

KAPITEL 18

„Da Jesus von Nazareth in dem Verhör vor dem römischen Statthalter zugab, ein König zu sein, sagte er: 'Ich bin geboren und in diese Welt gekommen, um Zeugnis zu geben für die Wahrheit.' Worauf Pilatus fragte: 'Was ist Wahrheit?' Der skeptische Römer erwartete offenbar keine Antwort auf diese Frage, und der Heilige gab auch keine. Denn Zeugnis zu geben für die Wahrheit war nicht das Wesentliche seiner Sendung als Messianischer König. Er war geboren, Zeugnis zu geben für die Gerechtigkeit, jene Gerechtigkeit, die er in dem Königreich Gottes verwirklichen wollte. Und für diese Gerechtigkeit ist er auf dem Kreuze gestorben. So erhebt sich hinter der Frage des Pilatus: Was ist Wahrheit? aus dem Blute des Gekreuzigten eine andere, eine noch viel gewaltigere Frage, die ewige Frage der Menschheit: Was ist Gerechtigkeit? Keine andere Frage ist so leidenschaftlich erörtert, für keine andere Frage so viel kostbares Blut, so viel bittere Tränen vergossen worden, über keine andere Frage haben die erlauchtsten Geister – von Platon bis Kant – so tiefgegrübelt. Und doch ist diese Frage heute so unbeantwortet wie je. Vielleicht, weil es eine jener Fragen ist, für die die resignierte Weisheit gilt, dass der Mensch nie eine endgültige Antwort finden, sondern nur suchen kann, besser zu fragen. [1] ... Ich habe diese Abhandlung mit der Frage begonnen: Was ist Gerechtigkeit? Nun, an ihrem Ende, bin ich mir wohl bewußt, diese Frage nicht beantwortet zu haben. Meine Entschuldigung ist, dass ich in dieser Hinsicht in bester Gesellschaft bin. Es wäre mehr als anmaßend, meine Leser glauben zu machen, mir könnte gelingen, was die größten Denker verfehlt haben. Und in der Tat, ich weiß nicht und kann nicht sagen, was Gerechtigkeit ist, die absolute Gerechtigkeit, dieser schöne Traum der Menschheit. Ich muss mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist. Da Wissenschaft mein Beruf ist und sohin das wichtigste in meinem Leben, ist es jene Gerechtigkeit, unter deren Schutz Wissenschaft, und mit Wissenschaft Wahrheit und Aufrichtigkeit gedeihen können. Es ist die Gerechtigkeit der Freiheit, die Gerechtigkeit des Friedens, die Gerechtigkeit der Demokratie, die Gerechtigkeit der Toleranz." [43]

Hans Kelsen, Was ist Gerechtigkeit? (1953)

INHALT

A. Recht und Gerechtigkeit	1045
I. Das Ziel des Rechtsdenkens – Was will Rechtsphilosophie?	1046
II. Gerechtigkeit und Gesellschaft – Die ‚Idee‘ der Gerechtigkeit als ‚Rechtsidee‘	1047
III. Arten der Gerechtigkeit	1053
IV. Gerechtigkeit als Tugend	1055
B. Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft?	1056
I. Selbstzufriedene Rechtswissenschaft?	1056
II. Rechtstatsachenforschung	1061
C. Weltbild, Menschenbild und Menschenwürde – Zur Rolle der Medizin in modernen Gesellschaften	1068
I. Weltbild und Menschenbild im Spannungsfeld von Recht und (Transplantations)Medizin	1068
II. Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Österreich (mit Links)	1070

Überblick

Die Kapitel 18 und 19 wurden für diese Auflage neu gestaltet. Punkt B. des alten Kapitels 18, er behandelte die Rechtsdurchsetzung (ZPO, EO, KO, AO etc), wurde zum neuen Kapitel 19. Neu in das Kapitel 18 dieser Auflage aufgenommen wurden die Fragestellungen „Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft?“ sowie eine Teilfrage aus diesem Kontext: die „Rechtstatsachenforschung“. Sie bilden nunmehr Punkt B. dieses Kapitels. Dieser Punkt fragt nach dem Verhältnis der Rechtswissenschaft zu den benachbarten Sozialwissenschaften und plädiert für eine substanzielle – dh inhaltliche wie methodische – Öffnung des Rechtsdenkens gegenüber diesem wichtigen nachbarlichen Wissenschaftsbereich. Das erscheint auch dadurch gerechtfertigt, weil der (Mit)Begründer der modernen Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung der Österreicher Eugen Ehrlich war. – Der neue Punkt C. (dieses Kapitels) enthält (wenngleich aus Platzgründen weitgehend nur als internet-link) einen Abriss zur lehrreichen, wenngleich umstrittenen Thematik der Organtransplantation, an der sich rechtsphilosophische, rechtsethische, aber auch genuin rechtliche Fragestellungen darlegen und studieren lassen. Anhand dieser medizinrechtlichen Fragestellung wird auf den auch für andere Fragestellungen wichtigen Zusammenhang von Weltbild, Menschenbild und Menschenwürde eingegangen; interdependente Begriffe, die mehr als bloße Begriffe sind. Denn die Rechtsphilosophie – unter deren Ägide das gesamte Kapitel steht – will im Rahmen des Rechtsdenkens das Erkennen tieferer Zusammenhänge fördern, will Durchblicke schaffen, was in unseren komplizierten Gesellschaften der Moderne immer schwieriger wird und von Herrschenden nicht gefördert wird. So ist es nicht als Zufall anzusehen, dass im Rahmen der ideologisierenden Privatisierung in Österreich auch die „Statistik der Rechtspflege“ aufgegeben wurde und wir künftig weder über ernstzunehmende „facts“ noch „figures“ unseres Rechtswesens verfügen werden, wodurch die ohnehin schwach entwickelte Selbsterkenntnis der Rechtswissenschaft und der Rechtspraxis erneut leiden wird. Das Land Eugen Ehrlichs ist nun endgültig zum rechtstatsächlichen Entwicklungsland geworden, das über sich und seine Entwicklung nichts mehr oder doch nur mehr wenig wissen will. Für die Politik ist das bequem, für die Wissenschaft dagegen fatal!

Da ich während meines Studiums kaum etwas substantielles über Rechtsphilosophie und die Gerechtigkeit hörte und auch das Studium der Rechtswissenschaft heute eine klare Orientierung an der Rechtsidee (der Gerechtigkeit) vermissen lässt und zudem das dafür nötige Fächerangebot immer mehr zurückgedrängt oder nunmehr im neuen Bereich des (Innsbrucker) Wirtschaftsrechts sogar ganz beseitigt wird, soll diesem Kapitel ein kleiner Exkurs zu dieser Herausforderung und Leitvorstellung des Rechtsdenkens insgesamt und des Privatrechts im besonderen vorangestellt werden. Dabei wird auch auf die wichtigen begrifflichen und inhaltlichen Versatzstücke des Gerechtigkeitsdenkens, nämlich Rechtsbegriff und Rechtsidee, eingegangen (A.). – Ist es nicht bezeichnend, dass diese wichtige Orientierungsmarke jeder Gesellschaft, die Gerechtigkeit nun einmal ist, auch bei bedeutenden und grundlegenden (innen)politischen Debatten wie der sogenannten Pensionsreform gar nicht mehr auftaucht und bestenfalls marginale Erwähnung findet? – Das mit dieser Auflage neu konzipierte Kapitel 18 ist aber keineswegs abgeschlossen, sondern soll vielmehr, wenn sich die Möglichkeit dazu bietet, künftig wachsen und weitere Fragestellungen aufnehmen. Die Internetvariante des Lehrbuchs bietet hier (über „links“) neue Möglichkeiten. Denn nur eine lebendige Rechtswissenschaft, die auf der Höhe ihrer Zeit steht, vermag die vielfältigen Aufgaben ihrer gesellschaftlichen Verantwortung zu erfüllen. Rechtsdogmatik allein vermag das nicht. – Sowohl die Rechtsphilosophie, als auch sozialwissenschaftliche Disziplinen wie die Rechtstatsachenforschung und die Rechtssoziologie dienen der Selbsterkenntnis der Rechtswissenschaft, was auch für neue Zweige des Rechtsdenkens gilt; zB das Alten- oder Medizinrecht, die zwar nicht in diesem Kapitel, aber doch im Lehrbuch angesprochen werden.

A. Recht und Gerechtigkeit

📖 Mayer-Maly, Rechtsphilosophie (2001); – Radbruch, Rechtsphilosophie. Studienausgabe (1999); – Verdross, Abendländische Rechtsphilosophie (1963²); – derselbe, Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie (1948²); – derselbe, Statisches und dynamisches Naturrecht (1971); Braun, Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert. Die Rückkehr der Gerechtigkeit (2001); – Ferk, Was bedeutet Recht? (1999); – Kaufmann / Hassemer (Hg), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart (1994⁶); – De Crescenzo, Geschichte der griechischen Philosophie, Bd I und II (1990); – Hofmann, Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie (2000); – Höffe, Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln. Philosophischer Versuch zur Rechts- und Staatsethik (Reclam UB 8507, 1988); – Aristoteles, Der Staat der Athener (Reclam UB 3010, 1993) und derselbe, Politik (Reclam UB 8522) sowie Nikomachische Ethik (Reclam UB 8586); – Platon, Der Staat/Politeia (Reclam UB 8205) und Die Gesetze/Nomoi ; – Cicero, Über den Staat / De republica (Reclam UB 7479 oder 9909 [zweisprachige Ausgabe], 1998); – Noll/Welan, Gott in die Verfassung? (2003); – Kelsen, Was ist Gerechtigkeit (1953; nunmehr Reclam UB 18.076); – Metall, Hans Kelsen. Leben und Werk (1969); – Walzer, Sphären der Gerechtigkeit (1992, dazu: LJZ 4/1994, S. 163) und derselbe, Zweifel und Einmischung. Gesellschaftskritik im 20. Jahrhundert (1991); – Rawls, Eine Theorie der Gerechtigkeit (1975) = A Theory of Justice (1971, durchgesehene Ausgabe 1999) und derselbe, Die Idee des politischen Liberalismus (1994); – Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen (1984) = Taking Rights Seriously (1978) – Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (1992) und derselbe, Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie (1996); – Jonas, Technik, Medizin und Ethik. Zur Praxis des Prinzips Verantwortung (1985).

Nachdenken über Recht bedeutet, nachzudenken über den **Menschen**, seine Ziele, Wünsche und Hoffnungen, aber insbesondere auch über den **Zusammenschluss der Menschen** in Staat und Gesellschaft, was heute wie früher nur möglich ist, wenn das Individuum Rechte an diese übergeordnete Gemeinschaft abtritt und der Staat sich grundsätzlich als Rechts-Staat (→ Kapitel 1.A.IX., S. 45) versteht. Denn das Recht ordnet und vermittelt zwischen dem Ganzen und seinen Teilen, den Einzelnen und der Gesellschaft.

Interesse am Recht verlangt daher nach lebendiger Anteilnahme an Staat, Gesellschaft und Politik, was nicht gleichbedeutend damit ist, selbst politisch tätig zu sein. Diejenigen aber, die mit dem Staate und dem von und in ihm geschaffenen Rechte (beruflich) zu tun haben, sollten sich auch dafür interessieren, was das Recht (eigentlich) ist, wie es entsteht, sich wandelt, angewandt wird und vergeht; kurz: welche Aufgaben es im Staate wahrzunehmen hat und was es für die Einzelnen bedeutet. Mit diesem Hinterfragen von Recht sind wir bei der **Rechtsphilosophie** angelangt, die über diesem Kapitel steht und die nicht zufällig aus zwei Wortteilen zusammengefügt wurde: „**Recht**“ und „**Philosophie**“. Rechtsphilosophie ist nichts anderes, als Philosophie, die auf das Recht angewandt wird; ist logisches, analytisches, aber auch (rechts)historisches, (rechts)vergleichendes und – nicht zuletzt – rechtspolitisches (Nach)Denken über das Recht. Es ist ein Rechtsdenken in philosophischer Tradition, also einer Tradition von der die Rechtswissenschaft im antiken Griechenland ihren Ausgang genommen hat. Philosophie, als Liebe zur Weisheit und zur Erkenntnis von allem, was für den Menschen von Bedeutung ist, meint, auf das Recht angewandt, dessen Regeln und Abläufe, die „Gesellschaft“ erst möglich machen, zu verstehen, zu hinterfragen und, wenn nötig, zu kritisieren, um sie verbessern und umgestalten zu können. Man könnte auch sagen: **Rechtsphilosophie ist das Gewissen**, das sokratische Daimonion, **des Rechts**; oder sollte es doch sein. Rechtsphilosophie hat sich nämlich immer wieder Klarheit darüber zu verschaffen, ob das Recht einer Gemeinschaft jene hohe Aufgabe erfüllt, auf die schon kurz hingewiesen wurde: Gesellschaft möglich zu machen, was stets auch bedeutet, die Einzelnen zu fördern, um ihre Menschwerdung, als Ziel unseres Menschseins, angemessen zu unterstützen. Sie hat aber auch Anteil zu nehmen an der rechtlichen Gestaltung der Gesellschaft und das wissenschaftliche Rechtsdenken als Ganzes zu leiten, wie uns das die Griechen der Antike als Begründer des europäischen Rechtsdenkens gelehrt haben. Rechtsphilosophie sollte sich daher auch zu aktuellem Geschehen äußern. Und zwar grundsätzlich zu allem, was in einer Gesellschaft geschieht, das von gewisser

Nachdenken über Recht

Rechtsdenken und
Philosophie

Bedeutung ist. Vor allem aber zu rechtlichen und politischen Vorgängen in einer Gemeinschaft. Zum Wohle des Ganzen und seiner Teile. Denn nahezu alles, was in einer Gesellschaft geschieht, wirkt auf jene Regeln ein, die eine Gesellschaft zusammenhalten, konstituieren, eben das Recht. Jüngste Entwicklungen erzwingen dies beinahe; Stichworte dazu müssen hier genügen: akzelebrierter gesellschaftlicher Wandel und eine zunehmende Bedrohung der Umwelt, der Arbeitswelt, neue Möglichkeiten und Gefahren der Bio- und Informationstechnologie, aber auch Gefährdungen von Demokratie und Rechtsstaat durch eine rücksichtslose Machtpolitik auf nationaler wie auf internationaler Ebene uvm. Denn wir alle wissen, dass Entwicklungen nicht immer nur zum Guten führen (können), weil der Mensch nicht nur selbstlos und gemeinschaftsförderlich denkt und handelt, sondern auch selbstsüchtig persönliche oder Gruppenziele verfolgt. Macht, Einfluss, Geld, aber auch das Recht und seine Möglichkeiten, stellen für ihn (und alles was er geschaffen hat), immer wieder Verlockungen dar, die das Ganze, wie seine Teile gefährden und manipulieren können. Aufgabe der Sozialnormen in einer Gesellschaft, zu denen das Recht gehört (→ Kapitel 1.A.III.2., S. 15), ist es, diese gesellschaftlichen Gefährdungen von Teil und Ganzem zu erkennen und idF dagegen ankämpfen zu können. Vor einem solchen Hintergrund nimmt es sich anders aus, wenn ein Finanzminister von einer mächtigen und vermögenden Interessenvereinigung eine hohe Summe erhält, um damit seine Homepage zu finanzieren, mag dafür auch ein eigens gegründeter Verein zuständig sein.

Sich für die
„Gemeinschaft“ einsetzen

Was im alten Griechenland und in Rom, die uns in vielem immer noch als Vor-, aber auch als Zerrbild dienen können, noch selbstverständlich war – nämlich sich handelnd für die Gemeinschaft einzusetzen, ist es heute längst nicht mehr, weshalb es in Erinnerung gerufen werden soll. Denn von einem **Rückzug in den privaten Schmollwinkel** profitieren gerade jene, die meinen den Staat rücksichtslos für ihre Zwecke instrumentieren und ausbeuten zu können. – Ratsam für den Kontakt mit der nicht nur für Juristen/innen wichtigen Rechtsphilosophie erscheint auch die Lektüre von Primärliteratur. Daher die Hinweise auf Platon, Aristoteles, Kelsen und andere.

Privatrechts-Philosophie

Wichtig erscheint es aber auch, die **Anliegen der Rechtsphilosophie ins Privatrecht zu tragen** und hier mehr als bisher über grundlegende Fragen des Rechts nachzudenken. Zu fordern ist daher eine „**Privatrechtsphilosophie**“, denn auch das Privatrecht sollte sich nicht mit blosser Rechtsdogmatik und steriler Systematik zufrieden geben. Ein ein Schluss **Ideologiekritik** kann dabei ebensowenig schaden, wie – über die Philosophie hinaus, Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und eine sozialwissenschaftliche Betrachtung privatrechtlicher Fragen. – Auch didaktisch wäre das von Vorteil, zumal dadurch die Relativität rechtlicher Lösungen oder gar von Theorie besser erkannt und dadurch Kritik und Diskussion gefördert werden können. Diskursives Denken wird in der juristischen Ausbildung ohnehin vernachlässigt. Nur auf die **verba magistri** zu schwören ist langweilig. Nicht nur für Studierende.

I. Das Ziel des Rechtsdenkens – Was will Rechtsphilosophie?


1. Platon und Martini

Von **Platon** (Politeia 444c) stammt der schöne Vergleich, dass die Gerechtigkeit für die Seele das sei, was die Gesundheit für den Leib darstellt, und Ungerechtigkeit für die Seele das bedeute, was Krankheit für den Leib.

Recht und Gerechtigkeit haben aber auch zu tiefst mit den Grundwerten Freiheit, Gleichheit (vor dem Gesetz) und dem Schutz Schwacher zu tun. Erst ihr sinnvolles Verknüpfen weist den Weg zu einer zeitgemäßen Annäherung an Gerechtigkeit. Anwendung und Verständnis des Rechts leben zudem davon, dass eine korrekte Rechtsanwendung, unabhängig von der Person und der Sache, um die es geht, gesichert ist. Das meinte **Karl Anton von Martini**, wenn er – was nicht als Härte oder Unmenschlichkeit missdeutet werden darf – ausführte:

„Die Gesetze hingegen sind taub und unerbittlich; bey ihnen gilt kein Ansehen der Person; sie schützen den Schwachen gegen den Stärkern; von ihnen hat der Mächtigste keine Schonung zu erwarten.“ (Allgemeines Recht der Staaten. Zum Gebrauch der öffentlichen Vorlesungen in den k. k. Staaten; Wien, 1799. Übersetzung der lateinischen Ausgabe aus dem Jahr 1773.)

