

Schriften der Vereinigung
für Rechtssoziologie

Band 11

Herausgegeben von
Winfried Hassemer
Wolfgang Hoffmann-Riem
und Manfred Weiss

Winfried Hassemer/Wolfgang Hoffmann-Riem/
Jutta Limbach (Hrsg.)

Juristenausbildung zwischen Experiment und Tradition



Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden



CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Juristenausbildung zwischen Experiment und Tradition / Winfried Hassemer ...
(Hrsg.). – 1. Aufl. – Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1986.

(Schriften der Vereinigung für Rechtssoziologie; Bd. 11)

ISBN 3-7890-1307-2

NE: Hassemer, Winfried [Hrsg.]; Vereinigung für Rechtssoziologie: Schriften der Vereinigung ...

1. Auflage 1986

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1986. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung vorbehalten.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort der Herausgeber	7
I. Teil	9
<i>Fritz Haag</i> Juristenausbildung als Gesetzgebungsexperiment. Zur Entstehung, Struktur und Verwertung von Begleitforschung	11
<i>Joachim Nocke</i> Die Juristenausbildungsreform als Gesetzgebungsexperiment	25
II. Teil	63
<i>Heinz Giehring/Karl. F. Schumann</i> Die Zukunft der Sozialwissenschaften in der Ausbildung im Straf- und Strafverfahrensrecht – Erfahrung versus Programmatik	65
III. Teil	191
<i>Beatrice Caesar-Wolf/Dorothee Eidmann</i> Zur relativen Autonomie der Rechtspraxis – Am Beispiel der Scheidungsgerichtsbarkeit	193
<i>Michael Coester</i> Erfahrung, Wissenschaft und Wertung bei der Anwendung familien- rechtlicher Normen	213

Erfahrung, Wissenschaft und Wertung bei der Anwendung familienrechtlicher Normen

I. *Familienrecht und Sozialwissenschaften: Einleitung*

Erfahrung versus Programmatik – diesen vom Leitthema scharf konturierten Konflikt verstehe ich im Sinne der Frage, ob und inwieweit die Rückkehr zur traditionellen Juristenausbildung die Verengung der Ausbildungsinhalte auf das rechtliche Regelungsprogramm impliziert – unter Ausschluß des Wissens um all jene vor-, praeter- oder metajuristischen Zusammenhänge, deren zumindest ansatzweise Kenntnis den guten Juristen vom Positivisten unterscheidet. Als Familienrechtler kann man – wie mir scheint – dieser Frage mit Gelassenheit begegnen, denn jedenfalls auf diesem Teilgebiet des Rechts präsentieren sich normatives Programm und »Erfahrung« nicht in jener Trennbarkeit oder gar Gegensätzlichkeit, die das Leitthema suggeriert. Nicht nur die Familien sind eingebettet in einen gegebenen historischen, kulturellen, gesellschaftlichen und politischen Zusammenhang, sondern auch das Familienrecht. Dieses zeigt sich zwar nicht nur, aber insbesondere in seinen zahlreichen Generalklauseln durchaus aufgeschlossen gegenüber den gesellschaftlichen Realitäten und ihren Veränderungen. Dabei begegnet nicht nur bewußt »offenes« oder – wie die Soziologen sagen – »lernbereites« Recht,¹ das das Eindringen außerrechtlicher Erkenntnisse und Wertungen passiv duldet; vielmehr sind viele Generalklauseln richtigerweise dahingehend zu interpretieren, daß sie außerjuristisches Erfahrungswissen konstitutiv ins Normprogramm mitaufnehmen. Dies zwar nicht im Sinne eines schlichten Verweisungsmodells: Selbst wenn man alle sonstigen sachlichen und rechtstheoretischen Einwände beiseite läßt, würde damit der Gesetzgeber seiner Verantwortung vor der Rechtsidee kaum genügen. Wohl aber läßt er hier legitimerweise den Prozeß der »Gerechtigkeitsformierung« schon auf generell-

1 Luhmann, Rechtssoziologie Bd. 1 (1972) S. 40 ff.; Teubner, Generalklauseln als sozio-normative Modelle, in: Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften (1978) S. 17 ff., 21

abstrakter Ebene unvollendet und überträgt die Normvollendung den – gleichfalls der Rechtsidee verantwortlichen – Gerichten. Dies mit der doppelten Maßgabe, den unfertigen Gesetzesteppich zu Ende zu knüpfen sowohl unter Beachtung des einschlägigen Erfahrungswissens wie auch speziell für den konkreten Fall. Der Richter hat also nicht, um es bildhaft auszudrücken, das normative und das faktische Material jeweils auf genereller Ebene zu ergänzen, bevor er zur Subsumtion schreitet, vielmehr ist seine wert- wie auch tatsachenbezogene Normvollendungsarbeit von vornherein konkret auf den zu entscheidenden Lebenssachverhalt bezogen. Das gilt immer dort, wo familienrechtliche Generalklauseln nicht nur diffuse »Billigkeit« berufen, sondern Rechtsbegriffe mit sachlicher, in die Rechtswirklichkeit hinausweisender Substanz verwenden – etwa die »Angemessenheit« nahehehlicher Erwerbstätigkeit (§ 1574 BGB) oder der Zentralbegriff des gesamten Kindschaftsrechts, das »Kindeswohl«.

