



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

Grundlagen des Rechts

Rechtsgeschichte

I. Mittelalter

a. Mündlichkeit und Schriftlichkeit

Im **Mittelalter** gab es keine fixierte normative Ordnung, weshalb eine stete Neufeststellung der Rechtsstrukturen nötig war (= **Neuerinnerung**). Im Vordergrund stand somit das **Ritual**, die strikte Wiederholung und Formenfixierung, die eine Nähe zur **Weissagung** aufweisen.

Die orale Überlieferung bewerkstelligt die Rechtsfindung. Eine Rechtsgewohnheit wird festgestellt und (und mit leichten Abweichungen) wiederholt, jedoch gibt es keine Möglichkeit Recht zu schöpfen. Das Recht wird **durch sein Alter legitimiert** und anerkannt, womit das Vergangene stets in der Gegenwart weilte und ein ewiger Kreislauf stattfand.

Anpassungen fanden nur unmerklich statt, da das Recht zwar möglichst alt (Erinnerung) aber zugleich auch möglichst neu (festgestellt) sein musste. Das Recht war **vorgegeben (Naturrecht)**

Der Übergang vom Ritual zur textuellen Konsistenz des rechts fand mit dem **Zwölftafelgesetz** ein erstes mal statt. Die **Schrift** war eine Art soziales **Gedächtnis**, weil es nicht mehr so leicht vergessen werden konnte. Die Kunst der **Hermeneutik** (Textdeutung) wurde geschaffen. Ein lineares Zeitdenken entstand ebenso wie das Sprecher-Hörer-Verhältnis zu einem Autor-Leser-Verhältnis wurde. Dadurch entstand jedoch auch eine grosse **Manipulationsgefahr**. Die Interpretation von Texten stand nur bestimmten Personengruppen (Priester, Juristen) zu, da durch zu viele verschiedene Interpretationen **Auslegungschaos** zu befürchten war. Verbunden damit war die Erlaubnis zum Zutritt zu den **Archiven**. So entstand die Rechtswissenschaft, die die Zwölftafelgesetze und deren Interpretationen selektierte und stabilisierte.

Die grosse Frage, die die Zwölftafelgesetze aufwarfen, war die Adressatenfrage, also an wen sich die Gesetze richteten. Die 12tafelgestze der **Römer** waren zur Verwaltung und Aufbewahrung den **Priestern** in den Archiven vorbehalten. In **Griechenland** war das anders, dort war das Gesetz nämlich der **Öffentlichkeit** stets zugänglich und demonstrativ öffentlich ausgestellt, weshalb sich dort nie eine fachlich hoch differenzierte Jurisprudenz bildete.

b. Übergänge

Der Übergang von Mündlichkeit zu Schriftlichkeit geschah durch **Interaktion**. Im Frühmittelalter begegneten sich germanische Oralität und spätrömischer/christlicher Schriftlichkeit (**Lex Salice** – erste Sammlung).

Die Germanischen Stammesrechte (**Leges**) waren Rechtsaufzeichnungen von mündlich tradiertem Recht ohne jegliche Staatsform. Es war stark **kirchlich** beeinflusst und diente dem Ausgleich und **Wiedergutmachung** von Verletzungen. Leges wurden durch Einigung des Stammes und im Austauschprozess legitimiert und hatten das Ziel der **Friedenswahrung** sowie der Etablierung von Herrschaft (**Machtdemonstration** des Herrschers). Sie waren in Bussenkataloge (**lex salica**) gefasst und verfolgten **Sühne** statt Rache, waren jedoch aufgrund des fehlenden Gerichtsapparats schwer durchsetzbar. Angewendet wurden sie in Form von Ausgleich von Sippenverletzungen durch materielle Güter (**vogelfrei** = Tötungserlaubnis).

Im Hochmittelalter geschah dann der epochale Wandel zur Vorherrschaft der Schriftlichkeit und der Entstehung der Rechtswissenschaften.

c. Rechtsschule von Bologna und die Wiederentdeckung des röm. Rechts

Die Rechtssammlung von Justinian I. in Ostrom (529-565 n. Chr.) wurde seit dem Hochmittelalter als Corpus Iuris Civilis (CIC) bezeichnet. → 8 wichtige Punkte

- CIC

Auftrag des Kaisers **Justinian**, bestehende Rechtsbücher zusammenzutragen und durch **Digesten/Pandekte** zu ergänzen und ein Lehrbuch (**Institutiones**) sowie kaiserliche Erlasse beizulegen. Im 12./13. Jahrhundert wurde der CIC in der Rechtsfakultät von Bologna wiederentdeckt. Instrument **kaiserlicher Herrschaftslegitimation!**

Aufgrund seines Alters und der Heiligkeit des römischen Rechts, stellte es die **Legitimitätsgrundlage** für die Rechtswissenschaft dar. Der CIC galt aufgrund seiner Vernunftsqualität als heiliger Primärtext (**ratio scripta**). Schrittweise war das wiederentdeckte römische Recht aufgrund seiner Bearbeitung zu einem **ius commune** fortgebildet worden und galt vorerst als **subsidiär** zu den lokalen Satzungen. Der Einfluss des römischen Rechts wuchs jedoch stets.

- Auffindung von Digestenhandschriften in Oberitalien (Littera Fiorentina)

Ende 11. Jahrhundert wurde in Bologna eine Rhetorikschule zur Ausbildung von Beamten gegründet

- Rechtsschule

Irnerius, einer der wichtigsten Rechtslehrer, der an der Rechtsschule von Bologna unterrichtete war bekannt für seine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem röm. Recht. Deswegen kamen Studenten **aus ganz Europa** um in Bologna zu studieren und nach ihrem Abschluss in ihre Länder zurückzukehren und das wiederentdeckte und weiterentwickelte röm. Recht mitzunehmen. → **Rezeption**

- Societas zwischen Studenten und Professoren

Erteilung einer **Satzung durch die Stadt** (Verträge mit Professoren, Vorlesungen, Mieten, Privilegien etc.)

- Glossatoren (Irnerius, Quatuor doctores, Accursius)

Als zentrale Tätigkeit der Dozenten an der Rechtsschule von Bologna galt das **lesen und ergänzen** der **Digesten** aus dem CIC. Studierende übernahmen diese Auslegungskommentare indem sie diese am **Rand der Texte** anfügten (= **Glossen** → Glossatoren). Diese Glossen genossen in der Rechtspraxis eine autoritäre Stellung (Gericht stützte sich darauf).

Irnerius (auch Guarnerius/Wernerius) nahmen um 1100 erste Bearbeitungen der Digesten vor, gelten also als **erste Glossaren**, waren aber kaiserliche Berater und Richter. Die kaiserlichen Kronjuristen waren die **Quatuor doctores Bulgarus, Martinus, Hugo und Jacobus**.

Accursius (1185-1263): **Glossa ordinaria** (96'000+) → Was die Glosse nicht anerkennt, anerkennt auch das Gericht nicht

- Arbeitsweise → Lektüre, Auslegung, Disputation

Vorlesen (**lectio**), Ergänzen mit Anmerkungen (**glossa**), **summae**, Disputation (**quaestiones**) unter den Studenten (**Übungsgericht**)

Scholastische Methode: Autoritäre Texte, die Lücken hatte und möglicherweise widersprüchlich waren sollten mittels **Logik und Topik** (Argumentationslehre) geschlossen werden (**Rationalismus**) → Dialektik sehr nahe am Text → **interpretatio**

Partikularrecht (städtisch) geht als spezielles Recht vor, ist aber eng auszulegen.

- Kommentatoren/Konsiliatoren

Neue Generation von Glossatoren, die sich vermehrt der Praxis zuwendeten und Gutachten (**consilia**) erstellten. Der zunehmende Regelungsbedarf aufgrund des **Wirtschaftsaufschwungs**

brachte eine grosse **Rechtssmasse** mit sich, die Systematisiert werden musste. Dies führte zu einer Lösung der strengen Textbindung und stellte die **Praxis** in den Vordergrund.

Zwei der renommiertesten Autoren waren **Bartolus und Baldus**, die lasen und kommentierten. Ermittlung der ratio legis durch logisches Denken. Autorität verlagerte sich auf die **opinio communis doctorum**, also die herrschende Meinung. Legitimationsfunktion kam der Lehre und der Juristen zu. Niemand ist ein guter Jurist, der sich bei Bartolus nicht auskennt.

d. Rezeption / Rechtstransfer

Soziokulturelle Prozesse der **Übernahme und Verarbeitung** fremden Kulturguts

Rezeption als rechtlicher Assimilationsprozess im 15. Und 16. Jahrhundert

Viele **Universitätsgründungen** aufgrund der von Bologna zurückkehrenden Juristen. Es entstand eine **einheitliche europäische Rechtswissenschaft**. Die Rechtsformen waren faktisch stark geprägt vom **ius commune**, so kam es 1495 auch zur Gründung des **reichskammergerichts**. Gemeinsame Bezugsebene als Ausgangspunkt.

Rechtsberufe I: Das Notariat

a. Juristenstand und Rechtsberufe

Der Juristenberuf war nicht standesgebunden, sondern galt als soziale Aufstiegsmöglichkeit, was zu dieser Zeit sehr unüblich war. Weil Adelige selten studierte, war der Richterstand vor allem durch aufgestiegene Juristen belegt. Das ius commune galt für den Juristenstand europaweit als rechtlich einheitliche Grundlage. Mit dem Ausbau des Staatsapparats entstanden auch mehr juristische Tätigkeiten (Verwaltung, Gericht, etc.). Die vermehrte Einbindung von Juristen in den Staat barg jedoch die Gefahr ihrer blossen Verwendung als Herrschaftsinstrument.

- Studium: röm.-kan. Recht → ius commune
- Unabhängiger Berufsstand – sozialer Aufstieg wurde ermöglicht.
- Kleriker-Juristen
- Laien-Juristen → Verwaltung, Gericht, Beratung

a. Entwicklung des Notariats

Antike

- Röm. Kaiserreich: Tabellionat (ab 3. Jh. n. Chr.)
- Ostrom, Justinian (6. Jh.) eingehende Regelung des Notarits

Mittelalter

- Frühmittelalter: Langobarden → scriba, Franken → notarius
- Karolinger (8.-9. Jh.): Pfalznotare, die an kaiserliche Autorität angebunden sind
- 1215: Verfahren vor geistlichen Gerichten (Offizialate) müssen protokolliert werden → Laterankonzil
- Zunehmende Bedeutung des Urkundenbeweises → Siegelurkunde (Gerichtsnotare) oder Notariatsurkunde (instrumentum; durch öff. Notare)
- 13. Jh.: Ausbildung der ars notaria in Bologna
- Unterscheidung von Notaren: kaiserliche vs. Päpstliche Verleihung
- Spätmittelalter: Zunahme kaiserlicher Notare, durch Hofpfalzgrafen oftmals ohne Prüfung ihrer Eignung anerkannt, dies führte zu Missständen.

Neuzeit und Moderne

- 1512: Reichsnotariatsordnung (RNO) – Rahmengesetz für Ausbildung und Ausübung
- Neuzeit: öff. Notare vs. Schreiber
 - o Schreiber in Verwaltungskanzleien oft ohne Universitätsausbildung
 - o Rechtsgelehrte Stadtschreiber politisch bedeutsam (Renward Cysat in Luzern)
 - o Gerichtsschreiber
- 1803: Französische Revolution – Notariatsgesetz (nach ganz Europa exportiert)
 - o Notariatszwang, strikte Trennung von anderen Berufen
 - o Notariatskammern, Staatliche Bestellung
 - o Vollstreckbarkeit der Notariatsurkunden

b. Entwicklung in der Schweiz

Frühmittelalter

- Kanzellariat
 - o Beizug von Schreibern in den Stammesrechten erwähnt
 - o Ausbildung des öff. Kanzellariats → von der Kirche übernommen
- Hoch- und Spätmittelalter
 - o Siegelurkunde und Notariatsinstrument (Mischformen)
 - o Notare: Kleriker, städtisches Patriziat und nebenamtliche Notaren
 - o Ausbreitung: Kontroverse über Massgebliche Kriterien
 - Südalpine Gebiete ← Oberitalien, Westen ← Grafschaft Savoyen, nördliche Gebiete ← geistliche Gerichte (Offizialate) und Stadtschreiber

- Frühe Neuzeit
 - Norden: Amtsnotariat setzt sich durch (Auser, Basel Stadt und Bern)
 - Süden: Präsenz des öffentlichen Notariats
 - Westen: öffentliches Notariat unter strenger herrschaftlicher Kontrolle
- 19. Jahrhundert
 - Während der Mediationsakte (ab 1803) erarbeiteten sich einige Kantone privatrechtliche Kodifikationen (orientiert am Code Civil und ABGB).
 - Basel: erste Universität
- 1912: Einführung des ZGB
 - Amtsnotariat / Freiberufliches Notariat
 - Mischformen sowie Zulassung der Frauen zum Notariat

Gelehrtes Recht und Rechtsgelehrte

a. Kirchenrecht

Im 6. Jahrhundert fielen die Barbaren über das römische Reich und bewirkten den Zusammenbruch der Antike. Die zentrale politische Macht zerfiel. Die Kirche war zu dieser Zeit die kulturell stärkste Organisation, die mit dem kanonischen Recht (Zusammentragung päpstlicher Entscheidungen → deren Befolgung das Paradies versprach → case-law) soziale und politische Aufgaben übernahm.

Kanonisches Recht betonte den Vorrang der individuellen vor der formalen Gerechtigkeit und dachte einen weiteren Bereich als der CIC ab.

→ Universalanspruch der kirchlichen Rechtsordnung

b. Das kanonische Recht

- Produkt mittelalterlicher Rechtsschöpfungstätigkeit der Päpste
- Harmonisierte und durch kirchenrechtliche Materialien ergänzte Entscheide
- Kirche wurde immer stärker (gesellschaftlich unabdingbar)
- Entwicklung zur Rechtskirche
- Case-law, Schriftlichkeit → Verwaltungsakt, Urteil, Gesetz
- Bedürfnis nach Sammlung und Harmonisierung der Rechtsmasse
 - 1140: Decretum Gratiani durch Gratian; Concordia discordantium canonum (=Übereinstimmung entgegenstehender Regeln)
 - 1187-1226: Compilationes
 - 1234: liber extra – päpstlicher Auftrag, offizielle Kompilation

- 1298: liber sextus: päpstlicher Auftrag, Exklusiv
- 1317: clementinae
- 1500: Extravagantes
- 1566: Reformkommission (Correctores Romani)
- 1582: bereinigte offizielle Ausgabe (editio romana) → Bezeichnung als corpus iuris canonici (parallel 158: CIC)
- Die Kirche versteht sich als Rechtskirche, zeigt aufgrund ihrer Rechtsgebung und Jurisdiktion (Rota Romana) absolutistische Tendenz zur Gesetzgebungsmacht.

c. Rechtsgelehrte

Bologna als nutrix legum, also Grundlage für die Unis und Juristenausbildungen

- Friedrich Barbossa → **Scholarenprivileg**
 - 1155 in Rom durch den Papst zum Kaiser gekrönt. Herrschaftsverständnis CIC.
 - Entstehung
 - Zusammenwirken von Bologneser Juristen und kaiserlichem Hof
 - Interesse an Kontinuität des römischen Reichs
 - Datierung 1158 später eingefügt (Reichstag von Roncaglia)
 - Inhalt
 - Lob der Gelehrsamkeit sowie Schutz vor jeglicher Form von Unrechtzufügung (iniuria), Verbot von Repressalien → gilt heute noch im Völkerrecht, Schadenersatzpflicht und Ehrenstrafen für Verstöße. Niederlassungsfreiheit
 - Wirkung
 - Allgemeine Formulierungen und Ausdehnung auf Kanonisten und Feudisten sowie die Einfügung in CIC → Rang kaiserlichen Rechts
- Juristenstand
 - Gemeinsame Ausbildung, aber kein einheitlicher Abschluss
 - Eindringen in Verwaltung und Justizwesen, Schutzpatron (Hl. Ivo Hélorý 1253-1303) → Spannungsverhältnis zur Laienwelt (böse Christen = Juristen)

d. Ausbreitung des gelehrten Rechts (13. – 16. JH): Rolle der geistlichen Gerichte; Übergreifen auf die weltliche Praxis; Die Vollrezeption (Verwissenschaftlichung und Professionalisierung) des Rechtssystems; Einfluss der gelehrten Juristen auf die Praxis; einheitliche europäische Rechtskultur

II. Frühe Neuzeit

Humanismus und Rechtswissenschaft

a. Humanismus und Renaissance

- Individuum besitzt geistige **Autonomie** (uomo universale)
- **Mittelpunkt** weltlicher Ordnung = **Mensch**
- 2. **Wiederentdeckung** des römischen **Rechts**
- Forderung nach **weltlicher Bildung**
 - o Rückbesinnung auf die reinen Quellen der Antike (römisches Recht)
 - = Antikenkult (ad fontes!)
 - Entstehung der Philologie
 - o Ablehnung des Mittelalterlichen (Glossen galten als Verunreinigung)
 - o Verzicht auf Autoritätenkult (Ablehnung der scholastischen Methode)
 - o Reformwille im Reformationszeitalter
- **Rationalismus**: **Reformationen** (religiös, politisch, wissenschaftlich, kulturell), **Buchdruck** (Gutenberg) → schnelle Verbreitung von Ideen und Theorien

b. Humanismus und Rechtsentwicklung

Mos italicus – vorherrschende Methode

- Herrschende Meinung der Gelehrten
- Komplex und Autoritätenorientiert
- Bartolus

Mos gallicus – elegante Jurisprudenz

- Humanistisch Geprägt, der an Stelle des mittelalterlichen Rechts
- «Rekonstruktion einer historisch begründeten, humanistisch gebildeten und sprachlich philologisch [...] geläuterten Rechtswissenschaft.»
 - o Ersetzung der mos italicus durch historisch-philologische Methode
 - o Systematische und logische Rekonstruktion der römischen Rechtsquellen
- Politischer Hintergrund: Königreich Frankreich
- Neuedition des CIC durch D. Gothofredus 1583 – Änderungen der Glossatoren am CIC waren Verunreinigungen des klassischen Originals

Entwicklung im heiligen römischen Reich

- Rezeption und Kritik am mos italicus überlagerten sich
- Reformwille vor allem auf pädagogischer Ebene

- Ulrich Zasius (1461-1535): Gerichtsschreiber, Notariatsausbildung, Stadtschreiber, Rechtsprofessor (Humanistenkreise: Erasmus von Rotterdam), Prägende Lehrtätigkeit, Gesetzesredaktor Freiburger Stadtrechtsreformations – legales Recht systematisieren
 - o Vordenker der Bewegung

Frühmoderne Staatlichkeit und Rechtsquellenhierarchie

- Gesetzgebungsmacht als Inbegriff von Herrschaft
- Vorherrschaft des territorialen Rechts
 - o Stadtrecht, Landesrecht
 - o Neue Bereiche mussten geregelt werden → Wenig Grundlage im CIC
 - o Ganz Europa mit territorialen Rechtskompilationen, weniger Autorität als kaiserliches Recht
 - o Nationale Rechtsgeschichte → Hermann Conring (origine iuris germanici)
 - Keine Kontinuität zwischen römischem und mittelalterlichem Reich – punktuelle Rezeption durch Gelehrte und Praxis
 - o Neuorientierung für die gelehrten Juristen war nötig
- Aufkommen populärer Lehr- und Handbücher deutscher Sprache
 - o Vermittlung des gelehrten Rechts für Laiengerichte
 - o Ulrich Tengler → Layenspiegel (Humanist) 1509 → Klagespiegel (1516)
 - o Veröffentlichung von Urteilen des Reichskammergerichts (1563)

Usus modernus pandectarum

- Ius commune hat durch die Kritik am CIC an Bedeutung verloren
- Wachsendes Interesse an nationaler Rechtsgeschichte → Vielfalt von Rechtsquellen
- Programm von Ulrich Zasius umsetzen → praktische Anpassung an die aktuellen Lebensverhältnisse (*usus modernus pandectarum* = moderner Gebrauch der Pandekten)
- Praxisorientierte und zeitgemäße Beschäftigung mit dem röm. Recht und die Abkehr von der scholastischen Methode
- Verschmelzung von ius commune und heimischem Recht

Sonderentwicklung in den eidgenössischen Gebieten

- Materielle Übernahme des römischen Rechts, jedoch gab es Widerstände gegenüber dem IC ← Thurgauer Gerichtsfall: Probleme mit einer Erbfolge
- Im Spätmittelalter wurde das Recht verwissenschaftlicht und professionalisiert

- In der frühen Neuzeit waren die gelehrten Juristen wenig präsent, weil
 - o Exemption vom Reichskammergericht
 - o Schwabenkrieg und Ablehnung der Reichsreform (CH eher Oligarchisch)
 - o CH wurde von der höchstrichterlichkeit des RKG ausgenommen
 - o Sozio-ökonomischer Wandel (Wirtschaftskrise, Schwächung der Vormachtstellung der Städte, Söldnerdienst und Grossviehzucht → politische Vormacht der Landorte (Stanser Verkommenis 1481))

Rechtsberufe II: Professionalisierung der Richterschaft

Periodisierung der Entwicklung der Gerichtsbarkeit in Europa

- Veränderung hinsichtlich der Konfliktlösung im Frühmittelalter (7.-9- JH)
- Von Rache und Fehde zum Verfahren (Sachsenspiegel)
 - o Aber: Immer noch von Gewalt geprägt, jedoch kontrollierter

Im Frühmittelalter: Institutionalisierung

- Verfahrensstrukturen und Kontrolle der Gewalt

Im Hoch- und Spätmittelalter: Feudalisierung und Kommunalisierung

- Gerichtsbarkeitsstrukturen und Zuordnung zu Personal- oder Territorialverbänden
 - o Personelle Gerichtsbarkeit: Lehnsherr vs. Leibeigener
 - o Territoriale Gerichtsbarkeit: Verwaltungsapparat für Region X
 - o Gerichte unterstanden dem König → Herrschaftsattribut
 - o Entstehung von Konfliktlösungsorganen- und Mechanismen
- Materielle Beurteilung → Deeskalieren und später materielles Recht

Übergang zur frühen Neuzeit: Territorialisierung und Professionalisierung

- Territoriale Gerichtsorganisation → Professionalisierung von Gerichtsorganen
- Autonomisierung der Justiz → Justizapparat
- Bedürfnis die Justiz von der Herrschaft zu lösen
 - o Verfahrensrationalisierung und Einweihen von Gelehrten

18. Jahrhundert: Bürokratisierung und Disziplinierung

- Moderne Herrschaftsideologien bargen den Bedarf, die Justiz aus dem politischen system **auszudifferenzieren → Autonomie und Disziplinierung → Bürokratisierung und Spezialisierung**

Ende 18.-19.Jahrhundert: Konstitutionalisierung

- Autonome Verfassungen und Staatenbildung → neue Staatsideologien → Gewaltenteilung, Rechtsstaatsprinzip/Legalitätsprinzip, Gerichtliche Kontrolle staatlichen Handelns

Mittelalterliche Gerichtsbarkeit

- Mündlichkeit und Förmlichkeit: Prozesse waren öffentlich, was zur sozialen Kontrolle dienste, weil eine Beteiligungspflicht bestand (Sippenmitglieder waren verpflichtet zu den Verhandlungen zu erscheinen → Bussenkatalog (lex salica) als Orientierungslinien im Prozess.
 - Ritualität und strenge formalistische Auflagen
 - Ritual von einem Vorsprecher (rechtskundig) mündlich begleitet und kontrolliert → jedoch NUR auf die formale Richtigkeit, nicht bezüglich materiellem Recht
 - Unmittelbare Beteiligung der Rechtsgemeinschaft → Öffentlichkeit
 - Ziel des archaischen Prozesses: Beweisurteil und Ordal fällen
 - Anhand des Bussenkatalogs, dann im nachfolgenden Verfahren die tatsächliche Busszahlung
 - Beklagter hatte einen Eid zu leisten – wenn gelungen erfüllt → schuldlos
 - Wenn nicht → negatives Gottesurteil
 - Beweis durch höhere (göttliche) Gewalt → Friedensgarantie
 - Beweisformen
 - Ablegung eines Eids (Stottern/Versprechen = Fehler = Schuldig)
 - Zweikampf / Elementordalen (körperliche Probe)
 - Teilweise Zeugeneinbindung
 - Ablauf
 - Schuldvorwurf, Eid/Probe, Schuldspruch/Freispruch (Gottesurteil)
- Duale Struktur/dualistisches Gerichtsmodell (Richter und Schöffen)
 - Richter: kein Entscheidungsträger, aber verfahrensleitende Funktion
 - Entscheidungsmacht hatte Gott, Richter war der König
 - Urteiler: Rede, Gegenrede, dann Urteilerkollegium
 - Formalisierung zur Beschränkung der bewaffneten Auseinandersetzungen → Friedesfunktion

Das Reichskammergericht RKG (1495)

- Nach zunehmender Bürokratisierung der Gerichte richtete man das RKG als höchste Gerichtbarkeit neben den lokalen Gerichten ein. Umgedeutete duale Struktur
- Kompromiss zwischen Kaiser und Ständen → Dualismus
- Organisation
 - Kammerrichter und Urteiler
 - Kammerrichter vertrat Kaiser und wurde durch den Papst legitimiert, räumliche Trennung vom Kaiser
 - Beisitzer als Vertreter der Stände
 - Struktur sollte das politische System / Verfassungshierarchie widerspiegeln → Zunehmende Professionalisierung und Erhöhung der Qualifikation + Aushöhlung der adligen Position
 - VSS zur Aufnahme waren: Rechtsstudium und Praxiserfahrung
 - Rezeption des ius commune förderte dies (Verwissenschaftlichung)
 - Übergang zur materiellen Rechtsfindung
 - Orientierung an der geistlichen Gerichtsbarkeit (Verbindung zum Papst)
- Rechtsgrundlagen → IC, partikulare Rechte
- Kompetenzen
 - Erstinstanzlich: Eindämmung von Gewalt und Durchsetzung von Landfrieden
 - Landfriedensbruch – Fehdeverbot
 - Zivilrechtliche Klagen gegen Reichsunmittelbare (Untertanenprozesse)
 - Beschwerden: Rechtsverweigerung, -verzögerung, -verletzung
 - Mandatsprozesse für vorläufigen Rechtsschutz (Befehle)
 - Summarische Verfahren zum Schutz vor Willkür
 - Appellation gegen territoriale Obergerichte → Einschränkung durch Privilegien
 - Evokationsprivileg: primäre Zuständigkeit der örtlichen Gerichte, nicht das kaiserliche Gericht
 - Appellationsprivileg: Rechtsweg an das RKG abgeschnitten
 - Exemptionsprivileg: Zuständigkeit des Reichsgerichts generell ausgeschlossen (Eidgenossenschaft, Österreich und Böhmen)
- Bedeutung
 - Die Konflikte zwischen Kaiser und Ständen schwächen das RKG → Glaubenskämpfe (Kaiser = katholisch, Stände = protestantisch) → Jedes Land kann über seine Religion entscheiden

