

Rechtswissenschaft und Psychoanalyse

Rechtsdenken als Kulturarbeit*

Von
Heinz Barta

“Die Geschichte der Wissenschaft ist zuerst einmal eine Geschichte des menschlichen Bewusstseins, eines Bewusstseins, das sich mühsam gegen die Magie des aus dem Unbewussten wirkenden Narzissmus behaupten konnte. ... Auch das wissenschaftliche Bewusstsein ist nicht Herr im eigenen Haus, und die Wissenschaft steht im Dienste des Narzissmus und der Allmacht.“

Mario Erdheim, Die Psychoanalyse und das Unbewusste in der Kultur (1988)

Sehr geehrte Damen und Herren,

Ich werde heute zu Ihnen über das Thema: „Rechtswissenschaft und Psychoanalyse“ sprechen. Als erläuternden Untertitel habe ich „Rechtsdenken als Kulturarbeit“ gewählt, womit mein Interesse an Freuds Kulturtheorie zum Ausdruck gebracht werden soll. – Die Zielsetzungen des Vereins „Gesellschaft für Psychoanalyse – Sigmund Freud Archiv“ bestehen unter anderem darin, Psychoanalyse im Sinne Sigmund Freuds als disziplinübergreifende Wissenschaft jenseits ausschließlich therapeutischer Interessen¹ zu pflegen und sich jenseits fakultärer und disziplinärer „Spaltungen“ am gesellschaftlichen und wissenschaftlich-akademischen Diskurs zu beteiligen.²

* Der vorliegende Text gibt einen Vortrag wieder, den ich am 14. Dezember 2001 im Rahmen der von der „Gesellschaft für Psychoanalyse Innsbruck-Brixen“ veranstalteten Tagung „Psychoanalyse an der Universität“ gehalten habe. — Der Vortragsstil wurde beibehalten. — Ich freue mich, diese Ausführungen Helmwart Hierdeis widmen zu dürfen, dessen Abschied als akademischer Lehrer einen schmerzlichen Verlust für die Universität darstellt, zumal Menschen wie er Garanten dafür sind, dass selbst schwierige politische Situationen an Österreichs Universitäten (wie die gegenwärtige) bewältigt werden können. Ich hoffe sehr, lieber Helmwart, dass Du sowohl der „Gesellschaft für Psychoanalyse“, als auch der Universität Innsbruck als Emeritus noch lange erhalten bleibst.

¹ Hans Jörg Walter stellt in dem von ihm edierten Buch „Psychoanalyse und Universität“ (12, 1994) fest, dass die Psychoanalyse auch heute nicht nur als psychotherapeutische Disziplin (miß)verstanden werden dürfe; vielmehr erweitere sie „den Interpretationsspielraum für soziale und kulturelle Phänomene“. Meine Beispiele sollen das unter Beweis stellen. — Psychoanalyse so verstanden, benötigt jedoch Bildung als Ambiente, wie ein Fisch das Wasser. Mit dem drohenden Wegbrechen der universitären Bildung läuft auch die Psychoanalyse Gefahr gleichsam auszutrocknen oder zu verlanden und damit ihren natürlichen Lebensraum zu verlieren.

² H. J. Walter äußert am Beginn seines Beitrags „Psychoanalyse und Universität“ (aaO 13) Zweifel an dieser Verbindung: „Psychoanalyse und Universität“ kann nicht mit dem Wissen gesagt werden, dass es eine selbstverständliche Zugehörigkeit der Psychoanalyse zur Universität gibt, viel eher muss ein Fragezeichen gesetzt werden, das zum Ausdruck bringt, dass die Entwicklung der Psychoanalyse nicht an der Universität erfolgt ist und dass daher noch offen ist, welche Möglichkeiten in der Verbindung von Psychoanalyse und Universität liegen. Auch ist es für manche Psychoanalytiker ein Fragezeichen des Erstaunens und des Zweifels, weil sie meinen, dass von einer solchen Verbindung nichts Gutes erwartet werden könne.“ — Und diese Zweifel erscheinen im Österreich von heute mehr denn je angebracht, denn neben der fatalen Politik huldigt auch das weithin bereits infizierte Universitätsmanagement einem positivistisch oder ökonomisch verkürzten scheinkritischen und -reformerischen

Die fruchtbringende Anwendung Freudschen Denkens auf das Recht und seine Problembereiche wäre groß, wird aber kaum wahrgenommen. So dienen Freuds Einsichten in die „Gesetze“ der „Massen“ (Massenpsychologie und Ich-Analyse – 1921) und seine sich daran erprobende Massenpsychologie heute auch dem besseren Verständnis von und dem besseren **Umgang mit Institutionen**, was für juristische Fragestellungen von größter Bedeutung wäre.³ Auch Institutionen sind narzisstisch, spalten ab und verdrängen, leisten Widerstand, flüchten ins Unbewusste und besitzen ein ICH, werden vom ES bedroht und haben oft noch ein Gewissen/Über-Ich. Vieles liegt hier brach. – Ein wichtiges Bindeglied zwischen Psychoanalyse und Rechtsdenken ist die Ethnopschoanalyse; dazu neben dem schon erwähnten M. Erdheim auch J. Reichmayr.⁴

Auf der anderen Seite weisen **juristische Berufe** vielfältige Bezüge nicht nur zu institutionellen Einrichtungen unserer Gesellschaft auf, sondern auch zu hilfsbedürftigen und Rat suchenden Menschen. Ich erwähne ohne Anspruch auf Vollständigkeit: Richter, Rechtsanwälte, Notare, Politiker, Diplomaten, Verwaltungsberufe, (Universitäts)Lehrer und deren Umgang mit rat- und schutzbedürftigen Menschen und Gruppen wie Minderjährigen, Alten, Kranken, Sachwaltern und Patientenanwälten, Sozial- und Pflegeberufen, Vormündern etc und den dadurch vertretenen Personen(gruppen). Juristen/innen sind als Patientenvertreter/innen, als Rechtspfleger, im therapeutischen oder Strafvollzugsbereich, als Mediatoren/innen, Mitarbeiter politischer Parteien und Gewerkschaften, von Polizei und überhaupt in vielen immer wichtiger werdenden Beratungseinrichtungen tätig. Im Verfahrensbereich wäre der herkömmliche (Zivil)Prozess Schritt für Schritt in Richtung fundierter rechtlicher **Konfliktlösungskompetenz** umzubauen, stimmt doch in einem viel zu hohen Prozentsatz von Verfahren die Grundannahme nicht mehr, dass es primär (alleine) um Rechtsfragen geht.⁵ – Auf all diese (Zusatz)Aufgaben wird derzeit in der juristischen Ausbildung nicht vorbereitet. Man überlässt diese zwar juristisch mehr oder weniger ausgebildeten Menschen ihrem beruflichen Schicksal, und das will heißen: dem curricularen Zufall. Curricular orientiert sich die Rechtswissenschaft immer mehr an der Ökonomie. Eigene disziplinäre Bedürfnisse werden nicht mehr wahrgenommen. Statt spezifische und einführende Konfliktlösungs- und Sozialkompetenz sowie Kommunikation im Zusammenhang mit gesellschaftlich-rechtlichen Frage- und Problemfeldern zu vermitteln, versuchen Lehrgangs- und Ausbildungsbastler ihr Heil mit der Ökonomie. Davon erwarten sie sich (illusionär) die Lösung juristischer Ausbildungs- und Fachprobleme und künftigen (quantitativen) Ausbildungserfolg. Stattdessen wird es

Denken. Es fehlt am nötigen Verständnis. Und wie die Dinge stehen wird sich das so rasch nicht ändern, denn keiner dieser Leute betreibt noch Wissenschaft. Psychoanalyse braucht aber Geist und Verständnis, nicht nur ein akten- und faktengläubiges Administrationsgehabe ohne persönliche Betroffenheit. Marketingmethoden und Gewinnmaximierung lösen keine Probleme, stellen vielmehr selbst eines dar. Natürlich trägt und trug seit Freuds Zeiten auch der Umstand zur „Abseitsposition“ der Psychoanalyse bei, dass ihre Methoden, Erkenntnisse und Themenstellungen auf kulturell und gesellschaftlich Verdrängtes und Abgewehrtes zielen. — Meine Beispiele bestätigen diesen Befund.

³ Vgl schon M. Erdheim, Die Psychoanalyse und das Unbewusste in der Kultur 270 f (1988).

⁴ Einführung in die Ethnopschoanalyse. Geschichte, Theorien und Methoden (Fischer TB, 1995).

⁵ Vgl dazu schon A. Mitscherlich, Gesammelte Schriften Bd IX, Vorlesungen I 13: Mitscherlich geht hier kurz auf „eine Erklärung für viele Prozessnarren“ ein und meint: „Die Ausdauer, mit der sie um die Fiktion ‚ihres Rechtes‘ kämpfen, ist nämlich gar nicht aus diesem Recht herzuleiten, sondern aus einer inneren Unruhe und Unsicherheit, aus einem ungelösten Konflikt, welcher nur sekundär mit dem, was in dem Prozess in Erscheinung tritt, zusammenhängt.“

dazu kommen, wie sich das im Bereich der Mediation abzeichnet, dass andere Ausbildungen und Lehrgänge der Rechtswissenschaft Stück für Stück ihrer angestammten Kompetenzen streitig machen und diese schließlich verloren gehen. — Übersehen wird dabei, dass es heute darum ginge, die Jurisprudenz als effiziente Sozialtechnologie (im weiten und besten Sinn des Wortes) zu etablieren und sie zu einem dem Wohle des „Ganzen“ verpflichteten gesellschaftlichen Kontrollbereich aus- und umzubauen, um die allerorten ins Kraut schießenden ökonomischen, politischen oder medizinischen etc Alleingänge und egoistisch-disziplinären Unkorrektheiten in den Griff zu bekommen. Statt dessen werden Juristinnen und Juristen aber immer mehr zu bildungsentleerten Ministranten/innen oberflächlicher und häufig gemeinschaftsschädlicher politischer, ökonomischer oder sonstiger gesellschaftlich-egoistischer Zielsetzungen und Tätigkeiten gemacht. Der verantwortliche Umgang mit Werten, der schon während des Studiums „geübt“ werden sollte, droht vollends verloren zu gehen.

Die Jurisprudenz muss aber als wertebewahrendes wie – ‚kontrolliert‘ und verantwortlich – Werte fortbildendes Unternehmen verstanden werden und kann diese Aufgabe nicht anderen in eigener Nabelschau verfangenen Disziplinen überlassen. Unverzichtbar ist für diese Aufgabe aber nicht nur eine intradisziplinäre, sondern auch eine verstärkte interdisziplinäre Öffnung und Ausrichtung des Rechtsdenkens. Daran fehlt es freilich allenthalben. — In vielen dieser juristischen (Komplementär)Berufe wäre es von Vorteil etwas über sich selbst, Persönlichkeitsentwicklung und -gefährdung, von Übertragung und Gegenübertragung, Abwehr, Widerstand und Verdrängung zu wissen⁶, um schwerwiegende Fehler vermeiden zu können. — Das eindimensionale Denken der Ökonomie erscheint für gemeinwohlorientierte Steuerungsprozesse ungeeignet. Wird die gegenwärtige verfehlte curriculare Entwicklung fortgesetzt, werden wir demnächst Planstellen für Börsenspekulation statt für Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte, Rechtstatsachenforschung und Rechtssoziologie einrichten.

Was ich Ihnen heute anzubieten habe ist nichts Fertiges, Endgültiges, sondern es handelt sich um unfertige Überlegungen eines „Außenseiters“, also Vorläufiges. Da und dort kann ich nur aufzeigen, was zu machen wäre.

Prolegomena

„Die von der Freudschen Psychoanalyse ausgehende Faszination hängt ohne Zweifel damit zusammen, dass sie nicht den kranken und zu heilenden Menschen in den Mittelpunkt ihres Interesses stellt, vielmehr das normale Individuum im Spannungsfeld von individuellem Glücksstreben und kulturellen Normen, von Wunsch und Versagung.“

Hans-Martin Lohmann, Sigmund Freud (1998)

Mein Interesse für Freud stammt aus meiner Studienzeit und es war wohl nicht ganz zufällig Freuds Kulturtheorie, die mein frühes Interesse als Jurist geweckt hat. Mag dieses Interesse auch berufsbedingt immer wieder zurückgedrängt worden sein; es ist nie erloschen. Die Glut unter der Asche blieb erhalten. Das hängt wohl auch damit

⁶ Grundlegend Anna Freud, Das Ich und die Abwehrmechanismen (1936), in: Die Schriften der Anna Freud, Bd I (1922-1936) 191 ff.

zusammen, dass ich das Rechtsdenken nie von der Gesellschaft abstrahiert und isoliert betrieben – ich werde dazu noch etwas sagen⁷, sondern es stets als Beitrag zur kulturellen Entwicklung der Gesellschaft verstanden habe. Daher der Subtitel. Natürlich ist es einfacher und wird auch lieber gesehen, wenn **Rechtsdenken** in (splendid) **isolation** betrieben wird, ganz im Sinne des römisch-rechtlichen und positivistischen Erbguts: legal isolationism.⁸ Allein ein solches Unterfangen wird zur Glaubenslehre, wozu sich Rechtsdogmatik auch begrifflich bekennt.⁹ Ich habe mich gegen ein solches Verständnis des Rechtsdenkens immer gewehrt, ohne zunächst selbst zu verstehen, warum mir ein solches Denken nicht geheuer war.¹⁰

Intellektualität bedeutet aber heute wie zu Freuds Zeiten mit Ideen und ihren Konnotationen zu leben, an ihnen zu zweifeln, Zusammenhänge zu erkennen, zum Diskurs bereit sein und Kritik – gerade auch gegen eigene Ergebnisse – zuzulassen. Selbstzufriedenheit, Satttheit oder mangelnde Bereitschaft, Eigenes wie Fremdes in Frage zu stellen, sind unangebracht. S. Freud war auch in diesem Sinne ein vorbildlicher Denker, Lehrer und Intellektueller und stellt für uns immer noch ein großes – wenn auch unerreichbares – Vorbild dar. Aber wir wissen auch seit Robert K. Merton¹¹, dass man von den Schultern eines Riesen aus, weiter sieht. Das gilt für meine Disziplin, die Jurisprudenz, ebenso, wie für andere. Für mich persönlich stellte S. Freud von Anfang an eine Art wissenschaftliche Vater-Ersatz-Figur dar, zumal mein Vater schon vor meiner Geburt im Zweiten Weltkrieg gefallen war und ich ein sogenannter Postumus bin.

Das Gesagte kann und will aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass meine Disziplin, die Rechtswissenschaft, der Psychoanalyse – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nicht einmal ablehnend, sondern völlig gleichgültig, um nicht zu sagen achtlos gegenüber steht. Ich vermag das nicht zu ändern, will es aber auch nicht beschönigen.¹²

⁷ Vgl dazu unten Pkt. I.

⁸ Ich gehe darauf in meiner größeren Studie: „Graeca non leguntur“? – Zum Ursprung des europäischen Rechtsdenkens im antiken Griechenland (in Vorbereitung: 2005) ein.

⁹ Der Unterschied zur theologischen Dogmatik besteht darin, dass die juristische Version von Dogmatik das, was ihre wissenschaftlichen Inhalte ausmacht, in einem höheren Grade – freilich mehr oder weniger in vorseilender Willfähigkeit ideologisch ausgerichtet – mitbestimmt, als dies in theologischen Disziplinen der Fall ist.

¹⁰ Der in Anspruch genommenen Priesterstellung des römischen (und noch heute nachwirkenden) Rechtsdenkens entsprach eine **Honoratiorenjurisprudenz** in der Form einer rechtlichen Glaubenslehre: der Rechtsdogmatik. Als mit der eigenen neuen (Königs)Disziplin vergleichbar, wurde – wie die Digesten überaus anmaßend zeigen – nur noch die Philosophie angesehen; allein auch sie wurde auf ein der Macht bekömmliches Maß zurückgestutzt und klargestellt, dass die wahren Philosophen die Juristen(priester) sind. Das wurde offenbar insofern für nötig erachtet, als sich die Philosophie ein immer noch beachtliches Maß an Unabhängigkeit, und damit Kritikfähigkeit und Selbstverantwortung bewahrt hatte. Dazu Pkt I unter Hinweis auf H. E. Troje, Europa und das griechische Recht (1971).¹¹ Auf den Schultern von Riesen. Ein Leitfaden durch das Labyrinth der Gelehrsamkeit (1980).

¹² Zur bereits mehrfach totgesagten Psychoanalyse und über ihr „vermeintliches Veralten“: Axel Honneth, Objektbeziehungstheorie und postmoderne Identität. Über das vermeintliche Veralten der Psychoanalyse, in: PSYCHE 54 (2000) 1087 ff.

Dabei hätte die Psychoanalyse weit über die in der Folge behandelten Beispiele hinaus, interessante Ergebnisse anzubieten, zumal von ihr wichtige Vorarbeiten geleistet wurden, auf denen das Rechtsdenken aufbauen kann. – Ich nenne hier stellvertretend die jüngsten großartigen Ergebnisse der sogenannten Baby-watcher um Daniel Stern und Dieter Dornes, die uns gelehrt haben, wie kompetent Säuglinge von der Geburt an sind. Die Konsequenzen für das Familienrecht¹³, insbesondere das Adoptionsrecht, sind naheliegend: Jeder Tag, der bis zur Zuweisung an die neuen Adoptiveltern verstreicht, ist ein verlorener Tag. Adoptionen wären demnach aus Gründen des Kindeswohls mit allen zu Gebote stehenden Mitteln zu beschleunigen.¹⁴

Ziel meiner Ausführungen kann es daher nur sein, anhand von Beispielen und gestellten Fragen aufzuzeigen, dass auch die Rechtswissenschaft gut beraten wäre (im Rahmen eines Ernstnehmens von Wissenschaft), die **Psychoanalyse** als **wissenschaftliche Integrations-** und **Gesamtdisziplin** zu beachten. Vorausgesetzt es geht darum, Wirklichkeit – ich vermeide den Begriff Wahrheit, weil ich mich weder als juristischer noch als Wissenschaftspriester fühle – erkennen und bewältigen zu wollen. Allein, sehr geehrte Damen und Herren, diese Bemerkungen sind nicht nur – wie Sie vielleicht meinen könnten – beiläufiger Natur. Denn — wie schon angedeutet — die berühmten Digesten Justinians aus dem Jahr 533/4 v.C. (D. 1, 1, 1), die zur Grundlage der abendländischen Rechts- und Herrschaftskultur geworden sind, beginnen mit folgender Feststellung:

„Juristen sind Priester; sie pflegen statt der simulierten die wahre Philosophie.“¹⁵

Ich enthalte mich weiterer Bewertung dieses juristischen Selbstverständnisses, rate Ihnen aber, diese immer noch anzutreffende juristische Selbsteinschätzung zu bedenken, aber auch – wo Sie es können – zu hinterfragen.

Ich will in der Folge einige Beispiele geben und diese kurz abhandeln. Sie weisen allesamt nicht nur eine juristische (oder allenfalls auch eine rechtshistorische, rechtssoziologische, rechtsphilosophische), sondern auch eine psychoanalytische Dimension auf. Es handelt sich dabei:

I. Um die ausschließliche Orientierung des europäischen Rechtsdenkens und die Sozialisation junger Juristen/innen am römischen Recht und die damit einhergehende Verdrängung, den **Verlust alles Griechischen**¹⁶ und erst Recht von allem, was darüber hinaus weist; womit der Alte Orient (Ägypten und Mesopotamien) angesprochen ist.

¹³ Zur Entwicklung des Verhältnisses zwischen Psychoanalyse und Pädagogik / Erziehungswissenschaften und insbesondere auch der Sozialisationstheorie und -forschung: Hierdeis/Walter, Psychoanalytische Pädagogik, in: H. J. Walter (Hg), Psychoanalyse und Universität 37 ff (1994). — Wichtige Zusammenhänge mit dem Rechtsdenken herzustellen fällt nicht schwer, sind doch die Eltern eines Kindes auch von Rechts wegen seine ersten und längsten Erzieher.

¹⁴ Vgl Michaela Bliem, Adoptionsrecht in Österreich. Rechtspolitische Überlegungen im Lichte neuester Kleinkindforschung (Diplomarbeit, Innsbruck, 2000).

¹⁵ So die komprimierende Übersetzung H. E. Trojes.

¹⁶ Ich arbeite seit drei Jahren an einer größeren Studie, die den Titel trägt: „Graeca non leguntur“? – Zum Ursprung des europäischen Rechtsdenkens im antiken Griechenland (in Vorbereitung: 2005).