Um auf die Ausgangsfrage zurückzukommen und damit diese etwas kopflastige Einleitung zu beenden, lautet meine These also: Man *kann* Familienrecht gar nicht lehren unter Beschränkung auf die positiv-rechtlichen Regelungsstrukturen; diese selbst verstehen sich und sind erklärbar nur unter Einbeziehung derjenigen außerjuristischen Gegebenheiten und Erkenntnisse, die für die Vollendung der jeweiligen Norm zentrale Bedeutung haben. Dies impliziert aber notwendig auch einen Blick auf die Wissenschaftszweige, die solche Erkenntnisse liefern, sowie ihre methodischen Probleme.

Gestatten Sie mir, Ihnen am Beispiel des »Kindeswohls« näher darzulegen, wie Erfahrung und normatives Programm im Prozeß der richterlichen Normkonkretisierung zusammenwirken.

II. *Faktenfeststellung und Wertung im psychosozialen Bereich*

Dazu bedarf es zunächst der Klärung einer erkenntnistheoretischen Grundfrage. Der Begriff »Erfahrung« meint in der Regel »Seinserfahrung«, das »Wissen um die sachlogische Natur der Realwelt« als »in langen Erfahrungserfolgen erworbene Einsicht in die Abläufe biologischer, gesellschaftlicher, politischer oder anderer Prozesse«. Die so erkannten Fakten scheinen der rechtlichen Sollensordnung unverrückbare Daten zu setzen, die – soll dem Gebot der Sachgerechtigkeit genügt sein – nicht ignoriert werden dürfen. Ich möchte mich hier nicht auf die generelle Abgrenzung von Sein und Sollen oder auf die Möglichkeit menschlicher Erkenntnisfähigkeit einlassen. Für die

Thematik des »Kindeswohls« jedenfalls können allgemeine oder wissenschaftlich gewonnene Erfahrungen nur in Ausnahmefällen »Fakten« im bezeichneten Sinne liefern. Unabhängig vom jeweiligen Problemzusammenhang, also etwa Entscheidungen über einen Eingriff ins elterliche Sorgerecht nach § 1666 BGB, über die Sorgeverteilung nach § 1671 BGB oder über die Adoption nach § 1741 BGB – stets stehen im Zentrum des Interesses nicht die physischen, sondern die psychischen und sozialen Interessen des Kindes, und dies nicht so sehr im Rahmen einer retrospektiven Bewertung, sondern einer Prognose über die künftige Entwicklung. Nicht, daß es im seelischen und sozialen Bereich an faktischen Gegebenheiten fehlte – nur offenbaren sie sich nicht der unmittelbaren menschlichen Anschauung, müssen mühsam aus Beobachtungen, Schlußfolgerungen und wiederum gezielten Überprüfungen gewonnen werden, wobei der subjektive Horizont des Interpreteten notwendigerweise erheblichen Stellenwert im Prozeß der angestrebten Faktenerkenntnis erlangt.

Als der Nachfrage entzogenes Naturgesetz lassen sich generelle Aussagen zum Kindeswohl deshalb regelmäßig nicht formulieren; geschieht dies, wie nicht selten, dennoch, steckt dahinter fachwissenschaftlicher Übereifer oder ein nicht offengelegter legitimierungsunwilliger Ordnungsanspruch, also ein Element der Sollensebene. Da im seelisch-sozialen Bereich naturwissenschaftlich exakte Beweisführung weitgehend ausscheidet, tritt jedenfalls hier der *Interpretationskonsens*, d. h. die übereinstimmende Seinsdeutung an die Stelle des Seienden selbst. Damit wird der theoretisch unüberbrückbare Gegensatz von Fakten und Wertungen reduziert und das Problem der Wertungsverflochtenheit sogenannter »genereller Tatsachen« entschärft. Gemeinsamer Nenner und Legitimationsmaßstab für das Gericht ist die intersubjektive Richtigkeitsüberzeugung bezüglich einer Aussage. Ob dieser Aussage im einzelnen die Vorstellung zugrunde liegt, daß etwas »ist« oder daß es »sein sollte«, ist letztlich nicht entscheidend. Dem Richter ist nur ihre konsensuale Abgesichertheit ein taugliches Vergewisserungsmerkmal, wobei natürlich weitere Aspekte eine wesentliche Rolle spielen: Trägerschaft und Ausmaß des Konsenses, Entstehungsweise und »Stimmigkeit« im Hinblick auf das rechtliche Wertsystem. Mangels normativer Durchstrukturierung des Kindeswohls und »harter Fakten« ist Konsens auch das *einzig*e Vergewisserungsmerkmal für einen Richter, dem nach subjektivem Gutdünken zu entscheiden verwehrt ist und der angesichts einer Flut qualitativ wie inhaltlich höchst heterogener Aussagen zum Kindeswohl nach Möglichkeiten einer rationalen Entscheidung sucht.