- Politische Funktion durch Untertanen- und Mandatsprozesse
- Effizienz war gering – viele unabgeschlossene Verfahren

Der Reichshofrat (RHR)

- Eng mit dem Kaiser verbunden und direkt von ihm kontrolliert
- Aus dem Königsrat hervorgegangen → Ratsfunktion und Gerichtsfunktion
- Gegengewicht zum RKG, aber keine Verfahrensregelung (reine Schriftlichkeit)
- Kommissionen → Schlichtungsversuche (Vermittlungsfunktion), Schiedsfunktion in Konfliktfällen, Gerichtliche Funktion indem zwischen Parteien vermittelt

Zentralgerichtsbarkeit in Europa

- Kirche → Heilige Rota 1331 (Gremium zur Beratung von Rechtsfragen)
- Frankreich (Monarchie) → Parlement de Paris (Anbindung an den König)
 - Gesetzgeberische Funktion: arrêts de règlement
 - Frühe Professionalisierung: noblesse de robe (Absolutismus beschränkt durch Parlamentsautonomie)
 - Richter: Ermittlungs- und Urteilsfunktion; Staat: Strafvollstrecker/Verfolger
- England (Zentralisierung) → high courts (Beratungsinstanz und Berater des Königs)
 - Höchste Instanz: curia legis: Aufspaltung in
 - Court of Exchequer (Finanzen)
 - Court of Common Pleas (Grundeigentum und Obligationen)
 - Court of King's Bench (Straffälle) → höchstes Gericht
- Court of Chancery (Ende 15. Jahrhundert) → equity (Billigkeit) ; common law sei zu rigide → Entscheid nach Recht und Billigkeit

18. Jahrhundert: Bürokratisierung und Disziplinierung

- Absolutismus und Rationalisierung der Justiz (Korruption → Tod)
- Justiz wurde von Politik und Verwaltung ausdifferenziert
- Kodifikationen = zentrales Element (stärkere Gesetzesbindung der Gerichte)
 - Misstrauen ggü. Gelehrten Richtern

Ende 18. Jahrhundert – 19. Jahrhundert:

- Gewaltenteilung
- Monopol gelehrter Juristen (Aber: Geschworenengerichte)
- Modell des unpolitischen Richters

Naturrecht und Rechtswissenschaft

Entwicklung des Naturrechtsdenkens

- Antike → Normendualismus und römische Stoa (1.-2. Jahrhundert n. Chr.)
 - Menschenordnung und Götterrecht
 - Platon: Materielle Welt als Abbild der Ideenwelt
 - Aristoteles: NR als ungeschriebenes, immer und überall verbindliches Recht
 - Römische Stoa: Normtrias – ewiges Recht; NR; menschliches Recht
- Mittelalter → Augustinus, Aquin, Voluntarismus
 - Augustinus (4. Jahrhundert n. Chr.): Wille Gottes als einzige Rechtsquelle
 - Thomas von Aquin (13. Jahrhundert): Normtrias
 - Lex aeterna (göttliche Offenbarung)
 - Lex naturalis (Vernunftrecht): spezifische intellektuelle Teilnahme der vernunftbegabten Menschen am Weltgesetz
 - Lex humana (Umsetzung in positives Recht): nähere Bestimmung des Naturrechts
 - Voluntarismus (14. Jahrhundert): Johannes Duns Scotus, Wilhelm von Ockham
 - Recht als Äusserung des Willens, nicht der Vernunft (Empirismus)

Spanische Spätscholastik (16. Jahrhundert)

- Reaktion spanischer Theologen+Juristen auf die Glaubenspaltung und Kolonialeroberungen → Suche nach stabiler und universaler Rechtsordnung
- Ableitung wesentlicher Eigenschaften des Menschen aus der Natur (NR + Vernunft)
- Francisco de Vitoria: *ius gentium* als Recht zwischen den Völkern
- Francisco de Suarez: Ableitung von Rechtsgrundsätzen aus nat. Prinzipien durch Logik
- Fernando Vazquez: Freiheit als NR-Kerninhalt, Schutz der Freiheit als staatl. Aufgabe

Profanisierendes Naturrecht (Vernunftrecht)

- Merkmale
 - Trennung von Recht und Religion
 - Angeborene Gleichheit der Individuen
 - Individuelle Vernunft als Grundlage des Rechts (universal, rational)
 - Rechtssystem = Vernunft + mathematische Deduktion von Prinzipien
 - Beurteilung durch überzeitlich Richtiges, Wahres, Absolutes, Allgemeines
 - Mechanische Naturmodelle («exaktisierung» der Rechtswissenschaft)

- **René Descartes; Discours e la Méthode (1637) :**
 - Mathematische Methode für eine Geisteswissenschaft → rationale Evidenz, Analyse, Synthese, Mensch als rationales Wesen (cogito, ergo sum)
- Gesellschaftsvertrag als Legitimation für die Herrschaft
 - Politischer Körper durch Vertrag der Individuen (Willensmoment)
 - Verlassen des Naturzustandes zum Überleben
 - Beschränkung individueller Rechte durch Herrschafts- und Untertanenvertrag
 - Grenzen der Herrschaft: Widerstandsrecht

- **Hugo Grotius (1583-1645)**
 - Natur ist der Ursprung der Rechtsordnung (unabhängig von Gottes Existenz) = sekuläres NR
 - Protestantische Version von Aquins Naturrechtslehre
 - Alle Völker haben Wertvorstellungen (durch Vernunft)
 - Diese werden durch Gemeinschaft verinnerlicht (Mensch braucht Gemeinschaft → Staatsbegründung, NR als Maxime)
 - Universell gültiges Recht existiert
 - De Iure Belli ac Pacis (1625) ← Religionskonflikte in NL, Festungshaft und Flucht nach Paris
 - Rechtfertigung der Strafe
 - Subjektiv: Vertragsmodell – Straftäter akzeptiert Strafe, wenn er handelt)
 - Objektiv: Recht auf Selbstverteidigung, Nutzen der Strafe für den Staat
 - Freiheitsverständnis
 - Freiheit steht dem Menschen von Natur aus zu
 - Selbsterhaltungstrieb → vertragliche Beendigung des Naturzustands
 - Bürgerliche Freiheit kommt aus ursprünglicher Freiheit

- **Thomas Hobbes (1588-1679)**
 - Leviathan ← englischer Bürgerkrieg, Exil in Paris → unbeschränkte Herrschaft
 - Idealer Staat als perfekt funktionierende Maschine
 - Naturzustand: bellum omnium contra omnes (instinktgeleiteter Mensch) homo homini lupus → Gesellschaftsvertrag aus gegenseitiger Furcht
 - Unterwerfung dem Staat → Vollständiger Verzicht auf Freiheit

- Staat/Herrscher/Leviathan hat Gesetzgebungsmacht und ist nicht an Gesetze gebunden – NR ist keine Schranke → Bedingungsloses Gehorchen (aus Angst)
 - Leviathan; Furcht und Schrecken → Sinnbild für Staatsgewalt
 - Naturzustand; Menschheit ohne Staat, Gesetze oder Herrschaft
 - Egoistisches Triebwesen, Jeder gegen Jeden (Starke Hand nötig)
 - Gesellschaftsvertrag; Geburtsakt des Staates
 - Verzicht auf alles
 - Staat garantiert Frieden und Sicherheit (kann alles machen)
 - Bürger schuldet Gehorsam (kein Widerstandsrecht)
 - Absolute Monarchie → Souverän beim Leviathan, ausser er kann den Frieden nicht mehr garantieren → Vereinbarung als Basis
- **John Locke (1632-1704)**
- Begründer des Liberalismus → alle Bürger sind frei und gleich (Richter in eigener Sache) – Two Treaties of Government ← engl. Bürgerkrieg, Exil in den NL, Rückkehr nach der Glorious Revolution
 - Naturzustand: Angeborene Rechte gemäss den natürlichen Gesetzen
 - Streben nach Glück und Nutzen
 - Gesellschaftsvertrag zur besseren Wahrung der subjektive Rechte
 - Recht auf Leben, Freiheit und Eigentum (Vernunft lehrt den Menschen, niemand anderen zu töten, verletzen etc. → Staat kann die Rechte am besten schützen)
 - Staat → Gesetze → natürliche Gesetze konkretisieren (Sicherung natürlicher Rechte) Gewaltenteilung!
 - Gesellschaftsvertrag:
 - Freiwillige Übereinkunft zum Schutz der vorstaatlichen Rechte;
 - Leben, Freiheit und Eigentum
 - Subjektive Rechte als Beschränkung der Herrschaftsmacht
 - Staatlicher Zustand → Liberalismus
 - Souveränität bei der Legislative und letztendlich beim Volk
 - Mehrheitsprinzip (Demokratie/Aristokratie/Monarchie)
 - Glaubensfreiheit und Toleranz (naturrecht) sowie Widerstandsrecht
 - Starker Einfluss auf die USA (Virginia Bill of Rights)
 - Gegenstück zu Hobbes

- **Samuel Pufendorf (1632-1694)**
 - De iure naturae et gentium (1672), De officio hominis et civis (1673)
 - Inhaber des ersten Lehrstuhls für NR in Heidelberg, Weggang nach Schweden, Weggang nach Berlin (wegen Anfeindungen)
 - Naturrechtler → Verpflichtung zur Sozialität
 - Naturzustand
 - Hilfsbedürftigkeit und Geselligkeitstrieb des Menschen
 - Gesellschaftsvertrag → jeder schützt und fördert die Gemeinschaft
 - Soziale Pflichten werden zu rechtlichen Pflichten
 - Gemeinschaftspflicht: Keiner schadet dem anderen
 - Menschenwürde anthropologisch begründet
 - Religion dient der Erziehung und Befolgung der gegenseitigen Pflichten
 - Herrscher ist Naturrechtlich selbst unterworfen

- **Christian Wolff (1679-1754)**
 - Jus naturaw methodo scientifica pertracatum (8 Bde, 1740-1748)
 - Professor für Mathematik und Philo in Halle – 1723 verbannt wegen Atheismusverdacht, Professor in Marburg, 1740 vom preussischen König Friedrich II nach Halle zurückgerufen
 - Homogenes, rationales und vollständiges Rechtssystem
 - Durch logische Deduktion
 - NR als allen Menschen angeborenes, unwandelbares Gesetz (geboten)
 - Naturzustand
 - Hilfsbedürftigkeit
 - Pflicht zur gemeinsamen Aufgabenerfüllung → Vervollkommnung
 - Gesellschaftsvertrag
 - Menschliche Freiheit → Willensprinzip als Grundlage für alle Verträge

Das Kodifikationsmodell (18.-19. Jahrhundert)

- Wandel bezüglich Gesetzgebungsform
 - Geschlossenes, perfektes, mathematisches System
 - Juristen sollen mit den Begriffen rechnen können → Begriffe sollen einfach sein
 - Ersetzte das ius commune → Produkt naturwissenschaftlicher Rechtstheorie
 - Mos geometricus (geometrische Methode) → Deduktion

- Krise des Ius Commune
 - o Vernunftrechte als Massstab der Überprüfung des IC
 - o Abschwächung der Autorität des IC
 - Vertreter des Usus Modernum Pandectarum halten Vorlesung zum Vernunftrecht und verfassen Lehrbücher
 - o Umfassende, vernunftrechtliche Kodifikation als Alternative zum IC
 - o Von Rechtsgelehrsamkeit zur Rechtswissenschaft → Systematisierung, Begriffsbildung und logische Begründungen
- Ziel: Planung gesellschaftlicher Aspekte
 - o Erziehung des Menschen
 - o Gleichförmigkeit → alle sind unterworfen
 - o Rechtseinheit im ganzen Staatsgebiet → einzige Rechtsquelle
- Merkmale
 - o Übertragung des *mos geometricus* auf die Gesetzgebung
 - Umfassendes, rationales und somit rationales System
 - Rechtsfortbildung (Reformation) → Rechtsetzung
 - o Instrument einer umfassenden politischen Gestaltung
 - o Definition von Jeremy Bentham (1832)
 - «Umfassende, lückenlose und systematische Rechtsordnung eines Staates oder eines einzelnen Rechtsgebiets.»
 - o Vollständigkeit, Klarheit und Einfachheit (für wen?)
 - Gelehrte Juristen → abstrakt, Prinzipien
 - Laien → Verständlich, anschaulich, materiell vollständig
 - o Angriff auf das überlieferte Recht → Anpassung an Geist des Volkes (Montesquieu), Aufhebung von Rechtsverwirrung und deren Ausnutzung von Juristen
 - o Rechtseinheit → Planung der Gesellschaft (i.S.d. aufgeklärten Absolutismus) → Vernunft als Grundlage des individuellen und sozialen Glücks
 - o Gleichförmige + rationale Rechtsgrundsätze → Antworten auf alle Rechtsfragen
 - o Gemeinwohl → Umsetzung von Postulaten der Aufklärung → Spannungen
- Spannungsverhältnis der Kodifikationen
 - o Garantismus → Herrschaftsbegrenzung (Schutz vor Willkür)
 - o Etatismus → Herrschaftsinstrument (Umsetzung d. Rechtsetzungsmonopols)

Politische Optionen der Landherren mit der Kodifikation

- Gesellschaft i.S.d. Vernunftrechts umbauen
- Eigene Macht konsolidieren und stabilisieren
- Magna Charta bürgerlicher Freiheiten und Rechte (Garantiefunktion)
- Beispiel: Königreich Preussen
 - o Friedrich II (reg. 1740-1786) als aufgeklärter Absolutist schuf Rechtsreformen mit dem Ziel mittels rationaler Grundsätze den Bürgern Schutz und Freiheit zu gewähren.
 - o Als erstes wurde das Recht 1746 von Kanzler Cocceji vereinheitlicht.
 - o 1779 fand der Müller-Arnold-Prozess statt: Weil ihm das Urteil des Richters nicht passte, liess er ihn verhaften und wegsperren und sprach das Urteil selbst aus. → als tyrannischer Eingriff verurteilt → Allgemeine Landrecht Preussischer Staaten (Verhältnis König – Judikative)
→ Beginn richterlicher Unabhängigkeit
 - o 1780 zweiter Reformauftrag → Justiz und Gesetze
 - Herrschaftliches Interesse an der Ausdifferenzierung der Justiz?
 - Verzicht des Herrschers auf den richterlichen Machtspruch → weisungsfreie Justiz und Fokus auf politische Angelegenheiten
 - Für Auslegung musste sich der Richter an den Herrscher wenden
 - Gesetzgebung war jedoch immer noch Sache des Herrschers
 - 1780-1792 Gesetzgebungsarbeit (Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten → 1794 Allgemeines Preussisches Landrecht)
 - 19'000+ Paragraphen
- ALR
 - o Startschuss des aufgeklärten Absolutismus
 - o Geprägt von seiner Allgemeinverständlichkeit
 - o Ziel: alle Rechtsfragen regeln → umfassende Rechtsordnung
 - o Paternalistisch: alles sollte geregelt sein (kasuistischer Charakter)
 - o Kein Spielraum für Richter → Willkür ausschalten → Entmündung der Richter
 - o Kompromiss zw. Absolutismus und Aufklärung / Etatismus und Grantismus
 - o Lehre war gänzlich ausgeschlossen → Gesetz im Zentrum des Richterspruchs
 - o Richter = Diener des Gesetzes = Subsumtionsautomat

III. Moderne (19.-20. Jahrhundert)

Historische Rechtsschule

Politisch-ideologisches Umfeld

- Liberalismus

- Immanuel Kant (1724-1804) – Kritik an der Aufklärung und dem VR
 - 1781: Kritik der reinen Vernunft
 - 1785 Grundlegung zur Metaphysik der Sitten
 - 1788 Kritik der praktischen Vernunft
 - 1791 Kritik der Urteilskraft
 - 1797 Metaphysik der Sitten
- Rechtsprinzipien des Liberalismus
 - Persönliche Freiheit → sittliche Autonomie
 - Kant: Mensch ist selbst für sein Handeln verantwortlich
 - «Handle so, als ob die Maxime deiner Handlung durch deinen Willen zum allgemeinen Naturgesetze werden sollte.»
 - «Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz ist.»
 - «Handle so, dass du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchtest.»
 - Mensch ≠ Mittel zum Zweck
 - Begrenzung der Staatsgewalt → Gewaltenteilung
 - Gegenseitige Kontrolle der Gewalten
 - Rechtsstaat: Grundrechte und Freiheiten der Menschen gewähren
 - Rechtsgleichheit → ständelose Gesellschaft ohne Privilegien
 - Soziale Ungleichheiten bestehen weiter
 - Rechtsgleichheit und nicht materielle Gleichheit
 - Privateigentum → Privatrecht als massgebende Ordnung
 - Vertragsfreiheit → Konsensualvertrag → Freie Marktwirtschaft
- Gesetzesabsolutismus (Nationalismus)
 - Gesetz = Ausdruck höchster/einziger Rechtsquelle (= *volonté générale* - Rousseau)
 - Rechtsprechung den Gesetzen untergeordnet
 - Rechtswissenschaft mit untergeordneter Rolle

- Romantik und Historismus
 - Volkstum, Seele und Gefühle → elementare und irrationale Kräfte des Lebens
 - Volk = geschichtsbindende Kraft
 - Kultur = Produkt des Nationalgeistes (geschichtlich bedingt)
 - Geschehenes als organisch gewachsenes Produkt einer komplexen Evolution (Relativität zu seiner Zeit) «Wir sind alle Produkte von Kultur und Geschichte»
 - Gegenbewegung zur Aufklärung
 - Johann Gottfried Herder (1744-1803): Definition von Volk und Kultur
- Restauration
 - Wiener Kongress 1815 → Neuordnung Europas nach Napoleon
 - Rückkehr zu vorrevolutionären Zuständen → historisches Recht
 - Ablehnung liberaler Postulate
 - Historische Rechtsschule
 - Von Savigny um 1800 → historisch Orientierte (römisches Recht) und systematisch beschaffene (Begriffsinstrument) Rechtswissenschaft
 - Recht als gewachsen und von Natur aus zwingend bestehender Bestandteil der Volkskultur → Volksgeist als einzige Rechtsquelle
 - Gustav Hugo (1764-1844)
 - Abwendung vom VR → römisches Recht als Grundlage
 - Trennung von geschichtlichem und geltendem Recht
 - Antikes Recht: Vermittlung methodischer Fähigkeiten + systematisches Denken
 - Ziel: Ausbildungsreform
 - Neuentdeckung der Antike → Quellen vorjustinianischen Rechts
 - Kam zur Zeit des Kodifikationsstreits → Raum für neue Denkweisen
- Kodifikationsstreit
 - Untergang des IC als geltendes Recht? Wie weiter?
 - Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840)
 - Kodifikationen als Mittel der nationalen Einigung
 - Ablehnung des IC und fremder Kodifikationen (Code civil)
 - Notwendigkeit der Rechtseinheit für die Wirtschaft
 - Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)
 - Ablehnung revolutionärer Schritte und eines abstrakt-doktrinären Rationalismus

- Kodifikation als Willkürakt des Gesetzgebers oder als organische Entwicklung des Rechts?
- Bestehende Rechtswissenschaft → keine Fähigkeiten für die Schaffung eines neuen vorzüglichen Gesetzbuches → Ausbildungsreform!
- Beide vertreten die Autonomie des Individuums und die liberale Idee (Kant)

Geschichtliche Rechtswissenschaft

- Geschichtliche Entstehung des Rechts
 - Recht als Produkt des Volksgeistes («innere, stillwirkende Kräfte»)
 - Rechtsbildung ist wie Sprachbildung (stets offen)
 - Primat der Rechtswissenschaft: historische RS schliesst Rechtsentwicklung durch den Gesetzgeber aus → Recht bildet sich evolutiv fort → Juristen systematisieren
 - Alles Recht ist «Gewohnheitsrecht»: zuerst im Volksleben, dann RW
 - Doppeltes Leben des Rechts
 - 1. Teil des Volksleben (politisches Element)
 - 2. Abgesondertes wissenschaftliches Leben (technisches Element)
 - Ausbildungsvorbild = antikes römisches Recht (Digesten)

Neue Rechtswissenschaft

- Erschliessung der geschichtlichen Dimension des Rechts
- Jurist = gesellschaftspolitische Schaltstelle (zw. Volksleben und Wissenschaft)
- Doppelorientierung (historisch und systematisch)
- Enorme Wissenschaftliche Produktion: Quelleneditionen, Geschichte, Lehrbücher

Römisches Recht

- Engste organische Verbindung zw. Römischem Recht und nationaler Rechtskultur → Rezeption
- Argumentationskunst und innere Logik → römische, autonome Juristen als Idealbild (Begriffsorientiert)
- Erneuerung der juristischen Ausbildung durch Beschäftigung mit dem klassischen römischen Recht (CIC von Justinian als Zeichen des Verfalls) → Rückkehr zu klassischen Autoren (ad fontes)
- Diskreditierung der gemeinrechtlichen Periode (Savigny)

Rechtsquellenkonzept

- Kodifikation als unorganischer Störfaktor
- Ablehnung der Gleichsetzung: Recht – Positives Gesetz

Der Gelehrte auf dem Richterstuhl

- Erneuerung der Ausbildung → Richter wird zum Rechtswissenschaftler gemacht
 - Verzahnung von Theorie und Praxis
 - Aufwertung des Richterberufs
 - Rechtswissenschaftliche Bearbeitung der Rechtsprechung → Zwang zur öffentlichen Begründung der Urteile
 - Rechtsfortbildung durch rechtswissenschaftliche Konstruktion

Politische Ambivalenz der historischen Rechtsschule

- Keine nationale Einheit in Deutschland nach 1815 → Rechtswissenschaft ersetzt fehlende Kodifikation → Stärkung des nationalen Bewusstseins
- «Selbständigkeit des Privatrechts» + «Anlehnung an römisches Recht»
 - Liberale Forderungen nach Wirtschaftsfreiheit (Kant)
- Organisch-romantisches Evolutionsmodell → Ablehnung revolutionärer Schritte
 - Reaktionäre Forderungen nach Wiederherstellung der alten Ordnung
- Reformkonservativ bis rechtsliberal

Rechtsberufe III: Die Anwaltschaft

Entwicklung bis Ende des Ancien Régime

Mittelalter

- «Fürsprecher» als Vorsprecher und Mündlichkeit und Formalismus des Prozesses
- Unterstützung der Partei durch Vorsprecher (keine Stellvertretung)
 - Vorsprecher aus dem Kreis der Schöffen bestimmt → Richter-Fürsprecher
 - Möglichkeit der Verbesserung («Erholung») durch die Partei
- Anwalt («anewalt») → Entwicklung: Möglichkeit der Vertretung vor und ausser Gericht (ausgenommen Strafverfahren)
- Ratgeber für aussergerichtliche Beratungen
- Römisch-kanonischer Prozess: Procurator (Fürsprecher) als Vertreter vor Gericht und Advocatus (Anwalt) als rechtsgelehrter aussergerichtlicher Berater und Klageschreiber

Frühe Neuzeit

- Rezeption des römisch-kanonischen Prozesses → Erhöhung der Zulassungsbedingungen zum Rechtswissenschaftsstudium und Prüfungspflicht
 - RKGÖ: Prokuratoren und Advokaten getrennt → Honorarkontrolle
 - Unterschied wird abgeschwächt → Advokat als Vorstufe zum Prokurist
- Territoriale Gerichte
 - Unterschiede bestehen weiter → Advokat = gelehrter / Prokurist = Praktiker
 - Aushöhlung des Prokuristen → Advokaten werden Prozessvertreter
 - Aufsicht und Disziplinierung der Gerichte + Gebührenordnungen
 - Sinkendes Prestige 18. Jahrhundert: Prozessverschleppung, Rechtsverdrehung
- Bekämpfung der freien Advokatur im Absolutismus in Preussen
 - 1725 → Abschaffung der Prokuratoren
 - 1781 → Abschaffung der freien Advokatur (→ Assistenzräte)
 - 1783 → Einführung der Justizkommissare als Rechtsberater (Im Strafprozess sogar als Prozessvertreter)
 - 1849 → Wiedereinführung der Rechtsanwaltschaft
- Alte Eidgenossenschaft
 - Geringe Professionalisierung
 - Fürsprecher waren zugleich Vorsprecher
 - Anwaltsverbote (man war gegenüber gelehrten Advokaten misstrauisch)
 - Bis im 18. Jahrhundert nahm die Präsenz der Advokaten wieder zu

Die Anwaltschaft im Liberalismus

Frankreich

- Revolutionsphase: Abschaffung der freien Advokatur → officiers ministériels
- 1804 Wiedereinführung und Zweiteilung: Avocat und Avoué/Procureur
 - Avocat als freier Beruf – juristische Arbeit und Plädoyer
 - Avoué/procureur als ausführende Hand des Advokaten
- 1971: Verschmelzung
- 2011: Definitive Abschaffung des Avoué

England

- Barrister als Rechtsgelehrter (Plädoyers, Rechtsschriften)
- Solicitor als Rechtsberater (Aussergerichtliche Tätigkeiten)

Schweiz

- Helvetik (1798-1803)
 - o Bestrebungen für ein Anwaltsverbot, aber faktische Gewerbefreiheit
- Nach 1803
 - o Tendenz zur staatlichen Kontrolle der Advokatur
 - Innerschweiz → Rückkehr zum Richter-Fürsprecher und Verbot der freien Advokatur
 - GR, VS, SO: freiberufliche Advokatur
 - BE, ZH, AG, ...: gemässigte Professionalisierung von oben → Mindestalter, Aktivbürgerrecht, Qualifikation, Prüfung, Patent
 - o Zürich; Anwaltsgesetz von 1804
 - Missstände und Regulierungsbedarf → numerus clausus
 - Beschränkter Tätigkeitsbereich
 - Kein Zwang zur Vertretung
 - Vertretung vor Ober-, Bezirks- und Ehegericht erlaubt
 - Vor Zunftgerichte¹ untersagt
 - Eidesleistung, Tarifordnung
 - Aufsicht durch die Justizkommission
 - Weiterentwicklung
 - 1831 Aufhebung des numerus clausus
 - 1867 Aufhebung des Unterschieds; Prokurator und Advokat
 - 1874 Freigabe der Advokatur (Aktivbürgerrecht als Bedingung)
 - 1898 Wiedereinführung des Befähigungsausweises
 - o Soziale Stellung
 - Kodifikation → Verrechtlichung gesellschaftlicher Beziehungen
 - Anwalt als dominanter Rechtsberuf und Grundlage für Karrieren in Politik, Justiz und Wirtschaft → liberale Elite
 - Kritik am Anwaltsstand: Rasanter Anstieg. Wissenschaftliche Bildung geht gesundem Menschenverstand vor
 - Winkeladvokaten → Konsequenz der faktischen Gewerbefreiheit (rasanter Anstieg im späten 18. Jahrhundert)
 - Liberale Advokaten → Exponenten modernen, säkularen Rechts

¹ Erstinstanzliche Gerichte für zivilrechtliche Fälle und für Polizeivergehen ausserhalb der Stadt Zürich

Zulassung der Frau zum Anwaltsberuf

- Emilie Kempin-Spyri (1853-1901): Die «Wachsflügelfrau»
 - o Aus wohlhabender ZH Pfarrersfamilie
 - o Rechtsstudium in ZH 1887
 - o 1886 als Rechtsvertreterin ihres Mannes vor Bezirksgericht und BGer abgewiesen
 - o 1887 Dissertation und 1889 nach NY um dort Dozentin zu werden
 - o 1891 Rückkehr in die Schweiz aus Familiären Gründen
 - o **Petition für die Zulassung der Frauen zum Anwaltsberuf → abgewiesen**
 - o 1892 Dozentin an der UZH und 1893 Gründung des Frauenschutzvereins
 - o 1901 verstorben
- Durchbruch
 - o 1891 neues ZH-Anwaltsgesetz → **Zulassung der Frau unter gleichen VSS**
 - o 1896 Lina Graf: Rechtsstudium in Bern, wurde in AR zugelassen
 - o 1900 Anna Mackenroth in ZH zugelassen
 - o 1901 SG Anwaltsgesetz
 - o 1904 erste Anwältin in GE
 - o 1923 BGE im Fall Dora Roeder → **Ausschluss der Frau aus dem Anwaltsberuf verletzt HGF²**

Die Pandektistik³ und ihre Gegner

Romanisten vs. Germanisten

- Pandektistik
 - o Rechtswissenschaft als Kunst begrifflicher Konstruktion
 - Formalistischer und rechtspositivistischer Ansatz
 - Konstruktion des Rechts anhand begrifflicher Dogmatik
 - o Ausgeprägter juristischer Formalismus → **Begriffsjurisprudenz**
 - o Historische Dimension im Hintergrund → Aktive «Konstruktion» des Rechts
- Quellenorientierte Aufteilung im Rahmen der Historischen Rechtsschule
 - o Savigny → römisches Recht
 - o Karl Friedrich Eichhorn → Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte 4 Bde 1808 und Einleitung in das Deutsche Privatrecht, 1823

² HGF?

