordergrund stehen können, überhaupt erst die Bedeutung der Wirklichkeit zu erkennen.)

**(8) Reichweite der Ausnahmen**

Soweit nach der Festlegung von Ausnahmen ein Freiraum verbleibt, gilt für diesen Freiraum logischerweise der Grundsatz fort, daß nach der Wirklichkeit zu entscheiden ist.

**(9) Gegenseitiger Einfluß**

Grundsatz und Ausnahmen sowie die Einzelheiten innerhalb des Grundsatzes und der Ausnahmen stehen nicht unbedingt selbständig nebeneinander, sondern können sich auch gegenseitig beeinflussen.

Die sorgfältige rechtsmethodische und rechtsphilosophische Begründung und Erläuterung dieser Grundnorm verlangt eigens ein Buch (das vorbereitet wird). Da sich eine eingehende Darstellung doch noch hinziehen wird, wird es sich rechtfertigen lassen oder empfehlen, die Grundnorm an dieser Stelle vorab kurz zu begründen und zu erläutern. Soweit in der nachfolgenden Skizze Wissenschaftler nicht erwähnt werden, ist damit keine Wertung verbunden.

## Begründung und Erläuterung der Grundnorm - Übersicht

6.1	Grundlagen .....	XXXIX
6.2	Rechtshistorische Bestätigung .....	XLII
6.3	Bestätigung durch den Grundsatz: Stoff und Methode bilden eine Einheit .....	XLIII
6.4	Bekräftigung der Grundnorm durch das Demokratieprinzip .....	XLIII
6.5	Falsifikation der Grundnorm mit der Kritik an Hegel? .....	XLV
6.6	Falsifikation der Grundnorm durch Savignys »Volksgeist« ? .....	XLV
6.7	Gegenprobe mit Kelsens »Reine Rechtslehre« und mit Kelsens Grundnorm .....	XLVI
6.8	Keine Falsifikation der Grundnormen durch die Diskus- sionen zum Gewohnheitsrecht .....	XLIX
6.9	»Vox populi - vox Rindvieh«? .....	L
6.10	Abgrenzung der Grundnorm zur soziologischen Juris- prudenz: Ehrlich, Nußbaum, Kantorowicz, Fuchs, die Freirechtsschule - bis hin zur Interessenjurisprudenz und zur soziologischen Rechtsfindungsmethode Wüstendörfers .....	LIV
6.11	Das Verhältnis der Grundnorm zum Englischen Recht .....	LVI
6.12	Der Rechtsrealismus in den USA (legal realism) .....	LVII
6.13	Der skandinavische Realismus .....	LVIII
6.14	Die »Critical Legal Studies« .....	LVIII
6.15	Die Theorie der »General Principles of Law« .....	LIX
6.16	Die Münstersche Schule der Rechtstheorie und Rechts- philosophie .....	LX
6.17	Diskurstheorien nach Apel, Habermas, Alexy u.a. ....	LX
6.18	Ergebnis und Ausblick .....	LXI

## 6.1 Grundlagen

Zunächst jedenfalls ist, was ist; eine Binsenweisheit, die aber noch nicht genügend umgesetzt wird. Wenn Rechtsnormen gebildet werden, wird von der Wirklichkeit ausgegangen. Auch wenn Rechtsnormen steuern sollen, bauen sie auf der Wirklichkeit auf. Sie bleiben bei der Wirklichkeit, soweit sie die Wirklichkeit nicht ändern wollen. Als beispielsweise die ersten Straßenverkehrsnormen gebildet wurden, blieb es grundsätzlich bei der Wirklichkeit, bei den Autos und ihren Funktionen, bei den Menschen, wie sie lebten. Nur Einzelheiten wurden - die Wirklichkeit bestätigend oder von der Wirklichkeit abweichend - rechtlich normiert. Das heißt: Wenn Rechtsnormen geschaffen werden, um sozial zu integrieren, um Verhalten zu steuern, um Konflikte beizulegen, um zu legitimieren, um soziale Herrschaft zu ordnen, um Freiheiten zu sichern, um zu gestalten, zu stimulieren, zu erziehen, zu vereinheitlichen oder was auch immer: Die Wirklichkeit bis hin zu den in der Gesellschaft bestehenden, vielfältigen Wertvorstellungen bleibt die Basis. Die Rechtsgefühle sind Teil der Wirklichkeit. Die Rechtsgefühle bilden die reale Grundlage, auf der allein eine dauerhafte positive Rechtsordnung errichtet werden kann. So zuletzt - teilweise wörtlich - Braun, Einführung in die Rechtswissenschaft 1997. Dieser Basis entspricht es, daß das Bundesverfassungsgericht vom Gesetzgeber und vom rechtsfortbildenden Richter ständig verlangt, alle denkbaren Aufklärungsmöglichkeiten der sozialen Wirklichkeit auszuschöpfen und den Entscheidungen die Wirklichkeit zugrunde zu legen. Hergenröder hat sich in seiner Schrift »Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung« besonders eingehend und überzeugend mit dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auseinandergesetzt.

Sein und Sollen sind nach alledem in dem Sinne verbunden, daß Soll-Sätze aus dem Sein hervorgehen, aber Regelungen enthalten können, die von der gegenwärtigen Wirklichkeit abweichen.

W. Fikentscher verdankt der Verfasser den (persönlichen) Hinweis, daß zu überlegen ist, in den Satz 1 der Grundnorm das Wort »wertend« einzufügen. Satz 1 würde dann lauten: »Die Normen ergeben sich wertend aus der Wirklichkeit«. Es ist richtig, daß gewertet werden muß. Kein Sein wird unbewertet zum Sollen; siehe dazu auch noch unten Abschnitt 6.9 am Ende. Vorerst hat der Verf. zur Klarstellung gegenüber der ursprünglichen Fassung nur das Wort »grundsätzlich« eingefügt. Die Wertung erfolgt nach Satz 2. Vielleicht hat die hier gewählte Fassung den Vorteil, daß die Basis zunächst allein herausgestellt wird.

Das nachfolgend gebildete - nur scheinbar naive - Beispiel kann vielleicht noch besser aufhellen, wie sich Sein und Sollen zueinander verhalten. Dieses



Beispiel wird vor allem deshalb hier aufgeführt, weil Viele Sein und Sollen strikt trennen und nicht auf den Satz verzichten wollen, aus dem Sein folge schlechthin kein Sollen. Sie berufen sich auf Kant und argumentieren: Der Mensch sei nicht immer gut und deshalb dürfe aus dem Sein nicht auf das Sollen geschlossen werden. Richtig ist jedoch nur: Bloß allein aus dem, was ist und getan wird, folgt nicht zwingend, daß es so sein soll. Noch zu Kant: Winkler hat in seiner Schrift »Glanz und Elend der Reinen Rechtslehre« besonders aufschlußreich dargelegt, daß Kant zwischen Sein und Sollen nicht so strikt trennen wollte, wie es dann die Trennungstheorie behauptet hat. Nun das Beispiel:

Ob eine Blume aktuell »gegossen« werden soll, richtet sich nach dem aktuellen Wasserbedarf (Sein). Wenn eine wasserempfindliche Pflanze bedarfslos gegossen wird (Sein), folgt daraus nicht, daß es richtig ist, sie zu gießen. Insofern folgt aus der Wirklichkeit kein Sollen. Eine andere Wirklichkeit, der tatsächliche Wasserbedarf und die aus dieser Wirklichkeit für das Sollen folgenden Konsequenzen, geht vor. Ob Recht zum Blumengießen gesetzt und angewendet werden soll, ergibt sich wiederum aus der Wirklichkeit. So zum Beispiel, wenn in einem Schadensersatzprozeß um die mißlungene Überwinterung der wertvollen Pflanze entschieden werden muß.

Somit: Grundsätzlich ist die Wirklichkeit rechtserheblich. Von diesem Grundsatz aus kann ergänzt und korrigiert werden; nicht - das ist entscheidend - umgekehrt. Folglich verkehrt jede Rechtstheorie, welche unbegründet die Wirklichkeit verläßt, die Verhältnisse. Es ist nicht einmal »zulässig, daß ein atypischer Fall zum Leitbild gewählt wird« (Böhm, Der Normmensch). Zum Begründungszwang empfiehlt sich noch heute, auf Laun, Der Satz vom Grunde, zurückzugreifen. Besonders eingehend befaßt sich neuerdings mit dem Begründungszwang nach dem geschriebenen Recht: Lücke, Begründungszwang und Verfassung.

Von diesem Grundsatz aus betrachtet, fragt sich, wie es überhaupt dazu kommen konnte, daß Rehbinder, Gilles und andere die »Akzeptanzfähigkeit des Rechts« gänzlich schwinden sehen. Die Antwort:

Die Gesetzgebungstechnik läßt noch zu wünschen übrig, wenn die Wirklichkeit berücksichtigt werden soll; vgl. diese Schrift Sachverzeichnis »Gesetzgebung« und Chiotellis/Fikentscher a.a.O. (siehe unten Anmerkung 1 Seite 71), Seiten 24 - 32. Vor allem:

Notwendigerweise ist für den Richter die Lücke die Regel; Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung und viele andere. Die Richter schließen die Lücken mit eigenen Wertungen. Diese autonome Dezision wird im Schrifttum heute allgemein eingeräumt; siehe nur die Einleitungen in den Kommentaren zum BGB

wie die von Säcker/Münchener Kommentar, Coing/Staudinger und Heinrichs/Palandt. Hinzukommt, daß generell »Richter gewohnt sind, eigenmächtig zu urteilen«; Barschkies in der Deutschen Richterzeitung 1986 nach dreißigjähriger Erfahrung als Richter. Und - wie in dieser Schrift immer wieder dargelegt wird: Die Richter fassen in einer pluralistischen Gesellschaft grundsätzlich genauso unterschiedlich auf wie andere auch. Das Ergebnis ist, daß die Entscheidungen so verschieden und wirklichkeitsnah oder -fern sind wie die Richter, die sie treffen.