III. *Intersubjektive Absicherung bei der Konkretisierung von »Kindeswohl«*

Betrachtet man von diesem Ausgangspunkt die praktische Handhabung des Kindeswohlbegriffs etwas näher, so stellt man nicht nur fest, daß in Entscheidungsgründungen die intersubjektive Absicherung neben der normativen tatsächlich deutlich dominiert, sondern daß die in bezug genommenen Konsense im wesentlichen drei – idealtypisch trennbaren – Kommunikationssystemen zuzuordnen sind: Sachliche Kriterien des Kindeswohls werden durch Berufung auf die Überzeugungen der Allgemeinheit, der einschlägigen Wissenschaften oder der Rechtspraxis legitimiert, im Einzelfall durchaus kumulativ.

Wie weit reicht die Legitimationskraft derartiger Überzeugungen, und welche Verantwortung verbleibt ihnen gegenüber dem Richter?

1. *Werte und Überzeugungen der Allgemeinheit*

a) *Grundsätzliche Eignung als Erkenntnisquelle*

Wenden wir uns zunächst Wertmaßstäben und Seinsüberzeugungen der *Allgemeinheit* zu, die in den Entscheidungsbegründungen vorzugsweise als »allgemeine Lebenserfahrung«, »Erfahrungssatz« oder »allgemeine Auffassung« auftauchen. Man kann diesen Hinweisen nicht schon damit den Boden entziehen, daß man gesellschaftlichen Konsens als idyllische, aber gestrige Vorstellung abtut. Mag die Welt auch komplizierter und für den Laien, d. h. die Allgemeinheit undurchschaubarer geworden sein – das Aufwachsen und die Erziehung, die Bedürfnisse und Reaktionen von Kindern gehören nach wie vor, vielleicht sogar stärker als früher zum Erlebnisbereich von Jedermann, so daß insoweit Erfahrungs- und Konsensbildung nicht ausgeschlossen werden können.

Auch wird man die grundsätzliche Beachtlichkeit öffentlicher Anschauungen im Rahmen der richterlichen Rechtskonkretisierung nicht leugnen können, schon im Interesse der Effektivität des Rechts, die sich bei richterlichen Eingriffen in gestörte Familien nicht zuletzt in der Befriedigungswirkung der begründeten Entscheidung manifestiert. Auch ist Vorsicht angebracht gegenüber – zumeist selbsternannten – Eliten, die im Volke verbreitete Auffassungen souverän beiseite schieben.

Dennoch ist die Berufung auf allgemeine Überzeugung ein problematisches Begründungsmuster. So sicher die Existenz von Meinungsübereinstimmung

gen in der Gesellschaft einerseits ist, so schwer sind sie doch andererseits zu erkennen oder empirisch festzustellen – sowohl hinsichtlich ihres genauen Inhalts wie auch ihrer Verbreitung. Anders als etwa in wettbewerbsrechtlichen Prozessen unternehmen die Familienrichter gar nicht erst den Versuch, einen behaupteten Allgemeinkonsens empirisch zu belegen. Andererseits haben die Richter auch keinen speziellen Zugang zu den herrschenden Wertüberzeugungen. Zwar tritt bei ihnen neben den persönlichen Erfahrungsbereich, der nicht größer oder anders ist als der von Jedermann, das berufliche Erfahrungsfeld mit vielerlei Publikumskontakt. Eine sichere Erkenntnisquelle für allgemeine Überzeugungen ist jedoch auch dieses nicht, einmal im Hinblick auf die zahlenmäßige Begrenztheit und zufällige Zusammensetzung der Kontaktpersonen, zum zweiten im Hinblick auf die prozeßtaktisch bedingte Einfärbung der kommunizierten Auffassungen.