³ Am römischen Recht orientierte Zivilrechtsdogmatik der Schüler Savignys

- Spaltung der Historischen Rechtsschule um 1840
 - Romanisten: Erben von Savigny (historische Rechtsschule, romanistisch)
gelehrt) → römisches Recht massgebend (Pandektenwissenschaft) → Suche nach dem Vernünftigen im Wirklichen
 - Aber: Beschränkte Erkenntnisse aus den antiken Rechtsquellen (römisches Recht vor allem auf privatrechtliche Verhältnisse)
 - Romanisten versperrten sich den Weg zu neuen rechtlichen Problemen (beispielsweise die der Industrialisierung)
 - Festhalten an römisch-konservativer Gesellschaftsordnung
 - **Strömung der Germanisten fand auf diese Probleme effizientere Antworten (Heranziehen altgermanischer Quellen)**
 - 1820er Jahre → Kritik an Praxisferne und philosophischer Grundlage
 - **Georg Friedrich Puchta (1798-1846)**
 - Rechtsquellenkonzept → Volksbewusstsein / Gesetzgebung / Rechtswissenschaft
 - Stärkere Zuwendung zur Praxis (insb. Rechtsprechung)
 - Organisches Ganzes des Rechts → durch Vernunftmässigkeit → begrifflich-systematischer Zusammenhang durch RW
 - Aufgabe der Juristen: **Suche nach dem Vernünftigen im Wirklichen**
 - Germanisten: «Wiederentdeckung des römischen Rechts hat die
Rechtsentwicklung gestoppt» - Vertretung gemeinen deutschen Rechts
 - Alte deutsche Freiheit und Gemeinschaftsdenken (Nationalismus + Demokratie)
 - Politische Differenz zu den Romanisten; nationalliberal v. konservativ
 - Auffinden typisch germanischer Traditionen (Jakob Grimm)
 - Gemeines deutsches Privatrecht als Gegenpol zum IC
 - Versus monarchisches Recht, mit dem das röm. Recht verbunden war
 - 1839 Gründung der Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft
 - **Georg Beseler (1809-1888), Volksrecht und Juristenrecht, 1843**
 - Unterscheidung: Volksrecht v. Juristenrecht

- Freies Volk ist nicht von der Rechtsentwicklung ausgeschlossen
- Einfluss der Juristen kann auch schlecht sein
- 1. Germanistenversammlung 1846
 - Romanisten wegen konservativer Haltung kritisiert
 - Rezeption als nationales Unglück betitelt
 - Liberal-demokratische Rückgewinnung der nationalen ID → germanischer Volksgeist
 - Anti römisch = monarchisch = absolutistisch
 - Forderung einer nationalen Kodifikation
 - Hinwendung zu neuen Rechtsgebieten → Wirtschaftsrecht
- Carl F. W. Gerber, System des Deutschen Privatrechts, 1848 → Darstellung des deutschen Rechts nach pandektischer Methode
- Otto von Gierke, Das Deutsche Genossenschaftsrecht, 4 Bde, 1868-1913
 - Dt. Gemeinschaftsdenken vs. Französischer Individualismus
 - Genossenschaft vs. Aktiengesellschaft
 - Berücksichtigung der sozialen Aspekte im Privatrecht
- Pandektistik nach 1848
 - **Bernhard Windscheid (1817-1892), Lehrbuch des Pandektenrechts 1862**
 - Emanzipation der Rechtsdogmatik von der Rechtsgeschichte
 - Freisystematische, arbeitende, entwickelnde Wissenschaft
 - Rechtswirklichkeit ersetzt den Volksgeist
 - Erhöhte Bedeutung der Gesetzgebung → Kodifikation wird möglich
 - RW stellt leitende Grundsätze und methodischen Vorgaben für die Schaffung neuen Rechts zur Verfügung und zu kodifizieren. RW → Positivierung
 - Formal-begriffliche, systematisch-konstruktive Methode zur Konstruktion
 - Genealogien und Hierarchien, logisch-deduktive Methode
 - Ausschaltung wertender (nicht juristischer) Aspekte → Erhaltung der liberalen Grundsätze → **Strikter Rechtspositivismus**
 - Rechtswissenschaft als technische Arbeit, ohne politische Aufgabe

Entwicklung in der Schweiz

Vor 1800:

- Helvetischer Pragmatismus
- Rechtsakademien: Basel, Lausanne und Genf (Zürich und Bern Schulen mit einem bescheidenem Rechtsangebot)

Juristenausbildung nach 1800:

- Gründung von Unis in: Zürich, Bern, Fribourg und Neuchatel
- Neugründung der Uni Genf und Lausanne
- Römisches Recht als Ausbildungsgrundlage, Recht selbst jedoch beschränkt romanisiert → helvetischer Pragmatismus lebt weiter
- Schweizer Germanistik → Erforschung der kantonalen Rechte
- **Friedrich Ludwig Keller (1799-1860)**
 - o Rechtslehrer am politischen Institut ZH 1824 → Aufbau einer Filiale der historischen Rechtsschule → Rechtsprofessor an der UZH (1833) → Vorlesungen zum römischen Recht
 - o Die neuen Theorien in der Zürcherischen Rechtspflege (1828):
 - *«nichts anderes für ihren Beruf anerkennen, als das unserem Volke angehörige Recht zu erforschen, zu diesem Zwecke unsere Gesetze in ihrem geschichtlichen Zusammenhang zu studieren, das Leben und Treiben unseres Volkes, seinen gesamten Verkehr, seine Uebungen und Bedürfnisse zu beobachten, das so gesammelte Material zu einem wissenschaftlichen Ganzen, zur Theorie des Zürcherischen Rechtes zu verarbeiten; und dieses einzig Resultat ihrer Studien sowohl in der Rechtspflege als in der Gesetzgebung, wenn es sich einst um diese handeln wird, anzuwenden.»*
 - o 1833 Gründung der «Monatschronik der zürcherischen Rechtspflege»
 - o Amtsrichter in Zürich (1826-1831) → Präsident des neugeschaffenen Zürcher Obergerichts (1831-1837)
 - o 1830er Jahre → Restauration → Führer der linksliberalen/radikalen Gruppe
 - o 1837 politische Niederlage und Vertreibung aus Zürich
 - o 1844 Professor in Halle, 1847 in Berlin (Nachfolge Puchta)
 - o Führer der Konservativen im preussischen Parlament → 1853 geadelt
- Romanisten vs. Germanisten
 - o Starke Präsenz der Pandekten an den Universitäten (Ausbildungsgrundlage)
 - o Aber beschränkte inhaltliche Romanisierung des Rechts (helvetischer Pragmatismus)

- Schweizer Germanistik → Erforschung der kantonalen Rechte
 - Johann Caspar Bluntschli
 - Philipp Anton von Segesser
 - Johann Jakob Blumer
 - Eugen Huber
- Kodifikationsarbeit
 - Zuvor: ZGB keine einheitliche privatrechtliche Rechtsordnung
 - Während der Helvetik: Übernahme der französischen Gesetzgebung
 - Nach 1803 – viele Kantone mit eigener Gesetzgebung
 - Bluntschli → Zürcher Privatgesetzbuch 1854 → Vorlage für ZGB (pandektistisch geprägt)
 - Kasimir Pfyffer von Altishofen → Bürgerliches Gesetzbuch LU
 - Walther Munzinger → aOR 1881
 - Eugen Huber → ZGB 1912

Kritik am Rechtspositivismus

Julius Hermann von Kirchmann (1802-1884) → Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1848

- Weil ihr Gegenstand (das Recht) dem Zufall ausgeliefert ist. Wissenschaft setze eine gesetzmässige Entstehung ihres Gegenstandes voraus. Recht durch Positivierung erfolgt allein durch die Willkür des Gesetzgebers
- Rechtswissenschaft hinkt dem lebenden Recht immer hinterher, weil der Gegenstand sich im Augenblick der Analyse bereits weiterentwickelt hat.
 - Zufälligkeit des Rechts macht die Rechtswissenschaft zufällig
- Kontingenz des Rechts → Unsicherheit in Theorie und Praxis
- Trennung von Recht und Politik → Recht ist den Launen der Politik unterworfen
- Rechtsfortbildung kann nicht durch RW geleistet werden, weil Recht zu flüchtig ist → Juristen haben

Rudolf von Jhering (1818-1892) → **vom Saulus zum Paulus**

- Bekehrung vom grossen Gegner der Pandektistik
- 1852-1865: Geist des röm. Rechts auf den versch. Stufen seiner Entwicklung
- Erste Phase von Jhering

- Schüler Savignys (mitte 19. Jahrhundert): naturhistorische Methode → Vertreter einer pandektischen Begriffsjurisprudenz
 - Suche nach dem Unvergänglichen und Allgemeinen im röm. Rechts → naturhistorische Methode als höhere Jurisprudenz
 - Deduktionsprozess → autonomes, geschlossenes Rechtssystem
 - Anschluss an die Naturwissenschaften
 - Ziel: Schaffung des juristischen Körpers
 - Enorme Abstraktion → Modell für die Dogmatik
 - Autonome juristische Konstruktion → kein Wirklichkeitsbezug
- Zweite Phase von Jhering (1859-1884): Entfernung von Begriffsjurisprudenz
 - Kritik an der Lebensfremdheit der Pandektistik: Recht ist in der Welt!
 - 1820 Umschwung zum Vorläufergedanken der Interessenjurisprudenz
 - Recht dient der Abwägung von Interessenkonflikten, die durch tatsächliche in der Welt vorliegende Gegensätze entstehen.
 - Leben als Ursprung und Ziel des Rechts
 - Konflikte → Rechtsfrieden
 - Kritik am Unfehlbarkeitsglauben an die pandektistische Methode und Plädoyer für Einbezug ausserrechtlicher Bezugsebenen
 - «Rechtswissenschaft ist nicht autonom, sondern in Wechselwirkungen mit soziologischen, evolutiven und philosophischen Aspekten!»
 - 1859 Umschwung zum stärksten Kritiker der Pandektistik
 - Begriffsjurisprudenz als Schimpfwort («civilistischer Mumiencultus»)
 - Neue Evolutionstheorie des Rechts (darwinistisch): Hinwendung zum «realen» Leben, zur Gesellschaft
 - Recht = Produkt von Machtkämpfen → von Machtkonstellationen abhängig
 - 1868 Antrittsvorlesung in Wien → Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?
 - Kritisiert wurde die Lebensfremdheit der Pandektistik → Recht ist in der Welt und nicht im Juristenzimmer
 - Anknüpfung an Kirchmann → Kontingenz der Rechtswissenschaft
 - Innere Gefahr der geistigen Abhängigkeit der Jurisprudenz vom Gesetz

- Subsumtion = grösste Gefahr (Verlust der Autonomie)
- Ursprung und Ziel des Rechts liegen im Leben (Realismus) → Umschwung zum Vorläufergedanken der Interessenjurisprudenz
- Absage an NR und an historische Rechtsschule → Kluft zwischen Theorie und Praxis
- Recht muss das Recht in stetiger Wechselbeziehung von Theorie und Praxis fortentwickeln; keine Trennung
- 1872 Vortrag in Wien → Kampf um das Recht (Darwins «struggle for life»)
 - Recht als Ergebnis eines Kampfes zwischen Interessengegensätzen
 - Prozesssituation: zwei Parteien mit versch. Interessen
 - Kein reiner Machtkampf, sondern Kampf ums Recht (ethisch); Recht als Produkt dieses Interessenkonflikts
 - Kampf ist komplementär zum Rechtsfrieden → Recht durch Unrecht negiert und durch Kampf wiederhergestellt
- 1877-1883: Der Zweck im Recht, 2 Bde
 - Zweck leitet sich nicht aus dem Begriff der Rechtsnorm, sondern aus den Motiven der Regelung ab (teleologische Interpretation)
 - Norm als Mittel der Interessendurchsetzung und des Rechtsfriedens

Antipositivismus und soziologische Jurisprudenz

Entdeckung der sozialen Dimension

- Soziale Dimension = soziologischer Positivismus
- Soziologie entstand durch Comte und Durkheim → Gesellschaft = Zentrum der Beobachtung
- Folgt dem Determinismus → Recht als Produkt sozialer Prozesse
- Vertreter des Sozialdarwinismus
- Jhering: Hinwendung zur Rechtswirklichkeit, Kampf als Wesenselement des Rechts
 - Kampf ums Recht als moralischer Imperativ (Rechtsgefühl)
- Francois Géný (1861-1959)
 - Kritik an der vorherrschenden französischen Schule
 - Vertrat eine freie, wertorientierte und eigenverantwortliche Rechtsfindung
 - Ziel: Gerechtigkeit und sozialer Nutzen
 - Lückenhaftigkeit des Gesetzes → Richter ermutigen, gesetzgeberisch handeln

Abschluss der Kodifikationsphase (BGB) und gewandelte Juristenrolle

- Konzept der Lückenlosigkeit der Kodifikation → Ende der Gestaltungsmacht des gelehrten Juristen → wird auf Interpretation reduziert
- Kodifikation als Mittel zum Schutz vor Willkür (richterlicher Entscheidungen)
- Dogmatik als technisches Hilfsmittel
- Methodische Neuorientierung notwendig → richterlicher Entscheidungszwang → Begründungspflicht → Modell des unpolitisch-technischen Richters in Frage gestellt
 - Diskrepanz zw. Modell und Realität
 - Rolle der Präjudizien, Folgenorientierung, Faktische Öffnung des Methodenkanons für teleologische Erwägungen
 - 1885 Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt
 - Kritik am Kodifikationsmodell und an der Buchstabeninterpretation
 - Richter konkretisiert das Recht (Richterspruch ist Rechtsquelle und hat Vorrang)

Die sogenannte Freirechtsschule

- Freirechtslehre
 - Freie, bzw. soziologische, richterliche Rechtsfindung
 - An Rechtstatsachen und Einzelfallbedürfnissen orientiert
 - Durchbruch der radikal antipositivistischen Kräfte: 1903
 - Durch Eugen Ehrlich
- Eugen Ehrlich (1862-1922)
 - Hauptinteresse: Feststellung des lebenden Rechts als eigene Gattung
 - **Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903**
 - Anknüpfung an F. Géný
 - Persönlichkeit des Richters im Zentrum → Königliche Freiheit des Richters (unvollkommenes Gesetz durch Konkretisierung gesellschaftskonform ergänzen und es auf diese Weise als Ganzes fortbilden)
 - Primat der Rechtsprechung gegenüber der Gesetzgebung
 - Grundlegung der Soziologie des Rechts 1913
 - Wie hat Rechtswissenschaft auszusehen?
 - Kreativität sollte zurückkehren → sozialwissenschaftliche und historisch-empirische Methode

- Schöpferische Jurisprudenz vs. Mechanisch-technische Rechtsanwendung; Begriffsjurisprudenz, Scheinlogik der Konstruktion
 - Anwaltschaftliche Jurisprudenz = Klagebegründung, Beweisführung
 - Geschäftliche Jurisprudenz = Formalisierung von Interessenlagen und Sicherung gegen Anfechtung und Verletzung
 - Richterliche Jurisprudenz = selbständige Entscheidung über die Schutzwürdigkeit von Interessen → Entscheidungsnorm
 - Richterliche Entscheidung hängt mit Machtverhältnissen, Zweckmässigkeitsüberlegungen und Gerechtigkeitsvorstellungen zusammen → praktische Kunstlehre
- Zusammenhang von Jurisprudenz und «lebendem Recht» → Richter muss Anwendung eines gesellschaftskonformen Rechts gewährleisten → Richterpersönlichkeit
 - Starke Figur als Richter, Rechtsgefühl → «hercules»
- **Hermann Kantorowicz (1877-1940) Kampf um die Rechtswissenschaft (1906)**
 - Rechtswissenschaft ist nicht Handlangerin des Gesetzgebers, sie ist:
 - Rechtsquelle, freie Rechtsfindung und -schöpfung (voluntaristisch)
 - Rechtsanwendung ist ein Willens- und Gefühlsakt (anti Begriffsjurispr.) und Sicherungsmittel gegen richterliche Willkür (Richtereid, Richterkollegium, Instanzenzug, Volkswahl)
- **Ernst Fuchs (1859-1929) Schreibjustiz und Richterkönigtum (1907)**
 - Begriffsjurist
- **Kantorowicz und Fuchs gemeinsame Merkmale**
 - Radikale Ablehnung von Rechtspositivismus und Begriffsjurisprudenz
 - Politische Machbarkeit des Rechts
 - Naturalismus vs. Naturrecht → Zentralität der Richterpersönlichkeit
 - Rein technische Ausbildung sei ungenügend (Kodifikationen = lückenhaft)
 - Freirechtslehre⁴ vs. Interessenjurisprudenz⁵

⁴ Freirechtslehre: Ablehnung der deduktiven, konstruktivistischen, formalen Rechtsfindung der Begriffsjur.

⁵ Interessenjurisprudenz: Fortsetzung des Programms der Freirechtslehre – Rechtsanwendungsmethode ist differenzierter und argumentiert näher am Gesetz als die Freirechtslehre

Interessenjurisprudenz (Phillipp Heck)

Grundgedanken gehen auf Jehring zurück, aber der eigentliche Begründer war Heck.

- Rechtswissenschaft soll den Zusammenhang zwischen den Rechtssätzen und den Interessenlagen untersuchen.
- Rechtsnorm soll als Instrument der Entscheidung von Interessenkonflikten dienen
- Richter → Schlüsselrolle: Konflikt herausarbeiten und Interessen abwägen

Lücke → Ergänzungsgebot für den Richter; Rechtsschöpfung durch sinngemäße Anwendung
= Systemkonforme Weiterentwicklung des Rechts

- Kritik an der Begriffsjurisprudenz: Rechtsfragen sind nicht durch Konstruktion lösbar
- Anerkennung der normativ-wertenden Dimension des Rechts
- RW → Zusammenhang zwischen Rechtssatz und Interessenlage
- Lückenhaftigkeit des Gesetzes = Normalzustand → systemkonforme Weiterentwicklung durch den Richter
 - o Ergänzungsgebot für den Richter (durch sinngemäße Anwendung)
 - o «Wie hätte der Gesetzgeber den Fall gelöst?»
 - o Konflikt herausarbeiten und Interessabwägung vornehmen

Auslegung → Lücke/nicht gewollte Unbestimmtheit des Gesetzes/Fehlen von Geboten

- Interessenabwägung (Bindung an Werturteile des Gesetzgebers + Eigenwertung)
 - o Weiterentwicklung orientiert an Zwecküberlegungen des Gesetzgebers

Abwägung → Rechtsnorm als bewertende Entscheidung von Interessenkonflikten

- Zweck des Gesetzes → obsiegendes Interesse
- Rechtsfindung = Rechtszweckbetrachtung (Gesetzestreue) → Bindung und Freiheit
- Historisch-subjektive Auslegungsmethode

Aufgaben des Gesetzgebers und des Richters

- Gesetzgeber: Menschliche Interessen nach seinen Werturteilen gegeneinander abgrenzen
- Richter: Endziel durch seine Fallentscheidung verwirklichen
 - o Subsumieren von Tatbeständen unter Gesetzesbegriffe (denkender Gehorsam)
 - o Nicht mechanischer Gehorsam → Interessenabwägung

Eugen Huber – ein Antipositivist?

- Sein Ziel war es eine zugängliche privatrechtliche Kodifikation auszuarbeiten. Er setzte eine konkrete Darstellungsweise ein, die durch volkstümliche Sprache begleitet wurde. Er verzichtete auf Abstraktionen und Verallgemeinerungen (fehlen einer Straffen Ordnung des ZGB) → Gegenbewegung zur Rechtszersplitterung
- Ältere Meinungen verlangten lückenlose Kodifikationen (ALR). Huber sah das anders und ersetzte das Ideal der Lückenlosigkeit der Kodifikation durch die Lückenlosigkeit der Rechtsordnung → Interaktion mit weiteren Kodifikationen (Als Ganzes lückenlos)
- ZGB 1: Lückenlosigkeit → Richter übernimmt bei Bedarf die Lückenfüllung mit Gewohnheitsrecht und Richterrecht anhand von Analogien → modo legislatoris
 - ZGB als Verwertung verschiedener Vorbilder
 - Einfachheit und Allgemeinverständlichkeit → Laienrichter
 - Verzicht auf Abstraktionen und Verallgemeinerungen
 - Anerkennung der Lückenhaftigkeit der Kodifikation (nicht aber der Rechtsordnung)
 - Kodifikation durch weitere Kodifikationen ergänzbar
 - ZGB 1 → richterliche Lückenfüllung → CH Tradition oder Bekenntnis zum Antipositivismus?

Legal realism

- Kritik an der Erstarrung des common law in Formalismus und Traditionen
- Oliver Wendell Holmes Jr., The Path of the law, 1987
 - «the prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law
 - Zentralität des Richterrechts → Rechtsprechung = social engineering
- Sociological Jurisprudence
 - Funktion des Rechts für die Gesellschaft?
 - Law in the books vs. Law in action

Totalitäre Rechtswissenschaft

Nationalsozialismus und Recht

Machtergreifung und Rechtsordnung

- 30.01.1933 Hitler wird Reichskanzler
- 27.02.1933 Reichstagsbrand → Notverordnung zum Schutz von Volk und Staat → Ausschaltung (disinnesco) der Grundrechte + Todesstrafe für einige Delikte eingeführt
 - o Länderregierungen + Verwaltung gleichgeschaltet
- 05.03.1933 Ermächtigungsgesetz: Gesetzgebungskompetenz an die Regierung
- 29.03.1933 Gesetz über Verhängung und Vollzug der Todesstrafe → Rückwirkung für Brandstiftung und Hochverrat (bruch von nulla poena sine lege)
- **07.04.1933 Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums → Säuberung der Beamenschaft**
 - o **Jüdische und politische Gegner werden entlassen**
- 14.07.1933 Gesetz gegen die Neubildung Parteien → NSDAP wird Staatspartei
- 03.11.1933 Schaffung der Strafrechtskommission
 - o 30.11.1933 Gesetz über den Neuaufbau des Reiches → Gleichschaltung der Länder (Verwaltungseinheiten des Reiches)
 - o Abschaffung des Föderalismus → Verreichlichung der Justiz
- 24.04.1934 Schaffung des Volksgerichtshofs (Sondergericht gegen Staatsverbrechen)
- 30.06 – 02.07.1934 Ermordung der SA-Führung und weiterer politischer Gegner (Kirche und Politik) ohne Verfahren auf Befehl von Hitler
- 03.07.1934 Gesetz über Massnahmen der Staatsnotwehr → Legitimation der Morde
- **01.08.1934 Aufsatz von Carl Schmitt in der Deutschen Juristenzeitung:**
«Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft.»
 - o Führer = Richter
 - o Wille des Führers = oberste und einzige Rechtsquelle
 - o Morde waren legitim, weil im Notfall legitimiert
- 02.08.1934 Tod des Reichspräsidenten Hindenburg → Vereinigung mit Reichskanzler → Hitler ernannt zum Oberhaupt des Deutschen Reiches (Weimarer Verfassung und BGB formell noch in Kraft)
- 28.06.1935 Gesetz über die Änderung des StGB → Strafe u.a. für den Verstoß gegen gesundes Volksempfinden

- **15.09.1935 Nürnberger Gesetze → Schutz des deutschen Bluts und Ehre → Reichsbürgerschaft auf Volksgenossen beschränkt**
 - o **Rassengesetze, Eheverbote für Juden, Juden verlieren Status als Reichsbürger (Verwehrung politischer Rechte)**
- 09.11.1938 Reichskristallnacht → Judenprogrome und Beginn der sog. Endlösung → Verfrachtung der Juden in Vernichtungslager

NS-Rechtsordnung?

