



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.

Rechtssoziologie HS 2018

Inhaltsverzeichnis

1. Einführung	4
2. Eugen Ehrlich.....	5
2.1 Rechtspluralismus in der Bukowina.....	5
2.2 Die drei Arten des Rechts.....	6
2.3 Das Werk der Jurisprudenz nach Ehrlich	9
2.4 Fragen.....	11
3. Max Weber	12
3.1 Max Webers Ausgangsfrage	12
3.2 Max Webers Rechtsbegriff.....	13
3.3 Die 3 Typen legitimer Herrschaft.....	13
3.4 Der Begriff der Rationalisierung.....	13
3.5 Rationalisierungstypologie des Rechts.....	14
3.6 Rechtsentwicklung in Europa.....	16
3.7 Fragen.....	17
4. Émile Durkheim.....	18
4.1 Individuum – Gesellschaft:	19
4.2 Was hält die Gesellschaft zusammen?	20
4.3 Recht und soziale Solidarität.....	22
4.4 Fragen.....	24
5. Karl Marx.....	25
5.1 Die Lehre von Basis und Überbau	25
5.2 Recht und Staat.....	26
5.3 Übergang zur kommunistischen Gesellschaft.....	27
5.4 Fragen.....	28
6. Nicos Poulantzas	29
6.1 Poulantzas‘ Staatstheorie.....	29
6.2 Der kapitalistische Staat als soziales Verhältnis	31
6.3 Fragen.....	32
7. Niklas Luhmann.....	33
7.1 Kommunikation mit Zettelkästen.....	33
7.2 Systemtheorie	33

7.3	Funktional differenzierte Gesellschaft	36
7.4	Recht als autopoietisches System.....	37
7.5	Luhmanns Grundrechtstheorie	38
7.6	Fragen.....	40
8.	Michel Foucault	40
8.1	Michel Foucaults Machtverständnis.....	40
8.2	Überwachen und Strafen	41
8.3	Fragen.....	43
9.	Recht als Konfliktlösungsinstanz	44
9.1	Die Arten von Konflikten.....	45
9.2	Positivierung des Rechts	47
9.3	Fragen.....	50
10.	Recht als Sicherungsgarantie.....	51
10.1	Das juristische Problem von Familienbürgschaften	51
10.2	Teubners Fragen	52

1. Einführung

Die Aufgabe/Funktion der Rechtssoziologie: die **doppelte Natur der Rechtssoziologie** zeigt ihre Aufgabe:

- **Rechtssoziologie als Teil der Soziologie:** Ergründung der *Interdependenz* und des *funktionellen Zusammenhangs* zwischen dem Recht und seinen nicht-rechtlichen Umwelten (Verhältnis Recht – Gesellschaft)
- **Rechtssoziologie als Teil der Rechtswissenschaft:** Beitrag zur Verwirklichung des Rechts

Definition der Rechtssoziologie als Erfahrungs- und Hilfswissenschaft des Rechts

- Die Rechtssoziologie ist die **Erfahrungswissenschaft** des Rechts; sie untersucht die soziale Wirklichkeit des Rechts. Dabei versucht sie einen Beitrag zur Verwirklichung des Rechts zu leisten. In diesem letzten Sinne agiert die Rechtssoziologie als **Hilfswissenschaft** der praktischen Rechtswissenschaft

Die 2 Arten der
Rechtssoziologie

Genetische Rechtssoziologie:

Erkundung und Analyse der Entstehung des Rechts aus dem Sozialleben, Recht als Ergebnis gesellschaftlicher Prozess

Funktionale Rechtssoziologie:

Analyse der Faktoren für die Wirksamkeit des Rechts, Recht als Resultat menschlicher Verhaltens

Forschungsrichtungen in der Rechtssoziologie

- **Empirische Rechtssoziologie (Rechtstatsachenforschung)**

Entstanden ist die Rechtstatsachenforschung unter dem Einfluss des neuen soziologischen Denkens und als Reaktion auf die Wirklichkeitsferne der begriffsjuristisch geschulten Juristen im 20' Jahrhundert.

Die größte praktische Bedeutung erlangt die empirische Rechtssoziologie in Gestalt der zivilrechtlichen Rechtstatsachenforschung, der Kriminologie und der Verwaltungslehre im Zusammenhang mit der

Legislative. Will der Gesetzgeber ein sachlich fundiertes und den in der Gesellschaft herrschenden Rechtsvorstellungen entgegenkommendes Gesetz schaffen, so bedarf er umfassender Information über die Fakten und Meinungen, von denen er ausgeht und auf die er einzuwirken beabsichtigt. **Kurz:** *Systematische und methodisch-kontrollierte Erhebung von Daten zur Untersuchung von realen Sachverhalten*

- **Theoretische Rechtssoziologie**

Formulierung von Hypothesen über Entstehung, Funktion und Wirksamkeit des Rechts, ausgehend von Fakten oder Begriffen

Methoden der empirischen Rechtssoziologie

- **Befragungsverfahren:** mündlich, schriftlich oder telefonisch; standardisiert oder nicht standardisiert; offen oder geschlossen; Befragung zu fiktiven Fällen; Gruppendiskussion), *Forschungsfragen formulieren sowie eine Hypothese*
- **Beobachtung:** teilnehmende oder nicht teilnehmende Beobachtung; offen oder versteckt), Nachteil dieser Methode: Reaktivität des Feldes und des Beobachters (Neutrale beobachten Analyse verlieren)
- **Dokumentanalyse/Evtl. Experiment**

2. Eugen Ehrlich

<i>Recht als soziale Normenordnung</i>
--

Das Hauptwerk Ehrlichs ist die „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ (RS), die 1913 in Berlin erschien. Die kurze Vorrede lautet:

- Es wird oft behauptet, ein Buch müsse so sein, dass man seinen Sinn in einem einzigen Satz zusammenfassen könne. Wenn die vorliegende Schrift einer solchen Probe unterworfen werden sollte, so würde der Satz etwa lauten: ***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*** (Forschung der in der Gesellschaft tatsächlich geltenden Normen)

2.1 Rechtspluralismus in der Bukowina

Es leben im Herzogtum Bukowina gegenwärtig, zum Teile sogar noch immer ganz friedlich nebeneinander, neun Volksstämme: Armenier, Deutsche, Juden, Rumänen, Russen, Slowaken (die oft zu den Polen gezählt werden), Ungarn, Zigeuner. Ein Jurist der hergebrachten Richtung würde zweifellos behaupten, **alle diese Völker hätten nur ein einziges, und zwar genau dasselbe, das in ganz Österreich geltende österreichische Recht.**

Und doch könnte ihn schon ein flüchtiger Blick davon überzeugen, *dass jeder dieser Stämme in allen Rechtsverhältnissen des täglichen Lebens ganz andere Rechtsregeln beobachtet*. Der uralte **Grundsatz der Personalität** im Rechte wirkt daher tatsächlich weiter fort, nur auf dem Papier längst durch den **Grundsatz der Territorialität** ersetzt

- Der Grundsatz der Personalität des Rechts: spezifisches Recht gilt für jede Völkergruppe unterschiedlich, jede Gruppe folgt in *allen Rechtsverhältnissen des täglichen Lebens ganz andere Rechtsregeln*
- Das Prinzip der Territorialität gilt «nur auf dem Papier»

2.2 Die drei Arten des Rechts

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

- **Gesellschaftliches Recht (Organisationsnormen):** Gesamtheit menschliches **Verbände**, d.h. gesellschaftliches Formen des Zusammenlebens (bspw. Familie oder Parteien, Kirchen, Vereine usw.) → Gesellschaftliches Recht regelt die Beziehungen unter die Mitgliedern jedes Verbands, deshalb auch «Organisationsrecht» genannt. Diese Rechtsordnung wird durch die Tradition und Übung weitergegeben. Die „**Verbände**“, die in ihrer Gesamtheit die Gesellschaft bilden, *sind Träger des Rechts*. Recht sei ursprünglich nichts anderes als die innere Ordnung, die Organisation solcher Verbände, die aus Regeln besteht, die jedem Verbandsangehörigen seine Stellung und seine Aufgaben anweisen.
 - Die **faktische Quelle** der in den Verbänden wirksamen Regeln sah Ehrlich in **Übung, Besitz, Herrschaft und Willenserklärung**, wobei mit Willenserklärung insbesondere Verträge, letztwillige Verfügungen und Satzungen gemeint sind. Von diesen Erscheinungen spricht Ehrlich als den **Tatsachen des Recht**

- Aus ihnen soll sich die Organisation der Verbände herleiten, und zwar zunächst diejenige des einzelnen konkreten Verbandes. In jedem einzelnen Verband herrscht also in diesem Sinne ein anderes Recht
- Das gesellschaftliche Recht nannte Ehrlich *das lebende Recht*. Seine Aufgabe als Rechtssoziologe sah er in der Erforschung dieses lebenden Rechts
- ***Juristenrecht (Entscheidungsnormen)***: Neben diesem gesellschaftlichen Recht stehen sozusagen *als Recht zweiter Ordnung die Entscheidungsnormen*: Sie schützen das Verbandsleben von außen, festigen und halten es aufrecht, gestalten es aber nicht
 - es handelt sich um Normen, die die Konflikte unter Verbände/ Mitglieder der Verbände lösen. Lücke in der Gesellschaftliches Recht führen zu Konflikten (*Rechtsstreitigkeiten sind für Ehrlich die Krankheitsfälle des Verbandslebens*), welche durch das Juristenrecht gelöst werden können. Entscheidungsnormen schlichten ferner den Streit mehrerer Verbände untereinander. Außerdem regeln sie Fragen, die mit der Austragung des Streits selbst zu tun haben: Schadensersatz, Bereicherung, Prozessrecht, Vollstreckung. Entscheidungsnormen sind teils das Ergebnis der Juristentätigkeit, teils sind sie staatlichen Ursprungs
 - Die Juristen gelangen zu Entscheidungsnormen, indem die die konkreten Normen des gesellschaftlichen Rechts, die sich jeweils nur auf einen bestimmten Verband oder eine Mehrheit von ähnlichen Verbände beziehen, in Worte kleiden und sie dabei verallgemeinern und vereinheitlichen.
 - Die abstrakten, in Worte gefassten Rechtsregeln nennt Ehrlich im Gegensatz zum gesellschaftlichen Recht **Rechtssätze**
- ***Staatliches Recht (Eingriffsnormen)***: Neben den Entscheidungsnormen kennt Ehrlich noch *eine zweite Art staatlicher Rechtssätze*, die er **Eingriffsnormen** nennt.
 - Unterschied zwischen Entscheidungsnormen und Eingriffsnormen erblickt Ehrlich darin, dass der Staat mit den Entscheidungsnormen nur auf Antrag, sozusagen nur als Schiedsrichter, tätig wird, während er mit den Eingriffsnormen selbst die Initiative ergreift.
 - Ehrlich betonte, *das staatliche Recht sei statisch, die Verbandsordnung dagegen in ständiger Bewegung*. Da staatliches Recht auch nur beschränkt wirksam sei, werde es ständig vom gesellschaftlichen Recht überholt

Ehrlich war der Auffassung, dass allgemein nur ein sehr kleiner Teil der Rechtsnormen durch staatlichen Zwang Geltung erhalte. Aber er räumte doch ein, dass es immerhin einen Bereich gebe, der ohne solchen Zwang nicht bestehen könne, nämlich das Heer- und Steuerwesen. *Er sah den Staat historisch entstanden als einen militärischen Verband, der Steuern eintreiben musste, um sich zu finanzieren*, und meint, durch diese Entwicklung seien der Staat und ein großer Teil der Gesellschaft zueinander in Gegensatz getreten

- Neue vom Staat geschaffene Normen **würden daher nicht freiwillig akzeptiert**, sondern müssten durch eine zentral gelenkte, auf militärische und polizeiliche Zwangsgewalt gestützte Rechtspflege und Verwaltung durchgesetzt werde

Der Anteil des Staates in der Rechtsentwicklung

«Man wird daher nach alledem den Anteil des Staates an der Rechtsbildung ziemlich bescheiden nennen müssen... Die grundlegenden gesellschaftlichen Einrichtungen, die verschiedenen Rechtsverbände, zumal die Ehe, die Familie, die Sippe, die Gemeinde, die Gilde, die Herrschafts- und Besitzverhältnisse, das Erbe und die Rechtsgeschäfte entstanden ganz oder zum grossen Teile unabhängig vom Staate. **Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung lag seit jeher nicht in der Staatstätigkeit, sondern in der Gesellschaft selbst und ist auch in der Gegenwart dort zu suchen.**

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* - Jehring

„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.“
Nach Jehring benötigt es also der Zwang zum Recht. Erst wenn dieses vorhanden ist, sei es richtiges Recht.

- *Anerkennungstheorie* - Ehrlich

„Die Ordnung in der menschlichen Gesellschaft beruht darauf, dass die Rechtspflichten im Allgemeinen erfüllt werden, und nicht darauf, dass sie klagbar sind.“

Kennzeichen des Rechts ist nach Ehrlich das *allgemeine Bewusstsein, dass eine Norm für das friedliche 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.*“

<i>Kognitive Erwartungen</i>	<i>Normative Erwartungen</i>
<ul style="list-style-type: none"> • Kognitive Erwartungen werden im Enttäuschungsfall aufgegeben oder an die veränderte Lage angepasst • Das Durchhalten der Erwartung ist wichtiger als das Durchsetzen 	<ul style="list-style-type: none"> • Normative Erwartungen: an ihnen wird auch bei abweichendem Verhalten festgehalten • Stabilisierte Verhaltenserwartungen • Dabei ist die Norm selbst durch symbolische Prozesse der Darstellung des Erwartens und der Behandlung des enttäuschenden Ereignisses wiederherzustellen

Psychologische Normdistinktion

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

2.3 Das Werk der Jurisprudenz nach Ehrlich

Einleitend führt Ehrlich aus, die »selbständige Wissenschaft vom Rechte, die nicht praktischen Zwecken dienen will, sondern reiner Erkenntnis, die nicht von Worten handelt, sondern von Tatsachen«, sei die *Rechtssoziologie*

- **Ehrlich** war der Auffassung, *Juristen haben eine schöpferische Rolle*,
- Eine gegenteilige Meinung war, dass die Aufgabe der Juristen begrenzt auf die Anwendung der Rechtsätze bleibt

Die 3 Elemente der Jurisprudenz

1. Das anwaltschaftliche Element

«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.“

- 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.
- **Bsp.** ZGB 28: Verweisung auf die Persönlichkeit, als Generalklausel genannt, diesen Begriff kann im Laufe der Zeit entwickelt und weiter definiert werden, um das Gericht zu überzeugen, dass im Einzelfall ein schütz würdiges Interesse vorliegt (*Schöpferische Element*)

2. Das rechtsgeschäftliche Element

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.
- **Bsp.** Innominatverträge, d.h. Verträge, die nicht gesetzlich verankert sind, sie sind Werke der Juristen (u.a. ist neue Aufgabe der Juristen, neue Rechtsinstitute zu gestalten)

3. Das richterliche Element

«Die Entscheidungsnorm des Richters ist also das Ergebnis eines ungemein zusammengesetzten Verfahrens. Das Lebensverhältnis, in dem die Interessen zusammengestossen sind, musste vom Anwalt wahrgenommen, in eine für den Rechtsschutz geeignete Form gebracht und dem Richter, soweit seine eigene Kenntnis nicht hinreicht, durch Zeugen, Sachverständige, Urkunden bewiesen werden, daran schliesst sich erst die *richterliche Interessenabwägung an, die Prüfung der Schutzwürdigkeit, die zur Verallgemeinerung, Vereinheitlichung, Normenfindung führt.*

- *Schöpferische Element*: Interessenabwägung und in der daran Entscheidungsfindung
- Um zu wissen, was in eine Gesellschaft gilt, muss man auf was in den Gerichten entschieden wird, zurückgreifen

Jurisprudenz als praktische Kunstlehre

Die *praktische Jurisprudenz sei demgegenüber nur eine Technik, die Kunst*, das Recht den besonderen Bedürfnissen des Rechtslebens dienstbar zu machen und daher etwas *ganz anderes als die Wissenschaft vom Recht*. Die Rechtssoziologie sei darum die einzig mögliche Wissenschaft vom Recht, weil sie nicht bei den Worten stehen bleibe, sondern ihr Augenmerk auf die dem Recht zugrundeliegenden Tatsachen

richte, und weil sie, »wie jede echte Wissenschaft«, mittels der induktiven Methode, d. h. »durch Beobachten von Tatsachen, Sammeln von Erfahrungen unsere Einsicht in das Wesen der Dinge zu vertiefen sucht«

2.4 Fragen

- Wo liegt der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung nach Ehrlich?