b) *Funktionaler Stellenwert in Entscheidungsbegründungen*

Als Ergebnis ist festzustellen, daß allgemeiner Konsens als empirische Größe zur Stützung von Kindeswohl-Konkretisierungen nicht eingesetzt werden kann. Er ist so zumeist auch gar nicht gemeint. Es mag im Einzelfall vorkommen, sollte aber nicht pauschal unterstellt werden, daß Richter unbelegte Vermutungen als Gewißheit ausgeben oder dem naiven Schluß von der eigenen Überzeugung auf die Alleraufgesehenen sind. Regelmäßig bringen sie mit der Berufung auf allgemeine Überzeugung aber nichts anderes zum Ausdruck als ihr Bemühen um Einpassung eigener Wertbildung in den allgemeinen Werthorizont und die eigene Überzeugung von der Sozialverträglichkeit dieser Wertbildung. Damit verlagert sich die Bedeutung der allgemeinen Auffassung in jenen Bereich, den ich als »originäre Wertfindung« idealtypisch unterscheiden möchte von der »Wertübernahme«.² Im ersteren Bereich erfolgt die zur Normvollendung erforderliche Wertgewinnung eigenständig und eigenverantwortlich durch den Richter, er hat seine eigene Richtigkeitsüberzeugung nur rechtlich und intersubjektiv abzusichern. Im zweiten Fall wird der Wertgewinnungsprozeß durch Übernahme vorgefundener Maßstäbe verkürzt, an die Stelle eigener Überprüfung bis zu ihren Urgründen tritt die Berufung auf fremde Autorität, die hinter den Maßstäben steht – sei es nun die allgemeine Erfahrung, Konsens der Rechtspraxis oder wissen-

2 Im einzelnen Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff (1983) S. 382 ff., 406 ff. Wie der Text jetzt auch BGH NJW 1986, 2037, 2040 f (zur Verkehrsauffassung bei Nutzungsentschädigung).

schaftliche Erkenntnis. Da sich nun aber die »allgemeine Erfahrung« als Scheinautorität herausgestellt hat, kann sie nicht Quelle schlicht übernahmefähiger Kindeswohlmaßstäbe sein.

Wohl aber bleibt die Beachtlichkeit öffentlicher Anschauungen bei der originären Wertfindung. Es ist dem Richter weder erlaubt, höchstpersönliche noch Gruppenwerte »im Name des Volkes« diesem einfach zu oktroyieren. Er hat sich um antizipierende Abstimmung mit seiner Umwelt zu bemühen, seine eigene Wertbildung im Lichte des erkennbaren Meinungsbildes zu überprüfen und ggfs. zu korrigieren. In der Vergewisserung über die Konsensfähigkeit der eigenen Auffassung liegt ein wesentlicher Schritt weg von der eigenen Subjektivität und hin zum rationalen Urteilen.

c) *Einwände*

Gegen diese Sicht des funktionalen Stellenwerts von Allgemeinüberzeugungen im Rahmen richterlicher Kindeswohl-Konkretisierungen hat man eingewandt, sie setze sich zu unbekümmert über die Unterschiede hinweg, die sich aus der Provenienz und Repräsentativität von Allgemeinwerten ergäben.³ Was die Repräsentativität angeht, so meine ich in der Tat, daß sie kein maßgebliches Kriterium sein kann. Recht ist eine praktische Wissenschaft, gekennzeichnet von ständigem Kompromiß zwischen Ideal und realen Möglichkeiten, eine Einsicht, die der weise Solon mit den Rechtssoziologen teilt, die die Effektivität von Recht untersucht haben. Eine Feststellung der jeweiligen Repräsentativität von Meinungen zum Kindeswohl zu fordern, ist angesichts der vielfältigen damit verbundenen Probleme aber höchst unrealistisch. Sind gesellschaftliche Auffassungen nur potentiell Korrektiv eigenständiger richterlicher Wertbildung, so ist es ungefährlich, *jede* vorzufindende einschlägige Äußerung als eine Stimme im Chor der vox populi zu nehmen und sich als solche mit ihr auseinanderzusetzen. Einzuräumen ist nur, daß offenkundige Konsensbreite, wie sie in mancherlei Grundfragen von Ehe und Familie vorkommen kann, das Gewicht der Allgemeinauffassung als Legitimations- oder Korrektivfaktor verstärkt. Ist der Richter beispielsweise von der Richtigkeit traditioneller Rollenverteilung in der Familie und dem Qualitätsvorsprung der Mütter im emotionalen Bereich zutiefst überzeugt, so ist doch der Konsenszerfall in diesem Punkt so deutlich geworden, daß die Übernahme eines Mutternorrangs für Kleinkinder in die *Rechtsentscheidung* einer be-

³ Limbach, Buchbespr. Coester (Fn. 2), ZfRsoz 1984, 182 ff., 186 f.

sonderen, den offenbaren Dissens überwindenden Legitimierung bedürfte.⁴ Der weitere Hinweis auf die *Provenienz* von Allgemeinwerten hängt mit deren Qualität zusammen. Es ist eine Binsenwahrheit, daß das Faktum bloßer Übereinstimmung nichts besagt über den ethischen Wert des Konsensinhalts, auch über Negativwerte oder Dummheiten ist man sich einig. Auch kann es sich aufdrängen, daß vorzufindende Äußerungen das Wertbild eines »bestimmten Lagers« repräsentieren, das schon im grundsätzlichen nicht das der breiten Allgemeinheit ist. Eindeutig ist dies allerdings nur in Extremfällen, zumal mancher gerne für seine Meinung die »schweigende Mehrheit« in Anspruch nimmt oder kraft effektiver Medienmacht seinem Lager Mehrheitsanteile an der öffentlichen Diskussion einräumen kann.