Schon für die sehr staatstragend denkenden alten **Ägypter** diente der Staat vornehmlich dazu, um unter den Menschen Recht und Gerechtigkeit zu verwirklichen. Daran hat sich bis heute nichts geändert. Nur unsere Vergesslichkeit ist grösser geworden.

 LESETIPP: Dazu *J. Assmann*, Der Tod als Thema der Kulturtheorie (es 2157, 2000).

Heute wird in der juristischen Ausbildung zu wenig Wert auf diese grundlegenden Zusammenhänge gelegt, weil man glaubt, mit ökonomischem Wissen und Werten, die durchaus ihren Stellenwert in der Ausbildung haben sollen, das Auslangen finden zu können. Aber eine nur ökonomische Ausrichtung des juristischen Denkens verkennt die Aufgabe der **Juris-Prudenz** und verrät die **Rechtsidee**.

Juristen/innen brauchen mehr als „Ökonomie“

2. Rechtsphilosophie

Das Vorwort des anregenden Bändchens von Theo **Mayer-Maly**, „Rechtsphilosophie“ (2001), beginnt mit der Feststellung:

Rechtsdenken – eine unendliche „Geschichte“

„In der Rechtsphilosophie geht es um die Frage, **warum Recht gilt** und **weshalb ein bestimmter Satz als Rechtssatz gelten soll**. Sie ist Nachdenken über Rechtliches. Ihr Argumentationshorizont wird nicht einem bestimmten geltenden Recht, sondern der Vernunft und der Erfahrung entnommen.“

Das lässt erahnen, dass das Thema Rechtsphilosophie eine **unendliche „Geschichte“** ist. Was aber nicht entmutigen sollte, mag man sich dabei auch wie in dem von Augustinus stammenden Vergleich als kleiner Junge fühlen, der, am Meeresstrande sitzend, das Meer ausschöpfen will. – Das Kapitel will **Interesse für grundlegende Fragen des Rechts** wecken, nicht mehr, aber auch nicht weniger. Nach Einsteins Zielsetzung soll dabei alles so einfach wie möglich gesagt werden, aber eben nicht einfacher. Rechtsphilosophie verlangt **Hingabe an das Rechtsdenken** und als Teil der Philosophie, auch Liebe zu deren Fragestellungen. Damit aber auch zur Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung, Rechtstatsachenforschung und Rechtspolitik, also Disziplinen aus denen die europäische Rechtswissenschaft im antiken Griechenland entstanden ist.

II. Gerechtigkeit und Gesellschaft – Die ‚Idee‘ der Gerechtigkeit als ‚Rechtsidee‘


1. Zum Gerechtigkeitsverständnis

Gerechtigkeit spielt wenigstens dem Namen nach in allen möglichen Bereichen moderner Gesellschaften eine mehr oder minder wichtige Rolle: Die Ökonomie spricht – oder sollte es tun – von **Verteilungsgerechtigkeit** oder einem gerechten Steuersystem; auch in der **Gesundheitspolitik** wäre Gerechtigkeit gefordert; zB keine Zweiklassenmedizin, ein Recht auf Gesundheit für alle, nicht nur für Zusatzversicherte und Reiche. Und überhaupt wird, wenn auch immer seltener, gesellschaftspolitisch **soziale Gerechtigkeit** eingemahnt. Auf die Gerechtigkeit zurückgegriffen wird mitunter auch in den Debatten um eine angemessene **Entwicklungshilfepolitik** zwischen dem reichen Norden und dem armen Süden, zwischen **Jung und Alt** (sog Generationenvertrag, Renten- und Arbeitsmarktproblematik) oder im Rahmen der Bemühungen um **Chancengleichheit zwischen den Geschlechtern**.

Erscheinungsformen der Gerechtigkeit

Auch andere Disziplinen interessieren sich für die Gerechtigkeit

Gerechtigkeit ist daher **nicht nur eine „Frage“ der Rechtswissenschaft**, sondern ein gesamtgesellschaftliches Anliegen, wenngleich viele dieser Fragestellungen darauf hinauslaufen, die jeweils eingeforderte Maßnahme mittels rechtlicher Programme umzusetzen. – Darin liegt eine besondere wissenschaftliche Verantwortung der Rechtswissenschaft als „Umsetzungsdisziplin“ für die Gesellschaft.

 Zur Rechtswissenschaft als Umsetzungsdisziplin: *Barta*, Recht, Gesellschaft und Verantwortlichkeit am Ende der „Moderne“, in: *Barta/Ernst/Moser* (Hg), *Wissenschaft und Verantwortlichkeit* 78 ff (1994); – derselbe, Besprechung von M. Walzer, *LJZ* 1994/4, 163 ff.

2. „Rechtsidee“ und „Rechtsbegriff“

Rechtsidee und Rechtswirklichkeit

Wenn wir heute von der „**Rechtsidee**“ sprechen und damit die Orientierung des Rechts(denkens) am hohen Ziel der Gerechtigkeit meinen, sollten wir uns des Umstandes bewusst sein, dass diesem Denken Platons Ideenlehre zugrunde liegt, die in diesem Feld ihre Aktualität bewahren konnte. Auf das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit passt in der Tat Platons bildhafter Vergleich im 7. Buch seiner „*Politeia*“ (Höhlengleichnis) gut, wonach sich „**Idee**“ und ihr „**reales Abbild**“ in der Wirklichkeit unterscheiden und das Abbild, das Urbild nie zu erreichen vermag. – So verhält es sich auch mit dem Recht und der Rechtsidee: **Menschliches Recht** vermag bestenfalls gute Annäherungswerte an die Rechtsidee zu erreichen, nicht aber diese selbst, denn das würde bedeuten, eine **absolute Gerechtigkeit** verwirklichen zu können. Das aber erscheint – jedenfalls bis auf weiteres – unmöglich. Denn wie G. Radbruch formulierte: „Recht ist Menschenwerk und kann wie jegliches Menschenwerk nur aus seiner Idee begriffen werden“; *Rechtsphilosophie* 11.

Rechtsidee und Rechtsbegriff

Gustav **Radbruch** (1878-1949), ein noch heute interessanter und bedeutender Rechtsdenker, schloss daraus, dass „eine zweckblinde, d. h. wertblinde Betrachtung eines Menschenwerks ... unmöglich, und so auch eine wertblinde Betrachtung des Rechts oder irgendeiner einzelnen Rechtserscheinung“ ausscheide; ebendort. – Radbruch geht auch auf den **Rechtsbegriff** ein, der im Zusammenhang mit der Rechtsidee von Bedeutung ist und meint, dass er „nicht anders bestimmt werden [könne] denn als die Gegebenheit, die den Sinn hat, die Rechtsidee zu verwirklichen. Recht kann ungerecht sein (*summum ius – summa iniuria*), aber es ist Recht nur, weil es den Sinn hat, gerecht zu sein.“ Die Rechtsidee selber sei das „konstitutive Prinzip“ und zugleich „der Wertmassstab für die Rechtswirklichkeit“; aaO 12. Die Rechtsidee sei eine Schöpfung menschlich „bewertenden Verhaltens“. – Damit wird die Rechtsidee geschickt von praepositiven-transzendentalen Bezügen freigehalten, ohne sie deshalb einem positivistischen Verständnis auszuliefern.

Lehre vom „richtigen Recht“

Andere verstehen unter Rechtsidee, die **Lehre vom „richtigen Recht“**; vgl K. Engisch, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit* (1971), der dabei auf älteres Denken zurückgreift. Es geht dabei um die „**Suche nach Maßstäben**, anhand derer wir beurteilen können, ob das positive Recht (das heutigentags meist als Gesetzesrecht in Erscheinung tritt und in ‚Geltung‘ steht) gut oder schlecht, bewahrungs- oder verbesserungswürdig, überhaupt ‚wahres‘ Recht und nicht vielmehr bitteres Unrecht, ja darum womöglich null und nichtig ist“; Engisch, aaO 187. Aus einer negativen Beurteilung wäre wenigstens – so Engisch – eine Reformforderung ableitbar, die dann ebenfalls der Rechtsidee zugehörte:

„Nur ein extremer ‚Positivismus‘, wie er heute kaum noch anzutreffen ist ..., wird die Frage nach der Rechtsidee, ... als müßig, sinnlos, für den Juristen uninteressant und höchstens den Politiker angehend betrachten.“


Engisch meint auch, dass die Geschichte des philosophischen Nachdenkens über das richtige Recht mit der **Geschichte der Rechtsphilosophie** identisch sei; aaO 189. Allein es geht wohl heute zu weit, ein solches Denken nur der Rechtsphilosophie zu überlassen und das einfache juristische Denken davon zu dispensieren.

Schon Studierende der Rechtswissenschaften sollten daher diese beiden – wertungs- und erwartungsmäßig stark aufgeladenen – Begriffe, die nicht nur für die Rechtsphilosophie von Bedeutung sind, kennen, um sie im Bedarfsfall argumentativ verwenden zu können. Das gilt für die (Rechts)Politik ebenso, wie für das praktische Rechtsleben als Verwaltungsbeamter, Anwalt, Notar oder Richter. Und selbstverständlich ist auch die Rechtswissenschaft gefordert, immer wieder Überlegungen zur Rechtsidee anzustellen. – Das lehrt uns, dass die Rechtsphilosophie auch einen praktisch-argumentativen Anwendungsbereich besitzt. Auch in der Politik und der Rechtspraxis vermag uns das Begriffspaar „Rechtsidee“ und „Rechtsbegriff“ eine Orientierungshilfe zu sein. Beide Begriffe helfen auch dabei, die Zielsetzungen und die funktionale Umsetzung des Rechtsdenkens einer Epoche zu ergründen; etwa den Rechtsbegriff und die Rechtsidee im antiken Griechenland oder in Rom oder zur Zeit der großen Privatrechtskodifikationen in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts.

Praktisch-argumentativer
Anwendungsbereich der
Rechtsphilosophie

Die antike griechische Rechtsidee ist Teil eines bereits reifen Menschen- und Weltbildes und im Spannungsfeld zwischen Einzelem und Gemeinschaft angesiedelt. Sie kann weder als idealistisch überhöht, noch als bloß positivistisch nüchtern angesehen werden. Vielmehr versteht sie den Menschen als Teil der Gemeinschaft und ist bestrebt, diese um des Menschen willen zu stärken. Gegründet wird die griechische Rechtsidee seit Solon auf der unverrückbaren **Freiheit** aller (Polis)Bürger, zu der sich früh – nämlich schon seit Solon – für den Bereich des Privatrechts die bürgerliche Rechtsgleichheit (**Isonomia**) gesellt; und in der Folge die Weichen in Richtung politische Gleichheit und Teilhabe am politischen (Staats)Geschehen stellt. Das Recht duldet seit dieser Zeit weder Verletzungen der körperlichen Unversehrtheit, noch der Ehre (**Hybrisklage!**), zumal ein solches Verhalten nicht nur für den Einzelnen nachteilig, sondern auch für die Gemeinschaft der Polis gefährlich und zerstörerisch ist. Ein Aspekt der heute kaum mehr verstanden wird. Der Schutz der **Menschenwürde** ist seit der Mitte des 5. Jahrhunderts v. C. (Perikles) weit entwickelt und umfasst, anders als meist kolportiert, alles Menschliche (!): Freie wie Sklaven, Frauen und Männer, Kinder und Alte, Griechen und Fremde sowie Arm und Reich. Mögen vielleicht auch noch Anspruch und Wirklichkeit noch nicht zur Deckung gelangt sein. Die junge athenische Demokratie benötigte diesen egalitären Schutz, mag er auch schon nur wenige Jahrzehnte später zunächst ins Wanken geraten und in der Folge vorübergehend wieder fast ganz verloren gegangen sein. – Und die griechische Idee vom Recht erfasst bspw nicht nur den Ehrenschatz lebender Personen, sondern auch den Verstorbener; latinisiert: **De mortuis nihil nisi bene**. Das ist bereits solonisch. Schon die griechische Rechtsidee sichert somit die fundamentalen Rechtswerte Freiheit und Gleichheit, wozu früh die politische Teilhabe am Staatsgeschehen kommt, die schließlich Demokratie ermöglichte. – Bereits damals standen Weltbild, Menschenbild und Menschenwürde in enger Beziehung zur Rechtsidee und diese Bereiche beeinflussten sich gegenseitig. Auch heute sollten wir auf diese Zusammenhänge achten.

Zur antiken griechischen
Rechtsidee

 Ich verweise diesbezüglich auf meine Ausführungen in: „Graeca non leguntur“? – Zum Ursprung des europäischen Rechtsdenkens im antiken Griechenland (in Vorbereitung: 2005).

3. Gerechtigkeit und Gesellschaft

Gerechtigkeit zielt letztlich darauf ab, Gesellschaft – und zwar für alle (!) – möglich zu machen, was heißt: Wo nötig auszugleichen und immer wieder nach Neuem und Besserem Ausschau zu halten, weil gerade moderne Gesellschaften sich rasch wandeln und ein solcher Wandel neue (System)Verlierer und Gewinner hervorbringt. – Als Juristin oder Jurist kann man sich daher nicht auf vermeintlich Endgültigem ausruhen. Die Jurisprudenz verlangt vielmehr nach ständiger Bewegung und Achtsamkeit. Dabei erscheint es gerade im Bereich des Rechtsdenkens und der Jurisprudenz mitunter sinnvoll, strukturkonservativ zu denken und zu handeln; dies ist eines Bestehensalters alter und vertrauter Formen, ohne dabei den inneren Wandel zu vernachlässigen.

Gesellschaft durch Recht
möglich machen

Zivilreligion? Der us-amerikanische Philosoph **Richard Rorty** sprach anschaulich davon, dass die gesellschaftlichen Werte Freiheit, [Gleichheit?], Gerechtigkeit und Demokratie für uns zur **Zivilreligion** werden müssen, soll es gelingen unsere Gesellschaften zu stabilisieren. ME könnte auch eine nur menschlich begründete Rechts-Ethik zu einem wichtigen Bestandteil der Rechtsidee werden. – Daraus wird deutlich: Gerechtigkeit ist nicht nur ein rechtlicher, sondern ein (gesamt)gesellschaftlicher Wert. Aufgabe des Rechts ist es, zur Erreichung dieses wichtigen gesellschaftlichen Ziels, Umsetzungs-Hilfe zu leisten. Das ist heute nicht anders als zur Zeit der alten Griechen. Ein gesellschaftsfernes Rechts- und Gerechtigkeitsdenken ist demnach ein Widerspruch in sich. Mag es auch für alle rechtlich Tätigen wichtig sein, die innere wie äußere Unabhängigkeit zu bewahren. Geld und Macht versuchen nämlich immer wieder, Recht und Gerechtigkeit für ihre Zwecke zurechtzubiegen. Und man muss zugestehen: Sie sind dabei zur Zeit „erfolgreich“.

4. Die Idee der Gerechtigkeit

Eingefahrene Denkmuster
verlassen

Juristen – freilich nicht nur sie (vgl etwa auch N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft: 1993) – reagieren eher befremdet, oft gelangweilt, wenn sie ein Buch über die Gerechtigkeit in die Hand bekommen, was übrigens selten vorkommen dürfte. Und seien es hochkarätige, wie die der Amerikaner John **Rawls**, Michael **Walzer** oder Ronald **Dworkin**. Bei uns existiert keine Literaturgattung dieser Art und das Studium stellt dafür keine Weichen. Die Vorbehalte gehen häufig in die Richtung, dass derlei Bücher letztlich nichts brächten, weil sie zu allgemein gehalten seien und kaum jemand an derart abstrakten Themen interessiert sei. – Stimmt das, oder handelt es sich hier um eine berufliche Schutzbehauptung, die davor bewahren soll, eingefahrene Denkmuster verlassen oder doch in Frage stellen zu müssen?

Gerechtigkeit –
ein Ewigkeitswert?

Andererseits wird immer wieder versucht, die Idee der Gerechtigkeit als ewig und allgemeingültig hinzustellen, was „so“ unzutreffend ist, mag das auch für manche (Einzel)Fragen (eher) zu bejahen sein; zB grundsätzliches Tötungsverbot, Schutz Schwacher, faires Verfahren, Notwehrrecht, *pacta sunt servanda*. – Aber warum wird immer wieder der transitorische Charakter von Recht und Gerechtigkeit verkannt? Es lohnt, darüber nachzudenken.

5. Michael Walzer und John Rawls

Rechtspositivismus
als Allheilmittel?

Das Amerika der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts weist große Vertreter des Rechts- und Gerechtigkeitsdenkens auf, von denen zwei hier kurz vorgestellt werden sollen, zumal sie uns immer noch manches zu sagen haben. – Dass die USA die Heimat dieser Denker ist, hat vielleicht auch damit zu tun, dass dieses große und mächtige Land noch weiter als wir in Europa von der Idee der Gerechtigkeit entfernt ist, was uns nicht dazu verleiten sollte, uns auf unseren Lorbeeren auszuruhen. Zudem ist nicht zu übersehen, dass derzeit bei uns in Österreich wie in anderen Ländern Europas die Regierungen drauf und dran sind, vieles – und zwar ohne Verständnis für Erreichtes – zu zerstören. Aber auch politische Lausbubenstücke und Dummheiten wie wir sie derzeit in Österreich erleben, sind schwer auszubügeln. – Zusammen mit R. **Dworkin** (* 1931) haben die Amerikaner J. **Rawls** und M. **Walzer** den **Rechtspositivismus** intellektuell gehörig in die „Mangel“ genommen – was freilich von seinen österreichischen Vertretern kaum zur Kenntnis genommen wurde – und dadurch der „Rechtsidee“ erneut einen breiteren Entwicklungsraum eingeräumt.

