

Vorlesung: LVNr. 305360
 Rechtstatsachenforschung
 Prof. Heinz Barta
 SoSe 2014

2003/2004/2005/2006/2007/2008/2009/2010/2011/2012/2013
 Dienstag, 17.30 Uhr – 19 Uhr
 Ort: Bibliothek des Instituts für Zivilrecht, Innrain 52,
 Hauptgebäude

Barta, RTF, SoSe, 2006

Stoffüberblick

- I. Einteilung der Wissenschaften + ReWi im Kanon der Wissenschaften + Disziplinen der ReWi
- II. Die Wissenschaft vom Recht und die SoWin
- III. ‚Rechtsfunktionen‘ und ‚Das Gesetz in der Geschichte‘
- IV. Sein und Sollen
- V. Verhältnis ReWi – Soziale Wirklichkeit
- VI. Bedeutung der RTF und RS für die ReWi
- VII. RTF und RG
- VIII. Was ist Rechtskultur?
- IX. Große Rechtssoziologen und RTF-Forscher
- X. Technische Hilfestellungen für die RTF
- XI. Methoden der RTF
- XII. Inhaltsanalyse und Fragebogen als Methodenbeispiele
- XIII. Beispiele rechtstatsächlicher Arbeit – Überblick

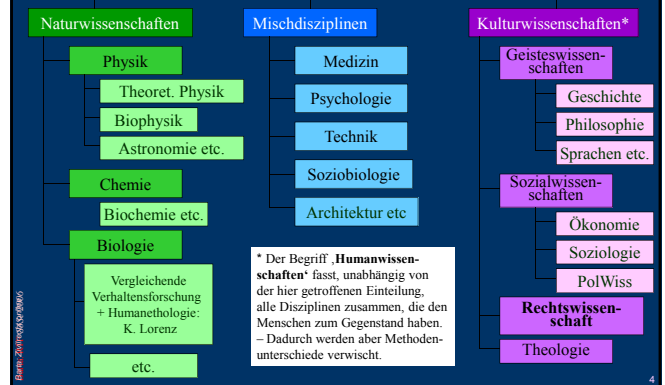
Barta, RTF, SoSe, 2006

I.
 Einteilung der Wissenschaften
 +
 Stellung der ReWi im Wissenschaftskanon
 +
 Disziplinen der ReWi

Barta, RTF, SoSe, 2006

Einteilung der Wissenschaften

Nach H. Dahmer, Soziologie nach einem barbarischen Jahrhundert (Wien, 2001)



Barta, Zeitschrift für Sozialwissenschaft, 2006

Natur- und Kulturwissenschaften (1)

- Worin besteht der **Unterschied**? – Was will uns diese **Einteilung** vermitteln?
- Die **Naturwissenschaften** – behandeln thematisch das, was der Mensch ‚**vorgefunden**‘ hat; insbesondere die Natur und zwar Flora wie Fauna → Damit befassen sich: Physik, Chemie, Biologie, Astronomie, Botanik etc
- Die **Kulturwissenschaften** – behandeln das, was der Mensch ‚**geschaffen**‘ hat und weiterhin schaffen wird; Philosophie, Theologie, Soziologie, ReWi etc.
- Wozu dient die ‚eigene‘ **Standortbestimmung**? – **ReWi** ist sog **Umsetzungsdisziplin** und daher auf die Zusammenarbeit mit anderen Disziplinen angewiesen! – Schon hier zeigt sich die Problematik des Rechtspositivismus!

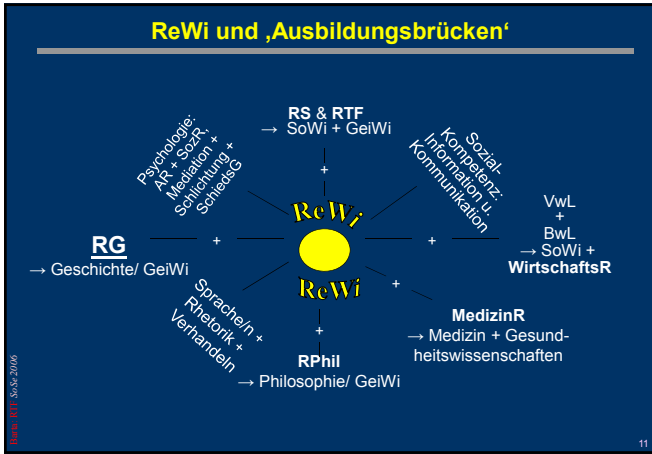
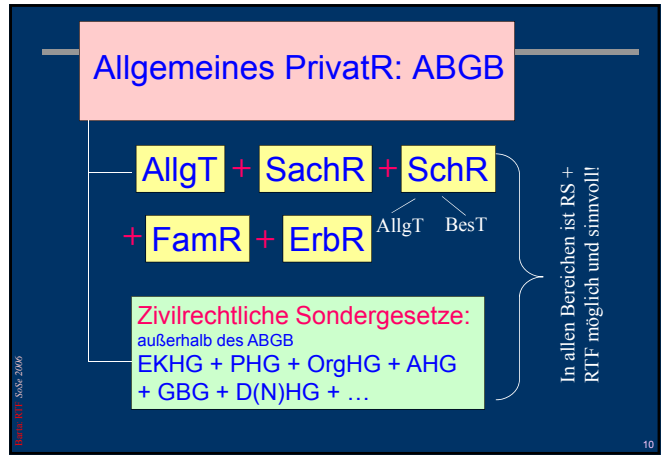
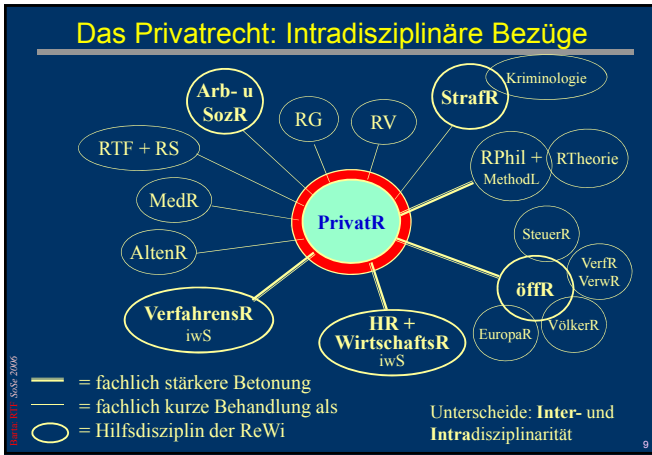
Barta, RTF, SoSe, 2006

Natur- und Kulturwissenschaften (2)

- **Intra- und Interdisziplinarität** sind für die Rechtswissenschaft lebenswichtig!
- Keine disziplinäre Isolation: **legal isolationism!**
- Die ReWi braucht den lebendigen Austausch mit anderen Disziplinen!

Beachte: Wir brauchen **Generalist/inn/en**, nicht frühzeitige **Spezialisierung**

Barta, RTF, SoSe, 2006



II. Die Wissenschaft vom Recht und die Sozialwissenschaften

ReWi & SoWin (1)

- Die **Interaktion** zwischen **ReWi** und **SoWin** steckt immer noch in den Kinderschuhen; die **SoWin** sind mißtrauisch, der **ReWi** fehlt es oft an Interesse und selbstkritischer Reflexion
- Die **ReWi** hinterfragt ihre sich wandelnden **Aufgaben** und mögliche und nötige wissenschaftliche **Zusammenarbeit** zu wenig → konservativer Zug der ReWi!
- Im **Idealfall** können diese Disziplinen voneinander profitieren; zum Nutzen der Betroffenen!
- Diese Folien sollen klarstellen, **was die ReWi vermag** und in eine **Zusammenarbeit** einbringen kann.

ReWi, ReWi, SoWi, 2006

13

ReWi & SoWin (2)

- Die **Beschäftigung mit Recht** verfolgt unterschiedliche **Erkenntnisziele**:
 - Suche nach **Gerechtigkeit**: Frage – welche **Wertvorstellungen** stehen hinter rechtlichen Regelungen? Untersuchungsgegenstand: **Idealität des Rechts** → **RPhil**
 - Befassung mit dem **Sinngehalt** bestimmter Rechtsregeln (im Hinblick auf die **Rechtsanwendung**); Untersuchungsgegenstand ist die **Normativität des Rechts** → **RDogm**
 - Schließlich lässt sich nach der **gesellschaftlichen Wirklichkeit** von Recht, seiner **Realität**, dem **Rechtsleben** fragen: Untersuchungsgegenstand ist hier die **Faktizität des Rechts** → Häufige normative Kluft zwischen **law in the books** and **law in action!** → **RS + RTF**
- Diese Fragen sind für die Gestaltung von Recht wichtig → **Rechtspolitik**: akzelerierter gesellschaftlicher Wandel erfordert Anpassung; zB JWG 1989/161 → 2012

Literatur: - H. U. **Kantorowicz**, ReWi und Soziologie (1962, insbes 69 ff); - E. **Ehrlich**, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913/1989*); - M. **Rehbinder**, Rechtssoziologie (2007*); - Thomas **Raiser**, Grundlagen der Rechtssoziologie (2011, 5. Aufl.)

ReWi, ReWi, SoWi, 2006

14

ReWi & SoWin (3)

- Aufgrund der getroffenen Unterscheidung wird die ReWi seit Kantorowicz in 3 erkenntnistheoretische Sphären (sog **Dreidimensionalität des Rechts**) unterteilt:
 - **Wertwissenschaft** = Nachdenken über ‚richtiges‘ und ‚gerechtes‘ Recht → **Rechtsphilosophie**: Frage nach dem **Warum** (= Werthierarchie als Begründungszusammenhang) und **Wohin** (= rechtspolitische Zielsetzungen) von Recht
 - **Normwissenschaft** = Bestimmung des normativen Sinngehalts von Recht, des Sollens → **Rechtsdogmatik**: Frage nach dem **Inhalt** von Rechtsvorschriften für Rechtsanwender und -adressaten + Systematisierung
 - **Erfahrungswissenschaft** = Erforschung der sozialen Wirklichkeit des **Rechts/ Rechtswirklichkeit** → **RS + RTF**: Frage nach dem **Sein des Rechts + Beschreibung und Erklärung des Rechtslebens**; E. Ehrlich: ‚lebendes Recht‘

ReWi, ReWi, SoWi, 2006

15

ReWi & SoWin (4)

- **RS + RTF** können auf unterschiedliche Weise betrieben werden:
 - **Genetische** Ausrichtung: Frage nach der **Entstehung von Recht** (aus dem Sozialleben); Recht wird als Ergebnis gesellschaftlicher Prozesse verstanden → **Beispiele**: RG, R-Anthropologie, R-Ethnologie
 - **Operationale** Ausrichtung: Frage nach der **Wirkung von Recht** im Sozialleben; Recht als Regulator gesellschaftlichen Handelns → Recht als Sozialtechnik: Evaluation von Gesetzen etc.
 - **Rechtspolitische** Ausrichtung: Frage nach den **notwendigen Anpassungen und Veränderungen** von Recht, um dessen Aufgabe als **Gesellschaftsregulator** und **Steuerungsinstrument** erfüllen zu können → **Beispiel**: Rechtspolitik
- Diese Untersuchungsmöglichkeiten von Recht gehen von einer **Interdependenz von Recht und Sozialleben** aus: Ein modernes Verständnis versteht ReWi nicht nur als Normwissenschaft (**Rechtsdogmatik**), sondern auch als Wertwissenschaft (**RPhil**) und als Erfahrungswissenschaft (sV: **RS + RTF + RG + RV**)
Die Wirklichkeit der **Ausbildung** sieht anders aus → Alleinvertretungsanspruch der Rechtsdogmatik!

ReWi, ReWi, SoWi, 2006

16

ReWi & SoWin (5)

- **ReWi** bringt eigenes **wissenschaftliches Know How** in die Bereiche **Sowi**, **GeWi** und **Natwi** ein → **Interdisziplinarität**
- Das ist nötig, weil viele Maßnahmen in Bezug auf die Gesellschaft der rechtlichen Umsetzung bedürfen; vgl. Sterbehilfe, Berufsrecht für RAe, Notare, Richter, Ärzte + Pflegepersonal + StVO → **Recht als normative Umsetzungsdisziplin!**
- Recht hat für **sozialen Ausgleich** in der Gesellschaft zu sorgen: zB Gesetzliche Kranken- oder Unfallversicherung, SWRecht, UGB, VerfahrensR, JWG etc!
- Recht **schützt** seit jeher **Schwache** und soll **Rechtssicherheit schaffen**; zB Vertragsmodell, KSchG, soziales MietR, Vorsorgevollmacht; wünschenswert wären PatientengrundRe und überhaupt eine moderne Verfassung
- Recht schützt menschliche **Selbstbestimmung** (nicht nur im Medizinsektor; zB BehandlungsV + ärztliche Aufklärungspflicht + Sterbehilfe?), Achtung der Person/ Persönlichkeitsrechte: §§ 16, 17 ABGB, Testamentsvollstrecker uam.