All diese Schwierigkeiten abfangender Filter ist m. E. die primäre Verantwortung des Richters vor der Rechtsidee. Diese gebietet ihm eine *rechtskonforme*, den Besonderheiten des *Einzelfalls* gerecht werdende rationale Entscheidung. Von dieser Letztverantwortung entbindet den Richter keine außerrechtliche Überzeugung, *er* ist die maßgebliche Kontrollinstanz, was vom außerjuristischen Material in die Rechtsentscheidung einzufließen geeignet ist und was nicht. An dieser pflichtgemäß ausgeübten Kontrollbarriere scheitern törichte oder rechtsunverträgliche Aussagen zum Kindeswohl selbst dann, wenn sie Allgemeingut sind; an ihre scheitern auch Gruppenwerte, die nicht als »Recht« der Allgemeinheit oktroyiert werden dürfen.

2. *Wissenschaftliche Aussagen*

a) *Grundsätzliche Beachtlichkeit*

Wesentlich besser faßbar als Allgemeinüberzeugungen sind das Kindeswohl konkretisierende Aussagen aus dem *wissenschaftlichen Bereich*. Für die schwerpunktmäßig interessierenden psychosozialen Aspekte des Kindeswohls sind alle insoweit einschlägigen Fachgebiete angesprochen, vor allem die Psychologie, Psychiatrie, Pädagogik, Soziologie sowie verwandte und spezialisierte Gebiete, vor allem die Entwicklungspsychologie und die sich neuerdings zu Wort meldende Soziobiologie. Was zur Verflochtenheit von Fakten und Wertungen und den Erkenntnisschwierigkeiten im psychosozialen Bereich gesagt worden ist, gilt auch für diese Wissenschaften, die sogenannten *soft sciences*. Ihre Forschungsergebnisse können regelmäßig kaum

4 Vgl. Coester aaO. S. 413 ff., 428 ff., 449 ff.

mehr als Tendenzen oder Wahrscheinlichkeiten bezeichnen, die Individualität jedes Menschen und die unermeßliche Vielzahl für eine konkrete Entwicklung maßgeblicher Faktoren lassen die Umsetzung genereller Erkenntnisse auf einen konkreten Fall immer wieder zu einem Vabanque-Spiel werden. Dieser von seriösen Wissenschaftlern selbst betonte Umstand wird gelegentlich verdrängt, sowohl von Experten, die das Recht beeinflussen möchten, als auch von Juristen aufgrund ihres berufsspezifischen Gewißheitsbedürfnisses. Dennoch hieße es umgekehrt das Kind mit dem Bade auszuschütten, wollte man die genannten Wissenschaften aufgrund ihrer Erkenntnisprobleme gänzlich für den juristischen Gebrauch disqualifizieren oder ihre Ergebnisse erst dann für beachtlich erklären, wenn sie gesellschaftliches Allgemeingut geworden sind. Immerhin repräsentieren sie als vorgeschobene Posten den menschlichen Erkenntnisstand insgesamt und sind deshalb auch in ihren darauf aufbauenden Wertungen ernst zu nehmen. Ihre grundsätzliche Beachtung bei der Konkretisierung des Kindeswohls ist unmittelbares Gebot der Sachgerechtigkeit.

b) *Rechtliche Kontrolle im allgemeinen*

Mit gleichem Nachdruck muß aber umgekehrt betont werden, daß auch gegenüber Aussagen der soft sciences die Verantwortung des Richters vor Recht und Gerechtigkeit ungeschmälert fortbesteht. Wissenschaftlich begründete Aussagen zu Zusammenhängen etwa im psychischen Bereich sind etwas qualitativ anderes als im Rahmen einer Sorgerechtsentscheidung eingesetzte Kindeswohlkriterien. Erstere können, wie man treffend gesagt hat, nicht »fertige Versatzstücke« zur Übernahme in die Rechtsentscheidung sein, sondern bedürfen der »umformenden Operationalisierung«.⁵ Dies gilt für generelle Aussagen ebenso wie für die eines Sachverständigen im konkreten Fall.