- Vom NS erlassen und geprägt (gesamter geltender und praktizierter Normbestand)

Ideologische Grundprinzipien

- Rechtsstaatliche Prinzipien eingeschränkt und mehrheitlich aufgehoben
- Militarisierte und autoritärer Einheitsstaat
- Minderheiten diskriminiert und verfolgt (Juden)
- Führerprinzip → Führerwille als oberste Rechtsquelle
- Völkisches Prinzip → Recht als Ausdruck der Blutsgemeinschaft eines Volkes (Rechtsgenosse = Volksgenosse mit deutschem Blut; Einzelner ist nicht ein Individuum sondern ein Glied der Volksgemeinschaft)
- Rassenprinzip → Erhaltung der arischen Rasse als Ziel (reinrassig = deutsches Blut)
- Totaler Staat → Individuum steht zur Disposition der Gemeinschaft (totale Inpflichtnahme, Regulierung aller Lebensbereiche)

Umgang mit dem Recht

- Neues Rechtsquellenkonzept → Führerprinzip
 - o Auslegung der bestehenden Rechtsbegriffe, dass sie den ideologischen Zielen entsprachen (Einlegung statt Auslegung)
- Ursprung des Rechts im gesunden Volksempfinden → Leerformel (Führerwille)

Nationalsozialismus und Rechtswissenschaft

Neue Methodische Konzepte

- Carl Schmitt → Lehre vom konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken
 - o Ablehnung vom Rechtspositivismus (Normen müssen der wirklichen Ordnung entsprechen) → Gemeinschaft schafft die konkrete Ordnung (Juristen nehmen und normieren diese → Primat der Gesellschaft)

- **Karl Larenz → Lehre von den konkret-allgemeinen Begriffen**
 - Ablehnung der Begriffsjur. – Abstrakt Begriffe des Privatrechts müssen durch Begriffe der konkreten Lebensordnung des dt. Volkes verbunden werden
 - Begründung des Rechts → vorgegebene, überpositive Rechtsidee
 - Rechtsgleichheit nur auf die Volksgemeinschaft bezogen
 - VSS für den Besitz von Rechten und Pflichten
 - Konkrete Persönlichkeit nur als Volksgenosse
 - Einzelner als Glied der Volksgemeinschaft
 - Rechtsgenosse als Vorrecht des Volksgenossen
 - Es ist nur Rechtsgenosse wer Volksgenosse ist
 - Volksgenosse = deutsches Blut
 - Fremde als Gast dem Rechtsgenossen gleichgestellt (Leib- und Lebensschutz sowie Vermögensschutz für Ausländer, aber sie sind keine dt. Rechtsgenossen)
 - Nichtrechtsgenossen sind Rechtssubjekte und besitzen beschränkte Rechtsfähigkeit (kraft Geburt) – sie können kein Amt bekleiden und bleiben von wichtigen Rechtsstellen ausgeschlossen

Funktion der Rechtsgeschichte

- Germanenmythologie (←→ Germanistik)
- Ablösung von Begriffen wie Sippe, Treue, Gefolgschaft, Genossenschaft von ihrer historischen Einbindung → ideologische Umfunktionierung
- Ersetzung des Begriffs «Volkgeist» durch biologisch-rassistischen Volksbegriff → Kampfformel
- Kontrastierung: römisch-germanisch, französisch-germanisch → Ablehnung fremder Einflüsse

Neue Rechtsquellenlehre

- Recht = Volksempfinden = Urquelle des Rechts
- Gesundes Volksempfinden nicht empirisch greifbar → Führerwille + Partei
- Gesetz = Ausdruck des Völkischen → gesund muss gut empfunden werden → Notwendigkeit der politischen Einbindung richterlicher Tätigkeit
 - Innensteuerung der Justiz
- Richter = Glied in der Gemeinschaft des dt. Volkes
 - Aufgabe, die völkische Gemeinschaftsordnung zu wahren
 - = Instrument des totalitären Regimes → nicht unabhängig!

- Das Leitprinzip der Justiz war das «gesunde Volksempfinden» und die «ideologische Anschauung des NS-Regimes». Sie war innerlich gesteuert, beispielsweise durch Richterbriefe, die einem Richter mitteilten, wie er einen bestimmten Fall zu entscheiden hatte.
- Paradoxerweise sprach das Reichskammergericht oftmals lange Freiheitsstrafen aus, um die Betroffenen vor der Gestapo zu schützen

Privatrechtswissenschaft: subjektives Recht

- Larenz → Schaffung neuer Begrifflichkeiten, Vorrang der Gemeinschaft, Zusammenfallen von Rechten und Pflichten (Volksgenosse als Glied der Volksgem.)
- Dahm → Erhaltung des Begriffs, aber in Verbindung mit Pflichtgebundenheit, Gemeinnutz geht vor Eigennutz → Umdeutung der subjektiven Rechte
- Liberale Positionen? Heck! → begriff muss bleiben um die völlige Entrechtung zu verhindern → keine völkische Deutung der Interessenjurisprudenz

Strafrechtswissenschaft: Strafrecht als Kampfrecht

- Strafrecht wird zum Einschüchterungsmittel (politische Funktion)
 - Verbrecher = Verräter
- Aufhebung des Legalitätsprinzips → Volk und Staat als Einheit
 - Rechtsüberzeugung des Volkes = wahre Quelle des Rechts → Geschriebenes Recht muss als Grundlage des staatlichen Strafrechts zurücktreten
- Abschaffung liberaler Rechtsschutzgarantien (Rückwirkungsverbot, Analogieverbot)
- Strafrichter kann eine für strafbar erklärte Tat dann bestrafen, wenn sie nach gesunder Volksanschauung sittlich verwerflich → Recht = Volksempfinden
 - Alles Recht dient dem Schutz des Volkes
 - Kieler Schule → autoritäres Strafrecht
 - Junge Juristen, mit NS-Idee geprägt
 - Verbrechen = Pflichtverletzung → Tätertypen; Verbrecher ist derjenige, der diese Pflichten verletzt
 - Nullum crimen sine poena – nulla poena sine lege
 - Deutschrechtlicher Satz – Verbrechen definiert Verbrechen, wenn es bestraft wird
 - Aufgabe der Justiz → Bekämpfung sozialschädlicher Elemente

Kontinuitäten

- Personelle Kontinuitäten: Larenz, Schmitt, Theodor Maunz, Georg Dahm
- Ideologische Kontinuitäten
 - o Antidemokratisches Denken in der Weimarer Zeit (Kritik am WW1)
 - o 19. Jahrhundert: Nationalismus, Rassenlehre, Etatismus → weiterentwickelt
- Nach 1945: personelle und ideologische Kontinuität

Politische und rechtswissenschaftliche Kontroversen in der Schweiz

- Geistige Landesverteidigung der 30er Jahre – helvetischer Totalitarismus
- Faschistische Bewegungen
 - o 1934: Verfassungsprojekt der Vaterländischen Aktion
 - o Hans Huber → starker Staat und Eindämmung der Demokratie
- Vollmachtregime → Notrechtspraxis seit dem WW1
 - o Weitgehende Vollmachten an den Bundesrat
 - o Kontroverse zwischen Dietrich Schindler sen. Und Zaccaria Giacometti über die Verfassungsmässigkeit des Notrechts
 - Giacometti (liberal) kritisiert dieses Notrecht stark
 - Schindler Rechtfertigt das Notrecht

Rechtssoziologie

1. Einführung

Die Funktion der Rechtssoziologie

- **Doppelte Natur**
 - Rechtssoziologie als **Teil der Soziologie**: Ergründung der Interdependenz und des funktionellen Zusammenhangs zwischen Recht und seinen nicht-rechtlichen Umwelten (Recht und Gesellschaft)
 - Rechtssoziologie als **Teil der Rechtswissenschaft**: Beitrag zur Verwirklichung des Rechts
- **Als Erfahrungs- und Hilfswissenschaft des Rechts**
 - Untersucht soziale Wirklichkeit des Rechts
 - Versuch der Verwirklichung des Rechts
- **2 Arten:**
 - Genetische Rechtssoziologie: Erkundung und Analyse der Entstehung des Rechts aus dem Sozialleben → **Recht = Ergebnis gesellschaftlicher Prozesse**
 - Funktionale Rechtssoziologie: Analyse der Wirksamkeitsfaktoren des Rechts → **Recht = Resultat menschlichen Verhaltens**

Forschungsrichtungen in der Rechtssoziologie

- **Empirische Rechtssoziologie (Rechtstatsachenforschung)**
 - Entstanden durch Reaktion auf die Wirklichkeitsferne Begriffsjuristerei (20. JH)
 - Praktische Bedeutung: zivilrechtliche Rechtstatsachenforschung, Kriminologie, Verwaltungslehre in Bezug auf die Legislative (Wirkungen neuer Gesetze)
 - **«Systematische und methodisch-kontrollierte Erhebung von Daten zur Untersuchung von realen Sachverhalten»**
- **Theoretische Rechtssoziologie**
 - Theorien über Entstehung Funktion und Wirksamkeit des Rechts, ausgehend von Fakten oder begriffen
 - Methoden
 - Befragung, Beobachtung ((-) Reaktivität), Dokumentanalyse

2. Eugen Ehrlich

Recht als soziale Normenordnung

- **Hauptwerk: «Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913)»**
 - o Zusammenfassender Satz würde lauten: «Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liege [...] in der Gesellschaft selbst.» → Forschung der in der Gesellschaft geltenden Normen
- **Rechtspluralismus in der Bukowina**
 - o Neun Volksstämme leben zusammen, haben aber nur ein einziges (das gleiche) in ganz Österreich geltende österreichische Recht.
 - o Trotzdem beobachtet jeder dieser Stämme im täglichen Leben ganz andere Rechtsregeln. Der uralte Grundsatz der Personalität wirkt als Grundsatz der Territorialität weiter.
 - **Grundsatz der Personalität des Rechts:**
spezifisches Recht gilt «für jede Völkergruppe unterschiedlich.»
 - **Prinzip der Territorialität** gilt «nur auf dem Papier».

Drei Arten des Rechts

- **Gesellschaftliches Recht (Organisationsnormen)**
 - o Gesellschaftliches Formen des Zusammenlebens → **menschliche Verbände**
 - o Beziehungen unter den Mitgliedern der Verbände
 - o Durch Tradition und Übung weitergegeben
 - o Faktische Quelle (laut Ehrlich): Übung, Besitz, Herrschaft und Willenserklärung
 - o «Das lebende Recht» → Ehrlich: Hauptaufgabe dieses zu analysieren
- **Juristenrecht (Entscheidungsnormen)**
 - o Recht zweiter Ordnung – Schützt und erhalten das gesellschaftliche Recht von aussen, gestalten es aber nicht!
 - o Konfliktlösungsorientiert («Krankheitsfälle des Verbandslebens»)
 - o Ergebnis: Schadenersatz, Bereicherung, Prozessrecht, Vollstreckung etc.
 - o Konkrete Normen des gesellschaftlichen Rechts in Worte gekleidet, verallgemeinert und vereinheitlicht → Ehrlich: «Rechtssätze»
- **Staatliches Recht (Eingriffsnormen)**
 - o Staat wird mit den Entscheidungsnormen nur auf Antrag als Schiedsrichter tätig, mit Eingriffsnormen ergreift er jedoch selbst Initiative
 - o «statisch» und nur beschränkt wirksam, deswegen vom gesellschaftlichen Recht überholt. → Ehrlich: Essentiell für Heer- und Steuerwesen

- Ehrlich: Vom Staat geschaffene Normen werden nicht freiwillig akzeptiert, sondern müssen durch zentral gelenkte, auf militärische und polizeiliche Zwangsmittel gestützte Rechtspflege und Verwaltung durchgesetzt werden.
 - Anteil des Staates in der Rechtsentwicklung ist klein! Gesellschaft ist wichtiger!

Zwangs- und Anerkennungstheorie

- **Zwangs- und Imperiumstheorie nach Jehrig:**
 - Rechtssatz ohne Zwang ist ein Widerspruch in sich selbst (richtiges Recht brauche Zwang)
- **Anerkennungstheorie nach Ehrlich:**
 - Rechtspflichten müssen erfüllt werden (allgemeines Bewusstsein, dass eine Norm für das Zusammenleben von grundlegender Bedeutung sei)

Ehrlichs Gefühlstheorie

- Frage nach dem **Gegenstand der Rechtsnormen** und der ausserrechtlichen Norm ist eine Frage der gesellschaftlichen Psychologie
- Verschiedene Arten von Normen (Religion, Sitte, Anstand etc.) lösen verschiedene **Empfindungen** aus.
 - Kognitive Erwartungen
 - Im **Enttäuschungsfall** aufgegeben oder angepasst
 - **Durchhalten** der Erwartung ist wichtiger als das Durchsetzen
 - Normative Erwartungen
 - An ihnen wird auch bei abweichendem Verhalten **festgehalten**
 - **Stabilisierende** Verhaltenserwartungen
 - Durch symbolische Prozesse der Darstellung des Erwartens und der Behandlung des enttäuschenden Ereignisses **wiederherzustellen**.

Psychologische Normdistinktion

Norm	Verletzung der Norm	Reaktion
Recht	Rechtsbruch	Empörung
Sittlichkeit	Verletzung des Sittengebotes	Entrüstung
Anstand	Unanständigkeit	Ärgernis
Takt	Taktlosigkeit	Missbilligung
Guter Ton	Verfehlung des guten Tons	Lächerlichkeit
Mode	Hinterherhinken in der Höhe der Zeit	Kritische Ablehnung

Das Werk der Jurisprudenz nach Ehrlich

- Selbständige Wissenschaft, die reiner Erkenntnis dienen will und von Tatsachen handelt
 - o Juristen haben eine schöpferische Rolle (nicht bloße Anwendung)
 - 3 Elemente
 - o Das anwaltschaftliche Element
 - Das Gericht überzeugen, dass die Gesellschaft für das von ihm vertretene Interesse einen Schutz bereit hat → Schutzwürdiges Interesse
 - Schutz erlangen / bisher erlaubter Angriff unerlaubt machen = Fortschritt
 - Bspw. Begriff der Persönlichkeit (ZGB 28)
 - o Das rechtsgeschäftliche Element
 - Urkundenverfasser hat ein Verhältnis von Personen zu gestalten
 - Bspw. Innominatverträge
 - o Das richterliche Element
 - Richterliche Interessenabwägung führt zur Verallgemeinerung, Vereinheitlichung und Normenfindung.
 - Zurückgreifen auf richterliche Entscheidungen
 - Jurisprudenz als praktische Kunstlehre
 - o Kunst, das Recht den besonderen Bedürfnissen des Rechtslebens dienstbar zu machen. Rechtssoziologie ist darum die einzig mögliche Wissenschaft vom Recht, weil sie nicht bei Worten stehen bleibt, sondern auf die zugrundeliegenden Tatsachen schaut und durch Beobachten, Erfahren und Einsicht das Wesen der Dinge zu vertiefen versucht.
-

Quick-Facts zu Ehrlich:

- Schwerpunkt der RS: Gesellschaft
 - 3 Arten des Rechts: gesellschaftliches, juristen- und staatliches Recht
 - Rechtsentwicklung: Gesellschaftsrecht → Juristenrecht → Staat (Gesetze)
 - Zwangs- & Anerkennungstheorie: Kriterien, wie sich Recht von Unrecht unterscheidet
 - Gefühlstheorie: Rechtscharakter hängt von den Gefühlen und Reaktionen des Publikums ab
 - Kritik an der Anerkennungstheorie: Empirische Methode anhand von Gefühlen?
-

3. Max Weber

(Rationales) Recht als Produkt des «Fachmenschentums»

- Wie ist es zur **okzidental**en **Sonderentwicklung**, zum welthistorischen Sonderweg Europas gekommen?

Okzidentale Sonderentwicklung

- o Warum traten auf dem Boden des Okzidents Kulturentscheidungen auf, die in einer Entwicklungsrichtung von universeller Bedeutung und Gültigkeit lagen.
 - Sonderentwicklung = Entstehung von kapitalistischen Gesellschaften
 - Kapitalismus: Rückgriff auf eine religiöse Lehre (Kalvinismus)
 - Wurzel des Kapitalismus in der protestantischen Ethik zu suchen

Sonderentwicklung des Rechts in Europa

- Staat im Sinn einer politischen Anstalt, mit rational gesetzter Verfassung, Recht und Regeln: «Gesetz»
- Entstehung des neuen Rechts nach Weber:
 - o Durch Verträge (erste Quelle), Juristen, Gerichtsurteile, Orakel oder Propheten, durch politische Setzung

Max Webers Rechtsbegriff

- Ordnung ist Recht, wenn sie *äusserlich garantiert* ist durch die Chance des (physischen/psychischen) *Zwanges* durch ein auf Erzwingung der Innehaltung oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines *eigens darauf eingestellten Stabes* von Menschen
- 2 Elemente
 - o Möglichkeit der **Zwangsdurchsetzung** einer Norm
 - o Existenz eines sogenannten **Rechtsstabs** (Personengruppe, die für die Durchsetzung des Rechts zuständig ist)

Die 3 Typen legitimer Herrschaft

- Rational – legaler Herrschaftstyp
 - o Durch abstrakt geltende Rechtsordnung legitimiert
 - o Bindet Unterstehende und Herrschaftsträger (formale Rechtsgleichheit)

- Traditionale Herrschaft
 - o Risiko des Missbrauchs und der Willkür
 - o Beherrscht durch Familienmitglieder (hierarchische Verwaltungsstruktur)
 - o Bspw. Staaten im arabischen Golf
- Charismatische Herrschaft
 - o Auf dem aussergewöhnlichen Propheten beruhend, autoritär
 - o Nicht in abstrakte Rechtssätze gesetzt, sondern um Willensumgebungen
 - o Bspw. Naziregime

Der Begriff der Rationalisierung

- Intellektualisierung und Rationalisierung bedeutet, dass es prinzipiell keine geheimnisvolle und unberechenbare Mächte gibt, sondern dass man **alle Dinge durch Berechnen beherrschen** kann → Entzauberung der Welt (Hauptthema von Weber)

Entzauberung der Welt ist die Basis eines umfassenden Modernisierungsprozesses

- Rationalisierung des Rechts in 3 Schritten
 - o Generalisierung
 - Reduktion der für die Entscheidung des Einzelfalls massgebenden Gründe auf Prinzipien
 - o Juristische Konstruktion von Rechtsverhältnissen und -Instituten
 - Was ist an einem in typischer Weise verlaufenden Gemeinschafts- oder Einverständnishafteln **rechtlich relevant** und in welcher Weise sind diese relevanten Bestandteile als ein **Rechtsverhältnis** zu denken.
 - o Systematisierung
 - Ordnung aller durch Analyse gewonnen Rechtssätze, dass sie untereinander ein **logisch klares, widerspruchloses und lückenloses System von Regeln** bilden → Kodifizierung

	Formell	Materiell
Irrational	Anwendung verstandesgemäss nicht kontrollierbarer Mittel (Orakel, Offenbarungen)	Massgeblichkeit konkreter Wertungen des Einzelfalls für Entscheidung (Kadi-Justiz)
Rational	Beachtung ausschliesslich eindeutiger genereller TB-Merkmale (ZGB)	Orientierung an ethischen Imperativen, Zweckmässigkeitserwägungen (Naturrecht)

Rationales vs. Irrationales vs. Formelles vs. Materielles Recht

- Rational: abstrakte Regeln ausbilden, Rechtsanwendung darauf ausrichten
- Irrational: Recht, wenn abstrakte Regeln fehlen
- Formell: Herleitung des Rechts aus allgemeinen Rechtsprinzipien
- Materiell: Herleitung aus ausserrechtlichen Werten

Rechtsentwicklung in Europa → Rationalisierungsthese

- Theoretische Entwicklungsstufen
 - Charismatische Rechtsoffenbarung durch Rechtspropheten
 - Formell-irrational
 - Empirische Rechtsschöpfung und -Findung durch Rechtshonorationen
 - Materiell-irrational
 - Rechtsoktroierung durch weltliches Imperium und theokratische Gewalten
 - Materiell-rational
 - Systematische Rechtssatzung und fachmässige (literarische und formal logische Schulung sich vollziehender Rechtspflege) durch Rechtsgebildete
 - Formell-rational

Entscheidende Faktoren für die Entstehung vom modernen formell-rationalen Recht

- Prozess Vereinheitlichung der Machtkontrolle in bestimmten Gebieten
- Entwicklung des Kapitalismus
- Entstehung eines unabhängigen Berufsstands der Juristen

«Formal rationalisiertes Recht ist mit den Forderungen einer sozialen Demokratie nicht vereinbar.» -Arbeiterschaft verlangt soziale Rechte auf Grundlage der Menschenwürde, was den Formalismus des Rechts grundsätzlich in Frage stellt.

Quick-Facts zu Weber

- Ausgangsfrage: «Wie kam es zur Sonderentwicklung Europas?»
 - Okzidentale Sonderentwicklung. Entstehung von Kapitalismus und Nationalstaaten
 - Recht: zwei Merkmale – 1: Zwangsdurchsetzung – 2: Rechtsstab
 - Rationales Recht = abstrakte Normen, im Gegensatz zum irrationalen Recht
 - Rationalisierungstypologie
-

4. Émile Durkheim

Recht als Integrationsmechanismus

- Zentrale Fragestellung: **Was hält die Gesellschaft zusammen?**
 - o Warum funktioniert die Gesellschaft trotz zahlreicher Probleme? (Integration)
- «**faits sociaux**» = soziologische Tatbestände/Tatsachen
 - o «Arten des Handelns, Denkens und Fühlens, die in einer Gesellschaft auftreten.»
 - **2 Merkmale:**
 - Sie sind ausserhalb des Individuums begründet (**Externalitäten**):
Recht wird von der Gesellschaft, nicht von einzelnen Menschen definiert. Der Mensch wird hineingeboren und wird dadurch beeinflusst – keine bewussten Selbstentscheidungen
 - Sie üben auf den Einzelnen einen zwingenden Einfluss aus (**Zwangskarakter**): Sitten und Recht, Glaubenssätze in der Religion, Wertpapiere, öffentliche Meinung etc. – Kollektivbewusstsein, welches ausserhalb meiner Person gründet

Individuum – Gesellschaft

- Autonomie des **kollektiven Bewusstseins** gegenüber dem Individuum
- **Gegenseitige Durchdringung** zw. Individuellem und kollektivem Bewusstsein
- ➔ Aufgabe der Soziologie: Erforschung und Analyse (normal/krank) der sozialen Tatsachen

These der Normalität des Verbrechens und dessen positive Funktionen für die soziale Ordnung

- Gesellschaft ohne Verbrechen ist unmöglich
- Normal, weil notwendige Folge der Verschiedenheit von Individuum und Gesellschaft
- «Notwendige Erscheinung, die mit den Grundbedingungen des sozialen Lebens verbunden ist.»
- Positiv: Ruft die Normen in Erinnerung und stärkt und erneuert die Gesellschaft
- Positiv: Entstehung eines einheitlichen Zorns gegen Moralskandale – öffentlicher Zorn
➔ Stabilisierung von Wertvorstellungen und Stärkung des Zusammenhalts

Was hält die Gesellschaft zusammen?

- Trotz fortschreitender Arbeitsteilung und eines damit einhergehenden Individualismus
- Fortschreitende Arbeitsteilung als historisches Gesetz, aufgrund des Bevölkerungswachstums ➔ dichte der Gesellschaft

Theorie der sozialen Integration, also der Einheit und des Zusammenhalts der Gesellschaft

- Erfolgt entweder durch **Gleichförmigkeit** des Denkens und Handelns **oder** durch **Kooperation**
- Zwei Arten der Solidarität/Integration
 - Mechanische Solidarität:
 - Ähnlichkeiten → Homogenität
 - Segmentäre Gesellschaft: von oben integriert und gezwungen (keine Individualität) – gleichförmiges Denken und Handeln
 - Bspw.: Saudi Arabien (religiös geprägt, Monarch)
 - Organische Solidarität
 - Arbeitsteilung → Abhängigkeitsverhältnis (funktional ausdifferenzierte Gesellschaft), «Zwang» zur Kooperation, Differenz stärkt Einheit
 - Geschwächtes Kollektivbewusstsein → Individualität
 - Verletzung der normativen Ordnung führt zur Reaktion der ganzen Gruppe (repressive Reaktion)
 - Bspw. westliche europäische Staaten – Arbeitsteilung kann sich als «krankhaft» entwickeln
 - Anomische Arbeitsteilung – Egoismus
 - Erzwungene Arbeitsteilung – Klassenunterscheide
 - Anormale Arbeitsteilung – Spezialisierung und Verlust des Blicks auf das Ganze: Überforderung, Überorganisation oder Überspezialisierung

Recht und Solidarität

- Kernthese: Recht als Widerspiegelung der **moralischen Grundverfassung** einer Gesellschaft
- 2 Arten des Rechts
 - Repressives Recht: fügt dem Rechtsbrecher Schmerz/Sühne zu. (Strafrecht)
 - Ausdruck der mechanischen Solidarität – Bekräftigung der gemeinsamen Wertvorstellung
 - Restitutives Recht: beseitigt Störungen sozialer Beziehungen. (Vertragsrecht, Handelsecht, Familienrecht, Verwaltungsrecht)
 - Ausdruck organischer Solidarität – Förderung der Kooperation
- Positive Rolle des Rechts: Stiftet entweder Ähnlichkeit zwischen den Mitgliedern einer Gesellschaft oder komplementäre Unähnlichkeit → Förderung der Kooperation

Funktion der Strafe nach Durkheim

- Ursprung: mechanische Reaktion → Funktion: Aufrechterhalten des sozialen Zusammenhalts → Mittel: Gemeinsames Bewusstsein beleben
- Ergebnis einer spontanen und emotionalen Kollektivaufregung über das Verbrechen (Zorn)

Strafzweck nach der Strafrechtsdogmatik

- Absolute Straftheorien
 - Strafe weil Schuld – soll aufgehoben/vergolten werden
 - Relative Straftheorien
 - Spezialprävention – Ziel: Gefährlichkeit des Täters
 - Positiv: Täter soll gebessert und resozialisiert werden
 - Negativ: Schutz der Allgemeinheit vor dem Täter
 - Generalprävention – Ziel: Schutz der Allgemeinheit
 - Positiv: Stärken des Vertrauens in die Rechtsordnung
 - Negativ: Abschrecken der Gesellschaft vor Begehen einer Tat
-

Quick-Facts zu Durkheim

- Fragestellung: Was hält die Gesellschaft zusammen?
 - Soziale Tatsachen: Arten des Handelns, Fühlens und Denkens
 - Auserhalb des Individuums mit zwingendem Einfluss auf das Individuum
 - Integration der Gesellschaft: 2 Arten – Zwang von oben oder Kooperation (von unten)
 - Arten der sozialen Solidarität: Mechanische (Zwang) und organische (Abhängigkeit)
 - Arten des Rechts: Repressives und Restitutives Recht
 - Funktion der Strafe: Wiederherstellung der kollektiven Rechtsordnung (Wir-Gefühl)
-

5. Karl Marx

«Worauf beruht die Gesellschaft?»