ReWi, ReWi, SoWi, 2006

17

ReWi & SoWin (6)

- Neben den gestellten Fragen – RPhil, RDogm und RS + RTF – können weitere Fragen gestellt werden, um die Aufgaben des Rechts optimal erfüllen zu können:
 - **Rechtsgeschichte**: Frage nach dem Woher und der Entwicklung des geltenden Rechts → Entstehung schon in der Antike: Platon, Aristoteles (s. GS Mayer-Maly: 2011)
 - **Rechtsvergleichung**: dient dem eigenen Normverständnis und der RPol = Frage nach den ‚besseren‘ oder vielleicht sogar der ‚besten‘ Lösung! → Entstehung in der Antike: **Platons** ‚Nomo‘ (s. FS I. Weiler: 2013)

ReWi, ReWi, SoWi, 2006

18

III. ‚Rechtsfunktionen‘ und ‚Das Gesetz in der Geschichte‘

Frage: Welche Ziele soll das Recht anstreben,
welchen Zwecken dienen?

Baran RIT, SS19, 2016

19

Das Gesetz in der Geschichte (1)

- Das Gesetz als **Steuerungsinstrument** der Gesellschaft stammt aus dem **Alten Orient: Mesopotamien und Ägypten**
- Die **Griechen** übernehmen es ab der Mitte des 7. Jhs. v. → Kreta; Attika (Drakon, Solon); Sizilien und Magna Graecia entwickeln es weiter
- **Älteste** orientalische **Codices**:
 - Codex **Urnammu/ CU** (~ 2050 v.)
 - Codex **Lipitištar/ CL** (~ 1875 v.)
 - Codex **Ešnunna/ CE** (~ 1750 v.)
 - Codex **Hammurabi/ CH** (~ 1750 v.)

Baran RIT, SS19, 2016

20

Das Gesetz in der Geschichte (2)

- Die **Griechen** entwickelten bereits eine hohe **Gesetzgebungskultur/** Nomothetik: Alter Nomos/ Nomologisches Wissen → Thesmos → Neuer Nomos
- Sie sprachen von **Kunst der Gesetzgebung/** Techné nomothetiké
- Die **Kunst der Gesetzgebung** der Griechen steht neben einer hoch entwickelten **Kautelarjurisprudenz** sowie **forensischer Rhetorik, Logographentum** und **Philosophie + Rechtsanwendung**: Diese Bereiche sind Voraussetzung für das Entstehen einer ReWi! ReWi ist nicht erst in Rom entstanden!
- Griechische Rechtswissenschaftler: **Antiphon** (5. Jh. v.), **Platon** (5./4. Jh. v.), **Aristoteles**, **Demosthenes**, **Theophrast** (alle 4. Jh. v.), **Demetrios von Phaleron** (4./3. Jh. v.) uam.

Baran RIT, SS19, 2016

21

Das Gesetz in der Geschichte (3)

- Frühe griechische Gesetzgebungen:
 - Älteste griechische Gesetzgebungen in **Kretischen Poieis**; zB Dreros
 - **Lokri Epizephyros/** Magna Graecia: ~ 650 v. → Zaleukos
 - **Katane/** Sizilien: ~ 550/ 500 v. → Charondas
 - **Athen:** 621/ 620 v. → Drakon
 - **Athen:** 594/ 593 v. → Solon
- **Literatur** aus griechischer Zeit:
 - **Platon**, Nomoi/ Gesetze
 - **Aristoteles**, Politik + Rhetorik: günstige Reclamausgaben
 - **Antiphon**, Tetralogien → s. ‚Graeca‘, Bd. II/1 (2011)
 - **Demosthenes**, Reden

Baran RIT, SS19, 2016

22

Funktionen des Rechts (1)

Die **Steuerungsfunktion** von Recht umfasst heute **mehrfache Funktionen**:

- **Friedens-, Ordnungs-, Solidaritäts-, Sinn- und (Rechts)/Sicherheitsfunktion** → **Konfliktvermeidung**
- Dazu kommt die **Gerechtigkeitsfunktion/** Orientierung an der **Rechtsidee** („RI“):
 - → **Austellende** und **ausgleichende** Gerechtigkeit
 - Beispiele: **Austellende** Gerechtigkeit → öffentlR: Beihilfen, Grundeinkommen, Jugendwohlfahrt etc – **Ausgleichende** Gerechtigkeit → PrivatR/ öffentlR: Schadenersatz, Bereicherung, StrafR, VerwStrafR etc
 - → **Orientierung** der Gemeinschaft und ihrer Mitglieder: Alles Rechtshandeln sollte sich an der „RI“ orientieren! – J. Rawls („Theory of Justice“): Gerechtigkeit als gesellschaftliche Fairness! – Heute wichtig: Versagen von Religion, Politik, Wirtschaftsethos etc!
- **Herrschaftslegitimations- und Herrschaftskontrollfunktion + Teilhabe am Staatsgeschehen/** Partizipation (seit Solon) → Demokratie + Rechtsstaat + Verfassung + Verf- und VerwGerichtbarkeit
- Grundsätzliches **Selbsthilfeverbot**: §§ 19 und 344 ABGB, § 1 STGB ∞ **Rechtsschutzgarantie** ↔ **Widerstandsrecht** – Entstehung von Kultur durch Gewaltverzicht: S. Freud

Baran RIT, SS19, 2016

23

Funktionen des Rechts (2)

- Recht hat für **soziale Integration** zu sorgen und den gesellschaftlichen **Ausgleich** zu fördern → **Solidarität**
- **Verhaltenssteuerung + Bildung** und **Sinnvermittlung** und **Orientierung** durch das Recht und seine (weltlichen) Werte wird immer wichtiger, da ua. Religion dies nicht (mehr) leistet!
- Förderung und Sicherung von **Freiheit + Gleichheit** (F. Fukuyama: Twin principles)+ **Teilhabe am Staatsgeschehen** (in Europa seit Solon: 594/3 v.!) → als Grundlagen der europäischen Demokratie: Werte der amerikan. und französ. Revolution!
- Gestaltung und Erhaltung der **Lebensbedingungen** (Umwelt + LebensR künftiger Generationen + AKW's? etc)
- Anpassung an den **sozialen Wandel**: → **Rechtspolitik** iSv social engineering
- **Verfassung** sollte diese funktionalen Grundlagen des Rechts fördern und Entwicklung ermöglichen! Nicht bestehende Zustände ‚versteinern‘!

Baran RIT, SS19, 2016

24

Funktionen des Rechts (3)

- **Normen/** Paragraphen/ Rechtsvorschriften sind **Wegweiser für menschliches Verhalten**; denn:
 - nicht die **Sanktion** (der Norm) steht im Vordergrund, sondern
 - ihre **Orientierungsfunktion** → E. Ehrlich u. a.
- Dies wird immer wieder verkannt!
- In einer **Demokratie** sollte sich jede/r Rechtsadressat/in darüber im Klaren sein, dass er/sie sich selber nicht ernst nimmt, wenn er/sie Normen mißachtet! → **Rechtsakzeptanz** (!)
- Heute: **Kluft** zwischen **Recht** ↔ **Menschen** → Was tun? Aufgaben für RS und RTF!

Recht RTF, SS-2006

25

Funktionen des Rechts (4)

- **Andere Sozialnormen** als Wegweiser:
 - **Gewohnheit** → **Brauch** → **Sitte/ Moral** → **GewohnheitsR**
 - **Sitte** = mehr oder weniger gefestigter gesellschaftlicher **Brauch** iSv **erwünschtem äußeren Verhalten** → Wechselwirkung zwischen Recht und Sitte: zB § 914 ABGB (Verkehrssitte); oder § 346 U/HGB (Gewohnheiten unter Kaufleuten); früher: Trauerjahr (EheR); § 879 ABGB: Gute Sitten etc
 - **Moral** = wendet sich im Gegensatz zu Sitte und Recht (**forum externum**) nach innen (Gewissen; **forum internum**) → Wechselwirkungen mit Recht: zB § 879 ABGB – Recht ↔ Moral?
- **Recht** unterscheidet sich von Sitte/ Brauch/ Moral durch seine **Erzwingbarkeit**: staatliche Zwangsgewalt! – Ursprüngliche Einheit: **Nomologisches Wissen!**

Recht RTF, SS-2006

26

IV. Zum Verhältnis von SEIN und SOLLEN

- Diese Thematik ist für das **Verständnis der Beziehung zwischen ReWi und SoWi**n von besonderer Bedeutung, da eine positivistisch verstandene ReWi zu **Selbstgenügsamkeit** und **legal isolationism** tendiert; dies in Spurfolge des römR!
- Literatur: H. Kelsen, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode (1911/ 1970)

Recht RTF, SS-2006

27

SEIN und SOLLEN (1)

- Für den **Rechtspositivismus** ist diese Unterscheidung existenziell und absolut! – **SEIN** ↔ **SOLLEN** als angeblich unüberbrückbare Gegensätze; und zwar wissenschafts-disziplinär wie methodisch → Das führt zu **legal isolationism**: vorbereitet vom römR (F. Schulz)
- Die **Rechts-Wirklichkeit** sieht aber anders aus: Der Seinsbereich soll **rechtlich geleitet** (→ IV; Rechtsfunktionen) und normativ beurteilt werden; und das rechtliche Ergebnis zielt idR auf eine Änderung von Seinszuständen. → Es gibt und braucht aber Übergänge! – **Quaestio facti** und **quaestio iuris** lassen sich nicht immer trennen (= **quaestio mixta**)!
- **Beispiel**: Siehe Kapitel 11 des Lehrbuchs (2004): Lehre vom Rechtssatz (Tb + RF + SV) und Rechtsanwendung (Rechtlicher Syllogismus)! – (Fehl)Verhalten [= Seinsbereich] wird rechtlich mit dem Ziel beurteilt/ korrigiert [= Sollensbereich] eine Änderung im Seinsbereich herbeizuführen – Oder: Deliktisches Verhalten → Prozess/ Urteil → Strafe/ Schadenersatz etc erzwingt rechtskonformes Verhalten: zB Strafvollzug → Resozialisierung

Recht RTF, SS-2006

28

SEIN und SOLLEN (2)

Auf dem Unterschied von **SEIN** und **SOLLEN** beruht nach Kelsen die **Einteilung der wissenschaftlichen Disziplinen** in:

- **Explikative/ erklärende Disziplinen** = **Kausalwissenschaften**
 - ... Welt des **SEINS**, der Realität, des tatsächlich Gegebenen
 - ... sie wollen die Existenz und das tatsächliche Verhalten der Dinge in ihrem naturnotwendigen Kausalzusammenhang erklären
 - Ergebnis: Erkennen von **Naturgesetzen** = naturnotwendige Abläufe!

Normative/ vorschreibende Disziplinen = **Normwissenschaften**

- ... Welt des **SOLLENS**, der Normativität und Idealität
- ... geht es nicht darum zu erklären, was wirklich ist/ geschieht, sondern was geschehen soll; sie stellen Regeln auf, schreiben ein Verhalten vor, fordern ein Sein oder Nicht-Sein
- Ergebnis: **Normerzeugung** – es soll so geschehen!

Recht RTF, SS-2006

29

SEIN und SOLLEN (3)

Kelsens Beispiele für

- **Explikative oder Kausalwissenschaften**:
 - **Natur-Wissenschaften**
 - **Historische Wissenschaften** (und damit die RG!)
 - **Soziologie**: Sie erforscht die „Gesetze“ des sozialen Zusammenlebens → RTF als empirische RS
 - **Psychologie** etc.
- **Vorschreibende oder Normwissenschaften**:
 - ReWi
 - Ethik
 - Logik
 - Grammatik
 - Religion, Moral, Sitte

Beachte: Diese Unterscheidung ist **didaktisch** wertvoll, darf aber nicht (wissenschaftstheoretisch) überspitzt werden!