Die der Umsetzung in ein Rechtskriterium vorgeschaltete Kontrolle bezieht sich auf die sachliche Fundiertheit der Aussage, weil der Richter sachgerecht zu entscheiden hat. Sie bezieht sich auf die – wie Esser gesagt hat – rechtliche »Stimmigkeit«, weil sich außerrechtliche Kriterien in die Wertordnung des Rechts einzufügen haben. Um sie bezieht sich auf den Stellenwert und das Gewicht des von der Wissenschaft beigesteuerten Aspekts im Rahmen der

5 Hartweg/Rebe, Familienrecht und Familiensoziologie, in: Familienrechtsreform – Chance einer besseren Wirklichkeit? (Hrsg. Kühn/Tourneau, 1978) S. 17 ff., 34

Gesamtentscheidung über das Kindeswohl. Das BayObLG hat dies mit Bezug auf Sachverständigengutachten folgendermaßen ausgedrückt: Der Familienrichter müsse »unter Nachvollziehung der Gedankengänge des Sachverständigen dessen tatsächliche Feststellungen, die Anwendung der wissenschaftlichen Erkenntnisse wie auch die gezogenen Schlüsse auf ihre Tragfähigkeit prüfen und sich eine eigene Überzeugung bilden«. Die Unterlassung dieser pflichtgemäßen Überprüfung bedeute einen Ermittlungsfehler, der zur Aufhebung des Beschlusses auch noch durch die Rechtsbeschwerdeinstanz berechtige (§§ 12, 27 FGG).⁶

Dies alles sind Bedingungen des Transfers in das Recht, die Fachwissenschaftler oft nicht verstehen und als Diskriminierung empfinden. Die Überprüfung ihrer Gedankengänge auf Schlüssigkeit und Logik wird als Haarspalterei und als Anlegung sachfremder Maßstäbe bezeichnet, die Relativierung des von ihnen betonten Aspekts aus rechtlichen Gründen oder im Rahmen der Abwägung gegenüber anderen, ebenfalls beachtlichen Gesichtspunkten wird als Mißachtung des Kindeswohls aus »formaljuristischen« Gründen geißelt. Demgegenüber ist zu betonen, daß Interdisziplinarität schon per definitionem ein *Zweibahnverkehr* ist. So wie vom Familienrechtler Aufgeschlossenheit gegenüber den Sozialwissenschaften und fundiertes Basiswissen gefordert wird, das ihn in die Lage versetzt, deren Erkenntnisse aufzunehmen und zu würdigen, so ist umgekehrt vom Sozialwissenschaftler Informiertheit und Verständnis für die Spezifika des Rechts zu verlangen. Blinder Bekehrungseifer ist nicht gefragt, er nährt nur die Vorbehalte vieler Juristen gegen die Sozialwissenschaften.

So ist es dann auch durchaus legitim, ja sogar geboten, wenn der Familienrichter aus seiner Rechtsverantwortung heraus sein besonderes Augenmerk auf potentielle Schwächen fachwissenschaftlicher Aussagen richtet. Diese sind im psychosozialen Bereich nicht wenige.

Noch nicht hierher gehört allerdings der den Wissenschaften oft vorgeworfene schnelle Erkenntniswandel. Zwar ist es durchaus normal, daß der Bewußtseinsstand vor 10 Jahren heute als überholt angesehen wird. Dennoch war es vor 10 Jahren rational, sich am damaligen Erkenntnisstand auszurichten, denn etwas Besseres stand nun einmal nicht zur Verfügung. Nur selten können wissenschaftliche Modetorheiten vor dem Hintergrund allgemeiner Langzeiterfahrung als solche entlarvt werden. Sich überstürzende und aufhebende Einsichten sind dem naturwissenschaftlichen Erkenntnisprozeß eigenümlich, und auch die soft sciences gehören insoweit zu den Naturwissen-

6 BayObLG FamRZ 1982, 638

schaften. So ist beispielsweise der gegenwärtige Expertenstreit um den Stellenwert der Kindesbindungen im Rahmen der Kindeswohlentscheidung kein Grund für den Familienrichter, an der Hilfsfunktion der Wissenschaften zu zweifeln. In einem tiefgreifenden, fast revolutionären Umdenkungsprozeß sind seit etwas 2 Jahrzehnten die psychischen Bedürfnisse des Kindes in den Vordergrund auch juristischer Aufmerksamkeit gerückt, nicht zuletzt durch das einflußreiche Werk des Autorenteam *Goldstein/Freud/Solnit* »Jenseits des Kindeswohls«. Sogar der Gesetzgeber hat diese Impulse aufgenommen, vor allem in §§ 1632 IV und 1671 II, 2. HS BGB. Um so verwirrender muten jetzt manchem Familienrichter, der seine Lektion brav zu lernen geglaubt hat, die Angriffe gegen den Bindungsbegriff an, die vor allem von *Fthenakis* vorgetragen werden.⁷ Besinnt man sich auf die juristische Tugend der distanzierenden Analyse und gesteht man auch dem wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt dialektische Pendelschwünge zu, wird ein ganz normaler Vorgang offenbar: Die Neuentdeckung des Bindungsaspekts hatte zu einer Bindungseuphorie geführt, bei den Psychoanalytikern wegen des Bedeutungsgewinns ihrer Fachrichtung, bei den Juristen, weil man für die Scheidungssituation griffigen Ersatz für den weggefallenen Schuldvorrang und den dubios gewordenen Muttervorrang zu finden gehofft hatte. Die Lehren von *Goldstein/Freud/Solnit* waren viel zu weit und pauschal formuliert – was jetzt stattfindet, kann als die notwendige wissenschaftliche Eingrenzung des Bindungskonzepts bezeichnet werden, streitbedingt mit vielleicht zu starker Betonung der *Grenzen* ohne hinreichende Verdeutlichung der verbleibenden positiven Substanz des Bindungsgedankens. Es ist Sache des Juristen, aus beidem ein wissenschaftlich gesichertes Bindungskriterium für den Rechtseinsatz zu destillieren.⁸