II. Soll aus der österreichischen **Kodifikationsgeschichte des ABGB** kurz auf die Leugnung alles Preußischen (ALR 1794) eingegangen werden. – Es geht dabei um verfälschte Wissenschaftsgeschichte.

III. Will ich kurz etwas zu **Hans Kelsens „Reiner“ Rechtslehre** im Zusammenhang mit der Psychoanalyse sagen, zumal Freud und Kelsen (1881-1973) sich kannten und es auch juristische Äußerungen zu dieser Bekanntschaft gibt.¹⁷

IV. Soll darauf eingegangen werden, dass die **Rechtsschöpfung** der juristischen Person seit alters her auch das Faktum des menschlichen Todes zurückdrängen und bewältigen hilft und den Traum von menschlicher Unsterblichkeit unterstützt. – Dazu kommt, dass das private **Totenrecht** des ABGB erstaunliche Lücken aufweist, die auch psychoanalytisch gedeutet werden können.

V. Soll ein Seitenblick auf **Freuds Einfluss auf die Interpretation von Texten** und überhaupt die Hermeneutik geworfen werden;¹⁸ worauf

VI. Bemerkungen zur **Bedeutung der Freudschen Kulturtheorie** für die Jurisprudenz den Vortrag beschliessen.

I. Der Verlust des Griechischen im europäischen Rechtsdenken

„Eine moderne Form der Abweisung ist die Behauptung, dieses Rechtsdenken der Griechen sei juristisch belanglos, gehöre nicht zum Recht. Indem Juristen nur das im römischen Sinne Juristische als Recht gelten lassen, vom Gerechtigkeitsdenken der Griechen isolieren, den Maßstab der Gerechtigkeit als unjuristisch beiseitelegen, verhindern sie die Entwicklung des Gemeinwesens von einem nur rechtlich zu einem gerecht verfassten.“

Hans Erich Troje, Europa und griechisches Recht (1971)

Hans Erich Troje hat für das massive Verdrängen alles Griechischen zugunsten des Römischen noch in der Rechtsentwicklung des Mittelalters und der frühen Neuzeit

¹⁷ Vgl. zuletzt L. Adamovich, Kelsen und die Tiefenpsychologie. Stattgefundene und nicht stattgefundene Begegnungen, in: Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung, hg. Von R. Walter und C. Jabloner 129 ff (Wien, 1997: Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts Bd 20). — Zu erwähnen ist insbesondere Albert A. Ehrenzweigs Psychoanalytische Rechtswissenschaft (Berlin, 1973): Ehrenzweig geht ausführlich auf zentrale Fragestellungen des Rechtsdenkens wie „Naturrecht und Positivismus“, „Rechtslücken“, wie wichtige rechtsphilosophische Fragen ein und versucht generell einen Schritt von der Rechtsphilosophie in Richtung Psychologie zu tun.

¹⁸ Gerne wäre ich neben dieser geisteswissenschaftliche Frage noch der Tatsache des **Verleugnens der Sozialwissenschaften** — insbesondere von **Rechtssoziologie** und **Rechtstatsachenforschung** — durch die Rechtswissenschaft nachgegangen, wozu mir das hektische Sommersemester 2002 aber keine Zeit ließ. Im Anschluss an den universitären Aufbruch der späten 1960er-Jahre schien es zunächst, als fänden die Sozialwissenschaften, insbesondere Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung Eingang in die rechtswissenschaftliche Ausbildung. Aber daraus wurde nichts. Der konservativ-dogmatische Widerstand war zu groß. Dogmatik hinterfragt ihre eigenen Bestandsgrundlagen und Werthorizonte nur ungern. Und dabei ist es bis heute geblieben. So ist Österreich als Heimat des Begründers der modernen Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung **Eugen Ehrlich**, zum rechtsempirischen Entwicklungsland geworden. Das hat für viele den Vorteil, dass behauptet werden kann, was man will und die Wirklichkeit nicht ernst genommen werden muß. Wo käme man auch hin, wüsste man, was man wirklich tun und wollen sollte.

eine interessante rechtshistorisch-soziologische Erklärung gegeben; soziologisch insofern, als er „die sozialen Faktoren hinter den [gesellschaftlich-historischen] Fakten“ aufgedeckt und benannt hat.¹⁹ Troje führt in seinem schon erwähnten Buch „Europa und griechisches Recht“ (1971) wichtiges aus. Ich will Ihnen daraus einige wenige Zitate bringen, zumal sie originell und kritisch die Rechtsentwicklung von der Antike bis in die Gegenwart beleuchten:

– „Das **Eigentümlich-Einzigartige des römischen Rechts** ist die **Isolierung der sogenannten Rechtsfragen** von allen anderen, sozialen, wirtschaftlichen, politischen Aspekten, die **Konstituierung einer eigenständigen Rechtswelt**‘ (Wieacker). Sie wird konstituiert im Monopol von Rechtsgelehrten,“ ... „Gerechtigkeit ist im Rahmen dieser Honoratiorenjurisprudenz kein eigentlich juristischer Maßstab. ‚Nur die Schwachen‘, sagt [schon] Aristoteles (Politik 1318b 4), ‚erstreben das Gleiche und Gerechte, die Starken kümmern sich nicht darum‘.“²⁰

– „Das Gedankengebilde, welches die Formel **Europa und das römische Recht**²¹ bezeichnet, ist gewiß kein unwahres, aber doch nur ein halbwahres, unvollständiges. Denn es bringt nur die herrschenden Strömungen zum Ausdruck und verschweigt die Unterströmungen, welche die Gegenformel **Europa und griechisches Recht**‘ ins Bewußtsein heben will. In seiner europäischen Wirkungsgeschichte ist römisches Recht berufen und befähigt, wiederum den aristokratischen Keim jeden Gemeinwesens zur Entfaltung zu bringen, in dem es nämlich, wo Geschicklichkeit mit adligem Familiensinn gepaart sind, die erbliche Anhäufung von Reichtum und Macht begünstigt. Von zwei Seiten vor allem stellt griechisches Recht eine Bedrohung herrschender Strömungen und Mächte dar. Es bedroht aristokratisch-feudalistisch verfaßte Staaten mit dem **Gegenmodell** einer zu politischer Mündigkeit aller Glieder strebenden Gesellschaft, der **Demokratie**, einerseits, mit dem Gegenmodell einer **Monarchie** als einer von starker, den Kampf gegen Feudalmächte nicht scheuender Zentralmacht durchwalteten Gesellschaft andererseits. Jenes ist vor allem in der **Blüte Athens**, dieses vor allem in der **Blüte Konstantinopels** praktisch vorgelebt und theoretisch begründet worden. Das **aristokratische Rom** und **aristokratisch verfaßte Europa** wehren sich sowohl gegen den ‚**Unsinn**‘ athenischer **Demokratie** wie gegen den **Schrecken byzantinischer Sozialreformen und Wirtschaftslenkung**.“²²

– „**Europa** ist, historisch gesehen, **christliche Welt** und **Ausschluß des Griechischen**, nicht Einheit, sondern **Zerstörung der Einheit der Christen am Mittelmeer**. Begründet durch sein lateinisches Mittelalter tendierte Europa folgerichtig dahin, die **Dominanz des Lateinischen** zu steigern und den Anteil, den römische Staatsidee, Kirche und Kultur an seiner Prägung haben, zur Totalität zu erhöhen. So besteht also Europa einerseits in der ‚**Einheit seiner Erinnerungen**‘ (Heimpel), andererseits in der **Einheit seiner Verdrängungen, Unterdrückungen und Tabus**. Jene umfassen das Römische, diese das Griechische.“²³

– „In seiner unreduzierten Form ist **griechisches Denken Ursprung aller europäischen Krisen**. Phasen der Aneignung unreduzierter griechischer Gedanken sind Phasen sozialer Spannungen, Umformungen der Gesellschaft von oben (wo das monarchische Modell dominiert), Umwälzungen von unten (wo das demokratische dominiert). ... Die unreduzierten griechischen Gedanken sind die **europäischen Unruhestifter**. Griechische Einladung zur Erkenntnis von Wahrheit kommt, im **biblichen Bilde**, als **Schlange**.“²⁴

– „Von der Ausweisung nicht betroffen sind gewisse Teile der griechischen Wissenschaftsmethodologie. Insbesondere die logischen **Schriften des Aristoteles** gelten als politisch neutrales Werkzeug,

¹⁹ Nach Helmut Dahmer, Soziologie nach einem barbarischen Jahrhundert 16 (2001), ist eine soziologische Erklärung eine solche, „die die sozialen Faktoren hinter den Fakten [aufdeckt], also die gesellschaftsgeschichtliche Genealogie der ‚Gegebenheiten‘ [rekonstruiert] und auf diese Weise Möglichkeiten ihrer Revision [erschließt]“.

²⁰ Troje, aaO 9; Hervorhebungen von mir.

²¹ Diesen Titel trägt ein berühmtes Buch P. Koschakers aus dem Jahre 1947.

²² Troje, aaO 9f; Hervorhebungen von mir.

²³ Troje, aaO; Hervorhebungen von mir.

²⁴ Troje, aaO 13f; Hervorhebungen von mir.

Organon, und haben als lingua franca aller denkenden Menschen freien Zutritt, wo anderes Griechisches ausgeschlossen bleibt.“²⁵

Fassen wir kurz zusammen: Wissenschaft und Rechtspraxis haben den griechischen Einfluss auf das Rechtsdenken nicht nur reduziert, sondern weitgehend verdrängt und verleugnet, Griechisches wurde und wird immer noch abgespalten oder es wird ihm zumindestens (relativierender) Widerstand entgegengesetzt. Dadurch trat an die Stelle der – disziplinär offene und gesellschaftliche Bezüge nicht scheuenden – griechisch-humanen (Rechts)Entwicklung, eine römisch-nationale, die sich zudem anderen Disziplinen gegenüber selbstgenügsam zeigt und immer mehr auch narzisstisch verschließt; an die Stelle einer (gesamt)europäisch orientierten antiken und in der Folge mittelalterlichen Rechtsgeschichte trat die – alles andere unter sich begrabende – ausschließlich römischrechtliche, mag diese vornehmlich auch nur das Privatrecht betroffen und namentlich beeinflusst haben; an die Stelle eines demokratisch an Gesetz und Verfassung orientierten Rechtsdenkens tritt ein machthungriger Caesaro-Papismus, der das Recht nicht als sein Fundament — *iustitia fundamentum regnorum*, sondern in Wahrheit bloß als Machtinstrument versteht: *iustitia instrumentum regnorum*; so die von Uwe Wesel modifizierte Fassung des eben erwähnten Grundsatzes. – Kurz: Schon in römischer Zeit bricht sich ein narzisstisch gefärbter, aber durchaus politisch motivierter **Antigraecismus** Bahn, der im Mittelalter nach der Wiederentdeckung des römischen Rechts durch die Glossatoren und Kommentatoren/Postglossatoren in der Maxime gipfelt: „*Graeca non leguntur*“.²⁶ – Das römische Recht wird, neben dem früh auf römischer Grundlage entstandenen Kirchenrecht, zur (Herrschafts)Basis eines in der **Nachfolge des großen alten Rom** stehenden **Weltkaisertums** westlicher Provenienz dem in der Folge konsequent auch — das weltlich wie kirchlich griechische — **Byzanz** geopfert wird. Stellte dieses doch – trotz seiner mittlerweile eingetretenen politischen Bedeutungslosigkeit – immer noch eine wenigstens ideelle und potentielle politische Konkurrenz für das taten- und machtdurstige westeuropäisch-römische Kaisertum und wohl noch mehr für die politisch ambitionierte **römisch-lateinische Kirche** dar. Für Griechisches war da kein Platz.²⁷

Damit sind diese Entwicklungen zwar angesprochen, aber keinesfalls historisch geklärt, was mir lohnend erschiene. Einen weiterführenden Schritt in diese Richtung habe ich in meiner Studie „*Graeca non leguntur*“? — Zum Ursprung des europäischen Rechtsdenkens im antiken Griechenland (in Vorbereitung: 2005) unternommen. Ich halte wissenschaftliche Recherche in diese Richtung für relevant, zumal heute antikes Bildungsgut nicht nur vergessen und verdrängt, sondern auch verfälscht und für disziplinäre, politische und ökonomische Zwecke entfremdet wird. – Dazu kommt, worauf hier nicht eingegangen werden kann, dass es historisch nicht nur von Rom auf Griechenland zurückzugreifen gilt, sondern auch auf den Einfluss zu achten wäre, den die Hochkulturen des Alten Orients (Ägypten, Mesopotamien, Persien etc) auch auf Griechenland ausgeübt haben.²⁸ Der auch rechtlich existente

²⁵ Troje, aaO 13; Hervorhebungen von mir.

²⁶ Vgl dazu meine schon erwähnte Studie gleichen Titels.

²⁷ Wirklich reflektiert wurde dies bisher nicht! – Diese politische und religiöse treulose, Vorleistung Europas an den Islam verständlicherweise wird bestenfalls beschönigend erwähnt.

²⁸ Ich verweise hier auf zwei kleinere Parerga meiner größeren Studie, nämlich: – Platons Plädoyer für Gesetzespräambeln, in: *juridicum* 4 (2003) 214 ff und – Zur juristischen Professionalisierung im alten Griechenland. Plädoyer für ein rechtshistorisches Umdenken, in: FS R. Welsch (Wien, 2004).

Euro-Zentrismus erscheint nämlich mit dem Hinweis auf die bedeutenden Leistungen des griechischen Rechtsdenkens allein noch nicht ausgeräumt.²⁹

II. Widerstand und Verdrängung in der Geschichte der österreichischen Privatrechtskodifikation

“Die Parthey der Ignoranz ist immer ohne Vergleich die Stärkere, kein Wunder also, dass sie auch noch die Oberhand behält.“

Karl Anton von Martini in einem Brief an Riegger d. J. (1777)

Wissenschaftsgeschichte, an sich schon eine vernachlässigte Disziplin in unserem Lande, wird zudem noch — wenn auch selten bewusst — verzeichnet. (Rechts)Wissenschaftlicher Narzissmus, dem nicht selten wissenschaftsstrategische, nationale oder auch ausschließlich politische Motive zugrunde liegen, lässt es oft nicht zu, dass die historische Wirklichkeit zum Tragen kommt. Das gilt, wie uns Mario Erdheim und Hans Erich Troje gezeigt haben, nicht nur für das Werk einzelner Forscher / Wissenschaftler, sondern auch für Staaten, Nationen und auch noch größere gesellschaftliche Einheiten wie die historischen Grundlagen unseres Europa. — Die folgenden kodifikationsgeschichtlichen Gedanken betreffen die Entstehung des österreichischen Privatrechts in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts und seine rechts-historisch-nationale Bewertung im 19. und 20. Jahrhundert (bis heute). — Das diesem Beitrag vorangestellte Motto Mario Erdheims beleuchtet gerade auch die hier angesprochenen Zusammenhänge.

Wir müssen uns fragen, warum insbesondere das Verhältnis der österreichischen zur preußischen Kodifikation bislang nicht näher untersucht wurde? – Es sieht so aus als wollten wir uns einer Einsicht (kollektiv) entziehen, sie verdrängen.³⁰

Eines scheint sich dabei zu bestätigen: Die Einschätzung Josef Ungers³¹, der das preußische ALR von 1794 provokant als besten Kommentar des österreichischen ABGB von 1811 bezeichnet haben soll, ist zwar überzogen und trifft unsere österreichische Seele hart und ist auch in seiner Pauschalierung unzutreffend, aber es ist für bestimmte Teile unseres Gesetzbuchs auch nicht ganz falsch. Mag damit vom Savigny-Epigon Unger – wenn auch wiederum aus anderen Gründen, so doch auch wiederum verdrängend – die in vielem großartige Eigenständigkeit der österreichi-

²⁹ Ich gehe auch darauf in meiner größeren Studie ein.

³⁰ „Verdrängung“ ist ein zentraler Begriff der Psychoanalyse, die darunter den Vorgang versteht, dass bewusstseinsfähige Seeleninhalte ins Unbewusste abgedrängt werden, weil diese Inhalte bspw. Ansprüchen der Moral, des (nationalen) Stolzes oder eigenen — individuellen oder kollektiven — narzisstischen Anforderungen etc. nicht entsprechen. Verdrängt werden Gedanken, Erinnerungen (Geschichte!), Gefühle (politische und wissenschaftliche Niederlagen) und natürliche Triebregungen. Die Ethnopschoanalyse (vgl. Anm. 1) hat diesen wie andere Begriffe der Psychoanalyse vom individuellen auch auf das Bewusstsein des Kollektivs erstreckt und vermag uns dabei zu unterstützen, blinde Flecken in unserem Geschichts- oder Politikverständnis zu erkennen. Vgl. neben M. Erdheim, Die Psychoanalyse und das Unbewusste in der Kultur (stw 654, 1988) und J. Reichmayr (1995, siehe Anm. 1) auch J. Assmann, Das kulturelle Gedächtnis. Schrift, Erinnerung und politische Identität in frühen Hochkulturen (München, 1997).

³¹ Vgl. Gschnitzer, Allgemeiner Teil 13 (1992²).

schen Legistik unbeachtet geblieben sein. — Allein: Nicht wenig und vor allem Wesentliches fand über Preußen in die österreichische (Privatrechts)Kodifikation Eingang, wobei dies keinesfalls immer in der Reihenfolge: Entwurf Martini (1796) → WGGB (1797) → ABGB (1811) erfolgte. Manches davon stand auch erst im ABGB³², was zeigt, dass vor allem auch die (End)Redaktoren des ABGB und hier vor allem Franz von Zeiller, aus der preußischen Kodifikation geschöpft haben. Oft ohne dies kenntlich gemacht zu haben. — Insgesamt lässt sich sagen, dass sich weder Karl Anton von Martini, noch Franz von Zeiller dem preußischen Einfluss entziehen konnten. Martinis großartige Leistung für Österreich und Europa bestand aber darin, dass er die „kasuistische“ Schwäche der Preußischen Kodifikationslegistik erkannt hat und für das österreichische bürgerliche Gesetzbuch den modernen Weg der moderaten Abstraktion, mit Generalklauseln, unbestimmten Rechtsbegriffen und interpretativen Dehnfugen gegangen ist.

Zum Verhältnis ALR → Martinis Entwurf → WGGB → ABGB kann festgestellt werden: Das konstatierbare weitgehende literarische Ausblenden, ja Verleugnen des offenbar rechtshistorisch beachtlichen preußischen Einflusses auf unsere Privatrechtskodifikation muss als **Realitätsverleugnung** im Sinne eines kollektiven Abwehrmechanismus und als Verdrängung betrachtet werden. Dabei scheinen schon in der Zeit Maria Theresias, und erst recht nach **Königgrätz** (1866) und der daraus folgenden politischen „Kleindeutschen Lösung“, nationale Ursachen am Werk gewesen zu sein. — Ist es nicht erstaunlich, dass bisher keine Publikation existierte, die das Verhältnis von preussischem AGB/ALR und österreichischem ABGB (samt dessen kodifikatorischen Vorstufen) zum Gegenstande hatte? — Das Innsbrucker Martini-Colloquium 1998 widmete sich erstmals diesen Fragen; nachzulesen im Sammelband: Barta/Palme/Ingenhaeff (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation (1999).

Eine kritische Betrachtung der Geschichte unserer Privatrechtskodifikation stellt den Vertretern der Rechtsgeschichte diesbezüglich kein allzu gutes Zeugnis aus. Zu vieles wurde narzisstisch betrachtet, ja geschönt. Viele Ergebnisse wurden als autochthon gewachsene angesehen, wobei der Anteil anderer, insbesondere preußischer Arbeit nicht wahrgenommen oder gar geringgeschätzt wurde. Aus welchen Gründen/Motiven auch immer. Dass aber dieses kollektive Verdrängen bis in die Gegenwart anhält, erstaunt dennoch. Es ist dann auch nicht weiter verwunderlich, dass versucht wird, auch diese neuen Einsichten zu unterdrücken: Widerstand und Verdrängung äußern sich gerade wissenschaftlich immer wieder dadurch, dass Schweigen über neue und abweichende Meinungen gebreitet wird. Österreichs Wissenschaftler erscheinen diesbezüglich als Großmeister. — S. Freud meinte, dass die „Aufdeckung des Widerstandes ... der erste Schritt zu seiner Überwindung“ sei.³³ Widerstand äußert sich bspw (rechts)politisch auch durch Reformunwilligkeit.³⁴ Auch diesbezüglich weist Österreich beachtliche Werte auf.