Recht RTF, SS-2006

30

SEIN und SOLLEN (4)

- Unzulässige methodische Verquickungen zwischen explikativer und normativer Betrachtungsweise nennt Kelsen: **Methodensynkretismus**
- Die **Realität** – zB der Rechtsanwendung – sieht aber anders aus: Wenn A ist, soll B sein (Lehre vom Rechtssatz) → **Normativer Syllogismus** verbindet Sein und Sollen:
 - **Sachverhalt/** SV (Sein) → **Tatbestand/** Tb (Sollen) → **Rechtsfolge/** RF (Sollen + Sein) = Ziel der RF-Anordnung ist es einen Seins- in einen (neuen) gesollten Zustand zu überführen, der dann wieder Seinszustand wird!
- **Kelsens Einteilung** ist interessant, aber unvollständig und vermag die Welt der Wissenschaft nicht vollständig zu erfassen! Auch nicht in der ReWi! – Etwa: Wohin gehört Philosophie? (Mischdisziplin!)

31

V.

Zum Verhältnis ReWi – Soziale Wirklichkeit

ReWi, EIT, SS, SS, 2006

32

Literatur (1)

- George C. **Homans**, Was ist Sozialwissenschaft? (Opladen, 1972²)
- Paul **Lazarsfeld**, Am Puls der Gesellschaft. Zur Methodik der empirischen Soziologie (Wien/ Frankfurt a. M./ Zürich, 1968)
- Paul F. **Lazarsfeld**, Soziologie. Hauptströmungen der sozialwissenschaftlichen Forschung (hg. von der UNESCO: Frankfurt a. M./ Berlin/ Wien, 1973)
- Hans **Zeisel**, Die Sprache der Zahlen (Köln/ Berlin, 1970)
- P. **Lazarsfeld/** M. **Jahoda**, Die Arbeitslosen von Marienthal (Frankfurt a. M., 1975 etc.)

ReWi, EIT, SS, SS, 2006

33

Literatur (2)

- Andreas **Diekmann**, Empirische Sozialforschung. Grundlagen, Methoden, Anwendungen (Reinbek bei Hamburg, 2011: 5. Auflage)
- **Adorno**, Th. W./ **Albert** H./ **Dahrendorf** R./ **Habermas** J./ **Pilot** H./ **Popper** K. R., Der Positivismustreit in der deutschen Soziologie (Neuwied, 1972²)
- **Adorno** Th. W., Studien zum autoritären Charakter (Frankfurt am Main, 2004)

ReWi, EIT, SS, SS, 2006

34

ReWi – soziale Wirklichkeit (1)

- Es geht um das **Verhältnis** von **Recht** und **ReWi** zur **sozialen Wirklichkeit: Wirklichkeitserkenntnis** – Warum ist etwas für die **ReWi** wichtig?
- Dieses Verhältnis ist seit jeher umstritten: **Zwei grundsätzliche Positionen**
 - **Rechts-Positivismus** und
 - **Offene(re) Wissenschaftskonzepte**, die auch die Beziehung des Rechts zur Gesellschaft iwS und zur Natur mit einbeziehen und reflektieren – Verschiedene Bezeichnungen; **RTF + RS** sowie **Natur-/VernunftR**, **Soziologische Jurisprudenz**, **Rechtsrealismus** uam
- **ReWi** braucht **Einbindung in Gesellschaft!** → RS + RTF

ReWi, EIT, SS, SS, 2006

35

ReWi – soziale Wirklichkeit (2)

- Was bedeutet **Rechts-Positivismus**?
 - Hat nichts mit **positiv** zu tun!
 - Kommt vom lat. **ponere** = setzen, stellen, legen
 - Das Konzept beschränkt sich auf **positives** iSv **gesetztes**, also **schriftlich niedergelegtes** staatliches Recht
- Der Positivismus kommt aus **Politik** und **Philosophie** und den **NatWi** und (daraus abgeleitet) der **Soziologie**
- Begriff **Positivismus** wird im 19. Jh. üblich; Schöpfer war **Auguste Comte**, Rede über den Geist des Positivismus (1844)

ReWi, EIT, SS, SS, 2006

36

ReWi – soziale Wirklichkeit (3)

- Der (wissenschaftliche) **Positivismus** richtete sich zurecht gegen eine **religiöse** und **metaphysische** sowie überhaupt eine **spekulative** oder **intuitionistische** Erkenntnis der Wirklichkeit – und des Rechts → Gefragt ist solide Empirie!
- Für den **Wissenschaftspositivismus** zählt nur, was allgemein beobachtbar, erklärbar, messbar, erfahrbar und dadurch wissenschaftlich zugänglich ist – Recht → Gesetz! (→ GewR?)
- Der Positivismus ist – wie das NaturRs-Denken – ein Geschöpf von **Aufklärung** und **Rationalismus**; es gab ihn schon im Altertum
- Manches am Positivismus ist aber **positiv** zu bewerten – Das Rechtsdenken offenbart aber auch seine Grenzen!

Lesetip: B.-Ch. Funk, Rechtspositivismus und Wirklichkeit des Rechts, in: Juridikum 1/2003, S. 4 f

37

ReWi – soziale Wirklichkeit (4)

- Für die **NatWi** + **Technik** passte dieses Konzept gut – Probleme machte dagegen seine Übertragung in die **SoWi** und die **ReWi**, weil Recht nicht wie physikalische Wirklichkeiten erkannt, geschaffen und beschrieben werden kann
- Recht = **Wert(ungs)wissenschaft** + **Argumentation**
- In Philosophie und Soziologie entwickelte sich als Gegenkonzept die **Kritische (Gesellschafts)Theorie**: **Horkheimer, Adorno, Habermas**
 - Zu dieser Auseinandersetzung: Adorno/ Dahrendorf/ Pilot/ Albert/Habermas/Popper, Der **Positivismusstreit** in der deutschen Soziologie (1972)
- **ReWi** hat sich um diese methodischen Auseinandersetzungen kaum gekümmert, obwohl sie davon betroffen ist, wie die harte Auseinandersetzung zwischen H. **Kelsen** und E. **Ehrlich** zeigt; dazu später

38

ReWi – soziale Wirklichkeit (5)

- Der **Rechts-Positivismus** verengt noch einmal das Konzept des **Wissenschaftspositivismus** und will sich (als Wissenschaft) nur mit dem **staatlich gesetzten Recht** befassen, nicht dagegen mit anderen Erscheinungen des konkreten Rechtslebens wie → **GewohnheitsR, Rspr (RichterR), RPol**, Einfluss der Rechtsberufe: **Kautelarjurisprudenz** uam.
- Rechtspositivismus ist **sich selbst gegenüber** unkritisch!
- Ein so verstandener **Rechtspositivismus verkürzt** die **rechtlich-gesellschaftliche Wirklichkeit** und agiert realitätsfremd! Die Kommunikation zwischen Recht und Gesellschaft bleibt ausgeschlossen!
- Ein **Konzept der ReWi**, das sich – wie das von Kelsen – als **wertfrei** und **rein** versteht, erliegt einer **wissenschaftlichen Illusion**; s. meinen Beitrag: ReWi und Psychoanalyse (2004)

39

ReWi – soziale Wirklichkeit (6)

- Realistisch betrachtet umfaßt das **Recht** zwar nicht die gesamte gesellschaftliche Wirklichkeit, sondern nur die **normative Wirklichkeit**, ist also nur ein Teil davon. – Insofern ist das Recht auf Kommunikation mit anderen Gesellschaftsbereichen und -akteuren angewiesen; es hat deren Probleme zu lösen! → Recht als **normative Umsetzungsdisziplin!**
- In Bezug auf die **Bedeutung des Rechtspositivismus** in der **ReWi** bestehen unterschiedliche Einschätzungen zwischen:
 - **Privatrecht** ↔ **öffentlichem Recht**
 - aber auch zwischen **PrivatR** ↔ **StrafR**: Das StrafR zeigt, dass manche Disziplin positivistischer betrieben werden muss! Auch StrafR braucht Rechtswirklichkeit → **Kriminologie!**

40

ReWi – soziale Wirklichkeit (7)

- Ein eigenes Kapitel dieser Auseinandersetzung ist die alte **Kontroverse** zwischen:
Naturrecht ↔ **Rechtspositivismus**
- Auseinandersetzung wird seit der **Antike** geführt
- Heute: Es braucht **„sowohl“** – **„als auch“!**
Formel: Wir sind zu 95% **Positivisten/innen**, aber die restlichen 5% erfordern eine naturrechtliche (im Sinne einer vernunftrechtlichen) Orientierung! – In der RG: 17./18. Jh. → NaturR; 19. bis Mitte 20. Jh. → Rechtspositivismus
- **Naturrecht** und **ABGB** (K. A. v. Martini): zB §§ 6 und 7, §§16,17; § 19; § 285 ABGB
- Der Rechtspositivismus im PrivatR beginnt mit **F. v. Zeiller**; vgl seine Haltung zu § 7 ABGB

41

VI.

Bedeutung der RTF und RS für die ReWi

42

Bedeutung der RTF und RS für die ReWi (1)

- **ReWi** als (angeblich reine) **Sollensdisziplin** (Ehrlich ↔ Weber + Kelsen) bedarf der Unterstützung durch:
 - **RS + RTF**: Nötig zur disziplinären ‚**Selbsterkenntnis**‘ (in ihrem ‚Seinsbereich‘):
 - **Grundlagenforschung für die Gesetzgebung/ Rechtspolitik – Fragestellungen** Beispiele: Begleitforschung zu (neu beschlossenen) Gesetzen → **Rechtswirkungs-, Implementations- und Evaluationsforschung**: Erreicht das Gesetz seinen Zweck? Etwa: - § 27a KAKuG (Patientenentschädigungsfonds); - neues GWL-Recht; - Handyverbot am Steuer! - wird das Gesetz (von den Rechtsadressaten) angenommen? - Bestehen Reibungsverluste und Vollzugsdefizite? - Wie gehen Gerichte, Anwälte damit um?; - Welche Kostenfolgen? – Sterbehilfe? uam.
- Beispiele** – Untersuchung der **Heimvertragspraxis** in Ö: viele Rechtsverstöße (BMfJ, 2002); – W. Hammerschick/ A. Pilgram, Soziale Voraussetzungen der Anregung und die Praxis der Erledigung von **Sachwalterschaftsverfahren** – Eine Bestandsaufnahme (2002); J. Fedynskij, **Rechtstatsachen auf dem Gebiete des Erbrechts** im Gerichtsbezirk Ibk (1968); – **MietVe**: Gesetz- und sittenwidrige Klauseln usw.

43

Bedeutung der RTF und RS für die ReWi (2)

- **Datenaufbereitung** für: - Bundes- und Landesgesetzgebung, - Politik, - große Organisationen (zB Gewerkschaften), - Kammern, - Interessenvertretungen, aber auch - Firmen/ Unternehmen (zB Versicherungen) und nicht zuletzt - Wissenschaft
- Entdeckung des ‚**lebenden**‘ **Rechts**
- Allgemein für **Rechtspolitik** und **Legistik**; verbesserte Argumentation!
- Justiz: **Justizstatistik** → fatale Entwicklung in Ö
- **Rspr-Analyse**
- **Rechtsberatung**
- **Forschung und Wissenschaft (Diss., Diplarb.): Rechtspolitik!**
- **Arbeit und Wirtschaft**: AGB, UWG, Kartellrecht etc
- **Normanspruch** ↔ **Wirklichkeit**, zB auch im Bereich des Verfassungs- oder ErbR
- Verbesserung der Beziehung von **Theorie** und **Praxis**
- Bedeutung für die **Vertragspraxis** + sog **Kautelarjurisprudenz**
- **Verbraucherschutz/KSchG**
- Ermöglicht **Relevanzaussagen**: Bedeutung für Theorie & Praxis

44

Bedeutung der RTF und RS für die ReWi (3)

- RTF und RS sind im Rahmen der juristischen Ausbildung von Bedeutung für:
 - **Diplomarbeiten** und
 - **Dissertationen**
- Bedeutung des disziplinären **Blicks über den ‚eigenen Tellerrand‘!** → Erste Berührung mit der Praxis – Berufschancen
- **Keine legal isolation!** – Rechtspositivismus verstößt mit seiner disziplinären Isolierung gegen den gesunden Menschenverstand → Schon einfache Rechtsanwendung ist auf Zusammenwirken von SEIN und SOLLEN angelegt!