Der Familienrechtler muß und kann mit solchen Vorgängen leben, sie gebieten ihm im Gegenteil geradezu, das Ohr am Puls der wissenschaftlichen Diskussion zu halten. Die konstatierte Verspätung des Rechts bei allgemeinem Wertewandel kann man sich gegenüber wissenschaftlichen Erkenntnissen nicht leisten.

7 Zuletzt in FamRZ 1985, 662 ff; dagegen wieder Koechel, FamRZ 1986, 637 ff.

8 Im einzelnen Coester, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Vortrag vor dem 6. DFGT am 11. 10. 1985 in Brühl, in: Brühler Schriften zum Familienrecht Bd. 4 (1986), 35 ff.

c) *Einzelne Fehlerquellen*

Daneben begegnen aber auch echte, qualitätsmindernde Defizite wissenschaftlicher Aussagen. Hervorheben möchte ich nur dreierlei: Unschlüssigkeiten, Vorverständnisse und Vorurteile.

aa) *Unschlüssigkeiten*

Unschlüssigkeiten bestehen häufig zwischen Grundlagenforschung und darauf aufbauender Folgerung. Empirische Forschung ist teuer, zeitraubend und häufig an fachautonomen Fragestellungen ausgerichtet, nicht an solchen des Rechts. Mit letzteren konfrontiert, ziehen viele Fachwissenschaftler es vor, die Antworten einfach durch Deduktion und Übertragung aus anderweitigen Forschungsergebnissen zu gewinnen. So scheint mir die gesamte, immer wieder herangezogene Deprivationsforschung, deren Thema der Verlust der Mutter als einzigem Elternteil für das Kind ist, weitgehend unbrauchbar zu sein für die Sorgerechtsverteilung im Scheidungsfall, wo gefragt wird, bei welchem Elternteil das Kind besser aufgehoben ist. Mit dem normalen Scheidungskind beschäftigen sich die Wissenschaften erst seit wenigen Jahren.⁹

bb) *Vorverständnisse*

Die Deprivationsforschung kann auch zur Verdeutlichung dienen, was mit »Vorverständnis« gemeint ist, als unbewußte oder unreflektierte Prädisposition zu unterscheiden vom subjektivistischen, ideologischen Vorurteil. Allein der Umstand, daß jahrzehntelang unter dem Blickwinkel der »maternal deprivation« und der »father absence« geforscht wurde, ist für den der Rationalität verpflichteten Juristen, der zwischen Vater und Mutter zu entscheiden hat, schlechthin enttäuschend. Festgeschriebene Geschlechterrollen sind hier nicht Ergebnis, sondern fragloses Vorverständnis wissenschaftlicher Forschung. Durchsichtig sind auch viele Versuche, diesem subjektiv für richtig empfundenen Vorverständnis ein wissenschaftliches Mäntelchen umzuhängen. Es steht mir nicht an, beispielsweise die Verhaltens- oder Soziobiologie *grundsätzlich* in Frage zu stellen. Der jüngst von *Margaret Gruter* und *Manfred Rehbinder* herausgegebene Sammelband¹⁰ deutet interessante Leistungsmög-

9 Vgl. Fthenakis, Wandel im Verständnis der Ehescheidung? – Zur Entwicklung familiärer Beziehungen nach der Scheidung, Vortrag vor der Evang. Akademie Tutzing am 31. 5. 1985 (unveröff.)

10 Der Beitrag der Biologie zu Fragen von Recht und Ethik (1983)

lichkeiten dieser Disziplin auch für das Recht an. Allerdings unterliegt sie auch einer spezifischen Gefahr: Beobachtetes tatsächliches Verhalten wird via Biologie in die menschliche Natur projiziert und von dort mit naturwissenschaftlichem Geltungsanspruch zurückgewonnen. Die Überhöhung eigenen Richtigkeitsempfindens durch Projektion und anschließende Deduktion aus unantastbaren Wertordnungen kennt der Jurist aus der Naturrechtsargumentation. Will die Soziobiologie auf wissenschaftlichem Gebiet mehr sein als das Naturrecht für rationale Rechtsfindung, will sie nicht nur als letztes Aufgebot all derer erscheinen, die sich von gestrigen Vorstellungen über die Rollen von Mann und Frau nicht lösen können, dann muß sie sich distanzieren von Ideologie und Torheit, die in ihrem Namen vorgetragen werden, etwas den Mutterbildern bei *Hassenstein*¹¹ oder dem bestenfalls erheiternden Beiträge von *Beckstrom* zur Sorgerechtsproblematik im erwähnten Sammelband.¹²

