



# 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 I: Zusammenfassung

---

## Der Gegenstand der juristischen Grundlagenfächer

UNIVERSITÄT  
LUZERN 

<b>Rechtsgeschichte</b>	Welches Recht hat vor uns gegolten?	<b>geltendes Recht /. altes Recht</b>
<b>Rechtsphilosophie</b>	Was ist gerechtes / richtiges Recht?	<b>Recht /. Unrecht</b>
<b>Rechtsvergleichung</b>	Welches Recht gilt in anderen Staaten?	<b>eigenes /. fremdes Recht</b>
<b>Rechtssoziologie</b>	Was ist Recht und wie entsteht es?	<b>Recht /. Nichtrecht</b>

Ass. Prof. Karavas

Grundlagen I - Teil Rechtssoziologie  
Wozu Gesetze ? (I)

5

## Rechtsgeschichte

### 1. Wozu Gesetze?

Introduktion: Franz Wieacker (1908-1994), Peter Raue und Michael Stolleis (1941)

- Recht ist relativ, weil interessen- und ideologieabhängig
- Folglich ändert sich das geltende Recht ständig
- Vermittlung von Grundlagen und Methodik ist deswegen sinnvoll und schärft den Blick für die Relativität und Historizität des Rechts – Recht ist nicht mathematisch
- Kein unmittelbarer Beitrag zur Rechtsdogmatik
- Rechtsgeschichte ist Voraussetzung für Rechts*wissenschaft*

**a. Zwölftafelgesetz, Marie Theres Fögen**

- Streit zwischen Plebejern und Patriziern als Ausgangspunkt (weil die Plebejer unterprivilegiert waren; sie verlangten ein Ackergesetz).
- Abschrift der Gesetze Solons aus Griechenland und Beauftragung von 10 Männern, das Gesetzesvorhaben auszuführen (diktatorische Vollmachten).
- Nach einem Jahr wurden 10 Tafeln mit Gesetzen präsentiert, die in Rom auf Zustimmung trafen.
- Da die Meinung vorherrschte, das Recht sei noch nicht vollständig aufgezeichnet, wurden wieder 10 Männer beauftragt, die zwar zwei Zusatztafeln erstellten, ihre Macht aber missbrauchten.

Das Zwölftafelgesetz ist der Gründungsmythos des Rechts. Es änderte von der Mündlichkeit zur Schriftlichkeit. Es bildete eine Gesetzesgrundlage.

- «Autopoiesis» des Rechts braucht einen Startschuss (Recht nicht a priori gegeben)
- Griechenland als kulturhistorisch plausible Lösung
- Gesetzestafeln als einer der ersten schriftlichen und öffentlichen Texte in der Geschichte der Römer

- Die Priester waren in Rom darum besorgt, das Recht zu verwalten, es abzugrenzen und in sich zu schliessen. Hierfür benutzten sie ein Archiv.
- In Griechenland blieb das Recht öffentlich und es bildete sich keine fachlich hoch differenzierte Jurisprudenz heraus.

Unterscheidung Mündlichkeit und Schriftlichkeit

### Orale Überlieferung

è Rechtsfindung = Feststellung der Rechtsgewohnheit (das Recht wird akzeptiert, weil es alt ist), wiederkehrendes Ritual, Nähe zur Weissagung

- keine fixierte normative Ordnung: Das Recht befindet sich durch Erinnerung in immer wieder sich neu entwickelnden Stadien
- Formmängel werden durch strikte Wiederholung, sowie Formenfixierung vermieden

### Schriftlichkeit à Eindeutige Vorteile

è Mehr Kommunikation über Recht: Recht wird (auch) Kommunikation über einen permanenten Text

è Weniger Herrschaftswissen der Priester: «Recht» wird teilweise öffentlich und entsakralisiert

è Auslegung des Rechts wird möglich: **Quelle** des Gesetzes ist nicht eine Gottheit, sondern **menschliche Gestaltung** è **Fehlerhaftigkeit / Unvollständigkeit / Auslegungsfähigkeit**

è (Teil-) Autonomie des Rechts wird möglich: Auslegung muss konsistent zum gesamten Text und zur bisherigen Rechtspraxis sein è Entstehung einer «wissenschaftlichen» Auslegung mit juristischer Hermeneutik (=Auslegungskunst bei welcher aus einem Text herausgelesen wird, was eigentlich überhaupt nicht steht) vs. Laienauslegung

è Das Recht wird positiviert, so dass es nicht vergessen wird: fixierter Text

è Legitimation des geschriebenen Rechts wird durch einen Gründungsmythos verstärkt: (angeblich Herkunft aus Griechenland)

### Öffentlichkeit

- Durch die Schriftlichkeit wurden unendliche Möglichkeiten zur Interpretation gebildet
- Um Fehlinterpretation von öffentlich zugänglichen Rechtstexten zu verhindern, bildete sich früh eine Juristenelite (in Rom die Priester).
- Es gab somit eine Spannung zw. Bürgern und Juristen: Die Bürger können aufgrund der Unverständlichkeit und Komplexität des Rechts, dieses nicht verstehen.

### b. Die Geschichte des Westens, Heinrich August Winkler

Voraussetzungen des Westens: Menschenrecht, Gewaltenteilung, Herrschaft des Rechts + Problem der Schuld (christliche Prägung des Westens).

**SPIEGEL:** ... und der Weg zum Klub des Westens damit islamischen Ländern auf Dauer versperrt ist.

**Winkler:** Nein, das heißt es nicht, doch ein solcher Verwestlichungsprozess dauert lange. Historisch gesehen ist es kein Zufall, dass die

- **Gewaltenteilung** ebenso wie der
- **Grundsatz der Herrschaft des Rechts** und
- die **Menschenrechte**

im Westen und nur im Westen formuliert worden sind. Dafür muss es ja wohl eine Erklärung geben. à Trennung zwischen geistlichen und weltlicher Gewalt und Einführung von Rechtsstaat und Zivilgesellschaft im Mittelalter

### c. Überblick zur Kodifikation, Hans Schlosser

- Kodifikation als Produkt der Rechtstheorie der Aufklärung im 18. Jahrhundert (geschlossenes System der Rechtsordnung): Es wurde versucht, ein geometrisch-abstraktes (geordnet), in sich geschlossenes Rechtssystem aufzubauen. Die Sprache soll einfach und klar zu verstehen sein; und wurde mit politischen Konzeptionen verbunden.
- Absolutistische Idee vom Gesetz als Ausfluss und Konkretisierung des Herrscherwillens wurde durch den Normbefehl der Staatsgewalt ersetzt: Als politische Grundlage diente das absolutistische Ideal der Rechtseinheit und Gleichförmigkeit. Durch eine perfekte Planung wollte man die Gesellschaft kontrollieren und für das Gemeinwohl sorgen. Alles war durchkonzipiert und die Kodifikation war das Werkzeug des Herrschers, welches Freiheit garantieren sollte und für alle gleich gelten sollte. Somit war die Kodifikation also ein Ausdruck des Herrschers.
- Kodifikation als Instrument politischer Gestaltung mit folgenden Zielen:
  - Beseitigung Rechtszersplitterung
  - Herbeiführung der Rechtseinheit im ganzen Staatsgebiet
- Zwei konstitutive Merkmale der Kodifikation:
  - System gleichförmiger und rationaler Rechtsgrundsätze, welches die Rechtsordnung materiell vollständig, lückenlos und logisch widerspruchsfrei regelt (zweckmässige Antworten auf alle Rechtsfragen)
  - Geltung für alle Einwohner und Bürger, ohne Rücksicht auf die ständischen Unterschiede
- Politische Optionen des Landesherren als Gesetzgeber:
  - Radikaler Umbau der Gesellschaft im Sinn des Vernunftrechts
  - Konsolidierung und Stabilisierung der eigenen fürstlichen Macht
- Kodifikation als Magna Charta bürgerlicher Freiheiten und Rechte (Fixierung und Gewährleistung solcher Rechten), d.h. Garantie gegen mögliche Übergriffe des absolutistischen staatlichen Machtausübung (vor allem Gesetzgebungsmonopol der Gerichte)
- Richter und Rechtsgelehrte wurden durch das fürstliche Gesetzgebungsmonopol enteignet
- Schaffung des theoretischen Fundaments für die Kodifikationsbewegung durch den englischen Utilitaristen und Rechtstheoretiker **Jeremy Bentham** (1748-1832)

### Frankreich, Code civil 21.3.1804

- Versöhnung der neuen Wirtschafts- und Eigentumsordnung mit der Gesellschaftsverfassung des Ancien Régime
- Die ersten Entwürfe zu einem Code civil entstanden in Frankreich bereits in den Revolutionsjahren 1793 bis 1797. Im Jahr 1800 berief Napoléon eine vierköpfige Kommission ein, die eine Rechtsvereinheitlichung schaffen sollte.
- Syntese zwischen dem droit coutumier (Gewohnheitsrecht) und dem droit écrit (geschriebene Recht)
  - Mittelalterliche Elemente (kodifiziertes Recht und Gewohnheitsrecht des Ancien Régime) verschmolzen mit den
  - **Einflüssen des römischen Rechtsdenkens** und mit

- den **Naturrechtsprinzipien (privatrechtliche Garantie der Grundrechte à revolutionäres Recht)**
- Napoleon wirkte bei der Beratung mit

#### d. Das Preussische ALR (Allgemeines Landesrecht), Stephan Meder

- Das ALR von 1794 umfasst neben dem Zivilrecht noch die anderen damals relevanten Rechtsgebiete
- Zwei Teile:
  - 1. Teil Regelung des Individualrechts
  - 2. Teil Sozialrecht – Recht der Verbände
- Das Zivilrecht beruht auf den herrschenden Lehren des Usus Modernus und des Naturrechts.
- Ziel alle jene vorkommenden Rechtsfragen zu regeln
- Kein Spielraum für den Richter zwecks Ausschaltung seiner Willkür: Gänzlicher Ausschluss der Lehre war das Ziel (lehrhafter Charakter des Gesetzes):
  - Grund liegt im aufgeklärten Absolutismus, wonach das Gesetz den Richterspruch zu beherrschen hat (Eingreifen des Königs sollte möglich sein)
  - Bekanntmachung des Rechts bei den Bürgern, um diesen die Kosten für die Rechtsberatung zu ersparen
- Römisch rechtliche Dogmatik als unentbehrliches Hilfsmittel bei der Auslegung, weil sich das Verbot der Auslegung durch Präjudizien und Kommentaren nur bis 1798 hielt.

#### Fragen:

- Welchen Grundprinzipien sollte eine Kodifikation nach der Auffassung des preussischen Königs folgen? Es soll alles komplett und individuell geregelt sein (→ kasuistisch statt abstrakt). Vor allem aber soll das Gesetz einfach und verständlich für jedermann sein. Sämtliche Entscheidungen sollen geregelt werden; wobei der Staat wie ein „Uhrwerk“ ist.
- Welche Kodifikationsvorstellungen vertreten die französischen Gesetzgeber? Die Kodifikation soll sich nicht auf den Einzelfall richten (→ Abstraktion statt Kasuistik).
- Welche Rolle wird der Öffentlichkeit im preussischen und im französischen Gesetzgebungsprozess zugewiesen?  
Preussen: Die Öffentlichkeit hat nur symbolische Bedeutung  
Frankreich: Die Öffentlichkeit spielt eine grössere Rolle. Es besteht eine höhere Zugänglichkeit (auch bei der Entstehung), dadurch, dass u.a. das Bürgertum den Code schreibt.

#### e. Kodifikationsstreit, Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840)

- Das einheimische (=nativo) Recht ist widersprüchlich und unstrukturiert.
- Es trennt die Deutschen voneinander und macht den Richtern und Anwälten die Kenntnis des Rechts unmöglich
- Die letzte Rechtsquelle bleibt das Römische Gesetzbuch: *Wir haben ein Gesetzbuch, dessen Text wir nicht besitzen.*
- Forderung: «alle Deutschen Regierungen» sollen ein einheitliches Gesetzbuch «bewirken»
- Anschluss an österreichisches ABGB, Code Napoléon und an sächsische und bayerische Kodifikationen

#### f. Kodifikationsstreit, Friedrich Carl v. Savigny

- Das Recht fällt dem Bewusstsein des Juristen anheim, von welchem das Volk repräsentiert wird
- Recht wird erst durch Sitte und Volksglauben erzeugt: Recht ist immer zuerst Gewohnheitsrecht
- Weiterentwicklung der Kultur führt zur Sonderung der ursprünglich gemeinschaftlichen Tätigkeiten, so dass einige Tätigkeiten von bestimmten Ständen übernommen werden
- Die Juristen sind ein solcher Stand, was bedeutet dass das Recht im Bewusstsein der Juristen lebt, von welchen das Volk in dieser Funktion repräsentiert wird
- Recht führt ein doppeltes Leben:
  - Teil des ganzen Volkslebens (politisches Element)
  - Besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen (technisches Element)
- Die Wissenschaft besteht darin, die leitenden Grundsätze herauszufühlen und von ihnen ausgehend den inneren Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen: Ein zweifacher Sinn ist dem Juristen unentbehrlich: der historische und der systematische.

#### Pro Kodifikation (Thibaut)

- Positives Recht ist gesetztes Recht
- Rechtssicherheit der Bürger
- Der Staat übernimmt die Gesetzgebung

#### Contra Kodifikation (Savigny)

- Unreife der Zeit
- Volksgeist organisch bzw. historisch-systematisch erfassen
- Willkür des Gesetzgebers
- Repräsentanz durch professionelle Juristenelite

#### g. Kodifikationsstreit, Interview mit Ladislav Spacek

*[...] it is impossible to predict the direction in which etiquette will evolve [...] When the rules are published in books, they become fixed. In this way we slow down the process of change, which could otherwise get completely out of control. [...]*  
*codifying the rules does not establish them forever. We say that they are in a state of flexible stability.*

#### h. Entstehung des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB), Karl Kroeschell

- 1873 wurde dem Reich die **Gesetzgebungszuständigkeit** für das gesamte Zivilrecht übertragen.
- 1887 war der **erste Entwurf** fertig und wurde im folgenden Jahr veröffentlicht.
- 1895 wurde ein **zweiter Entwurf** vorgelegt, welcher nach einigen Änderungen im Bundesrat 1896 als Dritter Entwurf dem Reichstag zugeleitet wurde, wo noch einige Änderungen vorgenommen wurden.
- Am 1.7.1896 wurde das Gesetzbuch angenommen.
- **Die dreissig(!)jährige Entstehungsgeschichte** des BGB ist die Folge des Widerstands einiger Partikularstaaten.
- Verhältnis des Gesetzesbuches zum Recht: Gewohnheitsrecht als Rechtsnorm anerkannt.

- Verzicht auf bestimmte Regelungen, wenn begrifflich und sachlich zu schwierig (Rechtsfigur sollte damit aber nicht abgeschafft werden).
- Das BGB war also keine abschliessende Kodifikation.

#### i. Entstehung ZGB, Eugen Huber (1849-1923)

- Wissenschaft spricht zu Fachleuten
- Gesetz wendet sich an alle, die ihm unterworfen sind
- Die Gebote des Gesetzgebers müssen für jedermann oder doch für die Personen, die in den gesetzlich geordneten Beziehungen in einem Berufe tätig sind, verständlich sein.
- Die Sätze müssen auch für die nicht fachmännisch ausgebildeten Personen einen Sinn haben, auch wenn der Fachmann mehr daraus entnehmen kann.
  - volkstümliche Redaktion eines Gesetzes: Es werden keine Abstraktionen und Verallgemeinerungen gemacht. Auch die Sprache ist einfach und verständlich. Die Lückenhaftigkeit wird zugegeben und es durch eine eigene Regel (Art. 1 ZGB) ergänzt (Lückenlos ist nur die Rechtsordnung an sich und nicht die Kodifikation).
- Wissenschaft kann Ratschläge geben, wie objektives Recht zu verstehen sei.
- Richter und Rechtssuchende können sich daran orientieren.
- Der Richter soll in einem solchen Fall nach der Natur der Sache die dem wahren Recht am nächsten kommende Regelung anwenden.

#### j. Entstehung ZGB, Pio Caroni

- Eigenwilligkeit des ZGB liegt in der Notwendigkeit begründet, das Privatrecht zu vereinheitlichen ohne die vitale eigene Tradition über Bord zu werfen.
- ZGB volkstümliche, gemeinverständliche Kodifikation (im Gegensatz etwa zum deutschen BGB).
  - Sprache einfach und ungezwungen
  - Darstellungsweise konkret und anschaulich
  - Anknüpfung an überlieferte Ausdrucksweisen
  - Verzicht auf straffe systematische Ordnung und allgemeinen Teil
  - Gibt Lückenhaftigkeit zu und sorgt für eigene Ergänzung
- Ø Alle seine Gebote müssten soweit möglich „für jedermann oder doch für die Personen, die in einem anderen Beruf tätig sind, verstanden werden können“.
- Diese Züge sind vom Gesetzgeber bewusst angestrebt
- Diese Einstellung ist nicht ohne Nachteile geblieben
  - Unbestimmtheiten und Ungenauigkeiten, die sich negativ auf die Rechtssicherheit haben auswirken müssen
- Legitim und gerechtfertigt, weil nur sie der konkreten Gesellschaft entsprach, für die das Gesetzbuch bestimmt war
- Flexibilität des ZGB, die immer Anpassung an sich wandelnde Bedürfnisse ohne grundlegende Änderungen ermöglichte

## 2. Wozu Juristen?

Introduktion: Wiederholung zur historischen Rechtsschule, Hans Schlosser.

Konktext: 1814 gab es einen Kodifikationsstreit zwischen Tribaut und Savigny. Obwohl die Publikation zunächst großen Anklang fand, verhinderte eine zusehend stärker werdende Gegenbewegung letzten

Endes den Erfolg. Da sie auch politisch dem Wunsch nach einen einheitlichen deutschen Staatswesen zuzuordnen war und damit die Wünsche der Liberalen transportierte, waren natürliche Gegner die Machthaber mit ihrem Wunsch nach Konservation und Restauration.

- **Vernunftrecht:** *Beurteilung des Geschehens anhand des «überzeitlich Richtigen, Wahren, Absoluten, Allgemeinen» (sog. Vernunftwahrheiten).*
- Johann Gottfried Herder (1744-1803): **Gesellschaft wird gemäss der historischen Veränderlichkeit geformt.**

Ø **Historismus:** Das Geschehen wird als organisch gewachsenes Produkt einer komplexen Evolution angesehen. Es wird in Bezug zu seiner Zeit gesetzt (hier Relativität im Gegensatz zur obigen Absolutheit).

- **Carl Friedrich von Savigny (1779-1861):** Recht als notwendiger Bestandteil der Volkskultur → **Volksgeist:** Aus dem gemeinsamen Bewusstsein des Volkes; Unsichtbar, natürlich und organisch. Der Geist, d.h. das positive historische Recht, ist die Grundlage des einzigen echten Recht jeder Nation.

Die Kodifikation ist schädlich, wegen der Hemmung der natürlichen Fortentwicklung des Rechts.

Ø Folge: **Gewohnheitsrecht vor Gesetzesrecht.**

Der Volksgeist richtete sich auf die nationale Kulturtradition als einzig wahre Rechtsquelle! Die neue Rechtswissenschaft musste historisch (jeden Stoff bis zu seiner Wurzel verfolgen) und systematisch (mit den Begriffen rechnen) sein. Es geschah eine Trennung von Recht und Gesetz. Die Aufgabe der Juristen bestand nun darin, es wieder zusammen zu bringen, es zu reinigen und zu systematisieren. Dies zeigt die Notwendigkeit von einheitlichen Begriffen. Das Recht hatte ein doppeltes Dasein. Dies zeigte sich durch: das Recht des Volksebens (politisches Element) und im wissenschaftlichen Recht (technisches Element). Das klassische römische Recht diente als Ausbildungsvorbild. → Nicht die Gesetzgeber machen das Recht, sondern die Rechtswissenschaft.

- **Die historische Methode der Rechtswissenschaft:** Für Savigny war nur diese geeignet.
  - **Ziel:** Geltendes gemeines römisches Recht und Partikularrechte sollen wieder brauchbar gemacht werden.
  - **Aufgabe:** Recht bis zu seinem Ursprung («Wurzel») verfolgen und organisches Prinzip entdecken. Daher: Trennung des noch «lebenden» und bereits «abgestorbenen» Rechts.
  - Älteres germanisch-deutsches Recht ungeeignet: *Entstellung durch Glossatoren und Kommentatoren, sowie naturrechtliche Einflüsse.*
  - Ausgangspunkt daher **antikes römisches Recht:** *Argumentationskunst römischer Juristen als Vorbild für vollkommene Rechtstechnik (gemäss der Überlieferung durch justinianische Digesten).*
  - Germanisten: Konzentration auf die „Rechtsschöpfung durch das (deutsche) Volk“, daher: Suche nach dem deutschen Recht → Gesamtheitsbezogen
    1. Recht des Volkes („Rechtsalterthümer“) /
    2. Sprache (Sprachwissenschaft / Germanistik) (Wörterbücher)
    3. „Sitte“ des Volkes (z.B. Märchen / Sammlung durch die Brüder Grimm)
 Förderung der Rechtsschöpfung durch das Volk ==> Germanistenversammlung (1846/47); Tendenziell demokratisch und nationalistisch.

- **Romanisten:** Die Romanisten hingegen waren eher konservativ und wollten an Primaten (Vorrangstellung) des römischen Rechts festhalten. Konzentration auf das rezipierte „klassische“ römische Recht, es entspräche dem durch den „Volksgeist“ hervorgebrachten Recht; Tendenziell restaurativ.

**a. Kritik durch Paul Laband, Paul Laband (1838-1918)**

- Auseinandersetzung zwischen Dogmatik und Rechtshistorik
- Aufgabe der Dogmatik: «Rein logische Denktätigkeit».  
*Das heisst: Konstruktion Rechtsinstitute, Rückführung von Rechtssätzen auf allgemeine Begriffe und Herleitung von Folgerungen.*
- Historische, politische und philosophische Perspektive für Laband zwar wertvoll, letztlich aber *ohne Belang.*
- Solche Überlegungen verhüllen den Mangel an konstruktiver Arbeit.

N.B. Erinnerung an Franz Wieacker: „Der angehende Jurist empfängt vor aller Praxis vom Hochschulkatheder, **vorbereitet durch geschichtliche Vorlesungen**, den Lehrstoff in systematischer Folge und strenger begrifflicher Durchbildung.“

**b. Gegensatz von Zweck und Mittel des Rechts, Rudolf von Jhering (1818-1892)**

- **Ausgangslage:** Jedes Rechtsinstitut definiert seinen Zweck (z.B. *Eigentum, Obligation, usw.*).
- **Problem:** Gleichzeitig definieren Rechtsinstitute die Mittel zur Erreichung ihrer Zwecke (z.B. *Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft*). Dadurch anscheinend mehrere, verschiedene Mittel.
- Am Ende aber nur ein einziges Mittel des Rechts: **Kampf gegen das Unrecht.**
- Gegensätze im Recht:  
*Kampf und Frieden, d.h. Frieden als Zweck und Kampf als Mittel. Dadurch Gleichmässigkeit und Unzerrennlichkeit dieser Begriffe.*
- Einwand: Recht soll Kampf gerade verhindern.  
*Hier aber Kampf gegen **Unrecht**, d.h. Widerstand des Rechts gegen das Unrecht. Der Kampf ist also ein elementarer Bestandteil des Rechts.*

**c. Gesetz und Richteramt, Oskar Bülow (1837-1907)**

- **These:** Das Gesetz vermag nicht unmittelbar Recht zu schaffen.
- Gesetz als Versuch der Verwirklichung der rechtlichen Ordnung: *Anweisung gegenüber Beteiligten in Rechtsverhältnissen, wie die Rechtsordnung einzurichten ist.*
- Rechtssinn des Volkes entscheidend: *Je ausgeprägter, desto eher wollen Beteiligte die Norm selbst finden und sich ihr fügen. Dadurch kein Eingreifen des Staates nötig.*
- Falls Beteiligte die Norm nicht finden: Richter muss tätig werden um Norm zu erlassen.
- **Grenze des Richters:** Gesetz.
- **Grenze des Gesetzes:** Verfassung des Staates.
- Fazit: Das Recht muss immer zuerst **gefunden** werden, entweder durch Beteiligte oder durch Richter. Das Gesetz dient beiden als Anweisung zur Rechtsfindung: «Gesetz und Richteramt schafft dem Volk sein Recht».