Er liegt in der Gesellschaft und nur in der Gesellschaft, da das Recht immer in die Gesellschaft entsteht

- Wie lauten die 3 Arten des Rechts nach Ehrlich?

Gesellschaftliches Recht: Recht des innen Verhältnis unter menschlichen Verbände und zwischen menschlichen Verbände; juristenrecht: Regeln des Handelns für die Gerichte, um Konflikte zu lösen; und Staatliches Recht: Normen die auf der Saat zurückzuführen sind (Polizeigesetze usw....)

- Wie beschreibt Ehrlich die Rechtsentwicklung?

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.

- Was bedeuten die Begriffe Zwangstheorie und Anerkennungstheorie?

Es handelt sich um 2 Rechtssoziologische Theorien, die versuchen, Kriterien zu entwickeln, wie Recht und Nichtrecht unterscheiden kann (siehe S. 7)

- Wie beschreibt Ehrlich seine Gefühlstheorie?

Rechtscharakter hängt von den Gefühlen, von den Reaktionen des Publikums ab

- Wie lautet die Kritik an Ehrlichs Anerkennungstheorie?

Empirische Methode anhand der Gefühle: problematisch.

3. Max Weber

(Rationales) Recht als Produkt des „Fachmenschentums“

3.1 Max Webers Ausgangsfrage

Wie ist es zur okzidentalene Sonderentwicklung, zum welthistorischen Sonderweg Europas gekommen?

I. 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?

- Nach Weber besteht die Sonderentwicklung in der **Entstehung von kapitalistischen Gesellschaften**.
- Um der Charakter des Kapitalismus zu erklären, nimmt Weber *Rückgriff auf eine religiöse Lehre* (Kalvinismus). Er stellte die Hypothese auf, dass eine **Wurzel des Kapitalismus in der protestantischen Ethik** zu suchen sei

II. 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**.

Entstehung des neuen Rechts nach Weber: neues Recht entsteht nach Weber:

- Durch Verträge (erste Quelle)
- Durch Juristen
- Durch Gerichtsurteile
- Durch Orakel oder Propheten
- Durch politische Setzung

3.2 Max Webers Rechtsbegriff

Eine Ordnung soll heissen *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

2 Elemente in Max Webers Definition des Rechts

Max Webers **soziologischer Rechtsbegriff** zeichnet sich durch **zwei Merkmale** aus:

- Möglichkeit der **Zwangsdurchsetzung** einer Norm (wesentlicher Merkmale)
- Existenz eines sogenannten **Rechtsstabs**, d.h. in einer Gesellschaft speziell organisierte Personengruppe, die Verstösse verfolgt und für die Durchsetzung des Rechts zuständig ist (Anwälte, Richter Polizisten ...), sie verwalten den Zwang

3.3 Die 3 Typen legitimer Herrschaft

I. Rational – legaler Herrschaftstyp

Legitimiert durch eine abstrakt geltende Rechtsordnung, es bindet sowohl die Unterstehenden als auch der Herrschaftsträger, **hier herrscht das Recht!** *Formale Rechtsgleichheit zentrale Element*, Beherrscht durch Gerichte und die andere ordentliche Behörde/Fachbeamten

II. Traditionaler Herrschaft

Heimlichkeit, Glauben, Traditionsherrschaft, die Machtbefugnisse im Laufe der Geschichte erhalten hat. Risiko des Missbrauchs und der Willkür. Beherrscht durch Familienmitglieder, die eine hierarchische Verwaltungsstruktur voraussetzen, Bsp. Staaten im Arabische Golf –, wo die Tradition mit bestimmte Herrschen Machtbefugnisse ausübt, Familienmitglieder lenken das politische Leben

III. Charismatische Herrschaft

Primär auf dem aussergewöhnlichen Propheten (charismatischer Leader) beruht, autoritär, Gefolgsleuten, NICHT in abstrakter Rechtssätze gesetzt, sondern um Willensumgebungen der Herrschaftsträger (1Propheten), Bsp. Naziregim, auf irrationalen Glauben beruht, Folgsleuten

3.4 Der Begriff der Rationalisierung

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

Webers übergreifendes Thema war die *Entzauberung der Welt*, die Erklärung des Rationalisierungsprozesses, wie er sich in der Neuzeit durch das Zusammenwirken von Wissenschaft, Kapitalismus und Bürokratie in den westlichen Industriegesellschaften, und nur dort, abgespielt hat

Die Entzauberung der Welt ist die Basis eines umfassenden Modernisierungsprozesses – nach Weber vollzieht sich die Rationalisierung des Rechts in 3 Schritten:

a. Durch **Generalisierung**

D.h. durch «Reduktion der für die Entscheidung des Einzelfalls massgebenden Gründe auf ein 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 widerspruchsfreier Weise diese relevanten Bestandteile als rechtlich geordnet, also als ein Rechtsverhältnis zu denken seien“;

c. Durch **Systematisierung**

D.h. 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.“, Kodifizierung

3.5 Rationalisierungstypologie des Rechts

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

Rationales VS. Irrationales Recht

- **Rational** ist das Recht insoweit, als es abstrakte Regeln ausbildet und die Rechtsanwendung darauf ausrichtet, d.h. *Vorhandensein von abstrakten Normen*
- **Irrational** ist das Recht, wenn abstrakte Regeln fehlen

Die **Rationalität** des Rechts kann nach Weber in **formeller oder materieller Hinsicht** gegeben sein

- **Formell** ist das Recht, wenn Rechtsnormen aus allgemeine Rechtsprinzipien hergeleitet werden, d.h. Normen, die aus allgemeinen Rechtsprinzipien ableiten (Bsp. Privatrecht ist auf Grundsatz der Privatautonomie hergeleitet): *in ihre Rationalität sind solchen Normen formell*
- **Materiell** ist das Recht, wenn die Rechtsnormen aus ausserrechtlichen Werte hergeleitet werden (Bsp. Normen des Erbrechts: Pflichtenheil des Erbrechts ist materiell, indem die Grundlage diesen Normen ausserhalb der Rechtsprinzipien hergeleitet werden (*Rekurs auf Werte*))

Aus dem Begriffspaar »formal« und »material« sowie Rationalität bzw. Irrationalität ergeben sich vier *Kombinationen*:

- a. Als Beispiel von **formell – irrationalen Recht** bezeichnet Weber Konfliktregelungsverfahren, die sich des *Orakels oder eines Gottesurteils* bedienen
 - Recht als irrational, indem man nicht mit abstrakten Normen arbeitet (keine intellektuelle Kontrolle der Entscheidung ermöglichen).
 - Recht als formell, weil es auf Handlungen beruht, die immer wieder gleich geführt werden und keine Abweichung zulässig ist (die Beteiligten bis hin zu dem Gebrauch bestimmter Worte ein genau festgelegtes Verfahren zu beachten haben)
- b. Als Beispiel von **materiell irrationalen Recht**: *Kadi – Justiz* (islamische Gemeinschaft)
 - Diese Kadi - Justiz ist material insofern, als sie sich inhaltliche Erwägungen aller Art, also nicht nur rechtliche, sondern auch ethische und politische, zu eigen macht (Entscheidungen gefühlsmässiger Art, lassen sich von eigenen Erfahrungen und ethische/moralische Wertungen beeinflussen).
 - Sie ist irrational, da sie nicht mit abstrakten Normen operiert (insbesondere, weil sie darauf verzichtet, ihre Entscheidungen aus allgemeinen Regeln abzuleiten)
- c. Als Beispiel für **materiell – rationales Recht**: *Recht der kommunistischen Staaten*
 - Das materiale Element besteht in dem Bezug auf ethische und religiöse Grundsätze oder, bei der patriarchalischen Rechtspflege, auf das Ziel der »Wohlfahrt«.
 - Die Rationalität liegt darin, dass es abstrakte Regeln vorhanden sind

d. **Formelle Rationalität** des Rechts: *letzte und höchste Entwicklungsstufe des Rechts*

- Den *Höchstgrad formeller Rationalität* erreicht das Recht nach Meinung Webers:
 - i. wenn jede konkrete Rechtsentscheidung Anwendung eines abstrakten Rechtssatzes auf einen konkreten Tatbestand sei;
 - ii. wenn für jeden konkreten Tatbestand mit den Mitteln der Rechtslogik eine Entscheidung aus den geltenden abstrakten Rechtssätzen zu gewinnen sei;
 - iii. wenn das geltende objektive Recht ein lückenloses System von Rechtssätzen darstelle [...] oder doch als solches für die Zwecke der Rechtsanwendung behandelt werde;
 - iv. wenn das Gemeinschaftshandeln der Menschen durchweg als Anwendung oder Ausführung von Rechtssätzen oder umgekehrt als Verstoß gegen Rechtssätze gedeutet werde.

3.6 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 *Rechtshonorationen* (Kautelar- und Präjudizienrechts-schöpfung), weiter zur Rechtsoktroiyierung 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 *Rechtsgebildete* (Fachjuristen).

Die 4 Stadien der Rechtsentwicklung

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

Es handelt sich um Webers berühmte und bis heute diskutierte **Rationalisierungsthese**. Danach vollzog sich die Entwicklung des Rechts im Großen und Ganzen, von etwaigen Störungen und Überbleibseln abgesehen, vom irrationalen Typ der vormodernen Gesellschaften mit charismatischen Führern und Kadi-Justiz über den traditionellen Typ der Gesellschaften der Feudalzeit zum rationalen Typ der modernen Gesellschaft mit dem technisch versierten Verwaltungsmann und dem logisch denkenden

Juristen. Vor allem drei Faktoren macht Weber für diese Entwicklung des modernen Rechts verantwortlich:

Gründe der Entstehung von modernen formell – rational Recht

- *Prozess Vereinheitlichung der Machtkontrolle in bestimmten Territorien* (Landesherrn, die gegen ständische Selbständigkeitsbestrebungen die einheitliche Kontrolle ihres Territoriums durchsetzen wollten)
- *Entwicklung des Kapitalismus* (kapitalistische Interessenten, die ihre Gewinnchancen zu berechnen wünschten)
- *Entstehung eines unabhängigen Berufssandes der Juristen*

Gegensatz zwischen formaler und materialer Rationalität

Für die Gütermarktinteressenten bedeutet die Rationalisierung und Systematisierung des Rechts zwar eine der wichtigsten Vorbedingungen für ökonomische Dauerbetriebe, weil sie das Funktionieren der Rechtspflege berechenbar mache und damit juristische Verkehrssicherheit schaffe.

Auf der anderen Seite werde aber die fachjuristische Logik, die juristische Konstruktion der Tatbestände des Lebens an Hand abstrakter Rechtssätze, die privaten Rechtsinteressenten auf das Gründlichste enttäuschen, denn ihre Erwartungen seien regelmäßig an der »Interessenlage« orientiert. **Das formal rationalisierte Recht sei aber auch mit den Forderungen einer sozialen Demokratie nicht vereinbar:**

«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»

3.7 Fragen

- Wie lautet Webers Ausgangsfrage?

«wie kam es zu Sonderentwicklung Europas? »

- Was ist unter okzidentaler Sonderentwicklung zu verstehen?

Kurz: einerseits Entstehung des Kapitalismus und von Nationalstaaten andererseits

- Wodurch zeichnet sich nach Weber das Recht aus?

Max Webers **soziologischer Rechtsbegriff** zeichnet sich durch **zwei Merkmale** aus:

- Möglichkeit der **Zwangsdurchsetzung** einer Norm
- Existenz eines sogenannten **Rechtsstabs**, d.h. in einer Gesellschaft speziell organisierte Personengruppe, die Verstöße verfolgt und für die Durchsetzung des Rechts zuständig ist (Anwälte, Richter Polizisten ...), sie verwalten den Zwang

- Wodurch unterscheidet sich nach Weber das rationale vom irrationalen Recht?

Rational ist das Recht insoweit, als es abstrakte Regeln ausbildet und die Rechtsanwendung darauf ausrichtet, d.h. *Vorhandensein von abstrakten Normen*. **Irrational** ist das Recht, wenn abstrakte Regeln fehlen.

- Wie lautet Webers Rationalisierungstypologie des Rechts?

Rationalisierungstypologie des Rechts

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

4. Émile Durkheim

<i>Recht als Integrationsmechanismus</i>
--

Durkheims zentrale Fragestellung: ***Was hält die Gesellschaft zusammen?***

- Frage der Integration der Gesellschaft, warum funktioniert die Gesellschaft?
- Was hält die Gesellschaft zusammen, trotz die zahlreichen Probleme

Gegenstand der Soziologie sind die *faits sociaux*, soziologische Tatbestände oder **soziale Tatsachen**, die Durkheim so definiert: „Es handelt sich um *Arten des Handelns, Denkens und Fühlens*, die in einer Gesellschaft allgemein auftreten und durch *zwei Merkmale* gekennzeichnet sind, nämlich:

- a) dass sie **ausserhalb des Individuums** begründet sind (**Externalitäten**);

Im Prinzip wird das Recht nicht von eine Einzelne Mensch definiert, es geht um die Gesellschaft, sie bildet die ausserhalb. Wir sind in eine Gesellschaft hineingeboren, in der bereit diese Tatsachen existierten und deswegen üben sie über unser Verhalten einen starken Einfluss (keine bewussten Selbstentscheidungen)

b) dass sie auf den Einzelnen einen **zwingenden Einfluss** ausüben (**Zwangscharakter**).“

Beispiele für soziale Tatsachen: Sitten und Recht, Glaubenssätze der Religionsgemeinschaften, Wertpapiere, die öffentliche Meinung usw.

«*Soziale Tatsachen haben ihren Sitz in der sozialen Praxis, im **Kollektibewusstsein** der Gesellschaft; sie werden von Generation zu Generation weitergegeben. Ihre Wirkung auf unser Verhalten ist unbewusst*»

«*Wenn ich meine Pflichten als Bruder, Gatte oder Bürger erfülle, oder wenn ich übernommene Verbindlichkeiten einlöse, so gehorche ich damit Pflichten, die **ausserhalb meiner Person** und der Sphäre meines Willens im Recht und in der Sitte begründet sind.*“

4.1 Individuum – Gesellschaft:

- **Autonomie** des kollektiven Bewusstseins gegenüber dem Individuum
- **Gegenseitige Durchdringung** zwischen dem individuellen Bewusstsein und dem Kollektibewusstsein

Die Zustände des *Kollektibewusstseins* sind *anderer Natur als die des Individuums*; sie folgen eigenen Gesetzen. Dabei geht Durkheim durchaus so weit, der Gesellschaft kollektiven Vorstellungen, Emotionen und Triebe zuzuschreiben, die sich zwar in ihren Mitgliedern äussern, aber ihren Sitz und ihre Ursachen in den Verhältnissen haben, in denen sich das Kollektiv als solches befindet: *individuelles und kollektives Bewusstsein vermischen sich und gegenseitig durchdringen*

Aufgabe der Soziologie ist es, die *sozialen Tatsachen wie Dinge* (comme Chose) zu erforschen

- Der Beitrag der Soziologie besteht nicht nur in der Erkenntnis, sondern auch in der **Unterscheidung** zwischen **normalen** und **kranken** sozialen Tatsachen bzw. in der Beseitigung der letzteren. Kranke Tatsachen gefährden das kollektive Leben in der Gesellschaft, normalen Tatsachen haben hingegen eine Nutzung: sie halten die verschiedenen Individuen in einer Gesellschaft zusammen, wie bspw. die Verbrechen

These von der Normalität des Verbrechens und seiner positiven Funktionen für die soziale Ordnung.