Was prägt eine Gesellschaft? Was ist das Wichtigste in einer Gesellschaft?

Lehre von Basis und Überbau

- *Produktionsverhältnisse*: In der gesellschaftlichen Produktion ihres Lebens gehen die Menschen bestimmte, notwendige, von ihrem Willen unabhängige Verhältnisse ein, die einer bestimmten Entwicklungsstufe ihrer materiellen Produktivkräfte entsprechen. Beispielsweise Eigentumsverhältnisse (an den Produktionsmitteln), Stellung der Klassen in der Produktion (Produktionsweise)
- *Produktivkräfte*: Arbeitsmittel, Arbeitsgegenstände, menschliche Arbeitskraft, Wissenschaft und Forschung, gesellschaftliche Infrastruktur
- *Ökonomische Basis*: Gesamtheit dieser Produktionsverhältnisse = ökonomische Struktur der Gesellschaft → darauf erhebt sich ein juristischer und politischer Überbau
- *Ideologischer Überbau*: Ideen, Religionen, Rechtsbegriffe, Rechtsordnungen, Staat, Herrschaftsformen, Sitten, Traditionen, Kunst etc.

➔ **«Es ist nicht das Bewusstsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt, ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewusstsein bestimmt.»**

- Ökonomie prägt somit die Gesellschaft. Alles andere ist Überbau.
- Produktionsverhältnisse zwischen den Mitgliedern → Gesellschaft
- Drei zentrale Begriffe:
Technik, Arbeitskraft der Menschen, Wissen, das sich der Mensch aneignet

Kennzeichen des Kapitalismus in der Epoche der Bourgeoisie – Lage des Proletariats

- «Leistungen» der Bourgeoisie
 - Konzentration der Produktionsmittel in den Händen einer Klasse
 - Warencharakter der Arbeit
 - Abhängigkeit der Arbeiter = Konzentration der Produktivkraft Arbeit
 - Vernichtung des gewerblichen Mittelstandes → Reduktion auf 2 Klassen
 - Herrschende und beherrschte Klasse
 - Reduzierung der sozialen Beziehungen auf den materiellen Aspekt

- Entfremdung des Menschen von der Arbeit
 - Von dem was er Produziert
 - Vom Zweck seiner Arbeit (nützt einem Anderen)
 - Vom Charakter/der Natur der Menschen (eigentlich kreatives Wesen)
 - Von der Gesellschaft an sich
- ➔ Selbstentfremdung, Ausbeutung

Verhältnis von Recht und Staat

- Recht als Überbauphänomen
 - Das Gesetz ist nicht die Grundlage der Gesellschaft, sondern eine juristische Einbildung. Das Gesetz muss auf der Gesellschaft beruhen:
 - Ausdruck der gemeinschaftlichen, aus der materiellen Produktionsweise hervorgehenden Interessen und Bedürfnissen
 - Gegen die Willkür des einzelnen Individuums
- Recht als Instrument der Herrschaft
 - Recht ist eine Illusion, die den Interessen der Bourgeoisie entsprechen – Der Staat vertritt nur die Interessen und Geschäfte der herrschenden Klasse
 - Recht und Staat als Widerspiegelung der ökonomischen Gesellschaft ➔ Überbauphänomene
 - Rolle des Staates: Organisation
 - Konstruktion der politischen Einheit der herrschenden Klasse ➔ Etablierung

Übergang zur Kommunistischen Gesellschaft

- «Nachdem die Arbeit nicht nur Mittel zum Leben, sondern selbst das erste Lebensbedürfnis geworden ... erst dann kann der enge bürgerliche Rechtshorizont ganz überschritten werden und die Gesellschaft auf ihre Fahnen schreiben: **«Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen.»**
- Kapitalismus gerät infolge der Akkumulation des Kapitals in einen Widerspruch von sich selbst, an dem er zugrunde gehen wird ➔ neue klassenlose Gesellschaft
- Prozess ➔ soziale Revolution ➔ Diktatur des Proletariats
- Von Privateigentum an den Produktionsmitteln ➔ Gesellschaftseigentum
- Endzustand: Recht gesellschaftlichen Eigentums wird überflüssig und jeder kann nach seinen Fähigkeiten und Bedürfnissen leben

- Merkmale der klassenlosen Gesellschaft
 - Kein Privateigentum an Produktionsmitteln → Aufhebung der Klassengesellschaft
 - Menschen arbeiten um neues zu kreieren
 - Gesellschaftliche Regelung der Produktion: Jeder nach seinen...
 - Ende der erzwungenen Arbeitsteilung und Enteignung
 - Ende der Entfremdung und Isolation: Arbeit als freie Lebensäußerung und naturnotwendiges Lebensziel
 - Wiederherstellung des Urzustandes auf einer höheren Stufe der Freiheit, Einsicht und Vernunft
-

Quick-Facts zu Marx

- Zentrale Fragestellung: Worauf beruht die Gesellschaft?
 - Suche nach dem bestimmenden Faktor, der alles erklären kann
- Lehre von Basis und Überbau
 - Ökonomische Struktur der Gesellschaft als Basis
 - Produktionsverhältnisse, Produktionskräfte
 - Der Rest ist Überbau dieser Struktur
 - Institutionen, Kunst, Ideologie, Wissenschaft, ...
- Recht/Staat als Überbauphänomen
 - Politische Einheit als blosser Reflex der ökonomischen Struktur der Gesellschaft wobei die Basis der Gesellschaft immer die ökonomische Struktur bleibt.

6. Nicos Poulantzas

Machttheorie, Klassentheorie, Faschismustheorie, Staatstheorie, **Autoritärer Etatismus**, Imperialismustheorie

- «Eine Theorie des kapitalistischen Staates muss die Metamorphosen ihres Gegenstandes kennen.»
 - Ziel: Analyse der verschiedenen Phasen des Kapitalismus
 - Liberale Phase
 - Wohlfahrtsstaat (Interventionsstaat nach WW2)
 - Autoritativer Etatismus (Staat als Objekt und Subjekt definiert)

- Poulantzas Kritik an die zwei damals herrschenden Staatskonzeptionen
 - Staat als Sache ist eine instrumentalistische Konzeption vom Staat als *passives, neutrales Werkzeug, dass von einer einzigen Klasse manipuliert wird* → **Staat hat keine Autonomie**
 - Staat als Subjekt begründet die absolut *gesetzte Autonomie durch seinen Willen als Vernunftinstanz der bürgerlichen Gesellschaft* → **Staat ist autonom, unabhängig von Gesellschaft und orientiert sich an abstrakten Prinzipien**
- Seine Kritik
 - Problem des Verhältnisses zwischen Staat und sozialen Klassen
 - Entweder absorbiert die herrschende Klasse den Staat, indem sie ihn seiner Macht beraubt (Staat als Sache) oder der Staat widersteht der herrschenden Klasse und entzieht ihr die Macht zu seinem eigenen Nutzen (Staat als Subjekt → Schiedsrichter)
 - Beziehung zwischen Staat und sozialer Klassen = *äussere Beziehung*
 - Die beiden Theorien können die *Etablierung der staatlichen Politik* zugunsten der herrschenden Klassen nicht erfassen und geben keinen Aufschluss über die internen *Widersprüche des Staates*.
 - In der äusseren Beziehung scheint der Staat ein *monolithischer Block ohne Risse* zu sein.
- Der kapitalistische Staat als soziales Verhältnis
 - Staat ist ein «Verhältnis, genauer eine materielle Verdichtung eines Kräfteverhältnisses zwischen Klassen und Klassenfraktionen, das sich im Staat immer in spezifischer Form ausdrückt.»
 - Nicht von einer Klasse abhängig
 - Verkörperung eines Verhältnisses zwischen der gesellschaftlichen Auseinandersetzung
 - Organe, die unterschiedlich sind → uneinheitliche Politik
 - Organisatorische Funktion des Staates: Staat muss eine relative Autonomie gegenüber der herrschenden Klasse der Bourgeoisie erhalten
 - Elemente der Definition
 - Der Staat verfügt über ein materielles Gerüst an Institutionen, die über eine eigene Dichte und Widerstandskraft verfügen und in welchen sich der Klassenkampf unterschiedlich ausdrückt

- Die Funktion des Kapitalistischen Staates nach Poulantzas
 - Rolle: Organisation im Hinblick auf die Bourgeoise, Repräsentation des langfristigen politischen Interesses des Blocks an der Macht, der sich aus den verschiedenen Fraktionen der bürgerlichen Klasse zusammensetzt (Bourgeoisie in Klassenfraktionen gespalten)
- Die relative Autonomie des Staates nach Poulantzas
 - Der Staat kann die oben beschriebene Aufgabe nur dann erfüllen, wenn er gegenüber dieser oder jener Fraktion oder Komponente des Blocks und gegenüber ihren Partikularinteressen eine relative Autonomie behält.
- Der Staat als strategisches Feld
 - Materielle Verdichtung eines Kräfteverhältnisses = strategisches Feld und strategischer Prozess. Taktiken, die sich kreuzen und bekämpfen, den Durchbruch zu bestimmten Apparaten finden, sich durch andere kurzschliessen lassen und schliesslich das umreissen, was man **Politik des Staates** nennt. Politik bleibt durchschaubar → Resultat einer konfliktuellen Koordinierung von expliziten und divergenten Mikropolitiken, also kein globales und kohärentes Projekt

Quick-Facts zu Poulantzas

- Laut ihm herrschende Staatskonzeptionen und seine Kritik
 - Staat als Sache → Staat wird als Instrument, zur Etablierung der Herrschaft der herrschenden Klasse benutzt
 - Staat als Subjekt → neutraler Schiedsrichter
 - Kritik: Verhältnis von Staat und sozialen Klassen als ein äusseres Verhältnis
- Definition des Staates nach Poulantzas
 - Staat als soziales Verhältnis; Verkörperung des Klassenkampfes; strategisches Feld auf dem der soziale Kampf stattfindet. Staat verfügt über verschiedene Einheiten und der Klassenkampf geht unterschiedlich aus, je nach dem in welchen dieser Einheiten er statt findet.
 - Verdichtung eines Verhältnisses zwischen Klassen und Klassenfraktionen
 - Materielles Gerüst an Institutionen mit eigener Dichte und Widerstandskraft

7. Niklas Luhmann

Kommunikation und Zettelkästen

«Meine **Produktivität** ist im Wesentlichen aus dem Zettelkastensystem zu erklären.»

- Alle Zettel haben eine feste Nummer, keine systematische Gliederung oder Ordnung. Hinter den Nummern gibt es Unterscheidungen; a, b, c, a1, a2, a3, Man kann von jeder Nummer auf eine jede andere Stelle im Zettelkasten verweisen.
- ➔ Keine Linearität, sondern ein spinnenförmiges System, das überall ansetzen kann.
 - Eigensinnige Arbeitsmethode: Zettelkasten
 - Erklärung seiner Produktivität

Hauptziel Luhmanns: Theorie sozialer Systeme als Grundlage sozialwissenschaftlicher Forschungen

Systemtheorie

- Im Zentrum: soziale Systeme
- Soziales System: «*Sinnzusammenhang* von *sozialen Kommunikationen*, die aufeinander *verweisen* und sich von einer Umwelt nicht dazugehöriger Handlungen *abgrenzen* lässt.»
- Systemtypen und ihre Operationsweisen
 - Biologische Systeme operieren in Form von Leben
 - Psychische Systeme operieren in Form von Bewusstseinsprozessen (Wahrnehmung, Gefühl, Gedanke, Wille)
 - **Soziale Systeme** operieren in Form von Kommunikationen
 - = **Kommunikationssysteme**, die aus einem einzigen Element bestehen – Kommunikation
 - Formen: Gesellschaft, Organisation, Interaktion
 - Gesellschaft: Grenzen sind nicht territorial, sondern kommunikativer Natur
 - Interaktionen; bspw. Vorlesung, Einkauf etc.
 - Organisationen; bspw. Verein, Unternehmen, Strafanstalt
 - Gesellschaft → allumfassendes Kommunikationssystem

Luhmanns Systemtheorie als «Ein-Element-Theorie»: Kommunikation als Basis

- Kommunikation = alles was geschrieben, gesendet und gesprochen wird
- Mensch als Teil der Umwelt der Gesellschaft, nicht ihrer selbst

Begriff der Kommunikation

- i.d.R. sprachliche Aussagen zu irgendwelchen Themen – «alles was geschrieben...»

Warum Kommunikation als einziges Element der Gesellschaft?

- Ältere Gesellschaftsmodelle gingen davon aus, dass die Gesellschaft aus Menschen bestehe. Doch irgendwann sie man dann zu der Überlegung gekommen: Wenn ich mir die Haare schneiden lasse, wird dann ein Teil der Gesellschaft weggeschnitten?
 - o Gedanken/psychische Vorgänge sind im Vergleich zur Kommunikation schwer vergleichbar
 - o Menschen haben keine Kontrolle über die Entwicklung der Kommunikation
 - o Kommunikation als Produkt des Kommunikationssystems
 - o Kommunikation ist nicht vom Sprecher, sondern vom Netzwerk anderer Kommunikationen bestimmt → genuin sozial (Letztelement sozialer Systeme)
 - Personen als Teilnehmer, Mitteleiter, Protagonisten, aber sie kommunizieren Nicht
 - o Kommunikation setzt den Menschen voraus, aber emanzipiert sich zugleich von ihm
 - Eigenes Leben der Kommunikation jenseits von Individuen, die diese Kommunikation veranlasst haben
 - Menschen drücken sich aus; Kommunikation kommuniziert

Funktional differenzierte Gesellschaft

- Gesellschaft kann verschiedene Formen der Differenzierung annehmen
- **Die funktional ausdifferenzierte Gesellschaft beruht auf einer Differenzierung in ungleiche Teilsysteme mit verschiedenen Funktionen.**
 - o Vielheit autopoietisch operierender Teilsysteme: Recht, Wirtschaft, Politik, Wissenschaft, Massenmedien, Familie, Kunst, etc.
 - o Jedes dieser Systeme hat eine konkrete Funktion um ein bestimmtes Problem in der Gesellschaft zu lösen (Wissenschaft → Erweiterung von Wissen)
 - o Autopoiesen = Herstellung seiner selbst
- System als Autopoiesen, also Selbsterstellung des Elements eines Systems aus dem System selbst → Binäre Codierung (Recht/Unrecht, Gewinn/Verlust, etc.)
 - o Jedes System entscheidet autonom über sich selbst (bspw. was Recht ist)
 - Früher hat die Kirche über bspw. die Wissenschaft und Kunst entschieden

- Verhältnis der Funktionssystem zueinander
 - Luhmann: Moderne Gesellschaft ist eine **polykontextuale Gesellschaft**.
 - Die Teilsysteme sind strukturell gekoppelt und überschneiden sich → Eine einzige gesellschaftliche Wirklichkeit gibt es nicht, sondern diese ist abhängig von der jeweiligen teilsystematischen Perspektive
 - Recht und Politik und Wirtschaft

Recht als Autopoietisches System

- Kerngedanke: Recht als operativ geschlossenes, sich selbst definierendes und produzierendes Kommunikationssystem
- Operative Geschlossenheit
 - Über Entscheidungen und Beobachtung sich selbst verknüpfendes Netzwerk
 - Nur Recht kann über Rechtsfragen Entscheiden (binär – Recht/Unrecht)
 - Recht erzeugt eigene Operationen im Vor- und Rückgriff und entscheidet so, was zum System Recht gehört und was zur Umwelt.
- Normative Geschlossenheit und kognitive Offenheit
 - Eigenes System, aber auch Subsystem der Gesellschaft deren Struktur es bestimmt und insofern damit strukturell verkoppelt ist
 - Rechtssystem kann Beziehungen zur Gesellschaft aufgrund von Eigenleistungen herstellen, dies mittels normativer Geschlossenheit und kognitiver Offenheit
- Funktion des Rechts
 - **Stabilisierung von normativen Erwartungen**
 - Kognitive Erwartungen: die im Enttäuschungsfall aufgegeben oder angepasst werden (Gruss auf der Strasse, wenn nicht erwidert)
 - Normative Erwartungen: an die auch im Enttäuschungsfall festgehalten wird (Wenn ich eine Ohrfeige statt einer Antwort auf eine Frage erhalte)
- Normen sind laut Luhmann normative, also kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen
 - Das Durchhalten der Norm ist wichtiger als das Durchsetzen
- Leistungen des Rechtssystems: Verhältnis des Rechtssystems andern Teilsystemen
 - Verhaltenskoordination, -steuerung
 - Konfliktlösung: in andern Teilsystemen der Gesellschaft entstehend
 - Gerichte im Zentrum (nicht Gesetzgeber) → sozialgestaltende Instanz

Luhmanns Grundrechtstheorie

- Hauptfrage: Funktion der Grundrechte?
 - Funktion ergibt sich aus den Problemen der Systembildung und der sozialen Differenzierung → Markierung und Abstützung der sozialen Differenzierung
- Probleme der sozialen Differenzierung
 - Das politische Teilsystem der Gesellschaft (der Staat) tendiert dazu, seine eigenen Grenzen zu überschreiten, in andere Teilsysteme einzudringen und so die gesellschaftliche Differenzierung in Frage zu stellen
 - **Sinn der Grundrechte: dieser Gefahr entgegenzuwirken, also die soziale Differenzierung zu erhalten**
 - Gefahr der Entdifferenzierung (Politisierung des gesamten Kommunikationswesens) ist in der Emanzipation und Autopoiesis des politischen Systems angelegt und ein Merkmal des Differenzierungsprozesses selbst
 - Entdifferenzierung: Verlust des Pluralismus (Monarchie)
 - Politik: Hauptgefahr, weil alles politisierbar und somit beeinflussbar ist
- Korrigierende Institutionen
 - Gewaltentrennung und Grundrechte: Ordnung der Kommunikationsordnung → pluralistisch
- Auffächerung der Grundrechte
 - *Institutionelle Grundrechte*: Autonomiegarantien gesellschaftlicher Prozesse in Subsystemen
 - *Personale Grundrechte*: innergesellschaftliche Autonomieräume von Kommunikationen, die auf soziale Artefakte (Personen) zugerechnet werden.
 - Rollenzuschreibung → Schutz in seiner Rolle (Kunst/Wissenschaft etc.)

 Quick-Facts zu Luhmann

- Gesellschaft in der Systemtheorie
 - Funktional ausdifferenziertes Netz an Teilsystemen
=Kommunikationskreisläufe bezogen auf sich selbst (Autopoiesis)
 - Recht laut Luhmann: Teilsystem der Gesellschaft (autonom – autopoietisch)
 - Funktion des Rechts: Stabilisierung von normativen Erwartungen
 - Funktion der Grundrechte: Gewährleistung des pluralistischen Charakters der modernen Gesellschaft
-

8. Michel Foucault

Machtverständnis:

- Historisches Modell der Analyse der Macht: Veränderung des Machtkonzepts

Michel Foucaults strategisch-produktiver Machtbegriff

Juridische Macht:

- Negativ ausgelegt (Souveränität, Zensur, etc.) → Repressiver Übergang der Macht in den Absolutismus: Form der Macht, die «Nein» sagt.
 - o Macht wird in ihren Wirkungen (Verwerfung, Verneinung, Verschleierung) immer *repressiv* gedacht
- Heutiges Machtverständnis: strategisch-produktiv
 - o Relational: Bezeichnet ein Verhältnis
 - o Kapillar: Kein Zentrum – in den gesellschaftlichen Beziehungen ersichtlich
 - o Produktiv: Allgegenwart von Machtbeziehungen → Autopoiesis?

Überwachung und Strafe

Geburt des Gefängnisses (Buch) → Entstehung der modernen Disziplargesellschaft

- Gefängnis ist nur eines von vielen Beispielen

Analyse der Figuren der Bestrafung

- Die Marter als Rache
 - o Sinnbildliche Wiederherstellung der irdischen Ordnung und der verletzten Majestät und Macht des Souveräns (Ohnmacht deutlich geworden)
 - Unfähigkeit, die Untat zu verhindern wird durch brutale Gewalt kompensiert → Volk als Teilnehmer
 - Macht als politisches Ritual: Rache gegen den Angriff auf das Gesetzbuch
- Die humanistische Reform zur Erziehung und Besserung der Seele
 - o Reformjuristen (18. JH) fordern eine Humanisierung der Strafe
 - Angemessener, massvoller, transparenter → menschlich
 - Funktion: Schutz der demokratischen Gesellschaft, nicht des Souveräns
 - Theoretische Rechtfertigung: Gesellschaftsvertrag
 - Strafe als gesellschaftliche Verpflichtung
 - o Kalkül dahinter: Einschränkung der Willkür der Monarchen und die Verfeinerung der Techniken sozialer Kontrolle

- Der Delinquent soll möglichst ein nützliches Glied der Gesellschaft werden
 - Umerziehung seiner Seele mittels Bestrafung (öffentliche Arbeit)
 - Belehrung der Gesamtgesellschaft
- Die Einsperrung
 - Gefängnis als gesellschaftliches Labor für neue Techniken der Dauerüberwachung und -kontrolle der Menschen in der modernen Disziplinargesellschaft
 - Gefängnis als Prototyp für andere gesellschaftliche Illusionen (Schule)
 - Körper als Zielobjekt der neuen «Technologien der Macht»
 - Primär wird der Körper in Beschlag genommen → disziplinieren
 - Um ihn strikten Normen zu unterwerfen und produktiv zu machen
 - «Metaphysik der Macht» die auf den Körper zielt
 - Entstehung der Seele auf die die Strafe zielt → Wird produziert durch Machtausübung an jenen, die man überwacht, dressiert und korrigiert
- ➔ Delinquent soll sich nach dem Gefängnis ohne Aufsicht so verhalten, wie es geboten ist
- ➔ Voraussetzung: Einschliessung in die geeigneten Räume
 - Einrichtungen, die Dauerpräsenz des Körpers und dessen Zugänglichkeit für beaufsichtigende Blicke und eingreifende Korrekturen sichert
- ➔ Resultat = perfekte Dressur
 - Räumliche Parzellierung, zeitliche Durchrationalisierung der Körpertätigkeit, Einordnung des Körpers in einen übergeordneten Funktionszusammenhang
 - Architektur des Gefängnisses: Ringförmiges Gebäude, einsehbar von der Mitte

Panopticon als «demokratisches» Prinzip von Macht: Dauerhafte Überwachung (Panoptismus)

- Machtmechanismus für Gesellschaften mit flacher und flächendeckender Verteilung der Macht; es zielt darauf, Assoziationen und Kommunikation ausserhalb ihres Kontrollierenden Blicks zu verhindern.

Panoptimismus als verallgemeinertes Organisationsprinzip der Gesellschaft

- Programmiert im übertragenen Sinne das elementare Funktionieren einer von Disziplinarmechanismen durchtriebenen Gesellschaft
- «Wir sind alle Angehörige eingeschlossen in das Räderwerk der panoptischen Maschine, die wir selber in Gang halten – jeder ein Rädchen

Quick-Facts zu Foucault

- Elemente der modernen Macht nach Foucault
 - o Relational: keine Substanz, sondern ein Verhältnis
 - o Kapillar: kein Zentrum, sondern in den Beziehungen ersichtlich
 - o Produktiv: Weil Machtbeziehungen allgegenwärtig sind
- Funktion der Marter nach Foucault
 - o Sinnbildliche Wiederherstellung der irdischen Ordnung und der verletzten Majestät und Macht des Souveräns, dessen Ohnmacht deutlich wurde
- Reformjuristen im 18. Jahrhundert
 - o Humanisierung der Strafe: Funktion soll der Schutz der demokratischen Gesamtgesellschaft, nicht des Souveräns sein
- Funktion der Einsperrung
 - o Gesellschaftliches Labor für die Erfindung und Erprobung neuer Überwachungs- und Kontrolltechniken
 - o Prototyp für andere gesellschaftliche Institutionen (Wissensapparat)
- Panoptismus
 - o Panopticon als «demokratisches» Prinzip von Macht – Dauerhafte Überwachung (Panoptismus); verallgemeinertes Organisationsprinzip.

9. Recht als Konfliktlösungsinstanz

Konfliktpotential der Gesellschaft (Jehring: Der Kampf ums Recht)

- Leben des Rechts ist ein Kampf (der Völker, Staatsmacht, Klassen, Individuen)
- Recht stellt die Anstrengungen der Menschheit dar, sich selbst zu zähmen

Konflikte mit *konstruktiver* und *destruktiver* Wirkung

- Konstruktiv:
 - Stärkung der sozialen Solidarität
 - Konflikte als Motor des sozialen Wandels
 - Konflikte als Indiz für den Freiheitsgrad der Gesellschaft
- Destruktiv:
 - Ausartung; bspw. Bürgerkriege

Historische Schritte zur Begrenzung der destruktiven Wirkung der Konflikte

- Zurückdrängung privater Fehden
- Monopolisierung der Gewaltausübung in Händen des Staates
- Ausbildung von Gerichten als institutionalisierte und mit Zwangsgewalt ausgestattete Konfliktbearbeitungsorgane

Arten von Konflikten

- Makrosoziologische Konflikte
 - o Zwischen politischen Gruppierungen in einer Gesellschaft bzw. zwischen Völkern
- Mikrosoziologische Konflikte
 - o Private Konflikte
 - Verteilungskonflikte: Entspringend aus Mangellage
 - Meinungskonflikte: normativer Status eines sozialen Objekts
 - Personenbezogen: in persönlichen Verhältnissen
 - Normbezogene: Geltung von sozialen/rechtlichen Normen
 - Rollenkonflikte: bspw. zwischen Arzt und Patient

Konfliktregelungsmechanismen

- Konfliktregelung durch die Beteiligten
 - o Ausweichen, nachgeben, kompensieren, besänftigen, verhandeln, Kompromiss, kämpfen, andere einbeziehen → **Kollektivieren des Konflikts**
- Konfliktregelung mit Hilfe Dritter
 - o Beratung: Menschen sollen selbst entscheiden
 - o Vermittlung: Menschen zusammenbringen → Kompromiss
 - o Schlichtung: Wenn Kompromiss nicht zu erreichen → Autorität entscheidet
- Konfliktregelung durch staatliche Gerichte
 - o Klassische Form der Rechtsdurchsetzung → gerichtliche Entscheidung (Urteil)
 - o Am stärksten formalisierte und mit der stärksten Autorität ausgestattete Form der Konfliktlösung, in der Institutionen agieren, die eine Distanz zum Konflikt haben – Merkmale:
 - Bewältigung von priv. Konflikten durch staatlich organisierte Gerichte
 - Emanzipation der Rechtspflege von der Politik (Gewaltentrennung)

Wozu Gerichte? – Funktion der Gerichte nach Luhmann

- Gerichte beseitigen Unsicherheiten des Rechts durch Entscheidungen
 - o Gesetz ist kein Starres Element, sondern ändert seine Interpretation mit der Zeit
 - o Richter stabilisieren normative Erwartungen durch Entscheidungszwang
 - Sie müssen alle Fälle entscheiden (Bestimmt was gilt!)