³² ZB der Beginn des 30. Hauptstückes: Von dem Rechte des Schadenersatzes und der Genugthuung (§ 1293 ABGB); vgl dazu unten Pkt III 1b und 3 und 4.

³³ „Selbstdarstellung“ 70 (Fischer TB, 1999¹¹).

³⁴ Ein historisches Beispiel stellt die Verweigerung des haftungsrechtlichen Paradigmenwechsels in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts dar, wo von wichtigen Vertretern des Zivilrechts am Verschuldensprinzip festgehalten wurde, obwohl dieses die anstehenden Probleme längst nicht mehr lösen konnte; vgl dazu meine Ausführungen in: Kausalität und Sozialrecht 141 ff (1983) und in: Medizinhaftung 27 ff (1995). — Derzeit gilt dies etwa für das politische Verschleppen einer seriösen Medizin- und einer Umwelthaftung oder eines Transplantationsgesetzes. Erst offenbar werdende schwere

An diesen Vorgängen ablesbar offenbart sich auch ein zutiefst problematisches Wissenschaftsverständnis, das sich mehr an Rechthaberei, persönlichem Machtdenken und vermeintlicher nationaler Größe orientiert, als an der Wirklichkeit, von Wahrheit ganz abgesehen. – Aber diese Haltung kennen wir auch bei anderen, weniger brillanten, Fragen.

Allein eine derart unrichtig vorgenommene Historisierung im Sinne einer angenommenen pseudo-autonomen Entstehung unserer Privatrechtskodifikation entlastete das gekränkte **Staats- und Selbstbewusstsein** der österreichischen (Rechts)Wissenschaft. Die diese Kränkung bewirkenden Fakten wurden bewusstseinsmässig abgespalten und ganz oder teilweise verschwiegen. Die Niederlagen Österreichs gegen Preußen — zuerst um die Mitte des 18. Jahrhunderts gegen Friedrich den Großen und dann unter Bismarck bei Königgrätz (1866) — waren nämlich nicht nur militärische. Damit war auch der Verlust des Anspruchs verbunden im Rahmen des deutschen Einigungsprozesses künftig eine politische Führungsrolle zu spielen, was verständlicher Weise schmerzte. Da diese geschichtliche Entwicklung nicht mehr ungeschehen gemacht werden konnte, wurde als (Aus)Weg die Verdrängung etc gewählt, eine Lösung, die politisch wie wissenschaftlich machbar erschien. Die Rechtsgeschichte bot sich dafür insofern an, als durch sie – wenn auch erst nachträglich und nur partiell – das Geschichtsbild modifiziert und jedenfalls geglättet werden konnte. Dazu kam, was die bedeutenden Leistungen des nicht Deutsch-Österreichers Martini betrifft, er war Welsch-Tiroler, dass das von ihm vertretene Naturrecht (ab der Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert) allmählich als überholt galt, und mit Franz von Zeiller ein Deutsch-Österreicher zum Repräsentanten der scheinbar attraktiveren neuen Strömung in der Rechtsphilosophie gemacht werden konnte. Zeiller hatte gewisse Positionen Kants übernommen, die allerdings im ABGB keinen (nennenswerten) Niederschlag fanden. Gern gesehen war in politischen Kreisen insbesondere die von Zeiller (gegen seinen Lehrer Martini) kantianisch (und präpositivistisch) nachvollzogene völlige Trennung des Rechtsdenkens von Moral und Sitte.³⁵ Für Herrschende bedeutete dies eine beachtliche und wohlwollend zur Kenntnis genommene politische Erleichterung.

Es gab demnach mehrere Gründe, rechtshistorische Positionen zu modifizieren, nämlich wenigstens drei: Zunächst die Dominanz Preußens im privatrechtlichen Kodifikationsgeschehen, die durch die nachträglichen militärischen und politischen Niederlagen Österreichs noch verschärft wurde. Dann die in einer Zeit eines sich mehr und mehr ausprägenden nationalen Empfindens als störend empfundene Tatsache, dass der führende Mann des österreichischen Kodifikationsgeschehens das Deutsche nicht zur Muttersprache hatte und zudem nicht bereit war, die von ihm lange vor der Französischen Revolution vertretenen Menschenrechtspositionen nach deren Ausbruch aufzugeben, ihnen also abzuschwören. Und schließlich die durch ein historisches Verzeichnen des Kodifikationsgeschehens zwischen 1753 und 1811 möglich gewordene Rache am politisch in Ungnade gefallenem Naturrecht. Dazu kamen per-

Misstände zwingen häufig zur Aufgabe von politischem Widerstand. — Auf der anderen Seite ist zu beobachten, dass gerade getroffene gesetzliche Regelungen oder durchgeführte (Schein)Reformen als Vorwand dafür dienen, um sich eine substantielle Auseinandersetzung mit einem Problem zu ersparen! Das gilt im Gesundheitsbereich etwa für diverse Patientenchartas österreichischer Bundesländer oder das Schaffen eines Entschädigungsfonds nach § 27 a KAKuG.

³⁵ Darin liegt bereits ein signifikanter früherer Ansatz eines Wandels hin zu einem rechtspositivistischen Verständnis des Rechtsdenkens.

sönliche Intrigen und Neidempfinden (Sonnenfels, Rottenhann). — Kurz: Was dem nationalen Narzissmus entgegenstand wurde „ausgelöscht“ (Martini, Kees, das Naturrecht), was nicht „ausgelöscht“ werden konnte, wurde verdrängt, also unbewusst gemacht und so dem eigenen Wahrnehmungsprozess entzogen oder doch erträglich gemacht. Persönliche und nationale Kränkungen stellen Herausforderungen dar, die nur von einem starken Ich/Staat ohne historischen Realitätsverlust bewältigt werden können. Daran fehlte es allenthalben, weshalb an die Stelle eines Ertragens der leidvollen Realität eine **phantasmagorische Realitätsbeschönigung** trat. Wir haben es mit wissenschaftspolitischen Immunisierungsstrategien zu tun, die verdrängen, was historisch nicht ins Bild passt. – Das bedeutet natürlich nicht, dass alles „falsch“ dargestellt wird, sondern nur, dass jene historischen Fakten eingefärbt werden, die für die Kränkung bestimmend und (mit)ursächlich waren: Etwa die Leistung eines K. A. v. Martini, das Naturrecht oder die großartige Leistung der preußischen Gesamtkodifikation, die von F. v. Zeiller ebenso herabgewürdigt wird wie das römisch-gemeine Recht. Von ähnlichen Motiven geleitet war in der Mitte des 19. Jahrhunderts das Leugnen von Persönlichkeitsrechten durch die Vertreter der historischen Rechtschule Savignys. In Österreich vollzog dies Joesph Unger. Handelte es sich doch dabei um Leistungen des Naturrechts und Martinis. Da historische Wirklichkeit oft verständlich als schmerzhaft empfunden wird, tritt an ihre Stelle auch wissenschaftlich die **Idealisierung**.

Dazu kommt – um zur Kodifikationsgeschichte zurückzukehren, selbstgefällige und oberflächliche wissenschaftliche Recherche. — Verständlicher erscheint mir diese Haltung im zeitlichen Kontext von Königgrätz, was etwa auf H. v. Harrasowsky zutrifft, der seine „Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechts“ (1868) zwei Jahre nach Königgrätz, der vernichtenden Niederlage Österreichs gegen Preußen, publizierte. In ihr wird ein möglicher preußischer Einfluss am Entstehen der österreichischen Zivilrechtskodifikation nicht einmal erwähnt und schon gar nicht ersthaft in Betracht gezogen. Die nicht zu leugnenden kodifikationsgeschichtlichen Querverbindungen werden übergangen. Aber auch Pfaffs Haltung (vgl JBI 1883, 256) gegenüber dem ALR ist alles andere als wissenschaftlich „neutral“. So ist sein Vergleich der Paragraphenanzahl zwischen Codex Theresianus (insgesamt 8367 Nummern) und ALR (insgesamt 17.610 Paragraphen³⁶) schlichter Unfug, weil er den unterschiedlichen Regelungsumfang beider Werke nicht berücksichtigt. Das ist für einen Wissenschaftler wie Pfaff erstaunlich. Es kann nämlich nicht angenommen werden, dass Pfaff diese kodifikatorischen Unterschiede zwischen Codex Theresianus und ALR unbekannt waren.³⁷ Pfaff „liebte“ den Codex Theresianus und kreierte es den „letzten Redactoren“ – insbesondere Zeiller – schwer an, dass sie das „Material zur Bearbeitung des Obligationenrechts“ nicht dem Codex, sondern dem Allgemeinen Preußischen Landrecht entnommen hatten, was seines Erachtens in Unkenntnis des Codex Theresianus geschah. Das zeigt immerhin, dass Pfaff der preußische Einfluss nicht unbekannt war (JBI 1884, 210), obwohl er ihn nicht weiter thematisierte.³⁸

³⁶ Nach Kleinheyer, Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten vom 1. Juni 1794. An der Wende des Spätabsolutismus zum liberalen Rechtsstaat 10 (1995) sind es 18.951 Paragraphen.

³⁷ Anders Hofmann, in: GrünhutsZ 11 (1884) 424 f, der ausdrücklich auf den wesentlich umfangreicheren Inhalt des Landrechts hinweist: „... außer dem Privatrecht werden das Strafrecht, das Handels- und Wechselrecht und viele öffentlichrechtliche Materien (die Verhältnisse des Bauern-, Bürger- und Adelsstandes, der Beamten, der Kirche und der öffentlichen Schulen ...) behandelt.“

³⁸ Seine Kritik an den ABGB-(End)Redaktoren ist berechtigt, bleibt aber trotz ihrer Härte eigenartig ambivalent; vgl Pfaff, Ueber die Materialien des österreichischen allgemeinen bürgerlichen Gesetzbu-

Daß Pfaffs wissenschaftlicher Blick schließlich kleindeutsch eingefärbt war, zeigt sich auch daran, dass seine Kritik an Zeiller und Co rasch verstummte und sich sogar ins Gegenteil verkehrte, als die Endredaktoren des ABGB zu nationalen Heroen gekürt wurden.³⁹

III. Hans Kelsens „Reine“ Rechtslehre

„Nach wie vor stößt eine objektive, ihren Gegenstand nur beschreibende Rechtswissenschaft auf den hartnäckigen Widerstand aller jener, die die Grenzen zwischen Wissenschaft und Politik missachtend, im Namen jener dem Recht einen bestimmten Inhalt vorschreiben, das heißt, das gerechte Recht und damit ein Wertmaß für das positive Recht bestimmen zu können glauben. Es ist insbesondere die wiedererwachte Metaphysik der Naturrechtslehre, die mit diesem Anspruch dem Rechtspositivismus entgegentritt.“

Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, Vorwort (1960²)

Kelsens „Reine Rechtslehre“ treibt den erwähnten — im Ansatz schon römischrechtlichen — (Entwicklungs)Schritt der Isolierung des Rechtsdenkens von seinem gesellschaftlichen Nährboden auf eine nicht mehr zu überbietende Spitze. Kelsen hatte offenbar gehofft, mittels seiner intellektuell brillanten Lehre, die Unbilden gesellschaftlicher und politischer sowie wissenschaftlicher Einflüsse auf das Recht(sdenken) — insbesondere auch auf die Rechtsanwendung — ausschalten und dem Recht dadurch eine sichere Grundlage geben zu können. Diese lautere Absicht sei ausdrücklich konzediert. Wir wissen heute, dass sich diese Hoffnung nicht erfüllt hat, nicht erfüllen konnte. Das wissenschaftliche Streben nach methodischer „Reinheit“ ist achtenswert, erliegt aber einem idealisierenden Grundlagenirrtum. Denn **Method**, als **Nach-Weg**, vermag und bedeutet nicht mehr, als getroffene Entscheidungen und ihre Wertprämissen offenzulegen und dadurch nachvollziehbar zu machen. Eine Rechtsanwendung/Method, die gesetztes Recht nur noch ohne eigenes nachprüfendes Denken vollziehen soll, erscheint illusionär und verfehlt zudem ihren wichtigen (Prüfungs)Zweck im Einzelfall und muss daher abgelehnt werden. Schon die Redaktoren des preußischen ALR von 1794 hatten diesen Weg versucht und waren gescheitert. — Kelsens Rechtsdenken will somit das Recht(sdenken) nicht nur von der Politik trennen, was rechtsstaatlich wichtig und existentiell für beide Bereiche ist, sondern auch alle philosophischen, soziologischen, psychologischen oder ethischen Einflüsse ausschalten. Das erweist sich bei näherem Hinsehen als Illusion.

ches, in: GrünhutsZ 2 (1875) 254 ff. In Pfaffs „Rede auf Franz von Zeiller“ (1891) taucht diese Kritik zudem nicht mehr auf (dazu Anm 12 meiner „Begrüßung und Einführung“, in: Barta / Palme / Ingenhaeff (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation [1999]). – Relativ deutlich thematisiert dagegen Schiffner (Geist und Werth des österr. allg. bürg. Gesetzbuches namentlich im Vergleiche zum Code civil und zum preußischen Landrechte, in: Gerichtshalle 1877, Nr. 8 ff, S. 39 f, 43 f, 49 f, 54 f, 59 f, 63 f; insbesondere 44) diese Frage.

³⁹ Das war wiederum nur dadurch möglich, dass der verdiente Karl Anton von Martini, als eigentlicher Schöpfer unseres allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs zuerst der Kritik und dann der Vergessenheit anheim fiel, was einen weiteren Verdrängungsakt darstellt, zumal Martini als Welschtiroler nicht mehr so richtig in das Bild des aufstrebenden Nationalismus deutsch-österreichischer Prägung passte. — Vgl dazu meine Ausführungen in: Barta/Palme/Ingenhaeff (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation (1999).

Dabei entpuppt sich Kelsens Anspruch auf die „**Reinheit**“ (nur) seiner Lehre bei näherer Betrachtung als wissenschaftlich anfechtbare **Immunsierung** seines Konzepts. Die Vorwürfe gegen das Naturrecht sind viel zu pauschal und undifferenziert erhoben, als dass sie in dieser Form ernst genommen werden könnten. So hat sich Kelsen nie der Mühe unterzogen, das praktikable Lückenfüllungskonzept des § 7 ABGB und die Rechtsprechung dazu zu analysieren. – So berechtigt Kelsens Bemühen und bestimmte Vorwürfe sind — das gilt insbesondere für die funktionale Abgrenzung des Rechts von der Politik, so unberechtigt erscheinen seine Vorwürfe gegen jede Form eines naturrechtlichen Verständnisses auf der anderen Seite. Denn eine solche Sichtweise zerreißt gewachsene Wert-Zusammenhänge.

Kelsens Beziehung zu Freud war, was für uns von Interesse ist, gut. Wie den Seminar-Unterlagen von R. Walter/G. Oberkofler/P. Goller zu „Freuds Wien“ (Mai 2001) zu entnehmen ist, liest Kelsen zustimmend Freuds „Totem und Tabu“ (1912/13), „Massenpsychologie und Ich-Analyse“ (1921) und die beiden kulturphilosophischen Studien „Das Unbehagen in der Kultur“ (1929/30)⁴⁰ und die „Zukunft einer Illusion“ (1927). Kelsen schreibt auch Beiträge in den psychoanalytischen Zeitschriften „Imago“⁴¹ und dem „Almanach“ des internationalen psychoanalytischen Verlags⁴² und referiert um 1920 vor der Wiener Psychoanalytischen Gesellschaft. Freud war für Kelsen, so die genannten Autoren, „der große Aufklärer, der mit den metaphysischen Fragestellungen in der Psychologie wie `Seele` etc. aufräumte und „ die Mechanik sozialer Mythen aufgeklärt hat“.

Zunächst soll kurz auf den „Begriff“ Rechts-Positivismus eingegangen werden. Denn der Begriff „**Rechts-Positivismus**“ „spielt“ meines Erachtens – vielleicht sogar unbewusst – mit der Bedeutung einer positiven, also bejahenden Besetzung seiner Wortwahl. Mag der Begriff etymologisch auch gar nichts mit dem Adjektiv „positiv“ zu tun haben, sondern vom lateinischen ponere: setzen, stellen, legen kommen und damit sagen wollen, dass nur gesetztes Recht, Recht im Sinne der „reinen“ (Rechts)Lehre ist und alles andre – das gilt insbesondere für das Gewohnheitsrecht und das Naturrecht, die jahrtausendealten Antipoden eines rechtlichen Positivismus – nach Kelsen nicht den Anspruch erheben kann, überhaupt Recht zu sein.⁴³

Hans Kelsens Bestreben, eine „**reine**“ Rechtslehre zu entwerfen, impliziert aber auch – mehr oder weniger unausgesprochen – die **Unreinheit**, im Sinne eines wissenschaftlich verunreinigten Denkens, aller anderen mit seiner Lehre konkurrierenden Konzepte. Diese „Wertung“ schwingt begrifflich mit. Das „Reine“ wird zudem im menschlichen Denken immer wieder auch als „das Erhabene“ verstanden und er-

⁴⁰ L. Adamovich erwähnt in seinem Beitrag „Kelsen und die Tiefenpsychologie“ 135, dass sich Freud in dieser Schrift auf die Entstehung des Rechts in der menschlichen Frühzeit beziehe und unter anderem erwähnt habe, dass die „Tabuvorschriften ... das erste Recht“ gewesen sei, was aber von Kelsen nicht aufgegriffen worden sei.

⁴¹ Im 8. Jg. 1922 erscheint Kelsens Abhandlung: „Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie mit besonderer Berücksichtigung von Freuds 'Theorie der Masse' „.

⁴² Dort erscheint 1927 Kelsens Beitrag: „Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse“. — Beide Texte sind nunmehr auch in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hg), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Texte von Hans Kelsen, Adolf Merkl und Alfred Verdross (Wien, 1969) wiedergegeben.

⁴³ Um nicht missverstanden zu werden sei hinzugefügt: Ich behaupte damit nicht, dass die Begriffswahl und ihre wohlwollende Duldung durch Kelsen dies beabsichtigt hat. Allein die Möglichkeit der „zweiten“ Bedeutung schwingt dennoch, zumal für Nicht-Juristen und Nicht-Lateiner, unausgesprochen mit.

scheint dadurch nicht nur ästhetisch, sondern auch geradezu sakral verbrämt. Darin steckt auch etwas von einer Größenphantasie. – Eingestanden hat sich dies der Rechtspositivismus meines Wissens nie. Aber es sollen wohl auch all diese nur implizit mitschwingenden und nicht explizit angesprochenen Epiteta das eigene Konzept zusätzlich stützen und damit auch theoretisch überhöhen. Das lehrt uns – bei allem Respekt vor Kelsens Werk – , dass die „reine“ Rechtslehre wertungsmäßig so rein gar nicht ist, wie sie vorgibt zu sein. Nimmt sie es doch in Kauf, die wissenschaftliche Konkurrenz in die Nähe des Unreinen, des disziplinär-kultischen und methodischen Miasmas zu rücken.

Zudem ist die „Reine Rechtslehre“ nicht ganz so originell, wie es erscheinen mag. Denn – wie erwähnt – schon das römische Recht hatte, um ein Bild zu verwenden, den Baum des Rechts von seinen Wurzeln, seinen natürlich-gesellschaftlichen und wissenschaftlichen Zusammenhängen, die ihn nähren und ihm Halt geben, abgetrennt, wofür es immer wieder gerühmt wurde.⁴⁴ Allein das wurde schon konstatiert. – Die Konsequenz der Durchtrennung dieses natürlichen Zusammenhangs war schon für das römische Recht die, dass ein so behandeltes „Gewächs“ nicht mehr lebensfähig war, und nur als gesellschaftliches Kunstprodukt zu existieren vermochte.⁴⁵ Das förderte, ja verlangte – wie schon das römische Recht wusste – nach einer gesellschaftlich und wissenschaftlich abgehobenen Gelehrtenschicht im Sinne eines priesterlichen Juristenmonopols. Das Recht – dessen Zweck im Herstellen von gesellschaftlicher Ordnung, Frieden (is eines Untersagens von eigenmächtiger Gewaltanwendung) und sozialem Ausgleich besteht – bedarf aber, um lebensfähig zu bleiben, des Zusammenhangs mit der Gesellschaft, ihren Problemen und ihren Akteuren. Das ist nicht mit der Preisgabe des Rechts an die Politik zu vermengen. Das wusste schon Solon, der historisch früh in Europa das Gesetz als Instrument des sozialen Ausgleichs eingesetzt hatte.⁴⁶ — Wird dagegen die Nabelschnur zwischen gesellschaftlicher Plazenta und Recht durchtrennt, hört der natürliche Austausch in Form einer kontinuierlichen Wert- und Problemzufuhr, aber auch von Problemlösung, auf und an die Stelle einer lebendigen Verbindung tritt eine sterile rechtliche (Schein)Autonomie ohne gewachsene Zusammenhänge mit jenen Bereichen, die das Recht regeln soll. — Das ist, als wollte man aus dem Freudschen Strukturmodell das Unbewusste, weil (noch) ungestaltet, unstrukturiert, ungeordnet, — und daher als „unrein“ betrachtet — herauslösen, ja leugnen. Damit wäre die Psychoanalyse liquidiert und ihr Herzstück beseitigt. — Das Recht aber wird durch eine solche konzeptuell-positivistische Verengung vollends zum Herrschaftsinstrument, verwaltet von einer politisch gesteuerten Priesterkaste, die meist wiederum vorgibt, im Dienste einer höheren Macht – der unantastbaren „Wissenschaft“ – zu stehen und vornehmlich deren Interessen wahrzunehmen; vgl schon oben.