- Eine Gesellschaft ohne Verbrechen sei unmöglich
- Ferner sei das Vorkommen von Verbrechen, welcher Art auch immer, deshalb normal, weil es die notwendige Folge einer fundamentalen Eigenschaft sozialer Organisation ist: der Verschiedenheit von Individuum und Gesellschaft
- Das *Verbrechen*, so sagt Durkheim, ist eine *notwendige Erscheinung, die mit den Grundbedingungen des sozialen Lebens verbunden ist*. Abnorm wäre es nur, wenn das

Verbrechen in erhöhter Menge vorkäme. Als normale Erscheinung hat das Verbrechen zugleich positive Funktionen, indem es durch die entsprechenden Strafen die Normen in Erinnerung ruft und die Gesellschaft dadurch fortwährend erneuert und stärkt.

Die nützliche Seite von Verbrechen:

- „Das Verbrechen bringt also das Bewusstsein aller ehrbaren Leute enger zusammen und verdichtet sie. Man braucht nur zu sehen, wie es, besonders in einer kleinen Stadt, zugeht, wenn sich ein Moralskandal ereignet hat. Man bleibt auf der Strasse stehen, man besucht sich, man trifft sich an bestimmten Orten, um über das Ereignis zu reden, und man empört sich gemeinsam. Aus allen diesen einander ähnlichen Eindrücken, die ausgetauscht werden, aus all den verschiedenen Zornausbrüchen entsteht ein je nach Fall mehr oder weniger bestimmter einheitlicher Zorn, der der Zorn eines jeden ist, ohne deshalb ein ganz persönlicher zu sein; der öffentliche Zorn“
- Die Ächtung eines Verhaltens als Verbrechen ist sogar ein Mittel, die in einer Gesellschaft geltenden Wertvorstellungen zu stabilisieren

Im Prinzip *verstärken die Verbrechen den Zusammenhalt der Gesellschaft*. Erst bei der Übertretung von gewissen Normen erinnern wir an diese Normen, d.h. an die moralische/rechtliche Wertungen, die uns als Gesellschaft zusammenhalten (pragmatische/funktionalistische Denken von Durkheim)

4.2 Was hält die Gesellschaft zusammen?

- **Ausgangsfrage:** Wie kann es unter Bedingungen einer fortschreitenden Arbeitsteilung und eines damit einhergehenden Individualismus gelingen, die Gesellschaft zusammenzuhalten?
- **Kernthese:** Fortschreitende Arbeitsteilung als historisches Gesetz.
- **Ursachen:** Bevölkerungswachstum; zunehmende Dichte der Gesellschaft infolge des Wachstums der Städte und der Kommunikations- und Verkehrsmittel sowie des technischen Fortschritts.

Die 2 Arten der sozialen Solidarität

Theorie der sozialen Integration d.h. der Einheit und des Zusammenhalts der Gesellschaft: Die Integration der Gesellschaft erfolgt entweder durch **Gleichförmigkeit** des Denkens und Handelns oder durch **Kooperation**.

Durkheim unterscheidet zwei Arten der *Solidarität* bzw. der *Integration* der Gesellschaft:

- Mechanische Solidarität
- Organische Solidarität

Mechanische Solidarität:

- beruht auf Ähnlichkeiten; gemeinsamen religiösen bzw. moralischen Überzeugungen; das Ergebnis ist eine homogene Gesellschaft. (**Stichwort: Segmentäre Gesellschaften**) von oben integriert wird gezwungen,
- **Individuum** ist direkt an die Gesellschaft gebunden; Persönlichkeit und Kollektivbewusstsein bestenfalls deckungsgleich; keine Individualität. *Gleichförmigkeit* des Denkens und Handelns herrscht
- Bsp.: *Saudi Arabien* → stark religiös geprägtes Land, Monarchen sorgen über die Gleichförmigkeit des Denkens/Handelns, Abweichungen sind nicht erlaubt, alle Gleich, keine Individualität erlaubt, kollektive Bewusstseins herrscht

Organische Solidarität

- hängt direkt von der **Arbeitsteilung** ab, Spezialisierung von Aufgaben (Berufen); es entsteht ein gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis. (**Stichwort: Funktional ausdifferenzierte Gesellschaften**), Individuen sind zur *Kooperation* gezwungen, Zusammenhalt entsteht ganz natürlich: Arbeitsteilung herrscht
- indirekte Verbindung über Funktionen und Teile; *gerade die Differenz stärkt die Einheit (bzw. die Abhängigkeit)*; Kollektivbewusstsein wird geschwächt; Individualität entsteht. Differenz der Individuen verstärkt die Kollektivität durch Schaffung von Abhängigkeitsverhältnissen
- Wird diese gemeinsam erlebte normative Ordnung der Gesellschaft verletzt, so wird dadurch eine Reaktion der gesamten Gruppe provoziert, mit der die Gruppe ihre moralische Identität bestätigt
- Die *Reaktion der Gesellschaft* ist unter diesen Umständen **repressiv**. Sie hat nicht die Funktion, die Interessen des Geschädigten zu wahren oder auch nur den Täter individuell nach seiner Schuld zu bestrafen oder spezialpräventiv zu behandeln. Bei dieser Form der sozialen Integration, der mechanischen Solidarität, spielen demnach insbesondere Strafrechtsnormen, und zwar Strafrecht im Sinne eines Vergeltungsstrafrechts, eine bedeutsame Rolle
- Bsp.: *westliche europäischen Staaten* (Arbeitsteilung als herrschend) aber Arbeitsteilung kann sich als «krankhaft» entwickeln

Krankhafte Erscheinungen der Arbeitsteilung

- a. **Anomische Arbeitsteilung** (das Problem des Egoismus des Einzelnen: Individuen durch Arbeitsteilungen nur eigene Interessen/Nutzen verfolgen (Problem des Egoismus), Individuen verlieren das Ganze auf die Augen, nur eigene Nutzen verfolgen. Bsp. Finanzkrise)
- b. **Erzwungene Arbeitsteilung:** Krasse Klassenunterschiede: bei ihr kann sich ein Teil der Mitglieder einer Gesellschaft nicht frei entscheiden, welche Aufgaben er erfüllen/auf welchen Beruf er sich spezialisieren will, weil die äusseren Bedingungen des Zugangs nicht gleich sind
- c. **Anormale Arbeitsteilung:** bei ganz zu weit getriebenen Spezialisierung gibt es die Gefahr, das Ganze aus die Augen zu verlieren: sie entsteht infolge Überforderung der einzelnen, Überorganisation oder zu weit getriebener Spezialisierung

4.3 Recht und soziale Solidarität

Kernthese: Recht als Widerspiegelung der moralischen Grundverfassung einer Gesellschaft.

Was für eine Rolle spielt das Recht? Im Prinzip ist das Recht wie einen Spiegel (moralische Vorstellungen, die in einer Gesellschaft existieren) Recht als Mittel zum Zweck der Förderung der verschiedenen Arten der sozialen Solidarität

„Unsere Methode ist also vorgezeichnet. Da das Recht die hauptsächlichsten Formen der sozialen Solidarität wiedergibt, brauchen wir nur die verschiedenen Arten des Rechts zu klassifizieren, um dann zu untersuchen, welche die verschiedenen Arten der sozialen Solidarität sind, die ihnen entsprechen.“

Nach Durkheim existieren *2 Arten des Rechts*

- I. Repressives Recht:** fügt dem Rechtsbrecher einen Schmerz und eine Sühne zu;
 - Es nimmt ihm sein Leben, seine Ehre, seine Freiheit oder sein Vermögen
 - Ausdruck der *mechanischen Solidarität* (*Strafrecht*). Durch Sanktionierung von Abweichende Verhalten in der Gesellschaft, *Bekräftigung der gemeinsamen Werkvorstellung*

- II. Restitutives Recht:** versucht Störungen in den sozialen Beziehungen zu beseitigen, die in den sozialen Beziehungen aufgetreten sind; Ausdruck der *organischen Solidarität* (Vertragsrecht, Handelsrecht, Familienrecht, Verwaltungsrecht).
Förderung der Kooperation. Bsp.: Vertragsrecht Gesellschaft in der Zukunft werden immer weniger repressiv sein

Positive Rolle des Rechts: Das Recht stiftet entweder Ähnlichkeit zwischen den Mitgliedern einer Gesellschaft oder komplementäre Unähnlichkeit (Förderung der Kooperation).

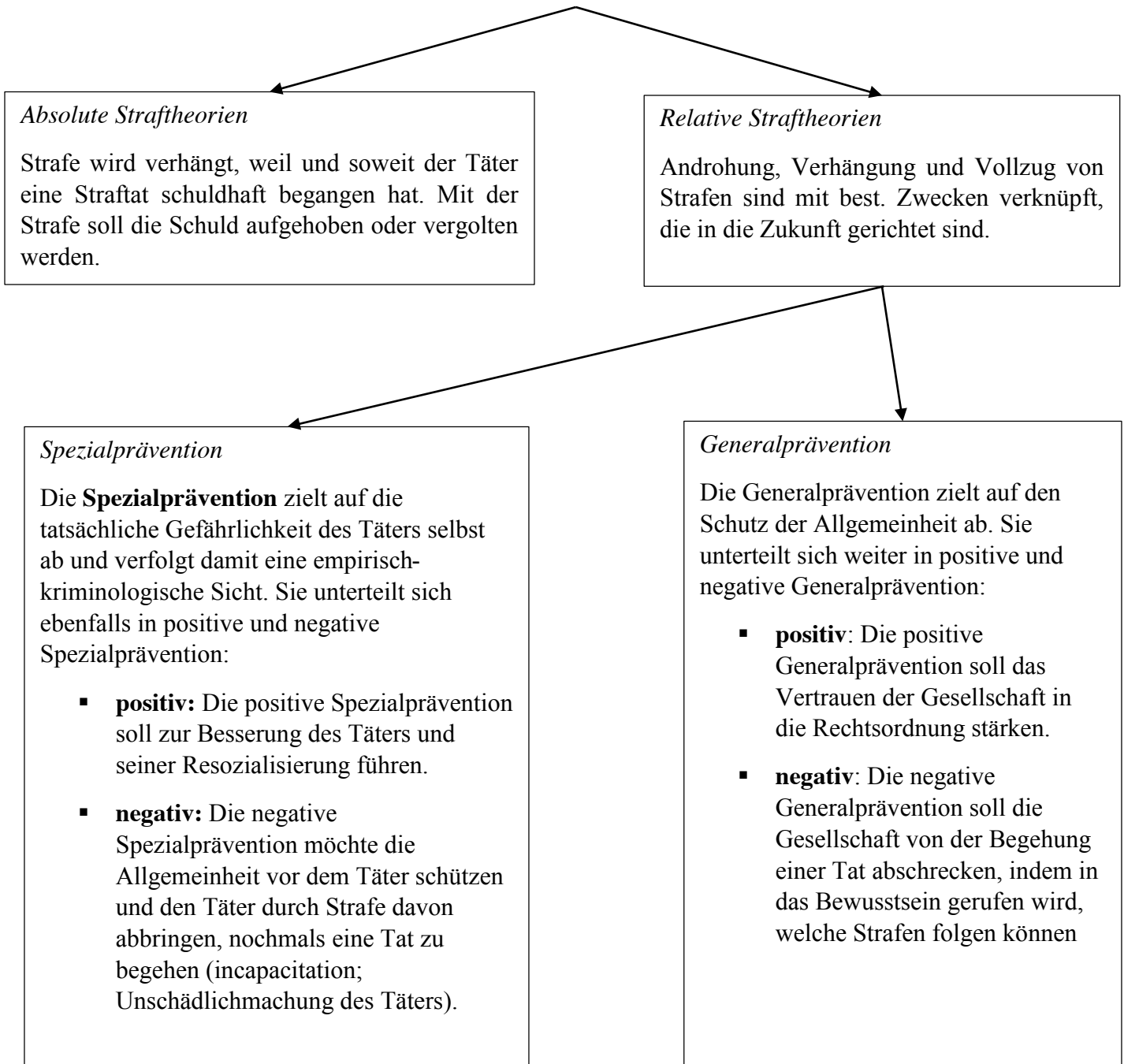
<i>Funktion der Strafe nach Durkheim</i>
--

«Genauso ist es mit der **Strafe**. Obwohl *sie aus einer rein mechanischen Reaktion*, aus leidenschaftlichen und zum grössten Teil unbedachten Regungen *herrührt*, spielt sie dennoch eine nützliche Rolle. Nur besteht diese Rolle nicht darin, was man ihr gewöhnlich unterstellt. Sie dient nicht oder nur sehr zweitrangig dazu, den Schuldigen zu korrigieren oder mögliche Nachahmer einzuschüchtern. In beiderlei Hinsicht ist ihre Wirksamkeit zu Recht zweifelhaft und auf alle Fälle mässig. **Ihre wirkliche Funktion ist es, den sozialen Zusammenhalt aufrechtzuerhalten, indem sie dem gemeinsamen Bewusstsein seine volle Lebensfähigkeit erhält**»

- Die Strafe wird nach Durkheim als das Ergebnis einer spontanen und emotionalen Kollektivaufregung über das Verbrechen (eines öffentlichen Zorns) gedeutet.
- Die Funktion der Strafe besteht also nach Durkheim in der Wiederherstellung der kollektiven Ordnung, in der Stärkung des Wir-Gefühls.

- «Als normale Erscheinung hat das *Verbrechen* zugleich positive Funktionen, indem es durch die entsprechenden Strafen die Normen in Erinnerung ruft und die Gesellschaft dadurch fortwährend erneuert und stärkt»

Der Strafzweck nach der Strafrechtsdogmatik



4.4 Fragen

- Wie lautet Durkheims zentrale Fragestellung?

«Was hält die Gesellschaft zusammen»? Zusammenhalt einer Gesellschaft, was garantiert die Tatsache, dass eine Gesellschaft funktioniert, d.h. Frage der Integration der Gesellschaft

- Was versteht Durkheim unter sozialen Tatsachen? Nennen Sie Beispiele

Unterschiedliche soziale Phänomene (Religion usw.), «*sie sind Arten des Handelns Fühlen und des Denkens*»:

- (I) sie haben «Sitz» ausserhalb des Individuums und
- (II) sie üben eine zwingende Einfluss auf uns (Zwangsscharakter)

- Wie kann man nach Durkheim die Gesellschaft integrieren?

D.h. «*welche Mechanismen können eine Gesellschaft integrieren*» oder garantieren den Zusammenhalt einer Gesellschaft: **2 Arten der Solidarität:**

- entweder versuchen den Zusammenhalt einer Gesellschaft **von oben** integrieren (Zwang) oder
- Kooperation zwischen den Mitgliedern **von unten**
- Wie lauten der beiden Arten der sozialen Solidarität?