45

Bedeutung der RTF und RS für die ReWi (4)

Intra-disziplinäre Anwendungsbereiche der RTF:

- **Rechtsvergleichung/RV**: Um nicht nur ‚formal‘, sondern **materiell-funktional** zu vergleichen, iS eines Vergleichs von **Rechtswirklichkeiten**, braucht es die RTF
Lit.: K. Zweigert, Die soziologische Dimension der RV, *RechtZ* 38 (1974) 299 ff
- **Rechtsgeschichte**: Darauf hat schon E. Ehrlich hingewiesen
- **Rechtspolitik**: zB Umweltschutz, gesellschaftliche Randgruppen, Verbraucherschutz + Konsumverhalten der Bevölkerung/ KSchG, WettbewerbsR, HandelsR; PatientenRe und MedizinR, AltenR
- **Justizforschung**: Gesellschaftlich bedingte Verzerrungen des Rechts und gesellschaftliche Bedingtheit juristischer Theorie (was bei uns völlig ausgeblendet wird); Gesetzgebungsforschung, juristische Berufsfeldforschung, Forschung zum VerfahrensR: Prozessdauer, Zugang zum Recht (!), Verfahrenshilfe, Außerstreitverfahren uam
- **PrivatR + öffentlR** (VerwR, VerFR, VöR, EuropaR) + **ArbR** etc

46

Bedeutung der RTF und RS für die ReWi (5)

- Platon** (427-348 v.) + **Aristoteles** (384-322 v.) + **Theophrast** (372/1-287/6 v.) pflegten bereits eine:
- ... methodische Verbindung von **RV, RG, RPol** und **RTF**; Platon (→ theorós) zurück
 - Die genannten Philosophen praktizierten bereits eine **wissenschaftliche Arbeitsteilung**:
 - **Verfassungsvergleich** (Aristoteles) von 158 Polisverfassungen (griechischen und anderen, etwa Karthago); Beispiel: ‚Athenaion Politeia‘ – 1894 entdeckt
 - **Kaufverträge/ Kreditsicherung** (Theophrast): Fragmente Umfassender Privatrechtsvergleich + RG + RPol: Beginn der griechischen Rechtswissenschaft

47

Bedeutung der RTF und RS für die ReWi (6)

□ Unterscheide:

- **Inter-disziplinarität**
= Zusammenarbeit verschiedener Disziplinen (unterschiedlicher Wissenschaftsbereiche), etwa von: **PrivatR + RG + Alte Geschichte + Philosophie + Religionswissenschaft**
und
- **Intra-disziplinarität**
= Zusammenarbeit von Unter- oder Subdisziplinen einer wissenschaftlichen Disziplin; etwa: **ZivilR + ÖffentlR + StrafR + RG + RV**

48

VII. Rechtstatsachenforschung/ RTF und Rechtsgeschichte/ RG

Lit.: M. Killias/ M. Rehbinder, RG und RS
(Berlin, 1985)

Büch. RTF, SS-2006 49

Themenüberblick

- a) Zur Entstehung von **Rechtsgefühl** und **Rechtsbewusstsein** (F/olien 49-56)
- b) **Staatsentstehung** im archaischen Griechenland (F 57- 84)
- c) **Religion und Recht**: Zum Verhältnis von Mensch, Natur, Gemeinschaft, Religion und Recht (F 85-113)
- d) **Platon** als ‚Jurist‘ (F 114-116)
- e) Die Entstehung der Rechtskategorie ‚**Zufall**‘ (F 117-123)
- f) Zum Umgang mit ‚**Rechtskollisionen**‘ in der Antike (F 124 f)
- g) Die Entstehung des **Testaments** (F 126 f)
- h) Entstehung des **Individual-ETs** an Fahrnis (F 128)

Büch. RTF, SS-2006 50

Rechtsgeschichte als empirische Disziplin

- Die **RG** ist ein **Teil der ReWi!** – Und dies seit Aristoteles und Theophrast!
- Sie gehört – neben der **RV**, **RPhil** und der **RPol** – zu den **ältesten Teilen der ReWi!**
- Die **RG** ist – wie in den Folien: **SEIN** und **SOLLEN** gezeigt – eine **empirische Disziplin**: Erhebung der rechtlich relevanten historischen Fakten für verschiedene Zwecke
- Wichtige **Fundierung** des geltenden Rechts (seines **Verständnisses** und seiner **Relativierung**)!
- Die behandelte **Staatsentstehung** erweist sich als diffiziler und langgestreckter ‚Prozeß‘ zwischen Familie, Einzelnem und Gemeinschaft/ Gesellschaft; Institutionen, Ämtern und frühem Recht

Büch. RTF, SS-2006 51

a) Zur Entstehung von Rechtgefühl und Rechtsbewusstsein

Büch. RTF, SS-2006 52

Entstehung von Rechtsbewusstsein (1)

□ Als Synthese zwischen (eigenem) **Unrecht-Tun** und **Unrecht-Erleiden** durch andere entsteht

Rechtsgefühl/ Rechtsbewusstsein

3

Frühformen der ‚**Goldenen Regel**‘ bewirken dieses Umdenken

Messenier fallen in Ithaka ein: **Odyssee XIV 85 ff**

ODYSSEUS unternimmt (als Fürst von Ithaka) Raubzüge bis Ägypten

1 **Unrecht-Tun** 2 **Unrecht-Erleiden**

← MESSENIER rauben auf Ithaka →

... zuerst in der eigenen Gemeinschaft, später in Außenbeziehungen: Rechtsbewusstsein ist nicht angeboren; so noch K. Lorenz, Die acht Todsünden der Menschheit (1973/2005³³)

Odyssee XIV 229 ff und **XVII 415 ff**

□ In **Rom** war das nicht anders; Cicero! Vgl den **Zweiten Vertrag Roms mit Karthago**; Polybios III 24, 5 f – Beispiele nach F. Hampl, Stoische Staatsethik, HZ 184 (1957) 249 ff

Büch. RTF, SS-2006 53

Entstehung von Rechtsbewusstsein (2)

- Die hier behandelten Fragen werden von Rechtswissenschaft und Rechtsgeschichte wenig beachtet
- **Rechts- und Unrechtsbewußtsein/ Rechtsgefühl** sind nicht vom Himmel gefallen und auch kein Geschenk der Natur!
- ... sondern das Ergebnis eines langen und schwierigen kulturellen Prozesses
- Die langfristige **Entwicklung** verläuft:
 - Von **unten** (kleineren Einheiten: Familie, Haus/oikos, Nachbarschaft) nach **oben** (größeren Einheiten: Dorf, Polis) und
 - von **innen** (der eigenen Gemeinschaft) nach **außen** (fremden Gemeinschaften) und
 - vom Normamalgam des **Nomologischen Wissens** zur **Ausdifferenzierung** der Bereiche: Religion, Recht, Moral, Sitte etc

Büch. RTF, SS-2006 54

Entstehung von Rechtsbewusstsein (3)

- Die geschilderten **homerischen** Anschauungen kontrastieren bereits mit **Hesiod** („Werke und Tage“)
- Nur sehr langsam werden die Rechts- und Sittlichkeitsvorstellungen der **Innenbeziehung** in die **Außenbeziehung** (dh. insbesondere auf andere Gemeinschaften und deren Mitglieder) übertragen
- Geschützt waren durch das **Recht** lange nur die **Mitglieder der eigenen Gemeinschaft** ↔ **Fremde**
- Goldene Regel**: „Was Du nicht willst, dass man Dir tu, das füg auch keinem andern zu!“ Siehe → (5)

Blutach, EIT, SS/SP 2006

55

Entstehung von Rechtsbewusstsein (4)

- Der Schutz einzelner **Fremder** erfolgte zunächst über die **Religion**; **Zeus Xenios** (als Schützer des Gastrechts und der Gastfreundschaft), **Zeus Hikesios** (Beschützer von Bittstellern und Hilfesuchenden) usw.
- Mit zunehmenden Außenkontakten durch den (See)Handel: Entwicklung eines **FremdenR** (= gleiche Behandlung aller Fremden) + eigene Beamte und Gerichte → Vorbild für den römischen **Prätor peregrinus**
- Stoa** → Panaitios von Rhodos und Chrysippos: Erste Forderungen in Richtung eines Kriegsvölkerrechts
Lesetip: - F. Hampl, Stoische Staatsethik, H(istorische) Z(eitschrift) 184 (1957) 249 ff; - J. Lampe (Hg), Zur Entwicklung von Rechtsbewusstsein (1997, stw)

Blutach, EIT, SS/SP 2006

56

Entstehung von Rechtsbewusstsein (5)

- Die Beispiele aus der ‚Odyssee‘ lassen erahnen, wie die **‚Goldene Regel‘** entstanden ist
Ihre Bildung setzt voraus, dass **zwischenmenschliche Vorgänge bereits mit den Augen beider ‚Seiten‘ zu sehen gelernt wurden!**
- Weltweite (**anthropologische**) **Entwicklung** – Belege aus: Ägypten, China, Indien, Vorderer Orient, Griechenland, Rom
- Christentum** hat diese Regel aus der **Antike** übernommen – Im alten Griechenland wurde sie Pittakos, Thales und Aristoteles zugeschrieben; zB von Diogenes Laertios
- Zwei Formen (der ‚Goldenen Regel‘): **Positive** („Tut den Menschen das, von dem Ihr wünscht, daß es Euch geschehe“) und **negative Version**: „Was Du nicht willst, ...“; nur diese ist brauchbar!
- Beweist die Existenz der Goldenen Regel, dass Rechtsbewusstsein ein **Kulturprodukt** und **nicht angeboren** ist?

Blutach, EIT, SS/SP 2006

57

Entstehung von Rechtsbewusstsein (6)

- Die **‚Goldene Regel‘** wurzelt im archaischen **Vergeltungsdenken** → uralte Vorstellung vom vergeltenden Ausgleich, der alles menschliche Tun und Erleiden bestimmt; **Talio/n** → **StrafR + Religion + Gegenseitigkeitsprinzip**
- Zur **weltweit** feststellbaren **Talion** (→ Blutrache):
Vgl Codex Hammurabi § 196, Altes Testament (Leviticus 24, 17 ff; Exodus 21, 23 ff; Numeri 35 ff), römisches Zwölf TafelG (VIII 2) – Geltung in Griechenland bis in die nachhomerische Zeit: 7. Jh. v.
- Unsere Formel bildet auch die Grundlage für die **Rechtsidee/ RI** (der Gerechtigkeit) → dazu später
Lit.: - A. Dihle, Die Goldene Regel. Eine Einführung in die Geschichte der antiken und frühchristlichen Vulgärethik (1962); - Th. Mayer-Maly, Rechtsphilosophie 47 ff (2001); - R. Hirzel, Zur Talion im Rechtsleben (1907-1910)

Blutach, EIT, SS/SP 2006

58

Entstehung von Rechtsbewusstsein (7)

- Die behandelten Fragen sind, wie jüngste Pressemeldungen zeigen, aktuell:
 - Die Debatte über die **Jugendkriminalität** zeigt, dass in der **Sozialisationsphase** Versäumtes kaum nachgeholt werden kann.
 - Es gilt: **‚Was Hänschen nicht lernt, lernt Hans nimmermehr!‘**
 - Das Ergebnis für die Zeit Homers gilt noch heute: Rechtsgefühl entwickelt sich von **‚unten‘** nach **‚oben‘**, also von den engsten menschlichen Beziehungen (in Familie, Kindergarten, Freund/innen, Schule etc) zu sich erweiternden Beziehungen (Gemeinschaften); Nachbarschaft, Gemeinde, Staat etc.
- Die Goldene Regel ist kein **Kinderreim!**
- Rechtspolitische Forderung**: Berücksichtigung im Rahmen von Schule und Erziehung; zB Ethikunterricht

Blutach, EIT, SS/SP 2006

59

b) Zur Staatsentstehung im archaischen Griechenland

Blutach, EIT, SS/SP 2006

60

Selbsthilfeverbot: § 19 ABGB

Selbsthilfeverbot: § 19 ABGB

- Das **Selbsthilfeverbot** (s. §19 ABGB) spielt im Rahmen der **Staatsentstehung** eine zentrale Rolle
- **Rechtsschutzzusage** des Staates → **Rechtsgewähranspruch** für Bürger/innen
- ... im Austausch gegen den **Verzicht auf Selbsthilfe/Eigenmacht**; Talio/n + Blutrache
- **Reste der Selbsthilfe/Eigenmacht** bleiben bestehen → **Notwehr** (StrafR) + **Besitzwehr/-kehr** (ZivilR): § 344 ABGB, wenn „... richterliche Hilfe zu spät kommen würde“
- Erfüllt der Staat seine Rechtsschutzgarantien nicht → Selbsthilferecht lebt auf: **WiderstandsR**

Staatsentstehung: Griechenland (1)