#### d. Übergang zum Positivismus, Michael Stolleis

- **Ausgangslage:** Übergang von der historischen Rechtsschule zum Wissenschafts- und Gesetzespositivismus (ab Mitte des 19. Jahrhunderts)
- **Folge:** Umtausch der methodischen Prämissen und Prioritäten im Verhältnis Gesetzgebung und Wissenschaft.
- **Erkenntnis:** Savigny hatte sich *de facto* durchgesetzt, da der für Gesetzgebung wichtige Nationalstaat erst verspätet entstand.

Der Preis dafür war aber hoch:

- Heraustrennung von Naturrecht und metaphysischen Rechtsbegründungen.
- Schaffung eines Begriffsrealismus ohne rechtshistorischen Bestandteil.
- **Generell:** Entfernung nichtjuristischer Elemente aus dem juristischen Denken.
- Dadurch Gewährleistung der Rechtssicherheit und Abwehr politischer Einflüsse. Sodann Entstehung einer Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz.

Die Pandektenwissenschaft bereitete das in Deutschland als Gewohnheitsrecht rezipierte römische Recht in der Weise auf, dass es daraus abstrakte Rechtssätze und Rechtsbegriffe extrahierte und sie systematisch darstellte.

Die Pandektenwissenschaft verstand sich als geschichtliche Rechtswissenschaft. Sie schließt an den romanistischen Zweig der historischen Rechtsschule an, welche zu Anfang des 19. Jahrhunderts vor allem von Friedrich Carl von Savigny in Abkehr vom Naturrecht oder so genannten Vernunftrecht begründet worden war.

Kennzeichnend dafür war: - Rechtswissenschaft als Kunst der begrifflichen Funktion - Hochentwickelter juristischer Formalismus → Begriffsjurisprudenz - Ausschaltung der historischen Dimension → Am Ende dieser Entwicklung stand die Kodifikation → BGB → Rezitation (interpretation) durch andere Länder.

#### Formaler Rechtsstaatsbegriff nach 1848:

Monarchische Legislative / Exekutive / Judikative

à Bürger: Privatautonomie / Eigentumsfreiheit / Gewerbefreiheit / Testierfreiheit / «Herr im Haus»

#### Zusammenfassung: Wozu Juristen?

##### Wozu Juristen?

- Um den historischen Ursprung einer Norm zu verfolgen und ein organisches Prinzip zu bestimmen (Savigny).
- Um den Kampf um das Recht zu ermöglichen (Jhering).
- Um das Recht durch logische Denktätigkeit zu finden, d.h. Konstruktion von Rechtsinstituten (Laband).
- Um Recht innerhalb der gesetzlichen Schranken zu schöpfen, wenn Beteiligte es nicht finden können (Bülow).

#### e. Methodenstreit, Michael Stolleis

##### Ausgangslage:

- Die zentralen Dokumente der Weimarer Republik: Reichsverfassung und Versailler Vertrag.
- Entstehung der Republik aus der militärischen Niederlage

- 28.6.1919: Unterzeichnung des Friedensvertrages von Versailles: Ausschluß Deutschlands vom Völkerbund, territoriale Veränderungen, Kolonien werden dem Völkerbund unterstellt, Demilitarisierung Deutschlands, unbestimmte Reparationshöhe.
- **Stichworte:** Bundesstaat, Gewaltenteilung, parlamentarisches Regierungssystem, Staatsgerichtshof für föderale Streitigkeiten, Grundrechtskatalog.
- **Probleme:** sehr starke Stellung des Reichspräsidenten („Ersatzmonarch“) incl. Recht zur Parlamentsauflösung und Notverordnungsrecht (Art. 48 WRV), Wahlrecht (keine „x%-Klausel“), negatives Mißtrauensvotum möglich, Grundrechte weitestgehend nur Programmsätze.
- ab 1918: **Positivisten** meist loyale Anhänger der Demokratie.
- **Antipositivisten:** Bezug auf Metaebene, meist Antidemokraten.
- monarchisch eingestellte Richterschaft blieb ganz überwiegend im Amt, *formales* Rechtsstaatsverständnis und vielfältige öffentliche Distanzierungen von der Republik (vor allem in der „Deutschen Richterzeitung [DRiZ]; die „Deutsche Juristenzeitung“ [DJZ] stand der DVP nahe).
- seit den 1920er Jahren: ausführliche Diskussion über „Klassenjustiz“ (bezogen vor allem auf die strafrechtliche Judikatur zum Arbeits[kampf]recht) bzw. „Vertrauenskrise der Justiz“, vor allem wegen einer „Reihe von krassen Fehlurteilen in Strafverfahren mit politischem Einschlag“.

#### Die These von Erich Kaufmann:

- „Der Positivismus wächst seiner Natur nach auf dem Boden stabiler oder für stabil gehaltener Verhältnisse und der damit gegebenen Stimmung der Sättigkeit. Durch Krieg, Revolution, Zusammenbruch und Friedensvertrag **haben wir aufgehört ein saturiertes Volk zu sein;**
- und damit dürfte es zusammenhängen, daß auch die mit dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz gestellten Probleme für uns wieder Probleme geworden sind. [...]
- Wir müssen „wieder zurückgehen auf die rechts-philosophischen Anschauungen des vorrationalistischen **Naturrechts**, auf Aristoteles und auf das christliche **Naturrecht**,
- um zu erkennen, daß es neben der *justitia commutativa* auch noch andere Gerechtigkeitsprinzipien gibt, die der *justitia distributiva, vindicativa* usw. [...]
- Wir sind – und darin sehe ich einen der Hauptmängel und Hauptgefahren unserer Zeit – viel zu sehr geneigt, **die bloß rechtstechnische Bildung und Schulung zu überschätzen**, ja juristische Bildung mit rechtstechnischer Fertigkeit gleichzusetzen [...]
- **Die bloß technische Rechtswissenschaft ist eine Hure, die für alle und zu allem zu haben ist.**
- [Stattdessen muß man den Mitgliedern der „künftigen Richtergeneration“ klarmachen,] daß sie bei jeder Entscheidung, die sie treffen, **im Dienste ewiger Werte** stehen [...]

#### Die These von Hans Nawiasky:

- „Ich will das, um was es sich handelt, mit einigen Schlagworten andeuten:
- „Kaufmann ist Idealist, d.h. Naturrechtler, **ich bin Skeptiker, d.h. Positivist**, vielleicht ein noch nicht ganz erledigter.
- Für Kaufmann bilden **Recht und Ethik** in gewissem Sinn eine Einheit, für mich sind sie eine Zweiheit.
- Für ihn ist das Recht das Prius, an dem das Gesetz gewisse größere oder kleinere, mehr kleinere Veränderungen vornimmt; ... **è**
- **für mich ist das Gesetz das Prius, aus dem das Recht abgelesen wird.** [...]

- Kaufmann hat Sie in einem Gedankenflugzeug bis an die Höchstgrenze der atemfähigen Luft geführt. Ich muß Sie bitten, mit mir eine **Fußwanderung** anzutreten.“
- „Ich habe die Rechtsphilosophie nicht als kriminell abgelehnt, sondern ich habe sie ausgeschaltet, weil meiner Ansicht nach **Recht und Philosophie des Rechts zwei verschiedene Dinge** sind.
- Die Verbindung zwischen beiden Gebieten wurde durch das *Jus divinum* hergestellt. Für den Bereich der katholischen Kirche erkenne ich dieses an, für den Bereich des staatlichen Rechts muß ich es ablehnen.

#### Die These von Gerhard Anschütz:

- Ich sehe im Recht den Ausdruck einer menschlichen Macht, die sich auf den Gemeinwillen stützt, ob es sich nun um geschriebenes Recht oder um Gewohnheitsrecht handelt.“
- Die Idee des Naturrechts ist überwunden.

#### Die These von Heinrich Triepel:

- „Ohne den Glauben an irgend etwas ‚Überpositives‘ kommen wir nicht durch.
- [Der Rechtsphilosoph] Stammler sagte mir einmal: **Jeder Jurist hat seine Rechtsphilosophie.** Jeder, auch bei den scheinbar einfachsten Fällen, muß doch schließlich rekurrieren auf Gedanken, die er im Gesetz nicht findet, die er entnimmt der überpositiven Lebensordnung. ... è
- Das sehen wir gerade dann, wenn es sich um Maßstäbe handelt, die festgestellt werden sollen. Wir müssen dazu freilich oft **in unsere Brust greifen.**

#### Die These von Hans Kelsen:

- „Das wichtigste Problem, das Herr Kaufmann in seinem Referat berührt hat, scheint mir das Problem des Positivismus zu sein.
- Herr Kaufmann sagte, daß der Positivismus erledigt sei. Durch diese – etwas kühne – Behauptung fühle ich mich ebenso getroffen, wie Herr Anschütz.
- Ich bin nämlich **Positivist**, noch immer und trotz allem Positivist.
- Der Positivismus ist nicht erledigt und **wird nie erledigt sein**, so wenig wie das Naturrecht erledigt ist [...] Dieser Gegensatz ist ein ewiger.



Schild mit Gorgonen- (Medusen-)haupt.

#### Die These von Hermann Heller:

- „Ich halte Kelsens Einwand des Anarchismus für ein Umdrehen des Spießes.
- Der formalistische Positivismus, der weder die soziologischen, gesellschaftsorganisatorischen Notwendigkeiten, die ‚Natur der Sache‘,

- noch eine metaphysische Gerechtigkeitsidee berücksichtigen will, begnügt sich mit einer theoretischen Scheinobjektivität und verfällt praktisch unweigerlich in den radikalsten Subjektivismus. ... è
- Daß unsre Auffassung nicht der Ausdruck einer bestimmten politischen Machtstaatslehre ist, geht schon daraus hervor, daß ich auf einem von Kaufmann sehr verschiedenen politischen Standpunkt stehe.“

Antipositivistische Grundstimmung führt zur Marginalisierung der Positivisten der Weimarer Zeit, folglich zur Dominanz der Antipositivisten.

- *Erich Kaufmann*: mitbeteiligt an der Neugründung der Vereinigung der Staatsrechtslehrer, völkerrechtlicher Berater des Auswärtigen Amtes; als Hegelianer und wegen seiner militaristischen Bekenntnisse inhaltlich aber nur von sehr begrenztem Einfluß.
- *Carl Schmitt*, „Kronjurist“ der Nazis, wirkte im Hintergrund durch ein umfangreiches Netzwerk.
- Positivismuslegende langjährig einflussreich, These: Zu viel Positivismus habe das NS-Unrecht ermöglicht
- *Rudolf Smend* (*Antipositivist*): Seine Integrationslehre „schien sich nun (in der BRD) in idealer Weise dazu anzubieten, die prozedurale demokratische Willensbildung zu erklären und die wertbestimmte Verfassung als Kern der Integration ins Zentrum zu rücken“; Smends „Schüler“ Wilhelm Hennis war einer der „Väter“ des „Lüth“-Urteils
- *Hermann Heller*: erst nach 1968 „wieder-“entdeckt.

#### f. Rede zur Fünfzigjahr-Feier des Reichsgerichts, Erwin Bumke

- Der Zusammenbruch am Ende des Weltkrieges hat das Deutsche Reich in seinen Grundwerten erschüttert. Es kamen Tage, wo die Rechtsordnung sich aufzulösen drohte; es kamen Stunden, wo die bange Frage entstand, ob die Reichseinheit gewahrt bleiben würde.
- Es geht nicht nur darum, altes Recht und neues Rechtsgefühl in Einklang zu setzen, sondern darum, einer neuen Zeit ein neues Recht zu schaffen. Rechtsbedürfnisse und Rechtsproblemen von gewaltigem Ausmaß sind in der Nachkriegszeit neu entstanden;
- das furchtbare Erlebnis des Weltkrieges hat unsere Auffassung von den Grenzen und den Aufgaben des Rechts auf weiten Gebieten von Grund aus verschoben, ja selbst unsere Anschauung vom Wesen des Rechts und der Gerechtigkeit hat sich gewandelt.
- Wenn wir unserer Zeit das Recht schaffen wollen, dessen sie bedarf, so müssen vor allem heute mehr denn je die vier Kräfte harmonisch ineinanderwirken, aus denen sich die Rechtspflege zusammensetzt: Die Gesetzgebung, die Justizverwaltung, die Rechtsprechung, und zuletzt, aber gewiss nicht am letzten, die Rechtswissenschaft.
- [...] Daß nämlich das Recht durch den Volksgeist, die Volksseele, erzeugt werde; er berührt sich mit der modernen Auffassung, dass das Gesetz ein Erzeugnis des gemeinsamen Willens der organisierten Volksgemeinschaft sei.
- [...] daß wir den Übergang von einem individualistischen zu einem sozialen Zeitalter durchleben.
- Sozial denken heißt, sich als Mitglied der Volksgemeinschaft fühlen, die eigenen Interessen den Interessen der Gemeinschaft unterordnen, nicht sich selbst leben, sondern dem Volke und der Zukunft des Volkes, dem wir angehören. Wenn das Gemeinschaftsgefühl erstarkt, muss auch das Rechtsgefühl erstarken.

- Dem Zeichen, das uns an den heutigen Tag erinnern soll, sind die Worte aufgeprägt: Ein Reich – Ein Recht. Lassen Sie uns hoffen und dahin wirken, daß dieser Spruch in nicht allzu ferner Zeit dahin ergänzt werden kann: Ein Reich – Ein Recht; Ein Volk – Ein Geist.

### 3. Wozu Gerichte?

Introduktion: „Adieu, adieu, Hamlet...“, Nicolas Brieger

#### a. Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, Hans Schlosser

- Ausgangspunkt ist normative Ergänzungsbedürftigkeit des BGB als akutes Problem der praktischen Rechtsanwendung
- Keine einzelfallbezogene Schliessung von Lücken
- Entwicklung von Lehren, die eine gesellschafts- und interessenkonforme, systemgerechte Fortbildung des gesamten positiven Rechts ermöglichen
- Recht als Ergebnis des beobachteten sozialen und ökonomischen Verhaltens
- Lebens- und sachbezogene Entscheidungen von Einzelfällen
- **Freirechtslehre und Interessenjurisprudenz** als wichtigste Theorien des soziologischen Positivismus

#### Freirechtslehre

- **Oscar Bülow** (1837-1907) fordert 1885 in «Gesetz und Richteramt» die Priorität der richterlichen Rechts-schöpfung (durch Entscheidung und Rechtskraft) vor dem positiven Gesetz.
- Erst 1903 gelang Durchbruch der radikal antipositivistischen Kräfte durch Vortrag von **Eugen Ehrlich** (1862-1922)
- In «Grundlegung der Soziologie des Rechts» (1913) propagiert er die Bedeutungslosigkeit des staatlichen gegenüber dem spontan entstehenden gesellschaftlichen Recht
- «Königliche» Freiheit des Richters, das Recht gesellschaftskonform zu ergänzen und so fortzubilden
- «Lebendes» Recht als eigene Gattung innerhalb der Rechtsordnung (im «gesellschaftlichen Recht» enthalten, dass sich vom staatlichen Recht und Juristenrecht unterscheidet)
- Allein die Persönlichkeit des Richters, der über dem Gesetz steht, könne die Anwendung eines den Interessen der Beteiligten ebenso wie der Gesellschaft entsprechenden Rechts gewährleisten
- **Ernst Fuchs** (1859-1929) und **Hermann Ulrich Kantorowicz** (1877-1940) führten Freirechtsbewegung zu ihrem Höhepunkt
- «Freie» bzw. «soziologische» richterliche Rechtsfindung, die sich an Einzelfallbedürfnissen und Rechtstatsachen orientiert
- Vorwurf, dass die Preisgabe der Bindung des Richterspruchs an das Gesetz propagiert werde
- Lehren fanden nur mässige Beachtung
- Ächtung in der NS-Zeit
- Plädoyer für Zusammenwirken der Jurisprudenz mit Psychologie und Sozialwissenschaft aktuell
- Viele Lehren sind in heutige Doktrin und Praxis eingegangen

#### Interessenjurisprudenz / Rechtstatsachenforschung

- Fortsetzung des Programms der Freirechtslehre
- Ablehnung der deduktiven, konstruktivistischen, formalen Rechtsfindung der Begriffsjurisprudenz (wie Freirechtslehre)

- In Unterschied zur Freirechtslehre eine differenzierte, näher am Gesetz argumentierende Rechtsanwendungsmethode
  - Grundgedanken gehen auf **Rudolph von Jhering** (1818-1892) zurück: Lehre von der philosophisch-anthropologischen Begründung des Rechts in seiner Schrift «Der Zweck im Recht» (1877-1883)
  - Eigentlicher **Begründer** war **Philipp Heck** (1858-1943)
  - Hauptvertreter (Tübinger Schule): Max Rümelin (1861-1931), Heinrich Stoll (1891-1937) und Rudolf Müller-Erzbach (1874-1959)
  - **Heck** versuchte die Rechtswissenschaft auf die «Interessenforschung», d.h. auf die «Untersuchung des Zusammenhangs zwischen den Rechtssätzen und den Interessenlagen», festzulegen
  - Jede Rechtsnorm beruht auf einem Gegeneinander-wirken entgegenstehender «Interessen» und entscheidet einen Interessenkonflikt (G. Ellenscheid: Gesetz als «Kraftdiagonale ringender Faktoren»)
  - Richter muss Konflikt herausarbeiten und Interessen gegeneinander abwägen, wobei er an die im Gesetz interessenwertend vorweggetroffene Konflikt-entscheidung gebunden ist
  - Im Fall einer Gesetzeslücke ist er zur **rechtsschöpferischen sinngemässen Gebotsergänzung** befugt
  - Anhalten des Richters zu einem **denkenden Gehorsam**.
- b. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, Eugen Ehrlich**
- Gewähr der Rechtspflege in der Persönlichkeit des Richters
  - Es wird geistige und sittliche Grösse vorausgesetzt, die das übliche Mass übersteigt.
  - Durch die künstliche Verlegung der Rechtspflege in die Gesetzgebung wird dieser Umstand der Erkenntnis entrückt (=assente).
- c. Begriffsbildung und Jurisprudenz, Philipp Heck (1858-1943)**
- Gesetzgeber will die menschlichen Interessen nach seinen Werturteilen gegeneinander abgrenzen
  - Richter hat die Aufgabe dieses Endziel durch seine Fall-entscheidungen zu verwirklichen
  - Richter soll die Tatbestände unter die Gesetzesbegriffe subsumieren und folglich **dem Gesetz gehorchen**
  - Problem: Subsumtion nicht immer geeignet, um Gesetzesziele zu erreichen
  - Deshalb muss Richter auch die Interessenlagen erforschen («Interessenwertung»)
  - Bei Lücke, gewollter Unbestimmtheit oder Fehlen der anwendbaren Gebote Interessenabgrenzung unter Bindung an die Werturteile des Gesetzgebers, eventuell **subsidiäres** Eingreifen der Eigenwertung.
- d. Überblick NS, Karl Kroeschell**
- 30.1.1933: Machtübergabe, Ernennung Hitlers zum Reichskanzler
  - 27.2.1933: Reichstagsbrand
  - 28.2.1933: Reichstagsbrandverordnung „zum Schutz von Volk und Staat“: Beseitigung der Weimarer Reichsverfassung, Entstehung erster KZs
  - Anf. März 1933: Reichstagswahl, Erfolg für die NSDAP (jetzt 44 % statt zuvor 33 %)
  - 24.3.1933: **Ermächtigungsgesetz**: Regierung konnte Gesetze jetzt selbst erlassen,
  - 30.9.1933: Erster **NS-Juristentag** in Leipzig, 12.000 Teilnehmer

- 30.1.1934: **Ende des Föderalismus**: Länder werden zu bloßen Verwaltungseinheiten des Reichs herabgestuft, „Verrechtlichung der Justiz“
- 30. Juni - 2. Juli 1934: von Hitler befohlene **Ermordung der SA-Führung** einschließlich ihres Stabschefs Ernst Röhm. Außerdem wurden Oppositionelle aus Politik und Kirche verhaftet und ohne Gerichtsverfahren erschossen, zusammen wurden ungefähr 200 Menschen ermordet.
- 3. Juli 1934: Die Maßnahmen wurden durch ein von Hitler (nach den Bestimmungen des Ermächtigungsgesetzes) erlassenes Gesetz nachträglich für «rechtens» erklärt.
- Der einzige Artikel des Gesetzes lautete:
- *„Die zur Niederschlagung hoch- und landesverräterischer Angriffe am 30. Juni, 1. und 2. Juli 1934 vollzogenen Maßnahmen sind als Staatsnotwehr rechtens.“*
- So wurde die Strafrechtspflege zunehmend zum Bestandteil des Unterdrückungsapparats (z.B. siehe Nürnberger Gesetze 1935).
- Bei den führenden Leuten des Regimes gab es für das Recht nur Hass und Verachtung: Im Februar 1945 wurden Standgerichte geschaffen, die als Strafe nur die Todesstrafe verhängen konnten (Höhepunkt des Regimes).

#### e. **Justizpraxis im Nationalsozialismus, Thomas Henne**

- Dolch des Mörders, der unter der Robe des Juristen verborgen war
  - Ohne Recht und ohne Juristen hätte das Dritte Reich nicht funktioniert
  - **Parallelität von legaler Diskriminierung, extralegalem Terror und juristischem Alltagsgeschäft** in der Zeit von 1933-45; «Recht im Unrecht»
  - In den ersten Jahren nach 1933 **verringerte** die Praxis des Justizsystems den extralegalen Terror (Scheinmoralität und Scheinlegalität)
  - Überführung von unregelmäßigen Gewaltaktionen in die Normenwelt der Juristen ermöglichte Vorhersehbarkeit der Ergebnisse (**Rechtsförmigkeit** der Exklusionen)
  - Offene Konkurrenz verschiedener Gruppen innerhalb des Systems als Regelfall
  - Juristenelite war **national-konservativ** ausgerichtet (verstärkt durch Vertreibung linker und jüdischer Juristen)
  - **Radikalisierende Selbstmobilisierung** hat einen Normenflut diverser Instanzen hervorgebracht und Instanzen haben sich vermehrt
  - Mit Offenheit der Machtstrukturen ging **Selbst-mobilisierung der Funktionsebenen** einher
  - **Radikalisierung** als Folge des Wettbewerbs (kumulativ)
  - Funktionsebenen beharrten auf der Rechtsförmigkeit ihres Handelns
  - Der Umgang mit Normen war von **unbegrenzter Auslegung** geprägt («gegensatzaufhebende Begriffsbildung»)
  - Juristische Kommentare als Beispiel zur radikalisierenden Selbstmobilisierung
  - **Unbegrenzte Auslegung** (Beispiele dazu in der nächsten Veranstaltung)
  - Justizsystem der NS-Zeit **polykratisch**
- #### f. **Die Aberkennung von Dokortiteln an der Georg-August Universität im Dritten Reich, Bernd Weisbrod**
- Aberkennung von Dokortiteln als **Fortsetzung anderer Verfolgungsmassnahmen** mit anderen, scheinbar bürokratischen und rechtsförmigen Mitteln
  - «Gesetz über den Widerruf von Einbürgerungen und die Aberkennung der deutschen Staatsbürgerschaft» als eine Grundlage

- Anpassung des «Gesetzes über die Führung akademischer Grade»
- Keine Autonomie der Fakultäten in dieser Frage
- Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte als Nebenstrafe nach § 33 StGB als weitere Grundlage
- Gesinnungstest der universitären Selbstreinigung
- Es entstand im **vorausseilenden** Gehorsam, im raschen Vollzug ministerieller Erlasse und schliesslich auch auf der formalen Grundlage von Gesetzen unter dem **Deckmantel der Rechtsförmigkeit** ein Instrument der **Selbstmobilisierung** der akademischen Korporationen zulasten der vom Nationalsozialismus aus politischen und rassischen Gründen Verfolgten.
- In den Promotionsordnungen in Preussen 1934 wurde Tatbestand der «Unwürdigkeit» für die Aberkennung eingeführt
- Der Gesinnungsstaat zog den Überwachungsstaat nach sich, auch an den Universitäten
- Universität blieben in der Routine eines bedenkenlosen Staatsgehorsams
- Die Universitäten haben selbst an der Eskalation der Willkür mitgearbeitet
- Universitäten haben aus eigenen Stücken viele Jahrzehnte nichts unternommen, um das Unrecht systematisch aufzuklären.