Mechanische (gelten allgemeine für alle gleichzwingenden moralische und religiöse Wertvorstellungen, Abweichungen nicht erlaubt) und **organische** Solidarität (Arbeitsteilung als wichtigste Rolle, schafft Abhängigkeit)

- Wie lauten gemäss Durkheim die beiden Arten des Rechts, die den zwei Hauptformen der sozialen Solidarität entsprechen?

Repressive (Strafrecht, Bekräftigung der gemeinsamen Werten durch die Bestrafung) und **Restitutives** (Störungen in den sozialen Beziehungen zu beseitigen, Bsp. Vertragsrecht)

- Worin besteht die Funktion der Strafe nach Durkheim?

Strafe als Wiederherstellung der kollektiven Rechtsordnung, Stärkung der «Wir – Gefühl»

5. Karl Marx

Recht als Überbauphänomen

Die zentrale Fragestellung von Marx: ***Worauf beruht die Gesellschaft?***

- Was prägt eine Gesellschaft insb.?
- Was ist das wichtigste in einer Gesellschaft?¹

5.1 Die Lehre von Basis und Überbau

„Das allgemeine Resultat, das sich mir ergab und einmal gewonnen, meinen Studien zum Leitfadendiente, kann kurz so formuliert werden:

In der gesellschaftlichen Produktion ihres Lebens gehen die Menschen bestimmte, notwendige, von ihrem Willen unabhängige Verhältnisse ein, Produktionsverhältnisse, die einer bestimmten Entwicklungsstufe ihrer materiellen Produktivkräfte entsprechen.

Die Gesamtheit dieser Produktionsverhältnisse bildet die ökonomische Struktur der Gesellschaft, **die reale Basis**, worauf sich **ein juristischer und politischer Überbau** erhebt und welcher bestimmte gesellschaftliche Bewusstseinsformen entsprechen. Die Produktionsweise des materiellen Lebens bedingt den sozialen, politischen und geistigen Lebensprozess überhaupt. **Es ist nicht das Bewusstsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt, ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewusstsein bestimmt.**“

Im Prinzip prägt eine Gesellschaft die Gesamtheit aller Produktionsverhältnisse zwischen den Mitgliedern: die ökonomische Struktur bestimmt was ein Mensch will.

Art und Weise wie die ökonomische Produktion in einer Gesellschaft organisiert ist, d.h. ökonomischer Produktion in einer Gesellschaft

- **Produktivkräfte:** Arbeitsmittel (Werkzeuge, Maschinen), Arbeitsgegenstände (Rohstoffe, Naturressourcen), menschliche Arbeitskraft, Wissenschaft und Forschung, gesellschaftliche Infrastruktur (Transportmittel und -wege, Kommunikationsnetze)
- **Produktionsverhältnisse:** Eigentumsverhältnisse (an den Produktionsmitteln), Stellung der Klassen in der Produktion (Produktionsweise)

3 Zentrale Begriffe: **(I) Technik, (II) Arbeitskraft der Menschen, und (III) das Wissen, dass alle der Mensch aneignet** (Menschen als kreative Wesen, als Hersteller neuen Sachen, eignet neues Wissen an)

- **Ökonomische Basis:** materielle Produktivkräfte kombiniert mit Produktionsverhältnisse

- **Ideologischer Überbau:** Ideen, Religionen, Rechtsbegriffe, Rechtsordnungen, Staat, Herrschaftsformen, Sitten, Traditionen, Kunst etc.

Die Ökonomie prägt/bestimmt somit eine Gesellschaft. Alles andere ist überbau

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

„Leistungen“ der Bourgeoisie:

- Konzentration der Produktionsmittel in den Händen einer Klasse
- Warencharakter der Arbeit
- Absolute Abhängigkeit der Arbeiter = Konzentration der Produktivkraft Arbeit
- Vernichtung des gewerblichen Mittelstandes
- Reduzierung der gesellschaftlichen Schichtung auf zwei Klassen (Herrschende und Beherrschte Klasse)
- Reduzierung der sozialen Beziehungen auf den materiellen Aspekt
- **Völlige Entfremdung des Menschen von der Arbeit:**
 - (I) Arbeiter entfremdet sich vom was er produziert;
 - (II) die eigene Tätigkeit der Mensch ist eine fremde, nicht nur des Produkts: die Tätigkeit dient die Befriedigung der Bedürfnisse eines anderen (Klasse);
 - (III) Gattungsleben und –Charakter der Menschen sind ihm entfremden: Menschen als kreative Wesen, aber in einer solcher Gesellschaft, wo man für andere Menschen produziert, entfremdet man sich von der eigenen Natur, diese Natur wird instrumentalisiert;
 - (IV) Gesellschaft von Individuen und getrennten Wesen, die versuchen nur das eigene zu überleben
- **Stichworte: Selbstentfremdung, Ausbeutung, Verelendung**

5.2 Recht und Staat

Recht als Überbauphänomen

„Die Gesellschaft beruht aber **nicht** auf dem Gesetz. Es ist eine juristische Einbildung. *Das Gesetz muss vielmehr auf der Gesellschaft beruhen, es muss **Ausdruck** ihrer gemeinschaftlichen, aus der jedesmaligen **materiellen Produktionsweise** hervorgehenden Interessen und Bedürfnisse* gegen die Willkür des einzelnen Individuums sein. Hier, der Code Napoleon, den ich in der Hand habe, er hat nicht die moderne bürgerliche Gesellschaft erzeugt.“

- das Gesetz beruht auf der Gesellschaft und nicht umgekehrt!

Recht als Instrument der Herrschaft

„Euer Recht ist nur der zum Gesetz erhobene Wille eurer Klasse, dessen Inhalt von den materiellen Bedingungen eurer Klassenexistenz abhängt.“

„Die moderne Staatsgewalt ist nur ein Ausschuss, der die gemeinschaftlichen Geschäfte der ganzen Bourgeois klasse verwaltet.“

„Die politische Gewalt im eigentlichen Sinn ist die organisierte Gewalt einer Klasse zur Unterdrückung einer andern.“

- Recht nicht nur Ausdruck der Produktionsverhältnisse, sondern eine Illusion, die die Interesse der Bourgeois entsprechen, Staat vertritt nur die Interessen und Geschäfte dieser herrschenden Klasse; *falsche Bewusstsein*
- **Recht und Staat** als Widerspiegelung der ökonomischen Gesellschaft, sie sind überbau Phänomenen
- Die Rolle des Staates besteht insbes. im Hinblick auf die herrschenden Klassen (speziell die Bourgeoisie) in der *Organisation*
- Der Staat konstituiert also die politische Einheit der herrschenden Klassen: er etabliert diese Klassen als herrschenden Klassen

5.3 Übergang zur kommunistischen Gesellschaft

«In einer höheren Phase der kommunistischen Gesellschaft, nachdem die knechtende Unterordnung der Individuen unter die Teilung der Arbeit, damit auch der Gegensatz geistiger und körperlicher Arbeit verschwunden ist; nachdem die Arbeit nicht nur Mittel zum Leben, sondern selbst das erste Lebensbedürfnis geworden; nachdem mit der allseitigen Entwicklung der Individuen auch die Produktionskräfte gewachsen sind und alle Springquellen des genossenschaftlichen Reichtums voller fließen – erst dann kann der enge bürgerliche Rechtshorizont ganz überschritten werden und die Gesellschaft auf ihre Fahnen schreiben: **Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen.**“

- Der Kapitalismus gerät nach Marx infolge der ständig wachsenden *Akkumulation des Kapitals* in einen Widerspruch von sich selbst, an dem er schliesslich zugrunde gehen wird, um einer neuen, *klassenlosen Gesellschaft* Platz zu machen
- Dieser Prozess wird zu entscheidenden Umwälzungen führen, die in der *sozialen Revolution* und in der *Diktatur des Proletariats* ihren Ausdruck finden
- Das Privateigentum an den Produktionsmitteln wird dann abgeschafft und in *gesellschaftliches Eigentum* übergeführt
- Im Endzustand der klassenlosen Gesellschaft wird dann aber ein Recht des gesellschaftlichen Eigentums überflüssig sein und *jeder nach seinen Fähigkeiten* arbeiten und *nach seinen Bedürfnissen* leben können

Organisationsprinzip dieser neuen Klassenlosen Gesellschaft: «**Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen**»

- **Ziel: Erreichung einer klassenlosen kommunistischen Gesellschaft**
- Damit ist es aber eine Revolution erforderlich, d.h. Notwendigkeit der *Diktatur des Proletariats*
- *Verstaatlichung aller Produktionsmittel durch das Proletariat*
- Verwaltung von Sachen und Leitung von Produktionsverhältnisse → keine Bedarf des Staats → Untergehen der Autorität und Auflösung des Rechts → **Verwirklichung nur durch die Macht der Vernunft**

Absterben des Staates

„Das Proletariat *ergreift die Staatsgewalt* und *verwandelt die Produktionsmittel zunächst in Staatseigentum*. Aber damit hebt es sich auf als Proletariat, und damit hebt es alle Klassenunterschiede und Klassengegensätze auf und damit auch den Staat als Staat (...). Das Eingreifen einer Staatsgewalt in gesellschaftliche Verhältnisse wird auf einem Gebiet nach dem anderen überflüssig und schläft dann von selbst ein. An die Stelle der Regierung über Personen tritt die Verwaltung von Sachen und die Leitung von Produktionsverhältnissen. Der Staat wird nicht abgeschafft, **er stirbt ab.**“

- Erst dann werden die Menschen zur wahren Freiheit gelangen, d.h. sie werden sich der durch die kapitalistische Produktionsweise aufgenötigten Selbstentfremdung entledigen können und die Chance der vollen Entfaltung ihrer individuellen Persönlichkeit finden

Merkmale der klassenlosen Gesellschaft

- **Kein Privateigentum an Produktionsmitteln** = Aufhebung der Klassengesellschaft, Mensch arbeitet nur, um Neues zu kreieren
- Gesellschaftliche Regelung der Produktion („Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen“)
- Ende der erzwungenen Arbeitsteilung und Ende der Enteignung
- Ende der Entfremdung und Isolation: Arbeit als freie Lebensäußerung und als naturnotwendiges Lebensziel
- Wiederherstellung des Urzustandes auf einer höheren Stufe der Freiheit, Einsicht und Vernunft

5.4 Fragen

- Wie lautet Marx‘ zentrale Fragestellung?

«*Worauf beruht die Gesellschaft*», d.h. was ist das bestimmende Faktor, der alles in einer Gesellschaft erklären kann

- Was ist unter der Lehre von Basis und Überbau zu verstehen?

Die ökonomische Struktur der Gesellschaft (Produktionsverhältnisse, Produktivkräfte), diese Struktur stellt die Basis der Gesellschaft dar, und alles andere ist «überbau» dieser Struktur (Institutionen, Kunst, Ideologie, Wissenschaft)

- Was ist unter Recht/Staat als Überbauphänomen zu verstehen?

Recht/Staat als politische Einheit ist ein blosser Reflex der ökonomischen Struktur der Gesellschaft, die Basis der Gesellschaft bleibt immer die ökonomische Struktur, sowohl Recht als auch «Staat» sind Überbau dieser Basis

6. Nicos Poulantzas

Arbeitsgebiete

- Machttheorie
- Erneut die marxistische Klassentheorie
- Faschismustheorie
- Staatstheorie
- Verhältnis von Staat und Ökonomie
- Theorien der Ausnahmestaaten (Bonapartismus; Faschismus; Militärdiktatur)
- **Autoritärer Etatismus**, neue Staatsform, die ist das Produkt der ökonomischer/politischer Krise
- Staat als soziales Verhältnis
- Imperialismustheorie

6.1 Poulantzas' Staatstheorie

«Eine Theorie des kapitalistischen Staates muss die Metamorphosen ihres Gegenstandes kennen»

Poulantzas' Staatstheorie verfolgt das **Ziel**, eine Theorie des kapitalistischen Staates in den verschiedenen Phasen und Stadien des Kapitalismus (liberaler Staat, interventionistischer Staat, gegenwärtiger autoritärer Etatismus) zu entwickeln.

- Der Kapitalismus hat im Laufe seiner Geschichte verschiedener Formen gehabt:
 - i. Zuerst eine **liberale Phase**, d.h. Nichteinmischung in die Privatbereiche, gleiche Rechte für alle
 - ii. Dann **Wohlfahrtsstaat**, d.h. Interventionsstaat nach dem II. W.W.
 - iii. **Autoritativer Etatismus**: (I) Staat als Sache, Gegenstand und (II) Staat als Subjekt definiert, welche Poulantzas kritisiert:

Poulantzas' Kritik an die zwei damals herrschenden Staatskonzeptionen

Nicos Poulantzas hat die üblichen Vorstellungen von

- I. dem Staat als einer Sache oder einem Gegenstand (*Staat als Sache*), und
- II. von dem Staat als einem eigenständigen, über den Klassen stehenden neutralen Subjekt (*Staat als Subjekt*),

in seinem Werk kritisiert.

I. Der Staat als Sache

Dies ist eine alte instrumentalistische Konzeption vom Staat als einem passiven, wenn nicht sogar neutralen Werkzeug, das von einer einzigen Klasse oder Fraktion total manipuliert wird. In diesem Fall gesteht man dem Staat keine Autonomie zu.

- Theorie von Marx des Staates und Recht
- Staat als Instrument zur Etablierung seiner Herrschaft

II. Der Staat als Subjekt

Hier wird die absolut gesetzte Autonomie des Staates durch seinen Willen als Vernunftsinanz der bürgerlichen Gesellschaft begründet. Diese Konzeption geht bis auf Hegel zurück und wird von Max Weber und der herrschenden Strömung der politischen Soziologie wieder aufgegriffen. Sie bezieht diese Autonomie auf die angebliche Macht des Staates und auf die Träger der Macht und der staatlichen Rationalität: auf die Bürokratie und speziell auf die politische Elite.

- Staat als autonom, unabhängig von Gesellschaft und orientiert sich an allgemeinen abstrakten Prinzipien

<i>Poulantzas' Kritik der beiden Konzeptionen</i>

• **Das Problem des Verhältnisses zwischen Staat und sozialen Klassen:**

Entweder absorbiert die herrschende Klasse den Staat, indem sie ihn seiner Macht beraubt (Staat als Sache), oder aber der Staat widersteht der herrschenden Klasse und entzieht ihr die Macht zu seinem eigenen Nutzen (Staat als Subjekt und Schiedsrichter zwischen den gesellschaftlichen Klassen...).

- Die Beziehung zwischen Staat und sozialen Klassen wird als eine *äussere Beziehung* aufgefasst:

Diese beiden Thesen können die Etablierung der staatlichen Politik zugunsten der herrschenden Klasse nicht erklären; genauso wenig erfassen sie ein sehr entscheidendes Problem, das Problem der internen Widersprüche des Staates. In ihrem gemeinsamen Hintergrund, der äußerlichen Beziehung zwischen Staat und den sozialen Klassen, scheint der Staat notwendigerweise ein **monolithischer Block ohne Risse** zu sein.

