

Folgenorientierung als „Hoffnungsträger der Rechtsmoderne“ – Über eine wirklichkeitsnahe Methode, die es nicht in den Kanon schaffte

Dr. Susanne K. Paas*

I. Luhmann und Teubner streiten sich oder der Ruf nach der Folgenorientierung

Im Jahr 1975 stritt Gunther Teubner mit Niklas Luhmann. Während Luhmann der Berücksichtigung von Folgen bei der Rechtsanwendung kritisch gegenüberstand, befürwortete Teubner sie vehement. Wenn es aus heutiger Perspektive auch überraschen mag, trat mit Teubner eine Mehrheit der Rechtswissenschaftler¹ in allen drei Kerngebieten des Rechts von den 1960er bis in die 1980er Jahre für eine Folgenberücksichtigung ein.²

Zeitgenossen verschiedener methodischer Richtungen nahmen sie als gleichermaßen neu wie zeittypisch wahr:³ Klaus Hopt sprach von einem „bekannte[n] Trend zur Folgenorientierung in der Rechtswissenschaft“⁴ Winfried Hassemer von einer „unübersehbaren Modernität“⁵ Klaus Adomeit erklärte die Folgenorientierung als „wichtigste Leistung der heutigen Methodenlehre“ und konstatierte, dass auch Gerichte immer stärker vom

* Dr. jur., LL.M. (Yale), B.A. Der Text folgt im Wesentlichen der Fassung des auf der GJZ 2023 gehaltenen Vortrags. Die Nachweise sind exemplarisch gehalten. Für Anregungen der Teilnehmenden bin ich dankbar.

1 Soweit ersichtlich hat zuerst M. Kriele Folgenorientierung als Methode gefordert, Theorie der Rechtsgewinnung entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, Berlin 1967, S. 221, 332. Ein Raster von Kritikern und Befürwortern der Folgenorientierung bei M. R. Deckert, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung, München 1995, S. 9.

2 Zum Zeitraum auch J. Schröder, Recht als Wissenschaft, Bd. 2, 3. Aufl., München 2020, S. 222.

3 Die Begriffe divergierten. So sprachen einige auch von Folgenabwägung, Folgenberücksichtigung oder Folgenanalyse.

4 K. Hopt, Was ist von den Sozialwissenschaften für die Rechtsanwendung zu erwarten? JZ 1975, 341 (343 Fn. 28).

5 W. Hassemer, Über die Berücksichtigung von Folgen bei der Auslegung der Strafgesetze, in: Norbert Horn (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, München 1982, S. 493 (494).

Ergebnis her dächten⁶ und Wolfgang Hoffmann-Riem kennzeichnete es als „herrschende juristische Auffassung“, „daß die Folgen der Norminterpretation bzw. einer konkreten Entscheidung mitberücksichtigt werden, und daß insbesondere wertende Entscheidungen auf einer Folgendiskussion beruhen müssen.“⁷ Und rückblickend erklärte Günther Teubner: „In den siebziger Jahren waren die grellen Scheinwerfer der juristischen Öffentlichkeit auf einen neuen Konsequentialismus gerichtet. Folgenorientierung war Hoffnungsträger der Rechtsmoderne.“⁸

Haben sich diese Hoffnungen erfüllt? In den Kanon geschafft hat es die Folgenorientierung jedenfalls nicht. Dort findet man weiterhin nur Wortlaut, System, Geschichte, Telos, nicht aber die Folgenorientierung. Das ist besonders deswegen überraschend, weil wohl die meisten Juristen heute und auch damals nicht bezweifeln würden, dass Gerichte *de facto* Folgen in ihrer Auslegung berücksichtigen. Dieses Paradoxon aus Praxis und methodischer Reflexion brachte Christian Bumke auf den Punkt: „Das Rätsel um die Verknüpfung zwischen Einsicht in die tatsächlichen Gegebenheiten und Zusammenhänge und Verständnis eines rechtlichen Maßstabes konnte nicht gelöst werden.“⁹

Das mag ein Grund sein, warum die Folgenorientierung, jenseits des Kanons, lebendig ist. Teilweise formuliert der Gesetzgeber sie als Auftrag.¹⁰ Daneben wird das Konzept wissenschaftlich weiterhin diskutiert. Eine große arbeitsgerichtliche Tagung fragte 2006 nach der Bedeutung des Konzepts für das Arbeitsrecht.¹¹ In Arbeiten zur ökonomischen Analyse des Rechts ist die Folgenorientierung ein viel vertretender Gast;¹² sie findet sich

6 *K. Adomeit*, Methodenlehre und Juristenausbildung, ZRP 1970, 176 (179).

7 *W. Hoffmann-Riem*, Medienwirkung und Medienerantwortung. Methodisch und verfassungsrechtlich orientierte Überlegungen zum Lebach-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: F. Kübler (Hrsg.), Medienwirkung und Medienerantwortung. Überlegungen und Dokumente zum Lebach-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Baden-Baden 1975, S.19 (24).

8 *G. Teubner*, Folgenorientierung, in: ders. (Hrsg.), Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe. Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht, Baden-Baden 1995, S. 9.

9 *C. Bumke*, Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys, Tübingen 2017, S. 153.

10 Siehe dazu unter II. 1.

11 V. Rieble/A. Junker (Hrsg.), Folgenabschätzung im Arbeitsrecht. Tagung am Bundesarbeitsgericht (27.9.2006), München 2007.