**g. Der Führer schützt das Recht, Carl Schmitt (1888-1985)**

- Gegensatz zwischen substanzhaften, von Sittlichkeit und Gerechtigkeit nicht abgetrennten Rechts zu der leeren Gesetzlichkeit einer unwahren Neutralität
- Weimarer System zerstörte sich in dieser in dieser neutralen Legalität selbst und lieferte sich seinen eigenen Feinden aus
- Durch die Denkweise eines liberalen Rechtsstaates gelähmt fand eine politisch instinktlose Zivilbürokratie nicht den Mut, Meuterer und Staatsfeinde nach verdientem Recht zu behandeln
- Der Führer macht Ernst mit den Lehren der deutschen Geschichte, was ihm das Recht und die Kraft gibt, einen neuen Staat und eine neue Ordnung zu begründen.
- Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft.
- Der wahre Führer ist immer auch Richter
- Rechtsblindheit des liberalen Gesetzesdenkens machte aus dem Strafrecht die «Magna Charta des Verbrechens»
- Tat des Führers war echte Gerichtsbarkeit (selbst höchste Justiz)
- Richtertum des Führers entspringt derselben Rechtsquelle, der alles Recht jedes Volkes entspringt
- In der höchsten Not bewährt sich das höchste Recht und erscheint der höchste Grad richterlich rächender Verwirklichung dieses Rechts
- è „Der Führer schützt das Recht“
- Radikalisierungselement
  - Permanente Schaffung von Recht durch Hitler
  - Nachträgliche Legalisierung auf der Grundlage des Ermächtigungsgesetz war lediglich auf 3 Tage begrenzt
- Selbstmobilisierungselement
  - Wer schafft das Recht? Wer rechtfertigt am schnellsten und am umfassendsten das Geschehene?
  - Aufsatz von Carl Schmitt ist **gegen die Justiz** gerichtet

- Sowohl gegen das Reichsgericht, welches formell für Hochverratsfälle (noch) zuständig war
- Als auch gegen den neu gegründeten Volksgerichtshof, welcher am 1.8.1934 die Arbeit aufnahm und anstelle des Reichsgerichts für Hoch- und Landesverrat die Zuständigkeit erhielt
- Aufsatz von Carl Schmitt ist **gegen die Gesetzgebung** gerichtet – nachträgliche Legalisierung ist nicht nötig („*Der Führer* schützt das Recht“)
- Aufsatz von Carl Schmitt schafft zudem für Juristen eine Möglichkeit **extralegale Verfolgung** zu legitimieren.

#### **h. Leitsätze über Stellung und Aufgaben des Richters, Georg Dahm (NS-Richter)**

- Richter ist Glied in der lebendigen Gemeinschaft des deutschen Volkes
- Er muss konkrete völkische Gemeinschaftsordnung wahren, Schädlinge ausmerzen, gemeinschaftswidriges Verhalten ahnden und Streit unter den Gemeinschaftsgliedern schlichten
- Grundlage der Auslegung aller Rechtsquellen ist die nationalsozialistische Weltanschauung
- Kein Prüfungsrecht des Richters gegenüber Führerentscheidungen und auch an sonstige Führerentscheidungen gebunden
- Gesetzliche Bestimmungen, die vor der nationalsozialistischen Revolution erlassen wurden, nicht anwenden, wenn Verstoss gegen Volksempfinden (Möglichkeit der Herbeiführung einer höchstrichterlichen Entscheidung)
- Zur Erfüllung seiner Aufgabe in der Gemeinschaft muss der Richter unabhängig sein

#### **i. Rechtsperson und subjektives Recht, Karl Larenz (1903-1993)**

##### **Radikalisierung (Bsp. 1)**

- Larenz fordert Änderung von Art. 1 BGB
- Nur als Volksgenosse ist der Einzelne eine konkrete Persönlichkeit
- Nur als Glied der Volksgemeinschaft Ehre und Achtung
- Rechtsgenosse zu sein ist ein Vorrecht des Volksgenossen
- **Rechtsgenosse ist nur, wer Volksgenosse ist; Volksgenosse ist, wer deutschen Blutes ist**
- Wer ausserhalb der Volksgemeinschaft steht, steht auch nicht im Recht, ist nicht Rechtsgenosse
- Der Fremde in vielen Beziehungen als Gast dem Rechtsgenossen gleichgestellt
- Ausländer auf deutschem Boden: Er hat Leib- und Lebensschutz sowie Vermögensrechte und nimmt Teil am Rechtsverkehr (ist kein Rechtsobjekt)
- Nichtrechtsgenosse ist Rechtssubjekt und besitzt beschränkte Rechtsfähigkeit
- Nicht, wie der Volksgenosse, kraft seiner Geburt dazu bestimmt, der Gemeinschaft anzugehören
- Kann kein Amt bekleiden und bleibt von den wichtigsten Rechtsstellungen ausgeschlossen
- Ausländer ist nicht deutscher Rechtsgenosse

#### **§ 1 BGB**

##### **Beginn der Rechtsfähigkeit**

##### **Die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt.**

Am Ende des 19. Jahrhunderts war für den Gesetzgeber selbstverständlich, dass es im Hinblick auf die Rechtsfähigkeit keine Unterschiede aufgrund von Stand, Religion, Geschlecht usw. geben konnte.

## Radikalisierung (Bsp. 2)

- **1. Schritt (Kommentar, 1936):** Nur Geschlechtsverkehr ist verboten.
- **2. Schritt (Entscheidung von 1936):** Auch solche geschlechtlichen Betätigungen sind verboten, durch die der eine Teil seinen Geschlechtstrieb auch auf anderem Weg befriedigen will.
- **3. Schritt (Entscheidung von 1939):** Keine körperliche Berührung mehr notwendig.

## k. Die Grundlage der „Positivismus-Legende“, Gustav Radbruch (1878-1949)

- Mittels zwei Grundsätzen wusste Nationalsozialismus seine Gefolgschaft an sich zu fesseln:
  - «Befehl ist Befehl»
  - «Gesetz ist Gesetz»
- Gehorsamspflicht hört bei Befehlen zu verbrecherischen Zwecken auf
- Grundsatz «Gesetz ist Gesetz» kannte keine Einschränkung (Ausdruck positivistischen Rechtsdenkens)
- Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht als Widerspruch
- Allorts wird also unter dem Gesichtspunkt des gesetzlichen Unrechts und des übergesetzlichen Rechts der Kampf gegen den Positivismus aufgenommen
- «Gesetz ist Gesetz» hat deutsche Juristen gegen Gesetz willkürlichen und verbrecherischen Inhalts wehrlos gemacht
- Positives Gesetz besser als kein Gesetz (Rechtssicherheit)
- Neben Rechtssicherheit noch Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit
- Zweckmässigkeit des Rechts für das Gemeinwohl an die letzte Stelle
- Rechtssicherheit hat Mittelstellung zwischen Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit
- Der **Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit** dürfte dahin zu lösen sein, dass das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und ungleich und unzweckmässig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so **unerträgliches Mass** erreicht, dass das Gesetz als «unrichtiges Recht» der Gerechtigkeit zu weichen hat («Radbruch-Formel»).
- Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur «unrichtiges Recht», vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.
- An diesem Massstab gemessen sind **ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts** niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt.

## Rechtsphilosophie

Rechtsphilosophie beschäftigt sich damit, wie Recht sein soll, wie eine gerechte Ordnung auszusehen hat und wie Rechtswerturteile begründet werden können.

### 1. Wozu Gesetze?

#### a. Vor dem Gesetz, Franz Kafka

Der Bürger wendet sich an das Gesetz um Gerechtigkeit zu erlangen, da er der Meinung ist, dass es „doch jedem und immer zugänglich sein“ soll. Leider muss er oft genau das Gegenteil feststellen: **die Wartezeiten dehnen sich dermassen aus, dass er in der Zwischenzeit sogar sterben kann** und das Gesetz ihm als etwas Entferntes und unerreichbares erscheint.

## b. Leviathan, Thomas Hobbes

**Ausgangslage:** Thomas Hobbes (1588-1679) lebte in der Zeit des Absolutismus. Was ist speziell für diese Epoche? Der Absolutismus ist jene Geschichteperioche (17./18. Jh.), welche von der Auflösung der mittelalterlichen politischen Ordnung und von der Bildung eines modernen Staats als zentralistische politische Einheit charakterisiert ist. So entstand daraus das moderne Souveränitätsprinzip.

- Der Absolutismus stellt einen Aspekt des Säkularisierungsprozesses der westlichen Gesellschaft dar: während die religiösen Werte des gesellschaftlichen in den Hintergrund fallen, befreit sich die Politik von den Bedingungen, die bis anhin von der Religion und der Moral gestellt wurden und neigt dazu, die eigene **Legitimität an vernünftige** (d.h. aus der menschlichen Vernunft abgeleiteten) Kriterien zu verknüpfen.
- Eng verbunden mit diesem politischen Prozess in Kontinentaleuropa ist jener der **Kodifikation des Rechts**, von der wir in der nächsten Vorlesung sprechen werden. Gemeint ist die Bildung eines neuen Rechts, welches die Kriterien der **Einheit, Kohärenz** und **Vollständigkeit** erfüllt, und welches der strukturell **pluralistischen** mittelalterlichen Rechtsordnung entgegengesetzt ist.
- Hobbes geht von einer grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Naturzustand und bürgerlichem Zustand aus.
- Daraus leitet Hobbes folgendes ab:
  1. Der Staat wird durch einen Vertrag konstituiert.
  2. Der Staat ist eine künstliche Schöpfung.
  3. Der Staat garantiert den Frieden.

### Der Naturzustand:

- Im Naturzustand gibt es kein zwingendes Recht, deshalb herrscht ein Kriegszustand.
- Die naturrechtlichen Normen, die im Naturzustand vorhanden sind (Naturgesetze), geben nur die allgemeinen Bedingungen an, ohne die rechtlich geordnete Verhältnisse nicht hergestellt werden können.
- Die Naturgesetze sind Gebote der Vernunft und haben im Naturzustand moralische Verbindlichkeit.

### Die bürgerlichen Gesetze:

- Der Staat erlangt so die Legitimation, zwingendes Recht zu setzen. Dieses zwingende Recht nennt Thomas Hobbes die bürgerlichen Gesetze.
- Dadurch erhält der Bürger Schutz vor dem Kriegszustand „aller gegen alle“, der im Naturzustand herrscht.
- Hobbes Definition der bürgerlichen Gesetze: „Die bürgerlichen Gesetze sind die Regel, die der Staat jedem Untertanen (...) befahl, um danach Recht und Unrecht (...) zu unterscheiden“.

Diese Definition basiert auf **vier Elemente**:

- Bürgerliche Gesetze sind **allgemeine Regeln**, die sich an alle gesellschaftlichen Mitglieder (Bürger) richten.
- Sie werden auf unterschiedliche Weise gesetzt: Wort, Schrift oder andere Zeichnungen, aber sie müssen immer ein **ausreichendes Willenszeichen** ausdrücken.
- Sie erlauben, **Recht und Unrecht** zu unterscheiden.
- Infolgedessen wird die Unterscheidung von Recht und Unrecht von diesen Gesetzen festgelegt; die **Unterscheidung steht nicht bereits vorher fest**.

### **Die 8 Folgerungen von Hobbes Definition der bürgerlichen Gesetze:**

1. Der Souverän ist Gesetzgeber, und ein Gesetz kann nur durch ein anderes aufgehoben werden.
2. Der Souverän ist legibus solutus; d.h. er ist den bürgerlichen Gesetzen nicht unterworfen.
3. Gewohnheitsrechte haben Gesetzeskraft, da der Souverän ihnen durch sein Schweigen implizit zustimmt.
4. (1) Natürliche und Bürgerliche Gesetze schliessen sich gegenseitig ein. (Bürgerliche Gesetze sind diejenigen natürlichen Gesetze, welche einem Zwang unterstehen).
4. (2) Das bürgerliche Gesetz ist also zugleich Naturgesetz, das jetzt Gültigkeit besitzt. Inhaltlich gesehen ist das Gesetz natürlich, aber formell ist es bürgerlich. Auf dieser Grundlage kann man mit Hobbes sagen, dass Naturgesetze und bürgerliche Gesetze sich gegenseitig einschliessen, und deshalb enthält das bürgerliche Gesetz nichts mehr und nichts weniger als das, was das Gesetz der Natur enthält.
5. Gesetzgeber ist nicht, wer zuerst Gesetze erlässt, sondern aufgrund wessen Autorität sie weiterhin gelten.
6. Staatliche Gewalt ist unteilbar in den Händen des Souveräns.
7. Auctoritas, non veritas facit legem = Autorität, nicht Wahrheit macht das Gesetz.
8. Gesetz gilt nur wenn es bekannt ist, und verstanden werden kann.

### **Zusammenfassung:**

- Hobbes erklärt die Staatslegitimation mittels Vernunft. (Und nicht mehr wie im Mittelalter durch die Religion).
- Im Naturzustand herrscht ein Zustand des Krieges, da kein Recht gilt, und jeder hat das Recht zu machen was er will.
- Um diesem Zustand zu entkommen, übergibt jeder alle seine Rechte dem Staat, durch den Gesellschaftsvertrag. (Nun hat nicht mehr jeder das Recht zu machen was er will.)
- Der Staat gewährleistet dann die Rechte der Bürger so, dass diese sicher zusammen leben können. Dies tut er, in dem er bürgerliche Gesetze erlässt, welche einem Zwang unterstehen.

### **Ergänzung:**

- Nicht mehr in ewiger Wahrheit oder Vernunftsbestimmung, sondern in der Willensentscheidung der Staatsgewalt liegt letzten Endes der Massstab für Gut und Böse, für Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit.
- Alle Gesetze hängen nur vom Willen des Souveräns ab
- Es ist nicht die Vernunft des Richters, sondern die Vernunft des Souveräns und sein Befehl, welche das Gesetz ausmachen.

### **Fragen:**

#### **1. Was sind bürgerliche Gesetze? Warum brauchen wir sie?**

Sie sind vom Staat geschaffen um Frieden zu erhalten und mit Sanktionsmöglichkeiten ausgestattet. Wir brauchen diese, weil die Naturgesetze als solche keinen Durchsetzungszwang haben.

#### **2. Warum ist nach Hobbes der Souverän den bürgerlichen Gesetzen nicht unterworfen?**

Weil der Souverän absolute Macht hat. Er macht die Gesetze und kann sie demnach auch selbst wieder aufheben. Folglich stösst er auch auf keine Grenzen und ist er ihnen auch nicht unterworfen.

#### **3. Welche Beziehung gibt es zwischen Gesetz und Gewohnheit?**

Auch Gewohnheitsrecht hat Gesetzeskraft, jedoch nicht durch Dauer, sondern durch den Willen des

Souverän, der durch sein Schweigen implizit die Zustimmung gibt. Sobald das Gewohnheitsrecht aber unvernünftig ist, soll es abgeändert werden. Schliesslich sollen nur vernünftige Gesetze gelten; was als Vernünftig gesehen werden kann bestimmt das Souverän!

#### 4. Welches Verhältnis gibt es zwischen dem Naturgesetz und den bürgerlichen Gesetz?

Bürgerliches Gesetz ist das Gesetz der Natur, welches mittels staatlichem Zwang umgesetzt wird, während Naturgesetz mittels bürgerlichen Gesetzen Gültigkeit erlangt. Nach Hobbes stehen diese zwei Gesetzesformen im Gegensatz. Für einen Naturrechtler ist das bürgerliche Recht nur so lange verbindlich, als es den Gesetzen der Natur entspricht, für Hobbes dagegen ist das Naturrecht nur verbindlich, insofern es dem positiven Gesetz entspricht.

#### c. Vom Beruf, Friedrich Carl von Savigny

**Einführung:** Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) ist der Begründer der historischen Rechtsschule. Wie aus seiner juristischen Methodenlehre von 1802/03 hervorgeht, sah Savigny am Anfang seines Wirkens im Gesetz die ursprüngliche Quelle allen Rechts. Seine Konzeption musste in dem Augenblick eine tiefgreifende Veränderung erfahren, in dem Savigny zuerst gerade in der Schrift, die wir jetzt analysieren werden, nicht mehr das Gesetz, sondern die gemeinsame Überzeugung des Volkes, nämlich den Volksgeist, als die ursprüngliche Quelle des Rechts ansah.

- Zu den Hauptverdiensten Savignys zählt die Umstellung des Schwerpunktes der Rechtswissenschaft von der Gewinnung abstrakter Rechtsprinzipien (Naturrecht) auf die Untersuchung der konkreten geschichtlichen Realität des Rechts eines Volkes.

#### Einfluss der Gesetzgebung auf das bürgerliche Recht in der Vergangenheit:

- **Stark:** vom Gesetzgeber aus politischen Gründen durchgesetzt → z.B.: lex Iulia et Papia  
Nach diesen Gesetzen bestand für Männer zwischen 25 und 60 Jahren und Frauen zwischen 20 und 50 Jahren eine Heiratspflicht. Ziel dieser Gesetze war die Förderung der Fortpflanzung, da die Geburtenrate in Rom stark zurückgegangen war.
- **Schwach:** hilft dem wirklichen Recht, sich dem Volkswillen anzupassen auf der Ebene der Rechtspflege → z.B.: Edikten der Prätores  
Der Prätor füllte nicht nur die Lücken aus, sondern korrigierte auch das *ius civile*, um eine zu strikte Anwendung von Verordnungen zu verhindern.

«Aber diese Arten eines theilweisen Einflusses sind gar nicht gemeynt, wenn so wie in unsern Tagen von dem Bedürfnis allgemeiner Gesetzbücher die Rede ist. Hier ist vielmehr folgendes gemeynt: Der Staat soll seinen gesammten Rechtsvorrath untersuchen und schriftlich aufzeichnen lassen, so dass dieses Buch nunmehr als einzige Rechtsquelle gelte, alles andere aber, was bisher etwa gegolten hat, nicht mehr gelte (...).»

#### Einfluss der Gesetzgebung auf das bürgerliche Recht in der heutigen Zeit:

- **sehr Stark:** Gesetzbücher als einzige Quelle des Rechts
- Woher kommt der Inhalt dieser Gesetzbücher?
  - Teils aus dem bisherigen Recht (das Gesetzbuch als Aufzeichnung des gesamten bestehenden Rechts und mit Bestätigung von Seiten des Staates)
  - Teils aus neuen Gesetzen

**These von Savigny:** Savigny wendet sich gegen die naturrechtliche Auffassung, wonach das allgemeine Vernunftrecht, ohne Rücksicht auf bestehendes Recht, den Inhalt der Kodifikation bestimmen soll. Für Savigny sollte hingegen ausschliesslich bestehendes Recht aufgezeichnet werden, nur mit den Abänderungen und Verbesserungen, welche aus politischen Gründen nötig wären.

Die **zwei Anforderungen** an ein neues Gesetzbuch:

- Höchste Rechtssicherheit soll gewährleistet werden.
- Die wichtigste inhaltliche Aufgabe: Vollständigkeit
  - Nach materiellen Vollständigkeit
  - Nach leitenden Grundsätzen
  - Form des Gesetzbuches: Einfachheit?
- Ersatz verschiedener Lokalrechte durch ein **allgemeines Nationalrecht** (Ziel ist es, so die höchste Rechtssicherheit zu gewährleisten)
- Das Gesetzbuch sollte für ihn nur leitende Grundsätze des Rechts enthalten, wodurch erst das Recht zu einer organischen Einheit wird. Die Lösung für weitere, im Gesetzbuch nicht ausdrücklich geregelte Fälle sollte man aus diesen Grundsätzen gewinnen. Der Rechtswissenschaft seiner Zeit jedoch sprach Savigny die Fähigkeit, diese leitenden Grundsätze zu erarbeiten, ab
- All dies hat mit dem Inhalt zu tun, aber es ist auch das Problem der Form in Betracht zu ziehen. Die Fähigkeit der Darstellung ist das Ergebnis einer reifen Rechtswissenschaft. Eine solche fehlte aber für Savigny in seiner Zeit. Deswegen lehnt er die Kodifikation ab, sowohl aus inhaltlichen, als auch aus formellen Gründen.

### **Zusammenfassung:**

*Savigny kritisiert folgende Position:*

- Der Gesetzgeber soll ein möglichst materiell vollständiges, umfassendes Gesetzbuch erarbeiten.
- Durch die Tätigkeit des Gesetzgebers sollen die einzelnen Lokalrechte durch ein nationales Recht ersetzt werden. Ziel ist es, so die höchste Rechtssicherheit zu gewährleisten.

*Er wendet dagegen ein:*

- Dieses Gesetzbuch kann keinen Anspruch auf materielle Vollständigkeit machen. Das Gesetz beinhaltet nur die leitenden Grundsätze, nach welchen die Gerichte den Einzelfall zu beurteilen haben.
- Für eine umfassende Kodifikation braucht es laut Savigny eine ausgereifte Rechtswissenschaft, welche in der damaligen Zeit noch nicht vorhanden war.

### **Fragen:**

#### **1. Welchen Inhalt wird das Gesetzbuch haben?**

Savigny wendet sich gegen die naturrechtliche Auffassung wonach das allgemeine Vernunftrecht, ohne Rücksicht auf bestehendes Recht, den Inhalt der Kodifikation bestimmen soll. Für Savigny sollte hingegen ausschliesslich das gesamte bestehende Recht aufgezeichnet werden, mit Gültigkeit vom Staat selbst versehen.

#### **2. In welchem Sinn soll man seine Vollständigkeit verstehen?**

Gesetzbuch sollte für ihn nur Leitende Grundsätze enthalten, da das Gesetzbuch nie alle Fälle regeln könnte. Die Lösung für weitere, nicht im Gesetzbuch aufgeführte Fälle, sollte man aus diesen Grundsätzen gewinnen. In diesem Sinne ist ein Gesetzbuch vollständig, denn die Lösungen sämtliche.

Fälle lassen sich aus diesen Grundsätzen ableiten! → Lückenhaftigkeit des Gesetzes!

### 3. Warum ist Savigny gegen die Kodifikation?

Nach ihm braucht es eine reife Rechtswissenschaft um eine echte Kodifikation zu erstellen. Er ist überzeugt dass diese noch fehlt, deshalb lehnt er sie ab.

#### d. Grundlinien der Philosophie des Rechts, G.W.F. Hegel

##### Einführung:

Das abstrakte Recht:

- Das Eigentum
- Der Vertrag
- Das Unrecht

Die Moralität:

- Der Vorsatz und die Schuld
- Die Absicht und das Wohl
- Das Gute und das Gewissen

Die Sittlichkeit:

- Die Familie
- Die bürgerliche Gesellschaft: Das System der Bedürfnisse; Die Rechtspflege; Die Polizei und Korporation
- Der Staat

##### *Rph*, § 3:

- **Formale Aspekte:** Die Form besteht aus der Gültigkeit des Rechts in einem bestimmten Staat. Die positive Rechts-wissenschaft findet hier ihre Grundlage und grenzt sich von der Natur-rechtslehre (das philosophische Recht) ab. Das Recht ist positiv, weil es durch gesetzliche Autorität gilt, und nicht weil es vernünftig ist.
- **Inhaltliche Aspekte:**
  - geschichtliche und geographische Aspekte: Recht ist Teil des Volkslebens und verändert sich mit der Geschichte.
  - Anwendung von allgemeinen Begriffen: Recht muss auf Besonderheiten Rücksicht nehmen
  - Entscheidung: Recht braucht letztendlich eine richterliche Entscheidung.