- Ein **abstraktes Thema** anschaulich machen ...!
- Kleinteilige **Landschaften** und **Stammeszugehörigkeit** verhinderten das Entstehen von Flächenstaaten
- Am Anfang steht – nach der Sesshaftwerdung – das **Haus/** gr. oikos mit dem
- ... Hausherrn/ **Kyrios** (~ pater familias) an der Spitze
- ... und den anderen Familienmitgliedern, nämlich der Frau/ **Kyria** (Tätigkeitsbereich auf Haus beschränkt) und den **Kindern** + **Gesinde** (frei und unfrei)
 - Bevorzugung der **Söhne**, die mit ~ 18 J. geschäftsfähig und unabhängig wurden; bessere Stellung als in Rom
 - **Töchter** stehen – wie die **Ehefrau/Mutter** – zeitlebens unter **Geschlechtsvormundschaft**; erst des Vaters, nach dessen Tod des ältesten Sohnes (oder Vaterbruders) und dann des Ehemannes bzw. Sohnes; - Töchter → **Mitgift** statt ErbR (Athen); - Gortyn: ErbR

Staatsentstehung: Griechenland (2)

- **Stellung des Kyrios** war ursprünglich stark, kaum eingeschränkt; aber schwächer als in Rom!
- Das **Haus/Oikos** ist zunächst eine umfassende Gemeinschaft; und zwar eine:
 - **Familien-** und **Wirtschaftsgemeinschaft**
 - **Religions-** und (in Ansätzen) **Rechtsgemeinschaft**
 - Aber der Oikos war **nicht autonom**; Einbindung in **Nachbarschaft!**
- Vermögen/ Besitz des Oikos stand im **FamilienET**; Kyrios war bloß **Verwalter/Treuhänder** und konnte lange nicht frei verfügen! – Langsame Entwicklung zum **IndividualET** → zuerst an Fahrnis, spät an Liegenschaften

Lit.: - E.F. Bruck, Totenteil und Seelgerät ... (1926/ 1970*); - Die Schenkung auf den Todesfall im griechischen und römR, zugleich ein Beitrag zur Geschichte des Testaments (1909 a); - Zur Geschichte der Verfügungen von Todeswegen im altgriechischen Recht (1909 b)

Staatsentstehung: Griechenland (3)

- Als erste Erweiterung des Hauses/Oikos entwickelt sich die **Nachbarschaft**, die für die Landwirtschaft/ das bäuerliche Leben von größter Bedeutung war → **Hesiod**
- Aus der Nachbarschaft entsteht – als Summe der Nachbarn – das **Dorf/ Kóme**, das bereits weitere gesellschaftliche Funktionen erfüllt, nämlich als:
 - **Hilfsgemeinschaft** → Nachbarschaftshilfe iWs sowie als
 - **Schutz-** und **Wehrgemeinschaft**
- Das **Dorf** übernimmt auch früh die Funktion einer erweiterten **Rechtsgemeinschaft** → ungeschriebenes Recht/ GewohnheitsR + Rügebräuche und Strafrituale im archaischen Dorf

Lit.: **W. Schmitz**, Nachbarschaft und Dorfgemeinschaft im antiken Griechenland (1994, 1999, 2004) + Aristoteles, Politik, Erstes Buch 1252a ff. Reclamausgabe Nr 8522 (1989)

Staatsentstehung: Griechenland (4)

- Die Einhaltung der gewohnheitsrechtlich entwickelten Regeln war lebensnotwendig für Haus/Oikos und Dorf/ Kóme:
 - **Gemeinschaftssitten** / -bräuche/ -moral (inkl Religion) +
 - **Rügebräuche** (bei Verstößen) → Sanktionen
- Damit war das (wenn auch noch ungeschriebene) **Normmodell** entstanden:
 - **Sozialnormen** = Sitte / Brauch / Gewohnheitsrecht / Religion → Nomologisches Wissen iSv Max Weber
 - **Normverstöße** werden (auch ohne Institutionen) nicht hingenommen
 - **Sanktion** = Rüge(brauch); steht bereits unter der Kontrolle der Gemeinschaft
- Nächster Entwicklungsschritt → **Polisbildung**
- **Entwicklungsschritte** insgesamt: Gatten/ Familie → Haus/ Oikos (inkl Gesinde) → Nachbarschaft → Dorf → Polis

Solons Gesetzgebung und die Polisbildung (3)

- **„Sprüche“/ Rechts-Sprichwörter** haben größte Bedeutung in traditionellen, wenig differenzierten Gesellschaften:
 - Mündlicher tradiert **Code**
 - ... dienen der **Integration** der **heranwachsenden Generationen** in die WerteO der Gemeinschaft.
 - **Face to face-societies** mit geringer sozialer Stratifizierung ermöglichen ein homogenes Normen- und Wertesystem
 - **Sprüche/ Oralität**: Weitergabe von Handlungs- und Beziehungsmustern (Sozialisation)
 - Die **bäuerliche Familie** = zentraler **Geltungsbereich des Sprichworts** – eigene Sprache – Weitergabe durch Erwachsene und alte Leute

Bauer, EIT, SS/SP 2006

73

Solons Gesetzgebung und die Polisbildung (4)

- Archaische Gesellschaft kannte 3 Gesellschaftsschichten: **Adelige, Bauern** und eine **unterbäuerliche Schicht**
 - Großgruppe **Bauern**: eigener Hof, Rolle des Hausvaters/ Kyrios, eigenes Pflugespann: Hesiod, Erga 405: „Zuerst ein Haus, dann eine Frau und einen Ochsen zum Pflügen“
 - **Haus/ Oikos** und **Polis** waren lange zentrale Forschungskategorien
 - Aber nicht nur der modernen Forschung, schon für Aristoteles war das **Dorf/ kōme** – als Bindeglied zw Oikos und Polis – aus dem Blick geraten
 - Diese Lücke füllte W. Schmitz (2004) – Wichtige Einsichten für Alte Geschichte und RG!
- Ansatz schon bei **Hesiod**: Werke und Tage 344-348
 - Schmitz „entschlüsselt“ den rechtshistorischen Gehalt Hesiod'scher und anderer **Sprüche** und setzt neben historischen, soziologischen und sprachlichen auch ethnographische und volkskundliche Methoden und Literatur ein; nötig, weil antike Quellen nur spärlich fließen ↔ kein Positivismus (Vergleich mit MA und früher Neuzeit!)
 - Das beginnt beim Begriff **Nachbar/ gelton** = alle haushäbigen Bauern des Dorfes; Nachbarschaft = Dorfgemeinschaft

Bauer, EIT, SS/SP 2006

74

Solons Gesetzgebung und die Polisbildung (5)

- Klare **Gesellschaftsstruktur** im archaischen Griechenland:
 - **Oberschicht**: Landbesitz, Ackerbau und Viehzucht
 - **Mittelschicht**: Vollbauern: Subsistenzwirtschaft – Kleinhandwerk
 - **Kleinbauern** → Übergänge zum Gesinde
- **D. Cohen** wies als erster auf die Bedeutung gut nachbarlicher Beziehungen im alten Griechenland hin:
 - Bedeutung des **sozialgeschichtlichen Kontextes** für Recht und Gesetz
 - Kräftespiel von **Norm, Devianz** und **Sanktion**
 - Recht und Gesetz nur ein Medium neben anderen
 - Gesetze entstehen aus **sittlich-moralischen Normen** → Normativität dient dem **Überleben** von Gemeinschaften!

Bauer, EIT, SS/SP 2006

75

Solons Gesetzgebung und die Polisbildung (6)

- Interessante **Fragestellungen** bei Schmitz:
 - Stellung der Personen des Hauses zueinander: Eltern – Kinder ...
 - Heiratsformen, Hofübergabe, Stellung der Altenteiler
 - Einbindung der Höfe in die Nachbarschaft(shilfe), um ein „in sich verständliches Gesamtbild zu erreichen“
- **Mittelalterliche** und **neuzeitliche Quellen** helfen **antike Quellenlücken** überbrücken:
 - Besseres Verstehen gegenseitiger Abhängigkeiten; zB Zusammenhang zw **Hofübergabe** und **Heiratsalter** oder zwischen Hofübergabe und der Stellung der alten Eltern
 - Das gilt insbes für die Fragen: **Norm**, **Devianz** und **Sanktion** → rechtliche Volkskunde: **Rügebräuche Charivari** als Strafrituale – getragen von der Gruppe der Dorfliedigen
- **Rügebräuche**: Gruppe der Ledigen zieht vor das Haus des Missetäters/ Devianten – Einschlagen von Fenstern und Türen, Zerstören des Herdes, Brunnenverschließung, Dachabdecken – sich steigernde Sanktionen!
 - **Symbolik**: Der streng respektierte **„Schutz des Hauses“** gilt nicht mehr!
 - Rügende ziehen lärmend durch die Strassen → **Öffentlichkeit/ Kontrolle**

Bauer, EIT, SS/SP 2006

76

Solons Gesetzgebung und die Polisbildung (7)

- **Wirkung der Solonischen Gesetzgebung** (594/ 3 v.): Werte und Regeln des bäuerlichen Lebens im archaischen Griechenland werden anerkannt
 - **Aristokraten, Gewerbe, Handwerk, Handel** konnten zustimmen, weil auch ihre Interessen berücksichtigt wurden und sie von vielen bäuerlichen Normen kaum betroffen waren oder davon profitierten
 - **Verklammerung der Werte** der tragenden Gesellschaftsschichten + **staatstragende Schicht** der Bauern
 - **Bauernheer/ Phalanx** → Hoplitenpolis
 - Bauern **keine politische Konkurrenz** für den Adel
 - Prozess der **Polisbildung** – Bauern als kalkulierbarer Faktor: Aristoteles

Bauer, EIT, SS/SP 2006

77

Solons Gesetzgebung und die Polisbildung (8)

- **Solon** regelte aber nicht alles ...
 - ... Manches blieb weiterhin der **bäuerlichen Erbsitte + GewohnheitsR** vorbehalten; Haus- → Erbengemeinschaft (+ Hofübergabe?) = rechtsautonomer Bereich
- **Hof- und Gutsübergabe** schon damals als → **vorweggenommene Erbfolge/successio anticipata**
 - **Vater** übergab mit ~ **60 J.** → Altenteil
 - **Sohn** übernimmt mit ~ **30 J.** und heiratet; **Heirat** gehörte zum Status eines voll anerkannten Bauern → Übernahme der **Hausgewalt** = voll anerkannter **Nachbar** (Vater büßte seine Position mit Hofübergabe ein! Jedoch → Polis)
 - Der **Wechsel von Alt zu Jung** birgt Sprengstoff!
 - Entwicklung aus Haus- und Erben- oder Brüdergemeinschaft + „Elterliche Teilung“: E. Rabel 1907/1971 + 1934/1971

Bauer, EIT, SS/SP 2006

78

Solons Gesetzgebung – Normgruppierungen (1)

- Solons Gesetzgebung sollte **haltbar** und **gesellschaftswirksam** sein: daher Schutz vor Abrogation/ Aufhebung und Änderungen + → teleologische Normgruppierungen
- **Gemeinschaftsfördernde Maßnahmen** für alle oder doch mehrere Gruppen:
zB – Speisung im Prytaneion (F 87-89); – **Bürgerrechtsverleihung/** Einbürgerung (F 75); – Verbot der Päderastie (F 74a-e); – Einschränkung der **Eigenmacht** (F 39); – **Popularklage** (F 40ab); – **Nomos argias** (F 148a-e); – **Vereinsautonomie** (F 76a-78c); **Seisachthie**; – **Zinsenregelungen**; – Verschwendungstatbestand (F 104 b); – Verbot der **Ehe zwischen Vollgeschwistern** (F 47); – **Noxalklagen**; – **Nomos moicheias**
- Bündel **verfassungs- und verwaltungsrechtlicher** sowie **straf- und zivilrechtlicher Maßnahmen**
Politisch → **Teilhabegedanke** (aller Bürger) an Gemeinschaft/ Institutionen!
- Regeln, die die **Gleichheit** fördern und übertriebenen **Luxus** eindämmen sollten; solonische **Werteverschmelzung** („Zähmung“ des Adels):
– Verbot der **Parfumherstellung** und des **Parfumhandels** (F 73 ab); – Reduktion des **Begräbnisaufwands** (F 72a-c); – Einschränkung der **Brautgabe** (F 71 ab) und **Mitgift**;
– Schutz vor **Hybris** und bereits (postmortaler) **Persönlichkeitsschutz**

79

Solons Gesetzgebung – Normgruppierungen (2)