Obwohl hier nur skizziert wird, müssen Reh binder, Gilles und Lerche zitiert werden:

»Der Jurist hat zwar gelernt, wie man Fälle löst, d. h. Rechtsstreit entscheidet. Aber er wird oft mit Beschämung feststellen, daß der Laie besser weiß, wie man zu handeln hat.« So schließt Reh binder seine »Einführung in die Rechtswissenschaft« ab.

Gilles warnt in der Festschrift Lüke 1997 eindringlich vor dem »Juristenstaat«:

»Mit einer >Verrechtlichung< aller Lebensbereiche ... gehen nicht nur sog. Gewißheitsverluste im juristischen Denken ... einher, sondern auch und erst recht Einbußen im Rechtsverständnis und im Rechtsempfinden der von Juristen gern als sog. juristische Laien apostrophierten Bevölkerung, und das in einem Ausmaß, daß das Recht seine Akzeptanzfähigkeit und Autorität, Legitimationskraft und Ordnungspotenz allmählich gänzlich einzubüßen und vom >Primat des Rechts< als einem der Hauptkriterien eines Rechtsstaats kaum noch etwas übrig zu bleiben droht.«

Lerche weist in Universitas 1990 darauf hin, wie unberechenbar die Gerichte zum Presserecht abwägen. Die Rechtsprechung zum Presserecht »bringt jeden Rechtsberater deutscher Medienunternehmen in die Zwangsrolle eines Hellsehers, eine verzweifelte Rolle«. Im Jahre 1990, als Lerche diese Zeilen schrieb, herrschten im Verhältnis zu heute sogar noch rosige Zeiten. Wenn aber schon erfahrene Juristen hellseherisch begabt sein müssen, wie sollen dann erst Journalisten zurechtkommen? Richtig betrachtet, müssen die Journalisten in dieser Unsicherheit ununterbrochen zwischen Persönlichkeitsrechten und der Pressefreiheit abwägen. Die Väter des Grundgesetzes werden sich die Pressefreiheit nicht so vorgestellt haben, daß die Journalisten guten Gewissens nur noch gemeinsam mit hellsehenden Presserechterspezialisten schreiben können. Jeder, der nicht täglich mit Presserecht zu tun hat, wird diese Ausführungen als maßlos übertrieben, partiisch, wenn nicht böseartig, empfinden. Die Praxis stellt sich jedoch wirklich so dar, wie hier geschildert. Allein die großen Verlage können nolens volens aus dem Jahre 1997 mehr als hundert Gerichtsent-

scheidungen vorlegen, die anders als von ihnen erwartet »ausgefallen« sind. Auch diejenigen, die gegen die Verlage aufgetreten sind, können - trotz einer für sie günstigen Tendenz - mit negativem Anschauungsmaterial in diesem Wettstreit unverhoffter Entscheidungen mitkonkurrieren. Aufrichtige Richter trösten Verlierer mit dem Geständnis, daß Urteile auch aus ihrer Sicht oftmals schwerlich vorhergesagt werden können. Vgl. zu dieser presserechtlichen Problematik weiter Verf., Jahrbuch 1996 des Deutschen Presserats.

Das rechtstheoretische Dilemma wird offenbar: Was nützen die besten Gerichte, wenn grundsätzlich die Wirklichkeit erheblich ist und die Gerichte heute von sich aus die Wirklichkeit gar nicht mit der erforderlichen Gewißheit kennen können? Gerade hochqualifizierte Entscheider können dazu neigen, sich selbstbewußt mehr Wirklichkeitskenntnisse zuzutrauen als dem Recht und der Rechtsprechung recht sein kann. Auf den herausragenden amerikanischen Richter Holmes wird diese Abhandlung noch als Beispiel zurückkommen. In einer mehr und mehr pluralistischen und komplizierten Wirklichkeit verschärft sich das Problem zusehends.

## 6.2 Rechtshistorische Bestätigung

Aufschlußreich ist, mit Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, die Gesetzgebung rechtshistorisch in drei Grundformen zu gliedern:

- Das »ungesetzte« Recht in Gestalt des Weistums (Grundform 1).
- Die von den »Rechtsgenossen« vereinbarte Satzung (Grundform 2).
- Das befohlene Recht, das Rechtsgebot (Grundform 3).

Diese Gliederung macht den Blick dahin frei, daß grundsätzlich die Wirklichkeit rechtserheblich ist. Grundform 1 herrschte jedenfalls bis zum Ende des Fränkischen Reiches vor. Bei Grundform 1 sind Sein und Sollen im wesentlichen identisch, wenn die Wirklichkeit im Sinne der Grundnorm verstanden wird. Die historische Fortsetzung zeigt, daß sich diese Basis nicht in ihr Gegenteil verkehren läßt. Das System- und Begriffsdenken ist falsifiziert, soweit es nur »blutleere Kategorien« (Säcker) schafft. Jørgensen: »Eine Theorie, welche die Wirklichkeit außer acht läßt, kann nicht mehr die Realitäten kontrollieren und verliert sich, wie gehabt, in leeren Begriffssystemen.«

Deshalb ist es nur konsequent, wenn Rechtshistoriker wie Landau in seinem Stockholmer Vortrag »Die Rechtsquellenlehre in der deutschen Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts« dazu aufrufen, so etwas wie Puchtas Lehre von den Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft (Sein) als vorgelagerte Rechtsquelle neu zu entdecken.

### 6.3 Bestätigung durch den Grundsatz: Stoff und Methode bilden eine Einheit

Fikentscher zum Beispiel hat in seinen »Methoden des Rechts« darlegt, daß Stoff und Methode eine Einheit bilden müssen. K. Lorenz hat diesen Grundsatz verhaltensforscherisch belegt. Henke ergänzt in seinem Werk »Recht und Staat«: »Wir haben die Erde als festen Boden unter den Füßen ... Die Wirklichkeit brauchen wir nicht zu begründen ... Von ihr geht das Denken aus, und zu ihr kehrt es zurück. Auch ihre (der Wissenschaft) Prinzipien fallen nicht vom Himmel, sondern stammen aus dem täglichen Leben.«

Die Konsequenz: Das Sollen kann vom Sein nicht abgetrennt werden. Was sein soll, richtet sich grundsätzlich - so die hier vertretene Grundnorm - nach der Wirklichkeit und entwickelt sich aus ihr heraus.

### 6.4 Bekräftigung der Grundnorm durch das Demokratieprinzip

Nur wer sich als Maß aller Dinge einschätzt, kann allein nach seinen eigenen Vorstellungen ohne Rücksicht auf die Vorstellungen anderer urteilen. Der Einzelne kann nicht begründen, warum ausgerechnet seine Vorstellungen - entgegen den Vorstellungen anderer - die Gerechtigkeit verbürgen sollen. Die pluralistische Wirklichkeit darf deshalb grundsätzlich nicht auf eine Stimme verkürzt werden. Die Stimme des Einzelnen muß nach dem Demokratieprinzip gleichberechtigt mitberücksichtigt werden, solange kein anderes Vorverständnis vorgeht. Nach dem Demokratieprinzip sind grundsätzlich so viele Richtigkeiten anzuerkennen wie es Rechtssubjekte gibt.

Das Vorverständnis des einzelnen Richters geht, wenn nicht gewertet wird, auf jeden Fall nicht prinzipiell vor. Wenn dagegen gewertet werden muß, ist zu berücksichtigen:

Die Forschung hat ermittelt, daß die Fähigkeit zu werten zu einem guten Teil angeboren ist. Bei jedem Menschen gibt es »angeborene Sollmuster«; vgl. Eibl-Eibesfeldt, Die Biologie des menschlichen Verhaltens - Grundriß der Humanethologie 1988; Hof, Rechtsethologie 1996 und andere. Alles, was gefühlt oder gedacht wird, vollzieht sich biologisch. In der Regel hängen angeborene und individuell erworbene subjektive Strukturen kompliziert zusammen. K. Lorenz hat schon 1973 darauf hingewiesen, daß auch die Wissenschaft vom menschlichen Geiste beginnt, sich zu einer biologischen Naturwissenschaft zu entwickeln. Die menschliche Vernunft ist körperlich im zentralen Nervensystem verankert.

Nach den Studien Piagets und vor allem Kohlbergs entwickelt sich bis zum frühen Erwachsenenalter in Stufen das Bewußtsein dazu, was gut und was böse

ist. Im Anschluß an diese Studien wurde ermittelt, daß jedenfalls schon Jugendliche und Studenten zwischen ihrer eigenen Überzeugung und den Überzeugungen gedachter Dritter unterscheiden können.

Der Einzelne hat somit seine Grundanschauungen schon wesentlich gebildet, längst ehe er eventuell an der Universität zu studieren beginnt. Eine ganze Reihe von Studien weist nach, daß dementsprechend das Berufsfeld in der Regel bei moralischen Entscheidungen nicht herausragt; vgl. Portele, Ekardt/Löffler, Oser mit anderen, Hof/Lempert/Lappe, Montada - eingehende Literaturnachweise bspw. bei Scheewind, Enzyklopädie der Psychologie mit der Abhandlung Montada, Die Sozialisation von Moral.