Zeiller versus Martini

Es sei wenigstens darauf hingewiesen, dass diese wichtigen Kontroversen zwischen Vertretern naturrechtlicher und rechtspositivistischer Positionen in Österreich teilweise bereits vor etwa 200 Jahren in der Auseinandersetzung zwischen K.A.v. **Martini** und F.v. **Zeiller** einen Vorläufer hatten, was bis heute nicht anständig (privat)rechtsphilosophisch aufgearbeitet wurde. Vgl dazu wenigstens kurz: *Barta*, in: *Barta/ Palme/ Inghaefff* (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 54 ff (1999). – Zeillers Überschätzung ist ebenso weit verbreitet wie das Nichterkennen des historischen Umstands, dass er einer der Wegbereiter des Positivismus in Österreich war. Martinis rechtsphilosophisch wesentlich fundierterer Position entspricht weithin die der ebenso griechisch inspirierten Amerikaner, insbesondere der R. Dworkins, der übrigens auch starke (bisher offenbar unbemerkte) Parallelen zu Eugen Ehrlich aufweist.


Der Amerikaner M. **Walzer** holt die „Idee“ der Gerechtigkeit in griechischer Manier aus dem sehr oft zu abstrakten kontinentaleuropäischen Ideen-Himmel herunter auf die Erde und macht dadurch ihren zeit- und situationsgebundenen, aber dennoch hohen praktischen Wert bewusst. Das Rezept ist einfach: Es werden verschiedene Facetten der Gesellschaft – zB Einwanderung, Einkommen/ Verdienst, Ansehen, öffentlicher Dienst, Schule, medizinische Versorgung, Soziales uam – behandelt und idF diskutiert, wie diese Felder der Gerechtigkeit gesellschaftlich sinnvoll organisiert und gelebt werden können. Und das Ergebnis dieser Diskussionen, gleichsam das überschießende Ganze, ergibt mehr als seine Teile, nämlich die Idee der jeweiligen – gegenwärtig gelebten, lebbar und konkreten – gesellschaftlichen Gerechtigkeit, die es also für sich alleine genommen, als Abstraktion, gar nicht gibt und die ständig in Bewegung ist. – Wir können daraus lernen: **Gerechtigkeit muss immer wieder konkret werden.** Sterilität des Rechtsdenkens und auch der Rechtsphilosophie ist die Folge, wenn diese Maxime nicht beachtet wird.

Gerechtigkeit muss „konkret“ werden

Walzer wird auch in der Theorie immer wieder konkret, denkt transitorisch, während wir Europäer gerne abstrakt und damit unverbindlich bleiben, Ewigkeit anstreben und dadurch den Bezug zu den drängenden Lebensproblemen leicht verfehlen. Auch Interesse und Verständnis lassen sich europäisch-ewig-abstrakt nur schwer vermitteln. Ganz anders der konkret, bildhaft-ruhige und beispielreiche Zugang Walzers. Walzer ist Sozialwissenschaftler, sein US-Herausforderer in Sachen Gerechtigkeit, John Rawls, Philosoph. – Wo bleiben, so lässt sich fragen, die Juristen? Glauben die nicht an die Gerechtigkeit oder zweifeln sie bloß an der Sinnhaftigkeit sich mit ihr auseinanderzusetzen zu können? Oder verhindert das Aufgehen im juristischen Alltag die Hinwendung zu den höchsten Fragen des eigenen Fachs? Walzer macht erneut deutlich – was schon die alten Griechen vorgelebt haben, dass das eigentliche Fragen nach den Grundlagen der Gerechtigkeit nicht nur eines der Juristen ist, als vielmehr auch der Philosophen, Ökonomen, Soziologen und anderer.

Europäer denken gerne „abstrakt“

J. Habermas übernimmt in seinem Buch „Geltung und Faktizität“ (1992) diesen Gedanken aus der anglo-amerikanischen Diskussion. Als – rechtlich – gerecht angesehen werden kann daher nur etwas, was zuvor von diesen vorgelagerten Sphären als gerecht und das heißt auch gemeinschaftskonstituierend aufbereitet und erkannt wurde. Offensichtlich kommt heute dem Rechtsdenken auch in dieser zentralen – und nur scheinbar ureigensten juristischen – Frage bloß noch eine vermittelnde „Umsetzungsfunktion“ zu. Aber das müsste nicht so sein.

 Dazu *Barta*, Recht, Gesellschaft und Verantwortlichkeit am Ende der „Moderne“, in: *Barta /Ernst /Moser* (Hg), Wissenschaft und Verantwortlichkeit insbesondere 84 (1994).

Läßt sich mit Gerechtigkeit experimentieren? – Zu **John Rawls** und seinem berühmten rechtsphilosophischen Werk soll hier nur so viel angemerkt werden: Versuchen Sie einmal das gedankliche **Gerechtigkeitsexperiment** nachzuvollziehen, das dieser amerikanische Rechts- und Gesellschaftsphilosoph in seinem berühmten Buch „Eine Theorie der Gerechtigkeit“ (1971, 2001²) angestellt hat.


Aber zuvor sei noch eine konkrete Rawlssche Frage vorausgeschickt: Ist es als gerecht anzusehen, wenn Kozernchefs 4 Mio € jährlich und – wie die Tiroler Tageszeitung schon vor mehreren Jahren berichtete – manche Medizinprofessoren in Innsbruck (neben ihrem Professorengeloh, ihren Einnahmen aus betriebener Privatpraxis und zum Teil aus namhaften zusätzlichen Einkommen aus der Betreuung von Patienten/innen aus Südtirol etc) etwa 2 Mio € (~25 Mio S) verdien(t)en, während die Gehälter von Jungmediziner/innen (ähnliches gilt für Juristen/innen) bei 1000 € und oft noch darunter liegen? Sind Manager wirklich so gut und andere gesellschaftlich so uninteressant? – Wir können daraus entnehmen, dass Fragen der Gerechtigkeit nicht nur weltferne und abgehobene Fragen sind, sondern Fragen, die in unseren Gesellschaften immer wieder zu beantworten und zu stellen sind. Und es muss auch erwähnt werden, dass die Antwort auf diese Fragen schwieriger ist, als es scheinen mag.

Lebensnahe Fragen zur Gerechtigkeit

Doch nun zu Rawls' **Gerechtigkeitsexperiment**, das von Th. Assheuer in der deutschen Wochenzeitung „Die Zeit“ vorbildlich knapp und verständlich zusammengefasst wurde:

Rawls' Gerechtigkeitsexperiment

„Angenommen, eine Gruppe von Menschen könne noch einmal ganz von vorn anfangen und sich gemeinsam die Prinzipien einer gerechten Gesellschaft ausdenken – also ohne zu wissen, ob der Einzelne später als Konzernchef oder Tellerwäscher, Glücksritter oder Pechvogel seinen Platz in der Gesellschaft finden wird. Auf welche idealen Gerechtigkeitsgrundsätze könnte sich die Gruppe im ‚Urzustand‘ wohl verständigen?“ – Kurz: „Rawls war überzeugt, hinter dem ‚Schleier des Nichtwissens‘ würden sich alle Beteiligten auf eine Gesellschaft einigen, in der jeder, ob reich oder arm, eine faire Chance besitzt, seine Begabung und seine Interessen zu verwirklichen. Diese wohl geordnete Gesellschaft wird die Grundgüter – berufliche Stellung und Vorrechte, Einkommen und Besitz – gerecht verteilen und Ungleichverteilung nur dann als legitim erachten, wenn der Schlechtestgestellte daraus einen Vorteil bezieht. Der Einkommensunterschied zwischen einem Pförtner und einem Manager wäre also nur dann gerecht, wenn die ungleiche Entlohnung den Pförtner besser stellt. Die bessere Bezahlung ist für den Manager ein Anreiz, und so haben am Ende alle mehr Geld zur Verfügung, als es der Fall wäre, wenn alle gleich entlohnt würden.“

 Aus dem (Rezensions)Artikel *Th. Assheuer*, „Schattenboxen im leeren Ring. Mehr Freiheit? Oder mehr Gleichheit? Philosophen streiten über die Gerechtigkeit“, in: „Die Zeit“ Nr. 23, 28. Mai 2003, S. 40 f mwH.

6. Gerechtigkeit (und Rechtsphilosophie) als ‚Prozess‘

Ständiges Bemühen

um Gerechtigkeit

Nur ein Verständnis der Gerechtigkeit als kontinuierlicher sozialer und vernunftorientierter ‚**Prozess**‘ – zu dem iSv Hans Kelsen auch gesellschaftliche **Toleranz** gehört – wird ihrer Aufgabe, als Grundlage von Gemeinwesen zu dienen, gerecht. Jede Zeit muss erneut darum ringen. Hier berühren sich modernes Rechtsdenken und das vernunftrechtliche Denken des aufklärerischen Naturrechts sowie der philosophische Aufbruch der Griechen im 5. und 4. Jahrhundert v. C. Naturrecht sollte nämlich heute weder ontologisch (dh: im Sein begründet, zB der Natur des Menschen), noch eschatologisch (insbesondere religiös, von Gott ausgehend) begründet werden, sondern nur voraussetzungslos vernunftrechtlich iS eines (weithin, wenngleich nicht ausschließlich) relativen Naturrechts. – Gerechtigkeit ist demnach nicht ein für allemal vorgegeben, sondern wandelbar in Raum und Zeit und ein Produkt echten gesellschaftlichen Bemühens.

Themis, Dike etc

In der griechischen Mythologie sind Dike (Recht / Gerechtigkeit), Eunomia (die gute gesellschaftliche Ordnung oder Gerechtigkeit) und Eirene (Frieden) Schwestern. Als Töchter des Zeus und der Themis (Göttin von Sitte und Ordnung) sind sie die drei Horen.

Die **historische Dimension** rechtsphilosophischen Denkens ist deshalb so wichtig, weil das Entstehen von Ideen, Konzepten und Grundhaltungen sonst nicht richtig verstanden werden kann. – Vor allem das griechische Rechtsdenken ist unverzichtbar, zumal es bis heute nachwirkende Grundlagen gelegt hat. So entsteht mit Solon das **Rechtssubjekt** als autonomer Träger **subjektiver Rechte**, einer normativen „Beziehung“, die bis heute nichts an Bedeutung verloren hat. Mit Solon beginnt der **Schutz der Menschenwürde**, beruhend auf der von ihm geschaffenen unverbrüchlichen **Freiheit der Bürger** und (!) der von ihm bereits weithin, wenn auch politisch noch nicht vollständig geschaffenen politischen **Gleichheit/Isonomia**. Dieser Rechtsschutz seit Solon ist bereits ein institutioneller und eine Einschränkung der genannten Grundrechte Freiheit und Gleichheit zu der noch die privatrechtliche Vertragsfreiheit und Privatautonomie trat, ist nur noch durch die konkurrierenden Rechte anderer Bürger möglich. Das lehrt uns, dass das von Kelsen zu Unrecht so bekämpfte Konzept der subjektiven Rechte aus dem öffentlichrechtlichen Bereich stammt und erst in der Folge auf das Privatrecht übertragen wurde.

Modernes Gewaltverbot

Das moderne Gewaltverbot, die Ablöse der Blutrache und Selbsthilfe, die noch Gewalt mit Gegengewalt, Mord und Tötung vergelten, war gesellschaftlich und rechtlich ein enormer Fortschritt; vgl damit noch die gesellschaftlichen Rahmenbedingungen der griechischen Tragödie, etwa der „Elektra“ des **Sophokles**, wo Agamemnons Kinder – Elektra und Orestes, den von der Mutter (Klytaimnestra) ermordeten Vater durch die Tötung der Mutter und ihres Liebhabers Aigisthos sühnen. **Aischylos** merkt dazu in seiner Orestie aber schon fragend an:

„Wo hört es wohl auf, wo endet der Lauf, besänftigt, das Wüten des Unheils?“

Zu den Gesellschaftsfunktionen von Recht, insbesondere zu seinem Verständnis als organisierter gesellschaftlicher Zwang, der die **Privatrache** ablöst → Kapitel 1.A.II.2., S. 11.

Das lehrt uns, dass es rechtlich darum „geht“, dem durch eigenes erlittenes Unrecht entstandenen Bedürfnis nach Rache durch die Idee der Gerechtigkeit Grenzen zu setzen und nicht erneut Unrecht durch weiteres – selbst begangenes – Unrecht zu vergelten. Hier steht uns die **sokratisch-platonische Formel** zur Verfügung nach der es besser ist, Unrecht zu erleiden, als (selber) Unrecht zu tun.

III. Arten der Gerechtigkeit

Epikur, der das Glück des Einzelnen ins Zentrum seines Denkens rückte und auch nicht mehr an die alten Götter glaubte, dachte auch realistisch über Recht und Gerechtigkeit, wenn er – gegen Platons Ideenlehre gerichtet – meinte:

„Gerechtigkeit an sich hat es nie gegeben. Alles Recht beruhte vielmehr stets nur auf einer Übereinkunft zwischen Menschen, die sich in jeweils verschieden großen Räumen zusammenschlossen und sich dahin einigten, dass keiner dem anderen Schaden zufügen oder von ihm erleiden soll.“

Heute unterscheiden wir, um die Schattierungen des Gedankens der Gerechtigkeit zu veranschaulichen, zwischen verschiedenen Arten der Gerechtigkeit, die idF angesprochen werden sollen.

1. Absolute und relative Gerechtigkeit

Recht und Gerechtigkeit sind demnach nicht identisch. Das macht auch Hans Kelsens vorangestelltes Motto deutlich. Anzustreben gilt es aber immer wieder Annäherungswerte an die Gerechtigkeit. Das ist jeder Epoche zur Aufgabe gestellt. Gustav Radbruch etwa meinte:

„Die Idee des Rechts kann nun keine andere sein als die Gerechtigkeit.“

Kurz: **Absolute** Gerechtigkeit erscheint unerreichbar; realistisch dagegen ist eine Orientierung an **relativer** Gerechtigkeit, die sich mit Zeit und Ort ändern kann und bereit ist (gewisse) Kompromisse zu machen; vgl schon → A.II.

Verschiedene Vertreter des Naturrechts, etwa G. W. Leibnitz oder Christian Wolff (→ Kapitel I.A.VI., S. 25), vertraten noch die Ansicht eines **absoluten Naturrechts**, das göttlichen Ursprungs sein sollte. Diese Meinung, die schon griechische Vorläufer hat, wurde zu Recht aufgegeben, zumal die Abhängigkeit des Rechtsdenkens von Zeit und Raum immer mehr erkannt wurde. Schon im Altertum. – Auf der anderen Seite müssen wir konzedieren, dass gewisse Rechts- und damit auch Gerechtigkeitspositionen zumindestens in die Nähe einer absoluten Geltung zu rücken sind: zB das **Tötungsverbot**, heute wohl auch die **Menschenrechte** mit der Menschenwürde in ihren Zentrum, aber auch das **Notwehrrecht** und vielleicht auch noch andere Rechts-Werte.

Die seit dem Altertum anhaltenden **Debatten um die Richtigkeit von Naturrechts- und rechts-positivistischen Positionen** lehren uns vielleicht eines, mag das auch als persönliche Formel zu verstehen sein: Die Frage nach einem „Entweder-Oder“ dieser beiden rechtsphilosophischen Positionen erscheint falsch gestellt. Müssen wir uns nicht eingestehen, dass wir heute selbstverständlich zu 90-95 Prozent Positivisten sein müssen, dass aber auf der anderen Seite der verbleibende Teil eines naturrechtlichen Korrektivs, das dem Positivismus inhaltlich-materiale Grenzen setzt, ebenso selbstverständlich sein sollte?

Hier, im Bereich der relativen Gerechtigkeit, schließt sich auch der Kreis zur Anthropologie, Sozialpsychologie und Psychoanalyse:

„Freud hat darauf hingewiesen, dass ... Triebregungen – die Triebregungen des Menschen wie natürlich auch diejenigen jedes anderen Lebewesens – an sich weder gut noch böse sind, sondern dass sie als gut oder böse nur erlebt werden können im Kontext eines Kulturverhaltens. Es ist also in verschiedenen Kulturen das, was als gut und was als böse angesehen wird, etwas sehr Verschiedenes. Es gibt kein Absolutum in dieser Hinsicht.“ – A. Mitscherlich, Massenpsychologie (1972)

Was ist Gerechtigkeit?

Absolutes Naturrecht?

Naturrecht oder Rechtspositivismus?

Interdisziplinäre Einsichten

„Recht haben“ und „Recht bekommen“

2. Materielle und formelle Gerechtigkeit

Dazu kommt, und deshalb finden sich diese Ausführungen im folgenden Kapitel 19 (Rechtsdurchsetzung), dass „**Recht haben**“ (nach dem materiellen Recht) und „**Recht bekommen** /erlangen“ (im Prozess und überhaupt in rechtlichen Verfahren) zweierlei sind. – Kann ich nämlich mein Recht nicht beweisen, erhalte ich es auch nicht zugesprochen, mag sich auch alles tatsächlich so zugezogen haben, wie von mir behauptet. Das verletzt zwar die **materielle** Gerechtigkeit, nicht aber notwendigerweise die **formelle** oder **Verfahrensgerechtigkeit**. Denn auch Rechtsanwender sind keine Hellseher und können nur zusprechen, was beweisbar ist. Viele Rechtsakte werden daher nur durch ein korrektes Verfahren legitimiert; N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren (1969). Das bedeutet zwar eine Einbusse in Bezug auf die materielle Gerechtigkeit, muss aber als Folge der menschlichen Unzulänglichkeit hingenommen werden.


Sozialnormen als Kulturnormen

Recht, Moral und Sitte (→ Kapitel 1.A.III., S. 14) bestimmen für jede Gesellschaft, was in ihr „gut und gerecht“ (= erlaubt), und was „schlecht“ (= unerlaubt) ist. Dabei lassen sich von Land zu Land Übereinstimmungen wie Differenzen feststellen. Das ist die Erklärung für Michel de **Montaignes** (1533-1592) berühmten Satz: „Was ist das für eine Wahrheit [Gerechtigkeit], die bei diesem Bergzug endet und für die Welt dahinter Lüge [also Unrecht] ist“, der Blaise **Pascal** (1623-1662) zu seinem Ausspruch animierte:

„Verité en decà des Pyrénées, erreur au delà.”