12 Siehe unter den vielen A. v. Aaken, „Rational Choice“ in der Rechtswissenschaft. Zum Stellenwert der ökonomischen Theorie im Recht, Baden-Baden 2003, S.156–180; C.

häufig in Qualifikationsschriften.¹³ Das verwandte Konzept der responsiven Dogmatik, das Gunther Teubner als Antwort auf Niklas Luhmanns Skepsis formulierte, erfreut sich aktuell großer Beliebtheit, wie die prominente Diskussion im Archiv für civilistische Praxis zwischen Michael Grünberger und Karl Riesenhuber zeigt.¹⁴ Schließlich ist es angesichts des (historisch immer wiederkehrenden) Trends, über den Nutzen von Privatrecht zur Bewältigung gesellschaftlicher Krisen, heute vor allem des Umweltschutzes, nachzudenken,¹⁵ nur wahrscheinlich, dass man in Zukunft noch mehr von der Folgenorientierung hören wird. Auch darum lohnt es sich, auf ihre Tradition zu blicken.

Das werde ich aus der Beobachterperspektive der Rechtsgeschichte tun und vor allen Dingen fragen, was die Folgenorientierung als historisches Phänomen ausmachte und warum sie es nicht in den Kanon schaffte. Zudem untersuche ich, welchen Problemen sie begegnete, mit denen auch andere wirklichkeitsnahe Methoden konfrontiert waren. Hier hilft die historische Rückschau, heutige Standpunkte zu reflektieren.

Kirchner, Folgenberücksichtigung bei judikativer Rechtsfortbildung und Ökonomische Theorie des Rechts, in: H. Hof/M. Schulte (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht III – Folgen von Gerichtsentscheidungen, Baden-Baden 2001, S. 33.

- 13 Ein Beispiel für eine aktuellere, wissenschaftliche Analyse bietet M. Göke, Der Einzelne im Spannungsfeld von Teleologie und Deontologie in der Rechtsprechung des EuGH. Zugleich ein Beitrag zur Folgenorientierung bei der Auslegung der Verträge, Tübingen 2015; G. Rühl, Statut und Effizienz, Ökonomische Grundlagen des Internationalen Privatrechts, Tübingen 2011; T. Tröger, Arbeitsteilung und Vertrag. Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten Dritter in Vertragsbeziehungen, Tübingen 2012, insb. S. 32–52; international: Q. Zhang, Juristische Argumentation durch Folgenorientierung. Die Bedeutung der juristischen Argumentation für China, Baden-Baden 2010.
- 14 M. Grünberger, Verträge über digitale Güter, AcP 218 (2018), 213; K. Riesenhuber, Neue Methode und Dogmatik eines Rechts der Digitalisierung? Zu Grünbergers „responsiver Rechtsdogmatik“, AcP 219 (2019), 892; M. Grünberger, Responsive Rechtsdogmatik – Eine Skizze, AcP 219 (2019), 924.
- 15 Vgl. J.-E. Schirmer, Nachhaltiges Privatrecht, Tübingen 2023, zur Responsivität, S. 75 ff.; grundlegend zur maßgeblichen Regulierungsperspektive ist A. Hellgardts, Regulierung und Privatrecht. Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016.

II. Folgenorientierung als neues Phänomen

Um zu bestimmen, ob Folgenorientierung neu war, muss zunächst das damalige Begriffsverständnis ermittelt werden.

1. Zeitgenössisches Begriffsverständnis

Gesetzlich wird Gerichten und Verwaltung teilweise aufgegeben, die Folgen ihrer Entscheidung zu berücksichtigen, bspw. im Zwangsvollstreckungsverfahren¹⁶ oder in der Datenschutzgrundverordnung.¹⁷ Auch wenn auf solche legislative Folgenanalysen Bezug genommen wurde, stand die judikative Folgenorientierung zeitgenössisch im Fokus. Jenseits eines entsprechenden gesetzlichen Auftrags galt es als ausgemacht, dass Gerichte Folgenerwägungen nutzen. Dies geschehe, so die Annahme, zumeist verdeckt im Rahmen der Normauslegung, insbesondere bei Generalklauseln und unbestimmten Normen.¹⁸ Ein zeitgenössisch gut untersuchtes Beispiel war der damalige § 1 UWG, der auf den Verstoß gegen die guten Sitten für Schadensersatz- oder Unterlassungsansprüche abstellte.¹⁹ Aktuellere Beispiele finden sich in der neueren Rechtsprechung des BGH zur Ohne-Rechnungs-Abrede, die sogar explizit die Folgen zivilrechtlicher Ansprüche für die Sicherung von Interessen der Werkunternehmer und öffentlicher Steuern thematisiert.²⁰

Es ging in den damaligen Debatten aber nicht (nur) um eine Beschreibung der richterlichen Berücksichtigung von Folgen, die, so nahm man

16 Siehe §§ 707, 710 und 712 ZPO.

17 Art. 35 DSGVO fordert explizit eine Folgenabschätzung und legt ein entsprechendes Verfahren fest, um die Freiheit der Betroffenen zu schützen.

18 M. w. N. zu soziologischen Rechtsprechungsanalysen, *M. R. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 6; prominent auch *J. Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, Frankfurt a. M. 1970, S. 4.

19 Vgl. seit 2004 § 3 UWG. Siehe bspw., *T. Sambuc*, Folgenerwägungen im Richterrecht. Die Berücksichtigung von Entscheidungsfolgen bei der Rechtsgewinnung, erörtert am Beispiel des § 1 UWG, Berlin 1977; weitere Beispiele bei *K. J. Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Köln 1971, S. 28, 56, 193; *W. Kilian*, Juristische Entscheidung und elektronische Datenverarbeitung, Darmstadt 1974, S. 212f.; *F. Jost*, Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Berlin 1979, S. 13, S. 160.