Dementsprechend hat beispielsweise Bundesverfassungsrichterin Jaeger in ihrem Vortrag vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 1995 mit Recht ausgeführt: »Es gibt ganz unterschiedliche Gerechtigkeitsempfindungen, die durch soziale, kulturelle, religiöse und weltanschauliche (man muß hinzufügen: zum Teil angeborene) Vorverständnisse geprägt werden. ... Es hat zu allen Zeiten unterschiedliche Vorstellungen über das gegeben, was als gerecht empfunden wird.«

Rechtsgefühle können - anders als es spätestens seit Kant gerne unterstellt wird - in der Regel durchaus gemessen werden: Vgl. z. B. Montada, Moralische Gefühle, in: Edelstein u.a., Moral und Person. Überzeugend sind auch über Jahrzehnte hinweg erfolgreich durchgeführte Studien, wie sie bspw. in den Allensbacher Jahrbüchern wiedergegeben worden sind. Die Großstudie Pichler/Giese, Rechtsakzeptanz Band I und Band II 1993 untersuchte erfolgreich Ideen, Werte und Gesinnungen.

Demnach wird sich nur verhältnismäßig selten begründen lassen, daß das Vorverständnis einzelner Richter dem Vorverständnis der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise vorgeht.

Zudem beachtet die Grundnorm bessere Vorverständnisse; vgl. die ausführliche Fassung Absatz (4) Satz 3. Die Grundnorm wird somit auch nicht durch die Überlegung falsifiziert, daß sich rechtliche Zusammenhänge dem Rechtsempfinden der Bevölkerung entziehen können; vgl. z. B. Säcker in der Einleitung zum Münchener Kommentar. Die ausführliche Fassung der Grundnorm geht auf solche Aspekte in Absatz (2) Satz 8 ein.

Die Grundnorm schützt darüber hinaus - dem Demokratieprinzip entsprechend - Minderheiten. Sie schützt, ohne das Demokratieprinzip zu verkürzen; vgl. ausführliche Fassung der Grundnorm Absatz (2) Satz 9, Absatz (3) Satz 15, Absatz (5), Absatz (6) Sätze 2, 6, 7, 8.

Das Demokratieprinzip wird nochmals unten in Abschnitt 6.9 »vox populi - vox Rindvieh« Bedeutung gewinnen. Eine Überschneidung ergibt sich unter

anderem daraus, daß mit Recht gefragt wird, was von der Demokratie bliebe, wenn das Volk nicht mehr als mündig angesehen werde.

### 6.5 Falsifikation der Grundnorm mit der Kritik an Hegel?

Hegel (1770-1831) hat bekanntlich vertreten, was wirklich sei, das sei vernünftig. Berühmt ist seine Formulierung: »Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig«. Hegel wird vor allem vorgeworfen, indem er nur auf das eine Prinzip der sittlichen Idee abstelle, werte er nicht und rechtfertige, daß Menschen beliebig Macht ausüben. Auf der Basis dieser Kritik werden Hegel und Neuhegelianer beschuldigt, den Diktaturen den Weg bereitet zu haben.

Diese Kritik an Hegel trifft nicht die Grundnorm. Im Gegenteil, die Hegel-Kritik führt zur Grundnorm hin. So schließen beispielsweise Kaufmann und Schwintowski die Hegel-Kritik ausdrücklich mit der Feststellung, daß Hegel »in weitem Maße die Wirklichkeit verfehlt«. Nach der hier vertretenen Grundnorm ist der Wille des Staates gerade nicht die oberste Quelle des Rechts.

Damit zur Einordnung dieser und nachfolgender Ausführungen zur Rechtsphilosophie kein Mißverständnis entstehen kann:

Diese Ausführungen betreffen oft nur den Teil der Grundnorm, der sich mit Wertungen befaßt. Der Teil der Grundnorm, bei dem Werte keine Bedeutung gewinnen, wird häufig nur mittelbar oder überhaupt nicht berührt. Gemeint ist hier beispielsweise der Teil der Grundnorm, der sich damit befaßt, ob die wirklichen Auffassungen der Leserinnen und Leser zu berücksichtigen sind, oder ob einzelne Juristen mit Kunstbegriffen nach eigenem Gutdünken, dezi-sionistisch, entscheiden dürfen.

### 6.6 Falsifikation der Grundnorm durch Savignys »Volksgeist« ?

Wiederholt die Grundnorm nur von Savignys »Volksgeist«? Und hat die Geschichte nicht diesen »Volksgeist« falsifiziert?

Richtig ist: Nach Savigny (1779-1861) ist das Recht gesellschaftsbezogen; ein Subsystem. Das Recht entsteht nach Savigny deshalb zuerst als Sitte und Volksglaube, durch Volkskräfte, nicht willkürlich durch den Gesetzgeber. Richtig ist weiter, daß das wissenschaftliche System Savignys teilweise auf unglückliche Irrwege geführt hat, vor allem auf den Weg der Begriffsjurispruden-z. Aber:

Das System Savignys hat sich gerade nicht an die Wirklichkeit gehalten. Das durch den Volksgeist erzeugte Recht war für Savigny im wesentlichen das Römische Recht. Auf dieser Basis, auf der Basis des Römischen Rechts, bil-

dete er ein System; stets den Blick zurück in die Historie gewandt und lebensfremd. Von Savigny hat seine Systemvorstellungen auch nicht auf der Basis der Wirklichkeit überprüft und korrigiert. Er blickte deshalb nicht auf die Wirklichkeit, weil er Volksrecht und Juristenrecht fiktiv identifizierte. Savigny systematisierte und begriff ohne Werte. Savigny hat sich nicht danach gerichtet, was er forderte. So war es kein Wunder, daß durch und durch positivistische Rechtsbegriffe folgen konnten, wie zum Beispiel Windscheids Rechtsbegriff.

Die Kritik an von Savignys »Volksgeist« trifft somit die Grundnorm nicht. Die berechtigte Kritik an von Savignys Lehre muß ganz im Gegenteil diejenigen nachdenklich stimmen, die - entgegen der Grundnorm - letztlich Einzelne nach eigenem Gutdünken entscheiden lassen wollen. Im Schrifttum weisen beispielsweise Enneccerus-Nipperdey, Esser, Larenz, Mayer-Maly und Säcker direkt in Zusammenhang mit Savigny darauf hin, daß der Richter noch heute idealtypisch als der Repräsentant des Volkswillens erscheine. Soweit der einzelne Richter über kein besseres Vorverständnis verfügt, kann der einzelne Jurist jedoch beim besten Willen in einer pluralistischen Gesellschaft nicht den Volkswillen repräsentieren. Von der Vorstellung, daß der einzelne Jurist idealtypisch als Repräsentant entscheiden könne, müssen sich Rechtsprechung und Lehre behutsam lösen.

### 6.7 Gegenprobe mit Kelsens »Reine Rechtslehre« und mit Kelsens Grundnorm

Die Gegenprobe mit Kelsen interessiert hier vor allem deshalb, weil Kelsens »Reine Rechtslehre« der hier vertretenen Grundnorm diametral entgegensteht. Kelsen interessiert auch deshalb besonders, weil Kelsen (1881 - 1973) trotz der Erfahrungen mit den Diktaturen und trotz schlimmer persönlicher Erfahrungen mit der politischen Gewalt im Kern an seiner Lehre festhalten wollte. Kelsen ist nicht wie Radbruch mit der Radbruchschen Formel umgekehrt.

Kelsen wurde von einem Freund besungen: »Brüderlein fein, Brüderlein fein, Sollen folgt nicht aus dem Sein« (Haberler). Kelsen unterschied in »Reiner Rechtslehre« bekanntlich als Neukantianer konsequent zwischen Sein und Sollen. Er vertrat den Methodendualismus. Innerhalb der positivistischen Theorien befürwortete er die analytische Rechtstheorie in der englischen Tradition von Bentham, Austin und Hart. Insbesondere wendete sich Kelsen gegen alle Versuche, das Recht oder die Rechtsordnung soziologisch begreifen zu wollen. Kelsen wörtlich: »In völlig kritikloser Weise hat sich Jurisprudenz mit Psychologie und Soziologie, mit Ethik und politischer Theorie vermengt«. Auch wenn Kelsen in Einzelheiten seine Meinung geändert hat, wollte er dabei

bleiben, Recht und Moral zu trennen. Er hielt auch bis zuletzt seine Ansicht aufrecht, daß die Moral nicht einmal die Geltung der Rechtsordnung beeinflussen könne (Trennungsthese). Kelsen begründete die Trennung vor allem damit, daß es eine absolute Moral nicht gebe. Er wollte verhindern, daß sich unterschiedliche moralisch-ethische Bewertungen rechtlich unauflöslich widersprechen. Kelsen gelangte so letztlich zu seiner berühmten Beliebigkeitsthese:

»Eine Rechtsnorm gilt nicht darum, weil sie einen bestimmten Inhalt hat, ... sondern darum, weil sie in einer bestimmten, und zwar in letzter Linie in einer von einer vorausgesetzten Grundnorm bestimmten Weise erzeugt ist. Darum und nur darum gehört sie zu der Rechtsordnung, deren Normen dieser Grundnorm gemäß erzeugt sind. Daher kann jeder beliebige Inhalt Recht sein. Es gibt kein menschliches Verhalten, das als solches, kraft seines Gehalts, ausgeschlossen wäre, Inhalt einer Rechtsnorm zu sein. ... Die Normen einer Rechtsordnung müssen durch einen besonderen Setzungsakt erzeugt werden.«

Spätestens hier zeigt sich: Das Positivste am Positivismus ist sein Name.