Dennoch existieren wichtige und weitläufige rechtliche Gemeinsamkeiten: Für das **Privatrecht** bspw die Persönlichkeitsrechte, aber auch zugefügten Schaden ersetzen und Verträge zu halten zu müssen; für das **öffentliche Recht** etwa die Grund- und Menschenrechte; für das **Verfahrensrecht** die Ausrichtung an einem fairen Verfahren, wie es in Art 6 EMRK gefordert wird oder das schon Aischyleische Prinzip des audiatur et altera pars; und für das **Strafrecht** die ebenfalls auf griechische Wurzeln zurückgehende Regel des in dubio pro reo.

3. Austeilende und ausgleichende Gerechtigkeit

 *Brumlik / Brunkhorst* (Hg), Gemeinschaft und Gerechtigkeit (1993); – *A. J. Noll*, Demokratische Gerechtigkeit (1995); – *Mayer-Maly*, Recht und Gerechtigkeit, in: Jahres- und Tagungsbericht der Görres-Gesellschaft 1999, 5

Zwei Arten der Gerechtigkeit

Die Rechtsphilosophie unterscheidet seit Aristoteles (5. Buch der Nikomachischen Ethik) zwei Arten der Gerechtigkeit:

- die **austeilende Gerechtigkeit** (iustitia distributiva), gewährt jedem, was ihm zusteht;
- die **ausgleichende Gerechtigkeit** (iustitia commutativa) versucht, das Gleichgewicht rechtlich wieder herzustellen, wenn es gestört wird. Sie verfolgt damit ein Ziel, das für jede Gesellschaft von Bedeutung ist: Recht soll Gesellschaft möglich machen. – Wer andere schädigt, muss dies wieder gutmachen; dh Schadenersatz leisten oder Strafe hinnehmen. Wer sich ungerechtfertigt bereichert, hat das dabei Erlangte herauszugeben.

Beispiele

Die **ausgleichende Gerechtigkeit** – deren Göttin in der griechischen Mythologie Nemesis, die Rache, war – wird im Strafrecht durch die Strafe charakterisiert, im bürgerlichen Recht etwa durch das Schadenersatzrecht; die **austeilende Gerechtigkeit** durch die berühmte Ulpian-Formel des „Suum cuique“. – Es stellt einen unüberbietbaren Zynismus dar, dass die Nationalsozialisten die Gerechtigkeitsformel Ulpians – „Jedem das Seine“ – als Aufschrift über dem Eingang des KZ-Buchenwald anbrachten.

iustitia tutatrix

Kant (Rechtslehre, Methaphysik der Sitten) ordnet die austeilende Gerechtigkeit dem öffentlichen Recht, die wechselseitige / erwerbende oder ausgleichende dem Privatrecht zu und zählt zu letzterer auch die **beschützende Gerechtigkeit** (iustitia tutatrix); dies iSv Schutzgesetzen: vgl heute MRG, KSchG, WEG, Arbeitsrecht, BTVG etc. – Dieser Ansatz erscheint aus heutiger Sicht nicht unwichtig.

IV. Gerechtigkeit als Tugend

1. Die Kardinaltugenden

Die **Gerechtigkeit** (iustitia) bildet mit der **Klugheit** (prudentia), der **Selbstbeherrschung / Mäßigkeit** (temperantia) und der **Tapferkeit/Seelengröße** (fortitudo) die vier Kardinaltugenden, die es für jedes Individuum – und wie Platon (von dem diese Überlegungen stammen) in seiner „Politeia“ klarstellt – aber auch für den Staat zu erstreben gilt. (Die lateinischen Begriffe sollten nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese Lehre griechischen Ursprungs ist.) – Gerechtigkeit ist danach das Ergebnis des Gelingens und Erreichens der anderen, vorgelagerten Tugenden, was später immer wieder verzeichnet wurde.

Die platonische Lehre von den Kardinaltugenden wurde im Rahmen der griechischen Philosophieentwicklung vor allem von der **Stoa** aufgegriffen und modifiziert. Eine Schrift des **Panaitios** von Rhodos (~180-100 v. C.), er bildet mit seinem berühmten Schüler **Poseidonios** die mittlere Stoa (~150-0), diente **Cicero** als Vorlage für dessen Schrift „De officiis“, „Über die Pflichten“. Die politische Propaganda der Augustuszeit übernimmt die Lehre der Kardinaltugenden ebenso wie später das Christentum (Ambrosius, Augustinus, Thomas von Aquin).

Gerechtigkeit ist also nach der ursprünglichen Lehre nicht nur ein individuell-persönlicher, sondern auch ein kollektiv-staatlicher, also ein Gemeinschaftswert, ohne den kein Gemeinwesen auf Dauer bestehen kann. Gerechtigkeit ist zudem kein statischer Zustand, sondern kontinuierlich in Entwicklung begriffen, kurz: dynamisch angelegt. – Das Recht ist dabei jenes Mittel, das – einem Transmissionsriemen vergleichbar – die Strebungen von kollektiven und individuellen Gerechtigkeitsbemühungen verbindet und so – vor allen andern Mitteln – den Bestand des Staates und das Wohl und Glück der Einzelnen (Eudaimonia) sichert.

Gerechtigkeit gilt für Staat und Individuum

2. Gerechtigkeit – keine Domäne des Rechtsdenkens

Dieser – hohe wie tiefe – Stellenwert der Gerechtigkeit und damit des Rechts erklärt auch, warum sich nicht nur die Rechtswissenschaft mit der Frage der Gerechtigkeit befasst, sondern auch zahlreiche andere Disziplinen, allen voran die Philosophie. Das beginnt bei Platon und seinen Schülern, insbesondere Aristoteles, und reicht bis Rawls, Habermas, Walzer uam; vgl schon oben → A.II. – Ein solches Verständnis der Gerechtigkeit macht zudem klar, wie wichtig in einem Staate ein breiter **politischer und wissenschaftlicher Diskurs** ist. Persönlicher Ehrgeiz und politisch-ideologisches Machtstreben haben aber noch nie ausgereicht, um einen Staat politisch glücklich zu führen. Dabei wissen wir seit den alten Griechen wie wichtig es für politische Fragen ist, sie „nach beiden Seiten zu diskutieren“ (Cicero), um dann sicher(er) entscheiden zu können. Noch viel wichtiger ist ein solcher Diskurs aber dafür, dass er den Menschen eines Staates zeigt, dass die handelnden Politiker bestrebt sind, das Beste für alle – nicht nur für sich selbst (!), ihre Klientel und ihr politisches Überleben – zu tun. Das setzt allerdings die Reife einer Regierung und auch der Opposition voraus, zu zeigen, dass es ihnen nicht nur darum geht, Recht zu behalten. Erst daraus vermag sich verbindende Gemeinsamkeit und Wohlfahrt zu entfalten. – Wie aber soll ein Staat seine Bürger und Bürgerinnen dazu anhalten nach gesellschaftlicher Vollkommenheit zu streben und sittliche Persönlichkeiten zu werden, wenn seine Repräsentanten die dafür nötigen Fähigkeiten und Charaktereigenschaften kaum vom Hörensagen kennen? Ehrgeiz und Geltungssucht lassen aber auch Wissenschaftler immer wieder vergessen, dass es nicht ihre Aufgabe sein kann, mit solcher Politik zu kooperieren. Allein: Der Opportunismus ist meist stärker, mag auch längst an die Stelle des Willens zu gesellschaftlicher Reform, der zu narzistischer Zerstörung getreten sein.

Gerechtigkeit braucht politischen und wissenschaftlichen Diskurs

B. Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft?

Der folgende Einführungstext (Pkt B. I.) wurde vor 30 Jahren geschrieben. Anlass war damals die Vorlage eines Entwurfs für ein neues juristisches Studiengesetz. Meine Hoffnung bestand damals darin, dass es gelingen könnte, das disziplinäre Verhältnis der Rechtswissenschaft (ReWi) zu den Sozialwissenschaften (SoWi) zu verbessern. Heute sehen wir sehr deutlich, dass sich diese Hoffnung nicht erfüllt hat. Daher besitzt dieser Text weiterhin seine Berechtigung. Die Innsbrucker Studentenzeitung „Neue Freie UNIPress“ lud damals zu einer Stellungnahme ein und sicherte deren Veröffentlichung zu. – Der hier abgedruckte Artikel erschien in der Nr. 2, Nov./Dez. 1973. – Hinzugefügt wurden nur wenige Bemerkungen.

I. Selbstzufriedene Rechtswissenschaft?

ReWi und
Nachbardisziplinen

Die traditionell eher satte disziplinäre Selbstzufriedenheit der Rechtswissenschaft (ReWi) erreicht hinsichtlich ihres Verhältnisses zu den Nachbarwissenschaften – vornehmlich den Sozialwissenschaften (SoWi) – immer noch ein beachtliches Ausmaß, scheint aber allmählich einer gewissen Unsicherheit über den tatsächlichen Stellenwert des „eigenen Fachs“ zu weichen. Dieser – für Österreich eher schmeichelhafte – Befund spiegelt vor allem die Situation in der BRD wieder und wird ua durch ein rapides Ansteigen kritischer Publikationen indiziert. Österreich wird (vielleicht) mit einem gewissen time-lag folgen. Noch aber lebt ein beachtlicher Teil von Österreichs Juristen im Land der Phäaken. Dabei hätte man sich spätestens im Rahmen der Begutachtung des Entwurfs eines Bundesgesetzes über das Studium der Rechtswissenschaft mit derart grundlegenden Fragen eingehend beschäftigen müssen, geht es doch um Weichenstellungen für Jahrzehnte!

1. Worin liegt das Problem?

Wegweisende
Publikationen

Vielleicht helfen uns schon einige Titel unlängst erschienener Publikationen weiter: „Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz“ (Lautmann, 1971), „Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft“ (Rottleuthner, 1973), „Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik“ (Rottleuthner, 1973), „Rechtssoziologie und Rechtspraxis“ (Nauke/Trappe, 1970), „Theorie der Interdependenz. Ein Beitrag zur Reform der Theorie der Rechtsgewinnung durch Öffnung der Rechtswissenschaft zu den Sozialwissenschaften“ (Wittkämper), „Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften“ (Grimm, Hg, 1973), „Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften“ (Nauke, 1972).

Neues Selbstverständnis
der ReWi?

Es geht also um das Verhältnis der ReWi zu ihren Nachbarwissenschaften, pauschal den SoWi, das sich künftig ändern muss. Darüber hinaus geht es um die Gewinnung eines neuen, realistischen Selbst(wert)verständnisses der ReWi. Getragen wird diese Entwicklung von der Erkenntnis, dass die ReWi die ihr aufgegebenen gesellschaftlichen Probleme allein nicht (mehr) zu bewältigen vermag. – Um dies zu verschleiern wurde in der Jurisprudenz bereits viel Scharfsinn aufgewandt. – Aus der Distanz von drei Jahrzehnten betrachtet, zeigt sich, dass dieser Entwicklungsschritt versäumt wurde, ja dass die ReWi drauf und dran ist, sich vollständig der Wirtschaft und ihren Zielsetzungen zu unterwerfen, was einer Selbstaufgabe gleichkommt. – Die disziplinäre Autonomie der ReWi ist schwer gefährdet!

Traumatische
„Vaterfigur ReWi“?

Die **ReWi verhielt sich** in der Vergangenheit den **SoWi gegenüber** – ohne erkennbaren Grund – immer wieder **hochmütig**. Transferiert man das gegebene Verhältnis von ReWi und SoWi metaphorisch auf eine familiäre Ebene, könnte man sagen: Die ReWi versuchte, den in ihrem Randgebiet angesiedelten sozialwissenschaftlichen Disziplinen eine autoritäre Vaterfigur – freilich ohne echte Autorität – vorzuspielen. Nach anfänglichen Schwierigkeiten der SoWi – was aber vornehmlich sachlich, also gegenstandsmäßig bedingt war (vgl G.C. Homans, Was ist Sozialwissenschaft?, 1972²; vgl auch: P. Lazarsfeld, Am Puls der Gesellschaft. Zur Methodik der empirischen Soziologie [1968] und derselbe, Soziologie. Hauptströmungen der sozialwissenschaftlichen Forschung [1970]; N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren [1969]) – haben sich die „Kinder“ emanzipiert und versuchen nun einerseits ihre wissenschaftliche Ebenbürtigkeit und Brauchbarkeit zu dokumentieren; andererseits sind sie bestrebt, die für sie lange Zeit **traumatische** **Vaterfigur**

ReWi mit den ihnen eigenen, im Hinblick auf wissenschaftliche Exaktheit überlegenen Instrumentarien auf Schwachstellen hin abzuklopfen. Die Hohltöne sind dabei nicht zu überhören, was wiederum viele Juristen nicht wahrnehmen wollen oder zumindest schmerzlich berührt. – Wissenschaftliche Freude an disziplinärer Selbsterkenntnis war ja nie der Juristen starke Seite.

Vgl dagegen: Th. W. Adorno / H. Albert / R. Dahrendorf / J. Habermas / H. Pilot / K. R. Popper, Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie (1969).

Ich will versuchen, das bisher Gesagte anhand eines weiteren Beispiels zu verdeutlichen: Noch vor nicht allzu langer Zeit zweifelten nur wenige daran, dass der Richter das Recht wirklich objektiv, ohne **Vorverständnis** findet, eine wertfreie Entscheidung fällt. Es ist unbestreitbar das Verdienst der Verfahrens- und Richtersozio­logie, dass heute nur mehr wenige daran glauben; vgl R. Wassermann, Der politische Richter (1972) sowie Th. Rasehorn, Recht und Klassen (1974). Nicht zuletzt deswegen kam es auch im Bereich juristischer Dogmatik zu einer **Reflexion über Wert und Unwert traditioneller juristischer Methodologie**. Als Beispiel hierfür ist J. Essers Buch „Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung“ (1970; 1972²) zu nennen.

Vorangegangen waren diesem Buch andere **bedeutende Publikationen J. Essers**: – Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen (1940); – Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (1956, 1990⁴); – Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil (1965) uam.

Auslösendes Moment dafür, dass derartige Bücher überhaupt geschrieben werden konnten, war der – das juristische Selbstverständnis immer mehr unterminierende – **zunehmende wissenschaftliche Druck seitens sozialwissenschaftlicher und philosophischer Disziplinen**, vornehmlich aber der Soziologie, auf die Vertreter der ReWi.

Vgl etwa: J. Habermas, Theorie und Praxis (1971); derselbe, Zur Logik der Sozialwissenschaften (1967); derselbe, Erkenntnis und Interesse (1971). – Etwas später erschien P. Feyerabend, Wider den Methodenzwang (1976). – Vgl idF auch: J. Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (1992) und derselbe, Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik? (2001).

 ABBILDUNG: Bedeutung der RTF und RS für die ReWi (1) + (2)

Das gegenwärtige **Neben- und meist Gegeneinander von ReWi und SoWi** ist wissenschaftlich unerfreulich. Was es zunächst herzustellen gilt, ist echte Diskussionsbereitschaft. Das bedeutet keineswegs eine Pflicht zu unkritischer und unreflektierter Rezeption. Man sollte aber nicht – wie etwa Naucke (ein Jurist) es tut – den SoWi vorwerfen, sie hätten der ReWi noch viel zu wenige konkrete und konstruktive Lösungen zu bieten. Ich verweise hier nur auf die seit Jahrzehnten vorliegenden Ergebnisse der Rechtstatsachenforschung (RTF), deren Begründer, Eugen Ehrlich, ein Österreicher war. Er gilt übrigens – gemeinsam mit Max Weber – auch als Begründer der modernen Rechtssoziologie (RS). – Vgl dazu → B.II.

Aus heutiger Sicht muss ich feststellen: Obwohl Österreich mit Eugen Ehrlich den Begründer der modernen RS und RTF hervorgebracht hat, ist es auch in den vergangenen 30 Jahren nicht gelungen, das wissenschaftsdisziplinäre Verhältnis von ReWi und SoWi zu verbessern. Wir haben bislang nicht einmal das Niveau erreicht, das für Aristoteles und Theophrast (als Begründern dieser Disziplinen und vor allem auch der europäischen ReWi in der Antike) selbstverständlich war. – Wer an Zufälle glaubt, ist selber schuld.

Mancher Vorwurf ist nämlich einerseits nur bedingt richtig und wohl zudem – ja vornehmlich – auf die bisher mangelnde juristische **Kooperationsbereitschaft** zurückzuführen. Der aufgeschlossene Jurist weiß aber mitunter doch besser, wo der Schuh drückt, weshalb ein Zusammenwirken unverzichtbar ist.

Ich habe das Problem für mich so gelöst, dass ich bspw in meiner Habilitationsschrift: **Kausalität im Sozialrecht** (Berlin, 1983 – 2 Bde) auch die SoWi eingehend berücksichtigt und dafür eine Lehrbefugnis/Venia für „Bürgerliches Recht samt dessen Bezügen zum Sozialrecht sowie Rechtstatsachenforschung“ erworben habe. – Ich vergebe seither Diplomarbeiten und Dissertationen aus dem Bereich RTF. Die Habilitationsschrift selbst arbeitete ua zahlreiche höchstrichterliche Entscheidungen auf und untersuchte diese auch inhaltsanalytisch; vgl J. Ritsert, Inhaltsanalyse und Ideologiekritik. Ein Versuch über kritische Sozialforschung (1972).

„Vorverständnis und Methodenwahl“

Gegeneinander von ReWi und SoWi?

Mangelnde juristische Kooperationsbereitschaft

2. Wünschenswerte Konvergenz

Eines ist jedoch gewiss: Die notwendige und wünschenswerte Konvergenz von ReWi und SoWi wird durch eine, dieses Ziel nicht gebührend berücksichtigende Studienreform vereitelt, zumindest aber in unverantwortlicher Weise verzögert. Der vorliegende Entwurf (1973!) scheint diesen Weg zu gehen. Studierende werden wie bisher am Beginn des Studiums ihren Blick vornehmlich in die Vergangenheit richten müssen und auch später keinen nennenswerten Kontakt mehr mit soziologischen Disziplinen bekommen. Man fragt die Studierenden freilich nicht, ob sie das auch so wollen, was zumindest zweifelhaft erscheint.