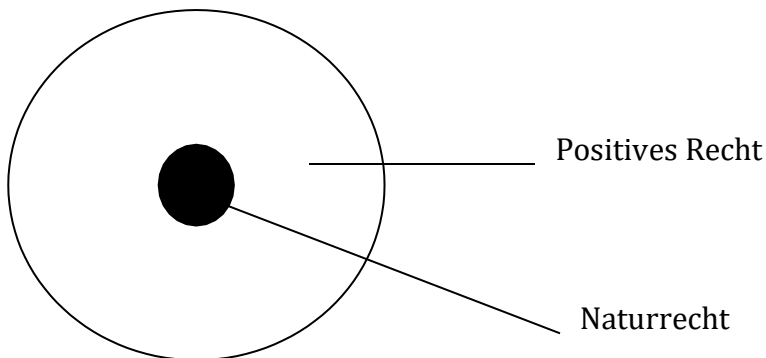
Verhältnis zwischen **Naturrecht und positivem Recht:**

- Verteidigung von Montesquieu: Der positive Verweis auf Montesquieu in der Anmerkung sollte die wahre historische Betrachtung von der reinen historisch-gelehrten Betrachtung unterscheiden, die Hegel der historischen Rechtsschule zuschreibt. Montesquieu sieht die Vernunft in der Geschichte, d.h. den sich verwirklichenden Begriff. Er beschränkt sich nicht auf die isolierte Betrachtung der „besonderen Bestimmungen“, sondern er versucht sie als Momente „einer Totalität“ zu erklären.
- Kritik an der historischen Schule (Unterscheidung zwischen empirischem Ursprung und philosophische Rechtfertigung des Rechts): Die historische Rechtsschule dagegen ignoriert (seiner Meinung nach) den Unterschied zwischen der historischen Herkunft und der Herkunft aus dem Begriff. Sie ignoriert, dass einzelne Rechts-bestimmungen auf der Basis der Umstände und der

vorhandenen Rechtsinstitutionen vollständig stichhaltig und konsequent, aber gleichzeitig auch „an und für sich unrechtlich und unvernünftig“ sein kann.

In § 3 Rph stellt Hegel das Verhältnis zwischen Vernunft und Geschichte im Bereich des Rechts dar. In der entsprechenden Anmerkung (im Reader ist nur ihr erster Teil enthalten) zielt die Polemik auf die historische Rechtsschule, obwohl Savigny im Gegensatz zu Hugo direkt nie erwähnt wird.

Zuerst erläutert Hegel, was er unter dem Begriff „positives Recht“ versteht, indem er einen formellen und einen viel eingehenderen inhaltlichen Aspekt davon hervorhebt:



*Definition der Begriffe:*

- Das **Naturrecht** bezeichnet ein System rechtlicher Normen, die für alle Menschen überall und für alle Zeiten verbindlich sind.
- Das **positive Recht** regelt (in formeller Gesetzesform), was an einem bestimmten Ort während einer bestimmten Zeit gültig ist.
  - Ø = Lebendiges Recht. Das Recht muss auf die besonderen von aussen sich gebenden Beschaffenheiten eingehen. Subsumtion ist nicht die Tätigkeit des Richters, sondern die verstandesmäßige gesetzliche Konkretisierung des Rechts in der Gesellschaft.

**Rph, § 211:**

**Was an sich Recht ist, ist in seinem objektiven Dasein gesetzt - d.i. durch den Gedanken für das Bewusstsein bestimmt und, als das, was Recht ist und gilt, bekannt - das Gesetz; und das Recht ist durch diese Bestimmung positives Recht überhaupt.**

- Die Gesetze müssen in einem allgemein zugänglichen, öffentlichen Gesetzbuch gesammelt werden, damit der Richter sie anwenden und auf deren Basis urteilen kann. Während Savigny die entscheidende Rolle des Juristenstandes in der Rechtserzeugung vertrat, hob Hegel, indem er das Gesetz als die bevorzugte Rechtsquelle aussah, die Gefahr hervor, die in der Position der historischen Rechtsschule lag: würde man sie annehmen, wäre „die Kenntnis des Rechts nach dieser und jener Seite und überhaupt ein zufälliges Eigentum weniger“.

**Rph, § 212:**

In dieser Identität des Ansichseins und des Gesetzseins hat nur das als Recht Verbindlichkeit, was Gesetz ist. Indem das Gesetzsein die Seite des Daseins ausmacht, in der auch das Zufällige des Eigenwillens und anderer Besonderheit eintreten kann, so kann das, was Gesetz ist, in seinem Inhalte noch von dem verschieden sein, was an sich Recht ist.

- Ein zentraler Bereich ist das **Verhältnis zwischen Naturrecht und positivem Recht**. Gemäss Hegel stehen beide Begriffe nicht im Gegensatz zueinander. Das positive Recht hat einen

breiteren Umfang als das Naturrecht, da es notwendigerweise die historischen Aspekte und die Notwendigkeit der Anwendung und der Entscheidung innerhalb eines Staates miteinbezieht (im Gegensatz zu den Naturrechtlern, die die Geschichtlichkeit des Rechts ausser Acht liessen).

- Was die Gesetzesförmigkeit des Rechts angeht, ist das Recht für Hegel nur dann verbindlich, wenn es als Gesetz erlassen wird (vgl. § 211 Rph). Das abstrakte Recht (was an sich Recht ist) verwirklicht sich innerhalb einer Gesellschaft (so ist es in seinem objektiven Dasein gesetzt), insofern es sich zum Gesetz bestimmt. Hier scheint eine sehr enge Verbindung zwischen Recht und Gesetz vorhanden zu sein: das Recht wird als positives Recht erst im Gesetz wirklich. Aber was Gesetz ist, kann in seinem Inhalt noch verschieden sein als das, was an sich Recht ist (§ 212).

**1. Beschreiben Sie das Verhältnis zwischen Naturrecht und positivem Recht bei Hegel.**  
Siehe oben.

**2. Wodurch wird das Recht für Hegel verbindlich?**

Das Recht ist für Hegel dann verbindlich, wenn es als Gesetz erlassen wird. Das abstrakte Recht (was an sich Recht ist) verwirklicht sich innerhalb einer Gesellschaft, insofern es sich zum Gesetz bestimmt. Recht wird erst im Gesetz wirklich.

**3. Kann das Gesetz inhaltlich vom Recht unterschiedlich sein?**

Das positive Recht kann ungerecht sein. Da sich das positive Recht innerhalb der Gesellschaft mit dem Gesetz identifiziert (was rechtens ist), bleibt eine Kollision mit dem Naturrecht (was recht ist) immer möglich.

**e. Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, Gustav Radbruch (1878-1949)**

**Einführung:** Gustav Radbruch ist eine der grössten Persönlichkeiten der Rechtsphilosophie nach der zweiten Nachkriegszeit, denn, obwohl er 1949 starb, prägte er sehr stark die Rechtsphilosophie viele Jahrzehnte lang. Nachdem sich die Rechtsphilosophie nach dem Tode Hegels immer mehr in eine allgemeine Rechtlehre verwandelte, versuchte Radbruch die Neubegründung einer Rechtsphilosophie, in der es nicht nur um Formen, sondern auch um Inhalte geht.

- Im klassischen Naturrecht wird „Recht“ mit der Idee der Gerechtigkeit gleich gesetzt. Für den positivistischen Rechtsbegriff dagegen spielt der Inhalt keine Rolle, auch unrechtes fällt unter diesen Rechtsbegriff. Vor diesem Hintergrund stellt Radbruch nachfolgend einen „dritten Weg“ zwischen dem Naturrecht und dem Rechtspositivismus dar.
- **Radbruchs Rechtsbegriff ist gegen den Rechtspositivismus**, weil für Normen eine Rechtsqualität steht, die wenigstens nach Gerechtigkeit orientiert ist. Wenn bei der Setzung positiven Rechts die Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt oder sogar bewusst verleugnet wird, dann haben wir es nicht mehr mit Recht zu tun. Das Recht ist ohnehin auf Gerechtigkeit bezogen.
- **Radbruchs Rechtsbegriff ist aber auch gegen das Naturrecht**, weil das gültige und richtige Recht sowieso nicht mit der Gerechtigkeit gleich gesetzt wird. Bei Radbruch gibt es nur „annäherungsweise“ richtiges Recht.

**Rechtsidee:**

- **Gleichheit** (Gerechtigkeit i.e. Sinn): Wie sollen die Lebensverhältnisse geregelt werden?  
Willkürverbot: alle Personen sollen gleich behandelt werden

- **Rechtssicherheit:** Wodurch sollen die Verbote so geregelt werden, dass nicht Willkür herrscht?
- **Zweckmäßigkeit:** Was soll geregelt werden? Interesse, soziale Erwartungen, Bedürfnisse, Gemeinwohl

Das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht hat dann auch den Vorrang, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, dass das Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat.

### Die Radbruchsche Formel:

1. Nicht jeder Verstoss gegenüber der Gerechtigkeit kann zwingend als Unrecht betrachtet werden
2. Normen, die in „unerträglichem Mass“ gegen die Gerechtigkeit verstossen und darum nicht gelten (unrichtiges Recht)
3. Normen, bei denen „Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird“, und die folglich gar kein Recht sind (gesetzliches Unrecht)

### Zusammenfassung:

- Der Rechtspositivismus besagt, dass Recht gilt weil es gesetzt ist und nicht weil es gerecht ist. Der Rechtspositivismus ist wertneutral und leugnet eine Verbindung zwischen Recht und Moral.
- Radbruch ist aber der Meinung, dass Gerechtigkeitsvorstellungen konstitutiv für das positive Recht seien. Er entwickelt ein System, durch das er die Gerechtigkeitsvorstellungen in das positive Recht einfließen lässt: *Die drei Stufen der Radbruch'schen Formel.*
- **à** trotz unrichtigen Inhalt geltendes Recht.
- *unrichtiges Recht:* Es ist zwar Recht, verstösst aber in so unerträglichem Mass gegen die Gerechtigkeit, dass es nicht angewandt werden darf.
- *Gesetzliches Unrecht:* Mit dem Gesetz wird die Gerechtigkeit nicht einmal angestrebt. Das Gesetz ist folglich gar kein Recht.

#### 1. Welche Rolle spielt die Idee der Gerechtigkeit bei Gustav Radbruch?

Da die Gerechtigkeit nur ein Wert ist, und unter den möglichen Rechtszwecken keine wissenschaftliche Entscheidung möglich ist, bleibt nur die Rechtssicherheit als Massstab der Rechtgeltung.

2. **Welche sind die drei Werte des Rechts bei Gustav Radbruch und in welcher Hierarchie stehen sie?** Siehe oben.
3. **Was bedeutet „unrichtiges Recht“ bei Gustav Radbruch?** Siehe oben.

#### 2. Wozu Juristen?

##### a. Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland

**Einführung:** Mit Thibauts (1772-1840) „Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“ (1814) stellt sich in der damaligen Zeit eine der Extrempositionen des von Juristen und Politikern in Deutschland ausgetragenen Streits um die Kodifikation vor.

##### **à Wie war damals die rechtliche Lage in Deutschland?**

Es herrschte eine Zersplitterung des Rechts und als Folge davon Rechtsunsicherheit. Eine Kodifikation hätte diese Missstände durch die Rechtsvereinheitlichung überwinden sollen. Die Originalität des Vor-

schlags Thibauts bestand in dem Versuch, den aufklärerischen universalistischen Anstoss mit dem nationalen zusammenzubringen. Das neue Gesetzbuch sollte die einzige Rechtsquelle sein. Also: keine Ergänzung des vorhandenen Rechts, sondern eine Neuschöpfung.

«Nehmen wir nun diess alles zusammen, so muss jedem Vaterlandsfreunde der Wunsch sich aufdrängen, dass ein einfaches Gesetzbuch, das Werk eigner Kraft und Thätigkeit, endlich unsern bürgerlichen Zustand, den Bedürfnissen des Volks gemäss, gehörig begründen und befestigen möge, und dass ein patriotischer Verein aller Deutschen Regierungen dem ganzen Reich die Wohlthaten einer gleichen bürgerlichen Verfassung auf ewige Zeiten angedeihen lasse.»  
(Thibaut, *Über die Notwendigkeit*)

- Kritik des Zustandes: Die Verwirrung der juristischen Lage (sog. Rechtspartikularismus)
- Merkmale des von Thibaut vorgeschlagenen Gesetzbuchs:
  - einheitliches Recht gegen den Rechtspartikularismus
  - einfaches Recht: materielle und formelle Vereinfachung
  - vollständiges Recht (d.h. lückenlos)
  - kohärentes Recht (d.h. ohne Widersprüche)
  - Recht als einzige Rechtsquelle

Der politische Konflikt ist zwischen denen wie Thibaut, die ein Recht wollen, das potenziell von allen erkannt werden könnte, und denen wie Savigny, die ein Recht wollen, das vom Juristenstand erkannt und erarbeitet werden sollte, gut erkennbar.

### **Zusammenfassung:**

- Der Rechtspartikularismus soll durch eine einheitliche Kodifikation des Rechts überwunden werden.
- Die Legislative schafft mit der Kodifikation ein einfaches und vollständiges Recht, welches auf alle Rechtsfragen Antwort gibt. Diese Kodifikation basiert weitgehend auf der Vernunft, nicht auf das bisherige (historische) Recht.
- Da es dann ein vollständiges Recht gibt, ist die Aufgabe des Juristen nur noch dieses anzuwenden.

### **Fragen:**

#### **1. Wozu eine Kodifikation des Rechts?**

In DE herrschte eine Zersplitterung des Rechts und als Folge davon Rechtsunsicherheit. Durch die Kodifikation wäre eine Rechtsvereinheitlichung entstanden, welche diese Missstände hätte überwinden sollen.

#### **2. Welche Merkmale soll ein Gesetzbuch haben?**

Es soll die einzige Rechtsquelle sein. Angestrebt wird keine Ergänzung des vorhandenen Rechts, sondern eine Neuschöpfung → Entleihung vom Rechtspartikularismus. Wesentliche Merkmale sollen die Einfachheit und die Vollständigkeit sein.

#### **3. Wieso ist ein kodifiziertes Recht als Glück für die Bürger zu betrachten?**

Um das Bürgerglück zu gewährleisten sei es nötig, jene Unsicherheit des Rechts zu überwinden, die es den Richtern ermöglichte, nach eigenem Gutdünken zu handeln.

## b. Vom Beruf, Friedrich Carl v. Savigny

**Einführung:** Während Thibaut und die Vertreter der vom französischen Modell inspirierten Kodifikation die Erstellung eines allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches für Deutschland unterstützen wollten, greift Savigny mit dem Anspruch, „die Wissenschaft gegen die Gesetzbücher zu retten“, ein.

- Savigny stellt aber mit seinem Text mehr als eine Antwort auf Thibauts Frage über die Kodifikation dar. Die Hervorhebung des geschichtlichen Bewusstseins ist in seinem Text sehr deutlich. Das Recht ist kein künstliches Gerüst der Vernunft, wie die Naturrechtler behaupteten, sondern ein Produkt der Geschichte und ein lebendiger Organismus. Hier ist deutlich seine Polemik gegen die abstrakte rationalistische Denkweise, wie Thibaut sie vertrat, zu erkennen.

«Wo wir zuerst urkundliche Geschichte finden, hat das bürgerliche Recht schon einen bestimmten Character, dem Volk eigenthümlich, so wie seine Sprache, Sitte, Verfassung. Ja diese Erscheinungen haben **kein abgesondertes Daseyn**, es sind nur einzelne Kräfte und Thätigkeiten des einen Volkes, in der Natur untrennbar verbunden, und nur unsrer Betrachtung als besondere Eigenschaften erscheinend. Was sie zu einem Ganzen verknüpft, ist die **gemeinsame Ueberzeugung des Volkes (Volksgeist)**, das gleiche Gefühl innerer Nothwendigkeit, welches allen Gedanken an zufällige und willkürliche Entstehung ausschließt.»

«Bei steigender Kultur nämlich sondern sich alle Thätigkeiten des Volkes immer mehr, und was sonst gemeinschaftlich betrieben wurde, fällt jetzt einzelnen Ständen anheim. Als ein solcher abgesonderter Stand erscheinen nunmehr auch die Juristen. Das Recht bildet sich nunmehr in der Sprache aus, es nimmt eine **wissenschaftliche Richtung**, und wie es **vorher im Bewußtsein des gesamten Volkes lebte**, so fällt es jetzt dem Bewußtsein der Juristen anheim, von welchen das Volk nunmehr in dieser Funktion **repräsentiert** wird.» (Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit*)

«Das Dasein des Rechts ist von nun an künstlicher und verwickelter, indem es ein **doppeltes Leben** hat, einmal als **Teil des ganzen Volkslebens**, was es zu sein nicht aufhört, dann **als besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen**. Der Kürze wegen nennen wir künftig den Zusammenhang des Rechts mit dem allgemeinen Volksleben das **politische Element**, das abgesonderte wissenschaftliche Leben des Rechts aber das **technische Element** desselben.» (Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit*)

- **Ursprung des positiven Rechts:** es gibt nicht mehr die Idee eines einzigen Rechts, das für jede Zeit und jeden Ort gleich ist. => *das Recht ist keine Konstruktion der Vernunft, sondern ein Produkt der Geschichte.*
- das Recht ist keine mechanische Konstruktion, sondern ein lebendiger Organismus. => *das Recht wächst mit einem bestimmten Volk und stirbt aus, wenn jenes Volk ausstirbt.*
- im Gegensatz zum kodifizierten Recht, das aus der Willkür eines Gesetzgebers entstammt, fordert Savigny ein vom Juristenstand ausgearbeitetes Recht. => *Juristenrecht statt Gesetzespositivismus.*

### Zusammenfassung:

- Ein Recht der Vernunft, welches für alle Zeiten und an allen Orten gilt gibt es nicht. Recht ist ein lebender Organismus und Produkt der Geschichte eines Volkes. (Es gibt kein Naturrecht).
- Da das Recht ein lebender Organismus ist und mit dem Volk mitwächst, ist Savigny gegen einen starren Gesetzespositivismus in Form einer Kodifikation.

- Juristen sollen mit ihrem historischem Sinn den Volksgeist erkennen, und daraus mit ihrem systematischen Sinn das Recht ableiten.
- So bleibt das Recht ein lebender Organismus, welcher mit dem Volk mitwachsen kann.

### Fragen:

#### 1. Was ist Recht?

Das Recht ist das Produkt der konkreten besonderen Geschichte eines Volkes. Es gibt nur noch besondere Rechte, die sich vom Volk zu Volk unterscheiden, und das wesentliche Merkmal, dass ein Volk als Ganzes verbindet, ist seine gemeinsame Überzeugung und nicht mehr die allgemeine und abstrakte Vernunft. Das Recht ist wie die Sprache ein mit der langwierigen und unaufhaltsamen Entwicklung des Volksgeistes verbundenes Phänomen. Seine Hauptquelle ist nicht das Gesetz sondern sind die Gewohnheiten.

#### 2. Was bedeutet, dass im Fortgang der Zivilisation das Recht ein «doppeltes Leben» hat?

Ursprünglich waren das Recht und das Volk zusammen, d.h. das Recht war also im Volke integriert. Indem sich das Volk entwickelt, entwickelt sich auch ein Teil des Volkes heraus, der sich mit dem Recht beschäftigt, nämlich die Juristen. Seitdem hat das Recht ein doppeltes Leben, ein natürliches und ein künstliches. Zum einen besteht das Recht als Teil des konkreten Volkslebens und zum anderen liegt es als Wissenschaft in den Händen der Juristen.

#### 3. Welche Rolle spielen die Juristen bei Savigny?

##### c. “Rechtswissenschaft”, Paolo Becchi

Zwei verschiedene Begriffe des Rechts innerhalb des Rechtspositivismus:

- FR: das Recht identifiziert sich mit den Gesetzen, die im Code Napoleon statuiert sind (→ *Recht entspricht dem kodifizierten Recht*; Recht= Gesetze)
- DE: *Recht und Gesetz sind nicht dasselbe* (Versuch einer Alternative zum kodifizierten Recht)

Zwei verschiedene Auffassungen der Rechtswissenschaft innerhalb des Rechtspositivismus:

- FR: die Rechtswissenschaft (Auslegung) ist eine Technik, welche dazu dient, ein bestimmtes Objekt (kodifiziertes Recht) auszulegen → sog. Philosophische Schule.
  - Kant: Die RW ist nichts anderes als Rechtsphilosophie, die einzig und allein die rationalen, allgemeingültigen Prinzipien des Rechts untersucht.
- DE: die Rechtswissenschaft untersucht ein Objekt (Gesetze) und versucht sie in einer systematischen Form darzustellen Die Rechtswissenschaft selbst produziert Recht, weil die Juristen aufdecken, was im sich ständig weiter entwickelnden Leben des Rechtsorganismus vorgeht. → sog. Philosophische Schule.
  - Zachariä: Die RW, inwiefern sie sich mit dem Recht beschäftigt, ist positives Recht.
  - Thibaut: Die RW ist ein Mittel um dem gegebenen juristischen Stoff eine systematische Form zu geben.

### Fragen:

#### 1. Welches sind die zwei verschiedenen Strömungen, die sich im 19. Jh. In der kontinentaleuropäischen Rechtskultur entwickeln?

In FR setzte sich der CC mit der Idee durch, dass sich die Juristentätigkeit mit der Technik identifiziert, die von den Juristen zur Auslegung eines klar bestimmten gegebenen Objektes benutzt wird, nämlich des kodifizierten Rechts. Eine andere Entfaltungslinie entwickelte sich gleichzeitig in DE. Das durch die historische Rechtsschule durchsetzende Modell stützte sich auch der Idee, dass die RW eine mögliche

che Alternative zum kodifizierten Recht darstellen konnte.

## 2. Wo ist der Ursprung der RW zu finden?

Für die sich noch an die naturrechtliche Tradition beziehenden Juristen (sog. Phil. Schule) war die RW ein Mittel und eine Methode, um den bestehenden normativen Stoff zu systematisieren. Der Inhalt besteht aus den Gesetzen (dem vom Gesetzgeber erlassenen Recht) und die Wissenschaft stellt sie durch die systematische Form dar, die das Ergebnis der Juristentätigkeit ist. Die Tätigkeit der Juristen hängt also vom Gesetz ab.

## 3. Welche Bedeutung hat die RW für die historische Schule?

Mit der Schule ergab sich eine neue und andersartige Rechtsauffassung, nach der sich das Recht nicht mit dem Gesetz identifiziert. Die RW begnügte sich nicht damit ein ihr externes Objekt zu verstehen, sondern wirkte mit ihrer Tätigkeit zu dessen Gestaltung mit. Die RW selbst produzierte das Recht, weil die Juristen aufdecken, was im sich ständig weiterentwickelnden Leben des Rechtsorganismus vorgeht.

### d. Reine Rechtslehre, Hans Kelsen

«Soweit ich aus der Ferne es beurteilen konnte, hat sich die Österreichische Verfassung vorzüglich bewährt. Beweis dafür ist die Tatsache, dass diese Verfassung nach der Befreiung Österreichs von der Nationalsozialistischen Herrschaft wieder in Geltung gesetzt wurde.»

Video: Hans Kelsen zur Österreichischen Verfassung

**Einführung:** Hans Kelsen wird als der wichtigste Theoretiker des Rechts des zwanzigsten Jahrhunderts betrachtet. Der Hauptzweck seines wissenschaftlichen Anliegens ist die Bearbeitung einer „Reinen Rechtslehre“, wonach das ganze Recht auf Normen zurückführbar ist. Seine grundlegende These kann man so zusammenfassen: das Recht ist eine Gesamtheit von Normen. Diese Gesamtheit bildet eine Ordnung. Diese Ordnung ist normativ zwingend, d.h. sie verpflichtet mit Gewalt. Diese Ordnung regelt ausserdem die eigene Produktion (sie produziert sich selbst), d.h. sie ist also fähig, sich selbst zu regulieren.

- Rechtswissenschaft als normative Wissenschaft. Gegenstand der Rechtswissenschaft sind die Rechtsnormen.
  - *statisches Element:* Analyse des Rechts als ein System von Normen, die gültig sind.
  - *dynamisches Element:* Analyse des Rechts als ein Prozess, in dem das Recht erzeugt und angewendet wird.