cc) *Vorurteile*

Die Übergänge vom Vorverständnis zum offenem Vorurteil sind demnach fließend. Lassen Sie mich zu letzterem noch kurz 2 Beispiele nennen. So erscheint es, vorsichtig ausgedrückt, höchst befremdlich, wenn Psychologen mit führender Rolle in der Gutachtenpraxis bei Sorgerechtsstreiten literarisch ihre generelle Präferenz für die Mutter aussprechen, sofern nicht bei dieser grobe Defizite wie Prostitution, Trunksucht o. ä. vorliegen. Die Einholung von Gutachten dieser Experten, etwa von *Lempp* oder *Arntzen*,¹³ erübrigt sich für den Familienrichter: Die erwähnten Defizite erkennt er auch allein, und bei ihrem Fehlen bekommt er nur das generelle Vorurteil des Sachverständigen in wissenschaftlicher Verbrämung präsentiert.

Das zweite Beispiel betrifft die Sozialwissenschaften in engerem Sinne, die Äußerungen mancher Soziologen oder Pädagogen mit progressivem Selbstverständnis. Bis in die Gegenwart ignorieren sie beharrlich den Werte- und Auffassungswandel, der in den letzten 2 Jahrzehnten auch Recht und Richter erfaßt hat, und attackieren gestrige und vorgestrige Rechts- und Familienstrukturen – wohl weil diese ein bequemes Feindbild liefern. Wer heute der Sorgerechtspraxis vorwirft, sie entscheide primär nach materiellen Kriterien, oder wer den Urgrund des elterlichen Interesses am Kind in dessen Aus-

11 Verhaltensbiologie des Kindes (1973)

12 Vgl. Fn. 10, S. 243 ff.

13 Lempp/Röcker, ZfKinder-JugPsychiat. 1 (1973) 31 ff.; Arntzen, Elterliche Sorge und persönlicher Umgang mit dem Kind aus gerichtspsychologischer Sicht (1980) S. 15 f., 59

beutung sieht, hat kaum eine unvoreingenommene, also wissenschaftliche Problemsicht.

Nicht aus einer Haltung des Mißtrauens, sondern aus seiner Verantwortung vor dem Recht heraus muß der Richter versuchen, diese und andere potentielle Fehlerquellen wissenschaftlicher Aussagen zum Kindeswohl¹⁴ herauszufiltern, um den positiven Wert wissenschaftlicher Forschung voll zum Tragen kommen zu lassen. Dabei ist er nicht nur zur Fremd-, sondern vor allem auch zur Selbstkontrolle aufgerufen. Vorrationaler Einstellungen zu Familie und Geschlechterrollen bestehen wie bei Fachwissenschaftlern so auch bei Juristen, und nur der Appell an die intellektuelle Redlichkeit bleibt gegenüber der Gefahr, daß die interdisziplinäre Kommunikation herabsinkt zur bloßen gegenseitigen Bestätigung gemeinsamen Vorverständnisses. Daß diese Gefahr gleichermaßen bei der innerjustiziellen Kommunikation, also bei der Berufung auf richterlichen Konsens, besteht, bedarf kaum der Hervorhebung.¹⁵

IV. *Ausblick*

Was ich hier nur andeuten konnte, Leistungsmöglichkeiten und Fehlerquellen außerjuristischer, insbesondere wissenschaftlicher Äußerungen zu familienrechtsrelevanten Themen, ist notwendiger Inhalt familienrechtlicher Ausbildung im Studium, nicht erst des Eigenstudiums oder der institutionalisierten Fortbildung von Familienrichtern. Soweit meine begrenzte praktische Erfahrung ein Urteil erlaubt, ist das Interesse der Jurastudenten für die Sozialwissenschaften sogar leichter und nachhaltiger zu wecken, wenn sie über konkrete rechtliche Fragestellungen dorthin geführt werden. Speziell für das Familienrecht sehe ich insoweit auch in Zukunft keine grundsätzlichen Schwierigkeiten, wohl aber die Notwendigkeit, sich für ein angemessenes Zeitkontingent einzusetzen: In einer auf Grundzüge und 2 Semester-Wochenstunden reduzierten Familienrechtsvorlesung sowohl die Kenntnis der wesentlichen normativen Strukturen wie auch der sozialwissenschaftlichen Zusammenhänge zu vermitteln, erfordert einen Balanceakt und endet letztlich doch mit einem unbefriedigenden Ergebnis.

14 Hierzu gehört vor allem auch die zunehmende Instrumentalisierung der Wissenschaften durch Interessengruppen und -verbände, vgl. S. Simitis, in: Festschrift Müller-Freienfels (1986), 579 ff., 604.

15 Vgl. Coester (Fn. 2) S. 446-452