Kelsen würde die vom Verf. ermittelte Grundnorm wohl als »Variante der Naturrechtslehre« abtun.

Winkler hat in der erwähnten Schrift »Glanz und Elend der Reinen Rechtslehre« bereits brillant dargelegt, daß die Trennung von Sein und Sollen von Anfang an Kelsens Elend war, weil »Sein und Sollen weder im Recht noch in der Rechtswissenschaft trennbar sind«.

In gleichem Sinne schließt A. Kaufmann zutreffend in Kaufmann/Hassemer den Abschnitt zum logischen Rechtspositivismus mit der Gesamtkritik: »Wie der empirische Positivismus die Norm aus dem Blickfeld verloren hat, so hat der normlogische Positivismus das wirkliche Leben aus dem Blickfeld verloren. Die Frage, wie sich Form und Stoff, das Wie und das Was, zueinander verhalten, ist nach wie vor eines der dringlichsten Probleme der Rechtsphilosophie«.

Die hier entwickelte Grundnorm soll diese dringliche Frage beantworten helfen. Anders als Kelsens »Reine Rechtslehre« verkürzt die Grundnorm nicht. Das Recht ist, wie vielfach beschrieben, ohne reales Sein nicht erklärbar.

Kelsen räumt auch ausdrücklich ein, daß das Recht mit der Wirklichkeit zusammenhängt. Nur will er vermeiden, daß die Natur des Gegenstandes der Rechtswissenschaft verwischt wird. Seine insoweit wichtigste Aussage: »Wenn die Reine Rechtslehre die Erkenntnis des Rechts gegen diese Disziplinen abzugrenzen unternimmt, so nicht etwa darum, weil sie den Zusammenhang ignoriert oder gar leugnet, sondern darum, weil sie einen Methodensynkretismus zu vermeiden sucht, der das Wesen der Rechtswissenschaft verdun-



kelt und die Schranken verwischt, die ihr durch die Natur ihres Gegenstandes gezogen sind.«

Nur, zur »Natur ihres Gegenstandes« gehört nicht zuletzt auch die Wirklichkeit. Da die Reine Rechtslehre - genau betrachtet - zudem eine Empirische Theorie darstellt, weist R. Dreier in *Recht - Moral - Ideologie* ebenso wie Winkler, Kaufmann und viele mehr mit Recht auf die »Tragik des Kelsenschen Werkes« hin. Konsequenter wäre gewesen, daß Kelsen Wirklichkeit und Norm verbindet. Zwangsläufig hat sich Kelsen auch noch in seinem Spätwerk mit dem Verhältnis von Sein und Sollen gequält; - wie es vor allem auch Wydukkel in der Festschrift Krawietz 1993 überzeugend beschrieben hat. Es reicht eben nicht aus, Geltung und Wirksamkeit einer Norm zu trennen, und das Sein nur im Rahmen der Wirksamkeit zu beachten. Dieser Lösungsversuch macht den Grundsatz zur Ausnahme (und berücksichtigt ungerechtfertigt die Wirklichkeit nur in besonderen Ausnahmefällen).

Die Reine Rechtslehre kann demnach die hier vertretene Grundnorm nicht falsifizieren. Im Gegenteil, auch die Kritik an der Reinen Rechtslehre weist in Richtung Grundnorm. Aus der Sicht der deutschen Verfassung und aus der Sicht des Presserechts interessieren ergänzend noch zwei Aspekte besonders:

Nach Kelsens Grundnorm ist die tatsächlich gesetzte und wirksame Verfassung verbindlich. Die Verfassung kann jedoch ihrerseits auf das Sittengesetz und auch sonst auf das Sein verweisen. So schränkt Art. 2 Abs. 1 das Persönlichkeitsrecht ausdrücklich durch das Sittengesetz ein. Auch sonst verweist die Verfassung auf die Wirklichkeit. Vgl. diese Schrift Seiten 65, 100 f. (Anm. 198) et pass. Das Homosexuellen-Urteil, BVerfGE 6, 389 ff. (434 f.) mit seinem Hinweis auf das Sittengesetz und die nach ihm relevanten Vorstellungen der Gemeinschaft ist bekannt. Allerdings hat sich das Bundesverfassungsgericht - Gallwas u.a. haben schon darauf hingewiesen - nur dieses eine Mal auf das Sittengesetz nach Art. 2 GG gestützt. Neben den weithin bekannten speziellen Arbeiten zum Begriff des Sittengesetzes wie den Arbeiten von Mayer-Maly, F. Bydlinski, R. und H. Dreier und neben den Verfassungskommentaren müssen auch verhältnismäßig »abgelegene« Abhandlungen beachtet werden wie der Kommentar von Canaris zu einer Entscheidung des OGH in ZAS 1970 und der Beitrag von F. Bydlinski in der Festschrift für Gernhuber 1993.

Wenn jedoch die Verfassung ihrerseits auf das Sein verweist, dann löst Kelsens Grundnorm seine »Reine Rechtslehre« wieder auf; es sei denn Kelsens Grundnorm würde anders verstanden. Soweit ersichtlich, hat sich die Kelsen-Kritik mit diesen Überlegungen noch nicht befaßt.

Der zweite Aspekt: Die Reine Rechtslehre kann die überall stündlich auftretenden Grenzfälle nicht zufriedenstellend klären. Die Verfassung und

Rechtsprinzipien lassen Freiräume. Vgl. diese Schrift Seite 105, Anm. 218 zweiter Teil und zuletzt Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 6.5.1997: »ein weiter Spielraum«. Schließen ließen sich die Lücken allenfalls theoretisch mit der Begründung, daß in den Grenzfällen der Entscheider nach seinem persönlichen Rechtsgefühl entscheiden dürfe. Besonders klar stellt R. Dreier, *Der Begriff des Rechts*, NJW 1997, die (von ihm nicht vertretene) positivistische Strategie dar, nach welcher der Richter im Vagheitsbereich des positiven Rechts zur moralischen Eigenwertung ermächtigt sein soll. Aufschlußreich wie selten und bewundernswert offen schildert nach dreißigjähriger Tätigkeit als Richter Barschkies in der Deutschen Richterzeitung 1986 den richterlichen Deziisionismus. Dieser Beitrag Barschkies wurde auch oben schon erwähnt. Wer sich mit Eigenwertungen der Juristen befaßt, sollte diesen weitgehend unbekanntem »Kurzbeitrag« unbedingt beachten. Ein solcher Deziisionismus läßt sich jedoch nicht rechtfertigen. Diese Schrift versucht - hier in diesem Vorspann beginnend - nachzuweisen, daß sich eine solche Theorie nicht halten läßt. Ihr Ergebnis ist u.a. die rechtliche Verwirrung, wie sie Reh-binder, Gilles, Lerche und andere schon beschrieben haben; vgl. oben 6.1.

#### 6.8 Keine Falsifikation der Grundnormen durch die Diskussionen zum Gewohnheitsrecht

Die Geltung, die Funktionen und die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts sind bekanntlich vielfach und umfassend diskutiert worden. Ostertun, *Gewohnheitsrecht in der Europäischen Union*, hat sie jüngst erneut beschrieben. Diese Diskussionen helfen, die hier vertretene Grundnorm besser zu verstehen. Sie bieten aber kein Argument, das die Grundnorm falsifizieren könnte:

Die Grundnorm verkürzt die Wirklichkeit gerade nicht. Dadurch entfallen von vornherein die Einwände, die zur Entstehung, zur Geltung, zum Quorum, zur Rechtsquellenlehre und zu den Gewohnheiten *contra legem* erhoben werden.

Andererseits erlaubt die Grundnorm Verkürzungen. Damit können sich insbesondere die Übungstheorien nicht gegen die Grundnorm auswirken.

Problematischer für die Grundnorm sind die Argumente und Anforderungen, welche die Wirklichkeit überhaupt erst aufgrund besonderer Umstände einbeziehen wollen.

Zu denken ist insoweit an umstrittene Kriterien wie: Die staatliche Gestaltung und die mit ihr verbundenen Anerkennungs-, Abhängigkeits- und Rechtsschöpfungstheorien, die Mitwirkung der Gerichte, teilweise die Willenstheorien und die eine oder andere Anforderung an die Rationalität. Diese Argumente und Anforderungen können die Grundnorm jedoch deshalb nicht falsifizieren,

weil nach der Grundnorm die Wirklichkeit eingeschränkt und gesteuert werden darf und u. U. sogar eingeschränkt und gesteuert werden muß. Nur darf nach der Grundnorm die Wirklichkeit als Basis des Rechts nicht prinzipiell auf den Kopf gestellt werden.

Die Diskussionen zum Gewohnheitsrecht schließen damit, daß das Gewohnheitsrecht im Rahmen einer rechtsphilosophischen letzten Begründung allen Sollens beurteilt werden muß. Diese rechtsphilosophische Letztbegründung allen Sollens wird hier mit der Grundnorm versucht.

### 6.9 »Vox populi - vox Rindvieh«?

Sollte der einzelne Jurist deshalb nach seinen eigenen Vorstellungen entscheiden, weil man die Vorstellungen »der Masse« alles in allem negativ sehen muß? Diese Frage läßt sich, soweit mit ihr die Grundnorm falsifiziert werden soll, einfach abtun: Nach der Grundnorm dürfen die Vorstellungen der Masse negiert werden, wenn der Entscheider oder andere über ein besseres Vorverständnis verfügen. Siehe insbesondere Absatz (4) Satz 2 der ausführlichen Fassung der Grundnorm. Zudem dürfen die Vorstellungen der Masse nach Absatz (6) übergangen werden; vgl. dort auch Satz 8.