Positivierung des Rechts

- «positiv» → *ponere* (mittelalterlich-lateinisches Verb) = setzen, stellen, legen

Allgemeine Merkmale der Positivität des Rechts

- Geltung des Rechts beruht auf Entscheidungen (Auswahl bestehender Möglichkeiten), nicht mehr auf höheren Werten
- Es bilden sich spezielle Verfahren der Gesetzgebung heraus
- Recht wird als jederzeit änderbar empfunden
- Rechtsetzung wird zur Routine
- Gesellschaftlicher Wandel wird als durch Recht planbar angesehen
- Recht wird als verbindlich erachtet, weil es formell zustande gekommen ist (legale Legitimität: Nicht weil es irgendwelchen Werten entspricht)

Das positive Recht nach Luhmann

Theorie des positiven Rechts ist die *soziologische Theorie des modernen Rechts*:

- Hintergrund: immense Steigerung der gesellschaftlichen Komplexität und der Übergang zur vollständigen funktionalen Ausdifferenzierung → Steigerung der Leistungsfähigkeit des Rechts erforderlich
- Merkmale des positiven Rechts
 - Gesetztheit → Geltung
 - Es gilt, weil es durch Entscheidung aus anderen Möglichkeiten ausgewählt und verbindlich gemacht wurde
 - Kontingenz → Beliebigkeit
 - Inhaltlich ist das Recht kontingent, also beliebig
 - Jederzeitige Abänderbarkeit
 - Jederzeit möglich und institutionalisiertes Verfahren vorgesehen
- Ausgangsthese
 - In der hochdifferenzierten Gesellschaft ist eine traditionelle oder naturrechtliche Begründung des Rechts nicht mehr möglich, weil sie die Vorstellung einer unabänderlichen ewigen Geltung voraussetzt, welche die Bedürfnisse nach fortwährender Anpassung des Rechts an die sozialen Veränderungen und nach rechtlicher Regelung neuer Konflikte nicht befriedigen kann. Nur ein positiviertes Recht kann die hierzu notwendige doppelte Aufgabe bewältigen; einerseits soziale System zu strukturieren und stabilisieren und auf der anderen Seite ... anpassungsfähig zu bleiben → strukturelle Variabilität

Vorteile

- Steigerung der Kontingenz und Komplexität, die mit der Ausdifferenzierung der Gesellschaft Schritt halten kann
- Variabel für neue Situationen
- Ausdifferenzierte Gesellschaft: Heterogenität, Arbeitsteilung, Komplexität → hohes Konfliktpotential, neue Konfliktlagen, Erforderliche Variabilität des Rechts

Funktionale Erklärung des positiven Rechts

- Grund: Immense Steigerung der gesellschaftlichen Komplexität

Wozu Gerichtsverfahren?

- Die Richtigkeit der Entscheidung hängt nicht davon ab, wie man zu ihr gekommen ist
- Entfaltungsspielraum hat das Verfahren nur, weil in Fragen des Rechts und der Wahrheit Ungewissheit besteht und nur, soweit diese Ungewissheit reicht
- Konkret
 - Rechtssystem wäre überfordert, wenn es einzig daran gemessen würde, ob seine Entscheidungen richtig oder wahr sind → Einzig richtige oder wahre Urteile kann es nicht geben → Verfahren hat deshalb das grösste Gewicht
 - Wenn einzig richtige Entscheidungen als Ergebnis nicht erreichbar sind, erhält das Verfahren grösseres Gewicht

Beispiel: Beweisrecht

- 3 Formen des Zusammenhangs der Beweisführung mit ausserverfahrensmässigen Gesellschaftsstrukturen
 - Gottesbeweis
 - Provoziert eine Entscheidung höherer Mächte, welche die Ungewissheit durch Gottesurteil beseitigt
 - Keine Autonomie des Verfahrens
 - Rollenabhängiger Beweis
 - Rolle die jemand in der Gesellschaft spielt, beeinflusst seine Glaubwürdigkeit und absorbiert Ungewissheit
 - Keine Autonomie des Verfahrens
 - Freier Beweis
 - Sicherung der Freiheit des Richters, ausserprozessuale Rollen der Beteiligten unberücksichtigt zu lassen
 - Autonomie des Verfahrens → Verfahren selbst absorbiert sie

Die heimliche Theorie des Verfahrens

- Verstrickung in ein Rollenspiel, die die Persönlichkeit einfängt, umbildet und zur Hinnahme von Entscheidungen motiviert

Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren: 3 VSS

- Distanzierung vom gesellschaftlichen Hintergrund von Aussagen im Beweisrecht
- Gesetzgebung als Ventil für gesellschaftlichen Einfluss auf das Verfahren
- Institutionalisierung des unabhängigen Richters

Quick-Facts zum Recht als Konfliktlösungsinstanz

- **Positives Recht laut Luhmann**
 - o Gesetztheit (Geltung)
 - o Kontingenz (Beliebigkeit)
 - o Jederzeitige Abänderbarkeit
- **Grund für die Entstehung positiven Rechts in der Moderne**
 - o Immense Steigerung der gesellschaftlichen Komplexität, die eine Leistungssteigerung des Rechts erfordert
- **Antwort auf die Frage: Wozu Gerichtsverfahren?**
 - o Gericht wäre überfordert, wenn es einzig an der Frage richtige oder falsche Entscheidung gemessen würde → Einzig richtige Entscheidungen kann es nicht geben, weshalb das Verfahren so ein wichtiges Gewicht erhält
 - o Wenn einzig richtige Entscheidungen aber nicht erreichbar sind, erhält der Weg zum Entscheid, also die Art und Weise des Entscheidens grösseres Gewicht
- **Historische Evolution des Beweisrechts nach Luhmann in Bezug auf die Frage nach der Autonomie von Gerichtsverfahren?**
 - o Zeigt die Wichtigkeit der Autonomie/Unabhängigkeit des Gerichtsverfahrens vor von der Gesellschaft als ausdifferenzierter (autonomes System) Teil im Beweisrecht
- **Drei Voraussetzungen für die Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren als autonomes System**
 - o Distanzierung vom gesellschaftlichen Hintergrund von Aussagen
 - o Gesetzgebung als Ventil für gesellschaftlichen Einfluss auf Gerichtsverfahren
 - o Institutionalisierung des unabhängigen Richters

10. Recht als Sicherungsgarantie

Begriff der soziologischen Jurisprudenz

- Sozialwissenschaftlich-informierte Rechtswissenschaft, die ausserrechtliches Wissen benutzt um juristische Konflikte **neu zu deuten** und daraus **neue rechtsdogmatische Konsequenzen** zu ziehen

Das juristische Problem von Familienbürgschaften

Das Gericht verneinte, dass in einem derartigen Fall ein Verstoss gegen die guten Sitten vorliegt, weil bei handlungsfähigen Vertragspartnern davon ausgegangen werden kann, dass sie die Tragweite ihres Handelns kennen und somit die Verpflichtung mit Wissen und Willen eingehen.

- Elemente eines formal-rationalen Verständnisses der Vertragsfreiheit
 - o Abstraktion = Ausklammerung potentiell relevanter Phänomene der Welt
 - o Private Selbstgesetzgebung = Vertragsfreiheit als Ausprägung der Privatautonomie

Im vorliegenden Fall wurde eine Tochter aus einer Bürgschaft in Anspruch genommen, die mit in dieser Situation in den Ruin getrieben wurde, womit sie in ihrer Handlungsfreiheit beschränkt sei. Die Gerichte seien ihrem Schutzauftrag aus dem Sozialstaatsprinzip nicht nachgekommen.

- Elemente einer Materialisierung der Vertragsfreiheit
 - o Konkretisierung statt Abstraktion: Vertragsrechtliche Analyse hat den konkreten gesellschaftlichen, sozialen und wirtschaftlichen Kontext zu berücksichtigen
 - o Erfordernis von materiellen Korrekturen der Vertragsfreiheit

Teubners Fragen

Er ist mit dem Entscheid des BVG einverstanden, aber nicht mit dessen dogmatischen Lösung

- Frage 1: Fallproblem
 - o Welches sind die angemessenen Rechtsfolgen, wenn man die ruinöse Familienbürgschaften nicht als ein Problem gestörter Vertragsparität qualifiziert sondern als eine **Kollision unverträglicher Handlungslogiken**?
 - o Neudeutung des juristischen Konflikts
 - Familiärer Kontext der guten Sitten: «Man darf von einem Familienangehörigen nicht etwas verlangen, was ihn ruinieren könnte.»

- Aufgabe des Rechts wäre diese innerfamiliären Moralnormen über die Auslegung der Generalklausel der guten Sitten im Einzelfall zu rekonstruieren und zu berücksichtigen = moralische Grenze (Gernhuber)
- Rekonstruktion der Normen der Moral zur Festsetzung der **Opferbereitschaftsgrenze nicht möglich!** Familien seien zu unterschiedlich, zu idiosynkratisch (Korruption der Familie durch Recht als Gefahr) Prozess der Normgenerierung ist entscheidend (Teubner)
- Teubners Vorschlag: Identifizierung des grundrechtlichen Schutzbereichs → Schutz dessen vor anderen Handlungslogiken
- Konflikt: Kollision miteinander unverträglicher Handlungslogiken
 - Wirtschaft → Effizienz
 - Familie → Solidarität
 - Nicht kompatibel
- Frage 2: Rechtsdogmatisches Problem
 - Heisst Drittwirkung von Grundrechten in solchen Kollisionsfällen, dass Positionen individueller Grundrechtsträger gegeneinander abzuwägen sind oder dass Bereichsautonomien verfassungsrechtlich zu garantieren sind?
 - Rechtsdogmatische Schlussfolgerung
 - Einzelfallabwägung als dogmatische Lösung solcher Kollisionen sei eine Illusion
 - Kritik: groteske Juridifizierung innerfamiliärer Verhältnisse
 - Typisierung (Fallgruppenbildung) unterliegt dem Problem des Beweises einer engen emotionalen Bindung → keine Empirie oder Empathie, also weder Einzelfallabwägung noch Typisierung als Lösung
 - Teubners Vorschlag: Entwicklung einer inkompatibilitätsnorm
 - Bestimmungskriterien für die Anwendung dieser Norm
 - Ab wann ist eine Bürgschaft ruinös?
 - Bestimmung der Personenkreise
- Verbot von ruinösen Familienbürgschaften
 - Lösung des sozialen Konflikts im Zentrum → Sicherheit für Kreditgeber

- Frage 3: Verfassungsrechtliches Problem
 - Bedeutet die Steigerung von Systemkollisionen und die damit verbundene Zunahme von Fällen struktureller Korruption, dass die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatsektor vor einer dramatischen Ausweitung steht?
 - Verallgemeinerung der Problematik
 - Zunahme solcher Kollisionen in der Zukunft, weil Privatisierung von öffentlichen Aufgaben und Rückzug des intervenierenden Staates (bspw. Privatisierung der Forschung und Lehre in Unis)
 - Nicht alle Konflikte sind zu juridifizieren, nur krasse Fälle, die hoch destruktiv sind und nicht durch Selbstregulierung gelöst werden können.
 - Gewandeltes Verständnis der Grundrechte
 - Grundrechte als Institution sind Garantien für soziale Differenzierung
 - Grundrechte als Institution realisieren sich primär als Grenzziehung zwischen Systemen, als Inkompatibilitätsnormen, als Kollisionsnormen in Fällen struktureller Kollision

Rechtsphilosophie

Recht und Mensch

Einführung in die Rechtsphilosophie

Künstliche Trennung von Form (in Ordnung setzen) und Materie (negativ: was übrigbleibt, wenn die Form von einem Erkenntnisgegenstand abgesondert wird).

Gerechtigkeit: Hört das ungerechte Recht auf, Recht zu sein oder ist es nur schlechtes Recht, aber immer noch Recht, das befolgt und durchgesetzt werden kann?

- Grundprinzipien der Gerechtigkeit herauszuarbeiten ist die Aufgabe der Rechtsethik

Rechtsphilosoph begnügt sich nicht mit der Gerechtigkeit eines Einzelfalls, sondern fragt, welchen Beitrag eine Gerichtsentscheidung zur sozialen Gerechtigkeit leistet und ob eine Theorie der Gerechtigkeit sie rechtfertigen kann

- Rechtsphilosophie hat eine andere Perspektive auf das Recht als die juristische Praxis

Rechtsphilosophie ist die Wissenschaft vom Denken des Rechts

- Keine einzelnen rechtlichen Regeln zum Gegenstand, sondern deren Begriff
- Ist das gesetzte und vereinbarte Recht gerecht und gerechtfertigt?
- Überschreitet die Grenzen der Dogmatik, denkt darüber hinaus
- Bedenkt, wie in der Rechtswissenschaft gedacht wird

Rechtsphilosophie als Möglichkeitswissenschaft:

- Ansatz: Einsicht, dass die Rechtswirklichkeit auch anders sein könnte
- Frage: Was fehlt dem geltenden Recht? Neue rechtliche Möglichkeiten?
- Behandlung von konkreten gesellschaftlichen Fragestellungen; Hinterfragung grundlegender Rechtsbegriffe und deren Grenzen

Mensch im Recht → Statusbestimmungen, Rechtssubjektivität (Rechtsfähigkeit)

Menschenwürde → Asylbewerber, «peep shows»

Menschenbilder → anthropologische Bestimmungen – subjektive Auslegung der Menschenwürde als Tyrannei

Fall 1: Takarhel

- Bundesamt für Migration wies den Asylantrag wegen Unzuständigkeit der Schweiz zurück und ordnete die Ausweisung nach Italien an.

Besonderheit des Falls:

- In Italien war ein eklatantes Missverhältnis zwischen der Zahl der Asylsuchenden und der Zahl der ordnungsgemässen Unterkünfte → Verpflichtung zur Einholung von Garantien seitens der Schweiz
- Teubner: Recht kann nicht genügend Empathie entwickeln, um die sozialen Konflikte dort draussen zu verstehen.

Recht auf Rechte nach Hannah Arendt

- Recht- und Heimatlose → Rechtslosigkeit
- Menschenrechte (unabdingbar?) haben nur Bürger der zivilisierten Länder
- Rechtslosigkeit, weil keiner irgendwie gearteten Gemeinschaft angehörend
 - o Bewegungsfreiheit → keinerlei Aufenthaltsrecht
 - o Meinungsfreiheit → Was sie denken, für niemanden mehr von Belang
 - o Recht, Rechte zu haben

Menschenwürde als Menschenrecht → Unverfügbarkeitstopos

Gefahr der Tyrannei, wenn Durchsetzungstopos von Menschenbildern

Fall 2: Mo cell line

Kein unrechtmässiger Gebrauch der Zellen von John Moore, weil kein tatsächlicher Eingriff in sein Eigentum oder sein Eigentumsrecht nachgewiesen. Ausweitung der Besitzrechte auf diesen Bereich würde die Forschung behindern und Moore könnte Besitzrecht am genetischen Code der Lymphokine zugesprochen werden, die eigentlich bei allen Menschen die selbe biochemische Zusammensetzung aufweisen.

- Forderung, an den Gewinnen aus der Verwertung des Patents beteiligt zu werden
- Körperzellen = eigenständige Sachen? – lieber nicht, weil Kommerzialisierung
- Privatheit und Würde hat nichts mit Eigentum zu tun
- Informierte Einwilligung / Selbstbestimmung → Unterschied ob Verfügung über Sachen oder über sich selbst.

Normativer Status von Genmaterial / Entnommenen Körpersubstanzen

- Kein bestimmbarer wirtschaftlicher Wert – Rechtsobjekte sui generis/res nulles?

- Kein originäres Eigentumsrecht → Verfügbarkeit für Dritte / res nullius?
- Körper als blosses Ding oder mehr als das? → Fragmentierung des Körpers
- Phoenix-Beispiel: Gesamte Gattung im Individuum aufbewahrt (sie koinzidieren)
 - o Bei John Moore sind es die extrahierten Körperzellen

Personen- oder Eigentumsrecht

- Eigentumsrecht problematisch aufgrund der Kommerzialisierung
- Persönlichkeitsrecht problematisch, weil unverfügbar!

Kersten; Die Konsistenz des Menschlichen

- Intrinsischer vs. Extrinsischer Posthumanismus
 - o Intrinsischer Posthumanismus
 - Garantie der Menschenwürde: Doppelfunktion
 - Intrinsischer PH: Katalysator, um die Konsistenz des Menschlichen in individueller Autonomie zu überwinden
 - Extrinsischer PH: stabilisierender Faktor, um die Konsistenz des menschlichen zu wahren
 - Ziel: Autonome Steigerung subjektiver Fähigkeiten
 - Verweis auf Nietzsche: «Der Mensch ist etwas, das überwunden werden soll.» - alternativ: «Menschenbild soll überwunden werden.»
 - Erwartung: Veränderung der *conditio humana* → Hoffnung, dass der Mensch die Nachfolge des Menschen antritt
 - Risiken und Konflikte: Unterdrückung des alten Menschen durch den neuen Menschen (Solidaritäts- und Gerechtigkeitsfrage)
 - Kern der Auseinandersetzung: Frage nach der menschlichen Autonomie im Kontext technischer und wissenschaftlicher Entwicklung
 - Menschenwürde als Dynamisierungsfaktor (Legitimation der Selbsttechniken), vorher eigentlich eher als Einschränkung → Schubkraftumkehr → Schutz des Menschen vor sich selbst
 - Grenzen dieses Schutzes?
 - Morphologische Freiheit → Problem der gesundheitsrechtlichen Regulierungssysteme, die diese Entwicklung verlangsamen. Man ist auf Hilfe von Dritten (Arzt/Maschine) angewiesen

- Reproductive freedom: Freiheit, sich fortzupflanzen → Enhancements in diesem Bereich bergen das Possible-People-Dilemma: Mögliche Verletzte existieren noch nicht und werden im Fall des Verbots der Fortpflanzungstechnik nie existieren. Art. 1 GG → auch zukünftige Menschen und deren Menschenwürde betroffen? «Nur was mit hoher Präzision gekonnt wird, ist ethisch verantwortbar.»
- Hughes → «Next Left» als transhumane Mehrheit, die den demokratischen Transhumanismus in eine transhumane Demokratie überführt. Toleranz gegenüber nicht-cyborgs
- Extrinsischer Post- und Transhumanismus
 - Anerkennung autonomer Kompetenzen von Subjekten, die nicht mehr unbedingt menschliche Individuen sein müssen. (Tiere und Maschinen)
 - Autonomiesteigerung durch Neuversammlung einer postanthropozentrischen Gesellschaft
 - Hughes mit Transhuman Democracy (4 Status) – intrinsisch
 - Postanthropozentrische Gesellschaft – extrinsisch: kritischer Posthumanismus: Handlungsfähigkeit nicht-menschlicher Subjekte im Sinn von Aktanten
 - Diagnose statt Ziel: Autonomie als Selbstbestimmung ist keine Lösung, sondern nur eine Weiterführung des Problems: Frage nach der Anthropodizee (Bestimmung des Menschen angesichts seiner biologischen Offenheit und seiner moralischen Ambivalenz)
 - Schwierigkeit der anthropozentrischen Rechtebegründungen ist, dass menschliches Handeln erst als Ergebnis rechtlicher Konstruktionsleistungen zustande kommt.
- Autonome Steigerung subjektiver Fhk vs. Steigerung von autonomen Fhk
 - Intrinsischer Posthumanismus sieht die Menschenwürdegarantie als ein rechtlicher Dynamisierungsfaktor zur Überwindung des Menschlichen → Grenze: soziale Dimension von Selbsttechnik (Drittpersonenabhängigkeit)
 - Extrinsischer Posthumanismus wahrt die Menschenwürdegarantie die Konsistenz des Menschlichen im sozialen Umgang mit nicht-menschlichen Akanten → keine Instrumentalisierung
 - Matrix eines Humanismus nach dem Humanismus → Wahrung der Konsistenz des Menschlichen

Recht und Natur

Ausgangspunkt: Verhältnis von Recht und Natur

- Philosophische Fragestellung → **Ontologie** (Naturphilosophie)
 - «Lehre des Seienden» und Erkenntnis der Welt der Dinge
- Rechtliche Fragestellung → **Naturrecht** / Recht der Naturdinge
 - Objektive, unverfügbare Quellen des Rechts – Gegensatz: Positivismus
 - Rechtlicher Umgang mit nichtmenschlicher «Seinswelt»

Macron. «Wir sind im Krieg» - «guerre Sanitaire» → Corona-Virus

Francisco de Goya y Lucientes, Duelo a garrotazos, 1820-1823 (Bild)

- Zwei Männer bekämpfen sich mit Stöcken, aber stehen im Treibsand
- «Auf einmal finden sich die beiden Feinde im selben Lager wieder, und statt einander zu befehden, kämpfen sie jetzt gemeinsam gegen einen dritten Gegner.»
 - Begriff «Krieg» eher posthumanistisch als humanistisch

Bruno Latour: Vermischung zwischen Politik, Recht und Wirtschaft

- Die Welt besteht aus solchen Vermengungen

Laurence H. Tribe: Was spricht gegen Bäume?

- «Die weitverbreitete Auffassung, dass ein Gesetz dafür da ist, die individuellen Bedürfnisse in menschlichen Gemeinschaften zu regeln, könnte sich sehr wohl als ein unangreifbarer Glaubenssatz erweisen
 - Neigung an Bestrebungen festzuhalten

Naturethische Begriffe:

- Naturethik: philosophische Disziplin, die den ethischen Umgang mit der Natur behandelt
- Natur: Aussermenschlicher Teil der Welt, welcher nicht vom Menschen gemacht wurde, im Gegensatz zu Artefakten
 - Latour: Natur wird erst mittels Anerkennung durch wissenschaftliche Gesellschaften als solche definiert.
- Anthropozentrismus
 - Im extensionalen/moralischen Sinn: Nur der Mensch hat einen moralischen Status
 - Im epistemischen Sinn: Moralische Werte werden nur vom Mensch konstruiert

- Physiozentrismus
 - o Pathozentrismus: Berücksichtigung aller empfindungsfähigen Wesen
 - o Biozentrismus: Berücksichtigung aller lebendigen Wesen
 - o Radikaler Physiozentrismus: Berücksichtigung aller natürlichen Entitäten oder der ganzen Natur
 - o Epistemischer Sinn: Moralische Werte und Tatsachen gelten absolut (religiös)

Fall 3: Mineral King Valley (Sierra Club v. Morton)

- Nationalpark, in dem ein Disney-Land gebaut werden sollte.
- Der Sierra Club (Interessenschwerpunkt auf Bewahrung und Erhaltung der in diesem Lande vorhandenen Nationalparks etc.) klagte.
- Erstes Urteil wurde stattgegeben. Berufungsgericht wies die Klage wegen **fehlender Klagebefugnis** ab: Eigener wirtschaftlicher oder anderer Schaden nicht vorliegend. Oberster Gerichtshof bestätigte dieses Urteil: Sierra Club hat nicht dargelegt, dass er in seinen Aktivitäten oder in ihrem Freizeitvergnügen beeinträchtigt werden.

Problematik: Tatsächlich betroffene (Eigentümer von Häusern) können erkaufte werden. Das unbelebte Objekt kann indessen keine Klagebefugnis haben. → Should trees have standing?

Fall 4: «Huaraz» (Saul Luciano Lliuya v. RWE)

- See, der dazu neigt aufgrund der zunehmenden Gletscherschmelze (Klimaerwärmung) über das Ufer zu treten und die im Tal lebenden Personen zu gefährden.
- Klage gegen RWE wegen deren Beitrag zur Klimaerwärmung → Teilverantwortliche auch anteilig für die Kosten einstehen

Problematik: Beweis der adäquaten Kausalität ist hier unmöglich, ähnlich wie in Fällen des Waldsterbens, aber heute könnte man einen Anteil von RWE errechnen/schätzen.

- ➔ Paris Agreement begründet keinen Haftungsanspruch, aber eine gewisse Steuerung durch Rechtsmittel werden nach und nach angedeutet.

Fischer-Lescano: Natur als Rechtsperson

Naivitäten der Tier- und Naturrechtler

- Übertragung von Menschenrechten auf Tiere

- Konzeption des Rechtssubjekts, Subjektbegriff und die dazugehörigen Begriffe der Artikulationsfähigkeit und Vernunftbegabung müsste überdacht werden
- Diese Rechtspolitische Aufgabe den Staaten zu übertragen wäre ebenfalls naiv
 - Unzureichender Schutz, wenn dem Good Will der Staaten ausgeliefert

Personifizierung im Recht

- Etablierung von Rechtspersönlichkeit ist ein innerjuridischer Akt
- Hannah Arendt'sches Motiv: Exkludierte «Personen» inkludieren

Stellvertretung als «Grundkonstellation»

- Medientheorie: Dreiecksverhältnisse (immer Stellvertretung); Man muss immer Argumentieren um einen (imaginären) Dritten zu überzeugen
- Rechtliche «Realität ist Repräsentation.»