«Die Sätze, in denen die Rechtswissenschaft diese [von Rechtsnormen konstituierten] Beziehungen beschreibt, müssen als *Rechtsätze* von den *Rechtsnormen* unterschieden werden, die von den Rechtsorganen erzeugt, von ihnen anzuwenden und von den Rechtssubjekten zu befolgen sind. *Rechtsätze* sind hypothetische Urteile, die aussagen, dass ... unter gewissen ... bestimmten Bedingungen gewisse ... bestimmte Folgen eintreten sollen. *Rechtsnormen* sind keine Urteile, das heißt Aussagen über einen der Erkenntnis gegebenen Gegenstand.» (Kelsen, *Reine Rechtslehre*)

### Unterscheidung zwischen Rechtsnormen und Rechtsätzen:

- *Rechtsnormen* sind Befehle, Imperative, aber nicht nur Gebote, sondern auch Erlaubnisse und Ermächtigungen. *Rechtsnormen* schreiben vor.

- *Rechtsätze sind hypothetische Urteile, d.h. Aussagen über einen der Erkenntnis gegebenen Gegenstand. Rechtsätze beschreiben eben diesen gegebenen Gegenstand.*
- Die von der Rechtswissenschaft formulierten Rechtsätze (Kelsen nennt sie auch Soll-Sätze) beschreiben das Recht, sie enthalten weder Verpflichtungen noch Zulassungen; die von der bestehenden Autorität festgelegten Soll-Normen hingegen schreiben *vor*: sie verpflichten, erlauben oder ermächtigen. Der Unterschied zwischen Soll-Norm und Soll-Satz entspricht dem Unterschied zwischen Rechtsnorm und Rechtssatz, aber betont dass beide Sätze (auch die Rechtssätze) mit dem Sollen zu tun haben. Das Sollen des Rechtssatzes hat dennoch nicht wie das Sollen der Rechtsnorm einen vorschreibenden, sondern lediglich einen beschreibenden Sinn.

«Indem man das Recht als Norm (...) bestimmt und Rechtswissenschaft auf die Erkenntnis und Beschreibung von Rechtsnormen (...) beschränkt, grenzt man das Recht gegen die Natur und die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft gegen alle anderen Wissenschaften ab, die auf die kausalgesezliche Erkenntnis tatsächlicher Vorgänge abzielen. Damit erst ist ein sicheres Kriterium gewonnen, nach dem Gesellschaft von Natur und Gesellschaftswissenschaft von Naturwissenschaft eindeutig geschieden werden können.» (Kelsen, *Reine Rechtslehre*)

#### Unterscheidung zwischen Naturwissenschaft und Normwissenschaft:

- *Naturwissenschaften sind auf dem Prinzip der Kausalität gegründet, d.h. Wenn A ist, dann ist B*
- *Normwissenschaft ist auf dem Prinzip der Zurechnung gegründet. Wenn A ist, dann soll B*

Eine Tatsache als Bedingung wird in Verbindung mit einer anderen Tatsache als Folge gesetzt.

- **A:** Rechtswissenschaft → Zurechnungsprinzip → Wer tötet soll bestraft werden (Bsp. A) → Die Verbindung ist normativ gesetzt.
- **B:** Naturwissenschaft → Kausalitätsprinzip → Schwerkraft lässt alle Körper herunterfallen (Bsp. B) → Verbindung ist rein objektiv und notwendig

**Bsp. A:** Wenn A den B umbringt, so *soll* A bestraft werden. Es kann sein, dass A nie gefasst wird, d.h. nicht bestraft werden kann. Dennoch *soll* er bestraft werden; die Strafe wird ihm zugerechnet.

**Bsp. B:** Wenn ein Körper erwärmt wird, dehnt er sich aus. Wir haben es mit einer reinen Tatsache zu tun. Wenn A, dann folgt B. Die Gesetze der Natur sind Kausalgesetze.

#### Zusammenfassung:

- Reine Rechtslehre: Recht ist eine Gesamtheit von Normen, welche eine normativ zwingende Ordnung bilden. Diese Ordnung regelt seine eigene Produktion.
- Objekt der Rechtswissenschaft sind nur die zwingenden rechtlichen Normen. (Es gibt zwei Perspektiven der Rechtswissenschaft: Rechtsstatik & Rechtsdynamik).

#### Fragen:

##### 1. Was ist der Gegenstand der Rechtswissenschaft?

Gegenstand (d.h. Objekt) sind die rechtlichen Normen (und nur diese), welche eine zwingende Ordnung bilden.

##### 2. Worin liegt der Unterschied zwischen Rechtssätzen und Rechtsnormen?

Kelsen differenziert sehr deutlich zwischen Rechtsnormen, die von den Rechtsorganen erzeugt, von ihnen anzuwenden und von den Rechtssubjekten zu befolgen sind, falls sie nicht bestraft werden wol-

len, und Rechtssätze, welche hypothetische Urteile sind. Rechtssätze gehören aber zur Welt des Sollens. In dieser Welt sind die Urteile hypothetisch, weil unter gewissen, von der Rechtsordnung bestimmten Bedingungen bestimmte Rechtsfolgen eintreten sollen (z.B. wenn du gestohlen hast, sollst du bestraft werden). Die von der RW formulierten Rechtssätze (Kehlsen nennt sie Soll-Sätze) beschreiben das Recht, sie enthalten weder Verpflichtungen noch Zulassungen; die von der bestehenden Autorität festgelegten Soll-Norm und Soll-Satz entspricht der Unterschied zwischen Rechtsnormen und Rechtssatz, aber betont dass beide Sätze mit dem Sollen zu tun haben. Das Sollen des Rechtssatzes hat nicht wie das Sollen der Rechtsnorm einen vorschreibenden, sondern lediglich einen beschreibenden Sinn.

### 3. Wie kann man die Rechtswissenschaft von den Naturwissenschaften abgrenzen?

Die Naturwissenschaften machen sich zur Aufgabe, den tatsächlichen Vorgang der Dinge zu erfassen; die normativen Wissenschaften statuieren dagegen ein Sollen. Z.B. Wenn ein Mensch ein Verbrechen begeht, soll eine Strafe über ihn verhängt werden. D.h. unter bestimmten Bedingungen soll ein bestimmter Zwangsakt erfolgen. Das Prinzip, auf das sich die Naturwissenschaften gründen, ist das Kausalprinzip. Das Prinzip, auf das sich die normative RW bezieht, ist die Zurechnung. Z.B. wenn ein Körper erwärmt wird, dehnt er sich aus. Wir haben es mit einer reinen Tatsache zu tun. Die Gesetze der Natur sind Kausalgesetze. Anders beim Recht: Wenn A ist, dann soll B sein, auch wenn B vielleicht in Wirklichkeit nicht so ist.

#### Probefvorlesung 4. Und 5. April

##### e. Wozu Recht? Eine Antwort aus diskurstheoretischer Perspektive

- Die Antwort: Warum Juristen? Um Recht!
  - **These: Ohne Juristen kein Recht**

#### Die Begründung:

- **Das Argument**
  - Der juristische Diskurs ist notwendig für das Recht.
  - Der juristische Diskurs ist ohne Juristen unmöglich.
  - Juristen sind notwendig für das Recht.
- **Die Rechtfertigung: Warum ist der juristische Diskurs notwendig für das Recht?**
  - Diskurs als Mittel der **Wahrheitsfindung** für **praktische** (normative) **Fragen** vgl. Jürgen **Habermas** (\* 1929), *Wahrheitstheorien* (1973), S. 232, sog. **Konsensustheorie** der Wahrheit.
  - **Die Definition des Diskurses** erfolgt **durch Regeln**, die Konsistenz; Zweckrationalität; Überprüfbarkeit; Kohärenz; Verallgemeinerbarkeit; Aufrichtigkeit sichern sollen. Bsp. für ein ausdifferenziertes Regelsystem: Robert **Alexy** (\* 1945), *Theorie der juristischen Argumentation* (1978), S. 234 ff.  
Zentrale Bedeutung: sog. „**Vernunftregeln**“:
    1. **Jeder, der sprechen kann, darf an Diskursen teilnehmen.**
    - 2a. **Jeder darf jede Behauptung in Frage stellen.**
    - 2b. **Jeder darf jede Behauptung in den Diskurs einführen.**
    - 2c. **Jeder darf seine Einstellungen, Wünsche und Bedürfnisse äußern.**
    3. **Kein Sprecher darf durch innerhalb oder außerhalb des Diskurses herrschenden Zwang daran gehindert werden, seine in (1) und (2) festgelegten Rechte wahrzunehmen.**

- Verknüpfung von **Normbegründung** und **Normerzeugung** durch das **diskurstheoretische Modell des Rechts**
  - **Stufe 1: Gesetzgebung:** allgemeiner praktischer **Diskurs** Gesetzgebungsverfahren
  - **Stufe 2: Gesetzesanwendung** juristischer **Diskurs** Gesetzesanwendungsverfahren

(1) Juristischer Diskurs ist Bedingung der Gesetzesanwendung.  
 (2) Gesetzesanwendung ist Bedingung der Rechtsbefolgung.  
 (3) Rechtsbefolgung ist Bedingung der Geltung des Rechts.  
 (4) Die Geltung des Rechts ist Bedingung seiner Existenz.  
**Also: Ohne juristischen Diskurs kein Recht!**

### Warum ist der juristische Diskurs ohne Juristen unmöglich?

*Der juristische Diskurs ist (im diskurstheoretischen Modell des Rechts) gebunden an die Entscheidungen auf der 1. Stufe, also die **Gesetze**; ferner an Entwicklungen auf der 2. Stufe, also die **Dogmatik** (Regeln der Methodik) und **Präjudizien** bzw. die **Verwaltungspraxis**.*

Gesetzesanwendung setzt

- **Gesetzeskenntnis,**
- **Gesetzesverständnis**
- und **Kenntnis/Verständnis vorheriger Gesetzesanwendung** voraus.

à nur **Juristen** verfügen über diese Fähigkeiten

(bzw.: jeder, der diese Fähigkeiten besitzt, ist ein Jurist im materiellen Sinne)

f. Wozu Juristen? Eine Antwort aus rechtsphilosophischer Perspektive

### Das Unbehagen der Juristen:

*Die „selbstverschuldete Unmündigkeit“ der Rechtswelt:*

„Anforderungen an den Juristen heute sind die Forderungen unserer Gesellschaft an ihr Recht. ... unsere Rechts- und Juristenwelt ist eine konstitutionelle Monarchie ohne Monarch – vorwissenschaftlich, vorindustriell, vordemokratisch. Noch präziser: eine konstitutionelle Monarchie zwar ohne Monarch, aber mit einem ‚heimlichen Kaiser‘ (G. Radbruch) von problematischer Legitimität; dieser Kaiser ist das Recht, noch konkreter: ist die Justiz. Wir stehen, wohin wir auch blicken, vor Trümmern. ... Unsere Arbeit hat politische und soziale Funktionen: Juristen fallen für bestimmte Mitarbeit in unserer Gesellschaft ebenso aus wie sie in bestimmter anderer Mitarbeit in der Gesellschaft hervorrangen. In beiden Fällen freilich handelt es sich mangels Mündigkeit und Selbstbewusstsein – gleichsam um ferngesteuerte, heteronom programmierte Passivität und Scheinaktivität. Juristen heute durchschauen weder ihre Eigenwelt noch ihre Umwelt. Sie wissen buchstäblich nicht, was sie tun.“

(Rudolf Wiethölter, „Anforderungen an den Juristen heute“, in: R. Wassermann (Hg.), *Erziehung zum Establishment*, 1969, 1)

*Jurist mit „schlechtem Gewissen“:*

„Ein guter Jurist würde aufhören, ein guter Jurist zu sein, wenn ihm in jedem Augenblick seines Berufslebens zugleich mit der Notwendigkeit nicht auch die tiefe Fragwürdigkeit seines Berufes voll bewußt wäre. Deshalb sieht auch der ernste Jurist gern jene Spötter, die ihm an den Rand seiner Gesetzbücher allerlei ironische Frage- und Ausrufungs-zeichen malen, einen Anatole France etwa – noch lieber aber jene Grübler unter den Dichtern, die mit zweifelnder Menschlichkeit an die Fundamente der Gerechtigkeit rühren, einen Tolstoi, einen Dostojewski oder den großen Karikaturisten der Justiz, der beides ist, ein Spötter und ein Grübler, Daumier. Nur der Banause fühlt sich in jedem Augenblick als fraglos nützliches Glied der menschlichen Gesellschaft.“

(Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1932, § 14 [106 f.])

### g. Wozu Juristen?, Jakl

#### Aristoteles und das Naturrecht

„Jede Kunst und jede Lehre, ebenso jede Handlung und jeder Entschluss scheint irgendein Gut zu erstreben.“ (*Aristoteles, Nikomachische Ethik, 1094 a 1*)

- Gibt es ein Ziel, das alle Juristinnen und Juristen erstreben?

→ Das **Naturrecht** versteht sich als ein Normsystem, das für alle Menschen auch ohne und sogar entgegen allen positiven, insbesondere staatlichen Gesetzen überall und jederzeit verbindlich sein soll.

#### Kant und das Recht für endliche Vernunftwesen

„Das Begehungsvermögen nach Begriffen [...] heißt ein Vermögen nach Belieben zu thun oder zu lassen.“ (*Kant, Metaphysik der Sitten, Akad.-Ausg. Bd. VI, 213*)

→ Das Vernunftrecht der Aufklärung (seit Kant) geht davon aus, dass es keine dem individuellen Wollen vorgegebene, geschlossene normative Ordnung gibt, die zugleich allgemeinverbindlich ist. Denkmöglich sind nur vorgeschlagene Ordnungen, deren Verbindlichkeit von jeder handelnden Person eingesehen werden kann. Eine bestehende, positive Rechtsordnung ist erforderlich.

#### Rechtspositivismus oder: Juristinnen und Juristen in einer geltenden Rechtsordnung

- Kenntnis der Gesetze und ihrer Auslegung als Aufgabe der Juristinnen und Juristen
- Jedes ordnungsgemäß erlassene Gesetz ist Recht!

Beispiele: § 138 BGB in D und Art. 19 II OR, Art. 20 OR und Art. 27 ZGB in CH als jeweils *rechtlicher* Begriff der guten Sitten.

→ **Rechtspositivismus** als Leitidee!

- **Zentrale Elemente** des Rechtspositivismus
  - Strikte Trennung von Sein und Sollen: Die Elemente des Rechts sind (bestimmte) Normen. Normen gehören dem Bereich des Sollens an. Ihre spezifische Existenz wird Geltung genannt.
  - Recht als eigenständiges Wertungssystem: „Reine Rechtslehre“ (Hans Kelsen) → keine religiösen, naturwissenschaftlichen, ethischen, soziologischen oder politischen Vorgaben für das Recht!

Die Reine Rechtslehre „will das Recht darstellen, so wie es ist, ohne es als gerecht zu qualifizieren oder als ungerecht zu disqualifizieren: sie fragt nach dem wirklichen und möglichen, nicht nach dem richtigen Recht“. (Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1934, 7)

„Darum kann jeder beliebige Inhalt Recht sein.“  
(Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 201)

- **Konsequenzen** des Rechtspositivismus nach Joseph Raz
  - Rechtssysteme können allein mit **gültigkeitsbasierten Aussagen** arbeiten, **ohne dass die Rechtsanwender** von den Gründen für die Gültigkeit der Normen **überzeugt sind**.
  - Aussagen des Rechts werden zu Handlungsgründen, ohne dass sich Personen die Gültigkeit von Normen zu eigen machen müssen.
  - Recht wird zum Grund durch soziale Bezüge: Sanktionierung, Folgen des Gesetzesbruches, Reputationsverlust etc.

→ Rechtsanwältinnen, Richterinnen, Juraprofessorinnen etc. argumentieren mit dem, was Recht ist. Weitere Gründe können hinzukommen, müssen es aber nicht.

→ Juristinnen und Juristen als „Techniker“ eines Systems, das sich als höchste gesellschaftliche Kontrollinstanz sieht!

#### Rechtssysteme

- sind allumfassend
- beanspruchen höchste Autorität
- sind offene Systeme

(Raz, *Praktische Normen*, 205)

„Wenn aber eine Gesellschaft einem Rechtssystem unterworfen ist, dann ist dieses System das wichtigste institutionalisierte System, dem sie unterliegt. Das Recht liefert den allgemeinen Rahmen, in dem gesellschaftliches Leben stattfindet. **Es ist ein handlungsleitendes und konfliktlösendes System, das höchste Autorität für die Einmischung in jede Art von Aktivität beansprucht.** (Raz, *Praktische Normen*, 210)

#### Rechtsphilosophische Kritik am Rechtspositivismus

- Einen **Ausgangspunkt** für die rechtsphilosophische Kritik an der Position des Rechtspositivismus bildet eine Frage, die jenseits von Naturrecht und Rechtspositivismus liegt: Lassen sich normative Grundlagen einer jeden Rechtsordnung identifizieren, die wohlbegründet sind und die von allen Juristinnen und Juristen geteilt werden können?

Anerkannte Fallgruppen „**gesetzlichen Unrechts**“:

- NS-Unrecht, z.B. Denunziationsfälle, Nürnberger Rassegesetze, Völkermord,
- DDR-Mauerschützenfälle.

Artikel 7 EMRK als Regelung für gesetzliches Unrecht: **Keine Strafe ohne Gesetz**

(1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. [...]

(2) Dieser Artikel schließt nicht aus, daß jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Begehung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.

## Grundlagen jeder Rechtsordnung nach Kant

„Was Rechtsens sei (quid sit iuris), d.i. was die Gesetze an einem gewissen Ort oder zu einer gewissen Zeit sagen oder gesagt haben, kann er [der Rechtsgelehrte, B.J.] noch wohl angeben; aber ob das, was sie wollten auch recht sei, [...] bleibt ihm wohl verborgen, wenn er nicht eine Zeit lang jene empirischen Prinzipien verlässt [...], um zu einer möglichen positiven Gesetzgebung die Grundlagen zu errichten. Eine bloß empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus' Fabel) ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! daß er kein Gehirn hat.“

(Kant, *Metaphysik der Sitten*, Akad.-Ausg. VI, 229f)

→ „Kantische Prinzipien“ als normative Grundlagen des modernen Rechts?

### Die Koordinationsfunktion des Rechts für freie Personen:

→ Rechtsordnungen sind nach Kant legitim, wenn ihre Normen aus dem Prinzip der Vereinbarkeit individueller Freiheitssphären

- gewonnen oder
- begründet werden können.

„Eine jede Handlung ist recht, die oder nach deren Maxime die Freiheit der Willkür eines jeden mit jedermanns Freiheit nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann“

(Kant, *Metaphysik der Sitten*, Akad.-Ausg. VI, 230)

→ Die **Legitimation** der Rechtsnormen in der liberalen Rechtsphilosophie der Gegenwart:

- durch die Selbstgesetzgebung (**Autonomie**) als **Diskursprinzip** für das Recht in der Diskurstheorie (Habermas).
- durch das „**Freiheitsprinzip**“ in der Theorie der Gerechtigkeit (Rawls): Jedermann soll das gleiche Recht auf das umfangreichste System von gleichen Grundfreiheiten haben, das mit dem gleichen System für alle anderen verträglich ist.

Beispiel aus dem geltenden Recht: Freie Entfaltung der Persönlichkeit in den Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung (Art. 10 II BV in CH).

### Die Idee subjektiver Freiheitsrechte

„Freiheit (Unabhängigkeit von eines Anderen nöthigender Willkür), sofern sie mit jedes Anderen Freiheit nach einem allgemeinen Gesetz zusammen bestehen kann, ist dieses einzige, ursprüngliche Recht.“ (Kant, *Metaphysik der Sitten*, Akad.-Ausg. VI, 237)

→ subjektive Freiheitsrechte als Grundlage des modernen Rechts:

- in der liberalen Rechtsphilosophie der Gegenwart: z.B. „Rechte als Trümpfe“ bei Dworkin.

- im geltenden Recht als Grund- und Menschenrechte: z.B. die Glaubens- und Religionsfreiheit: Art. 15 BV in CH und Art. 9 EMRK.

## Zusammenfassung

- Juristinnen und Juristen müssen eine bestimmte Rechtsordnung und ihre Normen
  - **erkennen, erlernen, verstehen** (z.B. im Studium) und
  - **auf den Einzelfall anwenden** (z.B. als Staatsanwälte, als Richterinnen oder als Rechtsanwältinnen).
- Juristinnen und Juristen können von einer rechtspositivistischen Basis aus eine bestimmte Rechtsordnung
  - für außerrechtliche, etwa politische oder ökonomische Ziele **einsetzen** (z.B. als Rechtspolitikerinnen oder als Rechtsanwältinnen im Zivilrecht)
  - von anderen gesellschaftlichen Funktionsbereichen **abgrenzen** (z.B. in der Rechtssoziologie)
  - durch Forschung **bewahren und erinnern** (z.B. in der Rechtsgeschichte) sowie
  - die in ihr umgesetzten **Grundlagen des Rechts identifizieren** oder die **Entwicklung** der Rechtsordnung aus der Grundlagenperspektive **kritisieren** (z.B. in der Rechtsphilosophie).

**h. Wozu Juristen bei der Lösung von Rechtsfällen? Die Antwort des Hartschen Rechtspositivismus.** → Siehe Präsentation.

**i. Wozu Juristen?, Zabel**

**Eine Gesellschaft ohne Juristen: Schöne neue Welt?**

**Erwartungen**

- umfassende **Beteiligung** der Gesellschaft i.S.e. egalitär organisierten Streitschlichtung
- Geltendmachung unterschiedlicher **moralischer Gerechtigkeitsforderungen**
- Beachtung des individuellen **Rechtsgefühls**
- maßgeblicher Einfluss des **Opfers** auf die Konfliktlösung

**Probleme**

- Willkür durch **parteiliche** Streitschlichtung
- **Rechtsunsicherheit**
- Verletzung individueller Rechte durch **Auslegung** der Gesetze
- unzulässige **Moralisierung** der Konfliktlösung bis hin zu Racheakten
- mangelnde **Durchsetzbarkeit** der Entscheidung

**Juristen als „Experten“ des Rechts**

„Die herrschende Idealvorstellung vom Juristen ist die: Ein höherer Staatsbeamter mit akademischer Ausbildung, sitzt er, bewaffnet bloß mit einer Denkmaschine, freilich einer von der feinsten Art, in seiner Zelle. Ihr einziges Mobiliar ein grüner Tisch, auf dem das staatliche Gesetzbuch vor ihm liegt. Man reicht ihm einen beliebigen Fall, einen wirklichen oder nur erdachten, und entsprechend seiner Pflicht, ist er imstande, mit Hülfe rein logischer Operationen und einer nur ihm verständlichen Geheimtechnik, die vom Gesetzgeber vorherbestimmte Entscheidung im Gesetzbuch mit absoluter Exaktheit nachzuweisen.“ (Kantorowicz, 1906, 1)

## Die Entscheidung der Juristen

- **Materieller Aspekt:** Eine juristische Entscheidung ist ein dem Gesetz entsprechendes und die Interessen der Beteiligten verwirklichendes Handeln.
- **Formeller Aspekt:** Eine juristische Entscheidung ist ein verfahrensförmiges und auf einer schlüssigen Argumentation beruhendes Handeln.

## Der Kontext der juristischen Entscheidung:

- **Adressaten:** Gesellschaft, Staat, Konfliktparteien
- **Interessen:** Kommunikation des Rechts; Bekräftigung des Gewaltmonopol; Optimale Rechtsdurchsetzung

## Was befähigt Juristen zu dieser Entscheidung?

- Sie sind **Recht und Gesetz** verpflichtet.
- Sie sind mit den **Methoden**, der **Dogmatik** und der **Rechtsprechung** vertraut.
- Sie verfügen über spezielles **Konfliktlösungswissen** und insofern über **Rechtsklugheit** (vgl. etwa Art. 1 Abs. 2 schwZGB).
- Sie sind Akteure in einem **formalisierten** Verfahren.
- Sie sind **Interessenvertreter** und auf das **Gemeinwohl** bezogen.
- Sie kanalisieren Emotionen und **rationalisieren** insofern den Konflikt.
- Sie ermöglichen die effektive **Durchsetzung** des Rechts.