Da die Vorbehalte gegen die Vorstellungen der Allgemeinheit jedoch offenbar gerade bei Juristen tief wurzeln, wird es zweckmäßig sein, auf diese Vorbehalte näher einzugehen. Vgl. vorab die Seiten 56 bis 58 des Hauptteils dieser Schrift, Abschnitte »Unbehagen gegen eine Berücksichtigung der Wertvorstellungen der Allgemeinheit und der beteiligten Verkehrskreise« sowie: »Was sonst?«

Es ist richtig, schon Lazarsfeld hat den »bandwagon effect« ermittelt: Die Leute wollen auf der Seite des Siegers stehen. Noelle-Neumanns »Schweigespirale« ist bekannt: Der Einzelne will sich nicht isolieren. Wer glaubt, in der Minderheit zu sein, wird sich in der Regel vorsichtig äußern oder ganz schweigen. Durch diese Zurückhaltung entsteht in der Öffentlichkeit noch stärker der Minderheiten-Eindruck. Die (vermeintliche oder tatsächliche) Minderheit hält sich dann noch stärker zurück. Spiralenförmig wird die Meinung zurückgedrängt. Die Freude, mit anderen übereinzustimmen, kann dagegen bis zum Rausch hochstimmen.

Nach dem Asch-Experiment wirkt sich die Isolationsangst sogar geradezu grotesk aus. Im Asch-Experiment wurde einerseits eine Musterlinie vorgelegt und andererseits nebeneinander drei Vergleichslinien. Von den drei Vergleichslinien entsprach, jedermann klar ersichtlich, eine Vergleichslinie der Musterlinie. Unbeeinflusst stellte jeder Befragte zutreffend fest, daß eine bestimmte Vergleichslinie der Musterlinie entspricht. Und nun die groteske wei-

tere Fortführung des Experiments: Gehilfen wurden eingesetzt. Sie antworteten falsch. Sie bezeichneten - abgesprochen - eine eindeutig unpassende Vergleichslinie als der Musterlinie entsprechend. Am Ende der Gehilfen-Reihe saß ein nichtsahnender Teilnehmer. Er schloß sich den Falschbezeichnungen an. - Es gab auch Variationen. Alles in allem setzten sich die Falschbezeichnungen durch. Das Asch-Experiment wurde mehr oder weniger in allen Ländern bestätigt. Es kommt hinzu, daß die Medien - über die sich »die Masse« informiert - auswählen, vereinfachen und parteiisch sind. In der Sympathie zu den Parteien verteilen sich die Medien wesentlich anders als die Bevölkerung. Die schon beschriebene Schweigespirale wirkt sich durch die Medien zusätzlich aus. Wer mit der Öffentlichkeit harmonieren will, wird sich unter Umständen dem Meinungsklima, wie es sich für ihn aus den Medien ergibt, anpassen.

Sind diese negativen Aspekte erdrückend?

Soweit nicht zu werten ist, greifen diese negativen Aspekte von vornherein nicht. Wenn es beispielsweise nur darum geht, wie die Leserinnen und Leser eine Äußerung verstehen, können sich diese negativen Aspekte nicht auswirken. Es muß nur fehlerfrei befragt werden. Welche Befragungsfehler vermieden werden müssen, wird auf den Seiten 61 bis 63 dieser Schrift ausgeführt. Vgl. zum Beispiel dort § 24 Restkategorie: Aussonderung desinteressierter, unentschiedener, unsicherer und anderer Personen, die unbeachtet bleiben sollten, § 36: Ort der Befragung, § 37: Zeit der Befragung, § 38 Beeinflussung durch anwesende Personen, § 42: Lerneffekt.

Und soweit gewertet werden muß:

Hinter Kants Lehre der Autonomie des sittlichen Sollens dürfen wir nicht mehr zurückfallen. Das Rechtsgefühl des Einzelnen läßt sich nicht befehlen. Insofern jedenfalls ist von einem Prinzip der Autonomie auszugehen. Vgl. dazu auch schon oben in Nr. 6.4 zu den Grundlagen des Demokratieprinzips.

Zudem: Die oben aufgeführten negativen Aspekte wirken sich auch in vielen Wertungsfragen deshalb nicht aus, weil es sich um Themen handelt, zu denen der Einzelne - im Rahmen des Zeitgeistes - doch unbefangen antworten kann. Vor allem jedoch:

Die Ideologiefälligkeit geistiger Berufe wird gerade auch am Beispiel der Juristen nachgewiesen. Man denke nur an die Arbeiten von Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung und Die Wende-Experten mit der Besprechung durch Doehring. Aufschlußreiche Analysen enthalten oft auch die Werke zu den juristischen Methoden; so etwa die neue Schrift Raisch, Juristische Methoden 1995. Wer mit dieser Anfälligkeit der geistigen Elite »Die öffentliche Meinung im Hilter-Staat« (Bankier) vergleicht, wird wohl nicht mehr auf »Vox populi - vox Rindvieh« pochen. Bankier hat, wie andere (seriöse) Forscher auch, be-

legt, »wie wenig das Regime die Massen wirklich manipulieren konnte«. An dieser Stelle gewinnt auch die von der Grundnorm beachtete Unterscheidung zwischen Übung und der Vorstellung Bedeutung, daß diese Übung unsittlich ist; vgl. die ausführliche Fassung der Grundnorm Absatz (2) Satz 5 und Absatz (6) Sätze 5 und 6. Außerdem: Massen-Manipulation funktioniert, soweit überhaupt, sowieso nur, wenn zuvor Einzelne manipuliert worden sind.

Noch einige Beispiele, die nachdenklich stimmen werden, wenn über subjektive Einstellungen und über Auffälligkeiten zu diskutieren ist:

Blumke war Präsident des Reichsgerichts seit 1929; ein hochqualifizierter, angesehener Jurist, vorbildliche Umgangsformen, geradlinige juristische Laufbahn, politisch neutral, insbesondere kein Parteigänger Hitlers. Gerhart Hauptmann und andere Persönlichkeiten formten sein Haus zu einem kulturellen Mittelpunkt. Und dennoch: Blumke wird mit guten Gründen für den Verfall des Reichsgerichts und für viele Unrechtsurteile verantwortlich gemacht; - bis hin zur Umwandlung von fünf Jahren Zuchthaus in eine Todesstrafe im Fall Schlitt auf Wunsch Hitlers, und zwar durch den von Blumke geführten Senat.

Ein weiteres Beispiel: Der Streit um die Aufwertung in den Jahren 1923 und 1924. Durch die Inflation war, wie bekannt, das Schuldengefüge dramatisch auseinander geraten. Der Gesetzgeber griff nicht ein. Der 5. Senat des Reichsgerichts korrigierte im November 1923. Er ließ die gerichtliche Aufwertung von Hypothekenforderungen zu. Begründung: Treu und Glauben sowie Billigkeit. Die Presse berichtete über Pläne der Regierung, den Gerichten Aufwertungen zu verbieten. Am Reichsgericht hatte sich ein Richterverein gebildet. Der Vorstand des Richtervereins geißelte die Pläne der Reichsregierung als Übergriff auf die Rechtspflege. Er kündigte öffentlich an, dem Gesetz nicht zu gehorchen. Er warnte vor der »Stimmung beim Reichsgericht«. Keine drei Wochen nach dieser Vorstandsaktion entschied der 3. Senat genau entgegen der vom Vorstand des Richtervereins unterstellten Stimmung beim Reichsgericht. Und kurz danach urteilten sogar die Vereinigten Zivilsenate ebenso gegenteilig; - kurz und bündig, ganz und gar anders als der Vorstand gewertet hatte.

Die unterschiedlichen BGH-Wertungen zu Fragen der Rechtsbeugung durch Richter und Staatsanwälte im »Dritten Reich« und in der DDR sind bekannt; auch so etwas wie die Wertungen durch den - bis vor kurzem - Präsidenten des Oberlandesgerichts Frankfurt, Hinrichs. An dieser Stelle interessiert nicht etwa lediglich eindeutig verwerflicher Subjektivismus. Wesentlich ist im wesentlichen hier nur darzustellen, daß die Juristen keinen Grund haben, die Allgemeinheit prinzipiell zu negieren. Noch ein Blick ins Ausland:

Aus dem Amerikanischen Recht interessieren insbesondere die besonders aufschlußreich von Fikentscher in seinen "Methoden des Rechts" geschilderten Entscheidungen des mächtigen, erfolgreichen und ehrenwerten Richters Holmes (1841-1935). Holmes betonte sogar, er entscheide nach seinem eigenen Rechtsgefühl. Er brachte mehr Sinn für Stärke, für Mächtige und gut Organisierte auf als andere Richter und als die meisten in der Bevölkerung. Im Fall *Baltimore & Ohio Railroad v. Goodmann* urteilte er zu den Sorgfaltspflichten eines Kraftfahrers, der die Gleise überqueren wollte und nicht sicher sein konnte, ob sich ein Zug nähert. Holmes verlangte vom Kraftfahrer, auszusteigen und außerhalb seines Fahrzeuges nach dem Zug zu sehen. Im Fall *United Zine & Chemical Co. v. Britt* wurde ein schwerer Schaden durch einen Teich verursacht. Der Teich war ursprünglich der Keller einer chemischen Fabrik und mit Schwefelsäure vergiftet. Holmes entschied gegen zwei geschädigte Kinder. Begründung: Das Grundstück müsse nur gegen Verlockungen abgesichert werden, die von außerhalb des Grundstückes aus gesehen werden und verführen.