Ideologiefreiheit der Stellvertretung

- Dass juristische Personen vertreten werden, nicht-humane Personen jedoch nicht, ist ideologiefrei nicht zu begründen
- ➔ Einräumung des Personenstatus an nicht-menschliche Personen bietet sich an. Dies eröffnet die Möglichkeit, das Verhältnis des Rechts zur sozialen und ökologischen Umwelt weniger unrecht zu verhalten.
- ➔ Diversifizierung wäre ohne weiteres realisierbar, da der juristische Personenbegriff hinreichend abstrakt ist

Eindämmung der Vertretungsgewalt

- Spezielle Entwicklung der Rechte nicht-humaner Personen (nicht als in menschliche Individualrechte eingebettete Rechte)
- So wäre die Distanz von Vertrete und Vertretenem nicht aufhebbar, aber ihre destruktiven Potentiale wären eingedämmt
- Ins Zentrum des rechtlichen Diskurses

Grund- und Menschenrechtstexte sind hinreichend interpretationsoffen, um nicht-humane Rechtspersonen mit Klagerechten auszustatten.

- Anerkennung juridischer Personalität erlaubt eine Dissoziation von humanen und nicht-humanen Personenrechten
- Rechte nicht-humaner Personen würden somit nicht mehr als in menschliche Individualrechte konzipiert, sondern werden speziell auf die zu schützende Person entwickelt
 - Schärfung der Unterschiede von humanen und nicht-humanen Personen

- Sensitivität für die Unvertretenen und das Exkludierte
- Einbeziehung nicht-humaner Personen rechtsdogmatisch geboten
- Natur und Tiere haben als nichthumane Rechtspersonen autonome Rechte, die assistiert durch humane und kollektive Personen auch im Verwaltungsprozess durchsetzen können

Recht und Moral

Ausgangspunkt: Verhältnis von Recht und Moral

- Als philosophische Fragestellung: *Praktische Philosophie*
 - Moralphilosophie: Bewertung des Handelns
 - Moral vs. Ethik?
 - Synonyme Verwendung → Philosophie der Sitten
 - Differenzierung → Ethik als Reflexionstheorie der Moral
 - Ethik des «guten Lebens» / moralphilosophische Letztbegründungen
- Als rechtliche Fragestellung: *Recht als Moralordnung?*
 - Rechtsethik als rechtsphilosophische Lehre vom richtigen Recht (Kirste)
 - Juristischer Diskurs → Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses («Sonderfallthese», «Moralthese»)
 - Recht als (neutralisierendes) «funktionales Äquivalent» für Moral zur Sicherung der «Freiheit des Einzelnen, sich die Bezugsgruppen für Selbstachtung und moralische Kommunikation selbst zu wählen» (Luhmann)

Fall 5: «Terror»

- Dichterische Freiheiten: Zuschauervotum als Legitimation zum Recht für einen Verstoß gegen die Verfassung würde Sorgen bereiten. Generell überzeugt das Theater aus einer rechtsdogmatischen Perspektive nicht zu überzeugen.
 - Was wenn die Passagiere in der Lage gewesen wären, das Attentat zu verhindern
 - Problematik der Entfremdung vom Verfassungskonsens
- Aufopferung und Menschenwürde
 - Die gekidnappten Passagiere haben keinen Ausweg. Sie sind ein Objekt dieser Situation. Der Staat würde sie bei einer «Rettungsaktion» ebenfalls als solche behandeln
 - Objektformel beinhaltet aber das Degradieren zum *blossen* Objekt

- Herstellung eines Zusammenhangs zwischen Menschenwürde und Selbstbestimmungsfähigkeit
- Die Ermächtigung zum Abschuss des Flugzeugs würde, wenn überhaupt, nur von staatlichen Organen unter Bedingungen maximaler Überwachung genutzt werden und würde den Eintritt einer solchen Situation unwahrscheinlicher machen und hätte kaum eine motivationelle Missbrauchs- oder sonstige Ausuferungstendenz in sich.
 - Es handelt sich um einen Extremfall!
 - Misst das GG wirklich jedem Leben unendlichen Wert zu und führt keine Abwägung von Leben dazu, dass das von vielen überwiegt?
- Lösung: Aufhebung der Dilemma-Situation

Niklas Luhmann

Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?

- Folter-Dilemma: Terrorist, der weiss wo die Bombe ist
- Fragestellung: Unverzichtbare Rechte oder Relativierung durch Folgenbewertung
 - Soziologe interessiert sich nur für das Problem an und für sich
 - «Man könnte es nur falsch machen.» → tragic choice (Recht-Unrecht-Frage)
 - «Man ist in diesem Beispiel im Unrecht, wenn man zwischen Recht und Unrecht unterscheidet
 - Ziel: Eine für die moderne Gesellschaft angemessene Formulierung des Problems
- Juristen setzen beim Normbegriff eine besondere Existenzweise voraus: «Geltung»
 - Unterscheidung von Normen und Tatsachen
 - Geltung impliziert das Durchhalten von Erwartungen, auch wenn sie enttäuscht werden
 - Welchen Belastungsproben ist die Akzeptanz solcher Normen gewachsen? (Terrorist-Atombomben-Konstellation)
- Kulturelle Erfindung der Normativität als Realitätsverdoppelung
- Grundüberlegungen
 - Konstruktionen und Unterscheidungen von Realitäten (am Beispiel von Kunst)
 - Fiktionale Ordnung um von dort die normale Wirklichkeit zu betrachten
 - oder es wird eine Sehnsucht geweckt nach etwas, was fehlt ohne dass man es bisher vermisst hat

- «Hinter der Vorstellung eines vorganglosen Ursprungs (des Rechts) verbirgt sich aber die Paradoxie einer Entscheidung, die eine Alternative konstruiert, in der sie selbst nicht mehr vorkommt.
 - Metapher der Rechtsquelle (Ursprung) als *Reflexionsstopp*
 - Den Entscheider der Entscheidung unsichtbar machen
 - Werte Gelten in der Kommunikationsweise der Unterstellung («Rauchen ist ungesund» → Wir unterstellen, dass Gesundheit geschätzt wird)
- Werte als (unbegründete) Mittel des «*Reflexionsstopps*»
- Es gibt keine Hierarchie der Werte (Wertkollisionsregeln)
 - Vorzugs-Frage nur bezogen auf den jeweiligen Gegenwert bestimmt
 - Ersatzlösung, die schon praktiziert wird = Paradoxie
 - Unverzichtbarkeit der Norm = Autopoiesis des Systems
 - «Selbsterschaffung und Erhaltung»
 - Autopoiesis des Rechtssystems
 - Selbstreferentielles autopoietisches System, dass sich selbst bei seiner Reproduktion voraussetzen muss, also sich selbst unterscheiden muss
 - Immer noch: Problem der tragic choices / Recht zur Rechtswidrigkeit
 - Lösungsansätze:
 - Zulassung der Folter durch international beaufsichtigte Gerichte, Fernsehüberwachung in Genf oder Luxemburg, telekommunikative Fernsteuerung, Verschiebung der Unterscheidung Recht/Unrecht in die Option des Opfers, held oder Verräter zu sein.
 - Menschenrechte: «Freiheit» und «Gleichheit» sind paradox, da sie ihr Gegenteil einschliessen
 - Normengenerierende Potenz / Frage nach der Funktion von Moral & funktionalen Äquivalenten → Anschlussrationalität, Recht, Liebe
 - Generalisierung von Verhaltensprämissen durch Spezifizierung von Erwartbarem und damit Entscheidung, was nicht erwartet werden kann.
 - Ausgesiebte Erwartungen können auch solche der Moral sein
 - Recht sichert die Freiheit des Einzelnen, sich die Bezugsgruppen für Selbstachtung und moralische Kommunikation selbst zu wählen.

- Beziehung zwischen Personen (Ego-Alter) als Problem der *doppelten Kontingenzt*:
 - Ego und Alter haben unendlich viele Handlungsmöglichkeiten (Kontingenzt)
 - Beide wissen, dass der andere unendlich viele Handlungsmöglichkeiten hat
 - Beide wollen ihr eigenes Handeln, vom anderen unabhängig machen, wissen aber, dass sie beide selbst für den anderen «alter Ego» sind
- ➔ Doppelte Kontingenzt: Kontingenzt wird verdoppelt, wenn auf beiden Seiten Unsicherheit darüber besteht, was die jeweils andere Seite tun wird und dadurch das eigene Handeln unbestimmt wird
 - Problem der Doppelten Kontingenzt
 - Unwahrscheinlich, dass eigenes Handeln überhaupt Anknüpfungspunkte (Sinnggebung) im Handeln anderer findet; denn die Selbstfestlegung würde voraussetzen, dass andere sich festlegen, und umgekehrt.
 - Lösung: Stabilisierung von Verhaltenserwartungen (Normen im Sinne gegenseitiger Erwartungen sowie «Erwartungserwartungen»)
- ➔ Funktion der Moral
 - Achtung als Grund der Moral (kommunikative Zuteilung von Achtung/Missachtung)
 - Freiheit als euphemistische Bezeichnung für Kontingenzt des Handelns
 - Moral ist somit eine Folge der Freiheit

Freiheitsbegriffe

- Freiheit als
 - Handlungsfreiheit/Willkür
 - Thomas Hobbes, Leviathan: Abwesenheit aller äusseren Hindernisse
 - Private Autonomie (Selbstgesetzgebung und -bindung)
 - Immanuel Kant: «Der Wille ist in allen Handlungen sich selbst ein Gesetz.»
 - Sozialautonomie (Selbstreferenz und -reflexivität)
 - Eike Schmidt: gesellschaftliche Selbstregulierung jenseits der traditionellen individuellen Privatautonomie

- Soziale Aspekte, die Allgemeinanspruch erheben, lassen sich nicht dogmatisch absichern, weil sie sich nicht in ein bereitliegendes Programm einpassen lassen. Gleichwohl sind sie Rechtsforderungen, wenn man den Sozialstaatsgedanken ernst nimmt.
- Freiheit als Bestandteil des Rechts
 - Rechtsbegriffe
 - Materiale Rechtsbegriffe (Regelungsinhalt)
 - Recht als Ausdruck von Gerechtigkeit (Aquin)
 - Wertbezogene Rechtsbegriffe (Scheler, Radbruch, ...)
 - Funktionale Rechtsbegriffe (Luhmann)
 - Verhaltensbezogene Rechtsbegriffe
 - Recht als Regelung der negativen Freiheit (Hobbes, Kant)
 - Recht als Regelung der positiven Freiheit (Rousseau, Hegel)
 - Formale Rechtsbegriffe (Entstehung, Wirksamkeit)

Kants Funktionalisierung der Person (als Träger von Rechten und Pflichten):

- **Person:** Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind.
 - **Moralische Persönlichkeit:** Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen
 - **Psychologische Persönlichkeit:** Sich seiner selbst in den verschiedenen Zuständen, der Identität seines Daseins bewusst zu werden
- Folglich: Person ist keinen anderen Gesetzen, als denen, die sie sich selbst gibt, unterworfen.

Rechtsökonomie

= Untersuchung des Rechts mit ökonomischen Methoden → economics

- Auseinandersetzung mit Knappheitsproblemen im Recht
- Wie ist die Wirkung von einer Rechtsnorm

Positive Ökonomie → Ursache-Wirkung-Relationen (deskriptiv)

Normative Ökonomie → Gerechtigkeitsfrage, Effizienzorientierung, Ethik (präskriptiv)

Methodologischer Individualismus → Reaktion des Individuums auf wirtsch. Veränderungen

Grenzen ökonomischer Anreiz → Intrinsische vs. extrinsische Motivation

Analysemethoden und -Konzepte

Homo oeconomicus – Neoklassischer Ansatz: 3 Annahmen

- **Rationalitätsannahme**
 - Individuen sind fähig nach ihrem Vorteil zu handeln (Nutzen-Maximierung)
- **Eigennutztheorem**
 - Individuen wählen zwischen mehreren Alternativen, die für sie nützlichste
- **Unbegrenzte Willenskraft**
 - Individuen sind Imstande, ihre Entscheidungen in die Tat umzusetzen

Gegensatz dazu:

Verhaltensökonomie – behavioural economics

- **Beschränkte Rationalität**
 - Mensch handelt beschränkt rational (insb. in schwierigen Situationen)
- **Einschränkung des Eigennutztheorems**
 - Mensch handelt manchmal uneigennützig (fair)
- **Begrenzte Willenskraft**
 - Verhalten wird durch akute und intensive Triebe beeinflusst

Zwei Denksysteme nach Kahnemann

- Intuitiver Denkmodus I → Automatisch und schnell, ohne Bemühen oder Wille
 - Rationaler Denkmodus II → Bemühen mentaler Aktivitäten, Wahl, Konzentration
-

Heuristics and Biases

Heuristics → Faustregeln (Helfen bei komplexen Entscheidungssituationen)

Biases → Verzerrungen (Fehleinschätzungen)

- Rückschaufehler, Ankereffekt, Bestätigungsfehler, Verlustaversion, Präferenz des Ist-Zustandes, Besitzeffekt, Darstellungseffekt

Hier Anzumerken: Nudging

- Nudging = Lenkung der Entscheidungen eines Individuums
 - o Bspw. Standardeinstellungen oder Organspende Regelung
- + Anreize

Pro	Contra
-Schutz vor Fehlentscheidungen -Wahlfreiheit bleibt bestehen -Mildes Mittel der Verhaltenssteuerung -Kann gesellschaftliche Wohlfahrt erhöhen	-Manipulativ und intransparent -In welchem Interesse wird «genudged»? -Auch der «Nudger» kann kognitiven Täuschungen unterliegen -Sind die Interessen der Individuen in gewissen Bereichen überhaupt im Vordergrund (bspw. Politischer Diskurs) -Oftmals wären auch private Lösungen möglich

Darstellungseffekt und Verlustaversion

- Dorf, welches von einer Grippe heimgesucht wird
 - o 2 Impfprogramme mit je zwei Formulierungen, die eigentlich die gleiche Wirkung haben, aber je nach Formulierung besser oder schlechter klingen
 - o Art und Weise der Präsentation entscheidend
 - o Menschen gewichten Verluste stärker als Gewinne

Nudging durch dispositives Vertragsrecht?

- Recht, welches ich kraft dispositiven Recht besitze wird von mir höher bewertet und nur gegen eine relativ hohe Gegenleistung aufgegeben – Verlust der durch das Aufgeben des Rechts hingenommen werden muss wiegt höher als der potentielle Gewinn aus der alternativen Regelung → Ankereffekt «stickiness»

Präferenz des Ist-Zustands und Besitzeffekt

- Probanden, denen zwei verschiedene Vertragsentwürfe vorgelegt werden
 - o Der eine mit Konventionalstrafe zugunsten des Probanden, der andere ohne jegliche Konventionalstrafe
 - o Die Bereitschaft die Konventionalstrafe aufzuheben, war nur gegen eine relativ hohe Entschädigung vorhanden → Besitzeffekt
 - o Es bestand ein geringes Interesse daran, eine Konventionalstrafe aufzuheben → Präferenz des Ist-Zustands

Fazit

- Aufgrund von Heuristics und Biases treffen Individuen Entscheidungen, die nicht in ihrem eigentlichen Interesse oder dem der Gesellschaft liegen → Dies sind die Erkenntnisse der Verhaltensökonomie

Lösung

- Der Staat soll Individuen helfen, bessere Entscheidungen zu treffen, ohne dabei Zwang anzuwenden, sondern Nudges um die grundsätzliche Wahlfreiheit dem Individuum zu lassen
 - = libertärer Paternalismus
 - ≠ Harter Paternalismus (keine autonomen Entscheidungen)

Die unsichtbare Hand

Individuum verfolgt eigenes Interesse → Das Gemeinwohl wird gefördert

- Optimale Produktmenge, -Qualität und -Verteilung

Aber: Marktversagen

- Arten
 - o Öffentliche Güter (Nicht-Ausschliessbarkeit und Nicht-Rivalität im Konsum)
 - o Externalitäten (Luftverschmutzung, Lärm, etc.)
 - o Marktmacht (Monopole, Kartelle, etc.)
 - o Asymmetrische Informationen (Arzt, Automechaniker, etc.)

Gefangenendilemma

Eigennütziges Verhalten schaden in diesem Beispiel beiden Parteien, also dem Gemeinwohl, wenn dieses Verhalten sanktioniert würde, würde auch öfters kooperiert werden.

- Hier ist vor allem das fehlende Vertrauen gegenüber dem Anderen ein Problem

Effizienzbegriffe

- **Pareto-Effizienz** = Besserstellung einer Person, ohne dass eine andere Person schlechter gestellt wird
- **Kaldor-Hicks-Effizienz** = Erhöhung des gesellschaftlichen Nutzens (Kompensation der Gesamtkosten inklusive Überschuss an Nutzen)

Folgenorientierung im Recht

In der Rechtssetzung → Art. 170 BV (Massnahmen des Bundes auf Wirksamkeit zu prüfen)

Art. 141 ParlG → Botschaften des BR müssen ... Angaben zu den Auswirkungen auf die Wirtschaft enthalten

George J. Stigler:

- Aufgaben der Theorie der Wirtschaftsregulierungen
 - o Wer profitiert/leidet?
 - o Welche Form hat die Regulierung?
 - o Welcher Effekt kommt auf die Zuweisung der Regulierung?

5 Prüfpunkte der Regulierungsfolgenabschätzung

- Notwendigkeit und Möglichkeit staatlichen Handelns (Marktversagen-Staatsversagen)
- Auswirkungen auf die einzelnen gesellschaftlichen Gruppen
- Auswirkungen auf die Gesamtwirtschaft
- Alternative Regelungen (mildere Mittel)
- Zweckmässigkeit im Vollzug

Folgen richterlicher Entscheidungen

Rechtsfolgen: Durch Rechtsätze an bestimmte Voraussetzungen geknüpft

Realfolgen: Tatsächliche Folgen der Geltung und Anwendung von Rechtssätzen

Mikrorealfolgen: für die vom Urteil direkt Betroffenen

Makrorealfolgen: für die gesamte Gesellschaft

Luhmanns Argumente gegen die Folgenorientierung in der Rechtsanwendung

Richter als Subsumtionsautomat

1. Gefährdung der Rechtssicherheit
2. Gefährdung der Rechtsgleichheit
3. Überforderung der Gerichte
4. Gefährdung der richterlichen Unabhängigkeit

Ökonomische Argumente in der Rechtsanwendung (ÖAR)

Problem: ÖAR kommt aus dem common law, wo im Zivilrecht überwiegend Richterrecht herrscht – bei uns gilt aber kodifiziertes Recht!

Voraussetzung:

- Explizite Anweisung des Gesetzgebers, die Wirtschaftlichkeit zu berücksichtigen
- Legitimation: Im Moment nur im engen Rahmen möglich → teleologische Auslegung

Gegenargument: Methodenpluralismus lässt die Tür offen, bei verschiedenen Alternativen die Wirtschaftlichkeit als Auslegungshilfe zu nehmen. → Myozyme-Fall

Das Coase-Theorem

Fabrik produziert Rauch, der die Wäsche von fünf Anwohnern verschmutzt

- Gesamter Schaden = 5'000 CHF
- Schornsteinfilter kostet 1'000 CHF
- Wäschetrockner kostet 600 CHF 2 Varianten (mit/ohne Transaktionskosten)

Allokation ohne Transaktionskosten

- Anwohner haben das Recht auf saubere Luft
 - o 3 Möglichkeiten für die Fabrik
 - Schadenersatz / Wäschetrockner zahlen / **Filter kaufen**
- Fabrik hat das Recht auf Verschmutzung
 - o 3 Möglichkeiten für die Anwohner
 - Schaden hinnehmen / Wäschetrockner kaufen / **Filter bezahlen**

Ergebnis ohne Transaktionskosten → *Es stellt sich immer das effizienteste Ergebnis ein!*

- Effizienzthese: das Ergebnis ist effizient
- Invarianzthese: gleiches Ergebnis, unabhängig von der Zuteilung der Verfügungsrechte

Allokation mit Transaktionskosten

- So haben die Anwohner bei den Verhandlungen mit der Fabrik Transaktionskosten, womit für sie das effizientere Ergebnis wäre, die Wäschetrockner zu kaufen (3'000), wobei die Fabrik einen Filter für nur 1'000 kaufen könnte.

Ergo: Die Effizienz- und Invarianzthese gelten nicht!

- Mit Transaktionskosten stellt sich nicht immer ein effizientes Ergebnis ein
- Die Zuteilung der Verfügungsrechte kann bezüglich der Effizienz eine Rolle spielen

Aufgabe des Rechts

- Klare *Zuteilung* der Verfügungsrechte
- *Minimierung* der Transaktionskosten
- Falls Transaktionskosten dennoch zu hoch → effiziente *Zuteilung* der Verfügungsrechte

In casu sollte den Anwohnern das Recht auf saubere Luft zugeteilt werden (effizienter)

Das optimale Emissionsvermeidungsniveau

Beim Schnittpunkt der Grenzvermeidungskosten und der Grenzschäden

- Ergo: Die Vermeidungskosten dürfen die möglichen Schäden nicht übersteigen und umgekehrt → am effizientesten

Umweltabgabe (Pigou-Steuer) als Alternative zu Coase

Fabrik und Fischer am Fluss. Die Fabrik leitet das aus der Produktion entstehende Abwasser in den Fluss, was die Gewinne des Fischers verringert (negativer externer Effekt). Ohne Regulierung wird die Fabrik in ihrer Entscheidung, ob sie mehr produzieren soll, den Fischer nicht berücksichtigen → Gesamtwirtschaftlich ineffizient

Die Pigou-Steuer ist im Idealfall pro Einheit gleich hoch wie die Gewinneinbusse des Fischers, so muss die Fabrik die Steuer (also die Einbusse des Fischers stellvertretend) beachten.

Cap-and-Trade vs. Command-and-Control

Emissionsrechtshandel → **Obergrenze** an Emissionen innerhalb eines konkreten **Gebiets** und eines konkreten **Zeitraumes** politisch festgelegt. Umweltzertifikate ausgegeben, die zur besagten Emission **berechtigten**. Preis ist von der Nachfrage bestimmt und frei **handelbar**. Emissionen, die **ohne emissionsrecht** erfolgen, werden mit einer **Strafe** belegt.

- Anreiz für jene Akteure, denen die Einsparungen besonders leichtfällt, ihre Emissionen am stärksten zu reduzieren
- Marktpreise für bestimmte Produkte steigen, dadurch erhalten die Verbraucher entsprechende Signale zum sparsamen Umgang mit umweltschädigenden Produkten

Rechtliche Massnahmen

Interventionsgrad steigend

1. Monitoring	
2. Information und Aufklärung	Moral Suasion
3. Verhaltenssteuerung durch andere Stupser	
4. Verhaltenssteuerung durch Default-Lösungen	Nudging
5. Verhaltenssteuerung durch positive Anreize (Subventionen)	
6. Verhaltenssteuerung durch negative Anreize (Abgaben)	Anreize
7. Restriktion der Wahlmöglichkeiten	
8. Vollständiges Verbot oder absolute Zwangslösung	Gebote/Verbote

Nachhaltige Entwicklung

Brundtland-Definition:

- Sustainable development ist development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs
 - o Intergenerationelle Gerechtigkeit
 - o Intragenerationelle Gerechtigkeit (Heute und Zukunft – Nord-Süd – Reich-Arm)
 - Kompromissformel
- Drei Pfeiler der Brundtland-Definition
 - o Ökonomische Dimension (wirtsch. Entwicklung und Bedürfnisbefriedigung)
 - o Ökologische Dimension (Umweltschutz)
 - o Soziale Dimension (inter- und intragenerationelle Gerechtigkeit)
- Kritik
 - o Ökologische Dimension sollte Vorrang haben!

Starke und schwache Nachhaltigkeit

- **Schwach:** Naturkapital, Maschinenkapital, Humankapital müssen konstant sein
 - o Naturkapital kann also substituiert/kompensiert werden
 - o Kritik: Was nützen Fischerboote ohne Fische

- **Stark:** Naturkapital ist konstant
 - o Naturkapital ist nicht substituierbar
 - o Insbesondere die Erhaltung «kritischen» Naturkapitals

Anwendung: Privatrecht

Perspektiven auf das Haftpflichtrecht

Juristische Betrachtungsweise	Ökonomische Betrachtungsweise
Beurteilung ex post	Beurteilung ex ante
Regelung von Ersatzansprüchen aus Schäden	Beeinflussung des zukünftigen Verhaltens
Ausgleichsgedanken im Vordergrund	von Schädigern und Geschädigten
- Rückschaufehler?	Effizienzparadigma

«Hand Rule» als Sorgfaltsmassstab im Haftungsrecht

- Ob das Schiff sich von seinem Liegeplatz losreisst und andere schädigt
- 3 Variablen
 - o Wahrscheinlichkeit, dass der Schaden eintritt P
 - o Kosten des resultierenden Schaden L
 - o Kosten der erforderlichen Vorsichtsmassnahmen B
- $B < L \times P$
- Kosten der Vorsichtsmassnahme müssen kleiner sein als der potentielle Schaden mal die Wahrscheinlichkeit dessen Eintritts

Asymmetrische Informationsverteilung

- Ausgangslage: Agent ist besser informiert als der Prinzipal
 - o Hidden characteristics
 - o Hiddne information
 - o Hidden action
 - o Hidden intention
- **Gefahr:** Agent kann seinen Entscheidungsspielraum opportunistisch gegen den Prinzipal ausnützen
 - o Adverse selection → negative Auslese → Marktversagen
 - Lösungsansätze: screening, signalling, self selection

- Moral hazard
 - Agent kann die Informationsasymmetrie zu Ungunsten des Prinzipals für seine eigenen Zwecke ausnützen (als Versicherter leichtsinnig verhalten)
 - Lösungsansätze: Selbstbehalt des Versicherungsnehmers, Leistungsprämien oder Akkordlohn des Arbeitnehmers
- Hold up
 - Gegenseitige Abhängigkeit kann von der stärkeren Partei ausgenutzt werden (der leichter auf andere Vertragspartner ausweichen kann)
 - Lösungsansätze: Abhängigkeiten vermeiden (Diversifizierung), andere Partei von sich abhängig machen

Anwendung: Strafrecht

Mikroökonomie - Der rationale Delinquent

- Jemand begeht eine Straftat, wenn der dadurch erwartete Nutzen die erwarteten Kosten übersteigt (Kosten-Nutzen-Analyse)

Massnahmen zu dessen Beeinflussung

- Höhere Strafen / Wahrscheinlichkeit gefasst zu werden
- Situationelle Bedingungen ändern: Erschwerung des Zugangs zu Waffen/Tatort etc. – soziale Kontrolle und Überwachung
- Opportunitätskosten erhöhen (legale Beschäftigungsmöglichkeiten verbessern)
- Behavioural Economics: Lernprozesse fördern, Willenskraft stärken

Optimale Kriminalitätsrate – Wohlfahrtsökonomie

Optimale Kriminalitätsrate ist dann erreicht, wenn die gesamten gesellschaftlichen Kosten der Kriminalität minimal sind.