Ich halte aber die **Rechtsgeschichte** für ein wichtiges, lehrreiches und interessantes Fach, meine jedoch, dass sie in der juristischen Ausbildung meist nicht so eingesetzt wird, wie sie eingesetzt werden sollte. – Persönlich habe ich immer wieder auch rechtswissenschaftliche Arbeiten mit dem Ziel verfasst, vertiefte Einsichten durch rechtshistorische Bezüge zu erlangen: Vgl etwa: – *Barta / Palme / Inghenhaeff* (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation (1999); – Zur Geschichte und Entwicklung des Wohnungseigentums in Österreich, in: *Havel/ Fink/ Barta*, Wohnungseigentum – Anspruch und Wirklichkeit 183 ff (1999) oder demnächst: – „Graeca non leguntur“? – Zum Ursprung des europäischen Rechtsdenkens im antiken Griechenland (in Vorbereitung: 2005).

Dem Entwurf (des Jahres 1973) – gleiches gilt etwa für den neuen Studienplan 2001 der Innsbrucker Rechtswissenschaftlichen Fakultät – ist es jedenfalls nicht gelungen eine sinnvolle **Integration von ReWi und SoWi** – wenn man diesen Gegensatz noch beibehalten will – vorzunehmen. Dass der Entwurf dem leider noch immer weit verbreiteten juristischen Segregationsdenken (**legal isolationism**) entgegenkommt, zeigt ua die freundliche Aufnahme, die er in juristischen Professorenkreisen gefunden hat. So nimmt es denn auch nicht Wunder, dass juristische Fakultäten im Begutachtungsverfahren zu den hier angeschnittenen Problemen wenig bis nichts zu sagen haben.

Das gilt grundsätzlich auch für einen anderen wichtigen fachlichen Bezug des Rechtsdenkens: Den zur Philosophie, der in seiner Synthese zur **Rechtsphilosophie** führt, die heute wie vor 30 Jahren eine wichtige Ergänzung der ReWi darstellt. Auch sie ist bis heute ein **Stiefkind rechtswissenschaftlichen Denkens** geblieben. Vgl aber das zum Nachdenken anregende Bändchen „Rechtsphilosophie“ (2001) von Theo Mayer-Maly, der an unserer Universität lehrt.

Diese Haltung des Rechtsdenkens gegenüber bestimmten soziologischen Fächern (insbesondere RS und Politikwissenschaft) hat sich im Wesentlichen bis heute nicht geändert. Die **Situation** hat sich aber insofern sogar noch **verschlechtert**, als mittlerweile auch Rechtsgeschichte und Rechtsphilosophie neben der Rechtssoziologie immer weiter zurückgedrängt werden und zu befürchten ist, dass diese Fächer in absehbarer Zeit ganz verschwinden werden. – Zum Wohle der Wirtschaft, die als soziologische Disziplin kaum Verständnis für ihre Schwesterdisziplinen aufbringt. Das Unverständnis in juristischen Professoren- und Assistentenkreisen ist bedauerlich gross.

Man hat nicht den Eindruck, als hätten sich die „Väter“ des Entwurfs auch nur marginal an der in der BRD sehr regen **Curriculum-Diskussion** beteiligt; vgl neben Grauhahn/Narr (*Leviathan* 1973, 90 ff) auch R. Wiethölter, *Rechtswissenschaft* (1968). Die Erstellung neuer Studiengänge scheint in der Tat – um eine Formulierung von Grauhahn/Narr zu gebrauchen – „zur Zeit der verbliebene Rest einer universitären Reformdiskussion zu sein, die im Hinblick auf fast alle strukturellen Probleme gestrandet ist“.

Es dürfte schwer von der Hand zu weisen sein, dass die ReWi durch den offenbar immer noch schneller werdenden sozialen Wandel verstärkt auf die Hilfe anderer Disziplinen angewiesen ist. Aber „die“ ReWi will das nicht wahrhaben.

Der andere Weg, den die ReWi seit alters her (= römisches Recht + Rechtspositivismus) gegangen ist, ist jener des **legal isolationism**, also der Abspaltung des Rechtsdenkens von der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Er ist längst (und war von Anfang an) überholt, was aber von der ReWi kaum bemerkt wird! So ist der Rechtspositivismus bei uns in Österreich (auch bei vermeintlich fortschrittlich Denkenden) immer noch (zu) hoch im Kurs. – Einen anderen Fluchtweg bietet die „reine“ Theorie, die sich die Hände nicht durch empirische Recherche oder auch nur ein Nachdenken darüber schmutzig oder auch nur staubig machen will.

Dieser Tatsache sollte auch in der Ausbildung Rechnung getragen werden. – Das darf aber nicht damit verwechselt werden, die **ReWi an andere Disziplinen auszuliefern**. Gerade das fördert aber

Sinnvolle Integration von
ReWi und SoWi

Curriculum-Diskussion

Sozialer Wandel

ReWi nicht an andere
Disziplinen ausliefern

nunmehr – das ist ein Schwenk in die Gegenwart – der neue **Innsbrucker-Studienplan 2003** für ein eigenes „**Wirtschaftsrechtsstudium**“ als Diplomstudium. Dieser Studienplan zollt zwar dem gegenwärtig in Österreich so fühlbaren konservativen Zeitgeist Tribut, zählt aber weder die Rechtsphilosophie, noch die Rechtsgeschichte oder die Rechtstatsachenforschung oder gar die Rechtssoziologie zu seinen Fächern.

Dem Problem ist nicht nur durch ein verstärktes Heranziehen von Sachverständigen beizukommen. Der **Jurist** / die **Juristin** selbst müsste über grundlegende **sozialwissenschaftliche Kenntnisse** verfügen und diese bei seiner / ihrer Arbeit einsetzen. Der Einwand, die **Verwertbarkeit sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse** sei noch zu gering, um ihr echte juristische Relevanz verschaffen zu können, verkennt ua den künftigen möglichen Stellenwert der SoWi in der ReWi, zumal sich der Ertrag der SoWi (im Gegensatz zu dem der ReWi?) noch gar nicht absehen lässt. – Ein verstärkter Einsatz der SoWi im Gesetzgebungsverfahren, überhaupt dem gesamten Bereich der Rechtspolitik, dem Strafrecht oder der öffentlichen Verwaltung, im Handels-, Arbeits- und Sozialrecht – um nur einige Beispiele zu nennen, wäre heute notwendiger denn je. Das Zivilrecht könnte dadurch bspw zu einem vertieften Problem- und exakteren Methoden- und Relevanzbewusstsein erwachen, das die SoWi – trotz mancher Spreu – auszeichnet. Und auf dem Boden der Tatsachen zu stehen, ist doch etwas Erstrebenswertes!

Während es im **dtBMdJ** seit Jahrzehnten eine **Abteilung für RTF** gibt, fehlt eine solche Einrichtung in Österreich. Die Konsequenz: Statistiken und Daten zum österreichischen Rechtswesen werden immer spärlicher und schlechter. Es fehlt an jeder ernsthaften Aufbereitung. Die Schwarz-Blau-Regierung hat es geschafft, die freilich schon bisher dürftige – „**Statistik der Rechtspflege**“ aufzulassen. Die sog Privatisierung zerstörte selbst diesen schwächlichen Ansatz einer österreichischen **Justizstatistik**. Betroffen davon ist in besonderer Weise das Zivilrecht. Wir haben nun endgültig den Stand einer rechtstatsächlichen Bananenrepublik erreicht. – Auch das ist kein Zufall.

📖 Vgl dagegen für Deutschland schon: – *R. Bender* (Hg), *Tatsachenforschung der Justiz, Einführung in die Methoden* (1972); – *Bender / Röder / Nack*, *Tatsachenfeststellung vor Gericht I* (Glaubwürdigkeits- und Beweislehre, 1995²) und *II* (Vernehmungslehre, 1995²).

Das **dtBMdJ** gibt auch seit Jahrzehnten eine **Buchreihe „Rechtstatsachenforschung“** heraus in der viele interessante Publikationen erschienen sind, etwa (Auswahl):

📖 *Hartwig* (Hg), *Rechtstatsachenforschung und Kriminologie* (1974, 1978²); – *v. Falckenstein*, *Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände* (1977); – *Gessner/Rhode/Strate/Ziegert*, *Die Praxis der Konkursabwicklung in der BRD/West* (1978); – *v. Bieberstein*, *Gutachten zur Reform des finanzierten Abzahlungskaufs* (1978); – *Gessner/Plett*, *Der Sozialplan im Konkursunternehmen* (1982); – *Holzcheck/Hörmann/Daviter*, *Die Praxis des Konsumentenkredits in der BRD. Eine empirische Untersuchung zur Rechtssoziologie und Ökonomie des Konsumentenkredits* (1982); – *Blankenburg/Gottwald/Stempel* (Hg), *Alternativen in der Ziviljustiz. Berichte, Analysen, Perspektiven* (1982); – *Der Prozessvergleich. Möglichkeiten, Grenzen, Forschungsperspektiven* (1983); – *Drukarczyk/Duttle/Rieger*, *Mobiliarsicherheiten. Arten, Verbreitung, Wirksamkeit* (1985); – *Wettmann/Jungjohann*, *Inanspruchnahme anwaltlicher Leistungen. Zugangsschwellen, Beratungsbedarf und Anwaltsimage* (1989); – *Limbach*, *Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis. Eine Rechtstatsachenstudie* (1989) und dazu *Stempel*, *Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern. Eine Vorlesung*; – *Blankenburg/Leipold/Wollschläger* (Hg), *Neue Methoden im Zivilverfahren* (1991); – *Fiedler/Haft* (Hg), *Informationstechnische Unterstützung von Richtern, Staatsanwälten und Rechtspflegern* (1992); – *Rottleuthner/Lutter*, *Gründe von Ehescheidungen in der BRD* (1992); – *Salgo*, *Der Anwalt des Kindes. Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Rechtsschutzverfahren* (1993); – *Hassels/Hommerich*, *Frauen in der Justiz. Eine empirische Analyse der Berufssituation, Karriereverläufe und Karrierechancen von Richterinnen, Staatsanwältinnen und Rechtspflegerinnen* (1993); – *Jagodzinski/Th. Raiser/Riehl*, *Rechtsschutzversicherung und Rechtsverfolgung* (1994); – *Gottwald/Stempel*, *Streitschlichtung. Rechtsvergleichende Beiträge zur außergerichtlichen Streitbeilegung* (1995); – *Prognos AG (Stock/Wolff Thünte)*, *Strukturanalyse der Rechtspflege. Bilanz eines Forschungsprogramms des BMdJ* (1996).

Verwertbarkeit
sozialwissenschaftlicher
Erkenntnisse


Abteilung für RTF im
dtBMdJ

Buchreihe „Rechtstatsa-
chenforschung“

Bequeme und
willfährige Juristen?

Man darf auf der anderen Seite aber nicht verschweigen, dass die **juristische Arbeit** durch den Einsatz sozialwissenschaftlicher Methoden **nicht immer bequemer** würde. Gefällte Entscheidungen und dogmatische Konzepte würden uU leichter oder überhaupt erst nachprüfbar, die Relevanz des Lehrstoffs verifizierbar. – Das mag mit ein Grund sein, sich gegen eine sozialwissenschaftliche „Infiltration“ zu sträuben. Es hat überhaupt den Anschein, als müsste – immer noch – das Image mancher sowie Disziplin von beträchtlichen emotionalen und ideologischen Vorurteilen seitens der Juristen und der Politik gereinigt werden.

Man mag sich auch immer noch darüber uneins sein, ob die **ReWi** (auch) **eine SoWi Disziplin** ist oder nicht. Bei aller Bedeutung, die terminologischen Fragen auch in diesem Zusammenhang zukommen mag, dürfte es letztlich auf eine gegenseitige fachliche Öffnung (und damit eine mögliche Bereicherung) ankommen, wobei die Jurisprudenz eher der nehmende, als der gebende Teil sein wird. Die Lektüre des immer noch beachtlichen und interessanten Werks von Eugen Ehrlich legt dies nahe; vgl die folgenden Literaturangaben und die Ausführungen in → A.II.

 *E. Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913; 1967³) oder *derselbe*, Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre (1967). – Im Kielwasser der bahnbrechenden Forschungen *Eugen Ehrlichs* bewegte sich in Deutschland *Arthur Nussbaum*: Die Rechtsstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht (1914) und *derselbe*, Die Rechtsstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele (1968). – Zur Bedeutung, welche die Rechtsstatsachenforschung in den USA erlangt hat *M. Rehbinder*, Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Rechtsstatsachenforschung in den USA. Ein bibliographischer Bericht (1970). – Für heute: *Thomas Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland (1993³).

Wertfreiheitsgebot

Ich halte auch den möglichen Einwand gegen eine solche Annahme für nicht stichhaltig, wonach ein Verständnis der ReWi als SoWi gegen das **Wertfreiheitsgebot** von Max Weber verstößt. Auch die SoWi kommen nämlich nicht ohne Wertungen aus. Schon für die SoWi bedarf es demnach einer Korrektur dieser Weberschen Forderung. – Für die ReWi kann das nur bedeuten, dass der Rechtsanwender iwS nicht subjektive Werte in die vorgegebenen normativen Wertungen einbringen darf; damit verbleibt und eröffnet sich aber immer noch, durchaus unter Beachtung der Normtreue, ein flexibler, dem sozialen Wandel Rechnung tragender, Interpretationsspielraum, der keinen Verstoß gegen ein Wertfreiheitspostulat bedeutet. – Webers Wertfreiheitspostulat kann heute nur als Aufforderung zu einem wissenschaftlich bewusst offenen und realistischen Umgang mit Wert(urteil)en verstanden werden! Andernfalls droht Wertfreiheit zur Weltfremdheit zu werden.

Juristische
„Abwehrmechanismen“

Schließlich sei noch kurz auf einen Einwand eingegangen, der häufig von juristischer Seite (!) erhoben wird. Man plädiert dafür keine Erörterungen mehr ernst zu nehmen, die sich mit so allgemeinen Begriffen wie „die“ SoWi, „die“ Jurisprudenz, „die“ Juristen, „das“ Recht, „die“ Dogmatik etc begnügt (Naucke, Struck). Ich glaube, dass dies letztlich nur als Vorwand dient, um die beginnende Annäherung der beiden Disziplinen zu verhindern. Mag es auch pauschalierend sein, von SoWi, der ReWi, der Dogmatik etc schlechthin zu sprechen; die Verwendung dieser allgemeinen Begriffe erfolgt aber gewiss nicht deshalb, weil man nicht wüsste, was damit gemeint ist oder wo im juristischen Bereich sozialwissenschaftliche Erkenntnisse gezielt eingesetzt werden könnten. Der Grund ist vielmehr der, dass es zunächst – jedenfalls in Österreich – grundsätzlich darum geht, den tiefen wissenschaftlichen Graben zwischen ReWi und SoWi einzuebennen. Es gilt überkommene Vorurteile und generelle methodisch-disziplinäre Barrieren abzubauen. Zudem, und auch das sei erwähnt, weiß man sehr wohl, welche sozialwissenschaftlichen Disziplinen für eine mögliche Zusammenarbeit mit der ReWi in Frage kämen.


Vgl etwa die noch von F. Gschnitzer betreute Diss. Von Jurij Fedynskyj, Rechtsstatsachen auf dem Gebiet des Erbrechts im Gerichtsbezirk Innsbruck 1937-1941 (1968).

Die Frage ist freilich nach wie vor die, ob die ReWi eine solche Zusammenarbeit will.

Ein Zitat Max Webers mag abschließend umreißen, was die ReWi von den SoWi zu erwarten hätte:

„Eine empirische Wissenschaft vermag niemanden zu lehren, was er soll, sondern nur, was er kann und – unter Umständen – was er will.“ – Aus: Die ‚Objektivität‘ sozialwissenschaftlicher Erkenntnis (1904), abgedruckt in: M. Weber, Soziologie, Weltgeschichtliche Analysen, Politik 186 ff/190 (1986).

Aber wäre es nicht schon sehr viel, wenn die ReWi wüsste, was sie tut, kann und was sie will?

 ABBILDUNG: Große RS und RT-Forscher (1) bis (5)

3. Nachtrag

Fast überflüssig zu erwähnen, dass auch unser neuer Innsbrucker-(Diplom)Studienplan 2001 die Chance einer angemessenen Berücksichtigung sozialwissenschaftlicher Fächer nicht genützt hat. (Nur mit Glück konnten 2 Stunden Rechtsphilosophie gerettet werden, zumal immer mehr Kollegen diese für überflüssig halten. Angeblich entspricht das dem Zeitgeist. – Allein, der Weg in Richtung „Fachhochschule“ erscheint vorprogrammiert. Das gilt allerdings nicht nur für Innsbruck.) Weder die RS, noch die RTF, noch anderes (zB Rechtspolitik, Legistik, Kautelarjurisprudenz) wurden gebührend berücksichtigt.

II. Rechtstatsachenforschung

„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 in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst. Vielleicht ist in diesem Satze der Sinn jeder Grundlegung einer Soziologie des Rechts enthalten.“

Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, Vorrede (1913)

Der (Alt)Österreicher **Eugen Ehrlich** (1862-1922) – er stammte aus Czernowitz/Bukowina und war dort Professor für römisches Recht und blieb hier bis zu seinem Tod – gilt neben Max Weber (1864-1920) als Begründer der modernen Rechtssoziologie/RS und der Rechtstatsachenforschung/RTF; mag auch der Terminus Rechtstatsachenforschung nicht von ihm, sondern von Arthur Nussbaum (1877-1964) stammen, der jedoch nur als Epigone angesehen werden kann. Ehrlich sprach vor allem vom „lebenden Recht“ und stellte dieses dem (oft toten oder doch viel weniger bedeutsamen) Gesetzesrecht gegenüber. Er sprach aber – interessant für die künftige Bezeichnung der Disziplin – bereits von „juristischen Tatsachen“ („Über Lücken im Recht“). Inhaltlich hatte Ehrlich die neue Disziplin bereits vollständig aufbereitet, ehe andere ihm folgten. – Für Ehrlich war die RTF die praktisch-empirische Seite der RS.