- **Vornehmlich bäuerliche Werte:**
 - Solons hohe Einschätzung der **Arbeit** → **Nomos argias**: gerichtet vornehmlich gegen Bauern, die ihre Felder nicht bestellten oder die Ernte nicht einbrachten (W. Schmitz)
 - **Seisachthie/ Schuldenerlass** (F 70) + Verbot der **Verpfändung des eigenen Körpers** (F 69a-c); – Beschränkungen des **Grunderwerbs** (F 66); – **Ausfuhrverbot** für Nahrungsmittel, ausgenommen Olivenöl (F 65); – **Prädialservituten** (Plutarch, Solon) + **Bebauung und Bepflanzung von Grundstücksgrenzen** (Dig 10, 1, 13)
- **Zum Vorteil aller:**
 - Bei Kinderlosigkeit – Adoption (über Verwandtschaft hinaus!) + wenn Töchter: **ErbtöchterR/ Epikleros** – Übertragung des Erbes an den Enkel!; – **Unterhaltungspflicht der Kinder gegenüber Eltern** (bäuerlichen Ursprungs); – Gesetz über die **Ehelosigkeit/ Nómos agamiou** (bäuerliches Überleben!); häufig für unecht gehalten trotz Quellenbelegen – Schmitz – Nicht Ahndung eines Vergehens, sondern Festlegen der gemeinschaftlichen Ordnung! – Quittenapfel

80

Solons Gesetzgebung – Normgruppierungen (3)

- Beziehung von **Bauer und Bäuerin:**
 - Hesiod, Erga 702 f – **Frauenfeindliche Sprüche** wurzeln nach neuesten Forschungen nicht in einer frauenfeindlichen Mentalität, sondern in der **Angst des Mannes, an die falsche Frau zu geraten** (und zu scheitern) → Existenzfrage!
 - Alles diente der Erhaltung und Stärkung des bäuerlichen Hauses + FamR, ErbR, SachR. Es galt den Hof in der Familie zu halten!
 - Die Stellung der Frau im Oikos ist bäuerlich bestimmt: Tendenz zur Frau aus dem eigenen Dorf ... Vertrautheit mit allem!
- Das **symmetrische und asymmetrische Nachbarschaftsverhältnis** unter Bauern (W. Schmitz):
 - Unterstützung in der **Not** + Ausleihe von **Nahrung** oder **Saatgut**
 - Kleinbauern drohte sozialer Abstieg
- **Kategorien von Bauern** (nach Besitz):
 - **Kleinbauern:** ohne eigenes Pfluggespann – Gefahr des sozialen Abstiegs in **unterbäuerliche Schicht**
 - **Vollbauern:** auch nicht sehr reich
- Erst Solon schuf das Bewusstsein, dass nur ein **Gemeinschaftssinn** die **soziale Ordnung** stabilisieren könne! – Früher falsches Verständnis!

81

Die ‚Sprichwörter‘ und das Recht

- **Hesiod** (~ 700 v., jüngerer Zeitgenosse Homers)!
- Der **ursprüngliche Geltungsbereich** des Sprichworts ist die bäuerliche Haus- und Dorfgemeinschaft
 - Aristoteles, Rhetorik II 21, 1395a: „...“
 - Das Ins-Gedächtnisrufen der bäuerlichen Tradition von Generation zu Generation; dörfliche Ordnung, ihr Normen- und Wertesystem → Rechtsakzeptanz
- **Überlieferte Sprüche** gestatteten Rekonstruktion der sozialen Ordnung im Dorf + Abbau falscher Meinungen: nicht Isolation und eigener Vorteil, sondern **Arbeitsamkeit, Rechtschaffenheit, Solidarität** und **Autorität** des bäuerlichen Hauses waren wertebildend → **Neue Einsichten!** (W. Schmitz)
 - Anders der **Adel:** **individualistisch**
 - Unterschiedliche **Heiratsitten:** Bauern – lokale Endogamie; Adelige heirateten häufig fremde Frauen
 - Primäre Sozialbeziehung bei Bauern – **Nachbarschaft**, bei Adelligen – Beziehung zu den **Hetairoi/ Kalokakathia**

82

Solons Gesetzgebung – Konsequenzen

- **Bäuerliche Bevölkerung** Attikas als **normtragende Schicht:**
 - **Solon** reagierte nicht nur – wie häufig angenommen – auf **Missstände**, sondern nahm auch **bewährte Regeln des bäuerlichen GewohnheitsR** in seine Gesetzgebung auf
 - Solon stützte damit mittelbar das weitgeltende bäuerliche **GewohnheitsR**; insbesondere **Hofübergabe** → Vorbild für Handel und Gewerbe! – Geregelt Unternehmensübergabe
 - Die Rechte der solonischen Gesetzgebung gewährten bereits **subjektive Rechte!**
 - Vielleicht auch **fremde Vorbilder** (Ägypten, Mesopotamien?) für **Nomos argias** oder **Seisachthie**?

83

Vom dörflichen Strafritual zum Gesetz der Polis (1)

- **Devianz** wurde von der Gemeinschaft sanktioniert! – Noch keine Institutionen
- Welche **Sanktionen** wurden verhängt?
 - **Rügen** oder **Rügebräuche**
 - **Schutz des Hauses:** gegen Diebe und Ehebrecher → Tötung
 - **Missachtung dörflicher Normen** wurde in einem **Ritual** symbolisch geahndet – Bei **Festen** wurde die soziale Ordnung des Dorfes erneuert: Religion → Jugend/ Unverheiratete
 - **Symbolische Strafen:** Zunächst als Warnung, dann Entziehung der Lebensgrundlage; Lärm, Musik, Schandparade ...! – Unterschied zu privater **Rache!**

84

Vom dörflichen Strafritual zum Gesetz der Polis (2)

- Wer waren die **Opfer von Rügebräuchen**?
 - **Frauen**, die die männliche Autorität im Haus missachteten
 - **Männer**, die dagegen nicht einschritten
 - **Ehebrecher**
 - **Diebe**
 - aber auch säumige **Schuldner** (sehr interessant!)
- **Wandel** der (ländlichen) **Rügebräuche** in den **Städten/ Poleis**:
 - In **Form** und **Ablauf**
 - **Ledigengruppe** als Träger der Bräuche ging verloren → **Kómos/ Kómoi** als religiöse oder profane Umzüge im Anschluss an Feste (Hochzeiten, Wettkämpfe, Symposien, religiöse Feiern etc) → Partialwüstungen!
 - Betroffenen waren in den Städten: Bordellwirte, Hetären, Geliebte → bis in die römische Zeit → heute: Anti-Stalking!
 - Ziele der **Kómoi** änderten sich und dienten später häufig der Durchsetzung egoistischer Ziele: **Zweckentfremdung** – Herausforderung der Polis

Burke, EIT, SS-2006

85

Vom dörflichen Strafritual zum Gesetz der Polis (3)

- Die **erstarkende Polis** unterband schließlich als „übergreifende Ordnungsinstanz“ dieses (entwurzelte) Brauchtum; Normwandel von Ordnung und Solidarität, zu Individualismus, ja Egoismus
- **Athen** – Demosthenes: Gesetz des Euégoros:
„Das Gesetz bestimmte, dass es an den Tagen, an denen feierliche Umzüge zu Ehren des Dionysos stattfanden, an denen Komödien und Tragödien aufgeführt wurden, nicht erlaubt war, Sicherheiten bei einem Schuldner zu holen, auch wenn er mit den Zahlungen in Verzug war.“ (W. Schmitz)
 - 5. Jh. v. – Athen: **dike aikeias** – Klage bei Gewalt gegen Personen und Sachen
 - Damit etablierte sich die **Polis** endgültig als **alleinige Normsetzerin** und als **Werteschmiede**
- Die mit Solon begonnene normative Verknüpfung von **Individual- und Gemeinschaftswerten** erscheint abgeschlossen: Normatives Berücksichtigen aller Gruppen, auch der Aufsteiger

Burke, EIT, SS-2006

86

Vom dörflichen Strafritual zum Gesetz der Polis (4)

- Die zunehmende **Staatsmacht** unterbindet schließlich jede ‚private‘ **Selbsthilfe** und **Eigenmacht**; vgl. noch heute § 19 iVm § 344 ABGB
- **Polis/ Stadtstaat** übernimmt bereits weitgehend:
 - Die **Normerzeugung** und
 - Die Ausbildung von **Ämtern** und **Institutionen** → Gerichtszwang
 - **Gewohnheitsrechtliche Enklaven**: zB Bauern, Hofübergabe, Handel
- Entstehen des staatlichen **Gewaltmonopols** unter gleichzeitiger Zusage eines **staatlichen Rechtsschutzes/ Rechtsgewähr** bei Verzicht auf Selbsthilfe; vgl. § 19 ABGB!
- Seit Solon → Konzept staatlich-rechtlicher Wohlgeordnetheit/ gr. **Eunomia**; stammt vielleicht zum Teil aus Ägypten → altes Gerechtigkeitskonzept der Ma'at (Ende des 3. Jts. v.!)

Lesetip: Plutarch, Solon; mein Beitrag zur FS P.W. Haider: Solons ‚Eunomia‘ und das Konzept der ägyptischen Ma'at – Ein Vergleich (2006)

Burke, EIT, SS-2006

87

c) Zum Verhältnis von Mensch, Natur, Gemeinschaft, Religion und Recht

Burke, EIT, SS-2006

88

Mensch – Natur – Gesellschaft (1)

- Der Mensch der Frühzeit ‚kämpft‘ mit den **Naturgewalten**: Feuer, Wasser, Kälte, Hitze, Hunger, wilde Tiere usw
- Er beobachtet aber auch die Natur und entdeckt erste **Gesetzmäßigkeiten** ≠ **moderne Naturgesetze!**
- Die (Über)Macht der **Natur wird** in wichtigen Bezügen **vergöttlicht** – So ist der höchste Gott der Griechen – **Zeus** – ursprünglich ein Natur- und Vegetationsgott; Epiteta lauten ua: Wolkensammler, Blitzeschleuderer
Vgl. auch **Uranos** (und **Kronos**) = Himmelsgötter oder **Gaea** = Erdgöttin oder **Poseidon** = Meeresgott – In Ägypten ist **Re** der Sonnengott und **Ma'at**, die Gerechtigkeit, seine Führerin

Burke, EIT, SS-2006

89

Mensch – Natur – Gesellschaft (2)

- Allmählich werden **Gottheiten** auch **menschliche und gesellschaftliche Attribute** beigelegt: Olympische Religion → zB **Zeus** wird zum Vater und Herrscher über Götter und Menschen & **Themis**, seine erste Frau, übernimmt von Zeus dessen mit Recht und Gerechtigkeit zusammenhängende Eigenschaften und gibt diese an ihre Töchter **Dike**, **Eunomia** und **Eirene** weiter → Homer, Hesiod, Solon → **Iustitia** ist ihre römische Erbin
- Die Göttin der Gerechtigkeit – **Justitia** – ist aber bis heute weiblich!
Lit: O.R. Kissel, Die Justitia. Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst (München, 1997)

Burke, EIT, SS-2006

90

Mensch – Natur – Gesellschaft (3)

- Wünschenswerte **Übereinstimmung von menschlich-gesellschaftlichen und religiös-normativen Werten!** (R. Maschke 1926/1968²) – Aber das war nicht selbstverständlich, denn der Mensch der Frühzeit stand der Natur zunächst hilflos und ängstlich gegenüber, was sich in der **Gottesvorstellung** niederschlug (und damit den ‚göttlichen‘ Werten – die ebenfalls menschlicher Herkunft waren → zuerst unpersönlich)
- Bis heute kontroverse Positionen:
 - Modell der ganz anderen göttlichen Werte: sog. **Amoralität der Götter** – E.R. Dodds, *The Greeks and the Irrational* (1951/ 1968)
 - Leugnung von Dodds Position** durch: H. Lloyd-Jones, *The Justice of Zeus* (1971)
 - Die ältesten Gottesvorstellungen sind **unpersönlich!**

Burke ET, SS08-2006

91

Mensch – Natur – Gesellschaft (4)

- Wie ist danach die **Götterentstehung** – rational – zu erklären?
 - Einerseits durch die **Erhöhung der Natur** (und aus dieser stammender Eigenschaften; zB → ägyptische Tiergottheiten: nicht die Tiere, sondern ihre besonderen Eigenschaften/ Kräfte wurden verehrt!)
 - Andererseits insbes auch durch einen **‚Export‘ menschlicher und gesellschaftlicher Werte/ Attribute** in den Götterhimmel; der ‚Olympische Haushalt‘
 - Diese ‚Vorgänge‘ gerieten über viele Generationen in Vergessenheit und so entstand die übermenschliche, **göttliche Dimension** – Weiter sind wir heute noch nicht!

Burke ET, SS08-2006

92

Zeus-Epiklesen und das Entstehen göttlicher und rechtlicher Werte



③ ... wo die **menschlichen Werte** in **religiöse Werte** umgewandelt werden!