20 Siehe bspw. BGHZ 201, 1 (24, 25, 28, 29).

an, ohnehin stattfanden.²¹ Stattdessen wurde diese Folgenorientierung konkret als neue Methode gefordert. Die Richterin sollte die Folgen einer Auslegung der Norm ermitteln und diejenige Auslegung bei mehreren möglichen vorziehen, die unerwünschte Folgen vermied und gewünschte Folgen zeitigte,²² wobei mit Folgen die Realfolgen, nicht die Rechtsfolgen gemeint waren.²³ Einige Rechtswissenschaftler unterschieden zwischen den Folgen für die Parteien des Rechtsstreites – die Klägerin wird durch die Kündigung arbeitslos und kann ihre Familie nicht mehr ernähren – und solchen für die Gesellschaft.²⁴ Ein aktuelles Beispiel für letztere Perspektive sind Versuche, über die spezielle Auslegung des kaufrechtlichen Mangelbegriffs unter Berücksichtigung der Corporate Social Responsibility-Debatte mehr Nachhaltigkeit zu erreichen.²⁵ Folgen umfassten sowohl Wirkungen als auch Kosten.²⁶ Eine Mehrheit wollte für die Ermittlung der Folgen auf die Rechtstatsachenforschung als empirische Soziologie sowie unter Umständen auf die ökonomische Analyse des Rechts zugreifen.²⁷ Hier wurde die Folgenorientierung also interdisziplinär gedacht,²⁸ man bemühte sich um mehr Rationalität als die in der damaligen Zeit so stark kritisierten Alltagstheorien von Gerichten mutmaßlich lieferten.

-
- 21 Am deutlichsten wohl bei *M. Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung (Fn. 1), S. 332: „Die Erwägung der Folgen der Entscheidungsmaxime ist für die Praxis selbstverständlich und unausweichlich. Luhmanns Frage aber, ob Rechtsentscheidungen an ihren Folgen zu orientieren seien, erscheint dem Juristen unverständlich und irrelevant. Sie werden an ihren Folgen orientiert, und daran wird und kann sich nichts ändern. Die Frage ist nicht, ob dieses Prinzip gut gewählt ist, denn es steht nicht zur Wahl.“
- 22 Am ausführlichsten zum Verfahren mit zeitgenössischer Literatur *M. R. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 89.
- 23 *G. Lübbe-Wolff*, Rechtsfolgen und Realfolgen. Welche Rolle können Folgenerwägungen in der juristischen Regel- und Begriffsbildung spielen? München 1981, S. 25–39.
- 24 So *T. Sambuc*, Folgenerwägungen (Fn. 19), S. 102 f. oder *T. W. Wälde*, Juristische Folgenorientierung. „Policy analysis“ und Sozialkybernetik. Methodische und organisatorische Überlegungen zur Bewältigung von Folgenorientierung im Rechtssystem, Frankfurt a. M. 1977, S. 6.
- 25 Siehe m. w. N. *J.-E. Schirmer*, Nachhaltigkeit in den Privatrechten Europas, ZEuP 2021, 35, insb. 41–51; *S. Asmussen*, Haftung für CSR, Tübingen 2020.
- 26 *M. R. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 151.
- 27 Statt vieler, *G. Teubner*, Folgenorientierung (Fn. 8), S. 9 (9–11).
- 28 Besonders deutlich *K. Adomeit*, Methodenlehre und Juristenausbildung, ZRP 1970, 176 (179): „Die Folgenanalyse ist, für sich genommen, keine juristische Aufgabe, sondern eine sozialwissenschaftliche. Hier ist der Ansatz bisher ungenutzter Kooperation mit Ökonomen, Betriebswirten, Soziologen, Psychologen, Technikern.“

Auch wenn die Konzepte im Einzelnen auseinandergingen, lassen sich überschneidende Beschreibungen der judikativen Tätigkeit nach der neuen Methode finden: Zunächst sollten die unterschiedlichen Auslegungsalternativen dargestellt werden, dann die Folgen bei ihrer jeweiligen Anwendung ermittelt und schließlich die Folgen abgewogen werden.²⁹ So platzierte man sich in der Mittellage zwischen verschiedenen Rechtsverständnissen: Einerseits grenzte man sich durch die Berücksichtigung der Folgen für normativen Fragen von rechtstheoretischen Positionen ab, die Sein und Sollen trennen, andererseits sah man Recht autonom von Gesellschaft und Politik.³⁰

2. Früher war alles folgenlos?

War nun eine so verstandene Folgenorientierung neu? War früher alles folgenlos? Hier ist zwischen einer deskriptiv-faktischen und einer normativ-methodischen Ebene zu unterscheiden. Zeitgenössisch ging es, wie ausgeführt, weniger um eine Beschreibung der gerichtlichen Praxis als vielmehr um einen Aufruf zu einer neuen Methode. Die Folgen dieser Folgenorientierung lehnte man lange Zeit ab. So sprach sich Friedrich Carl von Savigny im Jahr 1840 deutlich gegen eine Folgenorientierung aus: „Der innere Werth des Resultats ist unter allen Hülfsmitteln das gefährlichste, indem dadurch am leichtesten der Ausleger die Gränzen seines Geschäfts überschreiten und in das Gebiet des Gesetzgebers hinübergreifen wird.“³¹ Dieses Denken vom Recht änderte sich bald, ohne dass damit jedoch neue Methodenvorstellungen verbunden gewesen wären. So wollte Rudolf von Jhering zwar bekanntermaßen Zwecke im Recht berücksichtigen, was nah an Folgenüberlegungen ist, schlug aber keine neue Methode vor.³² Im Kaiserreich wurde intensiv über die Rolle des Gerichts diskutiert, ohne dass

29 Vgl. *T. Sambuc*, Folgenerwägungen (Fn. 19), S. 96 ff.; *T.W. Wälde*, Juristische Folgenorientierung (Fn. 24), S. 6 f. Deutlich differenzierter, aber in der Sache vergleichbar *M. R. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 122 m. w. N.