Eugen Ehrlich

Überzeugend die verschiedenen Publikationen von M. **Rehbinder** und Th. **Raiser**, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland 94 ff (1999⁴). – In der Literatur kam es dagegen zu Ausgrenzungen Ehrlichs und wissenschaftsgeschichtlichen Verzeichnugen zugunsten Nussbaums; vgl etwa Büllsbach, in: Kaufmann/Hassemer (Hg), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart 453 ff (1994⁶) und insbesondere in: Chiotellis/Fikentscher (Hg), Rechtstatsachenforschung 1 und 78 ff (1985).

Wissenschaftshistorische Verzeichnugen

Ehrlich gründete bereits 1910 ein **Seminar für „Lebendes Recht“**, das jedoch mit keinerlei finanziellen Mitteln ausgestattet wurde. – Seine **Arbeitsschwerpunkte** waren neben der Rechtsgeschichte, das geltende Privatrecht und die Grundlagen und -fragen des Rechtsdenkens und der Rechtswissenschaft. Früh warb er in noch heute interessanten **Publikationen** für seine Ideen; vgl „Soziologie und Jurisprudenz“ (1906), „Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts“ (1906), „Die Erforschung des lebenden Rechts“ (1911), „Ein Institut für lebendes Recht“ (1911), „Das lebende Recht der Völker der Bukowina“ (1912) und vor allem in seiner umfassenden, 1913 erschienenen, „Grundlegung der Soziologie des Rechts“.

Lebendes Recht

 ABBILDUNG: Eugen Ehrlich: Porträt (1) bis (9)

1. RTF – Empirischer Teil Rechtssoziologie

RS und RTF

Während die RS sich zum Ziel setzt, die Zusammenhänge von Recht und Gesellschaft im Großen wie im Kleinen aufzuhellen, geht es der RTF darum, einerseits aufzuzeigen wie das geltende Recht samt seinen Methoden „lebt“ – also bspw aufzuklären, ob und wie bestimmte Normen angewandt werden oder nicht, ob sie angenommen werden oder nicht – und andererseits, darauf aufbauend, die gewonnenen faktisch-normativen Einsichten für die Kautelarjurisprudenz, die Legistik, Dogmatik und insbesondere auch die Rechtspolitik zu verwenden. Beide Disziplinen dienen somit einem besseren Verständnis des Rechts und seiner Wirkung indem das Recht und seine Erscheinungsformen als Teile von Kultur und Gesellschaft verstanden werden. Dies ist keineswegs so selbstverständlich wie es vielleicht erscheinen mag, haben doch bspw – wenn auch in unterschiedlicher Weise – sowohl das römische Recht, als auch der Rechtspositivismus versucht, das Recht von seinen gesellschaftlich-kulturellen Wurzeln zu trennen und es als autonome Disziplin in splendid isolation zu etablieren; legal isolationism. Ein solches Verständnis wird aber dem Recht und seinen vielfältigen gesellschaftlichen Aufgaben nicht gerecht.

RTF: Ergänzung der RS

Ehrlich ging es bei der Erforschung des lebenden Rechts um eine **empirische Ergänzung der RS**. Wie M. Rehbinder betont, sollten die RTF und die soziologische Jurisprudenz Ehrlichs RS vervollständigen:

„Ohne sie wäre die Rechtssoziologie zu einem Elfenbeinturm-Dasein verurteilt.“


law in the books und
law in action

Wie nach der späteren, bildhaften Unterscheidung von Roscoe Pound, ging es schon Ehrlich darum, nicht nur das „law in the books“, sondern das „law in action“ zu untersuchen und zu erforschen. Ehrlich schrieb in dem 1911 in den JBl veröffentlichten Aufsatz „Ein Institut für lebendes Recht“:

„Ein Blick in das Rechtsleben zeigt, dass es ganz überwiegend nicht vom Gesetz, sondern von der Urkunde beherrscht wird. Das ganze nachgiebige Recht wird vom Urkundeninhalt verdrängt. In den Ehepakten, Kauf-, Pacht, Baukredit-, Hypothekendarlehensverträgen, in den Testamenten, Erbverträgen, Satzungen der Vereine und Handelsgesellschaften, **nicht in den Paragraphen der Gesetzbücher muß das lebende Recht gesucht werden.**“ (Hervorhebung von mir)

Konzept des
„lebenden Rechts“

Ehrlichs Konzept des „lebenden Rechts“, das stark vom Rechtsleben der Bukowina beeinflusst ist, fand große internationale Beachtung. Am wenigsten konnte sich jedoch der deutschsprachige Rechtsraum mit Ehrlichs Denken anfreunden. Zu stark waren hier reine Dogmatik, Theorielastigkeit und rechtspositivistisches Gedankengut verbreitet.

 Mehr zu Ehrlichs Rechtsdenken und der Entstehung der RTF in: – *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913, 1989⁴) und *derselbe*, Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsatsachenforschung und zur Freirechtslehre (hg von M. Rehbinder, 1967). Vgl ferner *M. Rehbinder*, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich (1967). – Sehr zu empfehlen ist der Überblick über Leben, Werk und Wirkung Eugen Ehrlichs bei *Th. Raiser*, Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland 94 ff (1999³).

Fragen der RTF

Die RTF fragt auch danach: Was sind die Tatsachen auf denen das Recht aufbaut? Wie wird Recht eingesetzt, angewandt, verstanden? Aber auch: Welche gesellschaftlichen Fakten „setzt“ das Recht? – Die Antwort ist gerade für einen aufgeklärten juristischen Standpunkt schwieriger, als es erscheinen mag, wie einige Stichworte und Gegensatzpaare veranschaulichen mögen:

Naturrecht versus Rechtspositivismus, Sein und Sollen sowie die daraus abgeleitete Einteilung in Seins- und Sollenswissenschaften, das Verhältnis von Recht und Gesellschaft, legal isolationism uam. – Schon Platon erwähnt in seinen „Nomoi“/Die Gesetze, dass ein Gesetzgeber, der seine Sache ernst nimmt, auch gewisse natürliche Gegebenheiten und Fakten berücksichtigen müsse: Land und Klima, Binnen- oder Seelage eines Landes, Wind, Wetter, Geographie, aber auch die Charaktereigenschaften der Menschen, das Verhältnis der Geschlechter, die politischen und historischen Rahmenbedingungen (Ausformungen) von Freiheit und Gleichheit, menschliche Altersgruppen und Zustände (Alte, Schwache, Kinder, Jugendliche) etc. Heute kennen wir verschiedenste Schutznormen/-einrichtungen: etwa das Arbeitsrecht, die Adoptionsregeln, KSchG und MRG, PHG oder Sachwalterschaft, Patientenvertretung und UbG.

Vorgegebene Rechts-Tatsachen finden sich demnach in jeder Rechts-Ordnung und die bunte Vielfalt darauf aufbauender rechtlicher Lösungen ist auch auf die unterschiedlichen **Tatsachen-Voraussetzungen von Rechtsregeln** zurückzuführen. Freilich auch auf die aus historischen und anderen Gründen unterschiedlich gewachsenen **Rechtskulturen**, denen Ehrlich ebenfalls sein Augenmerk schenkte.

Es kann demnach kein Zweifel bestehen, dass Fakten existieren von denen das Recht auszugehen, die es angemessen zu berücksichtigen hat, will es seiner Aufgabe gerecht werden. – Neben den unmittelbar auf der „menschlichen Natur“ beruhenden Tatsachen existieren jene anderen, die durch den Umgang der Menschen miteinander und mit dem Recht entstehen: Die RTF interessiert sich auch dafür – übrigens seit der griechischen Antike (Aristoteles, Theophrast), welche Verträge geschlossen werden, was ihr Inhalt ist, wie die Verfassungen verschiedener Staaten beschaffen sind, wie und welche Urteile und Bescheide gefällt, wie Verkehrssitten, Gewohnheitsrecht, rechtlich relevante Sitten beschaffen sind und festgestellt werden können uvm. Dazu kommt schon bei den Griechen, die immer wieder diskutierte Frage, ob die Regeln von Gesellschaften (Recht) sich an der Natur und ihren Gesetzen zu orientieren haben; sog Nomos-Physis-Problem. – Es wurde daher immer wieder auch in der Neuzeit danach gefragt, „ob das Recht nach Naturgesetzen lebt“; vgl F. Gschnitzer, in: FGL 419 ff (1945/1993).

 ABBILDUNG: Zum Begriff „Rechtskultur“ (1)-(3)

Die Lebensferne des Rechtsdenkens stellt/e immer wieder ein Problem dar. – Die RTF lehrt uns daher auch, dass die Bereiche von **Sein und Sollen** keinesfalls, wie das der „Reinen Rechtslehre“ vorschwebte, völlig getrennt und nicht aufeinander bezogen verstanden werden dürfen. Das zeigt schon die einfache Beobachtung, dass rechtliches Beurteilen zwischen der Seins- und Sollensebene hin- und herpendelt, bspw von einer der Seinsebene angehörenden (Rechts)Verletzung ausgeht, diese rechtlich bewertet und die darauf folgende sanktionierende Sollensanordnung idR das Ziel verfolgt, erneut eine Änderung des Seinszustands herbeizuführen. – (Rechts)Empirie fördert zudem das Relevanzempfinden und die Erkenntnisqualität obendrein. Das wussten schon die Schöpfer der europäischen Rechtswissenschaft: Platon, Aristoteles und Theophrast.

Lebensferne des
Rechtsdenkens

2. Wozu dient die RTF?

Die wichtige **empirische Orientierung** der RTF dient durch Daten- und Faktenaufbereitung etwa der **Bundes- und Landesgesetzgebung**, aber auch der **Politik, Interessenvertretungen** und natürlich auch der **Wissenschaft** etc. Allgemein können besonders **Rechtspolitik** und **Legistik** erwähnt werden. – Der beklagenswerte Zustand des österreichischen Justizstatistikwesens zeigt uns, wie notwendig eine solide RTF wäre; vgl schon Pkt I. Der RTF bedürfen aber auch das Rechtsberatungswesen, viele Interessenverbände sowie Forschung und Wissenschaft, letztere um ihrer kritischen Rolle gerecht werden zu können. Fehlt die Faktenbasis, die Zahlen, lassen sich Relevanzaussagen kaum oder überhaupt nicht treffen. Argument steht dann oft gegen Argument und auch das bessere gewinnt nicht jene Kraft, die es faktengestützt erlangen könnte. – Der bislang geübte weitgehende **Verzicht von Rechtsdogmatik und (Rechts)Politik auf RTF** ist leider kein zufälliger. RTF vermag Praxis zu erkennen, und zwar in positiver wie in negativer Hinsicht; wodurch Fehlentwicklungen rechtzeitig erkannt und beseitigt werden könn(t)en. – RTF ist demnach auch ein Mittel um Theorie und Praxis einander anzunähern.

Verzicht auf RTF?

Eugen Ehrlich war sich seiner Pionierstellung bewusst. In seinem Aufsatz „Soziologie des Rechts“ (1913/14) führt er aus:

Pionierstellung
Eugen Ehrlichs

„Ich arbeite fast überall auf jungfräulichem Boden, musste mir oft genug selbst mit der Axt den Weg durch die Dickichte bahnen; es fehlte an Material, an Vorarbeiten, an Literaturnachweisen; um nur eine Übersicht über den Stoff zu gewinnen, musste ich fast alle europäischen Sprachen erlernen und weite Reisen unternehmen. Aber der Grund dürfte gelegt sein, und wenn darauf zum Teile nur ein Notbau ausgeführt werden konnte, es werden sich wohl recht bald andere finden, die den Ausbau im einzelnen übernehmen werden.“

Rechtsunterricht Wichtig war Ehrlich auch die Rolle von RTF und RS für den **Rechtsunterricht**. So wie es Ziel seiner wissenschaftlichen Arbeit war, die **Rechtswissenschaft** und die **Rechtspraxis** zu verbessern, hoffte er auch den **Lehrbetrieb** anregen und interessanter, lebens- und praxisnäher gestalten zu können. – Dazu findet sich ein schöner Beleg in seinem Aufsatz „Die Erforschung des lebenden Rechts“ aus dem Jahre 1911:

„Es ist bekannt, dass an einigen großen Universitäten Deutschlands und Österreichs die Hörsäle der juristischen, oder wie sie in Österreich heißt, der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät die eingeschriebenen Hörer gar nicht zu fassen vermöchten. Trotzdem hat man sie gewiss nur sehr selten überfüllt gesehen. Dem angehenden Juristen hat eben eine gütige Fee die Fähigkeit in die Wiege gelegt, die Vorlesungen in seiner Abwesenheit zu hören. Es gibt kaum ein Gebiet des höheren Unterrichts, wo sich eine solche Erscheinung annähernd in demselben Masse wiederholte. Im allgemeinen geizt der Mediziner, der Techniker, der Philosoph nach jedem kostbaren Tropfen des Wissens, das er sich an der Lehranstalt zu beschaffen vermag: an der juristischen Fakultät hat der akademische Lehrer nicht selten das Gefühl, dass ihm seine Hörer einen Gefallen zu erweisen glauben, wenn sie in seine Vorlesung kommen. Dass der Unterricht unter solchen Umständen, wenn man von einer kleinen auserlesenen Schar absieht, keinen glänzenden Erfolg zeitigen kann, ist freilich zweifellos: ohne werktätige Teilnahme des Schülers kann bekanntlich der beste Lehrer nicht viel leisten.“ – Usw.

3. Gesetzliches und gesellschaftliches Recht

Ehrlichs Forschungen gingen von der Einsicht aus, dass gesetzliches und gesellschaftliches Recht nicht (immer) übereinstimmen. Das Recht nach dem die Menschen leben ist oft ein anderes, als das des Gesetzgebers. – Das hat viele Gründe. Unter anderem den, dass die Gesetze die gesellschaftliche Wirklichkeit nur unvollkommen und lückenhaft erfassen, was RTF zu bessern vermag. Dazu treten – für das Rechtsleben und seine Qualität iSv Lebensverbundenheit – wichtige Verweisungen des Gesetzes auf ausserrechtliche Normen; vgl § 879 ABGB oder § 242 dtBGB oder § 346 HGB uam. Aber auch klare Gesetzesbefehle bleiben mitunter totes Recht. Man denke an die Nichtanwendung der §§ 16 ff ABGB bis etwa 1970 für den Bereich des Persönlichkeitsschutzes. Und noch heute gibt es Juristen, die das nur zögerlich zur Kenntnis nehmen. Wie zu Zeiten Savignys und Ungers.

Das Gesetz enthält
nicht alles

Man denke auch an das Verständnis der §§ 308, 339 oder 364a ABGB oder die Annahme eines dritten Falles der Übergabe durch Erklärung in § 428 ABGB, der eigentlich aus dem preußischen ALR stammt. Auch das für Laien kaum zugängliche Verständnis des § 429 ABGB (Versendungskauf) gehört hierher, das den Gesetzestext ins Gegenteil verkehrt. Vgl auch die restriktive Auslegung des § 879 Abs 1 ABGB, das Verständnis der §§ 871, 872 ABGB, die Rspr-Änderung des § 956 ABGB (Schenkung auf den Todesfall), die aus § 1319 ABGB gewonnene Analogie auf „Gewachsenes“ oder das allzu einengende Verständnis des wechselbezüglichen Testaments durch die Judikatur. Ganz zu schweigen davon, dass ganze Rechtsinstitute außergesetzlich entwickelt wurden und Tag für Tag angewendet, aber vergeblich im Gesetzbuch gesucht werden. Das gilt für den Eigentumsvorbehalt, die *cic*, den Wegfall/die Störung der Geschäftsgrundlage uam.

RS – wahre
Rechtswissenschaft

Für Ehrlich war daher die **RS** die **wahre Rechtswissenschaft**. Er übte Kritik an der positivistischen Jurisprudenz und monierte, wie erwähnt, dass diese das Wesen und die Wirklichkeit des Rechts nicht wirklich erfasse. Daher ist die herkömmliche ReWi für ihn eigentlich keine Wissenschaft, sondern blosse Technik und handwerkliche Kunstlehre für Juristen. – Die RS dagegen erforsche das Recht als gesellschaftliche Erscheinung, seinen Entstehungs- und Entwicklungs- sowie seinen Anwendungsprozess. – Daher ist die Jurisprudenz für ihn auch eine Gesellschafts- oder Sozialwissenschaft; Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913).

Anwendung
induktiver Methoden

Zur Feststellung des „lebenden Rechts“ dienen **induktive Methoden** der empirischen Sozialforschung: Fragebogen, verschiedene Arten des Interviews, die Sammlung und Auswertung von Urkunden, Vertragsformularen, Entscheidungen/Urteilen etc und deren Inhaltsanalyse, aber auch historisches und zu vergleichendes Material.

Aristoteles: Schöpfer der
wissenschaftlichen
Induktion

Das Fruchtbarmachen induktiver Methoden für die Wissenschaft verdanken wir **Aristoteles**, der aber alles andere als ein Fliegenbeizähler war. Ziel induktiver wissenschaftlicher Methoden war schon für ihn das Erkennen des Allgemeinen (im Besonderen) und das wissenschaftliche Aufbereiten von Erfahrungswerten. – Aristoteles und **Theophrast** unternahmen nicht nur im Bereich der Naturwissenschaften, sondern auch in der eben erst (durch diese

Untersuchungen) geschaffenen griechischen Rechtswissenschaft umfangreiche empirische Untersuchungen, die von (rechts)geschichtlichen und (rechts)vergleichenden Betrachtungen begleitet wurden. So untersuchte Aristoteles bspw 158 griechische Polisverfassungen mit dem Ziel, die „beste“ Verfassung aufzeigen zu können. (Es darf daran erinnert werden, dass noch heute das Ziel der Rechtsvergleichung in der Suche nach der „besten“ oder doch „besseren“ Lösung/en liegt.) Theophrast erforschte in einer Parallelstudie den Kaufvertrag und die verwendeten Sicherungsmittel in den griechischen Poleis; insbesondere auch den Kreditkauf. Leider ist diese wertvolle Studie Theophrasts, mit der die griechische Privatrechtswissenschaft beginnt, fast vollständig verloren gegangen.