## Die Gerechtigkeit der juristischen Entscheidung

- **Gerechtigkeit als Orientierungspunkt der juristischen Entscheidung**  
Gleichheit → formeller Aspekt: gleiche Achtung, gleicher Status  
Wertbezogenheit → inhaltlicher Aspekt: Verwirklichung von Grundfreiheiten  
Rechtssicherheit → funktionaler Aspekt: Erhaltung von Ordnungsvertrauen
- **Wozu also Juristen?** Sie verwirklichen verfahrensgelitete Einzelfallgerechtigkeit und stellen zugleich Rechtsfrieden auf der Grundlage des Gesetzes her.

## Herausforderungen und Grenzen der juristischen Gerechtigkeit

- **Immanente Herausforderungen**
  - Spannung zwischen Gleichheit, Wertbezogenheit und Rechtssicherheit
  - individuelle Willkür und konfliktbezogene Fehlentscheidungen
  - Bewältigung gesellschaftlicher oder politischer Krisen, etwa bei Systemwechseln oder „Systemunrecht“
- **Potentiale alternativer Schlichtungsverfahren**
  - Wahrheitskommissionen, z.B. Südafrika: Umgang mit dem Apartheidsystem
  - Täter-Opfer-Ausgleich, etwa therapeutische Aufarbeitung der Tat
  - Mediation, d.h. professionelle, aber außergerichtliche Streitbeilegung

## Zusammenfassung

- Juristen sind Experten des Rechts.
- Juristisches Handeln zielt auf eine verbindliche Konfliktlösung.
- Juristen werden durch ihre besondere Stellung im Konflikt und ihr spezielles Rechtswissen zu einer verfahrensförmigen Entscheidung befähigt.

- Diese Entscheidung ist – grundsätzlich – auf Gerechtigkeit und das geltende Gesetz bezogen.
- D.h. sie ist gerecht im Rahmen des Rechts und wird dadurch anerkannt.
- Juristen sind als Ordnungsgaranten für moderne Gesellschaften unabdingbar.
- Dennoch ist juristisches Handeln menschliches Handeln und deshalb fehlbar.

→ Aber: Für die Grundlagen, die Menschenwürdigkeit des Rechts, tragen wir alle Verantwortung.

## Wozu Gerichte?

### a. Leviathan, Kapitel 26, Thomas Hobbes

These: Souverän ist absolut, strikte Ablehnung der Gewaltenteilung

- Die Auslegung des Gesetzes hängt vom Souverän ab → Interpretation nach dem Willen des Gesetzgebers (authentische Interpretation). Folglich hat der Richter also keine Autonomie, sondern ist nur das Sprachrohr des Souveräns;
- ∅ Auslegung des Richters ist deshalb authentisch, weil der Richter nach dem Willen des Souveräns handelt!
- Alle Gesetze bedürfen der Auslegung:
  - ungeschriebene natürliche Gesetze (Naturrecht) → obwohl leicht zugänglich, bedürfen sie am meisten fähiger Interpreten
  - geschriebene Gesetze → nur der Gesetzgeber kennt die Endzwecke der Gesetze
- Die authentische Interpretation ist nicht jene des Schriftstellers, sondern die des Souveräns
- Der Interpret des Gesetzes ist der Richter, der durch sein Urteil in einem bestimmten Fall das Recht des Souveräns ausspricht
- Das Urteil des Richters zwingt weder ihn noch jeden anderen Richter in Zukunft das gleiche Urteil in ähnlichen Fällen auszusprechen (Wille des Souveräns kann sich von Fall zu Fall ändern)

N.B. Heute unterscheidet man die Auslegung normalerweise nach den verschiedenen Subjekten, die in ihren verschiedenen Funktionen interpretiert werden: Authentische Auslegung; Offizielle Auslegung; Richterliche Auslegung; Auslegung der Doktrin (sie wird von Juristen in ihren Schriften vorgelegt).

## Fragen:

### 1. Woraus ergibt sich nach Hobbes die Autorität des Richters?

Er erhält seine Autorität vom Souverän, dem er absoluten Gehorsam schuldet. Das Urteil des Richters wird deshalb zum Urteil des Souveräns selbst. In diesem Augenblick ist das Urteil für die klagende Partei Gesetz!

### 2. Was bedeutet, die Auslegung des Richters ist authentisch?

Es bedeutet, dass das Urteil des Richters gerade nicht als seine private Entscheidung zu betrachten ist, sondern die Entscheidung dem Willen des Souveräns entspricht, weil der Richter kraft der Autorität des Souveräns urteilt. Die Interpretation kann nach dieser Auffassung nur nach dem Willen des Gesetzgebers sein.

### 3. Verpflichtet der Spruch eines Richters ihn und andere Richter zu einem ähnlichen Spruch bei ähnlichen Fällen?

Nach Hobbes nicht, nein. Der Richter ist auch nur ein Mensch und kann sich in seinem Urteil irren. Kommt derselbe Richter in einem ähnlichen Fall zur Ansicht, sein früheres Urteil sei falsch so ist er

verpflichtet es auszusprechen.

### b. Die Philosophie des Rechts, G.W.F. Hegel

**Einführung:** Hegel hat von Platon die Einsicht übernommen, dass allgemeine Gesetze der Vielfalt einzelner besonderer Fälle nie vollkommen gerecht werden könnten. Daher lehnt er das Rechtsfortbildungsverbot des preussischen Allgemeinen Landrechts (ALR) ab. Die Anerkennung der richterlichen Rechtsfortbildung scheint ihm mit der Kodifikation vereinbar zu sein.

Richter und Gesetzgeber dürfen nicht in einer Person vereint sein, denn dies stünde im Widerspruch zum vorherrschenden Gewaltentrennungsgrundsatz und es fände zugleich keine Subsumtion statt. Für Hegel also sind Gesetze vom Gesetzgeber erlassen, und die Richter sollen sie anwenden, aber diese Anwendung ist ihrerseits so kreativ, dass aus dieser Anwendung möglichst neues Recht entsteht.

### Allgemeines Schema: *Rechtsphilosophie*

Die Sittlichkeit:

- Die Familie
- Die bürgerliche Gesellschaft
  - a. Das System der Bedürfnisse
  - b. Die Rechtspflege
    - Das Recht als Gesetz
    - Das Dasein des Gesetzes
    - Das Gericht
  - c. Die Polizei & Korporation
- Der Staat

**Hegel, Rph I, § 109:** „Für die Rechtspflege wie für die wirklichen Rechtsverhältnisse sind die Rechtsgesetze als ein an und für sich gültiges *vorausgesetzt* und müssen als solches wesentlich betrachtet werden (...); zugleich sind es die Praxis der Gerichte und die aus den vorkommenden, unbestimmt verschiedenen Fällen sich ergebenden Unterscheidungen, woraus sich das Bedürfnis weiterer Bestimmungen und die unbestimmte Fortbildung des Rechtsverstandes gegen die ebenso geforderte Einfachheit der Rechtsgesetze entwickelt.“

Die Entfaltung des Rechts in der bürgerlichen Gesellschaft:

- ⇒ **Trennung** zwischen der legislativen und judikativen Gewalt
- ⇒ Die Notwendigkeit eines Gesetzbuchs schliesst nicht die richterliche Fortbildung des Gesetzes aus

à Hegel führt das Recht einerseits auf Staatliche Satzungen (Rechtsgesetze), andererseits auf die Rechtsprechung (Richterrecht) zurück.

### Widerspruch? Oder eine dritte Position?

- 4. **Thibaut** à staatliche Satzungen (Recht = Gesetz)
- 5. **Savigny** à Rechtswissenschaft (Juristenrecht)
- Ø **Hegel** à Gesetze + richterliche Rechtsfortbildung

à Hegel nimmt eine dritte, vermittelnde Position zwischen Thibaut und Savigny ein: Er ist wie Thibaut für eine Kodifikation, aber entgegen Thibaut nicht der Meinung, dass Juristentätigkeit sich auf eine mechanische Gesetzesanwendung beschränke (hier kommt er Savigny entgegen).

- Mit der Ausarbeitung des römischen Rechts entstand auch das Bedürfnis, den Härten des **ius strictum** ein **ius aequum** entgegenzusetzen. Dieser Gedanke der Relativierung des rechtlichen

Formalismus liegt auch Hegels Konzeption einer **Rechtspflege der Billigkeit** zugrunde. Sie soll sowohl Härten des positiven Rechts wie auch dessen Förmlichkeiten vermeiden oder korrigieren, indem etwa bei Verlust und Schaden der Wert der Sache „gerecht“ abgeschätzt und auf die wirtschaftliche Lage oder das Wohl der Parteien Rücksicht genommen oder etwa über Formfehler hinweg gesehen wird.

**Hegel, Rph I, § 115:** „Weil ferner, je gebildeter die Gesetze, sie desto vielfältiger für den konkreten Fall werden, die Beurteilung und Anwendung daher umso mehr von der Subjektivität des Richters abhängt, so muss nicht nur eine *Rechtspflege der Förmlichkeit*, sondern auch eine *Rechtspflege der Billigkeit* vorhanden sein (...).“

### Allgemeines Schema: Hegel, Rph I, § 115

- ⇒ Rechtspflege der Förmlichkeit  
*ius strictum* = strenges Recht; juristischer Formalismus
- ⇒ Rechtspflege der Billigkeit  
*ius aequum* = Billigkeit der Entscheidung; Es wird Rücksicht auf die wirtschaftliche Lage oder das Wohl der Parteien genommen

**Fazit Hegels, Rph I, § 115:** „Es muss in der Gerichtsverfassung zur Erkennbarkeit der Rechte das Formalwesen sein; aber diese Förmlichkeiten sollen das Recht nicht hindern, sondern bei einer Kollision des Rechts und der Förmlichkeit soll die Förmlichkeit nachstehen.“

### Zusammenfassung:

- Hegel ist der Meinung, dass allgemeine Gesetze der Vielfalt von Fällen nicht gerecht werden können.
- Folglich soll positives Recht einerseits durch staatliche Setzung und andererseits durch Rechtsprechung entstehen. (Hegel lehnt Rechtsfortbildungsverbot des ALR ab).
- **Legislative** und **Judikative** müssen aber getrennt sein. **Einerseits** wegen des Gewaltentrennungsgrundsatzes, und **andererseits**, weil sonst keine Subsumtion mehr statt findet.
- Hegel ist für eine Relativierung des rechtlichen Formalismus durch eine Rechtspflege der Billigkeit. Es muss auf die Umstände Rücksicht genommen werden.
- Der Richterspruch darf mit dem positiven Recht nicht im Widerspruch stehen. Richterspruch ist nur Auslegung, nicht Veränderung oder Berichtigung.
- In der Praxis werden zwar Präjudizien möglichst verfolgt. Nach Hegel haben Präjudizien aber keine bindende Wirkung für den anderen Richter.

### Fragen

#### 1. Welche Rolle spielen die Richter bei der Anwendung des Gesetzes?

Für Hegel dürfen Richter und Gesetzgeber nicht in einer Person vereint sein, denn die stünde im Widerspruch zum vorherrschenden Gewaltentrennungsgrundsatz und es fände zugleich keine Subsumtion statt. Für Hegel also sind Gesetze vom Gesetzgeber erlassen, und die Richter sollen sie anwenden, aber diese Anwendung ist ihrerseits so kreativ, dass aus dieser Anwendung sogar neues Recht entstehen kann.

#### 2. Worin besteht der Unterschied zwischen Rechtspflege der Förmlichkeit und der Rechtspflege der Billigkeit?

Der Gedanke der Relativierung des rechtlichen Formalismus liegt auch Hegels Konzeption einer

Rechtspflege der Billigkeit zugrunde. Sie soll sowohl Härten des materiellen strengen Rechts, wie auch dessen Förmlichkeiten vermeiden oder korrigieren. Etwa, indem bei Verlust und Schaden der Wert der Sache gerecht geschätzt etc. wird.

### 3. Verpflichtet der Spruch eines Richters ihn und andere Richter zu einem ähnlichen Spruch bei ähnlichen Fällen?

Nach dem Grundsatz der Gewaltentrennung darf der gefällte Richterspruch nicht an Stelle der legislativen Gewalt treten. Der Spruch des Richters darf nur eine Auslegung gegebener Gesetze sein und diese weder verändern noch berichtigen. Auch für Hegel (wie schon Hobbes) besitzt der Spruch eines Richters keinerlei bindende Wirkung für die anderen Richter.

### 4. Welche Idee der Kodifikation hat Hegel?

Für ihn ist sie wichtig, weil das Recht nicht von einem besonderen Stand der Gesellschaft (nämlich wie bei Savigny vom Juristen) produziert werden soll; aber er kritisiert gleichzeitig die aufklärerische Idee eines vollkommenen, abgeschlossenen Gesetzbuches. Denn ein Gesetzbuch soll zwar vorhanden sein, doch sollen an diesem Rechtsfortbildungen möglich sein; und für diese Fortbildung ist die Rolle des Richters entscheidend.

## à + Vorlesungsnotizen von Becchi

### Rechtssoziologie

Aufgabe der Rechtssoziologie: Ergründung der Wirklichkeit des Rechts + Beitrag zur Verwirklichung des Rechts (Ziel: Verbesserung des Rechts).

Definition der Rechtssoziologie: Die Rechtssoziologie ist die *Erfahrungswissenschaft* des Rechts, die auf die Untersuchung der Entstehung und Wirkung des Rechts zielt. Dabei versucht sie einen Beitrag zur **Verwirklichung des Rechts** zu leisten. In diesem letzten Sinne dient die Rechtssoziologie als *Hilfswissenschaft* der praktischen Rechtswissenschaft.

Zwei Arten der Rechtssoziologie:

- **Genetische Rechtssoziologie:** Erkundung und Analyse der **Entstehung** des Rechts aus dem **Sozialleben**
- **Funktionale Rechtssoziologie:** Analyse der **Faktoren für die Wirksamkeit des Rechts**

### Wozu Gesetze?

#### a. Verstaatlichung des Rechts

Aneignung des Rechtssetzungs- und Durchsetzungsmonopols durch den Staat.

**Folgen:**

- Nationalisierung des Rechts
- Demokratisierung des Rechts
- Formalisierung des Rechts

#### b. Positivierung des Rechts

Begriff: Das „positiv“ im Begriff des positiven Rechts geht etymologisch auf das mittelalterlich-lateinische Verb *ponere* zurück; ponere = setzen, stellen, legen.

### Allgemeine Merkmale der Positivität des Rechts:

- Die Geltung des Rechts beruht auf Entscheidungen, auf der Auswahl bestehender Möglichkeiten, nicht mehr auf höheren Werten.
- Es bilden sich spezielle Verfahren der Gesetzgebung heraus.
- Recht wird als jederzeit änderbar empfunden.
- Rechtssetzung wird zur Routine.
- Gesellschaftlicher Wandel wird als durch Recht planbar angesehen.
- Recht wird als verbindlich erachtet, weil es nach bestimmten Verfahrensregeln durch kompetente Organe zustande gekommen ist (legale Legitimität).

**Das positive Recht nach Luhmann:** Nach Luhmann sei eine Anpassung des positiven Rechts an die Gesellschaft notwendig. Jedoch sei es nicht möglich das Recht zu fixieren, sondern lediglich durch folgende drei Punkte anzupassen. Das *positive Recht* ist nach Luhmann gekennzeichnet durch

- 1) **seine Gesetztheit (bzw. Geltung).**
- 2) **seine Kontingenz (bzw. Beliebigkeit).**
- 3) **seine jederzeitige Änderbarkeit.**

Luhmanns Ausgangsthese lautet, in den hochdifferenzierten Gesellschaften 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 Systeme zu strukturieren und zu stabilisieren und auf der anderen Seite gegenüber wechselnden Umwelтанforderungen anpassungs-fähig zu bleiben, mit einem Wort, „die strukturelle Variabilität“ des Rechts zu ermöglichen. (*Thomas Raiser, Text 59, S. 174*)

**Funktionale Erklärung der Positivität des Rechts:** Der Grund nach Luhmann ist die immense Steigerung der gesellschaftlichen Komplexität, die eine Steigerung der Leistungsfähigkeit auch des Rechts erforderlich macht. → Recht und Gesellschaft = Wechselbeziehung.

#### c. Eugen Ehrlichs Rechtsbegriff

**Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung nach Ehrlich:** Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liege auch in unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung, noch in der Jurisprudenz oder Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst.

#### Ehrlich: Die Drei Arten des Rechts:

<b>Gesellschaftliches Recht</b> (Organisationsnormen)	Innere Ordnung der menschlichen Verbände; regelmäßig nicht schriftlich formuliert.
<b>Juristenrecht</b> (Entscheidungsnormen)	Rechtssätze, nach denen Gerichte Streitigkeiten schlichten.
<b>Staatliches Recht</b> (Eingriffsnormen)	Normen, die auf den Staat zurückgehen und sein Funktionieren sichern sollen. Daneben gezielte Änderungen der Sozial-struktur.

**Die Rechtsentwicklung nach Ehrlich:** In den Anfängen entsteht Recht ausschliesslich unmittelbar in der Gesellschaft. Dann bemächtigen sich die Juristen des Rechts, und so bildet sich das Juristen-recht. Schliesslich kommt die Rechtsbindung an den Staat, der die Gesetze schafft.

**Zwangs- und Anerkennungstheorie:**

- **Zwangs- und Imperiumstheorie:** „Der vom Staat in Vollzug gesetzte Zwang bildet das absolute Kriterium des Rechts, ein Rechtssatz ohne Zwang ist ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer, das nicht brennt, ein Licht, das nicht leuchtet.“ (*Jehring*)  
→ Nach Jehring benötigt es also der Zwang zum Recht. Erst wenn dieses vorhanden ist, sei es richtiges Recht.
- **Anerkennungstheorie:** „Die Ordnung in der menschlichen Gesellschaft beruht darauf, dass die Rechtspflichten im allgemeinen erfüllt werden, und nicht darauf, dass sie klagbar sind.“ (*Ehrlich*)  
→ Kennzeichen des Rechts ist nach Ehrlich das allgemeine Bewusstsein, dass eine Norm für das friedlich Zusammenleben der Menschen und den funktionsgerechten Ablauf der gesellschaftlichen Prozesse von grundlegender Bedeutung sei.

**Ehrlichs Gefühlstheorie:**

„So schwierig es aber auch ist, wissenschaftlich die Grenze zwischen der Rechtsnorm und anderen Arten der Norm zu ziehen, praktisch besteht diese Schwierigkeit nur selten. Im allgemeinen wird es jeder ohne Zögern sofort von einer Norm zu sagen imstande sein, ob sie eine Rechtsnorm ist oder dem Gebiete der Religion, der Sitte, der Sittlichkeit, des Anstandes, des Taktes, der Mode oder des guten Tons angehört. Diese Tatsache muss den Ausgangspunkt der Betrachtung bilden. Die Frage nach dem Gegenstand der Rechtsnormen und der ausserrechtlichen Norm ist nicht eine Frage der Gesellschaftswissenschaft, sondern der gesellschaftlichen Psychologie. Die verschiedenen Arten von Normen lösen verschiedene Gefühlstöne aus, und wir antworten auf Übertretung verschiedener Normen nach ihrer Art mit verschiedenen Empfindungen.“ (*Eugen Ehrlich, Text 60, S. 182*)

**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

**Kritik?**

- **Ehrlichs Anerkennungstheorie:** Wir verfügen über keine empirische Methoden, wonach „Gefühlstöne“ erschlossen werden könnten.

#### d. Max Webers Rechtsbegriff

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

#### Okzidentale Sonderentwicklung:

„Universalgeschichtliche Probleme wird der Sohn der modernen europäischen Kulturwelt unvermeidlicher- und berechtigterweise unter der Fragestellung behandeln: Welche Verkettung von Zuständen hat dazu geführt, dass gerade auf dem Boden des Okzidents, und nur hier, Kultur-entscheidungen auftraten, welche (...) in einer Entwicklungsrichtung von *universeller* Bedeutung und Gültigkeit lagen?“

*Max Weber*, Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie I (1920), 9. Aufl. 1988, S. 1.

#### Sonderentwicklung des Rechts in Europa:

Den „Staat“ überhaupt im Sinn einer politischen *Anstalt*, mit rational gesetzter „Verfassung“, rational gesetztem Recht und einer an rational gesetzten Regeln: „Gesetzen“, orientierten Verwaltung durch Fachbeamte, kennt, in dieser für ihn wesentlichen Kombination der entscheidenden Merkmale, ungeachtet aller anderweitigen Ansätze dazu, nur der Okzident.“

*Max Weber*, Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie I (1920), 9. Aufl. 1988, S. 1.

#### Entstehung neuen Rechts nach Weber: Neues Recht entsteht nach Weber

- durch Verträge;
- durch Juristen;
- durch Gerichtsurteile;
- durch Orakel oder Propheten;
- durch politische Setzung.

#### Max Webers Rechtsbegriff:

Eine Ordnung soll heissen:

(...)

b) *Recht*, wenn sie äusserlich garantiert ist durch die Chance [des] (physischen oder psychischen) *Zwanges* durch ein auf Erzwingung der Innehaltung oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines *eigens* darauf eingestellten *Stabes* von Menschen.

*Max Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie* (1921), 5. Aufl. 1980, S. 17.

- Max Webers soziologischer Rechtsbegriff zeichnet sich durch zwei Merkmale aus:
  - Möglichkeit der **Zwangsdurchsetzung** einer Norm;
  - Existenz eines sogenannten **Rechtsstabs**.

Der Begriff des **Rechtsstabs**: Man bezeichnet damit alle diejenigen, die das Recht verwalten, wie Richter und Staatsanwälte, Polizisten und Gerichtsvollzieher, aber auch Sanktionsinstanzen in Verbänden.

Der Begriff der **Rationalisierung** im Allgemeinen: Die zunehmende **Intellektualisierung und Rationalisierung** bedeute also *nicht* eine zunehmende Kenntnis der Lebensbedingungen, unter denen man steht. Sondern sie bedeutet etwas anderes: dass man, wenn man *nur wollte*, es jederzeit erfahren *könnte*, dass es also **keine prinzipiell geheimnisvollen unberechenbaren Mächte** gebe, die da hineinspie-

len, dass man vielmehr alle Dinge – im Prinzip – **durch Berechnen beherrschen** könnte. Das aber bedeutet: **Entzauberung der Welt**.

→ Nüchterne Betrachtung, ohne jeglichen psychischen Einfluss. Antworten werden nicht im Göttlichen gefunden. Es gibt keine göttlichen Offenbarungen mehr, sondern das Recht entsteht einzig und alleine durch den (rationalen) Menschen!

- Die Rationalisierung des Rechts vollzieht sich nach Weber in drei Schritten:
  - a. durch **Generalisierung**, das heisst durch „Reduktion der für die Entscheidung des Einzelfalls massgebenden Gründe auf ein oder mehrere Prinzipien“;
  - b. durch **juristische Konstruktion von Rechtsverhältnissen und Rechtsinstituten**, nämlich durch Feststellung, „was an einem in typischer Weise verlaufenden Gemeinschafts- oder Einverständnishandeln rechtlich relevant sei und in welcher in sich logisch widerspruchsfreien Weise diese relevanten Bestandteile als rechtlich geordnet, also als ein Rechtsverhältnis zu denken seien“;
  - c. durch **Systematisierung**, das heisst „Inbeziehungssetzung aller durch Analyse gewonnenen Rechtssätze derart, dass sie untereinander ein **logisch klares, in sich logisch widerspruchsfreies und, vor allem, prinzipiell lückenloses System von Regeln** bilden, welches also beansprucht: dass alle denkbaren Tatbestände unter einer seiner Normen müssen logisch subsumiert werden können.“

Rationales vs. irrationales Recht

- **Rational** ist das Recht insoweit, als es abstrakte Regeln ausbildet und die Rechtsanwendung darauf ausrichtet. Die Rationalität des Rechts kann nach Weber in **formeller** oder **materieller** Hinsicht gegeben sein.
- **Irrational** ist das Recht, wenn abstrakte Regeln fehlen.