30 Zur Autonomie des Rechts vgl. C. Bumke/A. Röthel (Hrsg.), Autonomien im Recht. Gegenwartsdebatten über einen rechtlichen Begriff, Tübingen 2017 sowie J. Rückert/L. Raphael (Hrsg.), Autonomie des Rechts nach 1945. Eine Veröffentlichung aus dem Arbeitskreis für Rechtswissenschaft und Zeitgeschichte an der Akademie der Wissenschaften und der Literatur / Mainz, Tübingen 2020.

31 *F. C. v. Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840, S. 225; zu dem Zitat bei *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 2), S. 222.

32 *R. v. Jhering*, Der Zweck im Recht, Bd. 1, Leipzig 1877.

explizit gefordert wurde, Folgen zu berücksichtigen. Auch die sich nach 1933 formende Wertungsjurisprudenz mochte zwar de facto in der objektiv-teleologischen Auslegung Folgenerwägungen anstellen, flaggte dies aber mehrheitlich nicht so aus. Schließlich ließe sich über rechtssoziologische Überlegungen in den USA als Anfänge nachdenken,³³ aber auch hier wurde keine neue Methode entwickelt. Der Methodenansatz war also neu.

3. Hintergrund der Folgenorientierung

Wenn die Folgenorientierung als Methodenforderung ein neues historisches Phänomen war, stellt sich die Frage, wieso sie gerade ab den 1960er Jahren so breit diskutiert wurde. Maßgeblich erscheint eine Kombination rechtsinterner und gesellschaftlicher Veränderungen. Schlagwörter für die auszuführenden Entwicklungen sind die Bemühungen um mehr Wirklichkeitsnähe in Rechtsbegriff und Methode, die veränderten Vorstellungen von der Aufgabe des Privatrechts, auf das ich mich hier konzentriere, sowie neue Richter- und Gesetzesbilder, nicht weniger aber auch der soziale Reformdruck.

a) Wirklichkeitsbezüge in Rechtsbegriff und Methode

Nach 1945 berücksichtigte die Rechtswissenschaft Wirklichkeitsargumente in den rechtstheoretischen Debatten um den Rechtsbegriff und den Diskussionen um Rechtsmethode stärker. Wie Jan Schröder herausgearbeitet hat, gilt nach 1945 erstmalig nur noch das Recht als Recht, das ein Minimum an sozialer Wirksamkeit aufwies. Das ist ein bedeutender Unterschied zu vorherigen Debatten, in denen eine positive Norm auch dann als Recht galt, wenn sie faktisch nicht wirksam war.³⁴ Provokant formuliert konnte nun Wirklichkeit Gesetz derogieren. Auch die Methodendebatten erlebten einen Wirklichkeitsschub.³⁵ Das wird besonders deutlich in den Diskussionen um das Richterrecht. Mit Josef Esser analysierte man Richterrecht zwischen System und Präjudiz und entdeckte die Vorverständnisse und

33 Siehe bspw. P. Nonet/P. Selznick, *Law and Society in Transition. Toward Responsive Law*, Oxon 1978.

34 J. Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 2), S. 131–134.

35 J. Schröder, *Recht als Wissenschaft* (Fn. 2), S. 257 f. geht weiter und unterstellt einen Einfluss des Rechtsbegriffs auf die Rechtsmethoden.

Vorurteile des Gerichts.³⁶ Für die Folgenorientierung war das relevant, weil man sich nicht nur dafür interessierte, was Gerichte wirklich taten. Statt dessen wollte man diese Praxis auch methodisch verarbeiten und anleiten. Zudem hing das Bestreben um eine stärkere Wirklichkeitsberücksichtigung damit zusammen, dass die erstarkende Rechtssoziologie die Rechtswissenschaft herausforderte. Charakteristisch dafür ist der Buchtitel des Juristen und Soziologen Rüdiger Lautmann „Die Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz“.³⁷ Man sah die Rechtswissenschaft eingesperrt im „Paragraphenturm“³⁸ bemängelte Alltagstheorien von Gerichten, wo sozialwissenschaftliche Theorien am Platz seien und sprach von Juristenideologien. Auch die Ausbildung sollte sich, wie die Experimente um die einstufige Juristenausbildung zeigen, stärker interdisziplinär ausrichten.³⁹

b) Privatrecht als Regulierung

Gleichzeitig entstanden neue Narrative von der Aufgabe des Privatrechts. Sie nahmen die in den sechziger und siebziger Jahren feststellbare Steuerungseuphorie in der Politik auf.⁴⁰ Es ist sicherlich kein Zufall, dass Roscoe Pounds Konzept des „Social Engineering“ in derselben Zeit von der deutschen Rechtswissenschaft aufgegriffen wurde.⁴¹ Mit der Folgenorientierung

36 J. Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956; *ders.*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (Fn. 18).

37 R. Lautmann, Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz. Zur Kooperation der beiden Disziplinen, Stuttgart 1971. Ähnlich auch A. Heldrich, der seinem Aufsatz den Titel gab „Das trojanische Pferd in der Zitadelle des Rechts“, JuS 1974, 281.