④ Religiöse Werte fließen erneut in gesellschaftlich-rechtliche ein! – Vgl. Jane E. Harrison (1963): „The god is the reflection, the projection of man’s emotions socially reinforced.“

Burke ET, SS08-2006

- Zeus-Epiklesen repräsentieren gesellschaftlich-menschliche Werte
1. Zeus Xenios
 2. Zeus Hikesios
 3. Zeus Polieus
 4. Zeus Katharsios
 5. Zeus Eleutheros
 6. Zeus ...

② Transfieren dieser Werte in den (Götter), Himmel ...

Die ursprüngliche ‚Amoralität‘ und Apersonalität göttlicher Wesen wird durch das Transferieren gesellschaftlicher Werte (in den ‚Himmel‘) moralisch-ethisch aufgeladen und personalisiert!

Ergebnis: ⑤ **Kreislauf normativer Werte:** Menschliche Werte, Wünsche, Gefühle werden in religiöse umgewandelt und werden zu **• Sakralnormen und • Säkularem Recht**

93

Mensch – Natur – Gesellschaft (6)

Interessante Literatur zum Thema

- W. Burkert**, *Griechische Religion der archaischen und klassischen Epoche* (1977); - engl. Version: *Greek Religion. Archaic and Classical* (2004); - **derselbe**, *Homo necans. Interpretationen altgriechischer Opferriten und Mythen* (1997²); - **derselbe**, *Kulte des Altertums. Biologische Grundlagen der Religion* (1998); - **derselbe**, *Die Griechen und der Orient* (2003)
- Für Ägypten:
 - E. Hornung**, *Der Geist der Pharaonenzeit* (1989/ 1995/ 2005); - **derselbe**, *Altägyptische Dichtung* (Reclam UB 9381, 2004); - **derselbe**, *Echnaton. Die Religion des Lichts* (2005²)
 - H.A. Schlögl**, *Das Alte Ägypten*, (2003, C.H. Beck: Wissen)
 - J. Assmann**, *Ma’at. Gerechtigkeit und Unsterblichkeit im Alten Ägypten* (1995²); - **derselbe**, *Herrschaft und Heil. Politische Theologie in Altägypten, Israel und Europa* (2000); - **derselbe**, *Ägypten. Eine Sinngeschichte* (1996)
- René Girard**, *Das Heilige und die Gewalt* (1972, dt 1992) und **K. Lorenz**, *Das sogenannte Böse. Zur Naturgeschichte der Aggressionen* (2004²⁴)

Burke ET, SS08-2006

94

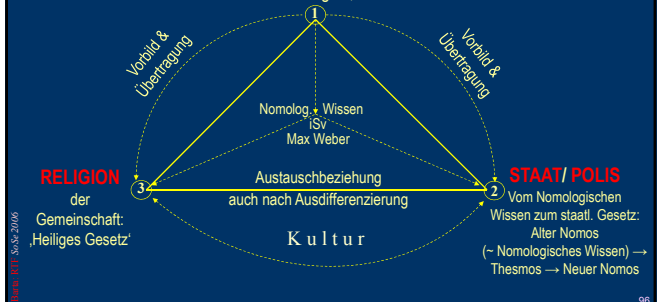
A.
Das **‚konsekutive‘** Gesetzesmodell
Oder: Wie kommt das ‚Gesetz‘ zum Menschen? (Vorbild: Natur!)

Burke ET, SS08-2006

95

‚Konsekutives‘ Gesetzesmodell: Natur-Gesellschaft-Religion

Die ‚Gesetze‘ der **NATUR**
is eines normativen Regelwerks (≠ moderne NaturGe) dienen als Vorbild für Staat und Religion, also Kultur



Legende zum ‚Konsekutiven‘ Gesetzesmodell (1)

- Erkennen von **Gesetzen**
- Was ist damit gemeint? – ‚**Konsekutiv**‘ iSv (consequere = lat. nachfolgen) voneinander abgeleitet: **NaturGe** → Regeln der Gemeinschaft: **Staatliches** ② und **Heiliges** ③ Gesetz
- Frage: Woher stammt das **Konzept der Gesellschaftsteuerung durch Gesetz**?
- Regelwerk der ‚**Natur**‘ ① diene dem ‚**Gesetz der Gemeinschaft**‘ ② und dem ‚**Heiligen Gesetz**‘ ③ als Vorbild → Ägypten

Barth, EIT, SS-2006

97

Legende zum ‚Konsekutiven‘ Gesetzesmodell (2)

- Das **Konzept der ägyptischen Ma‘at** bringt dieses **Zusammenspiel von Natur und Staat/Recht und Religion** anschaulich zum Ausdruck, weil Ma‘at noch alle 3 Bereiche (Natur + Religion + Staat und Recht) umfasst; vgl das idF wiedergegebene Zitat von Schlögl, Das Alte Ägypten (2003)
- Ein solches normatives Zusammenspiel von ‚Natur‘ und ‚Kultur‘ liegt auch dem **solonischen Konzept** der ‚**Eunomia**‘ zugrunde, das – wie die ägyptische Ma‘at (Ma‘at ↔ Is(e)fet) – den Gegensatz von ‚**Eunomia**‘ ↔ ‚**Dysnomia**‘ kennt.

Vgl dazu meine Ausführungen: Solons ‚Eunomia‘ und das Konzept der ägyptischen ‚Ma‘at‘ – Ein Vergleich, in: FS für P.W. Haider 409 ff. (2006)

Barth, EIT, SS-2006

98

Legende zum ‚Konsekutiven‘ Gesetzesmodell (3)

H.A. Schlögl, Das Alte Ägypten 13 f (2003): „Beide, Götter und Menschen, vereinte die Verpflichtung auf die Ma‘at. Dieser Begriff, der oft mit ‚Wahrheit‘, ‚Recht‘, ‚Gerechtigkeit‘ übersetzt wird, hat einen so vielschichtigen Inhalt, dass er in der Übersetzung nicht durch ein einziges Wort ausgedrückt werden kann. **Ma‘at verkörpert die Weltordnung**, die der Schöpfergott bei der Schaffung der Welt gesetzt hat, bedeutet das **Gegenteil von Chaos**, beinhaltet die **Gesetzmäßigkeit der Natur** und **ordnet das Zusammenleben der Menschen** untereinander. Der Ägypter hat diesen Begriff personalisiert in der Gestalt der Göttin Ma‘at, die als Tochter des Sonnengottes Re galt. Bildlich wird sie als Frau dargestellt, die auf dem Kopf als Scheitelattribut eine Straußenfeder, ihr Schriftzeichen, trägt. Doch nicht nur die Ma‘at in die Tat umzusetzen war Aufgabe von Göttern und Menschen, sie waren auch verpflichtet, alles, was der Schöpfung entgegenstand, sie bedrohte oder sinnentleert machte, abzuwehren. Das Wort ‚**Isefet**‘ war der ägyptische **Sammelbegriff negativer Kräfte** und für die Feinde der Schöpfung. Er schloss Mord, Lüge, Gewalt und Tod genauso ein wie Leiden, Mangel, Krieg und Ungerechtigkeit.“

Barth, EIT, SS-2006

99

Bild der Ma‘at



Die Göttin Ma'at, Relief aus dem Grab Setkhas' I. (19. Dyn., um 1300 v. Chr.)

Barth, EIT, SS-2006

100

Legende zum ‚Konsekutiven‘ Gesetzesmodell (4)

- **Religion** und **Gemeinschaft** standen auch im archaischen Griechenland – wie anderswo – in enger Austauschbeziehung: **Religion der Gemeinschaft**, entstanden aus den Wünschen und Werten der Gemeinschaft, wirkte idF auf Gemeinschaft zurück, was vice versa für die Gemeinschaft gilt → **Projektion** in den Kosmos/ ‚Himmel‘ und späteres **Herunterholen**
- Als erstes gesellschaftliches Produkt (der normativen Ableitung aus der Natur) entsteht das **alle (!) Sozialnormen integrierende** (nämlich: Gewohnheit, Sitte, Brauch, Moral, Religion und GewohnheitsR umfassende) **Nomologische Wissen** iS Max Webers → Alte Geschichte: Ch. Meier etc.

Barth, EIT, SS-2006

101

Legende zum ‚Konsekutiven‘ Gesetzesmodell (5)

- Dieses **Nomologische Wissen** differenziert schließlich die unterschiedlichen Norm-Modelle von **Religion** und **staatlichem Recht** aus → beide dienen der Gesellschaftsteuerung!
- U. v. Wilamowitz-Moellendorff, Der Glaube der Hellenen (1973) unterscheidet zwischen:
 - ♦ **Religion der Gemeinschaft**, die durch **Kultus/rituelles Verhalten** der Gemeinschaft (gemeinschaftsfördernd) konstituiert wird; und
 - ♦ einer – jüngeren – individuellen **Religion des Herzens** (bei der das **Gefühl** vorherrscht)

Barth, EIT, SS-2006

102

Legende zum ‚Konsekutiven‘ Gesetzesmodell (6)

- Aus heutiger Sicht ist zu bedenken, dass zw dem Verständnis von **NaturGe** und von **staatlichen, religiösen** oder **moralischen Gesetzen** – kurz: Kulturgesetzen – unterschieden werden muss
- Der Unterschied wurde dadurch verwischt, dass auch die KulturGe – in Nachahmung der NaturGe – als „**Wenn** [= Tb] ..., **dann** [= RF] – **Beziehungen**“ formuliert wurden; etwa: „Wer einen Menschen tötet, wird mit einer Freiheitsstrafe von ... bestraft.“ – NaturG: „**Wenn** die Sonne untergeht, [**dann**] folgt die Nacht.“

Hanna EIT, SS/St. 2006

103

Legende zum ‚Konsekutiven‘ Gesetzesmodell (7)

- Der Unterschied besteht darin, dass der **Lauf der NaturGe** vom Menschen **nicht beeinflusst** werden kann (ja bis heute nicht einmal ganz bekannt ist); während das **staatliche, religiöse** oder **moralische Gesetz** Anordnungen ausspricht, denen – aus kulturell-gesellschaftlichen Überlegungen – gehorcht werden **‚soll‘**, die aber auch übertreten werden können.
- Dieser Unterschied wurde bereits von **Kant** herausgearbeitet; Metaphysik der Sitten.

Literatur-Tip: Hannah Arendt, Über das Böse. Eine Vorlesung zu Fragen der Ethik (2003/ 2006*)

Hanna EIT, SS/St. 2006

104

B.

Das ‚normative‘ Kreislaufmodell

- Gemeinschaft/ Gesellschaft, Religion und Recht
- Religion und Gewalt: René Girard

Hanna EIT, SS/St. 2006

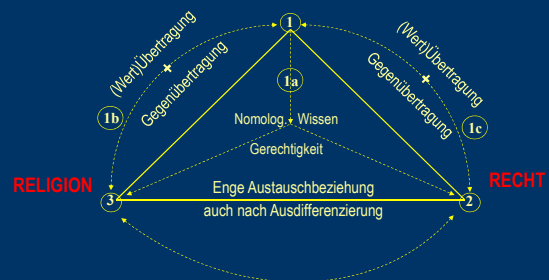
105

‚Normatives‘ Kreislaufmodell

‚Normgenerator‘ Gemeinschaft: erzeugt und beeinflusst → Religion + Recht

GEMEINSCHAFT/ GESELLSCHAFT

braucht Regeln/ Normen für das Zusammenleben in: Familie, Haus, Nachbarschaft, Dorf, Polis/ Staat



Hanna EIT, SS/St. 2006

106

Legende zum ‚Normativen‘ Kreislaufmodell (1)

- **These:** Wichtige Werte einer Gemeinschaft/ Gesellschaft ① werden zu (verbindlichen) Normen von ‚Religion‘ ③ und ‚Recht‘ ② → Normkreislauf iSv reziproker Beeinflussung – Der Normentstehung gehen **Gewohnheit** und gemeinsamer **Brauch/ Sitte** voran, die normativ (iSv gesellschaftlich erzwingbar) werden
- **Zu 1a:** Nach dem Vorbild der ‚Natur‘ entwickeln Gemeinschaften zunächst ein integriertes Normmodell, das **Nomologische Wissen** (M. Weber): Es handelt sich dabei um ein gesellschaftliches Wertkonglomerat, zunächst ungeschieden, alle gesellschaftlichen Normen umfasst: Religion, Sitte, Moral, Brauch, Altes Herkommen/ Väterbrauch, Frühformen des Rechts/ GewohnheitsR

Hanna EIT, SS/St. 2006

107

Legende zum ‚Normativen‘ Kreislaufmodell (2)