Ein derartiges Rechtsdenken entspricht nicht dem griechischen, sondern dem römischen Verständnis, denn das griechische Rechtsdenken folgt früh dem Leitbild des Volksrechts mit dem vom Demos politisch beschlossenen Gesetz und gewählten

⁴⁴ Dieses „Rühmen“ bedurfte aber mE ebenfalls einer näheren Untersuchung, verfolgt es doch auch eine bestimmte Absicht für die Gegenwart des und der Rühmenden.

⁴⁵ Savignys Volksgeistlehre kehrt demnach die Realität ins Gegenteil, was wir psychoanalytisch als eine Form des Widerstandes erkennen.

⁴⁶ Vgl dazu die Ausführungen in meiner Studie: „Graeca non leguntur“? — Zum Ursprung des europäischen Rechtsdenkens im antiken Griechenland, Pkt I 1: Die Polis als Hüterin des sozialen Ausgleichs (in Vorbereitung: 2005).

Richtern als politischer Legitimation; mag diese Orientierung im Laufe der politischen Entwicklung auch immer wieder in Frage gestellt worden sein.

Das Ergebnis einer solch' positivistischen Entwicklung ist ein weder welt-, noch menschenfreundliches **Spezialistentum**, das – was seine Wertungen und Inhalte anlangt – zudem schwer oder überhaupt nicht kontrolliert werden kann und auch gar nicht kontrolliert werden will und auch deshalb „Griechisches“ – im Gegensatz zum „Römischen“ unattraktiv findet. Das wirkt bis heute nach. Die Psychoanalyse hätte einem derart disziplinär wie wissenschaftlich einengenden Denken ein integrativ- gesamt-disziplinäres Verständnis entgegenzusetzen, das nicht trennt, sondern verbindet. – Leider wird das selten verstanden und gewürdigt. Es in Erinnerung zu rufen erscheint daher wichtig.

Mit dem Beginn einer positivistischen (Ab)Trennung des Rechts von der Gesellschaft⁴⁷, die sich im alten Österreich um die Mitte der 1790er-Jahre bemerkbar macht und zu der bereits die von Kant (ohne wirkliches Gespür für rechtliche Notwendigkeiten) propagierte völlige **Trennung von Recht und Moral/Sitte** etc gehört, verliert das Recht seine lebendige Verbindung zu Volk und Gesellschaft und wird erklärmaßen zu einem Macht-/Herrschafts- und formalen Steuerungsinstrument in der Hand der Herrschenden. Ein solches Verständnis zeitigt Auswirkungen: auf die Legistik, auf das Verhältnis Gesetzgeber–Rechtsadressat (Martini↔Zeiller!)⁴⁸, auf die Rechtssprache⁴⁹, überhaupt „von Unten“ legitimierte Mitentscheidungs- und Partizipationskonzepte usw. Das griechische Element des Demokratischen, das noch von Willi Brandt und Bruno Kreisky verstanden, anerkannt und mit den Zielvorstellungen des „Mehr Demokratie Wagens“ und des „Durchflutens unserer Gesellschaften mit mehr Demokratie“ identifiziert wurde, bleibt zusehends auf der Strecke. Obwohl diese gesellschaftlichen Einsichten nichts von ihrer Richtigkeit eingebüßt haben, werden sie kaum mehr beachtet. Wer weiß, was nicht wieder alles passieren muß, ehe wir uns erneut daran erinnern.

⁴⁷ Mit dem Hinauswurf von Sitte und Moral sowie dem Gewohnheitsrecht aus dem Rechts- und Gesetzesdenken, wird bereits ein verhängnisvoller Schritt in Richtung Positivismus gesetzt, zumal damit wichtige gesellschaftliche Maßstäbe, die der Beurteilung von Recht und Gerechtigkeit und überhaupt von gesellschaftlichem Handeln dienen, beseitigt werden. In Österreich beginnt dieser Vorgang mit Franz von Zeiller, der in unkritischer Gefolgschaft von Kant, der wenig vom Recht verstanden hat, diesen Schritt setzt; dazu Barta, in: Barta / Palme / Ingenhaeff (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation (1999).

⁴⁸ Zu Martinis Anforderungen an einen guten Gesetzgeber: Barta, in: Barta/Palme Ingenhaeff (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 26 ff (1999).

⁴⁹ Gute Gesetzgeber bedienen sich nicht bloß einer disziplinären Kunst- oder Fachsprache, sondern sind, wie die Psychoanalyse (dazu G.-A. Goldschmidt, Als Freud das Meer sah, 1994¹¹) der Volkssprache verbunden. Das erscheint ebenso wichtig wie Platons Forderung in den „Nómoi“, ein guter Gesetzgeber habe die angesprochenen Bürger/Rechtsadressaten nicht vor vollendete Tatsachen/Anordnungen zu stellen, sondern habe für den Zweck, den er mit dem jeweiligen Gesetz verfolge, in einer Präambel aufzuklären und dafür zu werben. Wird doch die Akzeptanz rechtlicher Vorschriften — und damit ihr tieferer Sinn und Zweck — nur dadurch erreicht, dass die Menschen, die das Gesetz befolgen sollen, dies aus Einsicht, ja Überzeugung und nicht bloß aus Angst tun. Die Anordnungen des Gesetzgebers, seine Ge- und Verbote, sind demnach als Wegweiser des gesellschaftlichen Verhaltens der Menschen zu verstehen. — Die Sprache ist Schlüssel zur Kommunikation und intersubjektiver Verständigung. Das gilt für die Psychoanalyse und das Rechtsdenken.

Ich möchte aber auch erwähnen, dass etwa zur gleichen Zeit mit Hans Kelsen, der Österreicher Eugen Ehrlich⁵⁰, er war der Begründer der Rechtssoziologie und der Rechtstatsachenforschung, zu einem ganz gegenteiligen Ergebnis gekommen ist, nämlich zur Feststellung, dass

„der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung ... 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“ liegt.⁵¹

Ehrlich fährt fort:

„Vielleicht ist in diesem Satze der Sinn jeder Grundlegung einer Soziologie des Rechts enthalten“.⁵²

Damit wird – um im Vergleich zu bleiben – das Unbewusste (und seine Triebregungen) nicht nur nicht beseitigt, sondern wiederum als Quelle des Rechts anerkannt; wird die lebendige – fast möchte man sagen, die ökologische Verbindung zwischen dem Recht und der es bedingenden Gesellschaft rehabilitiert. Während Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung durchaus freudianische Züge tragen, verleugnet der Rechtspositivismus jeden gewachsenen und konzeptuellen Zusammenhang zwischen Recht und Gesellschaft: diese Trennung bleibt aber künstlich. Insofern ist es nur konsequent, wenn Rechtsdogmatik und Rechtspositivismus gemeinsam sozialwissenschaftliche Einflüsse im Rechtsdenken zumindestens sehr vernachlässigt haben und dies noch immer tun. Die Wirklichkeit erscheint manchem (Rechts)Dogmatiker offenbar wie den Positivisten viel zu wirklich, weshalb sie es vorziehen, diese – wo möglich – auszublenden, zu verleugnen. Zugunsten einer angeblich höher zu bewertenden Ordnung und Funktionalität des Systems. Worunter sich in Wahrheit immer wieder eigene „Wertungen“ verbergen. Dazu kommt: Das selbst gemachte Dogma ist willfähriger als die Wirklichkeit.

Das geht, wie das folgende berühmte Kelsen-Zitat zeigt, sehr weit, beängstigend weit und die für viele spürbare rationalistische Faszination der „Reinen Rechtslehre“ weicht einer gesellschaftspolitischen Beklemmung. Wir verspüren heute bei der Lektüre von **Kelsens Midas-Gleichnis** Unbehagen. Nur scheinbar erinnert es an den berühmten Satz Pindars (~ 518-446 v. C.), einen Zeitgenossen des Aischylos, der den Nomos (das Gesetz) mit königlichen Attributen ausstattete und vom „nomos basileus“ sprach. – Kelsens Aussage ist aber eine ganz andere, sie betont auch nicht nur die Ehrwürdigkeit des Gesetzes der Polis. Kelsen meinte:

„Für eine positivistische Betrachtung, die das Recht nicht im Naturrecht verabsolutiert, ist der Staat ein König Midas, dem alles, was er ergreift, zu Recht wird“.⁵³

Es soll hier wenigstens angedeutet werden, dass die „Reine Rechtslehre“ nicht nur die rechtliche Isolation des Rechts von der Gesellschaft und dem Volk etc gefördert hat, sondern der Midas-Vergleich auch eine mythologisch-historische Verstörung dieses Rechtskonzepts offenbart, die bisher offenbar unbeachtet geblieben ist:

⁵⁰ Vgl zu ihm nunmehr meine Ausführungen in: Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken 1061 ff (2004²).

⁵¹ Diese unterschiedlichen methodischen Sichtweisen führten zu einer wissenschaftlichen Kontroverse, die nunmehr in einer kleinen Schrift zusammengefasst wurde; vgl H. Kelsen / Eugen Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17). Mit einer Einführung von Klaus Lüdersen (2003).

⁵² Grundlegung der Soziologie des Rechts, Vorrede (1912).

⁵³ H. Kelsen, Justiz und Verwaltung, in: Zeitschrift für soziales Recht 1928/29, 1.Jg., S.80 ff.

Der Sage nach — und es sollte nicht ganz unbeachtet bleiben, dass Kelsen sein wissenschaftlich mit dem **Anspruch des Purismus** auftretendes Konzept durch eine Sage/Legende, einen Mythos (ohne Anspruch auf Historizität) veranschaulicht — wurde dem König Midas (als Dank des Gottes Dionysos für ihm geleistete Hilfe) auf eigenen Wunsch hin alles, was er berührte, zu Gold (womit Kelsen das positive Recht identifiziert). Das hatte zur Folge, dass Midas weder essen, noch trinken, also keine Nahrung aufnehmen konnte, also verhungern musste. Kelsen hat diesen Teil der Legende aber entweder nicht bedacht oder — als mögliche Beeinträchtigung seines Konzepts — verdrängt oder abgespalten, sonst hätte ihm dieser Ausgang des Geschehens eine Warnung sein müssen.

Wir sollten uns aber fragen: Offenbart uns diese „Freudsche-Auslassung“ eine Schwäche des Rechtspositivismus Kelsenscher Prägung? Die „Lehre“ aus dem Mythos hätte doch — ins Rechtliche gewendet — darin bestanden, dass ein von seinen „natürlichen“ Nahrungsquellen, hier: der Gesellschaft und ihren ‚Rechts-Quellen‘, abgeschnittenes Konzept (der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung) nicht lebensfähig ist. Die Midas-Legende stand in der Antike auch nicht für Weisheit oder Klugheit, führte der Goldhunger den König doch ins Verderben. — Es lässt sich daher danach fragen, ob nicht zwischen der eigenen „positiven“ Einschätzung des Rechtspositivismus und dem für seine Rechtfertigung gewählten mythologischen Aufhänger ein unbewusster und unreflektierter Zusammenhang besteht, der Rückschlüsse auf die theoretisch-methodische Lebensfähigkeit des Konzepts der „Reinen Rechtslehre“ zulässt und uns zeigt, dass hier der methodisch-juristische Anspruch und die (wissenschafts)politische Zielsetzung durcheinander geraten sind.

Ich kann diese Zusammenhänge hier nicht näher ausführen und muss sie mit diesem Midas-Bild Kelsens alleine lassen. — Ich hoffe allerdings, dass sie spüren, dass rechtliche Kopfgeburten ebenso wenig der Wirklichkeit gerecht zu werden vermögen wie andere Positivismen.

Dass dieses (positivistische) Rechtsmodell – dem zur Zeit seiner ersten Gestaltwerdung durchaus auch historische Berechtigung zukommt und Anerkennung gebührt — in Österreich auf so große Resonanz stoßen konnte und so lange – nämlich bis heute – nachwirken konnte, sagt meines Erachtens mehr über die österreichische Eigenschaft der Verleugnung von rechtlicher Realität und der Fähigkeit zu gesellschaftlicher Verdrängung aus, als über die Qualität von Kelsens Lehre, die nur bei flüchtiger Betrachtung ohne Einschränkungen wissenschaftlich zu imponieren vermag und die, was kein Zufall ist, vornehmlich im öffentlichen Recht Gefolgschaft fand, während das lebensnähere Privatrecht wenig mit diesem überspitzten Konzept anzufangen wusste, dessen theoretischer Reiz in mancher Hinsicht aber nicht geleugnet werden soll. Allein man muss nicht allzu tief schürfen, um zu bemerken, dass die „Reine Rechtslehre“ vornehmlich mit Fiktionen und Hypostasierungen arbeitet, die sie selbst nicht einzulösen vermag. Man denke nur an die von Kelsen behauptete **Lückenlosigkeit der Rechtsordnung**, die nicht nur in Widerspruch zu § 7 ABGB, sondern vor allem auch zur rechtlichen Realität steht. Ganz abgesehen von der Leugnung von Gewohnheitsrecht oder auch dem Problem der sog unbestimmten Rechtsbegriffe und Generalklauseln und überhaupt der Lückenschließung durch § 7 ABGB: Analogie in ihren drei Formen der Gesetzes- und Rechtsanalogie samt der dritten Analogiestufe der Anwendung der natürlichen Rechtsgrundsätze. Dagegen hatte sich schon mit Nachdruck Eugen Ehrlich gewandt, was ihm den unberechtigten Vorwurf des „Freirechtlers“ eingetragen hatte. Man hat sich nicht einmal die Mühe gemacht, die Einbindung von Ehrlichs Konzept in die Lückenfüllungsregel des § 7

ABGB zur Kenntnis zu nehmen. – Eine wissenschaftliche Kapriole schlägt dann O. Behrends, der nicht dem Rechtspositivismus (was ebenso unsinnig gewesen wäre!), sondern ausgerechnet Eugen Ehrlich eine Mitschuld am Entstehen des Nationalsozialismus zuweist. Auch das ist nur noch psychoanalytisch, als Verkehrung ins Gegenteil, zu deuten.⁵⁴

Hans Kelsen hat mit seiner „Reinen Rechtslehre“ das Privatrecht mehr oder weniger ausgespart und hat sich daher methodisch viel leichter getan; andernfalls hätte er die Lücken in Scheunentorgröße — unserer wie jeder Rechtsordnung — und damit auch die seines theoretischen Konzepts wahrgenommen.

IV. Juristische Person und Unsterblichkeit

Das Verdrängen des Todes im privaten Totenrecht

Zugleich ein Beitrag zur richterlichen Lückenfüllungskompetenz nach § 7 ABGB

„Der Staat ist nicht nur eine Institution zur Sicherung von Frieden, Ordnung und Gerechtigkeit, sondern zugleich damit auch eine Institution zur Ermöglichung von Unsterblichkeit, oder zumindest der Fortdauer über den Tod hinaus. ... Damit verfügt der Staat nicht nur über *das* Medium der Sichtbarmachung kollektiver Identität und gesellschaftlicher Selbstthematization, sondern auch über *das* Medium einer Fortdauer im sozialen Gedächtnis nach dem Tode.“

Jan Assmann, Das kulturelle Gedächtnis (2000³)

Das Recht kennt seit Alters her Rechtsinstitute, die auf den Tod hin orientiert sind, ihn voraus setzen. Man denke an das Erbrecht (als Ganzes), und dort wiederum an Testamente, Legate, Schenkungen auf den Todesfall oder die Ehepakte und zahlreiche andere Fragen des Privat- und Verwaltungsrechts. Anders als für die Medizin ist der Tod für das Recht aber keine Panne, sondern häufig etwas ganz normales; ein Tatbestands- und Sachverhaltselement. Er beendet – cum grano salis – das Leben oder wie dies juristisch auch genannt wird, die Rechtsfähigkeit des Menschen, also der natürlichen Person. Auf der anderen Seite wurden Rechtsinstitute geschaffen, die den unausweichlichen menschlichen Tod relativieren helfen sollen. – Zu beiden Gruppen werden in der Folge Beispiele angeführt.

1. Überlegungen zur juristischen Person und ihrer psychoanalytischen Dimension

Damit komme ich auf ein hier interessierendes Thema zu sprechen: Denn der Mensch hat – via Recht, etwas geschaffen, das den Tod überdauern, ich möchte nicht sagen besiegen, aber doch abmildern soll: Das Recht kennt nämlich Zusammenschlüsse von Personen, die zu einer (von dieser unabhängigen) eigenen Rechtspersönlichkeit führt – der juristischen Person. Diese vielgestaltigen rechtlichen Gebilde entsprechen (unter anderem) einem alten Wunschtraum des Menschen, denn sie

⁵⁴ Vgl dazu auch meine Ausführungen, in: Zivilrecht insbesondere 1065 ff (2004²).

sind potentiell unsterblich. Juristische Personen sind Zusammenschlüsse von Einzelpersonen⁵⁵ zu einem gemeinsamen Zweck, wobei durch den Zusammenschluss rechtlich eine neue, eben eine juristische oder — wie sie früher auch genannt wurde — moralische Person entsteht, die von den einzelnen ihr angehörenden natürlichen Personen rechtlich ganz unabhängig ist. Solche Gebilde kannten auch schon frühe Rechte, insbesondere ägyptische und das griechische (Solon: 594/93 v. C.) und in der Folge das römische Recht. Das ABGB von 1811 gewährte diesem künstlichen (Rechts)Gebilde grundsätzlich gleiche Rechte und Pflichten mit der natürlichen Person, dem Menschen. Der einschlägige Passus des § 26 ABGB lautet bis heute unverändert:

„... Im Verhältnisse gegen andere genießen erlaubte Gesellschaften in der Regel gleiche Rechte mit den einzelnen Personen. ...“⁵⁶

Diese rechtlich selbständigen juristischen Konstrukte machen das individuell-menschliche Verhalten einerseits gesellschaftlich wirksamer (zB Verein, Kapitalgesellschaften), auf der anderen Seite dienen sie auch dazu, den Menschen als gesellschaftliches Individuum zu erziehen, ihn berechenbar und beherrschbar zu machen. Man denke nur an die verschiedenen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere den Staat in seiner rechtlich-organisatorischen Erscheinungsvielfalt. Das Recht verleiht sowohl diesen großen gesellschaftlichen Gebilden, wie auch kleineren, Dauer: rechtlich sogar ohne zeitliche Schranken.

Dieses „auf Dauer“, das heißt grundsätzlich ohne Ende – also juristischen Tod — angelegte Rechtsinstitut müsste in gemeinsamer Arbeit näher beleuchtet werden, weil ich meine, dass es interessante Querbezüge zwischen dem Rechtsdenken und der Psychoanalyse enthält, die bisher noch nicht hinreichend behandelt worden sind, die aber zeigen, dass das Recht – meines Erachtens durchaus im Bewusstsein der Unverrückbarkeit des menschlichen Todes – dem Menschen helfen will, diese für ihn, jedenfalls für die meisten Menschen, unakzeptable Tatsache, zu bewältigen und zu erleichtern. — Ich kann diesen Gedanken, obwohl er mir lohnend erscheint, hier nicht näher ausführen, wollte ihn aber ansprechen, weil er in diesem Kontext von Bedeutung ist.