Rationalisierungstypologie des Rechts:

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

Den **Höchstgrad formeller Rationalität** erreicht das Recht nach Meinung Webers:

1. wenn jede konkrete Rechtsentscheidung Anwendung eines abstrakten Rechtssatzes auf einen konkreten Tatbestand sei;
2. wenn für jeden konkreten Tatbestand mit den Mitteln der Rechtslogik eine Entscheidung aus den geltenden abstrakten Rechtssätzen zu gewinnen sei;
3. wenn das geltende objektive Recht ein lückenloses System von Rechtssätzen darstelle [...] oder doch als solches für die Zwecke der Rechtsanwendung behandelt werde;

4. wenn das Gemeinschaftshandeln der Menschen durchweg als Anwendung oder Ausführung von Rechtssätzen oder umgekehrt als Verstoß gegen Rechtssätze gedeutet werde.

**Rechtsentwicklung in Europa:**

Die allgemeine Entwicklung des Rechts und des Rechtsgangs führt, in theoretische „Entwicklungsstufen“ gegliedert, von der charismatischen Rechtsoffenbarung durch „Rechtspropheten“ zur empirischen Rechtsschöpfung und Rechtsfindung durch Rechts*honorationen* (Kautelar- und Präjudizienrechtsschöpfung), weiter zur Rechtsoktroierung durch weltliches *imperium* und theokratische Gewalten und endlich zur systematischen Rechtssatzung und zur fachmässigen, auf Grund literarischer und formal logischer Schulung sich vollziehender „Rechtspflege“ durch Rechts*gebildete* (Fachjuristen). *Klaus Röhl*, Text 61, S. 183-184.

Vier Stadien der Rechtsentwicklung:

Stufe	Träger	Qualität
Rechts-offenbarung	Rechts-propheten	Formell-irrational
Rechts-schöpfung	Rechts-honorationen	Materiell-irrational
Rechts-oktroierung	Imperium/ Theokratie	Materiell-rational
Rechtspflege	Fachjuristen/ Bürokratie	Formell-rational

Gegensatz zwischen **formaler** und **materieller** Rationalität:

Nun aber entstehen mit dem Erwachen moderner Klassenprobleme materiale Anforderungen an das Recht von Seiten eines Teils der Rechts-interessenten (namentlich der Arbeiterschaft) [...] welche [...] ein soziales Recht auf der Grundlage pathetischer sittlicher Postulate („Gerechtigkeit“, „Menschenwürde“) verlangen. Dies aber stellt den Formalismus des Rechts grundsätzlich in Frage. *Klaus Röhl*, Text 61, S. 186.

**e. Normative Implikationen rechtssoziologischer Fragestellungen**

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von facebook: Der Austausch deiner Inhalte und Informationen

- Dir gehören alle Inhalte und Informationen, die du auf Facebook postest. Zudem kannst du mithilfe deiner Privatsphäre- und Anwendungseinstellungen kontrollieren, wie diese ausgetauscht werden. Ferner:
- Für Inhalte, die unter die Rechte an geistigem Eigentum fallen, wie Fotos und Videos („IP-Inhalte“), erteilst du uns vorbehaltlich deiner Privatsphäre- und Anwendungseinstellungen die folgende Erlaubnis: Du gibst uns eine nicht-exklusive, übertragbare, unterlizenzierbare, unentgeltliche, weltweite Lizenz für die Nutzung jeglicher IP-Inhalte, die du auf oder im Zusammenhang mit Facebook postest („IP-Lizenz“). Diese IP-Lizenz endet, wenn du deine IP-Inhalte oder dein Konto löschst, außer deine Inhalte wurden mit anderen Nutzern geteilt und diese haben sie nicht gelöscht.

Die kritische Aufgabe der Rechtssoziologie: Die Rechtssoziologie bereitet uns auf die grundlegenden Legitimationsfragen vor, die sich mit der immer stärkeren Bedeutungs-zunahme von “Rechts”-Normen privater Herkunft stellen.

### **Zusammenfassung:**

- Welche Folgen hat die Aneignung des Rechtssetzungs- und Durchsetzungsmonopols durch den Staat?
- Wie lauten die allgemeinen Merkmale der Positivität des Rechts?
- Welche Elemente kennzeichnet das positive Recht nach Luhmann?
- Welche funktionale Erklärung hat Luhmann für die Positivität des Rechts?
- Wo liegt der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung nach Ehrlich?
- Wie lauten die 3 Arten des Rechts nach Ehrlich?
- Wie beschreibt Ehrlich die Rechtsentwicklung?
- Was bedeuten die Begriffe Zwangstheorie und Anerkennungstheorie?
- Wie beschreibt Ehrlich seine Gefühlstheorie?
- Wie lautet die Kritik an Ehrlichs Anerkennungstheorie?
- Wie formuliert Weber seine Ausgangsfrage?
- Was ist unter okzidentaler Sonderwirkung zu verstehen?
- Durch welche Elemente entsteht laut Weber neues Recht?
- Wie lautet Webers Rechtsbegriff?
- Welche 2 Elemente definieren laut Weber das Recht?
- Was versteht Weber unter dem Begriff des Rechtsstabs?
- In welchen 3 Schritten vollzieht sich die Rationalisierung des Rechts gemäss Weber?
- Wie lautet der Unterschied zwischen rationalem und irrationalem Recht?
- Wie beschreibt Weber die Rationalisierungstypologie des Rechts?
- Was ist gemäss Weber unter formeller Rationalität des Rechts zu verstehen?
- Wie werden laut Weber die vier Stadien der Rechtsentwicklung beschrieben?
- Wie lautet der Gegensatz zwischen formaler und materialer Rationalität?
  
- Was überrascht Ehrlich an der Nachricht, dass Japan ein Gesetzbuch eingeführt habe, das wesentlich mit dem Entwurf des deutschen BGB übereinstimmt? Mentalisätsverbindung sollte bestehen! Ehrlich geht von der Theorie Savignys aus!
- Wo entsteht für Ehrlich das Recht? Gesellschaftliches Recht und gelebtes Recht.

### **Wozu Juristen?**

#### **a. Von Savigny zur Begriffsjurisprudenz**

#### **Ehrlichs Feststellung über das Wesen der Jurisprudenz:**

Die Jurisprudenz war nie das, wofür sie heute gewöhnlich gehalten wird: eine Darstellung dessen, was bereits als Recht überliefert ist, oder eine Anweisung, wie man auf Grund der als Recht überlieferten Regeln vorgehen solle. Wenn eine juristische Literatur sich, wie die englischen Textbooks, zum Teile auch unsere Lehrbücher, keine weitem Ziele steckt, so ist sie eben keine Jurisprudenz, und kein Recht könnte ohne eine darüber hinausgehende geistige Arbeit der Juristen auskommen. Eine schöpferische Jurisprudenz muss immer vorhanden sein. *Eugen Ehrlich, Text 64, S. 189*

Das Recht als Ausfluss des Volksgeistes:

[D]er eigentliche Sitz des Rechts [sey] das gemeinsame Bewusstseyn des Volkes.  
*Friedrich Carl v. Savigny*, Text 47, S. 119

- Abkehr vom Naturrecht der Aufklärung: Nach Savigny hat das Recht seinen Grund weder in einer allgemeinen, übergeschichtlichen Menschennatur noch in apriorischen, ebenfalls übergeschichtlichen Vernunft-grundsätzen, sondern in einer geschichtlichen Grösse, im geschichtlich gebundenen Volksgeist.

**Der Begriff des Volksgeistes bei Savigny**: Der Begriff des Volksgeistes bei Savigny widerspiegelt den gemeinsamen Kultur-besitz eines Volkes.

**Der Begriff des Volkes bei Savigny**: Volk ist also nicht die politische und gesellschaftliche Realität einer Nation, sondern ein idealer Kulturbegriff: die durch gemeinsame Bildung verbundene geistige und kulturelle Gemeinschaft (FRany Wieacker).

- Die Elementarteilchen des Rechtssystems nach Savigny: Das Recht besteht nach Savigny aus einer Vielzahl von Rechtsbegriffen und Rechts-instituten, die durch bestimmte leitende Grundsätze miteinander verbunden sind.

**Die Aufgabe der Juristen nach Savigny**:

Auf ähnlicher Weise hat jeder Teil unsres Rechts solche Stücke, wodurch die übrigen gegeben sind: wir können sie die leitenden Grundsätze nennen. Diese heraus zu fühlen, und von ihnen ausgehend den innern Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehört eben zu den schwersten Aufgaben unsrer Wissenschaft, ja es ist eigentlich dasjenige, was unsrer Arbeit den wissenschaftlichen Charakter gibt [...].

*Friedrich Carl v. Savigny*, Text 12, S. 34

**Savignys Methoden**:

Ein zweifacher Sinn ist dem Juristen unentbehrlich: der historische, um das eigentümlich jedes Zeitalters und jeder Rechtsform scharf aufzufassen, und der systematische, um jeden Begriff und jeden Satz in lebendiger Verbindung und Wechselwirkung mit dem Ganzen anzusehen, d.h. in dem Verhältnis, welches das allein wahre und natürliche ist. *Friedrich Carl v. Savigny*, Text 10, S. 32

**Begriffsjurisprudenz**:

Ein Teil der Rechtswissenschaft im Gefolge der Historischen Schule entwickelt unter dem Begriff des rechtswissenschaftlichen Positivismus (...) eine Rechtsanschauung, welche die Rechtssätze und ihre Anwendung ausschliesslich aus System, Begriffen und Lehrsätzen der Rechtswissenschaft ableitet, ohne ausserjuristischen (etwa religiösen, sozialen oder wissenschaftlichen) Wertungen und Zwecken rechtserzeugende oder rechtsändernde Kraft zuzugestehen. *Pio Caroni*

**Vertreter der Begriffsjurisprudenz**:

- Ethische, politische oder volkswirtschaftliche Erwägungen sind nicht Sache des Juristen als solchen. (*Windscheid*)

- Eine gereifte Jurisprudenz lässt sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit bringen. (*Jebring*)

## b. Das Werk der Jurisprudenz nach Ehrlich

### Die drei Elemente der Jurisprudenz:

- Das anwaltschaftliche

Die Aufgabe des Anwalts ist, das Gericht zu überzeugen, dass die Gesellschaft für das von ihm vertretene Interesse einen Schutz bereit hat: das ist die Kunst der Klagebegründung; ferner dem Gericht zu zeigen, dass ein schutzwürdiges Interesse vorliegt: das ist die Kunst der Beweisführung. *Eugen Ehrlich*, Text 64, S. 189

Hat der Anwalt das Gericht auf seine Seite gebracht, dann hat er für ein Interesse Schutz erlangt, der ihm bisher versagt war, oder er hat dafür den Schutz gegen einen Angriff erreicht, dem es bisher preisgegeben war; das ist zweifellos ein Fortschritt des Rechts, den er durch seine eigene Tat veranlasst hat. *Eugen Ehrlich*, Text 64, S. 189

- Das rechtsgeschäftliche

Der Verfasser der Urkunde hat das Verhältnis, das die Parteien begründen wollen, zu gestalten, er hat die juristischen Mittel zu finden, durch die ihre Zwecke erreicht werden, er hat ihre Rechte und Pflichten in die richtigen Worte zu kleiden. Die Ordnung, die dergestalt auf die Urkunde zurückgeht, ist aber wieder ein Werk der schöpferischen Jurisprudenz. Was den Parteien dunkel vorschwebte, erhält durch den Juristen eine feste, bestimmte, greifbare Form, ohne die es nicht bestehen könnte: jeder weiss jetzt, was er zu tun und zu lassen hat. *Eugen Ehrlich*, Text 64, S. 190

- Das richterliche

Die Entscheidungsnorm des Richters ist also das Ergebnis eines ungemein zusammengesetzten Verfahrens. Das Lebensverhältnis, in dem die Interessen zusammengestossen sind, musste vom Anwalt oder Kautelarjuristen wahrgenommen, in eine für den Rechtsschutz geeignete Form gebracht und dem Richter, soweit seine eigene Kenntnis nicht hinreicht, durch Zeugen, Sachverständige, Urkunden (in der Vergangenheit wohl auch durch Orakelsprüche, Gottesurteil, Los) bewiesen werden, daran schliesst sich erst die richterliche Interessenabwägung an, die Prüfung der Schutzwürdigkeit, die zur Verallgemeinerung, Vereinheitlichung, Normenfindung führt. *Eugen Ehrlich*, Text 64, S. 191

à **Jurisprudenz als praktische Kunstlehre:** Die Beobachtung und Verallgemeinerung des Juristen geht nicht unbefangen im wissenschaftlichen Geiste vor sich, sondern steht im vorhinein im Banne der Machtverhältnisse, Zweckmässigkeitserwägungen und Gerechtigkeitsströmungen, die das Normenfinden bestimmen; und infolgedessen ist die juristische Beobachtung und Verallgemeinerung im vorhinein auf andere Gegenstände gerichtet und liefert auch andere Ergebnisse, als es bei der wissenschaftlichen der Fall wäre. *Eugen Ehrlich*, Text 64, S. 192

Von der Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft:

Die Jurisprudenz stelle sich dem Fortschritt des Rechts gern feindlich entgegen; sie neige dazu „die Bildungen der Gegenwart in die wohlbekanntesten Kategorien erstorbener Gestalten zu zwängen.“  
Über dem vergangenen Recht vergesse sie das der Gegenwart.  
*J. H. v. Kirchmann*: Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, 1847, S. 17

### c. Die JuristInnen und das Gesetz nach Amstutz

- Inwiefern liegt das Gesetz *ausserhalb* des Rechts? Bzw. wann wird das Gesetz zum Recht?
- Was ist Recht nach Amstutz?
- Wie beschreibt Amstutz die historischen Etappen der Emanzipation der Rechtspflege von der Politik?
- Welche sind die Auswirkungen der Emanzipation der Rechtspflege von der Politik?
- Was steckt hinter dieser Umdeutung des Gesetzesbegriffes als „entpersönlichter, objektivierter Bestimmungsgrund des Rechts“?
- Warum spricht Amstutz im Fall des Justizsyllogismus von einem Leerlauf dieses Modells?
- Was versteht Amstutz unter dem Ausdruck „Differenzierung der Gesellschaft“?
- Warum werden Konflikte zur Liquidierung an das Rechtssystem überwiesen?
- Was bedeutet Konfliktlösung durch Recht in einer funktional differenzierten Gesellschaft?
- Welche Probleme sind mit der Ausdifferenzierung des Rechtssystem als ein operativ geschlossenes System verbunden?
- Wie werden diese Probleme begegnet?
- Was ist eine strukturelle Kopplung?
- Worin liegt die Funktion des Gesetzes als strukturelle Kopplung zwischen Recht und Politik nach Amstutz?
- Wie wird das Problem des Eindringens der Politik in das Proprium des Rechts begegnet?

### d. Erklärungsversuche über die Unbeliebtheit der JuristInnen

#### Johann Braun

- **1. These: Rechtliche Belehrung ist demütigend.**

Dass Juristen unbeliebt sind, hängt zunächst damit zusammen, dass man in rechtlichen Dingen niemand belehren kann, ohne ihn gleichzeitig auf subtile Weise zu verletzen. Jeder Mensch ist gleichsam von Haus aus ein geborener Rechthaber und Besserwisser. *Johann Braun*, Text 66, S. 201.

- **2. These:** Die juristische Fachsprache entrechtet den Laien.

Ein zweiter Grund, weshalb Juristen not-wendig unbeliebt sind, ist der, dass sie als Professionalisten eine eigene Fach-sprache entwickelt haben, die ständig aufs neue den Grimm des Publikums erregt. *Johann Braun*, Text 66, S. 201.

à *Juristen als Rechtsverdreher?* Sie machen jeden Rechtshandel allein schon infolge der Sprache, derer sie sich bedienen, mehr oder weniger unter sich aus, und wer betroffen ist, steht dabei und weiss nicht, wie ihm geschieht. (*Zitat aus der Originalveröffentlichung*)

Beispiel: § 10 II 2 EStG: Als Sonderausgaben können Beiträge zu Versicherungen im Sinne des Absatzes 1 Nr. 2 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb, cc, dd nicht abgezogen werden, wenn die Ansprüche aus Versicherungsverträgen während deren Dauer im Erlebensfall der Tilgung oder Sicherung eines Darlehens dienen, dessen Finanzierungskosten Betriebs-ausgaben oder Werbungskosten sind, es sei denn, das Darlehen dient unmittelbar und ausschließlich der Finanzierung von An-schaffungs- oder Herstellungskosten eines Wirtschaftsgutes, das dauernd zur Erzielung von Einkünften bestimmt und keine Forderung ist, und die ganz oder zum Teil zur Tilgung oder Sicherung verwendeten Ansprüche aus Versicherungsverträgen übersteigen nicht die mit dem Darlehen finanzierten Anschaffungs- oder Herstellungskosten (...)

- 3. These: Die juristische Erfolgsrate entspricht dem Zufall.

Wer sich mit Prozessrecht beschäftigt hat, weiss, dass die Unbeliebtheit der Juristen auch mit der Struktur des Prozesses zusammenhängt. Jeder Rechtsstreit wird von zwei Parteien geführt, aber er kann nur von einer gewonnen werden, die andere verliert ihn. *Johann Braun*, Text 66, S. 201 f.

- 4. These: Juristen müssen sich gegenseitig beschuldigen.

Wer einen Vorwurf, der nicht zu widerlegen ist, nicht auf sich sitzen lassen will, muss ihn weitergeben. Die Logik des Rechts selbst, nach der man nur Recht haben kann, wenn zugleich ein anderer Unrecht hat, zwingt die Juristen, sich gegenseitig selbst in Misskredit zu setzen. *Johann Braun*, Text 66, S. 202.

- 5. These: Der Jurist vertritt das Kälteste aller kalten Ungeheuer.

Ein fünfter Grund, weshalb Juristen zwangsläufig unbeliebt sind, liegt darin, dass der Jurist seinem Beruf nach der Hauptvertreter des Staates ist. Als Richter, Staatsanwalt oder Verwaltungsbeamter, als Notar, Diplomat oder Hochschullehrer – in allen diesen Funktionen tritt er seinen Mitbürgern als Vertreter des Staates entgegen. *Johann Braun*, Text 66, S. 202.

## **Rudolf Wiethölter**

- **1. Kritikpunkt nach Wiethölter:** Juristen würden politische macht/Herrschaft durch Stabilisierung des jeweiligen Status-quo- Verhältnisse (bestehender Zustand).
  - **Worin besteht die politische Macht der JuristInnen?**

### Die Aufgabe der Juristen nach Bernhard Rütters

Die zentrale Aufgabe juristischer Berufe ist die **Mitwirkung bei der Rechtsetzung und der Rechtsanwendung**. Letzteres bedeutet die Umsetzung von Rechtsvorschriften in gesellschaftliche und politische Wirklichkeit. Jede – ich betone: jede! – Rechtsnorm ist vom Normsetzer auf ein bestimmtes politisches Gestaltungsziel gerichtet. Recht ist immer (auch) ein Instrument zur Gestaltung und Steuerung gesellschaftlicher und politischer Lebensbereiche nach weltanschaulich begründeten Vorverständnissen. *Bernhard Rütters*, Text 68, S. 207 f.

### Die Instrumente der Juristen bei einem Regimewechsel

Die **sprachlichen und rechtsmethodischen Instrumente** zur **Umdeutung** einer überkommenen („alten“) Gesetzesordnung auf **neu etablierte rechtspolitische Grundwerte und Ziele** sind die folgenden:

- (1) die Proklamation einer neuen „**Rechtsidee**“;
- (2) die Konstruktion **neuer „Rechtsquellen“** zur Verdrängung oder Veränderung der „alten“, aber noch „geltenden“ Gesetze;
- (3) die **Neuinterpretation unbestimmter Rechtsbegriffe** und **Generalklauseln** (sprachliche Leerformeln mit wechselndem Inhalt wie „Treu und Glauben“, „gute Sitten“, „wichtiger Grund“);
- (4) die **Umdeutung von Rechtsgrundbegriffen** (z.B. „Rechtsfähigkeit“, „subjektives Recht“, Vertrag, „Gemeinschaft“, „Menschenwürde“, Ehe, Familie, „Persönlichkeitsrecht“, „Grundrecht“);
- (5) die **Konstruktion neuer oder konkurrierender Auslegungsmethoden**. Proklamation der angeblich „objektiven“ Gesetzesauslegung („Wille des Gesetzes“, „vernünftiger Sinn des Gesetzes“). *Bernhard Rütters*, Text 68, S. 210 f.

Das Beispiel: Fall nach AG Schöneberg vom 16.09.1938, in: JW 1938, 3045

M, eine Jüdin, wohnt seit 1927 in einer Zweizimmer-wohnung in Schöneberg. Am 30.08.1938 erhebt der Vermieter Klage nach § 2 MieterSchG. Als Begründung wird angeführt, daß zwischen Deutschen und Juden keine Hausgemeinschaft möglich und ihr Verbleib im Hause im Interesse der deutschen Mieter nicht mehr zu dulden sei. Zudem könnten für Deutsche in Berlin nur schwierig kleine und billigere Wohnungen beschafft werden.

§ 2 Mieterschutzgesetz vom 01.06.1923

I. Der Vermieter kann auf Aufhebung des Mietverhältnisses klagen, wenn der Mieter (...) sich einer erheblichen Belästigung des Vermieters oder eines Hausbewohners schuldig macht (...).

II. Die Klage ist nur zulässig, wenn der Mieter (...) das Verhalten fortsetzt (...).

- § Belästigung: § 2 MieterSchG dient dem Schutz zur Erhaltung der Haus-gemeinschaft. Die Hausgemeinschaft, die Gemeinschaft aller ein Haus bewohnenden Parteien, ist ein Bestandteil der deutschen Volksgemeinschaft. (...) Sie ist ein außerordentlich wichtiges Glied dieser Volksgemeinschaft. (...) Ihre außerordentliche Bedeutung dürfte heute besonders klar werden. Ihre Stellung im Luftschutz ist bei den möglichen Auswirkungen der feindlichen Luftkriegsführung auf die zivile Bevölkerung dafür besonders kennzeichnend. (...) Diese Gemeinschaft ist für den Widerstandswillen und die Widerstandskraft des Volkes in schwerer Zeit von nicht zu überschätzender Bedeutung und damit ein wesentliches Element der deutschen Volksgemeinschaft. Daher bilden alle Tatsachen eine erhebliche Belästigung des Vermieters, die einen Mieter als Fremdkörper in der Gemeinschaft der Hausbewohner erscheinen lassen, so daß die Bildung oder die Erhaltung der Hausgemeinschaft nicht möglich ist.
- § Verhalten: Unter Verhalten sind aber auch die persönlichen Eigenschaften des Mieters zu verstehen, da ja das Tun und Lassen nur die Lebensäußerungen der Persönlichkeit sind. Danach bildet auch der Mieter eine erhebliche Belästigung des Vermieters, der infolge seiner persönlichen Eigenschaft die Begründung oder die Erhaltung der Haus-gemeinschaft hindert.
- § Verschulden: Es muß auch der Begriff des Verschuldens eine andere Auslegung erfahren, wenn er mit dem alles beherrschenden Streben des deutschen Volkes nach Bildung einer Volksgemeinschaft in Einklang gebracht werden soll. (...) Nur die innere Bereitschaft aller Hausbewohner zur Hausgemeinschaft führt zur Bildung einer Hausgemeinschaft. Das Nichtvorhandensein dieser inneren Bereitschaft zur Haus-gemeinschaft muß als Verschulden i.S.d. § 2 MieterSchG verstanden werden, ohne daß es darauf ankommt, ob dieses Fehlen der Bereitschaft auf Verschulden im eigentlichen Sinne (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) beruht. Der Jude gehört nicht zur deutschen Volksgemeinschaft. Der jüdische Mieter kann infolge seiner persönlichen Eigenschaft als Jude keine Hausgemeinschaft bilden.
- § Rechtsfolge: Die Tatsache, daß der Mieter Jude ist, ist von ihm nicht im eigentlichen Sinne verschuldet. Im Sinne des § 2 MieterSchG trifft ihn jedoch Verschulden. Er ist nicht nur ein Fremdkörper innerhalb der Gemeinschaft der deutschen Hausbewohner, ihm fehlt auch darüber hinaus die notwendige innere Einstellung zu einer Gemeinschaft mit Deutschen. Die Fortsetzung des Mietvertrages mit ihm kann einem deutschen Vermieter, wenn dieser ernstlich die Bildung der Haus-gemeinschaft anstrebt und deshalb die Entfernung des jüdischen Mieters fordert, nicht zugemutet werden.
- **2. Kritikpunkt nach Wiethölter:** Juristen würden ihre Arbeit theorielos und wirklichkeitsfrei verrichten. Es würde also keine konsistenten Arbeitszusammenhänge bestehen.