6.2 Der kapitalistische Staat als soziales Verhältnis

«Der *Staat*, in diesem Fall der kapitalistische Staat, darf nicht als ein in sich abgeschlossenes Wesen begriffen werden, sondern, wie auch das Kapital, als ein *Verhältnis*, *genauer als die materielle Verdichtung eines Kräfteverhältnisses zwischen Klassen und Klassenfraktionen, das sich im Staat immer in spezifischer Form ausdrückt.*“

- Staat nicht als ein vom Klasse unabhängig existierenden: Auseinandersetzung zwischen verschiedene Soziale Interessen finden **innerhalb** der Gesellschaft statt
- Staat als Verkörperung eines Verhältnisses zwischen die gesellschaftliche Auseinandersetzung
- Staat verfügt über Institutionen: diese haben ihren eigenen Charakter, sie sind unterschiedlich und deswegen erscheint die **Politik des Staates keine einheitliche**, die Entscheidungen die getroffen werden sind unterschiedlich und deshalb nicht immer zugunsten einer bestimmten Klassen → Kritik der «*Staat als Sache*», d.h. als Instrument zur Etablierung der Herrschaft)
- **Organisatorische Funktion des Staates:** Staat muss eine relative Autonomie gegenüber die herrschende Klasse der Bourgeoisie gelangen

Elemente dieser Definition:

- Der Staat ist als **die Verdichtung eines Verhältnisses zwischen Klassen und Klassenfraktionen** anzusehen.
- Der Staat verfügt **über ein materielles Gerüst an Institutionen** (Apparaten: Exekutive und Parlament, Armee, Justizbehörden, verschiedene Ministerien, kommunale Apparate, der zentrale Apparat sowie die ideologischen Apparate), welche über eine **eigene Dichte und Widerstandskraft** verfügen und in welche sich der **Klassenkampf unterschiedlich eingeschrieben** wird.

Die Funktion des kapitalistischen Staates nach Poulantzas

Die Rolle des Staates besteht besonders im Hinblick auf die herrschenden Klassen, speziell im Hinblick auf die Bourgeoisie, in der **Organisation**. Er repräsentiert und organisiert die herrschende oder die herrschenden Klassen, er organisiert also das langfristige politische Interesse des *Blocks an der Macht*, der sich aus den verschiedenen Fraktionen der bürgerlichen Klasse zusammensetzt (denn die Bourgeoisie ist in Klassenfraktionen gespalten)

Die relative Autonomie des Staates nach Poulantzas

Der Staat kann diese Rolle der Vereinheitlichung und Organisation der Bourgeoisie und des Blocks an der Macht nur dann erfüllen, wenn er gegenüber dieser oder jener Fraktion oder Komponente des Blocks und gegenüber ihren Partikularinteressen eine *relative Autonomie* behält.

Der Staat als strategisches Feld

Kurz den Staat als materielle Verdichtung eines Kräfteverhältnisses begreifen, heisst, ihn auch als *strategisches Feld und strategischen Prozess* zu fassen, in dem sich Machtknoten und Machtnetze kreuzen, die sich sowohl verbinden als auch Widersprüche und Abstufungen zeigen. (...) Dieses strategische Feld ist oft von durchaus expliziten Taktiken durchzogen (...); Taktiken, die sich kreuzen, sich bekämpfen, den Durchbruch zu bestimmten Apparaten finden, sich durch andere „kurzschliessen“ lassen, und schliesslich das umreissen, was man „die Politik des Staates“ nennt. Sicher bleibt auf dieser Ebene die Politik als strategisches Kalkül durchschaubar, aber mehr als Resultat einer konfliktuellen Koordinierung von expliziten und divergierenden Mikropolitiken, denn als rationale Formulierung eines globalen und kohärenten Projekts.

6.3 Fragen

- Welche sind nach Poulantzas die zwei noch herrschenden Staatskonzeptionen? Wie lautet die von Poulantzas formulierte Kritik an diese zwei Staatskonzeptionen?

(I) *Staat als Gegenstand/Sache*, d.h. Die herrschende Klasse benutzt der Staat als Instrument zur Etablierung seiner Herrschaft und (II) *Staat als Subjekt*, d.h. als neutrale Schiedsrichter.

Verhältnis Staat – Sozialen Klassen als ein äusseres Verhältnis (siehe besser S. 29)

- Wie wird der Staat nach Poulantzas definiert?

Staat als soziales Verhältnis, d.h. der Staat stellt die Verkörperung des Klassenkampfes dar: Staat als strategische Feld, wo der soziale Kampf stattfindet. Staat verfügt über verschiedene Einheiten, dieses Klassenkampfes ist unterschiedlich je nach dem, in welchen dieser Einheiten sie stattfindet.

- Der Staat ist als **die Verdichtung eines Verhältnisses zwischen Klassen und Klassenfraktionen** anzusehen.
- Der Staat verfügt **über ein materielles Gerüst an Institutionen** (Apparaten: Exekutive und Parlament, Armee, Justizbehörden, verschiedene Ministerien, kommunale Apparate, der zentrale Apparat sowie die ideologischen Apparate), welche über eine **eigene Dichte und Widerstandskraft** verfügen und in welche sich der **Klassenkampf unterschiedlich eingeschrieben** wird

7. Niklas Luhmann

7.1 Kommunikation mit Zettelkästen

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

Alle Zettel haben eine feste Nummer, es gibt keine systematische Gliederung, der Zettelkasten ist nicht systematisch geordnet. Hinter diesen einzelnen Nummern gibt es dann Unterscheidungen, zum Beispiel a, b, c, a1, a2, a3 usw., das geht manchmal bis zu zwölf Stellen. Ich kann dann von jeder Nummer auf jede andere Stelle in dem Zettelkasten verweisen. Es gibt also keine Linearität, sondern ein spinnenförmiges System, das überall ansetzen kann.

- Eigensinnige Arbeitsmethode: Zettelkästen
- Durch das System der Zettelkästen erklärt Luhmann seine Produktivität

Luhmanns wissenschaftliches Hauptziel war es von Anfang an, eine allgemeine *Theorie sozialer Systeme* auszuarbeiten, die als theoretische Grundlage sozialwissenschaftlicher Forschungen dienen kann.

7.2 Systemtheorie

Im Zentrum von Luhmanns Systemtheorie stehen soziale Systeme. Unter einem sozialen System verstand Luhmann einen «Sinnzusammenhang von *sozialen Kommunikationen*, die aufeinander verweisen und sich von einer Umwelt nicht dazugehöriger Handlungen abgrenzen lässt»

Jeder Systemtyp hat eine und nur eine eigene konstitutive *Operationsweise*:

- Biologische Systeme operieren in Form von Leben
- Psychische Systeme operieren in Form von Bewusstseinsprozesse («Wahrnehmen, Denken Fühlen, Wollen»)

- Soziale Systemen operieren in Form von **Kommunikationen**
- *Soziale Systemen sind Kommunikationssystemen*: sie bestehen aus ein einziges Elemente –
Lehre: die Kommunikation

Soziale Systeme kommen in verschiedenen Formen vor. Luhmann unterscheidet *Gesellschaft, Organisation und Interaktion*.

- Das komplexeste, dauerhafteste, und umfassendste soziale System, das alle Kommunikation einschliesst, ist die **Gesellschaft**
- Die Grenzen der Gesellschaft sind keine territorialen, sondern Grenzen der Kommunikation

Alle Gesellschaften, Organisationen und Interaktionen sind **soziale Systeme**, weil sie aus Kommunikationen bestehen.

Abb. 5.2 Interaktionen, Organisationen, Gesellschaft: alles soziale Systeme – bestehend aus Kommunikation (nicht aus Menschen, Gebäuden, Territorien)



- Interaktionen, Bsp. Vorlesung, Einkauf
- Organisationen, Bsp. Verein, Unternehmen, Strafanstalt
- *Gesellschaft, das «allumfassende» Kommunikationssystem*

*Luhmanns Systemtheorie als „Ein-Element-Theorie“: Basiselement der Systemtheorie sozialer Systeme ist **Kommunikation** → alles was geschrieben, gesendet und gesprochen wird*

- Das System der Gesellschaft besteht nur aus Kommunikationen: es gibt keine weitere Substanz als eben Kommunikation
- Die Gesellschaft steht nicht aus menschlichen Körpern und Gehirnen: sie ist schlicht ein **Netzwerk von Kommunikationen**
- Diese Theorie sieht den Menschen als Teil der Umwelt der Gesellschaft an, nicht als Teil der Gesellschaft selbst

Begriff der Kommunikation

Mit Kommunikation sind in der Regel sprachliche Aussagen zu irgendwelchen Themen gemeint, Sätze, die lang oder kurz sein können, die aus direkter Rede hervorgehen oder (nur) in Schriftform vorhanden sind. **Kurz:** alles was gesprochen, geschrieben und elektronisch gesendet wird

Warum Kommunikation?

«Die älteren Gesellschaftsmodelle seien bekanntlich davon ausgegangen, **dass die Gesellschaft aus Menschen bestehe**. Doch irgendwann sei man dann zu der Überlegung gekommen: Ja, wenn nun jemand zum Friseur geht und sich die Haare schneiden lässt – schneidet man etwas von der Gesellschaft ab?»



- Unsere Gesellschaft besteht nur auf Kommunikationen, nicht auf Menschen!
- Wenn die Gesellschaft aus Menschen bestehe, müsste man mit alle Aspekte des menschlichen Lebens sich befassen → Falsch (Beispiel des Friseurs)
- Kommunikation und nicht Menschen im Zentrum der Analyse Luhmanns:
 - Beobachtung im Prinzip, nur was kommuniziert/gesprochen wird. Nicht was gedacht wird. Psychische Prozesse lassen sich schwierig beobachten, Sprache und Kommunikation anstelle sind einfach zu beobachten und analysieren
 - Menschen haben keine Kontrolle über die Entwicklung der Kommunikation

«Im Gegensatz zum herkömmlichen Begriff der Kommunikation als Übertragung einer Information von einem Absender zu einem Empfänger wird Kommunikation hier als Produkt des Kommunikationssystems verstanden: obwohl Kommunikation ohne die Beteiligung von Menschen nicht möglich ist, haben sie keine Kontrolle über die Entwicklung der Kommunikation. Zum Beispiel kann das Wort „Ja“ als Signal einer Bestätigung, eines Zweifels oder sogar einer Ablehnung (wenn sie als Ironie interpretiert wird) verstanden werden. Menschen können Wörter aussprechen oder spezifische Geste machen, **aber sie haben keine Kontrolle über die Art und Weise, wie diese verstanden werden, das heisst, welche Unterschiede ihre Wörter und Gesten für weitere Kommunikationen machen.** So ist Kommunikation, die letztlich realisiert wird, und damit ihre spezifische Bedeutung, nicht vom Sprecher, sondern vom Netzwerk anderer Kommunikationen bestimmt»

„Menschen können nicht kommunizieren, nicht einmal ihre Gehirne können kommunizieren, nicht einmal das Bewusstsein kann kommunizieren. *Nur die Kommunikation kann kommunizieren.*“

- Nicht Menschen kommunizieren, sondern nur die Kommunikation kann kommunizieren: Kommunikation ist genuin sozial, sie ist das «Letztelement» sozialer Systemen
- Personen lassen sich als Teilnehmer an der Kommunikation identifizieren
- Individuen machen Mitteilungen, Individuen handeln - aber sie Kommunizieren nicht

Kommunikation setzt Menschen voraus aber gleichzeitig ist sie **vom Menschen emanzipiert**:

- Kommunikationen führen ein eigenes Leben jenseits der Individuen, die diese Kommunikation veranlasst hat
- Menschen drücken ihre Gedanken aus aber kommunizieren nicht: es ist die Kommunikation, die kommuniziert (...)

7.3 Funktional differenzierte Gesellschaft

Die Gesellschaft kann verschiedenen Formen der Differenzierung annehmen. *Die funktional ausdifferenzierte Gesellschaft beruht auf eine Differenzierung in **ungleiche Teilsysteme mit verschiedenen Funktionen**.*

Die **funktional ausdifferenzierte Gesellschaft** *erscheint als eine Vielheit autopoietisch operierender Teilsysteme*: Recht, Wirtschaft, Politik, Wissenschaft, Massenmedien, Familie, Kunst, usw.

Jedes von diesen Systemen weist eine konkrete Funktion auf bzw. ist entstanden, um ein konkretes Problem für die Gesellschaft zu lösen:

- Wissenschaft: Erweiterung von Wissen
- Politik: kollektiv verbindliche Entscheidungen
- Recht: Stabilisierung normativer Entscheidungen
- Wirtschaft: Regulierung von Knappheit

Der **Begriff der Autopoiesen** bedeutet *Herstellung/Reproduktion seiner selbst*.

System als Autopoiesen, d.h. Selbsterstellung des Elements eines Systems aus dem System selbst

- **Arbeitsteilung**: «Kunst entscheidet, was Kunst ist, Recht entscheidet, was Recht ist und was nicht», *jede Bereiche entscheidet für sich*, jede Bereich ist spezialisiert in einer bestimmten Funktion, es gibt eine Mehrzahl von Einheiten, die durch Kommunikation untereinander in Kontakt treten (Es gibt ausserdem Teilbereichen): **Binäre Codierung**
 - Recht: Recht/Unrecht
 - Wirtschaft: Gewinn/Verlust
 - Wissenschaft: wahr/falsch
 - Kunst: schön/hässlich
 - Politik: Mehrheit/Minderheit
- **Autopoiesen**: Autonomie; Arbeitsteilung: es existieren viele Bereiche; viele **Systemen** in der Gesellschaft und jede entscheidet autonom über sich selbst (bspw. Politiker kann nicht dem Richter sagen, was Recht ist)
- Anders war in ältere Gesellschaften, bspw. Mittelalter, wo die Kirche auch über Wissenschaft und Kunst entscheidet (keine Arbeitsteilung)

Verhältnis der Funktionssysteme zueinander

Luhmann sieht die moderne Gesellschaft als eine **polykontexturale Gesellschaft**. Die Teilsysteme sind nicht gänzlich unabhängig, sondern *vielfältig strukturell gekoppelt und überschneiden sich*. Es gibt ferner nicht nur eine einzige gesellschaftliche Wirklichkeit, sondern diese ist abhängig von der jeweiligen teilsystematischen Perspektive. Beispiele für strukturelle Kopplungen:

- Verfassung: Recht – Politik
- Vertrag: Recht – Wirtschaft
- Eigentum: Recht – Wirtschaft
- Universität: Wissenschaft – Erziehungssystem
- Steuern: Politik - Wirtschaft

7.4 Recht als autopoietisches System

Der Kerngedanke von Luhmanns Theorie des Rechts als autopoietischen Systems liegt darin, dass das **Recht als operativ geschlossenes**, d.h. sich selbst definierendes und produzierendes **Kommunikationssystem** beschrieben wird.

I. Operative Geschlossenheit des Rechtssystems

Das Rechtssystem ist ein über Unterscheidungen und Beobachtungen sich selbst verknüpfendes Netzwerk, das in der Lage ist rechtlich relevante Kommunikationen an rechtlich relevante Kommunikationen anzuschliessen.

Nur Recht kann über Rechtsfragen entscheiden (operative geschlossene System). Dazu benötigt es einen **binären Code**: Recht/Unrecht.

Operative Geschlossenheit bedeutet nur, dass das Recht eigene Operationen im Rückgriff und Vorgriff auf andere eigene Operationen erzeugt und nur auf diese Weise bestimmen kann, was zum System gehört und was zur Umwelt

II. Normative Geschlossenheit und kognitive Offenheit

Das Rechtssystem ist nur normativ geschlossen, aber jedoch kognitiv offen. Es ist ein eigenes System, zugleich aber ein Subsystem der Gesellschaft, deren Struktur es bestimmt, und insofern mit dem System der Gesellschaft strukturell verkoppelt

Das Rechtssystem kann Beziehungen zur Gesellschaft nur aufgrund von Eigenleistungen herstellen. Zu diesem Zweck kombiniert es normative Geschlossenheit mit kognitiver Offenheit.