38 So der Titel der Arbeit von X. Berra, Im Paragraphenturm. Eine Streitschrift zur Entideologisierung der Justiz, Berlin/Neuwied 1966.

39 Dazu auch M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV, Leipzig 2012, S. 460–462; zu den Lehrbüchern aus der Zeit vgl. S. K. Paas, Soziologie im freien Fall? Rechtswissenschaft und Soziologie in zivilrechtlichen Lehrbüchern der 1970er-Jahre, Mittelweg 36 (2022), 39. Die Beiträge dieses thematischen Heft des Mittelwegs widmen sich den Beziehungen von Rechtswissenschaft und Soziologie in der Zeit.

40 Siehe H.-P. Burth/A. Görlitz (Hrsg.), Politische Steuerung in Theorie und Praxis, Baden-Baden 2001; R. Voigt, Staatliche Steuerung aus interdisziplinärer Perspektive, in: K. König/N. Dose (Hrsg.), Instrumente und Formen staatlicher Steuerung, Köln 1993, S. 289. Dazu auch M. R. Deckert, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 25.

41 Bspw. K. J. Hopt, Rechtssoziologische und rechtsinformatorische Aspekte im Wirtschaftsrecht, BB 1972, 1017 (1020).

wurde auch die ökonomische Analyse populär.⁴² Deren zentrale Frage war die Steuerung und Optimierung menschlichen Verhaltens durch Recht.⁴³ Im Privatrecht begann in diesen Jahren das Nachdenken über Regulierung durch Privatrecht. Hier liegen die Anfänge von Arbeiten wie Hellgardts „Regulierung und Privatrecht“ oder Thönissens „Subjektive Privatrechte und Normvollzug“.⁴⁴

Liest man Privatrecht als Regulierung, muss man sich mit Folgenorientierung, auch bei Gerichten, auseinandersetzen. Die inhaltliche Nähe beider Fragen wird besonders deutlich bei Thomas Wälde, der als leitende Frage seiner Doktorarbeit im Jahr 1979 formulierte: „Wie kann die praktizierte und durch Gesetz der Rechtsprechung ausdrücklich überantwortete Folgenorientierung einen optimalen Beitrag zur Leistungsfähigkeit des gesamten Staatssystems erbringen?“⁴⁵

c) Gerichte als Sozialingenieure oder als Abwäger von Ewigkeitswerten

Eng mit dem Nachdenken über privatrechtliche Regulierung verbunden war ein verändertes Bild über die Judikative. Anders als in der Forschung angenommen,⁴⁶ wurden unterschiedliche Hoffnungen mit der Folgenorientierung verbunden, die sich wiederum auf unterschiedliche Bilder bezogen.

Bei einigen Befürwortern der Folgenorientierung war diese das Resultat einer neuen Rolle des Gerichts. Im Hintergrund stand das Narrativ eines umfassenden wirtschaftlichen, sozialen und gesetzlichen Wandels. Es spiegelte die eben gekennzeichneten Veränderungen. Der liberale Staat sei zum regulierenden Wohlfahrtsstaat geworden, damit verbunden habe sich das Gesetz vom Konditional- auf das Finalprogramm umgestellt. Das aber

42 Zur Geschichte sowie Methodik siehe *F. Laudenklos*, Methode und Zivilrecht in der ökonomischen Analyse des Rechts, in: J. Rückert/R. Seinecke (Hrsg.), Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner, 3. Aufl., Baden-Baden 2017 S. 471; *J. Horst*, Ökonomische Theorien des Rechts, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 3. Aufl., Tübingen 2020, S. 301.

43 *M. R. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 72.

44 *A. Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht (Fn. 15); *S. F. Thönissen*, Subjektive Rechte und Normvollzug, Tübingen 2022, wobei er der Regulierung kritisch gegenübersteht (dazu bspw. S. 243 ff.).

45 *T.W. Wälde*, Juristische Folgenorientierung (Fn. 24), S. 3.

46 *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 2), S. 221–227 differenziert nicht zwischen den Gruppen.

zwinge auch die Gerichte, anders zu arbeiten. Gesellschaftliche und wirtschaftliche Steuerung gehöre nun zu den Aufgaben, die der Gesetzgeber der Judikative, insbesondere durch unbestimmte Rechtsbegriffe, Zielvorgaben und Abwägungen überantworte, also durch „Zweckerreichungsaufträge“, nicht durch Entscheidungsvorgaben.⁴⁷ Um seiner neuen Rolle als Gestalter und Mikro-Gesetzgeber gerecht zu werden, sollten Gerichte auch die Folgen ihrer Entscheidungen berücksichtigen.⁴⁸ In dieser Lesart war Folgenorientierung also eher das Ergebnis eines Wandels der Gesetzgebung.