Weil der übliche **Rechtsbegriff**, der sich idR nur auf das Gesetzesrecht bezieht, nicht ausreicht, unterscheidet Ehrlich drei Arten von Recht:

- (1) **Gesellschaftliches Recht**, als die Organisationsregeln der menschlichen Verbände und deren innere Ordnung; hierher gehören Familie, Vereins- und Gesellschaftsrecht, RAO, NotO etc.
- (2) **Juristenrecht**: Das sind die Entscheidungsnormen/Rechtssätze und das Verfahrensrecht nach denen die Gerichte Streitigkeiten schlichten und Anwälte und Notare etc ihre Tätigkeit orientieren.
- (3) **Staatliches Recht**: Das sind die Rechtsvorschriften für Polizei, Militär, die Steuergesetze sowie die Mittel sozialer Gestaltung.

Ehrlichs Rechtsbegriff umfasst 3 Arten von Recht

Ehrlich schätzt insgesamt die Macht des Staates, sein gesetztes Recht durchzusetzen, realistisch, gering ein.

Den **Juristen** schreibt Ehrlich eine bedeutende gesellschaftliche Funktion zu; und zwar den Richtern, den Vertretern der Rechtswissenschaft, den Anwälten, den Kautelarjuristen (zB Notaren, Beratungswesen von Kammern, Gewerkschaften, Vereinen), also all jenen, die später mit dem Begriff des sog Rechtsstabes bezeichnet wurden. – Den Juristen obliegt es nach Ehrlich auch zwischen den drei Arten des Rechts zu vermitteln, ihre Regeln zu verflechten und allenfalls umzuformen. – Gerechte Lösungen zu schaffen ist nach Ehrlich eine hohe Kunst. Dazu folgender schöner Beleg aus Ehrlichs Feder:

Bedeutende gesellschaftliche Funktion der Juristen

„Denn die **Gerechtigkeit** beruht zwar auf gesellschaftlichen Strömungen, aber sie bedarf, um wirksam zu werden, der persönlichen Tat eines Einzelnen. Sie ist darin **am ehesten der Kunst vergleichbar**. Auch der Künstler schöpft sein Kunstwerk, wie wir heute wissen, nicht aus seinem Innern, er vermag nur das zu formen, was ihm von der Gesellschaft geboten wird; aber ebenso wie das Kunstwerk, obwohl ein Ergebnis gesellschaftlicher Kräfte, doch erst vom Künstler mit einem Körper bekleidet werden muss, so braucht auch die Gerechtigkeit eines Propheten, der sie verkündet; und wieder gleich dem Kunstwerk, das, aus gesellschaftlichem Stoffe geformt, vom Künstler den Stempel seiner ganzen Persönlichkeit erhält, verdankt die Gerechtigkeit der Gesellschaft nur ihren rohen Inhalt, ihre individuelle Gestalt dagegen dem Gerechtigkeitskünstler, der sie gebildet hat. Wir besitzen weder eine einzige Gerechtigkeit noch eine einzige Schönheit, aber in jedem Gerechtigkeitswerk ist die Gerechtigkeit, ebenso wie aus jedem wirklichen Kunstwerk die Schönheit zur Menschheit spricht. Die Gerechtigkeit, so wie sie in Gesetzen, Richtersprüchen, literarischen Werken individuell gestaltet wird, ist in ihren höchsten Äußerungen **das Ergebnis genialer Synthese der Gegensätze**, wie alles Großartige, das je geschaffen worden ist.“ (Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913: Hervorhebungen von mir) – Damit gibt sich Ehrlich als Vertreter der griechischen Mesoteslehre (Solon, Platon, Aristoteles), also der Lehre von der „Mitte“ zu erkennen.

4. Ehrlichs Methodenkritik


Sein Wissenschaftsverständnis ließ Ehrlich auch die herrschenden Rechtsanwendungsmethoden seiner Zeit und insbesondere den Rechtspositivismus kritisieren. Seine Verwurzelung in der österreichischen (Privat)Rechtsordnung war dabei prägend. Bedauerlicher Weise ist sein fertiggestelltes (Grundlagen)Werk zu diesem Fragenkreis – es handelte sich um die überarbeitete und beträchtlich erweiterte Fassung seiner Programmschrift: „Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft“ von 1903 (dazu gleich mehr) – verloren gegangen. Sie trug den Titel: „Theorie der richterlichen Rechtsfindung“, was mE dem, was Ehrlich uns vermitteln wollte, gerechter wird als der alte Titel, und enthielt auch Ausführungen über die Methoden und Ergebnisse seiner empirischen Rechtsforschungen; vgl M. Rehinder, „Einleitung“ zu „Recht und Leben“ 7. Dieses Verständnis Ehrlichs wurde später von R. Dworkin (übernommen? und) fortgeführt. Es wurzelt signifikant in der österreichischen Rechtsordnung.

„Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft“

Freirechtsschule	Ehrlich wurde mit der eben erwähnten Programmschrift zum Begründer und einem der geistigen Galionsfiguren der sog Freirechtsschule , der neben ihm insbesondere auch Hermann Kantorowicz (1877-1940), Ernst Fuchs (1859-1929) und Hermann Isay (1873-1938) angehörten.
Kritik am Dogma der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung	Kritisiert wurde von der Freirechtsschule vor allem das Dogma des Rechtspositivismus von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung und der daraus abgeleiteten Behauptung, die Rechtsordnung halte für jeden „Fall“ bereits eine Lösung bereit, weshalb der Richter bloß korrekt zu subsumieren brauche; Subsumtionsautomat. – Demgegenüber betonte Ehrlich, dass der Richter nicht bloß „la bouche, que prononce la parole de la loi“ (Montesquieu) sei, sondern ein eigenverantwortliches Organ der Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung.
Falsche und unberechtigte Kritik an der Freirechtsschule	Diese Position Ehrlichs wurzelt im Verständnis des § 7 ABGB, der von Karl Anton von Martini gegen beträchtliche Widerstände in den Jahren 1792-1796 durchgesetzt worden war; vgl dazu ua meine Ausführungen, in: Barta/Palme/Ingenhaeff (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 71 ff (1999). Ehrlichs Orientierung am ABGB wurde gerade von deutschen Betrachtern übersehen. Falsche und unberechtigte Kritik an Ehrlich und der Freirechtsschule war die Folge. Der Vorwurf, sie hätte eine arbiträre Rspr ohne jede Bindung an das Gesetz gefordert, ist aber falsch. Ehrlich forderte im Gegenteil vom Richter Gesetzestreue, sofern sich ein Fall aus dem Gesetz entscheiden lasse und vertrat – wie das ABGB – die Meinung, dass der Richter nur bei Vorliegen einer Lücke ohne explizite gesetzliche Grundlage jedoch „im Geiste des bestehenden Rechtes“ entscheiden dürfe; vgl „Über Lücken im Rechte“, in: „Recht und Leben“ 80 ff. Auch hier nahm er also keine normativ ungebundene richterliche Freiheit an, sondern eine iSd ABGB mittelbar an den Regelungsgehalt des Gesetzes und der Rechtsordnung (ABGB: „natürliche Rechtsgrundsätze“) gebundene Entscheidungskompetenz des Richters. Diejenigen, die Ehrlichs vielleicht nicht ganz glücklich bezeichnete „freie“ Rechtsfindung und „freie“ Rechtswissenschaft kritisieren, nehmen für sich oft viel größere Freiheiten in Anspruch, als dies Ehrlich je in den Sinn gekommen wäre. Ehrlich betonte, in der österreichisch-naturrechtlichen Tradition K. A. v. Martinis stehend, die schöpferische Richterpersönlichkeit . Dies auch uH auf England, die USA und Rom. (Das historisch grundlegende griechische Rechtsdenken bezog er als Römischrechtler nicht in seine Forschungen ein.) Er schränkte aber zusätzlich ein, wenn er ausführte: „Die freie Rechtsfindung ist konservativ wie jede Freiheit, denn Freiheit bedeutet eigene Verantwortung, Gebundenheit wälzt die Verantwortung auf andere ab.“ – Fragen kann man vielleicht, ob eine solche Haltung das epiteton ornans „konservativ“ verdient.
Kontroverse mit Kelsen	Ehrlichs fundierte und leidenschaftliche (Methoden)Kritik stieß auch auf die Ablehnung manches Rechtsdogmatikers und der Schuljurisprudenz sowie – vor allem – des Rechtspositivismus. Es kam ua zu einer eingehenden Kontroverse mit dem Rechtspositivismus in der Person Hans Kelsens : Vgl ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialpolitik) 1915, 839 (Kelsen); ARSP 1916, 844 (Ehrlich); ARSP 1916, 850 (Kelsen-Replik); ARSP 1916/17, 609 (Ehrlich-Duplik) und ARSP 1916/17, 611 (Kelsen-Schlusswort).
Kritik an der Begriffsjurisprudenz	Inhaltlich richtete sich Ehrlichs soziologische Jurisprudenz samt Freirechtsschule aber nicht nur gegen den Rechtspositivismus, sondern auch gegen die im 19. Jahrhundert starke Begriffsjurisprudenz , der es – cum grano salis – um die Ableitung/Deduktion von Rechtssätzen aus Begriffen (wie Rechtsgeschäft oder juristische Person) ging. Aus der Existenz solch' normativer Begriffe wurden weitere rechtlich relevante Konsequenzen logisch abgeleitet. G. F. Puchta (1798-1846), der Nachfolger F. C. v. Savignys (1779-1861) in der Führung der Historischen Rechtsschule, B. Windscheid (1817-1892) und der jüngere R. v. Ihering (1818-1892) waren ihre Hauptvertreter. Begriffe wurden hierarchisch gegliedert, was Puchta „Genealogie der Begriffe“ nannte und Ihering meinte: „Die Begriffe sind produktiv, sie paaren sich und zeugen neue.“ (Geist des römischen Rechts, Bd I und II, 1866 ² /1869 ²). Berühmt-berüchtigt ist Iherings starres Festhalten an der Verschuldenshaftung noch zu einer Zeit, für welche die gewerblich-industrielle Entwicklung längst eine effiziente Gefährdungshaftung benötigte. (Der entscheidende Fortschritt kam daher nicht durch die Rechtsdogmatik des gemeinsamen Zivilrechts, die in dieser sensiblen gesellschaftlichen Phase – mangels adäquater Orientierung am gesellschaftlich Erforderlichen – versagt hatte, sondern durch helle Köpfe der Bismarckadministration.) Iherings pseudowissenschaftlich an die Naturwissenschaften angelehnte Formulierung lautete: „Nicht der Schaden verpflichtet zum Ersatz, sondern die Schuld – ein einfacher Satz, ebenso einfach wie der des Chemikers, dass nicht das Licht brennt, sondern der Sauerstoff der Luft.“

Dem fügte der damals methodisch noch verblendete Ihering, die Quelle seiner Erkenntnis nennend hinzu:

„... das Römische Recht führte mich über sich selbst hinaus, indem es mir Gedanken von allgemein gültiger Wahrheit entgegenbrachte.“

 Dazu *Barta*, Kausalität im Sozialrecht 63, 141 ff, 173 f (1983) und *Barta*, Medizinrecht 27 ff (1995).

Das Programm der **Begriffsjurisprudenz** war aber insgesamt nicht so reaktionär wie das mitunter dargestellt wird, aber ihre gesellschaftsfernen logisch-konstruktivistischen Annahmen bedurften der Korrektur. Ihre Entstehung war wohl auch eine Folge der in Deutschland fehlenden Kodifikation und der Weigerung der politisch wie universitätsorganisatorisch starken Historischen Rechtsschule, Konsequenzen aus der gesellschaftlichen Entwicklung für das Recht zu ziehen. (Daraus ließe sich manches lernen!)

Ihering wandte sich später von dieser Position ab und ironisierte sie sogar in seinem Werk „Scherz und Ernst in der Jurisprudenz“ (1884); vgl auch sein Werk „Der Kampf um’s Recht“ (1872). Hauptwerk der späteren Schaffensperiode Iherings ist „Der Zweck im Recht“ (2 Bde: 1877/1883), womit Ihering zum Ahnherrn der **Interessenjurisprudenz** wird, als deren Vertreter Philipp **Heck** (1858-1943), Heinrich **Stoll** (1891-1937) und Rudolf **Müller-Erzbach** (1874-1959) gelten. Diese neue methodisch-theoretische Orientierung bedeutet auch eine Öffnung des Rechts- und Zivilrechtsdenkens in Richtung Gesellschaft und der sie bestimmenden Kräfte, worin ein erster Ansatz in Richtung soziologische Jurisprudenz liegt.

Interessenjurisprudenz


 ABBILDUNG: Eugen Ehrlich: Freirechtsschule (1) bis (3)

5. Zur Bedeutung Eugen Ehrlichs

Die praktische Wirkung von Ehrlichs Kritik an der Rechtswissenschaft seiner Zeit war beachtlich. Und sie war – wie erwähnt – im nichtdeutschsprachigen Ausland noch viel größer als in Deutschland und Österreich. In seiner – und damit der österreichischen – Tradition stehen nicht nur die **RS** und die **RTF**, sondern – zum Teil fast unbemerkt – auch die noch heute existente und anerkannte **Interessenjurisprudenz** samt **neueren Methodenlehren** (J. Esser, K. Larenz, W. Fikentscher; in den USA weist das Denken R. Dworkins in Bezug auf dessen Verständnis der Rechtsanwendung eine starke Affinität auf) und die moderne **Rspr**, für die Lückenfüllung und moderate richterliche Rechtsfortbildung selbstverständlich geworden sind. – Man sollte dabei nicht übersehen, wie modern die Konzeption des ABGB in ihrer harmonischen Verschränkung von Auslegung und Lückenfüllung von Anfang an gewesen ist und welch’ unfruchtbare Auseinandersetzungen Österreich dadurch erspart blieben. „Bekämpft“ werden musste in Österreich – neben dem Rechtspositivismus – „nur“ die Historische Rechtsschule, deren österreichischer Vertreter J. Unger war; dazu → Kapitel 4.C., S. 248: Persönlichkeitsrechte.

Dass es in Österreich bislang weder ein (Universitäts)Institut, noch im BMfJ eine Abteilung für RTF gibt, gereicht unserem Land nicht zur Ehre. – Ein **Eugen-Ehrlich-Institut** mit einem adäquaten Aufgabenbereich ist überfällig. Die Politik ist aufgerufen, dies so rasch wie möglich nachzuholen. Vgl auch das unter Pkt I Gesagte.

Eugen-Ehrlich-Institut

 ABBILDUNG: Max Weber: Porträt (1) bis (6); ABBILDUNG: Max Weber: Vertragsfreiheit (1) bis (10); ABBILDUNG: Max Weber: Methode (1) + (2); ABBILDUNG: Max Weber: Konzept des „Idealtypus“ (1) bis (4); ABBILDUNG: Max Weber: Werturteilsfreiheit (1) bis (5); ABBILDUNG: Arthur Nussbaum: 1877-1964 (1) bis (3); ABBILDUNG: Arthur Nussbaum: Programm der RTF (1) bis (6); ABBILDUNG: Was will die RTF?; ABBILDUNG: Wichtigste Anwendungsbereiche der RTF (1) + (2); ABBILDUNG: Aristoteles und Theophrast; ABBILDUNG: Methoden der RTF (1) bis (10); ABBILDUNG: „Kausalität im Sozialrecht“ (1) bis (5); ABBILDUNG: Judikaturanalyse (1) bis (6); ABBILDUNG: RTF und Altenrecht – zusammengestellt von M. Ganner (1) bis (23); ABBILDUNG: J. Fedynskij, Rechtstatsachen auf dem Gebiete des Erbrechts im Gerichtsbezirk Innsbruck 1937-1941 (1968) – zusammengestellt von F. J. Giesinger (1) bis (13); ABBILDUNG: Rechtstatsachen im Organtransplantationswesen in Deutschland, Österreich und der Schweiz – zusammengestellt von Elmar Sebastian Hohmann (1) bis (51)

Weitere Foliendarstellungen im Internet als „Links“

6. Statistisch-rechtstatsächliche Hilfsmittel

Hier sollen nur einige kurze weiterführende Hinweise gegeben werden, was trotz der **Justiz-Daten-Misere in Österreich** "gefunden" werden kann. Ich beschränke mich dabei auf eine Internetdarstellung, weil das Angebot wahrlich keine Bäume ausreißt:

 ABBILDUNG: Statistische Hilfestellungen in Österreich; ABBILDUNG: Statistik Austria: Rechtspflege; ABBILDUNG: Statistik im Internet

C. Weltbild, Menschenbild und Menschenwürde – Zur Rolle der Medizin in modernen Gesellschaften

I. Weltbild und Menschenbild im Spannungsfeld von Recht und (Transplantations)Medizin

Wie die Generationen vor uns, haben auch wir unser **Weltbild** aufzubauen, das immer weniger dem unserer Vorfahren gleicht. Teil dieses Weltbildes ist das **Menschenbild** und – daraus fließend – das Verständnis der **Menschenwürde**. Zu unserem Menschenbild und unserem Verständnis der Menschenwürde zählen auch die über den Tod hinaus reichenden Persönlichkeitsrechte auf ein würdevolles Sterben (§ 5a KAKuG) und einen pietätvollen Umgang mit dem toten menschlichen Körper; §§ 16, 17 ABGB iVm § 62a Abs 1 KAKuG. Dazu tritt der strafrechtliche Schutz der Totenruhe nach § 190 StGB.

Die Rechtsphilosophie ist gefordert

Mit dem Weltbild – das ebenfalls keine statische Größe darstellt – ändern sich auch seine Teile und umgekehrt. – Fragen von Recht und Medizin reichen tief in diese Sektoren hinein, was für uns von Bedeutung ist. Auch die **Rechtsphilosophie** ist gefordert, schweigt aber zu oft. – Weltbilder werden von Gesellschaften nicht autoritativ vorgefertigt, mag es auch (vor)herrschende Strömungen und Antworten geben. Wir alle sind gefordert, einen Beitrag zum gegenwärtigen Weltbild sowie zu den Konturen des Menschenbildes und der Menschenwürde zu leisten. Bestehen diese Begriffe doch aus Versatzstücken kollektiver und individueller Provenienz.