Wenigstens soviel sei angedeutet: Zunächst — wird der psychoanalytisch fundierte, in juristischen Personen steckende Gedanke von diesen Gebilden auf sehr unterschiedliche Weise ausgeführt. Das Lösungsspektrum reicht von der Privatstiftung, in welcher der Wille eines Einzelnen, des Stifters, der einen Kapitalbetrag zur Verfügung stellt, zur Rechtspersönlichkeit erhoben wird, bis hin zu den Kapitalgesellschaften, die das Prinzip ökonomischer Gewinnmaximierung auf Dauer und möglichst uneingeschränkt zu verwirklichen suchen und dabei den Unsterblichkeitsgedanken zugunsten des erhofften Gewinns zurückdrängen. Dazwischen angesiedelt ist der Verein, der kollektive Wünsche und Ziele einer Gruppe von Menschen — und zwar unterschiedlichster Art — unter Zuhilfenahme juristischer Organisationsform zu erreichen versucht und dabei in der Regel generationenübergreifend agiert. In allen diesen Rechtsgebilden, die in Wahrheit noch viel bunter als hier geschildert sind, wobei

⁵⁵ Ich vernachlässige hier jene juristischen Personen, die bloß einer Vermögensmasse Rechtsfähigkeit verleihen, wie Stiftung oder Fonds; obwohl sie offenbar die ältesten sind. Entstanden sind sie im alten Ägypten als so genannte Totenstiftungen; vgl Schaffik Allam, in: U. Manthe (Hg), Die Rechtskulturen der Antike zB 43 (2003).

⁵⁶ Die Bestimmung entstammt dem auf K. A. v. Martini zurückgehenden WGGB von 1797.

auch Zwischenstufen (zB OHG, KG und Erwerbsgesellschaften) existieren, steckt gleichermaßen der meist unbewusst bleibende Wunsch (der Proponenten, so heißen die Vereinsgründer), das im Individuum zutage tretende Unvermögen, seine Schwäche, Hinfälligkeit, mangelnde Entschlusskraft usw rechtlich zu kompensieren. Kurz: Rechtliche Organisation soll für jene Fähigkeiten und Grenzüberschreitungen, jenes „fines transire“ sorgen, die dem Einzelnen fehlen.

Miteinander ist eben mehr, als allein und vor allem auch mehr als bloß neben- oder gar gegeneinander! Kommunikation und Interaktion werden leichter und fließen kontinuierlich. Dadurch wird mehr und anderes möglich (als allein) und dennoch bleibt ein autonomer Bereich erhalten. Die Spielregeln der Gesellschaft gestatten dies. Recht erscheint demnach, funktional betrachtet, geradezu als angewandte Soziologie; denn möglich wird dadurch eine kulturell-gesellschaftliche Effizienzsteigerung und zielgerichtete Strukturierung und Ausrichtung von Aktivität. Es erfolgt eine Art zweite Geburt (im Rechtssinn), wodurch nicht nur ein neuer, sondern auch ein stärkerer gesellschaftlicher Akteur entsteht mit dem man sich identifizieren kann, ohne die eigene Identität aufgeben zu müssen. Soziologisch betrachtet kommt es dadurch zu einer modifizierten oder weiteren Sozialisation, eben einer juristischen. Dabei ist die juristische Entwicklung zuletzt weit und entschlossen vorangetrieben worden. War es bis vor kurzem bspw noch nötig, dass die Kapitalgesellschaft „GmbH“ zur Gründung wenigstens zweier Gesellschafter bedurfte, besitzen wir nun auch in Österreich — auf EU-Einwirkung hin — seit 1995 die Möglichkeit der EinpersonengmbH. Natürlich stehen für die Wahl einer solchen Rechtsform primär Haftungs- und wirtschaftliche Organisationsüberlegungen im Vordergrund — bewusst. Unbewusst sind darin aber wohl auch über den Tod hinaus reichende Effizienz-Gedanken ebenso beteiligt wie Macht- und Größenphantasien. Man denke nur an die Multis als global player und den Begriff des Wirtschaftsimperiums. Denn auf eine Sprachformel gebracht bedeutet die Einpersonengesellschaft nichts anderes, als: Die Gesellschaft bin — ICH. Und dabei kann man sich als kleiner Sonnenkönig fühlen.

Dazu gesellt sich eine für den Einzelnen, als Konsequenz der juristischen Konstruktion, ergebende interessante **Dupplizierung seiner Person**; denn die juristische Person besitzt ein Eigenleben und verfügt (wie erwähnt) über eine eigene Rechtspersönlichkeit und damit gesellschaftliche Identität, die sich von der ihrer Mitglieder unterscheidet, wozu auch der eigene Name/Firma beiträgt. Das Recht zaubert gleichsam aus seiner normativen Wundertüte eine zweite, eine rechtliche Existenz hervor, die sie über jene der der juristischen Person angehörenden natürlichen Personen gleichsam drüberstülpt. Noch dazu eine größere, überlegene, dauerhaftere, eine gegen Übergriffe und Anfeindungen und last but not least in Bezug auf bedrohende Haftungen (Haftungsreduktion⁵⁷) viel besser gewappnete. Auch (Existenz)Ängste können dadurch verringert werden. — Zum erwähnten Gedanken der Dupplizierung der eigenen Person oder wie das auch ausgedrückt werden kann, zur Einheit in der Vielheit, lassen sich wiederum analytische Bezüge herstellen: Blenden wir dazu in aller

⁵⁷ Das **Haftungskonzept** voll entwickelter juristischer Personen — etwa der GmbH — unterstützt den Einzelnen/ihre Mitglieder zusätzlich durch das dafür entwickelte sogenannte **Trennungsprinzip** womit gemeint ist: Für Schulden der juristischen Person haftet nur diese, nicht ihre Mitglieder oder Organe. Nur ausnahmsweise kommt es bei Missbrauch der Rechtspersönlichkeit zum Haftungsdurchgriff, peircing the corporate veil. – Dies bringt schon eine einprägsame Schaukelformulierung des römisch-gemeinen Rechts zum Ausdruck, wonach: Die Schulden der juristischen Person nicht die Schulden ihrer Mitglieder sind und die Schulden ihrer Mitglieder nicht die der juristischen Person.

Kürze Freuds (personales) Strukturmodell ein.⁵⁸ Freud unterscheidet darin neben dem zeitlebens in Bewegung und Adaptierung begriffenen ICH, das es tendentiell gegen die anderen Bereiche zu stärken gilt: ES und ÜBER-ICH. Diese interessante metapsychologische Annahme Freuds kann für unser Thema auch so verstanden und fruchtbar gemacht werden, dass es schon für den Einzelnen/das Individuum darum geht, soll eine pathologische (Persönlichkeits)Entwicklung vermieden werden, Einheit — trotz vorgegebener struktureller Bewusstseins Mehr- oder Vielheit (Ich, Es, Über-Ich) herzustellen. Es gilt das Ich, mit dem Über-Ich und dem Es in eine möglichst harmonische Beziehung/Übereinstimmung/Funktionseinheit zu bringen. So be-
sehen stellt die juristische Konstruktion der juristischen Person einen im äußeren, gesellschaftlichen Bereich sich abspielenden vergleichbaren Vorgang dar, der die innerpsychisch-personale Entwicklung des Individuums wiederholt, und gleichsam in Form einer rechtlichen Prothese einen Ich-Verstärker (gegen ES und ÜBER-ICH) schafft. Auch dabei soll aus mehreren „Einzel“-Willen ein neuer, stärkerer, vielleicht sogar höherer und weiter reichender Gesamt-Wille entstehen. Wir kennen übrigens diesen Vorgang — wenngleich in anderem Zusammenhang — aus J. J. Rousseaus Gesellschaftstheorie, die auf dem alten Gedanken des Gesellschaftsvertrags aufbaut.

Natürlich werden solche – immerhin denkbaren – Zusammenhänge nicht bewusst hergestellt, was nicht heißt, dass sie keine Gestaltungskraft besäßen. – Kurz gesagt lässt sich daher festhalten: Die Gründung juristischer Personen stellt in gewissem Sinne eine Wiederholung innerpsychischer Integrations-Prozesse zwischen ICH, ES und ÜBER-ICH dar, die hier wie dort das ICH stärken sollen.

Nun soll noch ein anderer psychoanalytischer Konnex im Zusammenhang mit juristischen Personen aufgezeigt werden: Freuds konstituierende menschliche Triebgrundlagen — **Eros** und **Thanatos** — erscheinen im Gesellschaftsprodukt Recht, insbesondere dem hier behandelten Teilbereich der juristischen Person, in erstaunlicher Weise präsent. Und dies in beachtlicher Vielfalt. Fast scheint es, als wollte die Gesellschaft durch Recht jene Mittel zur Verfügung stellen, um Ziele erreichen zu können, die dem Einzelnen versagt sind, was Frustrationen aller Art zu erzeugen vermag.⁵⁹ Es geht dabei auch hier um Größe, Macht, Geld, Ruhm (verstanden als geis-

⁵⁸ Dazu bspw. Kriz, Grundkonzepte der Psychotherapie 34 ff (1994⁴): Danach änderte Freud nach 1920 sein zunächst vornehmlich naturwissenschaftlich-energetisch ausgerichtetes **Libido-Konzept** in Richtung eines strukturellen Persönlichkeitsmodells ab. In seiner Schrift „Jenseits des Lustprinzips“ (1920) stellte er der **Libido** einen **Todestrieb** gegenüber, woraus schließlich sein zweites topisches Modell entstand, das mit dem „ICH“ im Zentrum, auch noch „ES“ und „ÜBER-ICH“ umfasst. Neurosen wurden künftig als Konflikte zwischen diesen psychischen „Instanzen“ oder „Provinzen“ gedeutet. — Vgl. zu diesen und anderen Begriffen der Psychoanalyse insbesondere auch: Laplanche/Pontalis, Das Vokabular der Psychoanalyse (1992¹¹).

⁵⁹ Zu erinnern ist daran, dass in der historischen Frühzeit die Schwäche des Einzelnen durch die Familie und Familien-/Gentilverbände aufgefangen und ausgeglichen wurde. Das führte aber, solange diese Familienstrukturen bestanden dazu, dass das einzelne Familienmitglied familiär, gentil, im Klan „gefangen“ war und sich kaum entwickeln konnte. Die rechtliche Freisetzung des Einzelnen aus diesen Familialstrukturen war Voraussetzung für das Entstehen gesellschaftlicher und staatlicher Grundlagenwerte (insbesondere von Freiheit und Gleichheit, aber auch die Teilnahme des Einzelnen am Staatsgeschehen), die schließlich in demokratische Entwicklungen einmünden konnten. In Griechenland erfolgte dieser Entwicklungsquantensprung — paradigmatisch für Europa — zu einem guten Teil schon in der Ära Solons. Ich verweise auch diesbezüglich auf meine Studie: „Graeca non leguntur“? – Zum Ursprung des europäischen Rechtsdenkens im antiken Griechenland. (in Vorbereitung: 2005). – Zu fragen wäre auch danach, ob nicht Phratrien, Phylen, Gentilverbände nicht neben der Polis / dem Staat die Keimzellen juristischer Personenverbände (als juristische Personen) waren?

tige Unsterblichkeit) und Unsterblichkeit. Der Einzelmensch, der in seinem Leben immer wieder mit seiner Unzulänglichkeit und Endlichkeit konfrontiert wird, erlangt gleichsam auf rechtlich-gemeinschaftlicher Ebene — partiell — Kompensation. Das Rechtsdenken erweist sich somit, wie das Faktum des Todes als enormer „Kulturgenerator“ (J. Assmann). Das wurde interessanter Weise von Juristen vor allem im Zusammenhang mit dem Erbrecht gesehen.⁶⁰ – So schreibt Egon Weiss in seiner Kommentierung des Erbrechts des ABGB⁶¹:

„In der Literatur des österreichischen Privatrechtes, aber auch schon vorher hat man die Wurzel des Erbrechtes in dem sowohl in der allgemeinen Rechtsüberzeugung als auch in der geistigen Natur des Rechtes tief wurzelnden und gegründeten Satz gefunden, dass der Tod, wie über die Welt des Geistes überhaupt, so über den Organismus des Rechtes keine Macht habe; mag auch das Individuum hinwegsterben, die ihm nicht persönlich anhaftenden Rechtsverhältnisse bestehen fort, das Vermögen überdauert seinen Herrn. Daher erblickt man in der Aufstellung des Erbrechtes die Vollendung des Rechtsorganismus, welcher dadurch über die Lebensgrenze des Individuums hinaus erstreckt wird.“

Natürlich steckt in solchen Aussagen etwas von einer rechtlichen Größenphantasie und man darf derartige Äußerungen, bei allem Respekt den sie verdienen, nicht auf die wissenschaftliche Goldwaage legen. Aber ein Körnchen Wahrheit scheint mir doch getroffen. — Es geht um einen gewissen (keineswegs einen vollständigen) rechtlichen Ausgleich,⁶² um die mit der Einzelperson unausweichlich verbundenen narzisstischen Kränkungen besser verwinden zu können.

Ich meine, dass selbst diese vorläufigen Gedanken zeigen, dass es sich lohnt, das Recht und einzelne seiner Teilgebiete mit psychoanalytischer Brille zu betrachten, wobei hier nur ein Anfang gemacht werden kann. Wichtig erschiene mir dabei, dass nicht wie meist üblich nur das Staats- oder das Strafrecht Gegenstand der Betrachtung sind, sondern es sollte auch das Privatrecht und andere Bereiche (etwa das Arbeits-, Handels- und Wirtschafts- sowie das Verfahrensrecht) einbezogen werden, zumal die praktische Relevanz dieser Gebiete insbesondere jener des Privatrechts verglichen mit dem Strafrecht eine viel größere ist. So stehen den jährlich über 3 Millionen Zivilverfahren, 200.000 Strafverfahren gegenüber, mag auch die mediale Aufbereitung die wahren gesellschaftlichen Relevanzen verzeichnen.

Ich bin nicht so vermessen, anzunehmen, dass diese Ausführungen allen Vertretern der juristischen Profession Freude bereiten werden; vielmehr greifen auch hier Ausgrenzung, Widerstand und Abwehr, was allein ein Thema wäre. Ich meine aber, dass auch diese kurzen Überlegungen zeigen, dass eine disziplinäre splendid isolation nicht der einzig denkbare Weg für einen besseren Durchblick ist. Die Rechtswissenschaft als Ganze sollte daher das Angebot der Psychoanalyse akzeptieren, zumal diese interessante und wichtige Hilfsmittel zur Verfügung stellt. – Damit wäre aber auch für die Psychoanalyse etwas gewonnen, könnte diese sich doch durch derartige

⁶⁰ Etwas ausführlicher gehe ich auf diesen Zusammenhang im Rahmen meines Zivilrechts 1002 ff (2004²) uH auf das wichtige Werk von Eduard Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Bedeutung (1824), ein.

⁶¹ Klang III 3 f (1952²).

⁶² Wenn Egon Weiss, wie andere vor ihm, das Erbrecht wegen des durch dieses ermöglichten Vermögensübergangs rühmt, übersieht er, dass dies mit der Person (und ihrem Fortleben) eigentlich nur sehr am Rande etwas zu tun hat, weil die persönlichkeitskonstituierenden Werte andere, nämlich nicht vermögensmässige sind. In solchen Äußerungen zeigt sich demnach bereits eine Verdinglichung und Materialisierung des Rechtsdenkens. – Eine die geistige Potenz eines Individuums über den Tod hinaus schützende Unterstützung und Verlängerung enthält vor allem das **Urheberrecht**, das einen postmortalen Persönlichkeitsschutz statuiert.

Kooperationen aus ihrer medizinisch-psychotherapeutischen Umklammerung (effizienter) lösen und ihren lebendigen und freien Geist in den Strom möglichst vieler moderner Wissenschaftsdisziplinen einbringen, was auch zu interessanten Synergieeffekten führen könnte. Darüber hinaus erschiene es mir höchst wünschenswert, manch' psychoanalytische Einsicht in die praktische juristische Tätigkeit einzubringen. Ich denke dabei etwa an die Kenntnis und Wirkungsweise von **Übertragung** und **Gegenübertragung** für die praktische Arbeit von Richtern, Anwälten, Notaren, Rechtspflegern, Strafvollzugsbeamten oder auch nur universitären Prüfern. Die Rechtswissenschaft könnte davon nur profitieren.

2. Rechtliche Lücken im Totenrecht

Fassen wir zusammen: Das Rechtssystem insgesamt stabilisiert das Individuum – als Teil der (Rechts)Gemeinschaft – als Rechtssubjekt; gewährt Schutz und Sicherheit, aber auch Identität, Zentriertheit, Einheit und Identifikationsmöglichkeiten, mag auch – und das ist hier interessant – das jeweilige (Rechts)Subjekt, therapeutisch betrachtet, unreif, gespalten, in sich uneins, konflikthaft zerrissen oder vom Unbewussten überflutet sein. Das Recht sichert im Rahmen seiner Möglichkeiten, unabhängig von persönlichem Wohlergehen oder Versagen oder Erfolg. Das moderne Recht und insbesondere auch das Privatrecht wirkt demnach als Stabilisator der Person (als Individuum), was – wie wir gesehen haben – nicht nur für natürliche, sondern auch für juristische Personen gilt, die durch das Bündeln von Einzelinteressen auch die Schwäche und Hinfälligkeit, die mangelnde Entschlusskraft und den Wankelmut des Einzelmenschen „kompensiert“. Das Recht kreiert aber die juristische Person nicht nur dazu, um den Tod zu überlisten, sondern es schützt darin auch wichtige Interessen des Einzelnen, des Individuums über den Tod hinaus, wirkt subjektiv inter- und transitorisch. Die Einsicht in die innere Konflikthaftigkeit des Menschen ist für Recht und Psychoanalyse also Anlass, um dagegen etwas zu unternehmen, zu helfen. Man denke im Bereich des Privatrechts bloß an den in § 21 ABGB angesiedelten Schutz Minderjähriger, die Sachwalter- und Patientenanwaltschaft, die Patientenvertretung (nach dem KAKuG), Jugendwohlfahrt, Adoption, Scheidungsrecht, den wichtigen rechtlichen Schutz alter, kranker oder schwacher Menschen. Kurz: Fragmentierungen werden hier wie dort auszugleichen versucht, wenn auch auf unterschiedliche Weise.

Für Nicht-Juristen/innen sei hinzugefügt, dass das Recht – ich spreche hier vornehmlich vom Privat- oder bürgerlichen Recht – auch andre Mittel bereithält, um den Tod erträglicher oder – fast – ungeschehen zu machen. Man kann bspw mit Toten Verträge schließen und die *bona fama defuncti*, der gute Ruf wird über den Tod hinaus durch **postmortale Persönlichkeitsrechte** geschützt.⁶³ Daneben wirken Patent- und

⁶³ Allein die Rezeptionsgeschichte dieser postmortalen Persönlichkeitsrechte, deren lateinische Fassung auch von Freud erwähnt wird, ist atemberaubend und unterstreicht, was ich oben in Pkt I zum Verhältnis von griechischem und römischem Rechtsdenken skizziert habe. Kurz: Noch vor wenigen Jahren meinte ich entdeckt zu haben, dass **Kant** der Schöpfer des **de mortuis ni(hi)l nisi bene** sei, zumal er auch ein sehr modern anmutendes Recht auf Popularklage damit verband. Allein Kants Wissen rührt entweder von **Friedrich Schiller** her, der 1790 ein Werk über „Lykurg und Solon“ veröffentlicht hatte, das aber in seinen wesentlichen Zügen eine Übernahme **Plutarchs** ist, der wiederum von Solon berichtet. Der eigentliche Schöpfer dieses über den Tod hinaus wirkenden Persönlichkeits-schutzes ist demnach **Solon** (~634-560 v. C.), von dem auch die Popularklage stammt. Kants Plädoy-

Urheberrechte – wie erwähnt – jahrzehntelang nach usw. Der Tod ist demnach im Recht präsent und wird – als Naturgesetz – respektiert, wenngleich das Recht als Menschenschöpfung immer wieder versucht und – wie wir gesehen haben – bewusst dazu verwendet wird, um das Faktum Tod abzumildern.

Es gibt aber auch Bereiche des Rechts, die den Tod „übersehen“, ihn ausblenden oder negieren und so tun, als gäbe es ihn nicht. Und zwar erstaunlicher Weise gerade dort, wo das Recht sich der Fragen des Todes annimmt. Das betrifft etwa Teile des sog privaten **Totenrechts** (im engeren Sinn). Hier fehlen im ABGB (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch) von Anfang an, das heißt seit 1811/12 notwendige Regeln darüber, **wer das Begräbnis auszurichten** hat, wer über die **Art der Bestattung** oder **den Ort** derselben zu bestimmen, wer allfälligen **Exhumierungen** zuzustimmen hat uam. Diese Regelungslücken führen immer wieder zu rechtlichen Auseinandersetzungen im Kreis von Familie und Beziehung.