Dagegen betonten andere Forscher, wie Martin Kriele und Adalbert Podlech, Folgenorientierung sei eine Antwort auf den, mit Max Weber, „ewigen Götterkampf der unversöhnlichen Werte“.⁴⁹ Zwar wollten auch sie die Wirklichkeit mehr einbeziehen, sie dachten aber stärker philosophisch statt soziologisch.⁵⁰ Dieser Götterkampf sei angesichts der Wertungsdivergenzen in der pluralen Welt der Moderne besonders schwierig geworden. Solche Aussagen waren häufig, ohne es explizit zu machen, Abgrenzung zu der erzwungenen ideologischen Wertungseinheit im Nationalsozialismus.⁵¹ Rationalitätsgewinne bei der Abwägung erhoffte man sich durch das Verfahren der Folgenorientierung, das zur Selbstkontrolle zwänge. Das Gericht sollte angehalten werden anzugeben, was es sich ohnehin überlegte, nämlich, welche Folgen seine Entscheidung hatte. Zudem sollte durch die Angabe der vom Gericht angenommenen Folgen die Vermittelbarkeit der Entscheidung erhöht werden. Weil die Folgenorientierung eine mehrstufige Beschreibung des Rechtsfalles von der Beschreibung der Normalalternativen über deren Folgen bei der Anwendung bis zur Bewertung dieser Folgen erfordere, lasse sich ein Dissens der jeweiligen Ebene klarer zuordnen und dort gegebenenfalls lösen.

47 Siehe bspw. bei T.W. Wälde, Juristische Folgenorientierung (Fn. 24), S. 1–8, sowie S. 11 f.

48 So explizit T. Sambuc, Folgenerwägungen (Fn. 19), S. 16: „Was hier zunächst als ‚Stilwandel‘ bezeichnet wird, werden wir später als Symptom einer tiefgreifenden Umwälzung der Funktionen, Arbeitsweisen und Legitimationen von Rechtsprechung darzustellen haben.“

49 M. Weber, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 2. Aufl., 1951, S. 589, der vorschlug, die Konsequenzen aufzuzeigen, die einträten, wenn man einem Wert folge.

50 Siehe bspw. das Vorwort bei M. Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung (Fn. 1), S. 6; A. Podlech, Wertungen und Werte im Recht, AÖR (1970), 185 (197–199); G. Winter, Tatsachenurteile im Prozeß richterlicher Rechtsetzung, Rechtstheorie 2 (1971), 171 (178).

51 Dazu J. Rückert, Das „gesunde Volksempfinden“ – eine Erbschaft Savignys, in: ZRG GA (1986), 199 (221); S. K. Paas, Das bewegliche System. Zur Karriere einer juristischen Denkfigur, Tübingen 2021 m. w. N.

Pointiert sah die eine Richtung in der Folgenorientierung eine Öffnung zur Wirklichkeit, die andere sah in ihr eine Rationalisierung von zeitgebundenen oder dauernden Werten. Beide knüpften an verschiedene Kontexte an.

III. Ungeklärte Fragen an die Folgenorientierung

Antworten auf die Probleme der Folgenorientierung fanden beide Richtungen nicht und ein Konsens ließ sich nicht herstellen.⁵²

Unklar war zunächst, welche Folgen vom Gericht überhaupt berücksichtigt werden sollten.⁵³ Sollten und durften beispielsweise die negativen Folgen für die Umwelt bei der Beurteilung des kaufrechtlichen Mangelbegriffs berücksichtigt werden, wie heute viel diskutiert wird?

Daneben trat die Frage, wie man bewerten solle, welche Folgen erwünscht und welche unerwünscht seien. Regelmäßig sollte diese Frage mit Hilfe des gesetzgeberischen Normzieles bei Erlass der Norm oder aus den grundgesetzlichen Werten beantwortet werden.⁵⁴ Dass das jenseits von eindeutigen Fällen – Vollbeschäftigung ist besser als Arbeitslosigkeit – schwierig war, sahen auch die Befürworter der Folgenorientierung.⁵⁵ Nur wenn es ausschließlich um Vermögensfragen ging, sollten Law and Economics eine legitime Hilfe liefern.⁵⁶

52 So auch und mit teilweise weiteren Nachweisen *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 2), S. 224–227.

53 Das spiegelten auch die teilweise sehr ausdifferenzierten Bezeichnungen der Folgen wider: Mikro- und Makrofolgen, Individual- und Sozialfolgen, unmittelbare und mittelbare Folgen, dazu bei *M. R. Deckert*, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 115–118 mit Nachweisen auf zeitgenössische Stimmen; ebenso bei *P. Lassahn*, Rationalität und Legitimität der Folgenberücksichtigung, ARSP (2013), 323 (326–330).

54 Vgl. bspw. *H.-W. Schünemann*, Sozialwissenschaft und Jurisprudenz. Eine Einführung für Praktiker, München 1976, S. 66.

55 So stellte Haverkate beispielsweise in Hinblick auf einen „allgemeinen Folgenabwägungsgrundsatz“, das „fundamentalere Interesse gebührte stets der Vorrang vor dem weniger fundamentalen“, heraus, dass dieser zwar bei eindeutigen Situationen einer Abwägung von Leben gegen Religionsfreiheit für das Leben hilfreich sei, aber diese eindeutigen Fälle eben doch selten seien. Er resümierte dann aber doch hoffnungsvoll: „Weil uns nur die Folgenorientierung als (einiger) Rationalitätsmaßstab geblieben ist, fehlt uns oft der Mut die dabei auftauchenden Schwierigkeiten so klar zu sehen“, *G. Haverkate*, Gewissheitsverluste im juristischen Denken. Zur politischen Funktion der juristischen Methode, Berlin 1977, S. 215.