1. Medizin und Menschenbild

Die Medizin bräuchte ein **ganzheitliches Menschenbild** auf der Höhe der Zeit. Aber Medizin- und Bioethik greifen immer wieder zu kurz. Der Begriff des Menschenbildes wird zwar mitunter bemüht, aber meist zur Rechtfertigung eigenen Handelns. In Frage gestellt wird meist zu wenig. Ergänzt wird das oft noch durch den Hinweis auf einen persönlichen religiösen Hintergrund, was die Sache nicht einfacher macht. – Dazu kommt: Entscheidungen in diesem wichtigen Bereich menschlicher Existenz sollten nicht im Schnellverfahren getroffen werden. Sie brauchen Zeit und Sorgfalt, demnach Eigenschaften, denen die Politik häufig keine größere Bedeutung beilegt, von der Wissenschaft aber eingemahnt werden müssen. – Ein Zurückdrängen der Fächer Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und Rechtssoziologie fördert diese Erkenntnisprozesse nicht, sondern unterläuft sie. Der Medizin, Politik und der Wirtschaft sind aber **abhängige** und **ungebildete Juristen/innen** lieber, als autonom denkende.

Anthropotechniken?

Aber ist die Transplantationsmedizin im Vergleich zu gentechnischen **Anthropotechniken** nicht harmlos? – Darauf ließe sich antworten, dass jeder Antihumanismus seine Wegbereiter braucht. Und könnte nicht eine Transplantationsmedizin, die nicht nur innere Organe, sondern auch – wie bereits praktiziert – immer weitere Gliedmaßen anderer Menschen nützt, zu einem Vorreiter jener Methoden werden, mit denen dann, gleichsam als „bessere medizintechnische Lösung“ nach der Transplantationsmedizin, neue Menschen oder Hominiden als körperliche „Reparaturlager“ oder

wozu auch immer gezüchtet werden? (Im Bereich des embryonalen Klonens werden bereits heute Mischwesen/Chimären hergestellt; vgl. Der Standard, 17. 9. 2003, S. 30.) – Man muss also fragen: Mündet der **vordergründige medizinische Humanismus** – der sich bereits heute bedenkenlos über geltendes Recht hinwegsetzt – ins Inhumane? Vielleicht kann man es mir aus humanistischen Gründen nachsehen, dass ich zu dem, was die Medizin und manche Rechtswissenschaftler machen und vertreten, nicht nur Beifall klatsche. – Es erhebt sich daher die unabwiesbare rechts-philosophische Frage auch in Bezug auf Medizintechniken: Sollen wir wirklich alles machen und wollen, was wir können?

2. Rechtspolitische Voraussicht

Bei der Diskussion und Interpretation dieser Fragen lassen sich zwei Ebenen unterscheiden:

- eine **juristisch-hermeneutische** und eine
- der menschlichen **Besonnenheit, Klugheit** und **rechtspolitischen Voraussicht**.

Auf der ersten Ebene halte ich manche Meinungen, etwa die von Staatssekretär Waneck, aber auch die des Innsbrucker Transplantationsteams für interpretativ unausgewogen; auf der zweiten Ebene erscheinen sie mir obendrein unklug und der Erhaltung der österreichischen Widerspruchslösung, für die es einzutreten gilt, abträglich. Es ist unklug, weil, sollte sich die Meinung durchsetzen, dass sowohl die derzeit eindeutig illegale **Multiorganspende** wie wohl auch das **Abtrennen von Extremitäten** bereits de lege lata für zulässig erachtet wird, dies zur Folge haben wird, dass immer mehr Österreicherinnen und Österreicher wenigstens eine Teilwiderspruchserklärung abgeben werden.

Unkluge und illegale
Praktiken

Dies zeigt uns, dass der moderne Staat kaum mehr in der Lage ist, in bestimmten Bereichen der Rechtsordnung für die Beachtung seines Rechts zu sorgen. **Staatliches Recht wird von der Medizin** in diesem Bereich **ignoriert**. Die Medizin stellt sich, unterstützt von einer fragwürdigen Politik, über das demokratische Gesetz. Es handelt sich rechtstheoretisch um (Rechts)Geltungsprobleme. Das hat einerseits mit der Stärke bestimmter gesellschaftlicher Gruppen zu tun, hier der Medizin; zum anderen mit der Verfilzung von Medizin und Politik. Demokratisch ist diese Entwicklung als bedenklich anzusehen, zumal andere Gesellschaftsbereiche folgen.

Medizin und
demokratisches Gesetz

Eine solche (Zweck)Interpretation durch die Medizin durch willfährige oder allzu fortschrittsgläubige Juristen widerspricht aber meines Erachtens auch dem demokratischen Konsens des Jahres 1982 und schlägt dem damals einstimmig gesetzlich beschlossenen Menschenbild ins Gesicht. Es mag schon sein, dass für manche Menschen der Begriff der **Pietät** nicht mehr zählt oder lästig ist; aber diese müssten dann den Mut besitzen, einen neuen demokratisch-politischen Konsens in Bezug auf diese Frage zu suchen. Und wenn diese Kreise meinen, dies nicht erreichen zu können, müssen sie sich wohl oder übel mit dem geltenden rechtlichen Rahmen begnügen. Das ist besser, als sich über das Gesetz hinweg zu setzen und so zu tun, als wäre ohnehin alles in Ordnung. Das ist das Schlechteste, was man tun kann. Denn dadurch wird auf Dauer sowohl der Weiterbestand der Widerspruchslösung gefährdet, als auch der Demokratie ein Bärendienst erwiesen.

Begriff der „Pietät“

Verspielt wird dadurch auch die Möglichkeit, anhand dieser Frage paradigmatisch das Verhalten unserer Gesellschaft in Hinblick auf den Umgang mit **dem enormen und akzelerierten** disziplinären Fortschritt einzuüben. Wir sollten uns daher – bei aller Fortschrittsoffenheit – auch fragen, ob wir es uns leisten können, ganze Bereiche unserer Gesellschaft aus der Legitimität und der demokratischen Gesetzesbindung zu entlassen. Es wäre feige, diese rechtliche unpolitische Herausforderung nicht sehen zu wollen und wir sollten auch nicht so naiv sein, von den unmittelbar betroffenen Disziplinen die Lösung dieser schwierigen Fragen zu erwarten. Unsere sich rasch wandelnden Gesellschaften werden uns künftig wohl noch öfter vor die Frage stellen, ob wir auch all das machen sollen, was wir zu tun in der Lage sind. Das mag die Technik, die Wirtschaft, die Politik oder die Medizin betreffen. Um solch grundlegende Fragen möglichst richtig und gerecht beantworten zu können, brauchen wir wenigstens annähernde **Klarheit über jenes Menschenbild, dem**

Rechtlicher Umgang mit
disziplinärem Fortschritt

wir folgen wollen. Je klarer wir entscheiden, umso weniger Überraschungen wird es geben. Allzu optimistisch dürfen wir dabei aber vorerst nicht sein!

Wir dürfen dabei nicht vergessen: Aufgabe des Rechts ist es, zum Vorteil der Menschen eines Gemeinwesens und (!) der jeweiligen Gesellschaft zu wirken. – Recht soll Gesellschaft möglich machen!

II. Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Österreich (mit Links)


Wir benötigen ein öTPG

Zunächst einige Klarstellungen, um Missverständnisse möglichst auszuräumen. Ich befürworte die österreichische Widerspruchslösung, weil ich meine, dass diese eine vertretbare Mitte hält zwischen den beiden Polen, die für eine Lösung des Transplantationswesens zu berücksichtigen sind; nämlich der **Spenderautonomie** auf der einen und gesellschaftlicher **Solidarität** (im Bewusstsein des individuellen Eingebundenseins und der Angewiesenheit des Individuums auf andere in der Gesellschaft) auf der andern Seite. – Meine Befürwortung bedeutet aber nicht, dass ich der Meinung bin, dass alles so bleiben sollte, wie es derzeit ist! Ich meine vielmehr, dass es eine Reihe wichtiger Gründe gibt, unsere geltende Widerspruchslösung zu verbessern und zu diesem Zwecke zu überdenken. Diese Gründe sind recht(sinhalt)licher, rechtstechnisch-organisatorischer, aber insbesondere auch rechtsethischer und demokratiepolitisch-rechtsstaatlicher Natur. Ich bin überhaupt der Meinung, dass unsere Widerspruchslösung den Widerspruch ernster nehmen muss als bisher, soll sie auf Dauer Bestand haben.

1. Deutschland, Schweiz, Europarat

Internationale Entwicklung

Die Tatsache, dass unser nördlicher Nachbar, **Deutschland**, 1997 ein neues Transplantationsgesetz beschlossen hat und auch die **Schweiz** 1999 einen umfangreichen Gesetzesentwurf erstellt hat und diskutiert, der aufgrund eines Volksentscheids verfasst wurde, zeigt, dass hier etwas in Bewegung geraten ist. Dazu kommt, dass der **Europarat** 1997 die sog Bio-Ethik-Konvention verabschiedet hat, die unter anderem die Lebendspende (Art 19 ff) regelt und darüber hinaus vom selben Gremium 1999 der Entwurf eines Zusatzprotokolls (ZP) zu dieser Konvention erstellt wurde, das unter anderem die Totenspende regeln soll.

 *Dujmovits*, Das österreichische Transplantationsrecht und die Menschenrechtskonvention zur Biomedizin, in: *Barta/Kalchschmid/Kopetzki* (Hg), Rechtspolitische Aspekte des Transplantationsrechts 55 ff (1999) und *Kopetzki*, Die Biomedizinkonvention des Europarates und das Transplantationsrecht, in: *Barta/Weber* (Hg), Rechtsfragen der Transplantationsmedizin in Europa 121 ff (2001).

Europäische Lösung wäre wünschenswert

Daneben bemühen sich die **Eurotransplantminister** auf rechtlich unsicherem Terrain um eine Verbesserung der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit; vgl die gemeinsame Erklärung vom Oktober 1999. – Ich darf in diesem Zusammenhang feststellen, dass eine **europäische Lösung** des Transplantationswesens wünschenswert wäre. Sie sollte eine europaweite Zusammenarbeit ermöglichen, ohne die Mitgliedsländer unter das Joch eines einheitlichen Systems zu zwingen.

Eine derartige europäische Zusammenarbeit bietet aber auch Gefahren, wie eine Novelle zum KAKuG 2001 gezeigt hat. So versucht nunmehr auch der österreichische Gesetzgeber mit aller Gewalt die Vorgaben des spanischen Systems in Bezug auf das Spendenaufkommen zu erreichen. – Ich verweise in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen im Rahmen der Erläuternden Bemerkungen (Pkt IX) unseres Gesetzesentwurfs. Adressen: <http://www2.uibk.ac.at/zivilrecht/mitarbeiter/barta/tpg-entw.pdf> und <http://www2.uibk.ac.at/zivilrecht/mitarbeiter/barta/tpg-erlbem.htm>

2. Praxis des Transplantationswesens in Österreich

Strapazierter Organbegriff – Achtung des Gesetzes?

Ohne hier auf die Frage des umstrittenen **Organbegriffs** näher eingehen zu können, möchte ich eine Gegenfrage an jene richten, die meinen, diesen Begriff beliebig dehnen zu können: Verliert, so meine Frage, der vom Gesetzgeber – meines Erachtens bewusst ein- und abgrenzend – im Zusammenhang mit dem Begriff der Pietät gebrauchte Organbegriff nicht völlig seine Kontur und damit seinen Abgrenzungswert, wenn man ihn so dehnt, wie das geschehen ist und offenbar wei-

terhin geschieht? Besteht dann nicht der ganze Körper nur aus Organen? Was bleibt dann von der gesetzlich festgeschriebenen „Pietät“ übrig, wenn der gesamte Körper des Menschen von ehrgeizigen Medizinern als Rohstofflager verwendet wird? – Von einem derart schwammigen Organbegriff auszugehen, erscheint fragwürdig. Der Gesetzgeber von 1992 war hier jedenfalls anderer Meinung.

Gegen die gelebte Praxis des Transplantationswesens in Österreich lassen sich daher wichtige **Bedenken** vorbringen, und zwar – wie erwähnt – solche rechtsethischer, interpretativer, aber auch rechtstechnisch-organisatorischer und demokratiepolitisch-rechtsstaatlicher Art. Denn auch die **Medizin untersteht der Rechtsordnung** und ist kein Arkanbereich, der legibus solutus handeln darf. Das führt mich zum zweiten Teil meines Themas: Dem Verhältnis von Medizin und moderner Gesellschaft.

Wenn ich disziplinäre Sorgen in Bezug auf das Verhältnis von Recht und Medizin äußere, geschieht dies nicht aus Besserwisserei oder in Einmischungsabsicht (wie das seitens der Medizin gerne abwehrend gesehen wird), sondern in der Hoffnung, dass es gelingt, die Medizin künftig besser in die Gesellschaft und unser Rechtssystem zu integrieren und sie zu ihrem eigenen Wohl – möglichst ohne störende Nebenwirkungen – gesellschaftlich tätig sein zu lassen. Es kann dabei nicht schaden, das disziplinäre Verhältnis von Recht und Medizin immer wieder zu hinterfragen. Das gilt natürlich für beide Seiten! Es geht dabei auch um **Rechtssicherheit** für „beide“ Seiten der Transplantation: die Spenderseite und die Medizin. Aber auch um ein Respektieren recht(staat)licher Parameter.

Diese Klarstellungen erscheinen auch deshalb nötig, weil erfreuliche Fortschritte der Immunologie weitere Fortschritte der Transplantationsmedizin erwarten lassen. Das erfordert aber auch rechtliche Klarstellungen. Dazu kommt, dass die Frage der Stammzellenzüchtung, des therapeutischen Klonens und der Xenotransplantation als mögliche (Weiter)Entwicklungen der nächsten Jahre angesehen werden müssen. Auch sie benötigen einen rechtlichen Rahmen. Allein es fehlt bislang an rechtspolitischer Vorsorge.

Die Realisierung von § 3 **unseres Entwurfs** besäße den Vorteil, die Politik, das heißt überhaupt die gesellschaftlichen Machtträger zu animieren, Farbe zu bekennen, wenn die dort genannten neuen Medizintechniken zur Anwendung gelangen sollen. Ohne diese Bestimmung erscheinen Politik und Interessensvertretungen in hohem Maße versucht, den nötigen Antworten auszuweichen und diese de facto dem jeweiligen Sachbereich – hier der Medizin – zu überlassen, der aber zur Beantwortung dieser Fragen weder demokratisch legitimiert noch politisch dafür Verantwortung zu tragen hat. – Das Ziel, den **Entwurf eines österreichischen Transplantationsgesetzes** vorzulegen liegt demnach darin, einen **rechtspolitischen Diskurs** anzuregen, der bestehende Hoffnungen und Ängste (der Bevölkerung), aber auch Machtinteressen (involvierter Bereiche) zutage treten lässt und diesen wichtigen Gesellschaftssektor nicht im Nebel scheinbarer Sachfragen belässt. Der Diskurs böte aber auch für die Medizin und ihre Machtapparate die Chance, allmählich die Sprache einer breiteren gesellschaftlichen Problemfindung zu erlernen, die nicht die eigenen Interessen mit gesellschaftlicher Wahrheitsfindung verwechselt; und für das Recht und seine Vertreter beinhaltet dies die Chance, sehen zu lernen, wo die **Gefahr politischer Handlangerdienste und politischer Willfährigkeit** beginnt. Das mag idealistisch klingen, ist aber – ganz im Gegenteil – sehr realistisch, freilich nur in dem Sinne, dass ein solches Vorgehen für unsere **politische Rechtskultur** von Vorteil wäre, mögen auch die Chancen dafür gering sein. Es sei daher noch einmal betont, dass Fragen wie diese **keine bloßen medizinischen Fachfragen** sind, sondern solche, die einer **politisch-demokratischen Antwort** bedürfen. Medizin erscheint dabei, wie übrigens auch das Recht – wenngleich in unterschiedlicher Weise – als Hilfsdisziplin im Rahmen der Aufbereitung einer nötigen politischen Entscheidung. Dadurch könnte auch der viel beschworene **Primat des Politischen** unterstützt und in diesem Felde aufgezeigt werden, dass auch schwierige und scheinbar reine Sachfragen (in Spezialfragen) einer politisch-gesellschaftlichen Lösung zum Wohle des Ganzen möglich sind und keineswegs der immer wieder behauptete Sachzwang besteht, diesen Fragen politisch aus dem Weg zu gehen.

Untersteht auch die Medizin der RO?

Medizin und moderne Gesellschaft

Fortschritte der Transplantationsmedizin

Primat des Politischen?

Es geht also auch darum, in modernen Gesellschaften darauf zu achten, den **Primat des Gesamtgesellschaftlich-Politischen** zu wahren und zu stärken. Moderne Gesellschaften laufen nämlich allenthalben Gefahr, von **Partikularinteressen** überrannt und – zum Nachteil des Ganzen – an die Wand gedrückt zu werden. Das lehrt uns neben der Ökonomie (Globalisierung, Multis, blinde ideologische Privatisierung der Märkte etc) unter anderem auch die Medizin, zumal dieser Bereich starke wirtschaftliche Affinitäten aufweist, was Problemlösungen nicht erleichtert. – Damit ist noch nicht gesagt, dass der politische Sektor, die auf ihm lastende gesellschaftliche Verantwortung bereits wahrnimmt. Es sieht vielmehr danach aus, als würde auch dieser Bereich versagen. Das kann aber nicht bedeuten, dass die Wissenschaft diesem Versagen Beifall zu klatschen hat.

3. Zur gegenwärtigen Rechtslage

„Links“ zum besseren
Verständnis

Über die **gegenwärtige Rechtslage** und die „**Vorstellungen**“ **des Gesetzgebers von 1982** soll kurz mittels „**Links**“ informiert werden, was den Text nicht belastet:

- Link-1: Der Text der KAG-Novelle 1982 – §§ 9, 10 KAG
- Link-2: Regierungsvorlage 1982
- Link-3: Der Ausschlußbericht
- Link-4: III. Welche Themenbereiche des TP-Sektors gehören gesetzlich geregelt?
- Link-5: IV. Welche Organe dürfen entnommen werden? – Zur Frage der Multiorganspende
- Link-6: V. Transplantation und Pietät
- Link-7: VI. Plädoyer für eine neues TPG.

> zivilrecht.online