Aus England wird das bekannteste Beispiel das Urteil des House of Lords im Falle *Mogul Steamship v. McGregor* sein. Lord Esher, Master of the Rolls des Court of Appeal wollte nach seinem Vorverständnis zwischen lauterem und unlauterem Wettbewerb trennen. Alle anderen Entscheider des Court of Appeal und des House of Lords nahmen dagegen an, Fairness und Unfairness seien als rechtliche Kriterien ungeeignet. Diese Entscheidung hat bekanntlich das Englische Recht des Unlauteren Wettbewerbs nachhaltig geprägt. Sie wirkt bis heute so fort, daß sich das englische und das deutsche Recht des Unlauteren Wettbewerbs nicht in Einklang bringen lassen.

Selbstverständlich dürfen einzelne Beispiele nicht so verallgemeinert werden, daß sie als die Regel erscheinen. Diese Erfahrungen müssen aber dennoch berücksichtigt werden, wenn über besseres Vorverständnis und über Rechtsgefühle geurteilt wird.

Noch weiter braucht die Frage nicht vertieft zu werden. Die voranstehenden Ausführungen sollen, wie erwähnt, nur belegen, daß die juristischen Entscheider nicht von vornherein alles besser verstehen.

Zurück zur Einleitung dieses Abschnittes: Der Satz »*vox populi - vox Rindvieh*« kann die Grundnorm schon deshalb nicht falsifizieren, weil nach der Grundnorm bessere Vorverständnisse vorgehen, zwischen Vorstellungen und Übung unterschieden wird, und weil darüber hinaus unter bestimmten Voraussetzungen von der Wirklichkeit abgewichen werden darf oder muß. Es wird also kein Sein unbewertet zum Sollen. Bessere Vorverständnisse können (und müssen) im Rahmen der Grundnorm beachtet werden.

## 6.10 Abgrenzung der Grundnorm zur soziologischen Jurisprudenz: Ehrlich, Nußbaum, Kantorowicz, Fuchs, die Freirechtsschule - bis hin zur Interessenjurisprudenz und zur soziologischen Rechtsfindungsmethode Wüstendörfers

Wird die Grundnorm nicht schon von einer der Schulen der soziologischen Jurisprudenz vertreten? Diese Schulen versuchen bekanntlich, die soziale Wirklichkeit bei der Rechtsfindung zu berücksichtigen. Sie wenden sich - insoweit wie die Grundnorm - gegen die Begriffsjurisprudenz, gegen den Gesetzespositivismus, gegen die historische Rechtsschule und gegen das rationalistische Naturrecht. Das »lebende Recht« steht im Mittelpunkt. Die Grundnorm läßt sich dennoch keiner Schule der soziologischen Jurisprudenz zuordnen. Eingehender:

In welchem Verhältnis steht die Grundnorm zu der heute noch fortwirkenden Freirechtsschule?

Kurz zur Orientierung: Der Name geht auf Ehrlich (1862-1922) zurück. Vor allem er hat der Freirechtsschule den Weg bereitet. Der »Praktiker« Fuchs gilt als Haupt der Bewegung, Kantorowicz als ihr brilliantester Kopf, Isay als gemäßigter Nachzügler. Die Ansichten gehen aber auseinander. So sehen andere Ehrlich als Haupt der Freirechtsschule.

Wie weit die Lehre Ehrlichs von der Grundnorm entfernt ist, läßt sich mit einem Zitat veranschaulichen. Ehrlich meint unter der Überschrift »Individuelle Gerechtigkeit als Ergebnis genialer Synthese«:

»Auf diesen Wegen (zu fernen unbekanntem Zielen) ist das Genie ihr geborener Führer; neben dem Religionsstifter, dem Propheten, dem Dichter steht schon in den Gedankengängen der Urzeit der Gesetzgeber und der Richter. Das Genie, das ist der höher entwickelte Mensch ... Denn die Gerechtigkeit beruht zwar auf gesellschaftlichen Strömungen, aber sie bedarf, um wirksam zu werden, der persönlichen Tat eines einzelnen. ..., so braucht auch die Gerechtigkeit einen Propheten, der sie verkündet; ... Die Gerechtigkeit, so wie sie in Gesetzen, Richtersprüchen, literarischen Werken individuell gestaltet wird, ist in ihren höchsten Äußerungen das Ergebnis genialer Synthese der Gegensätze, wie alles Großartige, das je geschaffen worden ist.«

Somit - ganz anders als die Grundnorm: Der Jurist als Prophet.

Nun noch einmal kurz zu Gemeinsamkeiten:

In der Forderung, daß die Richter die in der Bevölkerung herrschenden Rechtsanschauungen und auch sonst das Leben kennen müssen, stimmen die Grundnorm einerseits und die Freirechtsschule sowie die Parallelbewegungen

in Frankreich (Gény (1855-1912), Lambert) und der angelsächsische legal realism überein. Freirechtsschule und Grundnorm stimmen auch darin überein, daß die Gesetze grundsätzlich beachtet werden müssen.

Von dieser Übereinstimmung ab driftet die Freirechtsschule jedoch immer weiter von der Grundnorm ab. Vor allem: Nach der Freirechtsschule soll der Richter »volitiv« nach seiner Überzeugung, insbesondere nach seinem Rechtsgefühl, urteilen, wenn das Gesetz den Fall nicht ausdrücklich und eindeutig entscheidet. Oben wurde schon der Richter als Prophet zitiert. Das Schlagwort: »Richterkönig statt Subsumtionsautomat« ist allgemein bekannt. Von einzelnen Vertretern der Freirechtsschule werden zwar Prinzipien genannt, an die sich der Richter halten soll. So soll der Richter seine Überzeugung danach ausrichten, wie die gegenwärtige Staatsgewalt entschieden hätte. Der richterliche Dezisionismus wird aber doch alles in allem kaum begrenzt. Die Grundnorm dagegen erlaubt, den richterlichen Dezisionismus nur in Ausnahmefällen.

Kantorowicz (1877-1940) und Fuchs (1859-1929) bauten sogar noch stärker als Ehrlich auf die lebensnahe Rechtsschöpfung durch die Richter.

Aber, wie in dieser Schrift aus vielen Richtungen immer wieder beleuchtet: Der richterliche Voluntarismus ist als juristische Methode ungeeignet. Er führt zu dem, was, wie erwähnt, insbesondere Reh binder, Gilles und Lerche schon eindrucksvoll herausgestellt haben.

Auch die Interessenjurisprudenz mit Rümelin als Vorläufer, Heck (1858-1943), Stampe, Reichel, Stoll, Oertmann u. a. läßt die Richter frei nach eigenen Vorstellungen werten. Die Interessenjurisprudenz bindet den Richter nur etwas stärker an das Gesetz und an die Wertungen des Gesetzes. Der Richter soll nach der im Gesetz erkennbaren grundsätzlichen Interessenbewertung entscheiden. Wenn sich nach dieser Interessenbewertung nicht entscheiden läßt, soll der Richter selbst werten. Nach dieser Methode wird bekanntlich und wie erwähnt heute weitgehend Recht gesprochen; - mit den beschriebenen negativen Konsequenzen.

Nußbaum (1877 - 1964) wird in der Regel als Begründer der deutschen Rechtstatsachenforschung angesehen. Er hat sich dafür eingesetzt, die tatsächlichen Bedingungen der Rechtsetzung und die tatsächlichen Wirkungen der Normen systematisch zu untersuchen. Er wollte aufdecken, wie stark sich Rechtswissenschaft und Rechtswirklichkeit auseinandergelebt haben. Nußbaum vertiefte jedoch nicht rechtstheoretisch.

Wüstendörfer (1875 - 1951) prägte die Interessenjurisprudenz eigenständig aus. Er trennte erheblich stärker als Heck zwischen den Interessen nach der Wirklichkeit und den Wertungsgrundsätzen. Vor allem: Wüstendörfer wollte den Richter weniger frei werten lassen als Heck. Wüstendörfer wendete sich



dagegen, daß Heck den Richter schon dort frei werten läßt, »wo die gesetzlichen Werturteile aufhören«. Er legte wörtlich dar, daß »Hecks Lehre im Ergebnis der richterlichen Eigenwertung mindestens ebensoviel Spielraum läßt wie die soziologische Theorie, die ihm so gefährliche Freigeisterei zu sein dünkt«. Wüstendörfer dringt dann aber doch nur bis zu einer Rechtsfindungsmethode vor, die »auf dem durch sozialwissenschaftliche Erkenntnis geläuterten Rechtsgefühl des Richters basiert«.

Wüstendörfer stellt demnach nicht hinreichend genug auf die Wirklichkeit ab.

### 6.11 Das Verhältnis der Grundnorm zum Englischen Recht

Der Weg vom Englischen Recht zur Grundnorm ist weit. Es wirkt sich aus, daß in England von Beginn an die Methoden des Rechts, nicht der Stoff, im Vordergrund standen. Typisch ist für den englischen Juristen, daß er sich auf die Einzelfrage - ohne scharfen Ausblick - beschränkt. Im Sinne dieser Rechts-tradition sind die großen englischen Rechtsdenker Austin, der Begründer der englischen Analytischen Jurisprudenz und Hart (1907 - 1992) nicht zur Wirklichkeit als rechtserheblichem Merkmal vorgedrungen. Gemeint ist hier die gesamte Wirklichkeit; - nicht nur das Verhalten der Rechtssetzer und der Rechtsanwender. Auch Hart überließ es dem Entscheider, Zweifelsfälle nach eigenem Gutdünken zu entscheiden. Hart betonte zwar, daß sittliche Elemente die richterliche Entscheidung leiten sollten. Er legte auch dar, daß unter Umständen Recht und Moral notwendig übereinstimmen. Darüber hinaus erkannte er an, daß Grenzfragen im Lichte von Zielvorstellungen und Zwecksetzungen beantwortet werden müssen. Hart vertiefte auch dahin, daß die Moral pluralistisch ist. Als Aufgabe des Rechts erkannte er aber nicht an, auf gesellschaftlichen Moralmaßstäben aufzubauen. Letztlich stellte Hart doch auf die »charakteristischen richterlichen Tugenden« ab, nämlich: Unparteilichkeit und Neutralität bei der Abwägung von Alternativen, Berücksichtigung der Interessen aller Betroffenen und Interesse an der Entwicklung allgemeiner Prinzipien für eine vernünftige Rechtsentwicklung.