Funktion des Rechts

Die Funktion des Rechts besteht in der Stabilisierung von normativen Erwartungen

- **Kognitive Erwartungen:** Erwartungen, die im Enttäuschungsfall aufgegeben werden oder an die veränderte Lage angepasst (Beispiel der Grüss in der Strasse, wenn ich meine Freund im Strasse grüsse und er macht dies nicht, nach ein paar Mal werde ich ihn nicht mehr grüssen)
- **Normative Erwartungen:** Erwartungen, die auch im Enttäuschungsfall festgehalten werden. An normativen Erwartungen hält der Erwartende trotz des abweichenden Verhaltens fest (Beispiel der Ohrfeige: wenn ich jemandem nach etwas (z.B. Uhr) in der Strasse fragt, und ich bekomme eine Ohrfeige, meine Erwartung für die Zukunft wird nicht beeinträchtigt und ich werde nicht in meinen Erwartungen für die Zukunft enttäuscht)

➔ *Normen sind nach Luhmann normative, d.h. kontrafaktisch stabilisierte Verhaltenserwartungen*

- Nach Luhmann kommt es nicht in erster Linie auf Schadens- oder Nutzensausgleich
- Entscheidend ist vielmehr, die Norm selbst durch symbolische Prozesse der Darstellung des Erwartens und der Behandlung des enttäuschenden Ereignisses wiederherzustellen
- *«Das Durchhalten der Erwartungen ist wichtiger als das Durchsetzen»*

Leistungen des Rechtssystems: Verhältnis des Rechtssystems zu den anderen Teilsystemen

- **Verhaltenskoordination bzw. -steuerung**
- **Konfliktlösung:** Konflikte, die in anderen Systemen der Gesellschaft entstehen und eine Lösung brauchen

Innendifferenzierung des Rechtssystems nach Zentrum – Peripherie

- Zentrum des Rechtssystems sind die Gerichte (und nicht der Gesetzgeber!)
- Gerichte sind in erster Linie zur Sozialgestaltung berufenen Instanz

7.5 Luhmanns Grundrechtstheorie

Hauptfrage: Funktion der Grundrechte

Der Sinn der Grundrechte ist demnach weder von den Interessen des idealisierten Einzelmenschen, noch von denen des Staates oder von einer dialektischen Verbindung beider her zu verstehen. (...) **Ihre Funktion ergibt sich letztlich aus den Problemen der Systembildung und der sozialen Differenzierung.**

- Die Grundrechte erfüllen die Funktion, die soziale Differenzierung zu markieren und abzustützen

Probleme der sozialen Differenzierung

Das politische Teilsystem der Gesellschaft (d.h. der Staat) tendiert dazu, seinen eigenen Grenzen zu überstreiten, in andere Teilsysteme einzudringen und so die gesellschaftliche Differenzierung in Frage zu stellen

- **Der Sinn der Grundrechte ist, diese Gefahr entgegenzuwirken, d.h. Erhaltung der sozialen Differenzierung der Gesellschaft**

Die Gefahr der Entdifferenzierung, der Politisierung des gesamten Kommunikationswesens, ist in der gesellschaftlichen Emanzipation und Autonomisierung des politischen Systems angelegt, ist mithin ein Merkmal des Differenzierungsprozesses selbst.

- **Entdifferenzierung:** wenn die Gesellschaft seine *Pluralismus verliert* (bspw. Andere Autonomiebereiche kümmern sich um andere Bereiche (Systeme): Monarchie: wo der König über alle entscheidet, Kunst, Politik, Recht) → Gefahr der Politisierung
- **Politik:** Hauptgefahr, da alles politisiert werden kann und deshalb kann sich die verschiedenen Bereiche der Gesellschaft beeinflussen

Korrigierende Institutionen

Die Erhaltung der sozialen Differenzierung erfordert daher korrigierende und blockierende Institutionen, die dieser Gefahr entgegenwirken. Die **Gewaltentrennung** ist eine der bekanntesten; die Trennung von Politik und Verwaltung (...) eine der wirksamsten. Allen voran ist jedoch die Institution der Grundrechte zu nennen. **Grundrechte:** markieren und schützen die soziale Differenzierung der modernen Gesellschaft;

Grundrechte sind die Institution, die dafür sorgt, dass die Gesellschaft einer pluralistischen bleibt

- Grundrechte dienen als eine unter vielen funktional äquivalenten Institutionen der industriell-bürokratischen Sozialordnung dazu, das Kommunikationswesen so zu ordnen, dass es im Grossen und Ganzen für eine Differenzierung offenbleibt.
- Schutz der pluralistische Charakter der modernen Gesellschaft

Auffächerung der Grundrechte

- **Institutionelle Grundrechte:** verstanden als Autonomiegarantien gesellschaftlicher Prozesse, die sich gegen ihre Überwältigung durch totalisierende Tendenzen einzelner sozialer Subsysteme (vor allem der Politik) richten. (Beispiele: Medienfreiheit, Wissenschaftsfreiheit, Kunstfreiheit, Eigentumsgarantie, Wirtschaftsfreiheit, Religionsfreiheit, Recht auf Ehe und Familie.)
- Nicht nur als Wissenschaftler/Gläubiger usw. sind geschützt, sondern auch die **Institutionen:** Wettbewerb; Familie; Markt
- **Personale Grundrechte:** verstanden als *innergesellschaftliche Autonomieräume von Kommunikationen, die nicht auf Institutionen, sondern auf die sozialen Artefakte „Personen“ zugerechnet werden.* (Beispiele: Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit, Vereinigungsfreiheit, Religionsfreiheit; Recht auf Ehe und Familie.)
- «Personen»: **Rollenzuschreibungen** gemeint; bspw. Grundrecht schützt der Wissenschaftler/Gläubiger/Künstler in seiner Rolle, nicht die Person selbst, sondern seine Rolle in der Gesellschaft

7.6 Fragen

- Wie wird nach Luhmanns Systemtheorie die Gesellschaft beschrieben?

Sie wird als eine funktional ausdifferenzierte Gesellschaft beschrieben, d.h. pluralistische Gesellschaft die auf viele Autonomiebereichen (Teilsystemen) besteht

Die Systemtheorie Luhmanns ist eine deskriptive Theorie der Gesellschaft. Für sie besteht die Gesellschaft aus einer Vielzahl von Systemen. Dabei sind mit System jeweils Kommunikationskreisläufe gemeint. Die Kommunikationen eines Systems beziehen sich nur auf vorangegangene Kommunikationen desselben Systems (Selbstreferenz) und so (re-)produzieren sich die Systeme selbst (Autopoiesis)

- Wie ist das Recht nach Luhmann zu beschreiben?

Recht als Teilsystem der Gesellschaft: es handelt sich um einen Autonomiebereich, die aus Kommunikation besteht, es ist ein System, das autonom ist (nur Recht kann sagen, was Recht ist)

- Welches ist die Funktion des Rechts nach Luhmann?

Stabilisierung von normativen Erwartungen (auch im Fall der Enttäuschung)

- Was ist die Funktion der Grundrechte nach Luhmann?

Gewährleistung des pluralistischen Charakters der modernen Gesellschaft, d.h. Wahrung des Pluralismus

8. Michel Foucault

8.1 Michel Foucaults Machtverständnis

Historische Modell der Analyse der Macht: bei Foucault findet eine Veränderung des Machtkonzepts statt:

Michel Foucaults strategisch-produktiver Machtbegriff

I. Juridische Macht

zeichnet sich ausschliesslich negativ ausgelegt (Souveränität, Zensur usw.) → repressive Umgang der Macht in der Absolutismus: es ist eine Form der Macht, das «nein Sagt».

- Macht wird in ihren Wirkungen der Ausschließung, Verwerfung, Verneinung, Verschleierung usw. immer *repressiv* gedacht

Heute ist ein solches Machtverständnis (juristische Macht) nicht mehr anwendbar an die Gesellschaft: Ihm wird ein neuer „strategisch - produktiver“ Machtbegriff entgegengesetzt.

II. Moderne Macht

Merkmale des neuen Machtverständnisses:

- **Relational**: Moderne Macht ist relational. Sie ist keine Substanz, die besessen oder delegiert werden kann, sondern bezeichnet ein Verhältnis.
- **Kapillar**, d.h. Macht ohne Zentrum: Moderne Macht ist relational, Macht als ohne Zentrum bedeutet, dass er in den gesellschaftlichen Beziehungen immer ersichtlich ist (Macht als immer anwesend, anders als bspw. in der Zeit der Absolutismus → zentralistische Macht)
- **Produktiv**: Die Produktivität rührt von der *Allgegenwart von Machtbeziehungen*, d.h. Machtverhältnisse bestimmen die gesamte lebensweltliche und institutionelle Praxis einer Gemeinschaft, es gibt folglich nichts außerhalb von Machtverhältnissen (Macht ist produktiv, indem er produziert eigentlich was er voraussetzt)
Ihre massgebliche Wirkung entfaltet sie nicht durch Unterdrückung oder Verbot, sondern indem sie stattdessen unterschiedliche Phänomene hervorbringt. Sie erzeugt Identitäten, Wissensfelder und Diskurse.

8.2 Überwachen und Strafen

„Überwachen und Strafen: zur Geburt des Gefängnisses“: Bei diesem Buch geht es weniger um die Geburt des Gefängnisses als um die Entstehung derjenigen Mechanismen, die für eine systematische Dauerüberwachung und Dauerkontrolle des Individuums sorgen.

- Mit einem Wort: Es geht um die Entstehung der modernen Disziplinargesellschaft.
- Das Gefängnis ist entsprechend nur eines von vielen Beispielen.

Hintergrundannahme: die Geschichte wesentlicher Gesellschaften ist durch das Aufkommen immer neuer Machtformen gekennzeichnet. *Analyse der Figuren der Bestrafung*:

1 Die Marter als Rache

Die öffentliche Marter ist die sinnbildliche **Wiederherstellung** der irdischen Ordnung und der verletzten Majestät und **Macht des Souveräns**, dessen vorübergehende Ohnmacht durch das Verbrechen deutlich geworden ist. Gerade durch die brutale Gewalt der Strafe wird die Unfähigkeit des Staates kompensiert, durch ununterbrochene Überwachung die Untat zu verhindern. Deshalb braucht das Strafzeremonial das Volk als Teilnehmer.

- Macht als politische Ritual: Bewertung des Gesetzesbruchs als kriegerische Handlung gegen den die gesamte Gemeinschaft, die meisten verkörpert wird durch die Souverän
- An diesem Eingriff reagiert die Gesellschaft mit eine «Rache» (Grausamkeit der Strafe in dem Absolutismus)

2 Die humanistische Reform zur Erziehung und Besserung der Seele

Die Reformjuristen des 18. Jh. fordern eine Humanisierung der Strafe:

- Die Strafen sollten angemessener, massvoller, transparenter sein und auf die Menschlichkeit jedes Subjekts abzielen.
- Funktion der Strafe: Nicht Schutz des Souveräns, sondern Schutz der demokratischen Gesamtgesellschaft.
- Theoretische Rechtfertigung: Gesellschaftsvertrag.
- Strafe als gesellschaftliche Verpflichtung

Das machtechnische Kalkül der Reformjuristen des 18. Jh.:

- Einschränkung der Willkür des Monarchen
- Verfeinerung der Techniken sozialer Kontrolle

Der **Delinquent** soll möglichst ein **nützliches Glied der Gesellschaft werden** (homo oeconomicus). Zweck der Bestrafung ist die Umerziehung seiner Seele. Mittel der Bestrafung: Verrichtung von öffentlicher Arbeit. Durch sein Beispiel soll die Gesamtgesellschaft belehrt werden.

- Schutz der Macht des Souveräns (Rache des Souveräns) VS. Schutz der gesamten demokratischen Gesellschaft (Moral – Philosophische Reform)
- Umdeutung der Funktion der Strafe → Einschränkung der Willkür des Souveräns
- Verbesserung des Individuums durch die Strafe und in die Gesellschaft als nützliches Mitglied wieder integriert wird
- Verrichtung von öffentlicher Arbeit → Jedes Individuum soll für die Gesellschaft nützlich sein

3 Die Einsperrung

Gefängnis als gesellschaftliches Labor für die Erfindung und Erprobung von neuen Techniken der Dauerüberwachung und -kontrolle der Menschen in der modernen Disziplinargesellschaft.

- *Gefängnis dient insofern als Prototyp*, Vorbild für andere gesellschaftliche Institutionen (Schulen, Kasernen, Fabriken usw.) → Gefängnis als ein Wissensapparat, als «Labor», d.h. Techniken, die innerhalb der Gefängnis probiert werden, werden dann auch an andere Institutionen angewendet

Der Körper als Zielobjekt der neuen „Technologien der Macht“

„Denn in den neuen Gefängnis- und Disziplinarinstitutionen wird primär der **Körper** in Beschlag genommen: nicht um ihn zu quälen, **sondern um ihn zu disziplinieren**, um ihn strikten Normen zu unterwerfen und ihn produktiv zu machen. Foucault spricht von einer „Metaphysik der Macht“, die auf den Körper zielt, von einer „politischen Ökonomie des Körpers“, die seine „Nützlichkeit und Gelehrigkeit (...) Anordnung und Unterwerfung“ bezweckt, von einer Macht, die (...) nicht einfach straft und unterdrückt, sondern produktive Effekte hat. In diesen „Technologien der Macht“, die über den engen Bereich des Gefängnisses hinaus sich in Kasernen, Schulen oder Fabriken ausbreiten, entsteht, so Foucaults entscheidende These, erst jene „Seele“, auf die die Strafe zielt. Sie wird „produziert durch Machtausübung an jenen, die man überwacht, dressiert und korrigiert, (...) an denen, die man an einen Produktionsapparat bindet und ein Leben lang kontrolliert“.

- Der Delinquent soll durch die disziplinierenden Massnahmen, die ihm im Gefängnis in den Körper eingeschrieben werden, dazu kommen, sich schließlich auch ohne Aufsicht und äusseren Zwang so zu verhalten, wie es geboten ist.

- Die zentrale Voraussetzung dafür ist die **Einschliessung in geeignete Räume**, die eine ständige Aufsicht und korrigierende Kontrollmaßnahmen schon bei geringfügigen Abweichungen gestatten
- Immer handelt es sich um Einrichtungen, welche die Dauerpräsenz der Körper und deren direkte Zugänglichkeit für beaufsichtigende Blicke und eingreifende Korrekturen sichern, wodurch die Körper zu gefügigen und gehorsamen Instrumenten abgerichtet werden
- Das Resultat soll eine perfekte **Dressur** sein, die sich als Moment des Körpers der den dressierenden Massnahmen Unterworfenen verselbstständigt
- *Dressurprozeduren*: räumliche Parzellierung, zeitliche Durchrationalisierung der Körpertätigkeit, Einordnung des Körpers in einen übergeordneten Funktionszusammenhang.
- räumliche Parzellierung: Jeder Mensch wird ein Platz zugewiesen (Jede hat seine eigene Zelle)
- zeitliche Durchrationalisierung der Körpertätigkeit: Ablauf der Handlungen in dem Tag streng reguliert
- Einordnung des Körpers in einen übergeordneten Funktionszusammenhang: Handlungen der einzelnen Menschen werden automatisiert
- Auch die Architektur des Gefängnisses spielt eine Rolle:
«ein ringförmiges Gebäude mit Einzelzellen ohne Kontakt untereinander, aber alle direkt einsehbar vom zentralen Turm in der Mitte, wo ein einzelner Wächter genügt, um den Gefangenen in ihren Zellen das wohlbegründete Gefühl zu vermitteln, dauernd kontrolliert zu werden.“

Panopticon als „demokratisches“ Prinzip von Macht - Dauerhafte Überwachung (Panoptismus)

- Das **Panopticon ist ein Machtmechanismus für Gesellschaften** mit „flacher“, aber auch „flächendeckender“ Verteilung der Macht; es zielt darauf, Assoziationen und Kommunikation ausserhalb ihres kontrollierenden Blicks zu verhindern.