Ich darf hier andeuten, dass das Interessante am Rechtsdenken vor allem auch seine „Fälle“ und deren Lösung ist. Man kann sogar sagen: Das Recht lebt in seinen Fällen, nicht in den Gesetzbüchern wie manche meinen. Gesetzbücher stellen vielmehr nur das Rüstzeug für das Lösen von Lebenssachverhalten dar, die der juristische Sprachgebrauch kurz „Sachverhalte“ und die universitäre Ausbildungspraxis „Fälle“ nennt. Das Recht dient demnach der Lebens- und Wirklichkeitsbewältigung. Und das wird in seinen Fällen offenbar. — Aber nun kurz zur bestehenden Rechtslage und den Beispielen aus dem Bereich des Totenrechts:⁶⁴

Auf Grund der seit Inkrafttreten des ABGB bestehenden Rechtslücke orientiert sich die Praxis der Gerichte hinsichtlich der Frage der sogenannten **Totenfürsorge** — billigenswert — am mutmaßlichen Willen Verstorbener. Die Probleme der Rechtspraxis liegen darin, dass es darüber (zwischen den Streitparteien) aber immer wieder unterschiedliche Ansichten gibt. Auch in den folgenden Fällen geht es in concreto darum, diesen mutmaßlichen Willen Verstorbener zu ergründen.

Fall 1: Ein verheirateter Mann setzt seine Freundin zur Universalerbin ein und begeht in der Folge Selbstmord. Die Bestattungsanordnungen erfolgen durch die Freundin des Verstorbenen. Die Beisetzung erfolgt nicht im Familiengrab. Die Ehefrau ist damit nicht einverstanden und will ihren Mann exhumieren lassen, um ihn in der Folge im Familiengrab beisetzen zu können. Darob entbrennt der Rechtsstreit, den der OGH (Oberster Gerichtshof) unter Hinweis auf die — nicht nur zivilrechtlich (über den Persönlichkeitsschutz), sondern auch strafrechtlich geschützte — Achtung der Totenruhe dahingehend entscheidet, dass eine **Exhumierung** ohne Berücksichtigung des mutmaßlichen Willens des Verstorbenen unzulässig sei. Der OGH hat sich daher schon in dieser Entscheidung gegen die Exhumierung ausgesprochen. Die für gerichtliche Entscheidungen wichtige Entscheidungsbegründung läßt in diesem Urteil aus dem Jahre 1972 (SZ 45/133) noch zu wünschen übrig, weshalb wir uns noch den zweiten Fall ansehen.

Fall 2: Die 1977 geborene Tochter eines seit 1984 geschiedenen Ehepaares verunglückte im Oktober 1996 tödlich. Die Eltern lebten seit der Scheidung an verschiedenen Orten. Streit entstand zwischen den geschiedenen Gatten darüber, ob die Tochter **erd-** oder **feuerbestattet** werden sollte. Auf Initiative des Vaters (Klägers) wurde die Tochter zunächst in einem Einzel(erd)grab beerdigt. Die Mutter hatte sich diesem Plan zunächst (aus Trauer) nicht widersetzt, obwohl sie wusste, dass ihre Tochter Sylvia mehrmals geäußert hatte, dass sie nicht beerdigt, sondern feuerbestattet werden wollte. Um dem Wunsch der Tochter später doch noch zu entsprechen, leitete die Mutter, die die Grabstätte schon für 10 Jahre bezahlt und das Grab hauptsächlich gepflegt hatte, im März 1998 die Exhumierung zwecks nachträglicher Feuerbestattung in die Wege. Dem widersetzte sich der klagende Vater und

er für einen über den Tod hinaus reichenden Persönlichkeitsschutz (Ehre – **bona fama defuncti**) verletzt demnach – ohne Skrupel – das Urheberrecht Solons.

⁶⁴ Vgl dazu mein „Zivilrecht“ 258 f und 724 ff (2004²).

begehrte, die Beklagte (Mutter) schuldig zu erkennen, „sich einseitiger Verfügungen über die Leiche zu enthalten und insbesondere die beabsichtigte Enterdigung [!] und anschließende Feuerbestattung zu unterlassen.“⁶⁵ — Der OGH gab jedoch der Revision des Klägers nicht Folge und verwies auf seine ähnlich gelagerte Vor-Entscheidung SZ 45/133 (1972), nicht ohne die dort nur cursorisch erfolgte Begründung eingehender nachzuholen. In der Sache betont der OGH aber auch in diesem Urteil erneut, dass die Entscheidung über die Totenfürsorge — ohne Rücksicht auf die jeweilige Erbenstellung — den nächsten Angehörigen zustehe. Dabei sei vom wirklich bestehenden Naheverhältnis im Einzelfall auszugehen. Dieses Naheverhältnis ist nicht mit der Verwandtschaft gleichzusetzen. Da aber in concreto die verunglückte Tochter bis zuletzt einen intensive(re)n persönlichen Kontakt mit der Mutter, und nicht so sehr mit dem Vater unterhalten hatte, lehnte das Höchstgericht das Begehren des Vaters ab.

Dazu zwei kurze Bemerkungen:

– Die seit nahezu 200 Jahren bekannte und legistisch nicht geschlossene Lücke im Totenrecht kann als **Verdrängung des Todes** in seinen hier ganz konkreten Folgen angesehen und als ein Akt kollektiver Verdrängung gedeutet werden. — Gleichzeitig äußert sich im Nichtregeln dieser altbekannten Lücke durch den Gesetzgeber ein **kollektiver Widerstand**, der, wie unsere Fälle zeigen, immer wieder die Rechtssicherheit gefährdet.

– Interessant in diesem Zusammenhang erscheint aber auch der „**Weg**“ der **Rechtsfindung** bei bestehender Rechtslücke. – Dazu muss ich aus Verständnisgründen etwas vorausschicken:

Jeder (Rechts)Fall der einem Gericht vorgelegt wird, muss auch entschieden werden! Es besteht keine Möglichkeit eines so genannten „non liquet“⁶⁶, also der Feststellung, dass eine geeignete Rechtsgrundlage fehle. Das wäre vielmehr Rechtsverweigerung, die Artikel 4 des französischen Code Civil sogar unter Strafe stellt, ohne sonst auch nur annähernd die Qualität unseres österreichischen ABGB zu erreichen. Das deutsche Privatrecht kennt überhaupt keine Lückenfüllungsregeln.

Um einen Fall, trotz Bestehens einer (Gesetzes)Lücke entscheiden zu können, trifft § 7 ABGB⁶⁷ Vorsorge durch die Möglichkeit der Analogie(lösung), die je nach Fall und Rechtslage in unterschiedlicher Form zur Anwendung gelangen kann. – Und zwar bestehen drei methodische Möglichkeiten, nämlich:

⁶⁵ Die Entscheidung lehrt uns, dass es auch so etwas wie ein postmortales Sorgerecht von Eltern für ihre verstorbenen Kinder gibt, was sich hier in der Wahrnehmung eines postmortalen Persönlichkeitsrechts für die verstorbene Tochter äußert. — Problematisch war hier aber das einseitige Vorgehen der Mutter hinsichtlich der Exhumierung. Korrekt wäre es gewesen, diese Frage „vorher“ zu klären. Das hat wiederum einen tieferen Grund: Jedes Rechtsdenken, das frühe, wie das entwickelte, reagiert sensibel auf Eigenmacht, muss das tun, zumal damit die Gefahr von Gewaltanwendung und daraus entstehendem Unfrieden verbunden sind. Recht und Staat sind nämlich aus dieser Wurzel des Gewaltverzichts des Einzelnen und die Übertragung rechtlich geleiteter Gewaltausübung auf die Gemeinschaft/den Staat entstanden. Dazu mehr in meiner Studie: „Graeca non leguntur“? (in Vorbereitung: 2005).

⁶⁶ Vgl dazu auch Albert A. Ehrenzweig, Psychoanalytische Rechtswissenschaft 342 ff (1973).

⁶⁷ „Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.“

- (1) die Gesetzes- oder Einzel(fall)-Analogie⁶⁸ oder die
 (2) Rechts- oder Gesamt-Analogie;⁶⁹ und last but not least kommt es
 (3) zur Anwendung der natürlichen Rechtsgrundsätze als weitester Öffnung des Analogiefilters.⁷⁰

Da in unseren Fällen keine auch nur (rechts)ähnlichen Regeln des Totenrechts oder anderer Rechtsbereiche existierten, die ein Schließen der (Gesetzes)Lücke ermöglicht hätten, hatte der Rechtsanwender im Wege eines Individual-Rechtssetzungsaktes für eine Lösung zu sorgen indem er auf die natürlichen Rechtsgrundsätze zurückgriff. Er hat sich dabei in die Rolle des Gesetzgebers zu versetzen und so zu entscheiden, wie der Gesetzgeber bei Kenntnis der jeweiligen Umstände (vermutlich) entscheiden würde. Der Richter kann dabei sowohl auf Regeln der eigenen Rechtsordnung zurückgreifen, wie auf solche von Nachbarstaaten und letztlich auch auf die natürlichen – damit wird von Martini das Naturrecht angesprochen – Rechtsgrundsätze aller zivilisierten Staaten. Gemeint sind damit kulturelle Rechts-Standards, die nicht unterschritten werden dürfen.

Dieser (Lückenschließungs)Regress bis hin zu den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ gleicht einer Lösung durch Bewusstmachen von bisher Un- oder Vorbewusstem. Die Gemeinschaft / Gesellschaft hat das Lösen dieser Fälle versäumt, vielleicht auch verdrängt, weil sie – so nehme ich einmal an – diesbezüglich der Realität des Todes und den sich daraus ergebenden unangenehmen Fragen nicht ins Auge sehen konnte oder wollte; kollektiver Verdrängungsakt. Der Rechtsanwender (Richter) als Repräsentant der Gemeinschaft, muss nun, um stellvertretend für den Gesetzgeber eine Lösung zu finden, ins normativ Unbewusste der — noch nicht konkretisierten — natürlichen (im Sinne von allgemeinen) Rechtsgrundsätze hinabsteigen, um eine Lösung für den konkret zu entscheidenden Einzelfall aufzubereiten. Dabei geht es, dem Analytiker vergleichbar, darum, mit „freischwebender Aufmerksamkeit“ und „freier Assoziation“ (in denen selbstverständlich stets auch erworbenes Wissen und Erfahrung mitschwingen), eine Lösung für den Einzelfall zu finden, der auch das Kollektiv – vertreten durch den Gesetzgeber – beizupflichten vermag. Das Recht bedient sich dabei – im Rahmen seiner gesellschaftlichen Befriedungsfunktion – solcher Methoden, die dem Rückgriff auf bislang Unbewusstes, einem Besinnen auf tieferliegende Lösungen, wie sie die Psychoanalyse kennt, zumindest sehr ähnlich sind. Auch bei einer solchen rechtlichen Urteilsfindung entsteht gleichsam, wo zunächst nur ungestaltetes, unbewusstes ES war, ICH: Hier eine gesellschaftsverträgliche, den anhängigen Streitfall befriedende — nicht mehr! — normative Lösung im Einzelfall.

⁶⁸ Hier wird eine einzelne andere Gesetzesnorm, weil sie dem zu entscheidenden Fall rechtsähnlich ist, der Entscheidung zugrundelegt. Näheres zum rechtlichen Subsumtionsvorgang in meinem Lehrbuch: Zivilrecht 709 ff (2004²).

⁶⁹ Vgl ebendort. Dabei wird aus mehreren rechtsähnlichen Normen ein neuer Tatbestand gebildet, und dieser wird der Entscheidung des Falles zugrunde gelegt.

⁷⁰ Vgl dazu Barta, Zivilrecht 724 ff (2004²). – Das „Anwenden“ der natürlichen Rechtsgrundsätze setzt ihre „Feststellung“ voraus. Da es sich dabei uU um ungeschriebenes, nicht positiviertes Recht handelt, hat der Rechtsanwender eine schwierige und verantwortungsvolle Aufgabe zu erfüllen. Nämlich im Einzelfall (!) die Rolle des Gesetzgebers zu übernehmen.

V. Freuds Einfluss auf die moderne Textinterpretation und Hermeneutik — Zu Freuds Metapsychologie

“Den Traum, wie er mir in der Erinnerung vorliegt, stelle ich dem durch Analyse gefundenen zugehörigen Material gegenüber, nenne den ersteren den manifesten Trauminhalt, das letztere – zunächst ohne weitere Scheidung – den latenten Trauminhalt.“

Sigmund Freud, Über den Traum, Gesammelte Werke II/III 654 (1968^d)

1. Über manifeste und latente Textinhalte

Es gibt wahrscheinlich keine andere Methode, die so subtil auf Texte, und zwar sprachliche wie nicht sprachliche Äußerungen, überhaupt menschliches Verhalten, einzugehen vermag, als die Psychoanalyse.⁷¹ Alle Disziplinen, bei denen die Interpretation zum methodischen Handwerkszeug gehört – und das sind viele, können daher der Psychoanalyse nicht entraten, wollen sie ihre methodische Effizienz nicht schmälern. Die „Kunst“ der Interpretation, Freud selbst spricht von „Deutungskunst“⁷² setzt psychoanalytische Einsichten geradezu voraus! Das beginnt mit „freier Assoziation“ und setzt sich mit Freuds wichtiger Unterscheidung – sie findet sich sowohl in seiner „Traumdeutung“ (1900), als auch in seiner kleineren Schrift „Über den Traum“ (1901) – von manifestem und latentem Text⁷³ fort. Denn überall dort, wo interpretiert wird – werden muss, geht Wissenschaft in Kunst über. Mögen dabei auch disziplinäre Unterschiede bestehen. Das gilt für die Rechtswissenschaft ebenso wie für die Kunst, die Musik, die Medizin, Psychologie und natürlich auch für die Psychoanalyse. Und wie die Kunst, schöpft auch eine gute Text- oder Verhaltensinterpretation aus dem Un- und Vorbewussten.

Freud hat mit der Unterscheidung von manifestem und latentem Text eine wichtige Hilfestellung auch für die juristische Interpretation gegeben. Sie ist vor allem über Theodor W. Adorno in die Sozialwissenschaften und – vereinzelt – in die Rechtswissenschaft eingeflossen. Wer für sich in Anspruch nimmt, einen Text umfassend – das heißt mit all seinen Schichten und Schattierungen, Leerstellen, bloßen Andeutungen und Überzeichnungen – auszulegen, muss im Freudschen Sinne auch als Jurist und Juristin zwischen und hinter den Zeilen zu lesen verstehen. Methodische Hilfestellung dazu bietet allein die Psychoanalyse.

Freuds hermeneutische Leistungen wurden – soweit ich das feststellen konnte – von Hans-Georg Gadamer nicht gewürdigt. Eine Durchsicht von dessen hermeneutisch so bedeutendem Werk hat ergeben, dass Gadamer Freud zwar immer wieder – meist im Zusammenhang mit Marx und Nietzsche – kurz erwähnt, ohne dass es aber

⁷¹ Zu Freuds Verhältnis zur deutschen Sprache insbesondere: G.-A. Goldschmidt, *Als Freud das Meer sah* (1999^d).

⁷² So in seiner „Selbstdarstellung“ 70 (Fischer TB, 1999¹¹).

⁷³ Vgl. auch Freuds kurze Bemerkung in seiner „Selbstdarstellung“ 72 (Fischer TB, 1999¹¹): „Diese *latenten Traumgedanken* enthielten den Sinn des Traumes, der manifeste Trauminhalt war nur eine Täuschung, eine Fassade, an welche zwar die Assoziation anknüpfen konnte, aber nicht die Deutung.“

dabei zu einer geistigen Anerkennung oder auch nur einer Auseinandersetzung gekommen wäre. Eine erste Prüfung von Konnotationen und Epitheta lässt aber eher auf eine Ablehnung, jedenfalls auf keine freud-volle Anerkennung schließen. — Die Erklärung eines derartigen Verhaltens ist wohl ebenfalls eher mit dem Instrumentarium der Psychoanalyse zu suchen, als rational zu erklären. Das sei bei aller Hochschätzung Gadamers angemerkt.

Ich habe mich vor mehr als 20 Jahren in meiner Habilitationsschrift „Kausalität im Sozialrecht“ (Duncker & Humblot, Berlin, 1983) mit derartigen Fragen eingehend auseinandergesetzt⁷⁴ und habe dabei unter anderem die Judikatur des Höchstgerichts der deutschen Arbeiterversicherung (heute gesetzliche Unfallversicherung) durch drei Jahrzehnte und dazu die medizinischen Obergutachten unter anderem inhaltsanalytisch untersucht. Dabei war mir die von Adorno vermittelte Freudsche Unterscheidung zwischen manifestem und latentem Text sehr hilfreich. Galt es doch im Rahmen dieser **Inhaltsanalyse** auch allfällige ideologisch-politische Passagen ausfindig zu machen. Aufgabe des neuen Höchstgerichts war es nämlich zwischen den antagonistischen gesellschaftlichen Interessenpositionen der Unternehmerschaft (vertreten durch Berufsgenossenschaften) — verkörpert im Begriff des „Betriebsinteresses“ — und den in Betrieben zu Schaden gekommenen Arbeitern rechtlich nach bestimmten Regeln zu vermitteln. Es ging dabei in jedem einzelnen Schadensfall um die rechtliche Prüfung des für einen Entschädigungsanspruch nötigen zeitlichen, örtlichen und ursächlichen Zusammenhangs; vgl nunmehr § 175 ASVG. Juristisch bedeutet das die Prüfung eines doppelten kausalen Zurechnungszusammenhangs: nämlich zwischen Betrieb und eingetretenem Unfall (= haftungsbegründende Kausalität) sowie zwischen Unfall und konkret eingetretenem Gesundheitsschaden (= haftungsausfüllende Kausalität). Dabei eröffneten sich mannigfaltige **interpretative Dehnfugen** und **Wertungs(spiel)räume**, die sehr unterschiedlich genutzt werden konnten und es auch tatsächlich wurden.

Als schwierig erweisen sich solche Untersuchungen deshalb, weil die Wechselwirkung zwischen gesellschaftlich-politischen Phänomenen und deren Einfluß auf die Rechtsprechung nicht eine schlichte Angelegenheit von Ursache und Wirkung ist. Das Entstehen von (politisch motivierter) **Ideologie** und hier im Besonderen deren Einfluss auf die Rechtsprechung eines Höchstgerichts erscheint vielmehr als ein vielschichtiges Gewebe, bestehend aus Elementen und Stoffen des jeweiligen Gesellschaftssystems. Multikausale Teilursachen erfahren selbst wiederum Anstöße und beeinflussen ihrerseits andere Teilursachen. An ökonomische Simplifizierungen ist hier nicht zu denken. — Im Bereich der Rechtswissenschaft besteht jedoch — bedingt durch die Ausbildung am römischen Recht und den Einfluss des Rechtspositivismus⁷⁵ — so etwas wie eine weit verbreitete Abneigung gegen Erklärungen rechtlicher Phänomene (auch) durch außerrechtliche, insbesondere gesellschaftspolitisch bedingte Erscheinungen. Aber wie es Zusammenhänge zwischen der wirtschaftlichen Entwicklung und dem Antisemitismus gibt⁷⁶, existiert auch ein Konnex zwischen **Judikatur** und **Konjunktur**. — Man muss sich diesen Phänomenen aber umsichtig

⁷⁴ Vgl dort insbesondere in Bd I die Seiten 311-339.

⁷⁵ Vgl dazu die oben III. gemachten Ausführungen!

⁷⁶ Vgl insbesondere H. Rosenberg, Große Depression und Bismarckzeit. Wirtschaftsablauf, Gesellschaft und Politik in Mitteleuropa 88 ff (Berlin, 1967): „Seit 1873 ‚stieg der Antisemitismus, wenn der Aktienkurs fiel‘“.

und möglichst ohne eigene Vorurteile und Scheuklappen nähern. Dann kann es gelingen, diese partielle gesellschaftlich-politische Hintergrundstrahlung zu orten, die wir auch Ideologie nennen.