In diesem theoretischen Umfeld war es bspw. möglich, daß der High Court im Jahr 1996 im Fall *British Sugar Plc. v. James Robertson and Sons* die Frage nach der erforderlichen Verkehrsgeltungshöhe zur Unterscheidungskraft nach dem »common sense« beantwortete. Wörtlich, nach der GRUR-Übersetzung: »Weder die Richtlinie noch unser Gesetz bringen hier etwas Licht. So muß ich das verwenden, was ich als meinen gesunden Menschenverstand bezeichne«.

## 6.12 Der Rechtsrealismus in den USA (legal realism)

Der »legal realism« wurde oben schon einmal kurz erwähnt. Er unterstützt die hier ermittelte Grundnorm weit weniger als man vielleicht zunächst annehmen wird. Als positivistische Rechtstheorie bleibt der amerikanische Rechtsrealismus, soweit es hier interessiert, letztlich doch weitgehend bei der soeben beschriebenen englischen analytischen Rechtstheorie von Bentham, Austin und Hart stehen. Realistisch betrachtet wird vor allem der Richter. Was ihn bewegt, wie er sich verhält, soll realistisch gesehen werden. Die Rechtsentscheidungs-Vorhersage interessiert. Der Richter wird zwar nicht verherrlicht. Es wird aber an ihn geglaubt. Geglaubt wird vor allem an sein Rechtsgefühl. Dagegen interessiert diesen Rechtsrealismus weniger oder überhaupt nicht, inwieweit neben dieser Richter-Wirklichkeit die weitere Wirklichkeit erheblich ist.

Einige aufschlußreiche Einzelheiten:

Der amerikanische Rechtsrealismus wird als nachträgliche Verphilosophierung Holmes gesehen. Allerdings darf Holmes nicht insgesamt den Rechtsrealisten zugeordnet werden. Stark ausgewirkt hat sich in der weiteren Entwicklung, daß Holmes, wie erwähnt, radikal subjektivistisch erklärte, er entscheide aufgrund seines persönlichen Rechtsgefühls und begründe erst anschließend juristisch.

Die Blütezeit des »legal realism« waren die Jahre zwischen 1929 und dem Ausbruch des 2. Weltkrieges. Fikentscher, Methoden des Rechts Band II: »Selten ist ein juristisches Feuerwerk von solcher Brillanz abgebrannt worden wie der amerikanische Rechtsrealismus in den Jahren zwischen 1929 bis 1940«. Nach den tiefgreifenden Werken von Holmes, Pound, Cardozo und Brandeis hat der amerikanische Rechtsrealismus die Tatsachennähe in den Mittelpunkt gestellt. Der »Sprung nach vorn« (Fikentscher) war ein im Jahre 1930 veröffentlichter Aufsatz Llewellyns: »A Realistic Jurisprudence - The Next Step«. Gleichzeitig erschien ein richtungweisendes Werk Franks: »Law and the Modern Mind«. Mit Llewellyn und Frank sind die zwei wichtigsten Vertreter des amerikanischen Rechtsrealismus genannt.

Llewellyn unterschied zwar mit Ehrlich zwischen dem Recht in den Büchern und dem lebenden Recht. Llewellyn bezog jedoch nicht nur die Richter, sondern alle am Rechtsbildungsprozeß Beteiligten in seine Analysen ein. Frank schrieb von der »tiefliegenden Sehnsucht im Volk, daß Staat und Regierung einen wundervollen Traum verwirklichen, in dessen Reich Prinzipien unabhängig von menschlichen Einzelpersönlichkeiten, regieren«. Frank schwebte ein Recht vor, das sich an soziale Bedürfnisse anpaßt.

Im Kern blieb der amerikanische Realismus aber bei der Kritik am Rechtsformalismus stehen. Die persönliche Gerechtigkeitsentscheidung wurde nicht

wirklich angegriffen. Bezeichnend ist der Schlußabsatz der erwähnten richtungweisenden Llewellyn-Abwandlung aus dem Jahre 1930:

»Im Mittelpunkt, glaube ich, steht das Verhalten der Richter ... Eng um diesen Mittelpunkt liegt zum einen das Verhalten der übrigen Staatsbediensteten, zum anderen das Instrumentarium anerkannter Formeln, die die Richter verwenden, und aus denen sie Erkenntnis zu schöpfen suchen ... Bestandteil des Rechts sind in vieler Hinsicht auch die Gesellschaft als Ganzes und alle Menschen in der Gesellschaft. Aber das ist schon eine Frage der Peripherie und nicht des Mittelpunktes ... «

### 6.13 Der skandinavische Realismus

Der skandinavische Rechtsrealismus verharrt, soweit es hier interessiert, ebenfalls in der Analyse. Er gehört, wie der beschriebene amerikanische Rechtsrealismus und der beschriebene englische Rechtsrealismus Harts, zur analytischen Rechtstheorie. Der skandinavische Rechtsrealismus bemüht sich stärker als die anderen analytischen Richtungen, die Wirklichkeit psychologisch besser zu verstehen. Er entwickelt die psychologische Wirklichkeitsanalyse jedoch nicht in Richtung Grundnorm. Einer Entwicklung in Richtung Grundnorm steht der Wertnihilismus des skandinavischen Realismus' entgegen.

Unterstützt wird die Grundnorm durch den skandinavischen Rechtsrealismus durch dessen Kritik an der Metaphysik und am Naturrecht. Hilfreich ist auch die Kritik des skandinavischen Realismus an der Reinen Rechtslehre.

Wer auf den skandinavischen Rechtsrealismus eingeht, muß Geiger (1891 - 1952) erwähnen; auch wenn darüber gestritten werden kann, ob Geiger dem skandinavischen Rechtsrealismus überhaupt zuzurechnen ist. Geiger vertrat zwar nicht den Sanktions-Monismus, wie ihn die meisten skandinavischen Rechtsrealisten befürworteten. Geiger hing jedoch auch einem - nach der Grundnorm abzulehnenden - Wertnihilismus an. Der weite Abstand von Geiger zur Grundnorm läßt sich auch dadurch charakterisieren, daß sich Geiger nicht dafür interessierte, wie einzelne Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden sind.

### 6.14 Die »Critical Legal Studies«

Radikalisiert wird der amerikanische legal realism, heute noch, von der Critical Legal Studies-Bewegung. Die Radikalisierung führt eher von der Grundnorm weg. So unterschiedlich die einzelnen Meinungen auch sind, will diese Bewegung die traditionelle juristische Denkart zerschlagen. Sie geht dabei jedoch nicht darauf zurück, daß die Wirklichkeit die Basis des Rechts bildet. Insbesondere will diese Bewegung nicht von den Wertvorstellungen der Allgemein-

heit und der beteiligten Verkehrskreise als Basis ausgehen. Sie versucht, Werte auszublenden. Zumindest im Ergebnis stärkt diese Bewegung sogar die Eigenwertung durch den einzelnen Juristen.

#### 6.15 Die Theorie der »General Principles of Law«

Die Theorie der »General Principles of Law« versucht, die Grenzfälle besser zu bewältigen. Langenbucher, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, hat zuletzt diese Theorie beschrieben und verwertet. Sie, diese Theorie, empfindet es als Schwäche, daß der Richter nach der analytischen Rechtstheorie in Zweifelsfällen weitgehend nach eigenem Gutdünken entscheiden muß. Letztlich stellt sie jedoch nur neben die »Rules« einige »General Principles of Law«, vor allem Gerechtigkeit, Fairneß und Rechtsstaatlichkeit. Mit diesen »General Principles of Law« wird zwar der positivistische Rechtsbegriff verlassen. Aber:

Ein Richter, der nur nach den Rules und den General Principles of Law Recht sprechen kann, müßte mit übermenschlichen Fähigkeiten ausgestattet sein, um bei den hard cases jeweils die eine richtige Lösung finden zu können. Diese Lehre erklärt nicht etwa, mehrere Lösungen könnten richtig sein. Sie geht davon aus, daß es nur eine richtige Lösung gibt. Die Theorie der General Principles of Law ist sich dieser Schwäche, daß der Richter ein Übermensch sein müßte, bewußt. Dworkin, der 1931 geborene Hauptvertreter dieser Theorie, ein Schüler Harts, nennt seinen Richter »Herkules«; heute schon eine Berühmtheit. Man spricht auch von »herkulischer Methode«. Da sich zwar vielleicht mancher als Herkules fühlt, niemand aber konkret Herkules kennt und diese Prinzipien wie Gerechtigkeit, Fairneß und Rechtsstaatlichkeit de facto Räume freilassen, muß die Theorie der General Principles of Law doch wieder teilweise den Richter nach eigenem Gutdünken entscheiden lassen. Dworkin wörtlich in »Bürgerrechte ernstgenommen«:

»Er (Herkules) muß sich natürlich hinsichtlich der Frage, welches die Prinzipien dieser Moral sind, auf sein eigenes Urteil stützen, aber hier handelt es sich um die zweite der eben unterschiedlichen Formen des Sich-Stützens, die auf einer bestimmten Ebene unvermeidlich ist.«

Daß Dworkin nicht zu der hier vertretenen Grundnorm findet, kann darauf zurückzuführen sein, daß die Theorie der General Principles of Law insoweit noch in der Analytischen Jurisprudenz verharret.