56 Dazu *J. Schröder*, Recht als Wissenschaft (Fn. 2), S. 226.

Das dritte Problem war die Praktikabilität. Gerade weil eine Mehrheit sich ja nicht auf Alltagstheorien für die Folgen verlassen wollte, sondern sozial- und wirtschaftswissenschaftliche Analysen anstellte, fragte man sich, wie sicher und auch wie zeitaufwendig und teuer die Folgenprognose, gerade für die Parteien eines Zivilprozesses, war.⁵⁷ Unklar war auch, ob die gerichtlich angenommenen Folgen in der nächsten Instanz überprüfbar sein sollten, was, sollte man dies bejahen, eine Überlastung des Instanzenzugs zur Folge haben könnte.⁵⁸

IV. Kritik an der Folgenorientierung

Die Folgenorientierung stieß auch auf Widerstand. Von den Kritikpunkten sind besonders diejenigen von Interesse, die sich auch auf andere wirklichkeitsnahe Methoden übertragen lassen.⁵⁹

Die naheliegendste und auch häufigste Kritik ist der Verstoß gegen die Gewaltenteilung: Das Gericht spielt sich als Gesetzgeber auf. So wahr diese Kritik sein mag und so wichtig sie ist, so leicht kommt sie an ihre Grenzen, wenn man andere methodischen Prämissen zugrunde legt. So wird in der Rechtswissenschaft teilweise die Unvermeidbarkeit richterlicher Eigenwertung betont. Wenn man annimmt, dass Gerichte nur begrenzt durch Gesetz gebunden werden können, diskutiert man schnell andere Bindungstechniken wie Methode. Davon ausgehend verfehlt der Vorwurf eines Verstoßes gegen die Gewaltenteilung seinen Gegenstand, insoweit richterliche Eigenwertungen, nach dieser Lesart, ohnehin stattfinden und nur angeleiteter oder freier erfolgen können.

Eine andere, zeitgenössisch wirksame⁶⁰ Kritik formulierte Niklas Luhmann auf dem Boden seiner Systemtheorie. Er problematisierte statt der

57 W. Nauke, Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften, Frankfurt a. M. 1972, S. 41 sah das klar: „Vorbedingung [einer Folgenberücksichtigung] dafür wäre, daß z.B. die Planstellen für Richter und Staatsanwälte vermehrt, die Gebührensätze für die Tätigkeit der Anwälte angehoben, die Besoldungsvorschriften für Rechtsanwälte attraktiver gestaltet und die Bücheretats der Gerichtsbüchereinen erheblich aufgestockt werden“.

58 Dazu M. R. Deckert, Folgenorientierung (Fn. 1), S. 20.

59 Soweit ersichtlich alle Kritikpunkte sind zusammengetragen bei H. Rottleuthner, Zur Methode einer folgenorientierten Rechtsanwendung, in: Wissenschaften und Philosophie als Basis der Jurisprudenz, ARSP Beiheft N.F. Nr. 13, Wiesbaden 1980, 97 (115).

60 Eine gute Auseinandersetzung mit Luhmanns Kritik bei G. Liebbeck-Wolff, Rechtsfolgen (Fn. 23).

Gewaltenteilung den Umgang des Rechts mit der Zeit.⁶¹ Er nahm zwar an, dass Folgen in Praxis und Rechtswissenschaft de facto berücksichtigt werden,⁶² wies aber auf Probleme bei der methodischen und dogmatischen Verarbeitung dieser Folgen hin. Den Hintergrund bildeten die Verbindungen informationsverarbeitender Systeme, in dem Fall die des Rechts mit seiner (gesellschaftlichen) Umwelt. Es ließen sich zwei Formen der Verbindungen, Input- oder Outputorientierung, ausmachen. Nach Luhmann war entscheidend, welcher Orientierung sich das System eher zuneige:

„Ein Schwerpunkt an der Input-Grenze würde bedeuten, daß das System seine Funktion primär durch sorgfältige Aufnahme und Verarbeitung eingegebener Informationen erfüllt mit relativer Indifferenz gegen die Folgen, die es damit auslöst. Ein Schwerpunkt an der Outputgrenze würde bedeuten, daß das System sein Hauptproblem in der Erzeugung bestimmter Wirkungen in der Umwelt sieht und sich Informationen als Mittel zu diesem Zweck, also nach Maßgabe eines spezifischen Wirkungsinteresse, beschafft.“⁶³

Die Systeme, die am Input orientiert seien, sollten weniger komplex gebildet sein als solche an der Outputgrenze.⁶⁴ Auf das Recht gewendet lässt sich bereits erahnen, wohin Luhmann mit dieser Argumentation wollte: Die klassische juristische Dogmatik sei vorrangig inputorientiert gewesen und damit leichter als eine outputorientierte Dogmatik in der Lage, Komplexität zu reduzieren. Das liege daran, dass Outputorientierung zukunftsorientiert und die Zukunft immer komplexer sei, Inputorientierung aber sei vergangenheitsorientiert. Mit anderen Worten: Gesetzgebung will zwar zukünftige Fälle erfassen, tut dies aber auf der Basis vergangener Fälle. Diese sind naturgemäß reicher und sicherer als Prognosen. Folgenorientierung

61 Dazu auch *P. Lassahn*, Rationalität (Fn. 52), 351–357; da besonders Luhmanns Äußerungen in Rechtssystem und Rechtsdogmatik eine lebhafte Debatte auslösten (besonders kritisch bspw. *M. Kriele*, Theorie der Rechtsgewinnung (Fn. 1), S. 333), soll es hier nur um diese gehen. Dass er später seine Meinungen relativierte, kann außen vor bleiben; dazu siehe *N. Luhmann*, Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M. 1993, S. 19 (deskriptiv), S. 378–383 (differenzierend). Vorschläge wie man Folgenorientierung im Recht noch denken könnte, auch bereits bei *N. Luhmann*, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart 1974, insb. S. 41–48.