In meiner Analyse der Rechtsprechung des deutschen Reichsversicherungsamtes habe ich Bilderbuchbeispiele solcher Einflüsse finden können. Das hat mir – wie nicht anders zu erwarten war – von verschiedener Seite Kritik eingetragen. – Einige Beispiele will ich hier anführen, denn auch einzelne Urteile lassen, hierin Eisbergen oder dem verdrängten Unbewussten vergleichbar, auf das unter der (Wasser)Oberfläche liegende Problem-Volumen oder Verdrängungspotential schließen. Um so etwas handelt es sich bei den in der Folge wiedergegebenen Rekursentscheidungen des Reichsversicherungsamtes (RVA) betreffend rechtlich unterschiedlich bewertete **Böllerunfälle von Zechenarbeitern** anlässlich von (Geburtstags)Feiern zu Ehren des deutschen Kaisers und des Fürsten Bismarck oder der Heiligen Barbara, der Schutzpatronin der Bergleute. Ohne hier näher auf die kausalrelevanten Bezüge der höchstgerichtlichen Urteile einzugehen, werden die ideologiekritisch interessanten Sätze vor allem einer Entscheidung zitiert und mit dem gegenteiligen Ergebnis eines anderen Urteils konfrontiert.

Das RVA führt in dAN 1896, 423 [1544] aus:⁷⁷

„Der **Begriff des Betriebes** beschränkt sich nicht auf die den eigentlichen Betriebszwecken unmittelbar oder mittelbar dienenden Verrichtungen; er umfasst vielmehr auch alle Handlungen und Maßnahmen, die durch das äußere Dasein des Betriebes und seine Beziehungen zum öffentlichen Leben für den Betrieb als solchen veranlasst sind und mit den Mitteln des Betriebes beziehungsweise mit den ihm zur Verfügung stehenden Arbeitskräften ausgeführt werden. Unter diesem Gesichtspunkte kann sehr wohl auch die Feier öffentlicher Gedenktage durch Aufziehen von Fahnen, Veranstalten festlicher Beleuchtung, Abschießen von Böllern etc. dem Betriebe zugerechnet werden; gehen doch diese Feiern nicht nur aus dem persönlichen Empfinden der jeweiligen Betriebsleiter hervor, sondern aus der Meinung, dass es sich ziemt, wenn die Betriebe einer Großindustrie, die in mannigfachen Beziehungen den Schutz und die Fürsorge der staatlichen und sonstigen öffentlichen Verbände braucht und genießt, ihrer Erkenntlichkeit dafür und ihrer Wertschätzung der bestehenden öffentlichen Einrichtungen in einer angemessenen Weise sichtbaren Ausdruck geben. Aus ähnlichen Erwägungen hat das [RVA] bereits in einer früheren Rekursentscheidung ... einen Betriebsvorgang in dem **Abschießen von Böllern zu Ehren des Geburtstages des Kaisers** erblickt. Auch im vorliegenden Falle, wo es sich um den Geburtstag einer Persönlichkeit von der nationalen Bedeutung des **Fürsten Bismarck** handelt, dessen wirtschaftspolitischem Wirken namentlich auch die Rheinisch-Westfälische Industrie viel zu verdanken hat, vermag das Rekursgericht zu einer anderen Auffassung nicht zu gelangen.“

So weit so gut. Eine ganz andere Auffassung legte das RVA aber einer Entscheidung aus dem Jahre 1913 zugrunde: dAN 1913, 636 [2646]. Schon die Sachverhaltsdarstellung⁷⁸ bleibt fragmentarisch und lässt manches im Unklaren:

„Wie üblich“ hatte die Belegschaft einer „Grube“ am 4. Dezember das **Barbarafest** gefeiert. Die Betriebsleitung hatte für diesen Tag „eine Feierschicht eingelegt, einen Beitrag an Geld für die Feier geleistet und geduldet ... dass für das Böllerschießen Pulver unter den Mitgliedern der Gesellschaft gesammelt worden ist“. – Gleich darauf folgt dann der Satz: „Veranstaltet ist das Fest dagegen nicht von der Betriebsleitung, sondern wie üblich von der Belegschaft“.

⁷⁷ RVA steht für Reichsversicherungsamt, dAN für „Deutsche Amtliche Nachrichten“, das amtliche Publikationsorgan der Arbeiterversicherung.

⁷⁸ Gerichtliche Urteile, überhaupt juristische Entscheidungen, können durch Aufnahme oder Ablehnung von Tatsachen in den vom Gericht festzustellenden, rechtlich relevanten Sachverhalt, der allein beurteilt wird, den Ausgang einer Entscheidung beeinflussen. Es handelt sich um ein Input-Output-Verfahren: Was nicht „hineingelangt“, kann auch nicht beurteilt werden.

Der Entschädigungsanspruch wird (daher) abgelehnt, gleichzeitig werden die tragenden Begründungssätze aus dem Bismarckurteil — wo all das als nicht streitentscheidend angesehen wurde — einfach weggelassen. Wir stehen vor dem Exempel einer widersprüchlichen Entscheidungspraxis, ja einer befremdlichen Schichtjustiz. — Man stutzt: Sollte was Bismarck und dem Kaiser frommt, nicht auch für die Heilige Barbara gelten, die Schutzpatronin der Bergleute? Allein: „Barbara“ — giechisch: die Fremde — blieb dem Reichsversicherungsamt offenbar ebenso fremd, wie der ideologisch eingefärbte und beliebig wendbare Begriff des „Betriebsinteresses“ der Arbeiterschaft.⁷⁹

Juristisch erscheint mir Freuds hermeneutischer Ansatz für **ideologiekritische** und sonstige **inhaltsanalytische Recherchen** besonders fruchtbar.

2. Zu Freuds Metapsychologie⁸⁰

Metapsychologie heißt nichts anderes, als mit Annahmen und Hypothesen zu arbeiten, wie das sonst auch in der theoretischen Wissenschaft üblich ist. Die in concreto getroffene wissenschaftliche Annahme kann natürlich zutreffend oder falsch sein. Solange aber wissenschaftlich die Bereitschaft besteht, als falsch Erkanntes auszuscheiden, ist eine solche Vorgehensweise wissenschaftlich korrekt. Das gilt für die Psychoanalyse ebenso wie für andere Disziplinen, etwa Physik oder Biologie. Das gilt bspw für die Freudsche Annahme von Eros und Thanatos⁸¹, wie für die eines primären Narzissmus⁸². – Dabei lassen sich gewiss Übergänge feststellen, die eine wissenschaftliche Annahme wahrscheinlicher oder weniger wahrscheinlich machen können. Ein solcher Umgang mit Annahmen / Hypothesen gilt aber – und das muss in Erinnerung gerufen werden — für alle Disziplinen, nicht nur für die Vertreter einer bestimmten Disziplin. Etwa für die Psychoanalyse und Freud als Metapsychologen. Es wäre daher un-wissenschaftlich, zu sagen: Ich halte die Annahme eines Todestriebes für unwissenschaftlich, ohne dafür überzeugende(re) Gründe nennen zu können.

Freuds metapsychologische Überlegungen wurden und werden immer wieder angegriffen, erscheinen jedoch – verglichen mit anderen (Wissenschafts)Konstrukten inner- und außerhalb der Psychoanalyse – vielleicht sogar weniger spekulativ und realitätsnäher und zudem – was heute wiederum zählt – durchaus vereinbar mit den jüngsten Einsichten der Babywatcher. Bei aller Berechtigung metapsychologischer Reflexion, die selbstverständlich auch Melanie Klein zusteht, erscheint ihre (meta-

⁷⁹ Ich bin im ersten Bd (S. 49 ff) meiner Habilitationsschrift „Kausalität im Sozialrecht“ (1983) auf den Begriff „Betriebsinteresse“ näher eingegangen, die Entscheidungen dazu wurden in Bd II 888 ff tabellarisch aufbereitet.

⁸⁰ Zu Freuds Metapsychologie ausführlich: H. Nagera (Hg), Psychoanalytische Grundbegriffe 335 ff (1995²) sowie Laplanche / Pontalis, Das Vokabular der Psychoanalyse 307 ff (1992¹¹); vgl auch B. Nitzschke, Triebtheorie, in: W. Mertens (Hg), Schlüsselbegriffe der Psychoanalyse 90 ff (1995²).

⁸¹ Dazu Laplanche / Pontalis, Das Vokabular der Psychoanalyse: Eros 143 ff, Todestriebe 494 ff (1992¹¹). – Vgl dazu auch die Hinweise in Pkt VI.

⁸² Dazu Laplanche / Pontalis, Das Vokabular der Psychoanalyse: Narzissmus – primärer, sekundärer 320 ff (1992¹¹) sowie H. Nagera (Hg), Psychoanalytische Grundbegriffe, Narzissmus 193 ff (1989) und H. Wahl, Narzissmus-Theorien, in: W. Mertens (Hg), Schlüsselbegriffe der Psychoanalyse (1995²).

psychologische) Sicht der Dinge als sehr kompliziert⁸³ und ist meines Erachtens mit den Ergebnissen neuerer Forschung kaum mehr vereinbar. Allein auch diese Annahmen waren/sind wertvoll.

Generell kann aber gesagt werden: Es hieße mit zweierlei Wissenschafts-Maß messen, der Psychoanalyse und Freud ihr metapsychologisches Denken anzukreiden und die auf dieselbe Weise arbeitenden US-Physiker im Rahmen ihrer Stringtheorieforschungen in Princeton nicht auf die gleiche Ebene zu stellen. (Natur)Wissenschaft ohne spekulative Überlegungen hat es seit den ionischen Naturphilosophen nie gegeben und ist wohl auch gar nicht möglich. Die Beurteilung solchen Vorgehens ist aber unter anderem eine Frage der Plausibilität. Es ist zu fragen: Ist der (Erklärungs)Versuch oder Forschungsansatz bei Zugrundelegung des gegenwärtigen Wissenstandes sinnvoll oder nicht? Was kann dadurch geklärt werden, was sonst nicht geklärt werden könnte? — Freuds metapsychologische Überlegungen erscheinen mir weder wissenschaftstheoretisch fragwürdig, noch disziplinar überflüssig. Im Gegenteil: Wenn Menschen und Wissenschaftler wie S. Freud wissenschaftlich „spekulieren“, also Hypothesen aufstellen, ist das äußerst wertvoll. Sind diese doch oft das Ergebnis eines Forscherlebens und von lebenslanger Erfahrung inspiriert. Das gilt selbst dann, wenn sich nachträglich herausstellen sollte, dass eine Revision solcher Annahmen nötig ist.

VI. Freuds Bedeutung für die Rechtswissenschaft — Rechtsdenken und Freudsche Kulturtheorie

„Es braucht nicht gesagt zu werden, dass eine Kultur, welche eine so große Zahl von Teilnehmern unbefriedigt lässt und zur Auflehnung treibt, weder Aussicht hat, sich dauernd zu erhalten, noch es verdient.“

S. Freud, Die Zukunft einer Illusion, in: Gesammelte Werke, Bd XIV 333 (1999)

Freud hat sich in jungen Jahren mit dem Gedanken getragen, Jurist zu werden.⁸⁴ Unter seinen Schülern waren Juristen. Freuds Werk, insbesondere auch seine kulturkritischen Schriften, ist voll von Bezügen zu wichtigen Fragen von Recht und Gesellschaft.⁸⁵ Es sollte demnach nicht überraschen, dass sich Juristen für das Freudsche Werk interessieren. – Auch wenn man sich als Jurist dem Freudschen Werk nähert, sind dessen fachliche Bezüge so vielfältig, dass man Gefahr läuft, den Wald vor lauter Bäumen nicht zu sehen. Daher der Hinweis: Was ich hier vortrage, ist eine subjektive Auswahl, die keinesfalls erschöpfend sein will.

⁸³ Vgl Lilli Gast, Lust und Schuld. Zur Gegenstandsbildung der Psychoanalyse, Werkblatt 1998 Heft 2, Nr 41, 76 f.

⁸⁴ Vgl „Selbstdarstellung“ 116 FN 35 (Fischer TB, 1999¹¹).

⁸⁵ Dazu gehören vor allem die in Bd IX der Studienausgabe „Fragen der Gesellschaft, Ursprünge der Religion“ (1974) enthaltenen Beiträge: – Die „kulturelle Sexualmoral und die moderne Nervosität“ (1908); – Zeitgemäßes über Krieg und Tod (1915); – Massenpsychologie und Ich-Analyse (1921); – Die Zukunft einer Illusion (1927); – Das Unbehagen in der Kultur (1929/30); – Warum Krieg? (1933); vgl dazu auch A. Einstein / S. Freud, Warum Krieg (Diogenes, 1972); – Totem und Tabu. Einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker (1912/13); – Zur Gewinnung des Feuers (1932/1); – Der Mann Moses und die monotheistische Religion: Drei Abhandlungen (1939).

Freudsches Denken wäre in der Gegenwart auch für die Rechtswissenschaft nötiger denn je. Die vielfältigen gesellschaftlichen und politischen Bedrohungen und Herausforderungen könnten Freuds – dem Realitätsprinzip und dem Erhalt der Kultur verpflichteten – Mahnungen gut gebrauchen. Vor allem die gegenwärtige **Total-Ökonomisierung des Wissenschaftsbetriebs**, verordnet von einer kurzsichtigen und an Bildung nicht mehr wirklich interessierten Politik, hätte eine tiefenpsychologische Kritik nötig, um wenigstens noch manches retten zu können. Was Freud vor mehr als 70 Jahren geäußert hat, besitzt nämlich in vielem noch heute Gültigkeit. So beginnt er seine berühmte Schrift „Das Unbehagen in der Kultur“ (1930)⁸⁶ mit folgenden Sätzen:

„Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Menschen gemeinhin mit falschen Maßstäben messen, Macht, Erfolg und Reichtum für sich anstreben und bei anderen bewundern, die wahren Werte des Lebens aber unterschätzen.“

Solche Äußerungen erinnern an Menschen wie Solon, Sokrates oder Platon, mag auch S. Freud an andere Vorbilder gedacht haben. Solons Umgang etwa mit den Versuchungen der Macht war derart ungewöhnlich, manche seiner gesetzlichen Lösungen so herausragend, dass wir uns zurecht noch heute an ihn erinnern. Als Denker, Staatsmann und Gesetzgeber sowie Dichter leistete er außerordentliches und kann geradezu als erster gesellschaftlich-normativer Orientierer der griechischen Frühzeit (Archaik) betrachtet werden. Seine in Versform gegossenen Mahnungen und die Vergleiche der Beziehung zwischen der Polis und ihren Mitgliedern hat noch die griechische Medizin des 5. Jahrhunderts v. C. angeregt.⁸⁷

Freuds kulturkritisches Denken scheint mir heute aktueller denn je. Die von ihm festgestellte „Analogie zwischen dem **Kulturprozess** und dem **Entwicklungsweg des Individuums**“ (Das Unbehagen in der Kultur) auf der einen und dem ÜBER-ICH des Individuums und jenem der Gemeinschaft auf der anderen Seite, erscheint immer noch atemberaubend.⁸⁸ — Das Bedauerliche liegt freilich darin, dass all dies nicht (mehr) zur Kenntnis genommen wird, dafür aber die dümmsten und perfidesten Marketingstrategien. Die Konsequenz wäre nämlich die, dass jede/r Einzelne sich für die Gemeinschaft verantwortlich fühlen muss, weil das Ganze nicht besser sein kann als seine Teile. Wissenschaftliches und politisches Engagement erschiene daher nötiger denn je! Wir erleben das zur Zeit in Österreich auf beklemmende Weise. Wäre dem so, könnte die Gemeinschaft ein anderes ÜBER-ICH entwickeln, das dem Einzelnen dort unter die Arme greift, wo er/sie es wirklich braucht und nicht nur dort, wo es eine narzisstische, uneinsichtige und nur auf den eigenen Vorteil bedachte Parteipolitik für sinnvoll erachtet.

Allgemeine Zusammenhänge der Psychoanalyse mit **Kunst und Kultur** wurden und werden immer noch häufiger hergestellt als mit dem Rechtsdenken. Das hängt wohl auch damit zusammen, dass Freud selbst kaum je genuine rechtliche Zusammen-

⁸⁶ Studienausgabe Bd IX 191 ff.

⁸⁷ Vgl dazu meine Ausführungen in: „Graeca non leguntur“? – Zum Ursprung des europäischen Rechtsdenkens im antiken Griechenland (in Vorbereitung: 2005).

⁸⁸ Interessant dazu die Überlegungen von E. Stöller, Mythos und Aufklärung. Psychoanalytische und kulturgeschichtliche Aspekte des Themas Herrschaft (1999). Stöller weist gleich am Beginn seiner Dissertation bei I. Caruso auf die Meinung Horkheimers hin, wonach menschliche Kultur und Gesellschaft nicht als Ausdruck des Menschen schlechthin, sondern als „Kampf bestimmter Menschen mit der Natur“ verstanden werden müsse. Die Hauptaufgabe von Kultur wird dann darin gesehen, den Menschen „gegen die Natur zu verteidigen“. — Diese Erklärung reicht aber heute nicht mehr aus.

hänge unmittelbar reflektiert hat, mögen auch viele seiner kulturkritischen Analysen – wie schon erwähnt – von rechtlicher Bedeutung sein und diesen Bereich berühren.⁸⁹ Und was bisher über Recht und Psychoanalyse geschrieben wurde, wurde von der Rechtswissenschaft kaum aufgegriffen und weiterverfolgt. Das gilt insbesondere für das Werk von Albert A. Ehrenzweig, *Psychoanalytische Rechtswissenschaft* (Berlin, 1973). Ehrenzweigs Hoffnungen mit seinem stattlichen Buch „einer künftigen Forschergeneration einige Anregungen geben zu können“ blieben weithin unerfüllt. Es bedarf keiner groß angelegten Beweisführung, um zum Ergebnis zu kommen, dass hier noch viel zu tun ist. — Teilaspekte des zwischen Recht und Psychoanalyse bestehenden komplexen Beziehungsgefüges sollten hier in Fortführung des Ehrenzweigschen Denkens erörtert werden, zumal — was mit meinem Untertitel zum Ausdruck gebracht werden soll — heute mehr denn je das Rechtsdenken als bewusster Beitrag zur Kultur oder Unkultur einer Gesellschaft verstanden werden muss.

Alfred North Whiteheads 1917 bekannte Feststellung: „A science which hesitates to forget it's founder[s] is lost“⁹⁰ – enthält nur die halbe „Wahrheit“. Gerade für das komplexe Werk Sigmund Freuds gilt diese zweifellos interessante, wenngleich überspitzte Aussage nicht. Denn es erscheint mir sogar wichtig, dass sich wissenschaftliche Disziplinen an ihre Gründer samt deren Intentionen und deshalb auch die Psychoanalyse unter anderem an Freuds Kulturtheorie erinnert und deren Anliegen ernst nimmt. Und dies möglichst mit jenem komplexen Wissenschaftsverständnis Freuds, der – wie wir alle wissen – seine Schöpfung Psychoanalyse nicht auf die Medizin beschränkt wissen wollte. Zum Glück war die Medizin nicht in der Lage, die für sie selbst – zu lange – gewählte Beschränkung auf andere Disziplinen auszudehnen.

Whiteheads angeführte Sentenz enthält aber auf der andern Seite eine tiefe Einsicht und entspricht durchaus der Meinung Freuds, der in vorbildlicher Weise eigene Positionen fortbildete, revidierte oder auch aufgab. Sehr im Gegensatz zu manchem seiner dogmatischen Kritiker. – Selbstverständlich widersprechen alle Versuche einer Kanonisierung Freuds und seiner Lehre einem wahren und auch Freuds Wissenschaftsverständnis. Und hier ist im Laufe der Zeit auch in der Psychoanalyse manches schief gelaufen.⁹¹ Damit darf aber nicht verwechselt werden, dass es Freuds und seiner Nachfolger gutes Recht und unser Glück war, dass Freuds wissenschaftliche Einsichten gegen unberechtigte Angriffe, falsche Besorgnis und Missverständnisse verteidigt wurden. Das erscheint vielfach noch heute nötig. Kritik und Fortentwicklung sollten behutsam erfolgen.

Die Rechtswissenschaft ist — wie die Psychoanalyse — in ihrem innersten Kern eine zutiefst der Wirklichkeit zugewandte Disziplin, also eine realistische Wissenschaft. Sie muss es sein, denn die Wirklichkeit, gerade auch die gesellschaftliche mit der Juristen/innen täglich konfrontiert werden, übertrifft häufig alle Vorstellungen. Sie hat

⁸⁹ Eine kleine Ausnahme macht hier, wie erwähnt, Freuds Schrift „Das Unbehagen in der Kultur“.