### 6.16 Die Münstersche Schule der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie

Mit der Münsterschen Schule der Rechtstheorie und Rechtsphilosophie kann anschaulich das Verhältnis der Grundnorm zum aktuellen Recht, wie sie der nachpositivistische Rechtsrealismus sieht, dargestellt werden. Mit dieser Schule verbunden sind Wissenschaftler wie Wolff, Ritter, Schelsky und Wyduckel. Die Münstersche Schule veranschaulicht zutreffend und mit einer Klarheit, wie man sie sich nicht besser wünschen kann:

Einerseits reduziert der juristische Positivismus unvertretbar die Wirklichkeit auf unvollkommene Normen. Andererseits reduziert der sogenannte soziologische Positivismus einseitig auf die Gesellschaft. Erst recht verkürzt die Rechtstheorie, wenn Rechtsmethodik und Rechtsphilosophie die Gerechtigkeit von der Wirklichkeit loslösen und negieren. Vgl. zuletzt Wyduckel, *Recht und Rechtswissenschaft im nachpositivistischen Rechtsrealismus*, in: *Rechtstheorie Beiheft 9/1986* sowie die bereits erwähnte Abhandlung Wyduckels, *Normativität und Positivität des Rechts*, Krawietz-Festschrift 1993.

Um nicht zu reduzieren, öffnet die Münstersche Schule die Rechtsordnung zur sozialen Wirklichkeit hin und bewertet diese soziale Wirklichkeit. Zu dem hier in dieser Schrift immer wieder problematisierten Dezisionismus betont die Münstersche Schule, daß mit ihr »einer schlicht dezisionistischen Legitimationskonzeption der Boden entzogen« sei. Die Münstersche Schule kann deshalb so verstanden werden, daß sie zu der hier vertretenen Grundnorm tendiert. Problematisch bleibt jedoch: So zutreffend die Münstersche Schule auch nachpositivistisch über den Rechtspositivismus hinausgeht, haftet ihr wohl noch etwas an, daß sie vom Rechtspositivismus ausgeht (wenn sie ihn auch überwindet). Es ist jedoch vorstellbar, daß sich die Münstersche Schule durch die hier vertretene Grundnorm bestätigt sieht.

### 6.17 Diskurstheorien nach Apel, Habermas, Alexy u.a.

Die Diskurstheorien werden durch die Grundnorm aufgewertet. In Verbindung mit der Grundnorm läßt sich gegen die Diskurstheorien nicht mehr einwenden, ein idealer Diskurs sei nicht realisierbar. Genauso lassen sich die Diskurstheorien in Verbindung mit der Grundnorm nicht mehr mit dem Argument widerlegen, in vielen Fällen könne kein Konsens erzielt werden. Die Kritik an den Diskurstheorien greift, soweit der Diskurs als Bestandteil der Grundnorm verstanden wird, deshalb nicht, weil die Diskurstheorien nur dazu beitragen müssen, die Wirklichkeit zu sondieren. Siehe zur Einbindung des Diskurses in die Grundnorm Absatz (2) Satz 10 und Absatz (3) Satz 15 der ausführlichen Fassung.

## 6.18 Ergebnisse und Ausblick

In einer pluralistischen Gesellschaft kann auch bei optimaler Arbeit des »Rechtsstabes« nicht das letzte Wort sein, daß Einzelne unzählige Verfahren nach ihren persönlichen Auffassungen entscheiden. Problematisch sind zumindest die Fälle, in denen der Einzelne ohne besseres »Vorverständnis« urteilt; so zum Beispiel, wenn die Auffassungen der Leserinnen und Leser festzustellen sind oder teilweise, wenn in einem Grenzfall gewertet werden muß.

Theorie und Praxis finden sich jedoch zur Zeit im Kern mit sogenannten subjektiv-dezisionistischen Entscheidungen ab. Die weltweiten Bemühungen, zu objektivieren und einzugrenzen, konnten das Problem bislang nur etwas zurückdrängen. Im Schrifttum wird dargelegt, daß Rechtsstreitigkeiten sogar in der Regel subjektiv-dezisionistisch entschieden werden. Auch die Gesetzgeber entscheiden oft stärker subjektiv-dezisionistisch, als es sich nach ihrem Vorverständnis rechtfertigen läßt.

Auch wenn der Einzelne alle seine Kräfte dafür anbietet, vernünftig und verantwortungsbewußt zu urteilen, bleibt auf dieser Basis Gerechtigkeit mehr oder weniger Zufall. Für den einen hervorragenden, klugen und insgesamt vorbildlichen Richter ist auch nach eingehendem Diskurs Lösung A vernünftig und verantwortungsbewußt, für den anderen Lösung B. Der eine »juristische Laie« hält Lösung A für gerecht, der andere Lösung B. Ohne repräsentative Ermittlungen weiß niemand, wieviele Lösung A und wieviele Lösung B vertreten und wieviele keine Meinung haben oder unentschieden sind.

Die ermittelte Grundnorm - so wird in dieser Schrift argumentiert - überwindet diesen Stand. Sie geht durch Naturrecht und Positivismus hindurch.

Die Grundnorm ließ sich in dieser Arbeit nicht falsifizieren. Die Abgrenzung zu anderen Theorien hat die Unterschiede verdeutlicht und die Grundnorm bekräftigt.

Aus der Grundnorm ergibt sich auch, daß das Recht wirklichkeitsgerecht entwickelt werden muß. Das heißt unter anderem, daß die heutige Praxis nur nach und nach zu ändern ist.

Mit der Änderung muß jedoch begonnen werden; - auch schon deshalb, weil sonst der Rechtsstaat allmählich zu einem Juristenstaat verkommt, der immer weniger akzeptiert wird. Der Bedarf, die Grundnorm anzuwenden, ist bereits jetzt größer als die meisten vielleicht annehmen werden. Es liegt nicht etwa an der Qualität der Gerichte. Würde nachgeforscht, würde sich aller Wahrscheinlichkeit nach herausstellen, daß die Gerichte bestmöglich arbeiten. Das Problem sind die Methoden und Techniken. Soweit Gerichte trotz optimaler Arbeit nicht recht überzeugen, beruht dies weitgehend darauf, daß die Methoden und Techniken heute nicht mehr voll dem Stand der Gesellschaft entsprechen. Wenn den-

noch viele keinen Bedarf für eine Methodenentwicklung empfinden, kann dies darauf zurückzuführen sein, daß die Probleme meist nicht öffentlich werden. So bleiben viele Unzulänglichkeiten unbekannt und unkritisiert. Oft können auch die Schwächen dadurch kaschiert werden, daß sich die Entscheider auf die Besonderheiten des Einzelfalles berufen. Die Entscheider können sich, wenn sie sich auf den Einzelfall berufen, auch unbewußt selbst täuschen. Maßgeblich ist letztlich: Aus grundsätzlichen wissenschaftlichen Hinweisen Rehbinders, Gilles', Lerches und anderer sowie aus Umfrageergebnissen und vielen wichtigen Abhandlungen zu einzelnen Themen muß gefolgert werden, daß bereits Gefahr im Verzug ist.

Die gegenwärtige negative Entwicklung läßt sich allein schon dadurch nach und nach aufhalten, daß zu einzelnen Fällen die pluralistische Wirklichkeit ermittelt und nach der Grundnorm entschieden wird. Die oben in Abschnitt 1. und 2. geschilderten Münchener und Hamburger Gerichtsverfahren bilden Beispiele. Diese Verfahren weisen auch über den Einzelfall hinaus. Sie deuten darauf hin, daß die Leserinnen und Leser weniger schwerfällig reagieren als der eine oder andere Jurist unterstellt. Sie lassen darüber hinaus erkennen, wie eine Partei auf der Basis der Grundnorm vorgehen kann, wenn im Einzelfall die Wertvorstellungen unversöhnlich auseinanderklaffen.

Von der Grundnorm ausgehend kann sicherer geplant werden. Wer zu planen hat, kann vorab die pluralistische Wirklichkeit als Entscheidungsbasis ermitteln. Er muß insoweit nicht über persönliche Auffassungen derer mutmaßen, die später einmal entscheiden und sich dabei nach der Grundnorm grundsätzlich an die pluralistische Wirklichkeit halten müssen.

Die Grundnorm hilft, Frieden zu stiften: Steht fest, wie sich die rechtserheblichen Auffassungen verteilen, wird die unterliegende Partei eher verstehen, warum gegen sie entschieden werden muß.

Daß neue Probleme entstehen, überrascht nicht. Subjektiv nach eigenen Vorstellungen zu entscheiden, ist auch für das gewissenhafteste Gericht einfacher als erst die Wirklichkeit zu ermitteln und auf dieser Basis aufbauend dann zu entscheiden. Hemmnisse zu überwinden, gehört aber bekanntlich zum Wesen der Wissenschaft und zu einer verantwortungsbewußten Praxis. Für denjenigen, der beklagt, daß die Schwierigkeiten sogar weiter wachsen könnten:

»Die Schwierigkeiten wachsen, je näher man dem Ziele kommt« (Goethe, Wahlverwandtschaften II)!