62 *N. Luhmann*, Rechtssystem (Fn. 61), S. 7 Folgenorientierung sei eine „Selbstverständlichkeit für die Praktiker, eine vernünftige Richtlinie für den Interpreten, ein Bezugspunkt für die Beurteilung juristischer Konstruktionen, dogmatischer Figuren und für den Rechtsvergleich und ein Einfallstor für die Sozialwissenschaften.“

63 *N. Luhmann*, Rechtssystem (Fn. 61), S. 26.

64 *N. Luhmann*, Rechtssystem (Fn. 61), S. 27.

lässt sich deshalb nach Luhmann „zusammenfassend begreifen als Versuch der Umorientierung von der Input-Grenze auf die Output-Grenze“⁶⁵ Das habe nicht nur zur Folge, dass Komplexität schwerer verarbeitet werden könne, sondern auch, dass die komplexitätsverarbeitende Dogmatik absterbe. Luhmann nannte als Beispiel den Begriff der Willenserklärung, der seine steuernde Wirkung durch die Orientierung an Folgen verliere.⁶⁶ Schätzt man aber die Leistungen der Dogmatik gering und reduziere rechtliche Bindungen, so Luhmann, gewinne die politische Kontrolle des Justizpersonals als politische Kontrolle des Rechts an Bedeutung.⁶⁷ Damit sei auch ein allgemeiner Verlust an Rechtssicherheit verbunden.⁶⁸ Auch wenn Luhmann dies nicht deutlich aussprach, ist tatsächlich für den Nationalsozialismus erforscht, dass mit der Reduzierung gesetzlicher Bindung die interne Steuerung der Rechtsanwender zugenommen hat.⁶⁹

V. Warum die Folgenorientierung es nicht in den Kanon schaffte

Nachdem die Debatte mit ihren Verständnissen und Kontextabhängigkeit vorgestellt wurde, kann überlegt werden, warum Folgenorientierung als wirklichkeitsnahe Methode heute nicht allgemein geläufig ist, obwohl Gerichte sie sehr wohl betreiben. Die Gründe liegen allesamt im Zuschnitt der Rechtswissenschaft. Zunächst ist zu konstatieren, dass obwohl die Debatte zeitweise sehr hitzig geführt wurde, sie die klassischen Methodenlehrbücher nicht erreicht hat. Vermutet man Methodenlehrbücher als den Ort, sich über Methode zu informieren, war deren Schweigen zur Folgenorientierung ein Rezeptionshindernis. Warum wiederum die Methode nicht aufgenommen wurde, ist ungeklärt. Gründe liegen wohl darin, dass die Autoren der einflussreichen Methodenlehrbücher gegenüber der wirklichkeitsnäheren Rechtswissenschaft und auch gegenüber einzelnen Vertretern der Folgenorientierung skeptisch waren. Zudem trafen unterschiedliche

65 N. Luhmann, Rechtssystem (Fn. 61), S. 29.

66 N. Luhmann, Rechtssystem (Fn. 61), S. 30: „Die Begriffe müssen auf Verwendungs-kontexte geringeren Abstraktionsgrades reduziert werden. Die Folgen des Begriffs der Willenserklärung oder der ungerechtfertigten Bereicherung lassen sich in dieser Abstraktionslage nicht ausmachen. Bei folgenbewußtem Gebrauch dienen Begriffe allenfalls noch als Einstieg in die Fallanalyse.“

67 N. Luhmann, Rechtssystem (Fn. 61), S. 48.

68 N. Luhmann, Rechtssystem (Fn. 61), S. 35.

69 B. Mertens, Rechtssetzung im Nationalsozialismus, Tübingen 2009, S. 92.

wissenschaftliche Überzeugungen aufeinander. Ging man beispielsweise wie Franz Bydlinski in seinem bekannten Methodenbuch davon aus, dass Recht besonders Werte umsetzt und diese erkennbar sind,⁷⁰ ist die Frage der Folgenorientierung schlicht weniger relevant. Dazu kam, dass die Folgenorientierung nicht nur kaum in Methodenlehrbüchern zu finden war, sondern sie es auch, jenseits der einstufigen Ausbildung, nicht an die juristischen Fakultäten geschafft hat.⁷¹ Sie dort im Rahmen der Ausbildung zu unterrichten, hätte mehr Interdisziplinarität in der Lehre erfordert. Diese ist nicht nur schwierig umzusetzen und erfordert viel von Lehrenden und Studierenden; sondern sie ist auch mit der Gefahr der Machtverlagerung auf andere Fakultäten verbunden. Schließlich ist die Folgenorientierung, wie die historische Auslegung, nicht praktikabel für Klausuren.⁷² Da die Rechtswissenschaft ihre Grenze allzu häufig vom Rechtsstudium erhält, waren diese Gründe wirkmächtig.

70 Dazu S. K. Paas, Das bewegliche System (Fn. 50), S. 13 f.

71 Vgl. D. Hart, Die einstufige Juristenausbildung an der Universität Bremen, RuP (1979), 21 (22).

72 Siehe nur G. Winter, Preisaufsicht und Preisregulierung im Mietrecht, in: W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Sozialwissenschaften im öffentlichen Recht. Fälle und Lösungen in Ausbildung und Prüfung, Neuwied 1981, S. 337. Winter entwarf in einem Fallbuch, das sozialwissenschaftliche Arbeitsweisen in das dogmatische Arbeiten im Studium zu implementieren suchte, einen Fall mit Folgenorientierung, der die Studierenden wohl vor Schwierigkeiten gestellt hätte. Zu Soziologiebezügen in rechtswissenschaftlichen Lehrbüchern, S. K. Paas, Soziologie im freien Fall? (Fn. 39).