⁹⁰ Ähnlich dachte schon Platon, der sich in seinem Dialog „Sophistes“ gezwungen sieht, eine These des geschätzten Parmenides zu widerlegen, deshalb aber nicht als „Vatermörder“ gelten möchte. Dennoch ringt er sich zu folgender Aussage durch: „Gast/Xenos. So müssen wir es jetzt endlich wagen, dem Satz unseres Vaters (Parmenides) zuzusetzen. Sollten wir aber dagegen irgendwelche Bedenken haben, dann können wir die Sache gleich ganz bleiben lassen.“ (Zitiert nach Platon, *Der Sophist*. Griechisch/Deutsch. Einleitung, Übersetzung und Kommentar von H. Meinhardt [Reclam UB 6339, 1990].)

⁹¹ Vgl nur den Sammelband von J. Cremerius (Hg), *Die Zukunft der Psychoanalyse* (stw 1200, 1995) und insbesondere die darin enthaltenen Beiträge von Cremerius, Dahmer und Lütkehaus.

den Tod oder schwere Körperverletzungen ebenso hinzunehmen, wie Geburt und Heirat, Mord, Totschlag, Verleumdung und Betrug oder den Erwerb und Verlust von Gütern oder wirtschaftliche Konzentrationsprozesse kartellrechtlich zu beurteilen und Persönlichkeitsrechts- und völkerrechtliche Menschenrechtsverletzungen durch die Medien oder mächtige Staaten zu ahnden. — Alle Bereiche des Rechts wissen um die Aggressionsneigung des Menschen gegenüber der Natur, der Gesellschaft und dem Mitmenschen und es scheint, als hätten die Rechtswissenschaft und ihre Vertreter – jedenfalls diejenigen, die bereit sind, über den Tellerrand des eigenen Fachs hinauszuschauen – heute weniger Probleme mit S. Freuds Annahme eines Todes- oder Destruktionstrieb, als andere Disziplinen, vielleicht sogar manche Vertreter der Psychoanalyse. Das hat seinen Grund auch darin, dass – entgegen dem äußeren Anschein und mancher Behauptung – Rechtswissenschaft und Jurisprudenz nicht primär und ausschließlich auf die gesellschaftliche Anpassung des Individuums bedacht sind, sondern sich mit einem gewissen Standard – um den freilich stets gerungen werden muss – zufrieden geben. Getragen sollten die Anpassungsbemühungen zwischen Einzelem und Gesellschaft vom Ziel sein, eine offene, demokratische und soziale Gesellschaft zu fördern. Die Rechtswissenschaft hat keinen Grund gegen Freuds Todestrieb aufzutreten. Ihre mittlerweile Jahrtausende alten Erfahrungen belegen diesen vielmehr anschaulich. Freuds Einsicht, die **Kulturentwicklung als Kampf zwischen Eros und Thanatos**, zwischen Gemeinschaft / Vereinigung und Auflösung / Zerstörung, zwischen Liebe und Hass, Offenheit und Ausschluss usw zu verstehen, mag sich ein idealistisches Denken verschließen; solche Annahmen erscheinen mir aber heute realistischer denn je, um die enorme gesellschaftliche und kulturelle Komplexität zu erklären.⁹²

Freud fasst in seinem erst 1940, also nach seinem Tod, erschienenen Werk „Abriß der Psychoanalyse“ noch einmal seine Trieblehre anschaulich zusammen und geht dabei auf „Eros“ und „Thanatos“ ein. Ziel des Eros ist es danach, Bindungen herzustellen und „immer größere Einheiten“ zu bilden. Gegenspieler des „Eros“ ist der „Todes- oder Destruktionstrieb“ (Thanatos), dessen Ziel darin liegt, bestehende und gewachsene „Zusammenhänge [wieder] aufzulösen“, sie zu „zerstören“ sowie gelebte Bindungen zu zerreißen und wohl auch das Entstehen zu großer Einheiten zu unterbinden. — Diese metapsychologischen Erklärungen⁹³ Freuds könnten in der Rechtswissenschaft manches erklären. Neben der hier schon angesprochenen Lehre von der juristischen Person, etwa auch den wirtschaftlichen Konzentrationsprozess, der immer wieder von Auflösungen begleitet wird, die Phänomene Eheschließung und Ehescheidung mit der immer stärkeren Tendenz zur letzteren. — Freuds vielfach angefeindetes Konzept fügt sich auch nahtlos in die neuesten Erkenntnisse der Astrophysik ein, wonach wir alle nur „Sternenstaub“ sind, der aus der Zusammenballung und Auflösung von Himmelskörpern entsteht. Der als „Todestrieb“ bezeichnete Destruktionstrieb verfolgt nach Freud das Ziel organisch Gewachsenes wiederum in den anorganischen Zustand zurückzuführen, also den Tod lebender Systeme herbeizu-

⁹² Vgl S. Freud, Jenseits des Lustprinzips 249, Bd IX der Studienausgabe. — Das Wissen um die Endlichkeit des Universums und die Wahrscheinlichkeit, dass es Generationen intergalaktischer Systeme gegeben hat und geben wird, legt es nahe, auch Freuds metapsychologisches Konzept von Eros und Thanatos in ein solches Kreislaufmodell von Werden und Vergehen hineinzustellen. Ich finde es nicht beunruhigend, dass wir alle nur Sternenstaub sind, und die Explosion jeder Supernova, jene stofflichen Voraussetzungen und Grundlagen schafft (Eisen, Kohlenstoff etc), die wiederum Voraussetzung von Leben sind, weil daraus seine nötigen Elemente entstehen.

⁹³ Zur Metapsychologie Freuds vgl oben Pkt V 2.

führen. Interessant für die Jurisprudenz ist diese metapsychologische Annahme auch deshalb, weil sie es ermöglicht, die ganze Buntheit der Lebenserscheinungen, also auch juristischer Entwicklungen und Lösungen, zu erfassen und hermeneutisch zu deuten. Dabei lässt die Vielfalt der Legierungen interessante und differenzierte Erklärungen und Entwicklungen zu, die meines Erachtens nicht nur negativ gedacht und beurteilt werden sollten. Diese Annahmen Freuds sind gerade für eine Kulturtheorie von großer Bedeutung.

Angriffe gegen diese Annahmen haben immer wieder versucht, das Freudsche Theoriegebäude zum Einsturz zu bringen. Unbemerkt blieb dabei mitunter, dass sich alle Wissenschaftsdisziplinen der Metaannahme und -schlussfolgerung bedienen. Für die Jurisprudenz wären diese Annahmen Freuds durchaus von Bedeutung, wobei der verwendete Konjunktiv ausdrücken soll, dass dieser Entwicklungsschritt noch aussteht.

Manche Vertreter der Psychoanalyse hängen offenbar methodisch noch an der alten naturwissenschaftlichen Leitdisziplin Physik und haben den überfälligen **Transfer zur Biologie**⁹⁴ noch nicht vollzogen. Diese methodische Neuorientierung und Adaptierung der Psychoanalyse scheint mir aber unverzichtbar, zumal sie dem wissenschaftlichen Verständnis der Psychoanalyse besser entspricht als das alte positivistisch-mechanistische Verständnis der Naturwissenschaften des 19. Jahrhunderts. Auch nach einem solchen Wechsel bleibt die Psychoanalyse im Sinne Freuds Naturwissenschaft, nur ihre disziplinäre und methodische Orientierung (innerhalb dieses Bereichs) ändert sich. — Psychoanalyse ist in ihrer Anlage eine holistische Disziplin und steht schon insofern im Gegensatz zum bisherigen Verständnis der Naturwissenschaften, in ihrer positivistisch-empirischen Ausschließlichkeit. Die Psychoanalyse ist wie die Biologie eine Wissenschaft vom Leben und nicht bloß von Teilen unserer (anorganischen) Existenz. Und eine Wissenschaft vom Leben ist, wie uns die Biologie lehrt, komplexer und differenzierter, ökologischer als das herkömmliche physikalisch-naturwissenschaftliche Denken.

Insofern meine ich, dass **Rechtswissenschaft und Psychoanalyse** eine wissenschaftliche Synthese eingehen sollten, um Natur und Kultur gegen Zerstörung und menschliche Hybris zu schützen.

Hans Martin Lohmann bezeichnet in der von ihm herausgegebenen „Streitschrift“, „Das Unbehagen in der Psychoanalyse“, Freuds Werk, „Das Unbehagen in der Kultur“, als seine „revolutionärste“ und „schwärzeste“ Abhandlung.⁹⁵ Er zitiert aus Freuds Werk die folgenden eindringlichen Sätze, die uns noch heute zu denken geben müssen:

„*Homo homini lupus*; wer hat nach allen Erfahrungen des Lebens und der Geschichte den Mut, diesen Satz zu bestreiten? ... Infolge dieser primären Feindseligkeit der Menschen gegeneinander ist die Kulturgesellschaft ständig vom Zerfall bedroht. Das Interesse der Arbeitsgemeinschaft würde sie nicht zusammenhalten, triebhafte Leidenschaften sind stärker als vernünftige Interessen ... Vielleicht ma-

⁹⁴ Vgl. E. Mayr, *Das ist Biologie* (1998) und nunmehr derselbe, *Das ist Evolution* (2004). — Daneben hätte sich die Psychoanalyse gezielt in Richtung Sozialwissenschaften zu öffnen, zumal sich Soziologie und Politikwissenschaft oder Ökonomie geradezu anbieten, um auf sie Freuds Einsichten anzuwenden. Das Unverständnis in diesen Disziplinen erscheint allerdings beträchtlich, so dass man sich keiner Illusionen über einen solchen Schritt machen sollte. Vgl. zu diesen Überlegungen auch das erwähnte Werk von H. J. Walter (Hg.), *Psychoanalyse und Universität* (1994).

⁹⁵ AaO 52 (1985).

chen wir uns auch mit der Idee vertraut, dass es Schwierigkeiten gibt, die dem Wesen der Kultur anhaften und die keinem Reformversuch weichen werden.“

Recht und Psychoanalyse sollten dazu mehr als bisher zusammenarbeiten.⁹⁶ Das entspräche Freuds eben erwähnter Einschätzung, „... dass es Schwierigkeiten gibt, die dem Wesen der Kultur anhaften und die keinem Reformversuch weichen werden“. Das heißt aber nur, dass wir uns auch weiterhin nicht mit einem blauäugigen Optimismus zufrieden geben dürfen, sondern uns darum zu bemühen haben werden, die menschliche Kultur vor dem Schlimmsten zu bewahren. Auch das erfordert den Einsatz aller Kräfte. – Dazu zählt meines Erachtens als neue Herausforderung die Gefahr, dass die Kultur selbst so verflacht, dass es sich für viele kaum/nicht mehr lohnt, sie zu verteidigen oder gar dafür zu kämpfen. – Freuds Realitätsprinzip ist für die Rechtswissenschaft jedenfalls eine wichtige Stütze. Anders als die wohl irreparabel gestörte disziplinäre Beziehung der Psychoanalyse zur Medizin,⁹⁷ könnten Rechtswissenschaft und Psychoanalyse durchaus Bündnispartner werden.

Wir wissen, wie sehr S. Freud **Goethe** schätzte. Es erscheint mir daher legitim, einen Goethevers — den Freud in seinem Werk zwar nicht anführt, aber sicher kannte — zu verwenden, um eine Position Freuds mit juristischer Konnotation deutlich zu machen; vgl Faust I, Prolog im Himmel, Verse 328 f

„Ein guter Mensch in seinem dunklen Drange,
ist sich des rechten Weges wohl bewußt.“

Diese Aussage spricht, so meine ich, Freuds Entdeckung des Unbewussten an, das uns Menschen zwar immer wieder zu schaffen macht, uns triebhaft drängt, verunsichert, ängstigt und ins Chaos zieht, aber letztlich doch auch wohlwollend leitet. Darin steckt etwas vom sokratisch-platonischen Daimonion. Freud teilte ja auch Goethes Optimismus – wenigstens zum Teil, dass wir uns dieses dunklen Dranges, soweit dies nötig erscheint, erwehren können, und jedenfalls in der Psychoanalyse ein (Hilfs)Mittel besitzen, um seine Botschaften verstehen zu lernen. Freuds Antwort auf den erwähnten Goethevers ist sein Programmsatz:

„Wo ES war, soll ICH werden.“

Unbewusstes, bewusst zu machen, ist auch für die Rechtswissenschaft eine wichtige und stets aktuelle Aufgabe. Freilich, eine solche, die auch nach Freuds eigener Vorstellung der Trockenlegung der Zuider-See entspricht. – Aber ist nicht auch diese gelungen?

Wo liegt nun hier die Entsprechung von Psychoanalyse und Rechtsdenken, denn ich spreche zu Ihnen als Jurist, freilich als solcher, der an der Psychoanalyse interessiert ist. Ich sehe folgende Parallele: Auch dem Recht geht es um das Eindämmen des besagten Goetheschen „dunklen Dranges“, mag auch das Rechtsdenken auf Grund seiner Jahrtausende alten Erfahrungen in manchem noch skeptischer sein als Freud. Denn das Recht weiß, dass es der Sanktion nicht entraten kann, will es ernst ge-

⁹⁶ Recht und Psychoanalyse unterscheiden sich dabei in manchem grundlegend; etwa terminologisch in der Verwendung der Begriffe **Subjekt** und **Objekt**. Während rechtlich weder die natürliche, noch die juristische Person Objekt sind, sein können, spricht die Psychoanalyse bei Bezugspersonen von Objekten, was wegen der darin liegenden impliziten Verdinglichung keine Ideallösung darstellt. – Das und anderes mehr gilt es im Gespräch miteinander zu beachten.

⁹⁷ Vgl Lohmann, aaO 55: „Nicht umsonst hatte Freud ... vor der ‚Werbung der Ärzte um die Psychoanalyse‘ gewarnt, weil das ärztlich-therapeutische Denken *ex professo* dazu neigt, die Macht des Todestriebs zu leugnen und die Psychoanalyse zum positiven Heilungsverfahren zu degradieren.“

nommen werden. Das Recht weiß auch, dass mit der menschlichen „Hybris“⁹⁸ nicht zu spaßen ist, und dass der Mensch, ließe man ihn gewähren, in Verfolgung narzisstischer und aggressiver Ziele bedenkenlos schädigen und dadurch nicht nur sich selbst, sondern auch die jeweilige Gesellschaft, in der er lebt, gefährden würde. Als Hintergrund des Rechtsdenkens dient seit langem die auch von Freud reflektierte, aber wenig schmeichelhafte Vorstellung/Erfahrung des homo homini lupus, was von Idealisten als übertrieben angesehen wird, der aber ein realistischer Kern nicht abgesprochen werden sollte und von Freud auch nicht abgesprochen wurde. Das Recht stellt daher – psychoanalytisch betrachtet – seit jeher für den Einzelnen, wie für Gruppen und die Gemeinschaft, ein Realitätskorrektiv dar und dient als Wegweiser und Orientierungshilfe, aber auch als Grenzlinie gesellschaftlicher Notwehr im Rahmen des Freudschen ÜBER-ICH. Die eigentliche und primäre Funktion von Normen liegt nämlich nicht in ihrer Sanktion, sondern in diesen besagten Rechtsfunktionen, die Normübertretungen möglichst von vornherein vermeiden helfen sollen. Dieses Anleiten und Zu-Recht-Rücken durch Recht wurde im Laufe der Geschichte sehr unterschiedlich gehandhabt; zunächst grausam und hart, um schließlich zivilisierter zu werden. Wir sollten aber nicht vergessen, dass noch die allerchristlichste Herrscherin Maria Theresia nichts dabei fand, potentielle Straftäter mit glühenden Zangen zu zwicken, aufs Rad zu flechten oder zu vierteilen, also zu foltern. Maria Theresias Strafgesetzbuch wurde daher nicht zufällig „Nemesis Theresiana“ geheißen, was „Theresianische Rache“ bedeutet. Und wer wissen will, wie die Vollstreckung einer Todesstrafe noch im Frankreich der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts ausgeführt wurde, der lese den Beginn von Michel Foucaults, „Überwachen und Strafen“.

Die beachtlichen Gemeinsamkeiten von Recht und Psychoanalyse liegen demnach darin, dass beide Disziplinen bestrebt sind, das Unbewusste, das Dunkle und Triebhafte im Menschen in realistische, zumindestens nicht gesellschaftsschädliche Kanäle zu lenken. Dies eingedenk der Tatsache, dass es oft nicht gelingt und auch künftig eine Herausforderung bleiben wird. Recht und Psychoanalyse erscheinen demnach als unterschiedliche Antworten auf dieselbe Herausforderung: Das Unbewusste, Dunkle, Asoziale und Triebhafte im Menschen, das nur zu leicht gesellschaftlichen Schaden, ja Verheerung anzurichten vermag, einzudämmen und fruchtbar und phantasievoll in gesellschaftsdienliches Handeln umzuwandeln. Es geht dem Recht wie der Psychoanalyse darum, **Gesellschaft möglich zu machen**; wobei der Beitrag der Psychoanalyse noch weiter reicht und insbesondere auch die Persönlichkeitsentwicklung der einzelnen Menschen zu fördern vermag. Allein auch das Rechtsdenken bedeutet Kulturarbeit. Man lese etwa schon Hegels Begründung der Strafe.

Es ist heute wieder modern geworden, auf der einen Seite Vernunft/Ratio/Logos in Frage zu stellen oder doch Scheinrationalitäten an die Stelle von Geist zu setzen, und andererseits Emotionen/Gefühle gering zu achten oder gar zu eliminieren. Ich möchte diesem nicht ungefährlichen Trend zwei Freudzitate aus seiner kulturkritischen Schrift „Die Zukunft einer Illusion“ entgegensetzen. – Der letzte Satz dieses Werks lautet:

„Nein, unsere Wissenschaft ist keine Illusion. Eine Illusion aber wäre es zu glauben, dass wir anderswoher bekommen könnten, was sie uns nicht geben kann.“

Und wenige Seiten vorher lesen wir die trotz ihrer realistischen Einschätzung der Kraft des menschlichen Denkens Hoffnung vermittelnden Sätze Freuds:

⁹⁸ Vgl dazu meine Ausführungen in: „Graeca non leguntur“? Pkt I 9 (in Vorbereitung: 2005).

„Wir mögen noch so oft betonen, der menschliche Intellekt sei kraftlos im Vergleich zum menschlichen Triebleben, und Recht damit haben. Aber es ist doch etwas Besonderes um diese Schwäche; **die Stimme des Intellekts ist leise, aber sie ruht nicht, ehe sie sich Gehör verschafft hat.**“ (Hervorhebung von mir)

Machen wir uns mit dieser bescheidenen Tröstung durch einen der ganz Großen in Forschung und Wissenschaft unverdrossen, wenngleich ohne Illusionen, an die Arbeit und versuchen wir auch aus kulturellem Unbehagen jene Kraft zu schöpfen, die uns dazu befähigt unsere Libido angemessen ins wissenschaftlich Positive zu verschieben! Und versuchen wir mit dem Gespür unseres Unbewussten den Kairós für unser Handeln als Menschen und Wissenschaftler zu ermitteln. Das gemeinsame Interesse an der Erhaltung und Förderung des Menschen und seiner Kultur macht Psychoanalyse und Rechtswissenschaft zu natürlichen Verbündeten, die mit wachem Sinn für das Mögliche und Wünschenswerte in unseren Gesellschaften dafür einzutreten haben, dass möglichst viele auch ohne „Entwertung des irdischen Lebens“ (Freud)⁹⁹ sich an der „Schönheit“ von Natur und Kultur zu erfreuen vermögen.¹⁰⁰ Um dies zu ermöglichen bedarf es nach Freud der Ordnung des Rechts, das allein einen „zweckmäßigen, d.h. beglückenden Ausgleich zwischen ... individuellen und kulturellen Massenansprüchen zu finden [vermag].“ Das Gelingen dieses Ausgleichs bedeutet für Freud eines der „Schicksalsprobleme“ der Menschheit.

Aus dem Blickwinkel der Gegenwart betrachtet mag dem hinzugefügt werden, dass die heute so allmächtige, aber bislang überschätzte Ökonomie dies nicht wird leisten können. Aber sie könnte das Erreichen dieses Ziels unterstützen, indem sie die Grenzen, ja die Begrenztheit ihrer Zielsetzungen zu akzeptieren vermag und im Einklang mit anderen Disziplinen am Glück der menschlichen Gemeinschaften und ihrer Einzelnen arbeitet.

⁹⁹ Das Unbehagen in der Kultur (1929).

¹⁰⁰ So sinngemäß ebendort.