Panoptismus als verallgemeinertes Organisationsprinzip der Gesellschaft

- Als System verallgemeinerter Kontrolle durch Sichtbarkeit ergänzt (das Panopticon) die Wirkungen der eingeübten Disziplinen, ob in Familien, Schulen, Mässigkeitsvereinen, Fabriken oder Sportstadien – in jedem dieser Fälle „programmiert es auf der Ebene eines einfachen und leicht übertragenden Mechanismus das elementare Funktionieren einer von Disziplinarmechanismen durchsetzten Gesellschaft.“ Daher sind „wir“ alle, Angehörige demokratischer, spätkapitalistischer Gesellschaften, „eingeschlossen in das Räderwerk der panoptischen Maschine, die wir selber in Gang halten – jeder ein Rädchen.“

8.3 Fragen

- Durch welche Elemente zeichnet sich die moderne Macht nach Foucault aus?

Die moderne Macht zeichnet sich durch 3 wesentlichen Merkmalen aus: (I) **Relational**, Sie ist keine Substanz, die besessen oder delegiert werden kann, sondern bezeichnet ein Verhältnis (II) **Kapillar**, d.h. Macht ohne Zentrum, dies bedeutet, dass er in den gesellschaftlichen Beziehungen immer ersichtlich ist (Macht als immer anwesend), (III) **Produktiv**: Die Produktivität rührt von der *Allgegenwart* von

Machtbeziehungen, d.h. Machtverhältnisse bestimmen die gesamte lebensweltliche und institutionelle Praxis einer Gemeinschaft, es gibt folglich nichts außerhalb' von Machtverhältnissen

- Worin besteht die Funktion der Marter nach Foucault?

Die öffentliche Marter ist die sinnbildliche **Wiederherstellung** der irdischen Ordnung und der verletzten Majestät und **Macht des Souveräns**, dessen vorübergehende Ohnmacht durch das Verbrechen deutlich geworden ist

- Was beabsichtigen die Reformjuristen des 18. Jh. mit ihren Reformvorschlägen?

Die Reformjuristen des 18. Jh. fordern eine **Humanisierung der Strafe**: Die Strafen sollten angemessener, massvoller, transparenter sein und auf die Menschlichkeit jedes Subjekts abzielen. *Funktion der Strafe*: Nicht Schutz des Souveräns, sondern *Schutz der demokratischen Gesamtgesellschaft*.

- Was ist die Funktion der Einsperrung nach Foucault?

Gefängnis als gesellschaftliches Labor für die Erfindung und Erprobung von neuen Techniken der Dauerüberwachung und -kontrolle der Menschen in der modernen Disziplinargesellschaft.

Gefängnis dient insofern als Prototyp, Vorbild für andere gesellschaftliche Institutionen (Schulen, Kasernen, Fabriken usw.) → Gefängnis als ein Wissensapparat, als «Labor», d.h. Techniken, die innerhalb der Gefängnis probiert werden, werden dann auch an andere Institutionen angewendet

- Was ist unter dem Begriff des Panoptismus zu verstehen?

Panopticon als „demokratisches“ Prinzip von Macht - Dauerhafte Überwachung (Panoptismus); Panoptismus als verallgemeinertes Organisationsprinzip der Gesellschaft. Als System verallgemeinerter Kontrolle durch Sichtbarkeit ergänzt das Panopticon die Wirkungen der eingeübten Disziplinen.

9. Recht als Konfliktlösungsinstanz

Die Gesellschaft zeichnet sich aus grosse *Konfliktpotential*: *Jherings Schrift «Der Kampf ums Recht»*

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

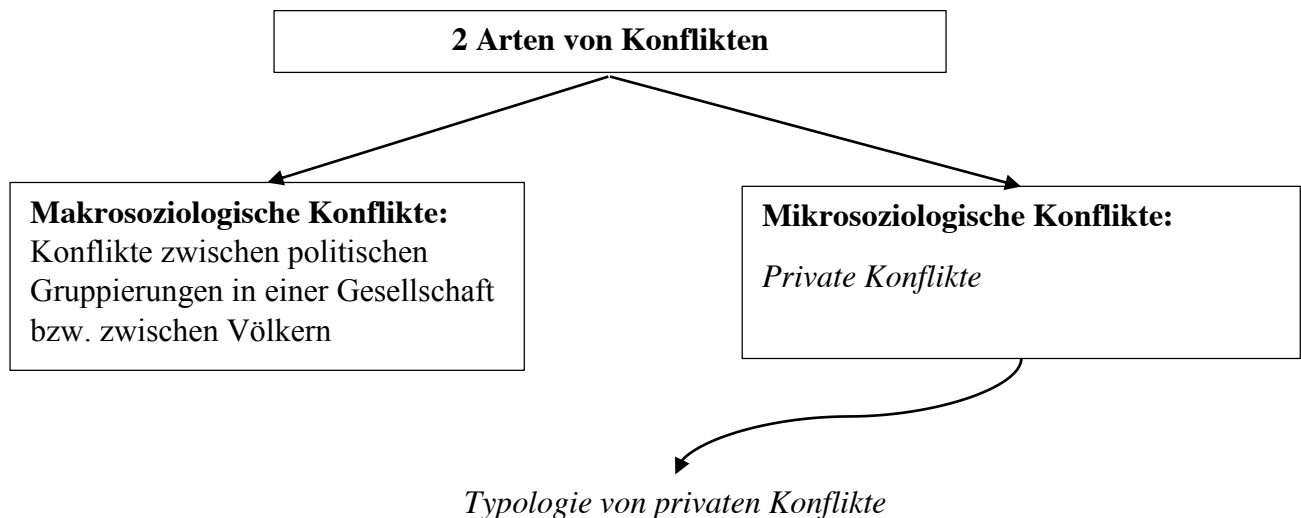
Konflikte haben eine **konstruktive** und eine **destruktive** Wirkung:

- *Konstruktive Wirkungen*:
 - Stärkung der **sozialen Solidarität**
 - Konflikte als **Motor des sozialen Wandels**
 - Konflikte als Indiz für den **Freiheitsgrad** einer Gesellschaft
- *Destruktive Wirkungen*:
 - Bspw. Bürgerkriege

Wichtige **historische Schritte** auf dem Weg zur **Begrenzung** der **destruktiven Wirkungen** von **Konflikten**:

- I. die Zurückdrängung privater Fehden
- II. die Monopolisierung der Gewaltausübung in Händen des Staates
- III. die Ausbildung von Gerichten als institutionalisierten und mit Zwangsgewalt ausgestatteten Konfliktbearbeitungsorganen

9.1 Die Arten von Konflikten



1. **Verteilungskonflikte:** Sie entspringen einer Mangellage (2 Personen wollen das gleiche Gegenstand, diese kann aber nur einer Person haben)
2. **Meinungskonflikte:** Sie betreffen den normativen Status eines sozialen Objekts (Beispiel der Abtreibung)
3. **Personenbezogene Konflikte:** z.B. Konflikte zwischen Ehegatten, Nachbarn etc. (es geht um persönliche Verhältnis, Begründung, Aufhebung, Änderung)
4. **Normbezogene Konflikte:** z.B. Konflikte zwischen einem Käufer und einem Verkäufer im Warenhaus (Geltung der sozialen/rechtlichen Verhältnis der Normen, die das Konflikt lösen sollen (Schädiger – Geschädigte)
5. **Rollenkonflikte:** z.B. Konflikte zwischen einem Arzt und seinem Patienten (Patient – Arzt und Erwartungen der Patientin, die Erwartungen auf die berufliche Rolle einer Person verknüpft)

Konfliktregelungsmechanismen

I. Konfliktregelung durch die Beteiligten

Die Beteiligten können ausweichen, nachgeben, kompensieren und besänftigen, verhandeln und Kompromisse finden, kämpfen oder andere einbeziehen, den Konflikt also Kollektivieren (Beziehungen zu Dritten)

II. Konfliktregelung mit Hilfe Dritter

3 Möglichkeiten:

- **Beratung:** insbes. in der aussergerichtlichen Streitbeilegung, wird nicht immer «entschieden», vielmehr kann eine autoritäre Lösung auch verweigert und der Konflikt an die Beteiligten zurückgegeben werden. Das ist die Beratung: die Menschen in die Lage versetzen soll, selbst zu entscheiden
- **Vermittlung:** manchmal wird Recht durchgesetzt, indem Menschen wieder zusammengebracht werden, so dass sie die Gegenseite zumindest respektieren und einen Kompromiss finden. Es gibt deshalb nicht nur die Entscheidungen, sondern auch gerichtliche oder aussergerichtliche Versuch, zwischen Parteien zu vermitteln
- **Schlichtung:** wenn ein Kompromiss nicht zu erreichen ist, müssen Konflikte doch entschieden werden. Dann wird geschlichtet, oft durch Personen, die alle Beteiligten vorübergehend als Autorität akzeptieren. Diese Entscheidungen in Schlichtungsverfahren sind einem Urteil sehr ähnlich, entstehen aber oft in kommunikativeren Verfahren

III. Konfliktregelung durch staatliche Gerichte

Die klassische Form der Rechtsdurchsetzung ist die gerichtliche Entscheidung (Urteil/Beschluss), das ist am *stärksten formalisierte und mit der stärksten Autorität* ausgestattete Form der Konfliktlösung, in der Institutionen agieren, die eine *Distanz zum Konflikt* haben – Merkmale:

- Bewältigung von privaten Konflikten durch staatlich organisierte Gerichte
- Emanzipation der Rechtspflege von der Politik (Gewaltentrennung)

<i>Wozu Gerichte? Die Funktion der Gerichte nach Luhmann</i>
--

Gerichte beseitigen die Unsicherheiten des Rechts durch Entscheidungen.

- Gesetz ist kein starre Element, sondern seine Interpretation ändert sich im Laufe der Zeit
- Richter stabilisieren normativen Erwartungen durch Entscheidungszwang: sie müssen alle Fälle entschieden, Richter als einzige Institution, die sagen kann, was in einer bestimmten Gesellschaft gilt (Nicht Gesetze, sondern Gerichte!)

9.2 Positivierung des Rechts

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

Allgemeine Merkmale der Positivität des Rechts:

- a. Die Geltung des **Rechts beruht auf Entscheidungen**, auf der Auswahl bestehender Möglichkeiten, nicht mehr auf höheren Werten, d.h. Recht gilt, weil es auf Entscheidungen beruht, und nicht, weil er mit irgendeiner höheren Werte beruht
- b. Es bilden sich **spezielle Verfahren der Gesetzgebung** heraus.
- c. Recht wird als **jederzeit änderbar** empfunden (Jederzeitige Abänderbarkeit des Rechts durch politische Entscheidungen)
- d. **Rechtssetzung** wird zur Routine.
- e. **Gesellschaftlicher Wandel** wird als **durch Recht planbar** angesehen.
- f. Recht wird als verbindlich erachtet, weil es nach bestimmten **Verfahrensregeln** durch **kompetente Organe** zustande gekommen ist (**legale Legitimität**: Recht als verbindlich erhalten, weil es nach bestimmten Verfahrensregeln zustande gekommen ist, deswegen ist es legal (nicht, weil es irgendeiner höheren Werten entspricht)

Das positive Recht nach Luhmann

Die Theorie des positiven Rechts ist also die soziologische Theorie des modernen Rechts. Hintergrund für diese Entwicklung ist die *immense Steigerung der gesellschaftlichen Komplexität* und der Übergang zur vollständigen funktionalen Ausdifferenzierung, die eine Steigerung der Leistungsfähigkeit des Rechts erforderlich machen

Das positive Recht ist nach Luhmann gekennzeichnet durch:

- Seine **Gesetztheit** (bzw. Geltung)

Das Recht gilt nicht, weil es im Einklang mit höheren Normen steht, sondern weil es durch Entscheidung aus anderen Möglichkeiten ausgewählt und verbindlich gemacht wurde

- Seine **Kontingenz** (bzw. Beliebigkeit)

Inhaltlich ist das Recht kontingent, d.h. beliebig

- seine **jederzeitige Änderbarkeit**

Änderung des Rechts ist jederzeitig möglich und in institutionalisierten Verfahren vorgesehen

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 anpassungsfähig zu bleiben, mit einem Wort, „**die strukturelle Variabilität**“ des Rechts zu ermöglichen.

Vorteile/Funktionen des positiven Rechts:

- Steigerung der Kontingenz und Komplexität, die mit der Ausdifferenzierung der Gesellschaft Schritt halten kann
- Die offene Änderbarkeit macht das Recht variabel für neue Situationen
- *Hochdifferenzierte Gesellschaft*: moderne Gesellschaft, Heterogenität, Arbeitsteilung, die die Gesellschaft herrscht → **hochkomplexe Gesellschaft** (mit hohe Konfliktpotential), in dieser Gesellschaft ist die Vorstellung eines unabänderlichen Rechts nicht mehr haltbar, weil es immer neue Problemlagen wegen der höchste Komplexität der modernen Gesellschaft entstehen und deshalb Notwendigkeit, neue Recht zu schaffen, um Problemlagen zu lösen → *Anpassungsfähigen/Flexibel Recht* ist in moderne Gesellschaft erforderlich
- Sachlich wird es möglich, verschiedene Sachverhalte gleichzeitig zu regeln
- Das Bedürfnis nach innerer Widerspruchsfreiheit des gesamten Rechtssystems wird angesichts der Verschiedenheit der Anwendungsbereiche geringer

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.

Wozu Gerichtsverfahren?

«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.“

Die Funktion des Gerichtsverfahrens konkret

Das Rechtssystem wäre nach Luhmann **überfordert**, wenn es einzig daran gemessen würde, ob seine Entscheidungen richtig oder wahr sind → Einzig richtige oder wahre Urteile kann es **nicht** geben; Deshalb kommt das «**Verfahren**» grösste Gewicht

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

Am deutlichsten lässt die institutionelle Entwicklung ausdifferenzierter Verfahren sich im **Beweisrecht** beobachten: es lassen sich 3 Formen des Zusammenhangs der Beweisführung mit ausserverfahrensmässigen Gesellschaftsstrukturen unterscheiden:

1. Gottesbeweis

Der Beweis dient hier nicht dazu, die Entscheidung des Gerichts durch Klärung einer Teilfrage vorzubereiten, sondern er provoziert eine Entscheidung höherer Mächte, welche die Ungewissheit durch Gottesurteil beseitigt → Entscheidungsfindung als Bestandteil der magisch-religiös fundierten Lebensordnung

- Ungewissheit durch Gottesurteil beseitigt
- keine Autonomie des Verfahrens

2. Rollenabhängige Beweis

Rolle, die jemand in Gesellschaft spielt, beeinflusst seine Glaubwürdigkeit und absorbiert Ungewissheit

- keine Autonomie des Verfahrens

3. Freie Beweis

Sicherung der Freiheit des Richters, ausserprozessuale Rollen der Beteiligten unberücksichtigt zu lassen

- Autonomie des Verfahrens → 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.**“

Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren: 3 Voraussetzungen:

- 1) **Distanzierung vom gesellschaftlichen Hintergrund von Aussagen** im Beweisrecht
- 2) **Gesetzgebung als Ventil** für gesellschaftlichen Einfluss auf Gerichtsverfahren
- 3) Institutionalisierung des **unabhängigen Richters**

9.3 Fragen

- Wodurch zeichnet sich nach Luhmann das positive Recht aus?

Das positive Recht ist nach Luhmann gekennzeichnet durch:

- Seine **Gesetztheit** (bzw. Geltung)
- Seine **Kontingenz** (bzw. Beliebigkeit)
- seine **jederzeitige Änderbarkeit**

- Was ist der Grund für die Entstehung des positiven Rechts in der Moderne?