- Gesellschaftliche Kosten
 - Schäden aus Delikten
 - Kosten der Bekämpfung von Delikten

Todesstrafe

Die abschreckende Wirkung der Todesstrafe wurde empirisch untersucht

- Sellin → Gesamtergebnis: keine abschreckende Wirkung
- Ehrlich → Je höher die Wahrscheinlichkeiten, desto abschreckender ist die Todesstrafe

Naturalistischer Fehlschluss

- Bezeichnet den Versuch aus faktischen Gegebenheiten (Sein) allein auf normative Aussagen (Sollen) zu schliessen.

Drogenmarkt

- Staat zur Bekämpfung der Drogen-Kriminalität verschärfte Massnahmen
 - Drogenhändler müssen ihr Angebot zurückschrauben und mehr verlangen (Risiko)
 - Für den Gelegenheitskonsumenten → Verringerung des Konsums
 - Bei Drogenabhängigen Personen → kontraproduktive Wirkung
 - o Höhere Preise erfordern mehr Budget
 - o Kriminelle Mittel um sich die Drogen leisten zu können
- ➔ Legalisierung und Regulierung könnte ein Ende des «Drogen-Krieges» bedeuten.

Anwendung: Öffentliches Recht**Verfassungsökonomie**

- Festlegung allgemeiner Regeln einer staatlichen Rahmenordnung
 - o Gesellschaftlicher Grundkonsens
- ➔ Verfassungsökonomie
- Laufender politischer Prozess
- ➔ «public choice»

Grundlagen der ökonomischen Verfassungstheorie

- Zentrale Frage:
 - o Wie muss die staatliche Rahmenordnung beschaffen sein, damit die freien Individuen möglichst grosse Entfaltungsmöglichkeiten haben?
- Zwei Ansätze
 - o Evolutionärer Ansatz (Hayek)
 - o Vertragstheoretischer Ansatz (Buchanan + Nozick)

Friedrich August von Hayek:

- Die meisten gesellschaftlichen Regeln sind nicht bewusst erfunden worden
- Durch allmählichen Prozess von Versuch und Irrtum entstanden
- Recht als spontane Ordnung von Regeln gerechten Verhaltens (evolutionär) ➔

- Kritik am rationalistischen Konstruktivismus, weil der **Planer** die Konstruktionselemente und **Gesetzmässigkeiten der Ordnung grösserer Gesellschaften weder kennt noch kennen kann.**
- Gegenteilige Behauptungen basieren lediglich auf einer Anmassung von Wissen

James M. Buchanan

- Ökonomen sollten nicht wirtschaftlichen Rat geben, sondern die Struktur betrachten, in der politische Entscheidungen gemacht werden
- Regeln zur Begrenzung des möglichen Missbrauchs der Staatsmacht
 - Staatsverschuldung: Gefahr des Anwachsens der Staatsverschuldung bei antizyklischer Fiskalpolitik, deshalb Einführung von Schuldenbremsen
 - Zweckbindung von Steuern: Zwingt Regierung an die Präferenzen der Bürger zu orientieren

Public Choice

Arrow: Präferenzaggregation

- Präferenzen der Individuen lassen sich **nicht widerspruchsfrei zu einer gesellschaftlichen Wohlfahrtsfunktion zusammenfassen**
 - Widersprüche innerhalb einer Gesellschaft (kein widerspruchsfreier Konsens)
-

Downs: Parteienwettbewerb

- Politiker verfolgen grundsätzlich nicht das gesellschaftliche, sondern das eigene Wohl
 - Nur die Konkurrenz zwischen verschiedenen Parteien sorgt für die Berücksichtigung der Wählerwünsche
-

Buchanan/Tullock: Verfassung

- Verhalten von Individuen/Gruppen: **wesentlich durch die Verfassung bestimmt**
-

Olson: Gruppen

- Trittbrettfahrerproblem → Bedingungen unter denen sich Gruppen organisieren, um öffentliche Güter anzubieten
-

Niskanen: Bürokratie

- Nicht ausschliesslich am gesellschaftlichen Wohl, sondern an ihrem Einkommen/Karriere und angenehmen Leben interessiert
-

→ **Fazit: Menschen verhalten sich auch im politischen Raum rational und eigennützig**

Public Interest Theory

- **Regulierungen** entstehen, indem der Gesetzgeber Interessen der Öffentlichkeit aufgreift und in Gesetze giesst
- **Annahme:** Damit Märkte gerechte und effiziente Ergebnisse erzeugen können, bedarf es der staatlichen Regulierung

Capture Theory

- Regulierungen sind das Ergebnis von Interessengruppen und Lobbyisten, die ihre Interessen besser oder schlechter durchsetzen können
- Rent Seeking

Rechtstheorie

Gegenprogramm zur Rechtsphilosophie

- Analyse von Rechtsnormen; Wodurch zeichnen sie sich aus?
 - o Beobachtung zweiter Ordnung → Beobachtung einer Beobachtung

Unterscheidung zwischen Fakten und Normen (Ehrlich)

- Erstes Recht in der Gesellschaft → Juristenrecht ist daraus abgeleitet
- Systemtheorie: Grenzen des Rechts?
 - o Keine Unterscheidung zwischen Sein und Sollen, weil das Sein durch das Sollen konstruiert wird → Zusammenhang zw. Gesellschaftstheorie und Rechtstheorie
 - o Frage nach der Einheit und Unterscheidung zu anderen Systemen
- Luhmann: Recht stabilisiert gesellschaftliche Erwartungen

Art. 1 ZGB

Beantwortet die Frage, nach welcher Rechtsnorm das Gericht entscheiden muss, wenn es einen konkreten Rechtsfall zu beurteilen hat → **Rangordnung** der verschiedenen Rechtsquellen

- Gesetzesrecht, Gewohnheitsrecht, Richterrecht

Zudem wird der Vorgang der Rechtsfindung beschrieben: **Drei-Ebenen-Modell**

- Auslegung (secundum legem)
- Gesetzesergänzung (praeter legem)
- Gesetzesberichtigung (contra legem) → Problematisch bezüglich Gewaltenteilung
 - o Unterschied echte und unechte Lücke entscheidend!

Modell der Rechtsfindung <small>Schema!</small>		
Gesetzesanwendung/ Auslegung	"Das Gesetz findet auf alle Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält"	Gesetz als primäre Rechtsquelle (Legalitätsprinzip)
↓	↓	↓
Gesetzesergänzung	"Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht..." ⇒ Echte Lücke bzw. Lücke intra legem	Gesetzeslücken ⇒ Lückenfüllung durch Gewohnheits- und insbesondere Richterrecht (sekundäre Rechtsquellen), in gewissen Fällen auch nach richterlichem Ermessen (ZGB 4)
Gesetzesberichtigung	Die Massgeblichkeit des Gesetzes schliesst eine Normkorrektur grundsätzlich aus ⇒ Ausnahme: Vorliegen einer sog. unechten Lücke	

➔ Legalitätsprinzip (Ausdruck der Gewaltenteilung)

- Ausgangspunkt der **Rechtsfindung** ist also immer das Gesetz
- Gerichte sollen Gesetze umsetzen, nicht schaffen
 - Handlungsspielraum! (Lückenfüllung, Auslegung)
 - Möglichkeit: Bei Rechtsmissbrauch, die Durchsetzung zu verweigern

Ausgangspunkt der Auslegung: Wortlaut

- **Wortlaut** als unvollkommener Ausdruck des gesetzgeberischen Gedankens
- **Auslegung** = Ermittlung des Inhaltes eines gesetzgeberischen Gedankens
 - Frage nach dem Sinn/Bedeutung einer gesetzlichen Anordnung
 - Grund: Schrift ist unvollkommen/undeutlich (Amtssprachen)

Auslegungselemente

- Grammatisches (Wortlaut)
- systematisches (Gefüge des Gesetzes)
- historisches (subjektiv/objektiv)
- teleologisches (Zweck)

➔ **Methodenpluralismus**

- keine Prioritätsordnung
- Untereinander in Beziehung
- Abwägung: überzeugend/gerecht

Gesetzeslücken

- Fehlen einer erforderlichen gesetzlichen Anordnung
- Ausnahmen:
 - Wenn der Gesetzgeber eine Frage nicht als Rechtsfrage behandeln will
 - Qualifiziertes Schweigen

- Arten
 - Intra legem → Antwort, aber nicht zur Lösung tauglich (**Delegationslücken**)
 - Verweisungen, Generalklauseln, Erkenntnislücken
 - Füllung durch **Gesetzesergänzung**
 - Praeter legem → Alle anderen Lücken
 - **Echte (gesetzsystematische Lücken)**
 - Keine Antwort auf eine Rechtsfrage
 - Füllung durch **Gesetzesergänzung** nach ZGB 1 II
 - Gewohnheitsrecht
 - Lang andauernd
 - Auf Rechtsüberzeugend Beruhend
 - Gemein-schweizerische Übung
 - Richterrecht
 - Keine gewohnheitsrechtliche Norm
 - Modo legislatoris (wie der Gesetzgeber)
 - **Unechte (rechtspolitische Lücke)**
 - Völlig unbefriedigende Antwort
 - Füllung durch **Gesetzeskorrektur** nach ZGB 2 II

Problem der richterlichen Rechtsfortbildung

Zwei Arten des Richterrechts:

- Gebundenes Richterrecht → «Zu Ende denken» einer Norm (bspw. Analogieschluss)
- Gesetzesübersteigendes Richterrecht

Textverständnis der herrschenden Methodenlehre

Botschaften kommen verstümmelt an, weil sie durch Schrift übermittelt wird

- Verlust, weil Absender und Botschaft getrennt werden
- Platonisches Textverständnis: Nachrangigkeit der Schrift gegenüber der Sprache

Schrift ist defizitär

- Derridas: Schrift als Grundmodell jeglicher Kommunikation
 - Schrift ist originär (Amstutz) – Adressat immer abwesend

Ergo: Botschaft wird vom Absender getrennt

Schrift als Produkt eines Kommunikationssystems

- Keine Kontrolle über Entwicklung der Kommunikation (Ja = Bestätigung / Ablehnung)
 - o Vom Netzwerk anderer Kommunikationen bestimmt
- **Absender-Empfänger-Problem: Netzwerk anderer Kommunikation hat Einfluss auf meine Aussage**

Amstutz

Methodenpluralismus des Bundesgerichts kein logischer/sonstiger Denkfehler, sondern eine richterliche Notstandshandlung

- Methodenpluralismus = Übergangsemantik

1. Ordnung eines interaktiven Rechtspluralismus nach E. Huber

- Recht wird nicht durch das Gesetz geschaffen, sondern durch sie **widerspiegelt**
- Schaffung des Rechts bei Mächten, über die die **Gesetzgebung keine Macht** hat
 - o Gesellschaft schafft das Recht → Juristen Modifizieren → Staat kodifiziert

Garantie der Offenheit (Evolutionsfähigkeit) des Gesetzestextes mittels:

- Volkstümlichkeit der verwendeten Sprache
- Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln
- Institutionalisierung eines interaktiven Rechtspluralismus
 - o Gesellschaftsadäquanz als Ziel

Rechtsquellen interagieren miteinander und produzieren einen neuen Sinn → neues Recht

Interaktion ermöglicht eine **Rechtsquellenvernetzung und -verschleifung**

- Beispiel der Entwürfe und parl. Diskussionen über Art. 1 ZGB
 - o Divergenz zwischen Entwurf und dem fertigen Gesetz

Ergänzendes Gewohnheitsrecht	Usuelles Gewohnheitsrecht
Funktion: extra legem	Funktion: intra legem
Genese: in der Gesellschaft	Genese: Bildung im Gerichtsgebrauch durch richterliche oder wissenschaftliche Anregungen
Kennzeichen: Ursprung → Rechtsgenossen	Ursprung → Richter und Professoren

Etatistisches Rechtskonzept:

- Umfangreicher Begriff des Gewohnheitsrechts und Quellen überall in der Gesellschaft
- ➔ Ermöglicht, dass das Recht mit der Gesellschaft schritt halten kann; «Evolutionsfähig»

2. Umwandlung dieser Ordnung in eine der Gesetzeszentriertheit

Herrschende Doktrin: Rechtsstaatlichkeit im Mittelpunkt

Rechtsstaatlichkeit entscheidet über die Regeln der Rechtsfindung → Gesetz im Zentrum

Offenes Textverständnis (Huber) vs. Platonisches Textverständnis (Methodenlehre)

- Offenheit des Gesetzes wird meist als Mangel angesehen

Methodenlehre → Suche nach dem Sinn des Gesetzes (aufgrund der Textualität nicht eindeutig)

Perspektivenwechsel

Funktion der Methodenlehre nach Huber	Funktion der Methodenlehre von heute
Verwaltung der verschiedenen Interaktionen von staatlichen und gesellschaftlichen RQ - Gesetz = Spiegel des Rechts mit anderen Quellen	Recht kann nur aus dem Gesetz fließen Gesetzesauslegung + Lückenfüllung = Aufdeckung des vollständigen Sinnes - Angleichung des Gesetzes an Gesellschaft durch den Gesetzgeber

3. Zersprengung der Gesetzeszentriertheit durch den Methodenpluralismus (BGer)

Bundesgerichtlicher Methodenpluralismus mit 2 Merkmalen:

- Stabilisierung des Status Quo (Gesetzeszentriertheit als herrschende Lehre)
 - Erlaubt minimale Kongruenz zwischen Recht und Gesellschaft
- ➔ Paradoxe Leistung

Drei Interpretationen/Autorenmeinungen zum pragmatischen Methodenpluralismus

(HP Walter/Henri Torriore/W.R. Schlup)

- Gemeinsamkeiten dieser Autoren
 - o Ex facto ius oritur = aus dem Faktischen entsteht das Recht (auch Luhmann)
 - o Massstab für die Rechtsfindung nicht im Gesetz/Dogmatik, sondern in der **Gesellschaft** selbst!

Funktion der Juristischen Methodik nach Amstutz

«**Normative Erwartung** der Lebenswelt im Lichte des Textes einer bestimmten Norm zu analysieren und zu entscheiden, ob diese Erwartungen «juristisch schützenswert» sind.»

- These: Massstäbe juristischer Entscheidungen durch den Transfer von «social norms» aus der Lebenswelt in das Recht hinein → Pluralisierung von Rechtspraxis

Rolle der Anwälte nach Ehrlich

Überzeugung des Gerichts, dass die Gesellschaft das vertretene Interesse schützen will

- Schutz erlangen, der ihm bisher versagt war
- Schutz gegen Angriff erreicht, dem es bisher preisgegeben war

4. Kontextualisierung: Soziale Jurisprudenz

Soziologische Jurisprudenz ist keine Rechtssoziologie, sondern eine jur. Methode

= **Bemühen soziologische Einsichten für die Rechtsgewinnung nutzbar zu machen**

- Röhl

Begriffsjurisprudenz

- Selbstreferentielle Ableitung von Rechtsbegriffen aus Rechtsbegriffen
- Begriffsrealismus → Inversionsmethode

Gesetzespositivismus

- Subsumtionsdogma: Rechtsentscheidungen sind im Gesetz vorgezeichnet und können daraus abgeleitet werden

Aus der Verbindung von Gesetzespositivismus und Begriffsjurisprudenz

- Dogma der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung (auf jede Frage eine Antwort)

Freirechtsschule und Interessenjurisprudenz

- Gemeinsamkeiten
 - Glauben an die Lückenlosigkeit des positiven Rechts
 - Juristisches Arbeiten ist nie wertfrei
 - Berücksichtigung der sozialen Wirklichkeit bei der Rechtsfindung
- Freirechtsschule
 - Ehrlich: Lückenfüllung durch Rückgriff auf das lebende Recht
 - Richter hat Kenntnis der sozialen Realität
 - Kantorowitz: Rechtsfortbildung durch schöpferische Akte des Richters
 - Kritik: Richterpersönlichkeit kann ein methodisches Verfahren der Entscheidungsfindung nicht ersetzen
 - Wertungen entstehen aus Sozialisationsprozess
 - Richterschaft besteht aus einer schmalen Schicht (homogen)

- Interessenjurisprudenz
 - Bedürfnisse und Wünsche der Gesellschaft = Interessen
 - Treibende Kraft der Gesetzgebung
 - Gesetze = Resultanten der um Anerkennung ringenden Interessen
 - Heck: Genetische (Entstehungserklärende) und produktive (Methode der Rechtsfindung) Jurisprudenz

5. Kafka: zur Frage der Gesetze

Widerspruch: Partei, die den Adel und das Gesetz verwirft kann nicht entstehen, weil den Adel niemand zu verwerfen wagt. Das einzige sichtbare, zweifellose Gesetz, das uns auferlegt ist, ist der Adel und um dieses einzige Gesetz sollten wir uns selbst bringen wollen?

Bild der Juristen in der Pop-Kultur

- Jurist als teuflische Gestalt, die sich überall einmischt
 - Negatives Bild, aber trotzdem mehr Jura-Studenten und angesehener Beruf?
 -

Erklärungsversuche für die Unbeliebtheit der Juristen und Juristinnen

- Johann Braun (5 Thesen)
 - Rechtliche Belehrung ist demütigend (verletzend)
 - Die juristische Fachsprache entrechtet den Laien («Rechtsverdreher»)
 - Die juristische Erfolgsrate entspricht dem Zufall (Prozess: 50/50)
 - Juristen müssen sich gegenseitig beschuldigen
 - Irrtum/Anderer Anwalt/Richter ist schuld → Diskreditierung
 - Jurist vertritt das kälteste aller kalten Ungeheuer (Staat)
- ➔ Alles hat mit dem Recht zu tun: Grund ist also das Recht selbst

- Rudolf Wiethölter
 - Juristen üben politische Macht/Herrschaft aus
 - Durch Stabilisierung des status quo
 - Juristen verrichten ihre Arbeit theorielos und wirkungsfrei
 - Nur vertretend / keine Wissenschaft
 - Juristen sind den technischen und kritischen Aufgaben nicht gewachsen
 - Juristen sind «zu allem fähig» (blinde Justiz)

- Bernd Rüthers
 - Aufgabe der Juristen
 - Mitwirkung bei der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung (Diener der gefestigten Politik der Rechtssetzer (systemkonservativ))
 - Methodenverständnis
 - Vollstreckungsgehilfe politischer Entscheidungen (Positivist)
 - Richter als dienender Partner des Gesetzgebers
 - Richterliche Rechtsfortbildung unvermeidbar, aber deklarieren!
 - Sozialideal des Gesetzgebers als Massstab für Richterrecht
 - Kritik: Verschleimende Bezeichnung der Schaffung von Richterrecht als «Auslegung»

Instrumente der Juristen (Regimewechsel) → Nazi-Zeit

1. Proklamation einer neuen «Rechtsidee»
2. Konstruktion neuer «Rechtsquellen» → Verdrängung der geltenden Gesetze
3. Neuinterpretation unbestimmter Rechtsbegriffe und Generealklauseln
4. Umdeutung von Rechtsgrundbegriffen (bspw. Rechtsfähigkeit)
5. Konstruktion neuer oder konkurrierender Auslegungsmethoden («Wille des Gesetzes»)

Rüthers dazu → Objektiver Wille existiert nicht: Auslegung = Fiktion

- Dieter Grimm

Nationalsozialismus löste das Dilemma, indem er das Postulat einer einheitlichen Methode aufgab und einen Methodenpluralismus propagierte. Es galten verschiedene Regeln für altes und neues Recht; Stichwort «heutiges gesundes Volksempfinden»

- Blinde Anwendung = Subsumtionsautomat
- Ergo: Gesetzespositivismus ist keine Lösung

Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem (Luhmann)

- Zentrum des Rechtssystems = Gerichte
- Grund = Entscheidungszwang (Art. 29 Abs. 1 BV)
- Zentrum vs. Peripherie impliziert keine Rangordnung (Hierarchie)
 - Gesetzgebung hat nicht Entscheidungszwang (andere Zwänge; nicht genuin)
 - Beitrag zur Entparadoxierung des Rechts, weil Recht eigentlich keine einzig wahre Entscheidung birgt; Entscheidungen sind kontingent (sonst wäre es eine «Erkenntnis» dessen, wie es wirklich ist, also eine «Lösung») → Teufelskreis

Begründung von Entscheidungen: Ein Teufelskreis

Eine Entscheidung mit Gründen zu begründen, heisst immer durch Unterscheidung die eine Seite der Alternative vorzuziehen und die andere Seite zu vernachlässigen

- Auf der anderen Seite befinden sich Gegen Gründe (nicht besser oder schlechter)

Sind Gerichte auf Konsens (gesellschaftliche Akzeptanz) angewiesen?

Richterliche Rechtsfortbildung stösst meist auf grosse Kritik (Konsens gering)

Teubners Ausgangslage:

- Das Problem der richterlichen Rechtsfortbildung und des gesellschaftlichen Konsenses
 - o Bspw. Generalklausel-Ableitungen bilden meist Ausnahmefälle

Bisherige konsensquellen des Richterrechts

- Gesetz und Vertrag
 - o Akzeptanz, weil: Politik (demokratisch legitimiert) und Sozial (Vertragstreue)
- Aber: Gesetz und Vertrag sind in ihren **Konsenskapazitäten schon zu weit ausgelastet**, als dass sie ihre Konsensproduktion entsprechend dem heutigen Normierungsbedarf noch steigern könnten

Krise des Gesetzes:

- Versagen des Gesetzgebers
 - o Gesetzgebung orientiert sich an der Politik und deren Problemen und nicht am individuell vorgetragenen Rechtskonflikt der Bürger und den Orientierungsbedürfnissen der Gericht → Gerichte sind gezwungen, sich ihr Recht fallweise selbst zu schaffen (Gericht hat kein Gespür für die Rechtsbedürfnisse der Bürger)
- Unersättlicher Normenhunger der modernen Gesellschaft
 - o Soziale Ausdifferenzierung als Grund (Komplexität in der Gesellschaft)
- Überproduktion von Normen
 - o Folge: Dem Gericht stehen viele Gesetze zur Verfügung

Krise des Vertrags

- Beispiel: Finanzkrise → Versagen des Vertrags als Regulierungsinstrument (Unsichtbare Hand funktioniert nur mit Hilfe des Sozialstaats)

Weitere Konsensquellen

- Generalklauseln: Treu und Glauben, gute Sitten etc.
- Teubners Kritik: Veraltete Konzepte, die heute ins Leere greifen (früher Homogenität)

Teubners Antwort

- Autonome Funktionsbereiche der Gesellschaft und der formalen Organisationen
 - o Technik, Erziehung, Kultur, Internet, Unternehmen etc.
 - o Neues Recht von unten produziert!
 - Erinnert stark an Eugen Ehrlich (Gesellschaftsrecht)
- Beispiele für solche neuartigen Konsensquellen
 - o Organisationsinternes Recht
 - Bspw. Normierungen von Sportverbänden (hoch spezialisiert)
 - o Inter-Organisations-Recht
 - Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) der Schweizerischen Bankiervereinigung (Selbstregulierungsinstrument)
 - o Institutionalisierung pluralistischer Rechtsbildung
 - Normierungen von Ethikkommissionen

Die Aufgabe der Gerichte nach Teubner

- Integration zweier Lernprozesse (Richterrecht und plurales Recht)
 - o Richterrecht baut gesellschaftliche Normierungen in den Rechtsbildungsprozess ein. Die pluralen Normbildungsprozesse antizipieren ihre Rezeption und stellen sich lernend darauf ein (bilden Normen, von denen sie ausgehen können, dass Gerichte sie akzeptieren)
 - o Wechselspiel von Autonomie und struktureller Kopplung, das vom Recht im Prinzip anerkannt, dann aber zunehmend durchnormiert wird.

Rechtsvergleichung:

Jurisprudenz als Oberbegriff → Transplantate innerhalb der Jurisprudenzen

Rechtsvergleichung i.e.S. als Parallelfall der Rechtswissenschaft i.e.S.

- Charakteristikum 1: rein normwissenschaftlich (Auslands- und Inlandsrechtskunde)
- Charakteristikum 2: komparistisch (Vergleichende Spielarten anderer juristischen Subdisziplinen) aber Abgrenzung zu Rechtspolitik und -transplantaten

Art und Weise des Vergleichs

- Grundelemente: Vergleichsobjekt Vergleichsgruppe Vergleichsmassstab
- Arbeitsweise
 - Definition von Funktionen [Vergleichsmassstab]
 - Voraussetzung eines Umstandes und Konstruktion der Lösung
 - praktisch-konkrete Fallkonstellation
 - Identifikation funktionaler Äquivalente [Vergleichsgegenstand & -Gruppe]
 - Problem: «praesumptio similitudinis» → verschiedene Rechtsordnungen kommen im Detail zu ähnlichen Ergebnissen
 - Diversität der innerstaatlichen RWissenschaftsmethoden
 - Wird die Methode dem Recht gerecht?

Verhältnis zu anderen Rechtsordnungen

- Eurozentrismus und Orientalismus
 - Sofern als Optimum angesehen; verhindert neue Erkenntnisse
- «umgekehrter» Ethnozentrismus (z.B. Sinozentrismus) und Selbstorientalismus
 - Kann als Totschlagargument (auch für Menschenrechtsverletzungen) verwendet werden – bspw. «In China ist das halt einfach anders.»
- Kulturrelativismus
 - Wir werden das fremde Recht niemals verstehen
 - Gleiches Problem wie oben – man kann alles rechtfertigen
- **Am überzeugendsten: Interkulturalität**
 - **Vergleichungsprozess als gegenseitiges Lernen**

Methodische Vorschläge

- Kulturelle Rechtsvergleichung (Kultur als Vergleichsobjekt)
- Tiefenebenen-Rechtsvergleichung, wenn als kulturelle Schicht gemeint
 - Bspw. Vorstellung vom Begriff der Familie/Ehe etc.
- Kritische Rechtsvergleichung (Gefangene unserer Rechtsordnung)
- Dialektische Rechtsvergleichung (Von oben herab)
- De- und postkoloniale Rechtsvergleichung

Ausserjuristische Konzepte + juristische Methoden = Optimaler Umgang mit anderen Disziplinen