- **3. Kritikpunkt nach Wiethölder:** Juristen seien den ihnen als gesellschaftlichem Teilsystem arbeitsteilig zufallenden technischen Aufgaben und kritischen Aufgaben nicht gewachsen.
  - Liegt der Grund für das doppelte **Versagen** der JuristInnen in ihrer **Ausbildung**?: *Buckels Kritik der juristischen Ausbildung*

#### Die Funktion des Ausbildungssystems im Allgemeinen:

Die Produktion von Individuen, die nach den allgemeinen Normen einer industriellen Gesellschaft mechanisiert sind. *Sonja Buckel, Text 63, S. 223*

#### Die Funktion der juristischen Ausbildung nach R. Wassermann:

[...] juristische Ausbildung sei nichts anderes als das Zurechtstutzen „auf die Vorstellungen, Erwartungen und Normen der etablierten Gesellschaft“. Er [R. Wassermann] nannte dies „**Erziehung zum Establishment**“ und ging davon aus, dass juristische Fakultäten „[...] Selektionsinstrumente und Medien zur Vorbereitung auf Machtpositionen in der Gesellschaft und im Staat“ seien. *Sonja Buckel, Text 63, S. 223.*

#### Forderungen einer nachindustriellen Gesellschaft an die Juristen:

Denn die nachindustrielle Gesellschaft fordert schlichtweg, und das hat zuletzt nicht die PISA-Studie gezeigt, andere als jene zugerichteten und normalisierten Subjekte, nämlich intellektuelle ArbeiterInnen, die – entsprechend der neueren Arbeitsorganisations- und Managementkonzepten – fähig sein müssen, zu kooperieren, zu kommunizieren, die autonom und kreativ sind, die Entscheidungen treffen können und bereit sind, unkonventionelle Ideen zu verfolgen. *Sonja Buckel, Text 63, S. 223.*

- **4. Kritikpunkt nach Wiethölder:** Juristen seien gerade wegen ihrer systematisch-strukturell begründeten Arbeitsunfähigkeit “zu allem fähig”.

#### **e. Neue Verführungen: Kommerzialisierung des Anwaltsberufes?**

Neuere Entwicklungen: Rechtsanwalts-GmbH bzw. Rechtsanwalts-AG.

#### **Fragen:**

- Worin unterscheidet sich Ehrlichs Meinung betreffend das Wesen der Jurisprudenz von derjenigen der tradierten Juristen?
- Was versteht Savigny unter den Begriffen Volksgeist und Volk?
- Welches sind nach Savigny die Elementarteilchen des Rechtssystems?
- Worin besteht gemäss Savigny die Aufgabe der Juristen?
- Was ist unter Begriffsjurisprudenz zu verstehen?
- Welches sind die 3 Elemente der Jurisprudenz nach Ehrlich?
- Wie wird das anwaltschaftliche Element gemäss Ehrlich umschrieben?
- Wie definiert Ehrlich das rechtsgeschäftliche Element?
- Was versteht Ehrlich unter dem richterlichen Element?
- Warum ist gemäss Ehrlich die Jurisprudenz eine praktische Kunstlehre?
- Warum behauptet v. Kirchmann, dass die Jurisprudenz als Wissenschaft wertlos sei?
- Auf welchen Hauptgrund ist die Unbeliebtheit von JuristInnen nach Braun zurückzuführen?

- Wie lautet Wiethölter's Hauptkritik an den JuristInnen?
- Welche Aufgabe haben JuristInnen gemäss Rüthers?
- Wie lauten die Instrumente der JuristInnen bei einem Regimewechsel?  
Was sagt dies über die Rolle der JuristInnen im politischen System aus?
- Worin besteht die Funktion der juristischen Ausbildung nach Buckel?
- Wie formuliert Buckel die Forderungen einer nachindustriellen Gesellschaft an die Juristen?

## Wozu Gerichte?

### a. Konflikt und Konfliktregelung

#### Jherings Schrift »Der Kampf ums Recht«

Das Leben des Rechts ist ein Kampf – ein Kampf der Völker, der Staats-macht, der Klassen und Individuen. In der Tat hat das Recht eine Bedeutung nur als Ausdruck von Konflikten und es stellt die Anstrengungen der Mensch-heit dar, sich selbst zu zähmen.

### Konstruktive und destruktive Wirkungen von Konflikten:

- **Konstruktive Wirkungen:**
    - Stärkung der **sozialen Solidarität**
    - Konflikte als **Motor des sozialen Wandels**
    - Konflikte als Indiz für den **Freiheitsgrad** einer Gesellschaft
  - **Destruktive Wirkungen:**
    - (Beispiel: **Bürgerkrieg**)
  - Wichtige **historische Schritte** auf dem Weg zur **Begrenzung** der **destruktiven Wirkungen** von **Konflikten**
    - die Zurückdrängung privater Fehden
    - die Monopolisierung der Gewaltausübung in Händen des Staates
    - die Ausbildung von Gerichten als institutionalisierten und mit Zwangsgewalt ausgestatteten Konfliktbearbeitungsorganen
  - Zwei Arten von Konflikten:
    - **Makrosoziologische Konflikte:** Konflikte zwischen politischen Gruppierungen in einer Gesellschaft bzw. zwischen Völkern
    - **Mikrosoziologische Konflikte:** Private Konflikte
      - § Typologie von privaten Konflikten (I):
        1. **Verteilungskonflikte:** Sie entspringen einer Mangellage.
        2. **Meinungskonflikte:** Sie betreffen den normativen Status eines sozialen Objekts.
          - § Typologie von privaten Konflikten (II):
            1. **Personenbezogene Konflikte:** z.B. Konflikte zwischen Ehegatten, Nachbarn etc.
            2. **Normbezogene Konflikte:** z.B. Konflikte zwischen einem Käufer und einem Verkäufer im Warenhaus
            3. **Rollenkonflikte:** z.B. Konflikte zwischen einem Arzt und seinem Patienten
- Konfliktregelungsmechanismen:
  - Konfliktregelung durch die **Beteiligten**

- § Ausweichen
- § Nachgeben
- § Kompensation
- § Verhandlung und Kompromiss
- § Kampf
- § Beziehungen zu Dritten
- Konfliktregelung mit Hilfe **Dritter**
  - § Beratung
  - § Vermittlung
  - § Schlichtung
- Konfliktregelung durch die **staatlichen Gerichte**
  - § Bewältigung von privaten Konflikten durch staatlich organisierte Gerichte
  - § Emanzipation der Rechtspflege von der Politik (Gewaltentrennung)

### b. Wozu Gerichte?

**Die Funktion der Gerichte nach Luhmann:** Gerichte beseitigen die Unsicherheiten des Rechts durch Entscheidungen. Denn Laien seien nicht in der Lage die Sprache des Rechts zu verstehen. Das Verfahren hat durch die Legitimation noch den höheren Stellenwert als das Urteil selbst.

### c. Wozu Gerichtsverfahren?

Luhmanns Antwort:

Soweit es solche (richtigen) Entscheidungen gibt und man sie finden kann, wird das Verfahren irrelevant. Die Richtigkeit der Entscheidung hängt nicht davon ab, wie man zu ihr gekommen ist. Einen Entfaltungsspielraum als soziales System hat das Verfahren nur deshalb, weil in Fragen des Rechts und der Wahrheit Ungewissheit besteht, und nur, soweit diese Ungewissheit reicht. Die Ausdifferenzierung von Verfahren bezieht sich auf den Prozess der Absorption dieser Ungewissheit und besagt, dass dieser Prozess durch verfahrensinterne und nicht durch externe Kriterien gesteuert wird.

*Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969, S. 86 f.*

- **Die Funktion von Gerichtsverfahren konkret:** Das Rechtssystem wäre nach Luhmann überfordert, wenn es einzig daran gemessen würde, ob seine Entscheidungen richtig oder wahr sind;
- Ø Einzig richtige oder wahre Urteile kann es nicht geben;

Logische Folge:

- Ø Wenn aber einzig richtige Entscheidungen als Ergebnis nicht erreichbar sind, erhält der Weg zum Entscheid, d.h. die Art und Weise des Entscheidens - oder, juristisch ausgedrückt - das Verfahren, grösseres Gewicht.

Beispiel: Beweisrecht

1. **Gottesbeweis:** Ungewissheit durch Gottesurteil beseitigt **à** keine Autonomie des Verfahrens
2. **Rollenabhängiger Beweis:** Rolle, die jemand in Gesellschaft spielt, beeinflusst seine Glaubwürdigkeit und absorbiert Ungewissheit **à** keine Autonomie des Verfahrens
3. **Freie Beweiswürdigung:** Sicherung der Freiheit des Richters, ausserprozessuale Rollen der Beteiligten unberücksichtigt zu lassen **à** Autonomie des Verfahrens **à** Verfahren selbst absorbiert Ungewissheit

### Die heimliche Theorie des Verfahrens:

Vielleicht ist dies, die heimliche Theorie des Verfahrens, dass man durch **Verstrickung in ein Rollenspiel die Persönlichkeit einfangen, umbilden und zur Hinnahme von Entscheidungen motivieren könne**. *Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969, S. 87.*

- **Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren: Drei Voraussetzungen**
  1. **Distanzierung vom gesellschaftlichen Hintergrund von Aussagen** im Beweisrecht
  2. **Gesetzgebung als Ventil** für gesellschaftlichen Einfluss auf Gerichtsverfahren
  3. Institutionalisierung des **unabhängigen Richters**
  
- d. **Das Verfahrensprinzip der Öffentlichkeit**
  - Funktion des Verfahrensprinzips der Öffentlichkeit
    1. **Funktion:** Herstellung von Transparenz; Transparenz symbolisiert Gerechtigkeit
    2. **Wie:** durch Gerichtsberichterstattung der Medien
    3. **Problem:** Beeinträchtigung richterlicher Unabhängigkeit

### Stichworte zu Text 70 (Luhmann):

- Widersprüche zwischen Gerichtsberichterstattung der Medien und Funktion des Gerichtsverfahrens sind nach Luhmann möglich.
- Die Frage, ob richterliche Unabhängigkeit gefährdet ist, muss differenziert beantwortet werden:
  1. **Physische Präsenz** von Massenmedien: **à** beeinträchtigt die richterliche Unabhängigkeit;
  2. **Spekulieren über den Verfahrensausgang** während hängigem Verfahren **à** muss institutionell über die Richterrolle abgefedert werden;
  3. **Kritik** der Medien an Gerichtsverfahren und Gerichtsurteilen **à** kann schaden.

### Ogoreks Kritik an der massen-medialen Rechtskommunikation:

Die Problematik massenmedialer Rechtskommunikation liegt daher aus der Optik des Rechtssystems auch nicht darin, dass Medienberichte eine vermeintliche »Justiz-Wirklichkeit« verzerren, sondern in dem Umstand, dass mit ihnen der Anspruch verbunden wird, zutreffend über Justiz und Recht (und nicht nur etwa über das Gute und Böse im Menschen) zu informieren. Das, was auf diese Weise entsteht, ist auch eine virtual reality, nur, dass ihr Design nicht im Rechts-, sondern im Medienbetrieb entworfen wird. *Regina Ogorek, Text 77, S. 245.*

### e. **Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem**

#### **Stichworte zu Text Nr. 72 (Luhmann):**

- Nach Luhmann besetzen die Gerichte das **Zentrum des Rechtssystems**;
- Mit der Unterscheidung **Zentrum/Peripherie** ist allerdings **keine** Differenz des Ranges, der Hierarchie gemeint;
- Der Grund für die Stellung der Gerichte im Zentrum des Rechtssystems lautet **Entscheidungszwang**.

## **Justiz- und Rechtsverweigerungsverbot**

### **Art. 29 Abs. 1 BV**

Jede Person hat in Verfahren vor Gerichts- und Verwaltungsinstanzen **Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung** sowie **auf Beurteilung innert angemessener Frist**.

### **Art. 29a BV**

Jede Person hat bei Rechtsstreitigkeiten **Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde**. Bund und Kantone können durch Gesetz die richterliche Beurteilung in Ausnahmefällen ausschliessen.

- **Der Unterschied zwischen Zentrum und Peripherie:** Die Peripherie (Gesetzgebung und Vertragsschlüsse unter Privaten) steht nicht unter Entscheidungszwang.

## **Entscheidungszwang und das Paradox von Gerichtsentscheidungen:**

Entscheidungen sind kontingent, sonst wären sie keine Entscheidung, sondern allenfalls eine »Erkenntnis« dessen, wie es wirklich ist, eine »Findung« dessen, was es schon gibt, oder eine »Lösung«.

*Marie-Theres Fögen*

## **Begründung von Entscheidungen: Ein Teufelskreis**

Eine Entscheidung mit Gründen zu begründen, heisst immer, durch Unterscheidung die eine Seite der Alternative zu bevorzugen und die andere Seite zu vernachlässigen. Auf dieser anderen Seite befinden sich nicht etwa Ungründe, sondern Gegen-gründe. Welches die besseren Gründe oder die schlechteren Gegengründe sind, darüber wird mit besseren und schlechteren Gründen entschieden.

*Marie-Theres Fögen*

## **Fragen zu Text 72 (Luhmann):**

1. **Was ist unter Entscheidungszwang im Recht zu verstehen? Wie unterscheiden sich Gerichte von Gesetzgebern und Vertragspartnern in dieser Hinsicht?**

Gerichte sind dazu gezwungen eine Entscheidung zu treffen! Gerichte sind im Zentrum (Entscheidungszwang), Vertragspartner etc. hingegen sind in der Peripherie und dort bedarf es keinem Entscheidungszwang!

2. **Wie erfüllen Gerichte die Aufgabe, das Rechtssystem zu „entparadoxieren“?**

Es gibt ein Justizverweigerungsverbot → Gericht muss weiter entscheiden!!

3. **Welche Verhaltenseinschränkungen bringt die Übernahme eines Richteramtes mit sich?**

Gerichte dürfen nicht willkürlich entscheiden sondern sind ans Gesetz gebunden!

4. **Wie unterscheidet sich das Zentrum des Rechts von seiner Peripherie?**

Enger Kontakt zu anderen Bereichen/Funktionssystemen der Gesellschaft.. Deshalb gehöre das Recht nicht dort hin! (Im Gericht gelten nur Rechtsargumente, nicht wirtschaftliche Aspekte etc..)

5. **Mit welcher Argumentation ordnet Luhmann die Gesetzgebung der Peripherie zu?** Das

Zentrum des Rechtssystems werde dadurch geschützt, weil die Peripherie stark unter dem Einfluss anderer Systeme stehe, in der Peripherie werden zudem die Auswahl der Rechtsfragen getroffen → Gericht wird somit entlastet...

6. Welche Vorkehren trifft das Recht, um das Zentrum vor rechtsexternen Pressionen zu schützen? Nennen Sie Beispiele.
7. Wenn Luhmann die Gerichte ins Zentrum des Rechts setzt, werden sie dann wichtiger als der Gesetzgeber?

Keine Differenzierung des Ranges!!

8. Wie unterscheiden sich Zentrum und Peripherie des Rechts hinsichtlich ihrer internen Differenzierung?

BGer, Landesgericht, etc.

#### f. Sind Gerichte auf Konsens angewiesen?

**Teubners Ausgangslage:** Das Problem der richterlichen Rechtsfortbildung und des gesellschaftlichen Konsenses.

##### Aus BGE 129 III 35

Heute darf allgemein als anerkannt gelten, dass eine Kontrahierungspflicht nicht auf die Fälle beschränkt ist, in denen eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage vorliegt. Vielmehr kann sich eine Kontrahierungspflicht auch aus allgemeinen Prinzipien des Privatrechts wie dem Verbot sittenwidrigen Verhaltens ergeben. Für die Konkretisierung dieses Grundsatzes ist jedoch vorab festzuhalten, dass die Vertragsfreiheit - und damit auch die Vertragsabschlussfreiheit - als Element der Privatautonomie einen ausserordentlich hohen Stellenwert in der Privatrechtsordnung hat. Da sich Einschränkungen der Vertragsabschlussfreiheit bereits heute in grosser Zahl aus ausdrücklichen - meist öffentlich-rechtlichen - Gesetzesbestimmungen ergeben, haben Kontrahierungspflichten ausserhalb von ausdrücklichen gesetzlichen Anordnungen ausgesprochenen Ausnahmecharakter und können nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden. Unter bestimmten Voraussetzungen kann jedoch aus dem Grundsatz des Verbots sittenwidrigen Verhaltens eine Kontrahierungspflicht abgeleitet werden.

#### Bisherige Konsensquellen des Richterrechts: Gesetz und Vertrag

Aber: »Gesetz« und »Vertrag« sind in ihren Konsenskapazitäten schon zu weit ausgelastet, als dass sie ihre Konsensproduktion entsprechend dem heutigen Normierungsbedarf noch steigern könnten. *Gunther Teubner*, Text 79, S. 253.

#### Krise des Gesetzes:

- **1. Grund:** Versagen des Gesetzgebers (Gerichte wissen besser, welches Bedürfnis der Menschen ist, als der Gesetzgeber)
  - Gesetzgebung würde sich nur an den wahrgenommenen Problemen und den Machterhaltungsstrategien der politischen Parteien und nicht an dem individuell vorgetragenen Rechtskonflikt der Bürger und den Gerichten orientieren! So sind Gerichte oft gezwungen, sich ihr Recht fallweise selbst zu schaffen. → Richter bilden Recht in individuellen Konflikten fort.
- **2. Grund:** Unersättlicher Normenhunger der modernen Gesellschaft
  - Trotz der immensen Ausweitung der Gesetzesproduktion ist die parlamentarische Gesetzgebung den Normierungsforderungen, die aus der sozialen Differenzierung folgen, auch nicht annähernd gewachsen.
- **3. Grund:** Überproduktion von Normen

## à Krise des Vertrages: Beispiel der Finanzkrise

### Weitere Konsensquellen?:

- **Generalklauseln:** Treu und Glauben, gute Sitten etc.
- Ø Teubners Kritik:

Soziologisch fällt es jedoch nicht schwer, die Vergeblichkeit eines solchen Bemühens zu durchschauen. Es verlässt sich auf eigentlich **vormoderne gesellschaftliche Normbildungsmechanismen**, die in segmentären und stratifizierten Gesellschaften eine wesentliche, auch rechtsbildende Rolle gespielt haben. Die funktionale Differenzierungsform der modernen Gesellschaft aber verurteilt solche diffusen sozialen Normbildungen zur Irrelevanz. Oder anders: Im Durchgriff auf spontane Normbildungsprozesse greift das Recht heute ins Leere. *Gunther Teubner*, Text 79, S. 255.

### Ø Teubners Antwort:

Es liegt nahe, die Antwort in den autonomen Funktionsbereichen der Gesellschaft und in den formalen Organisationen zu suchen. *Gunther Teubner*, Text 79, S. 255

### Beispiele für neuartige Konsensquellen nach Teubner:

- **1. Beispiel: Organisationsinternes Recht** als weitere Quelle gesellschaftlichen Rechts, das vom offiziellen Recht rezipiert und kontrolliert werden kann. z.B. Normierung von Sportverbänden, etc.
- **2. Beispiel: Inter-Organisations-Recht** Allgemeine Geschäftsbedingungen, Abkommen der Spitzenverträge von Unternehmen und Banken und andere private Regulierungen in durchorganisierten Märkten, z.B. Die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken (VSB) der Schweizerischen Bankiervereinigung
- **3. Beispiel: Institutionalisierung pluralistischer Rechtsbildung, z.B.** Normierungen von Ethikkommissionen

### Die Aufgabe der Gerichte nach Teubner:

Die Vernetzung von Richterrecht und solchen pluralen Rechten lässt sich als Integration zweier Lernprozesse sehen: das Richterrecht nimmt solche gesellschaftlichen Normierungen zur Kenntnis und baut sie in seine eigenen Rechtsbildungsprozesse ein. Die pluralen Normbildungsprozesse antizipieren ihre Rezeption im Rechtsbetrieb und stellen sich lernend darauf ein. Ähnlich wie der Gesetzgeber oder die Vertragspartner müssen solche pluralen Normsetzungen es lernen, solche Normen zu produzieren, von denen sie annehmen können, dass die Gerichte sie akzeptieren. Es handelt sich um ein Wechselspiel von Autonomie und struktureller Kopplung, das vom Recht im Prinzip anerkannt, dann aber zunehmend durchnormiert wird. *Gunther Teubner*, Text 79, S. 257.

### Fragen:

- Welche Antwort gibt Luhmann auf die Frage „Wozu Gerichtsverfahren“?
- Was besagt die historische Evolution des Beweisrechts nach Luhmann in Bezug auf die Frage nach der Autonomie von Gerichtsverfahren?
- Wie lautet nach Luhmann die heimliche Theorie des Verfahrens?
- Welche 3 Voraussetzungen sind notwendig bei der Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren?

- Welche Funktionen beinhaltet das Verfahrensprinzip der Öffentlichkeit?
- Wie lautet die Kritik Ogoreks an die massenmediale Rechtskommunikation?
- Welche Position besetzen gemäß Luhmann die Gerichte im Rechtssystem?
- Was ist der Grund für die Stellung der Gerichte im Zentrum des Rechtssystems nach Luhmann?
- Worin liegt der Unterschied zwischen Zentrum und Peripherie?
- Was ist unter den Begriffen „Entscheidungszwang“ und „Paradox der Gerichtsentscheidungen“ zu verstehen?
- Warum ist die Begründung von Entscheidungen ein Teufelskreis?
- Welche 3 Gründe sieht Teubner für die Krise des Gesetzes?
- Worin liegt gemäß Teubner die Antwort auf die Krise des Gesetzes?
- Wie lauten die 3 Beispiele für neuartige Konsensquellen gemäß Teubner?
- Wie definiert Teubner die Aufgabe der Gerichte?

### **Prüfungsfragen: Beispiele**

- Nach Ehrlichs Anerkennungstheorie hängt die Qualifikation einer Norm als Rechtsnorm von ihrer Anerkennung ab:
  - a. durch den Staat
  - b. durch die Gerichte
  - c. durch die Menschen in der Gesellschaft
- Das Recht hat nach Savigny seinen Sitz:
  - a. im gemeinsamen Bewusstsein des Volkes
  - b. im Willen des Gesetzgebers
  - c. in der Natur des Menschen
- „ Wenn ich diese Fragen aufwerfe, so allein, um das Skandalon zu problematisieren, dass einerseits «von einer (Herrschaft der Gesetze) nur noch metaphorisch gesprochen werden [kann], wenn das Gesetz in und durch [richterliche] Entscheidungen ... geformt wird», andererseits aber der moderne Rechtsstaat weiterhin (und vorläufig unabsehbar) auf das Gesetz setzt, um die richterliche Gewalt zu bändigen. Wie kommt es, dass «wir Juristen» uns anscheinend und ohne größere Probleme mit dieser Situation abfinden?«
  - a. Wie wird die Frage beantwortet, die der Autor im obigen Zitat stellt? **[2 Punkte]**
  - b. Der Text von Marc Amstutz „Das Gesetz“ wurde unter dem Oberthema „Wozu Juristen I: Von der produktiven Rolle der Juristen“ behandelt. Was verbindet die Hauptthese des Autors mit dem Oberthema dieses Teils der Vorlesung? **[2 Punkte]**