Der Grund nach Luhmann ist die **immense Steigerung der gesellschaftlichen Komplexität**, die eine Steigerung der Leistungsfähigkeit auch des Rechts erforderlich macht

- Welche Antwort gibt Luhmann auf die Frage „Wozu Gerichtsverfahren“?

Das Rechtssystem wäre nach Luhmann **überfordert**, wenn es einzig daran gemessen würde, ob seine Entscheidungen richtig oder wahr sind → Einzig richtige oder wahre Urteile kann es **nicht** geben; Deshalb kommt das **«Verfahren»** grösste Gewicht

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**

- Was besagt die historische Evolution des Beweisrechts nach Luhmann in Bezug auf die Frage nach der Autonomie von Gerichtsverfahren?

Die historische Entwicklung zeigt die Wichtigkeit der Autonomie/Unabhängigkeit des Gerichtsverfahrens vor von der Gesellschaft als ausdifferenzierter Teil (d.h. als autonomes System) im Beweisrecht

- Welche drei Voraussetzungen sind notwendig für die Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren als autonomes System?

- 1) **Distanzierung vom gesellschaftlichen Hintergrund von Aussagen** im Beweisrecht
- 2) **Gesetzgebung als Ventil** für gesellschaftlichen Einfluss auf Gerichtsverfahren
- 3) **Institutionalisierung des unabhängigen Richters**

10. Recht als Sicherungsgarantie

Der Begriff der soziologischen Jurisprudenz

Dabei handelt es sich um eine sozialwissenschaftlich-informierte Rechtswissenschaft. Ausserrechtliches Wissen wird benutzt, um:

- juristische Probleme (Konflikte) neu zu deuten und
- daraus neue rechtsdogmatische Konsequenzen zu ziehen.

10.1 Das juristische Problem von Familienbürgschaften

Wie eine solche Methodik der soziologischen Jurisprudenz in der Praxis aussieht, soll hier am Beispiel der ruinösen Familienbürgschaften gezeigt werden.

Typische Fallkonstellation

Ein Mann, oft in seiner Funktion als Unternehmer, nimmt bei einem professionellen Kreditgeber ein Darlehen auf. Dieser professionelle Kreditgeber sichert das Darlehen durch eine Bürgschaft mit Familienangehörigen (Frau, Kindern, Eltern). Da der Darlehensnehmer seinen Verpflichtungen aus dem Darlehen nicht nachkommt, kündigt der professionelle Kreditgeber das Darlehen und nimmt schliesslich den Bürgen in Anspruch, welchem der Ruin droht

Das Gericht verneinte mit folgender Begründung, dass in einem derartigen Fall ein Verstoss gegen die guten Sitten vorliegt:

- „Bei handlungsfähigen Vertragspartnern kann man davon ausgehen, dass sie die Tragweite ihres Handelns kennen und somit die Verpflichtung mit Wissen und Willen eingehen.“

Elemente eines formal-rationalen Verständnisses der Vertragsfreiheit

1) Abstraktion

Ausklammerung potentiell relevanter Phänomene der Welt. Individuelle Besonderheiten der am Vertrag beteiligten Personen (z.B. Unerfahrenheit) oder äussere Rahmenbedingungen und Umstände, die den Vertrag in der sozialen Welt umgeben (wirtschaftliche Machtrelationen, Informationsgefälle), werden ausgeblendet.

2) Private Selbstgesetzgebung:

Die Vertragsfreiheit ist Ausprägung der Privatautonomie. Privatautonomie heisst Selbstgesetzgebung Privater. Soweit Privatautonomie reicht, wird der Inhalt von Rechten und Pflichten nicht von einer dritten Instanz wie etwa dem Staat, einem staatlichen Gericht usw. festgelegt, sondern von den Privaten selbst.

Im konkreten Fall wurde eine Tochter aus einer Bürgschaft in Anspruch genommen, die sie für ihren Vater übernommen hatte, damit dieser einen Kredit für sein Erwerbsgeschäft erhielt. Die Beschwerdeführerin führte im Rahmen ihrer Verfassungsbeschwerde an, sie sei mit der finanziellen Belastung derart überfordert, dass sie noch nicht einmal die laufenden Zinsen begleichen könnte

Es sei bei ihrem geringen Einkommen nicht zu erwarten, dass sie die Schulden werde abtragen können. Dadurch sei sie zu einem menschenunwürdigen Leben verurteilt und in ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit beschränkt. Die Gerichte seien ihrem Schutzauftrag aus dem Sozialstaatsprinzip nicht nachgekommen

Die Entscheidung des deutschen BVerfG

„Die Vertragsfreiheit darf kein Recht des Stärkeren zur Folge haben, sondern die Grundrechtspositionen sind so aufeinander abzustimmen, dass die Privatautonomie für alle möglichst weitgehend wirkt. Privatautonomie bedarf somit der aktiven staatlichen Gestaltung. Wo typischerweise machtungleiche Vertragspartner aufeinandertreffen und der eine Vertragspartner den Vertragsinhalt faktisch diktieren kann, verlangt die verfassungsmässig garantierte Privatautonomie (Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz) eine Korrektur. Denn die Auslegung der Privatrechtsnormen hat die Grundrechte zu berücksichtigen. Dies gelte insbesondere für die Interpretation zivilrechtlicher Generalklauseln wie § 138 BGB (gute Sitten) und § 242 BGB (Treu und Glauben). Verträge dürften bei strukturellen Ungleichgewichten nicht als Mittel zur Fremdbestimmung missbraucht werden. Bei Verträgen mit grossem Machtungleichgewicht kommt es wesentlich darauf an, wie die Verträge abgeschlossen werden. Die Gerichte hätten dies zu prüfen, und sie hätten den Vertrag einer Inhaltskontrolle zu unterziehen.“

Elemente einer Materialisierung der Vertragsfreiheit

- **Konkretisierung statt Abstraktion:**
Die vertragsrechtliche Analyse hat den konkreten gesellschaftlichen, sozialen und wirtschaftlichen Kontext zu berücksichtigen.
- **Erfordernis von materiellen Korrekturen der Vertragsfreiheit.**

10.2 Teubners Fragen

Teubner ist mit dem Urteil des BVerfG einverstanden aber nicht mit seiner dogmatischen Lösung, die Kritiker hätten recht, aber sie hätten den zugrundeliegenden Konflikt nicht ausreichend rekonstruiert. Teubner stellt sich folgenden Fragen:

1) Frage (Fallproblem):

Welche sind die angemessenen Rechtsfolgen, wenn man die ruinösen Familienbürgschaften nicht als ein Problem gestörter Vertragsparität qualifiziert, sondern als eine Kollision unverträglicher Handlungslogiken?

2) Frage (Rechtsdogmatisches Problem):

Heisst Drittwirkung von Grundrechten in solchen Kollisionsfällen, dass Positionen individueller Grundrechtsträger gegeneinander abzuwägen sind oder dass Bereichsautonomien verfassungsrechtlich zu garantieren sind?

3) Frage (Verfassungsrechtliches Problem):

Bedeutet die heute beobachtbare Steigerung von Systemkollisionen und die damit verbundene Zunahme von Fällen struktureller Korruption, dass die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Privatsektor vor einer dramatischen Ausweitung steht?

<p><i>1) Frage: Neudeutung des juristischen Konflikts</i></p>

Liegt das Problem bei Familienbürgschaften, wo liegt die Grundrechtsproblematik?

a) Gernhubers Rekonstruktion des Konflikts

Entscheidend sei der *familiäre Kontext*, der gewisse Normen der Moral produziere, die rechtlich im Rahmen der guten Sitten zu rekonstruieren und zu berücksichtigen seien. Was besagen diese Normen der Moral?

„Man darf nicht von einem Familienangehörigen etwas verlangen, was ihn ruinieren könnte.“

Aufgabe des Rechts: Diese innerfamiliären Moralnormen über die Auslegung der Generalklausel der guten Sitten im Einzelfall zu rekonstruieren und zu berücksichtigen

Nach Gernhuber musste das Gericht eine „moralische Grenze“ bestimmen, welche in jeder Familie unterschiedlich ist: der Richter hätte bei der Auslegung der vertraglichen Klausel „gute Sitte“ rekonstruieren sollen, wie/wo die Grenze in dieser konkreten Familie zu ziehen ist (*Opferbereitschaftsgrenze*)

b) Teubners Antwort auf Gernhubers Vorschlag

Kann man diese Normen der Moral rekonstruieren, um die Opferbereitschaftsgrenze rechtlich festzulegen? **Nein:** Denn Familien sind zu unterschiedlich, zu idiosynkratisch. (Gefahr: Korruption der Familie durch Recht.)

Ausserdem kommt es nicht auf den Inhalt dieser Normen an, sondern auf den Prozess der Normgenerierung an sich.

c) Teubners Vorschlag: Identifizierung des grundrechtlichen Schutzbereiches

«Der grundrechtlich geschützte Binnenraum der Familie, in dem Normen der Solidarität, Erwartungen der wechselseitigen Opferbereitschaft entwickelt, zugleich aber auch begrenzt werden, wird vor ihrer strukturellen Korruption durch wirtschaftlich rationales Handeln geschützt.»

Der Konflikt besteht somit in der *Kollision miteinander unverträglicher Handlungslogiken*.

- **Wirtschaft** orientiert sich an Effizienz und Profit, Profit- und Nutzenmaximierung (Handlungslogik der Wirtschaft)
- **Familie**: Intimbeziehung; es geht vor allem um solidarisches Verhalten; Gegenseitigkeit; Reziprozität des ökonomischen Tausches (Handlungslogik der Familie)

Es handelt sich somit um einen Konflikt der Kollision miteinander nicht kompatibler Handlungslogiken

2) Frage: Rechtsdogmatische Schlussfolgerung

Lösungsansätze in Rechtsprechung und Literatur

a) Einzelfallabwägung

In Rechtsprechung und Literatur ist es allgemeine Meinung, dass nur eine sorgfältige Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles die Abwägung gegenläufiger Grundrechte anleiten und das Urteil der Sittenwidrigkeit der Familienbürgschaft rechtfertigen kann. Vom Modell eines funktionierenden Vertrages ausgehend, sucht die Rechtsprechung nach Einzelumständen, die das Verhalten der Bank oder des Hauptschuldners als missbilligenswert erscheinen lassen. Man fragt im Einzelfall nach dem Ausmass der geschäftlichen Unerfahrenheit, des Leichtsinns des Bürgen, nach dem Grad des familiären Druckes, ja nach dem Ausmass der emotionalen Zuneigung, der emotionalen Übersteuerung etc.

- **Kritik**: *groteske Juridifizierung innerfamiliärer Verhältnisse*

Eine rechtliche Regulierung, die eine generelle Opfergrenze formulierte, liefe auf eine groteske Juridifizierung innerfamiliärer Verhältnisses heraus

Durch Rekonstruktion der Umstände des Einzelfalles versucht das Recht, sich in die Lage zu versetzen, seinerseits die Opfergrenze innerhalb einer bestimmten Familie zu bestimmen. **Dabei handelt es sich um eine grosse Illusion der Juristen**, dass die Kollision zwischen zwei Handlungslogiken durch einen Dritten (das Recht) gelöst werden kann.

b) Typisierung

Ebenso verfehlt wie die Einzelfallabwägung sind auch Tendenzen in der Rechtsprechung, innerhalb der Familienbürgschaft nach Grad der Familienzugehörigkeit zu differenzieren, d.h. **Bildung von Fallgruppen** (...) Hier soll es darauf ankommen, ob im Einzelfall eine enge persönliche Bindung dargelegt und gegebenenfalls unter Beweis (!) gestellt werden kann. **Ergebnis**: Juristische Typologien von „Kindes-bürgschaften“, „Ehegattenbürgschaften“, „Onkel- und Tantenbürgschaften“, „Lebenspartnerbürgschaften“, „Freundesbürgschaften“

- **Kritik**: *Problem des Beweises der engen emotionalen Bindung*

Wie kann der Richter Emotionen beweisen? **Teubners Fazit**: keine Empirie und keine Empathie, d.h. Weder Einzelfallabwägung noch Typisierung ist die Lösung

Teubners Vorschlag: Entwicklung einer Inkompatibilitätsnorm

Das Recht könne nur mit einer strikten Inkompatibilitätsnorm abhelfen; dies bedeutet das Verbot der ruinösen Angehörigenbürgschaften: „**Inkompatibilität** heisst hier: Ruinöse Familienbürgschaften sind per se von Rechts wegen verboten.“ (Ähnliche Fälle der Inkompatibilität im Recht: Befangenheit von Richtern, nicht Vereinbarkeit von bestimmten Ämtern in einer Person)

Bestimmungskriterien für die Anwendung dieser Norm

- Ab wann ist eine Bürgschaft ruinös? (klare Berechnungsmethode – keine Obergrenze)
- Bestimmung der Personenkreise, die vom Verbot erfasst werden?

Lösung des sozialen Konflikts im Zentrum statt Lösung des Einzelfalles

Mit Einzelfallabwägung/Typisierung löst das Gericht den konkreten Einzelfall, aber **nicht die soziale Problematik/soziale Konflikt**

- Teubner will eine Lösung für den sozialen Konflikt finden, Umdeutung des Konflikts in einem gesellschaftlichen Konflikt zwischen 2 Handlungslogiken, damit diesen Konflikt nicht mehr entstehen wird (institutionelle Lösung)
- Sicherheit für die Kreditinstitute

<h3><i>3) Frage: Konstitutionalisierung des Privatsektors</i></h3>
--

Verallgemeinerung der Problematik:

- a) Zunahme von solchen Kollisionen unverträglicher Handlungslogiken in der Zukunft:

Gründe: vor allem Privatisierung von öffentlichen Aufgaben, Rückzug des intervenierenden Staates.

Beispiele:

- Wirtschaft: Privatisierung der Forschung und Lehre in Universitäten;
 - Technologie/Wirtschaft: Schutz der Meinungsfreiheit im Internet vor privaten Akteuren (wie Google oder Facebook);
 - Wissenschaft: Gentechnologien und Reproduktionstechniken, Gefährdung der Integrität der Lebenswelt der Familie.
- b) Nicht alle Konflikte sind zu juridifizieren, nur krasse Fälle (z.B. ruinöse Familienbürgschaften), die hochdestruktiv sind und die nicht durch Selbstregulierung gelöst werden können

Gewandeltes Verständnis der Grundrechte

„**Grundrechte als Institution**“, die nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch **innerhalb gesellschaftlicher Bereiche gelten**, sind keine Bestandsgarantien für bestehende gesellschaftliche Institutionen, **sondern Garantien für soziale Differenzierung**. Sicherungen des gesellschaftlichen Strukturreichtums. Damit ist kein Strukturkonservatismus impliziert, denn deren konkrete Ausgestaltung muss wegen des sozialen Wandels und neuer Gefährdungslagen bestehende Institutionen gerade nicht konservieren, sondern ständig verändern. Versteht man dagegen Grundrechte nur als subjektive Rechte zwischen privaten Individuen, die gegeneinander abzuwägen sind, so verkürzt man das Problem auf fast unverträgliche Weise. Stattdessen geht es um die Selbstbeschränkung von expandierenden Sozialbereichen und deren externe Abstützung durch das Verfassungs- und Privatrecht. Was das Recht hier leisten kann ist eine Prozeduralisierung ökonomischer, technologischer, medizinischer Grenzziehung. Grundrechte als Institution realisieren sich primär als Grenzziehung zwischen Systemen, als Inkompatibilitätsnormen, als Kollisionsnormen in Fällen struktureller Kollision.“