- **Zu 1b:** Die (jüngere) ‚**Religion des Herzens**‘ und die (ältere) ‚**Religion der Gemeinschaft**‘ nehmen die aus der Gemeinschaft stammenden und dort entwickelten moralischen Pflichten auf und bewirken, dass der Glaube an die Götter mit den moralischen Werten der Gesellschaft aufgeladen wird. – Die **Umbildung der Götter zu moralischen Wesen** erfolgt aber – wie das Entwickeln von Göttern – relativ spät; K. Latte + E. R. Dodds
In der Gemeinschaft entstehen **individuelle** und **kollektiv verbindliche Regeln** als Sitte und Moral. Aus der Gemeinschaft kommend steigen diese moralischen Pflichten zur Religion auf (die zunächst davon frei war) und werden in diese integriert, wodurch (weitgehende) **Wertkonkordanz** erzeugt wird; R. Maschke, Die Willenslehre im griechischen Recht (1926/ 1968*): **Keine getrennte Buchführung**

Hanna EIT, SS/St. 2006

108

Legende zum ‚Normativen‘ Kreislaufmodell (3)

- **Zu 1c:** Das ebenfalls aus der Gemeinschaft heraus entwickelte **Recht** wird (schon im antiken Griechenland) immer mehr zum gesellschaftlichen **Steuerungsinstrument** der Gemeinschaft und ersetzt schließlich die Religion (weitgehend): Alter Nomos → Thesmos → Neuer Nomos
Die Entwicklung von Alten zum Neuen Nomos beinhaltet auch ein schrittweises ‚Ausdifferenzieren‘ iS einer Autonomisierung von ‚Recht‘ und ‚Religion‘ (aus dem nomologischen Wissen heraus)
- ‚Recht‘ und ‚Religion‘ sind → **Steuerungsmittel** (von Gesellschaften) – Worin liegt die Bedeutung (früher) **Gerechtigkeitsvorstellungen**? Sie dienen der **Wert- und Handlungsorientierung** von Gemeinschaft und Einzelnen und damit dem Bestand der Gemeinschaft

Recht, EIT, SS-2006

109

Legende zum ‚Normativen‘ Kreislaufmodell (4)

- ② ↔ ③ + ① ↔ ②: Recht wirkt schließlich auf die Gemeinschaft ① und die Religion ③ zurück + Recht ② und Religion ③ wirken aber aufeinander auch noch nach ihrer Trennung ein! – Das ist noch heute so und erschwert mitunter die Gesetzgebung außerordentlich!
Beispiele: Abtreibungsdiskussion, Sterilisierung, Todesstrafe, Ehescheidung, gleichgeschlechtliche Partnerschaften, Sterbehilfe uam
- Heute ist das **staatliche Recht** die dominierende Normschicht; der Staat besitzt ein **Gewaltmonopol** – Kirchen haben kein brachium saeculare mehr; daher: Kirchenbeitrag und nicht Kirchensteuer

Recht, EIT, SS-2006

110

Religion und Gewalt – René Girard (1)

- In diesem Zusammenhang soll auf **René Girard's** Werk, ‚Das Heilige und die Gewalt‘ (1972, dt Ausgaben 1989/1992) hingewiesen werden
- Danach steht am Anfang aller sozialen Gemeinschaften, die von mythologischen und religiösen Texten beglaubigte ‚**Gründungsgewalt**‘(?):
 - Das nachahmende/ **mimetische Verhalten** des Menschen lässt danach aus jeder individuellen **Begierde** sogleich **Rivalität und Gewalt** erwachsen, was den **sozialen Zusammenhalt** bedroht (?)
 - Deshalb tendieren menschliche Gruppen zu **stellvertretenden kollektiven Gewaltakten** an einzelnen ‚**Sündenböcken**‘, deren Opferung zu einem ‚heiligen‘ Akt verklärt wird → **Ursprung des Heiligen** und des **Opfers**

Recht, EIT, SS-2006

111

Religion und Gewalt – René Girard (2)

- Zu fragen ist im Kontext eines gemeinsamen Entstehens von Religion und Recht danach, warum das ‚**Heilige**‘ eine **Affinität zur Gewalt** besitzt, was so gar nicht zur seiner Existenz und seinen Attributen passen will
- Die **menschliche Vergesellschaftung/** Staatsentstehung ist seit jeher durch **Gewalt** bedroht – Der Staat ist daher gezwungen, individuelle und Gruppengewalt (auch religiöse) auszuschalten und selbst ein **Gewaltmonopol** einzurichten → Programm der griechischen Staatsentstehung + § 19 ABGB
- Danach entsteht das ‚**Heilige**‘/ ‚**Religiöse**‘, aber auch das **Recht** aus den menschlich-gesellschaftlichen Bedürfnissen der **Gewaltkontrolle** → Religion und Recht als unterschiedliche Antworten auf die menschliche Aggression-/ Gewaltbereitschaft?
- Daraus resultiert aber manche Frage; etwa:
 - Gab es in dieser von Girard beschriebenen Frühzeit ein Nomologisches Wissen?
 - Oder – anders gefragt: Leitete sich dieses aus der Religion ab?
 - Oder? Was war früher: das Nomologische Wissen, die Religion oder das Recht?
 - Und: Lässt sich Religion wirklich monokausal aus der Gewaltabwehr verstehen? → Wilamowitz: ‚Religion der Gemeinschaft‘ und ‚Religion des Herzens‘

Recht, EIT, SS-2006

112

Religion und Gewalt – René Girard (3)

- Im Vergleich zur **Religion** (als mehr das Gefühl und die allgemeine Sinnfindung ansprechender Bereich) entwickelt und enthält das **Recht**:
 - a) einerseits **Ordnungsregeln** (die aus gelebter Sitte und Gewohnheit entstehen), welche Gewalt – häufig die Folge von Devianz – erst gar nicht entstehen lassen sollen (→ Orientierungsfunktion) und darüber hinaus
 - b) Regeln, **wie Gewalt** – wenn sie nötig ist – **auszuüben ist**; dieser Aspekt erfolgt zunächst ritualisiert und bildet sich idF zu einem rechtlich geordneten Verfahren um; hier diente vielleicht die Religion als Vorbild (für das VerfahrensR!)
- Dieser Vorgang kann anschaulich im Rahmen der frühen, archaischen griechischen Polisbildung nachvollzogen werden! Vgl die Hinweise auf W. Schmitz (2004)

Recht, EIT, SS-2006

113

Religion und Gewalt – René Girard (4)

- Das Mittel der **Gewaltkontrolle** ist nach R. Girard zunächst das religiöse ‚**Opfer**‘:
 - Es ist ‚vorbeugend‘ angelegt und bezweckt, durch Opferung (von was immer: Menschen, Tiere, Pflanzen etc) **aggressive Tendenzen in Gesellschaften** auf das Opfer zu lenken und abzuführen.
 - Das Opfer wird (gesellschaftlich) so ausgewählt, dass von ihm **keine neue (Blut)Rache** ausgehen kann
 - Das Opfer soll somit verhindern, dass sich der **Keim der Gewalt** (weiter)entwickeln kann und es soll den Menschen helfen, die Rache im Zaum zu halten
 - In frühen Gesellschaften, die noch kein Rechts- und Gerichtswesen besitzen, droht leicht und immer wieder eine existenzielle **Eskalation der Gewalt**

Recht, EIT, SS-2006

114

Religion und Gewalt – René Girard (5)

- R. Girard (aaO 42) verweist auf **R.H. Lowie**, Primitive Society (1970), der Beispiele bringt, wie unterschiedlich Naturvölker mit der **Gefahr einer endlosen Rache/ blood feud** umgehen:
 - Der Stamm der **Chukchi** schließt bspw nach einem einzigen Vergeltungsakt Frieden, indem sie nicht den Täter, sondern ein Familienmitglied opfern; **Reziprozität** wird gewährt, aber auf eine **kollektive Ebene** gehoben
 - Ein anderer Stamm, die **Ifugao**, tendieren dazu, ihre Verwandten in beinahe jeder Situation zu unterstützen, weshalb der Kampf beinahe endlos weitergehen kann
 - Damit verzichten die Chukchi darauf, das **Schuldprinzip** (= direkter Zusammenhang zwischen Schuld und Strafe) anzuwenden – Sie stellen damit die kollektive Gewaltkontrolle über eine am Verschulden orientierte individuelle Haftungszurechnung – Grundsätzliches Vorbild?

115

Religion und Gewalt – René Girard (6)

Kritik

- R. Girard geht von einer zu engen empirischen Datenbasis aus
- Die griechische Blutrache ist ganz andere Wege gegangen; s. ‚Graeca‘ Bd. II/ 1, Punkte 4-6 (2011)

116

d) Platon als ‚Jurist‘

117

Platon als ‚Jurist‘ – Beispiele (1)

- Einschlägige Werke:
 - Insbesondere ‚**Politeia**‘/ ‚Der Staat‘ und
 - ‚**Nomoi**‘/ ‚Die Gesetze‘
- Platons Plädoyer für **Gesetzespräambeln** → Orient!
- Platon zur **Arzt-Patient-Beziehung** (2 Arten von Ärzten):
 - Anamnese
 - **Ärztliche Aufklärung + Compliance**
- Platon als ‚Erfinder‘ des **softlaw** = Gesetzgeber sollte nicht nur zwingende Vorschriften schaffen, sondern auch Normen, die ‚mehr um zu raten, als um zu zwingen‘ erlassen werden! – Vgl § 578 ABGB: sog holographes/ eigenhändiges Testament: „...Die Beisetzung des Tages, des Jahres, und des Ortes, ... [ist] rätlich“, aber keine Gültigkeitsvoraussetzung!
- Platon schuf erste Ansätze in Richtung einer Unterscheidung zwischen **leichter** und **grober Fahrlässigkeit** uam.
- **Epieikeia/ Billigkeit**: Das Konzept stammt von Platon
Lesetip: Platon, Der Staat (= Politeia), Reclamausgabe

118

Platon als ‚Jurist‘ – Beispiele (2)

- Die europäische ReWi begann nicht erst in Rom, sondern schon im antiken Griechenland vor Platon → Redner/ Rhetoren/ Logographen: insbes Antiphon
- Weitere Beispiele platonischen Rechtsdenkens:
 - **Platon** ist der Erfinder der **RV**: Beobachter/ theorós („Nomoi“): RPol + RTF/ RS + Forschung & Lehre + REthik
 - **Popularklage** → Drakon/ Solon (Ägypten?)
 - **Präventions-, Vergeltungs-, Ausgleichsgedanke**
Aischylos/ ‚Eumeniden‘: ‚Denn welcher Mensch, der nichts mehr fürchtet, bleibt gerecht?‘
 - Beziehung von ‚Vernunft‘ und ‚Gesetz‘: **VernunftR**
 - Wichtige **verfahrensrechtliche Einsichten**: 3 Instanzen, Öffentlichkeit, Sanktionen gegen böswilliges/ mutwilliges Prozessieren und unredlichen Rechtsbeistand uam

119

e) Die Entstehung der Rechtskategorie ‚Zufall‘

Zur Entwicklung des haftungsrechtlichen Zurechnungsinstrumentariums im antiken Griechenland und dessen Bedeutung für die europäische Rechtsentwicklung

Literatur: Barta, ‚Graeca‘, Bd. II/1, Punkte 4-6 (2011)

http://www2.uibk.ac.at/zivilrecht/neuerscheinungen_mitarbeiter/rechtsgeschichte.html
→ <http://www2.uibk.ac.at/zivilrecht/mitarbeiter/barta/index.html>

120

Straf- und zivilrechtliche Haftungszurechnung

Vorsatz, Fahrlässigkeit und Zufall
Griechisches Endergebnis um ~ 350 v.

VORSCHULDEN

Vorsatz
ἀδικηματα / dolus

Nach der Mitte des 4. Jahrhunderts v. bereits Unterarten des Vorsatzes; s. Abb. 7: Zurechnung und Haftung nach Aristoteles'

Fahrlässigkeit
ἀμέλεια / culpa

Begrifflich noch nicht unterteilt in grobe und leichte Fahrlässigkeit; erste Differenzierungen in Platons ‚Nomoi‘

Zufall/casus
ἀτυχία / ἀτύχημα

Zufallsschäden beinhalten keinen Verhaltensvorwurf und werden nicht mehr zugerechnet

Zurechnungsgrenze

RE 1968, 1969, 2006

Kausalität ist bereits weit entwickelt: ua. unmittelbare + mittelbare Verursachung (*δίκη βουλεύσεως*) + Kausalität der Unterlassung (Aristoteles) – Vorbild für *lex Aquilia* und römische Klassik
Zwischen 450 – 350 v. entwickeln sich aus Drakons Kategorie des *φόνος ἀκούσιος* (s. Abb. Drakons Lösung des ‚Phonos‘) als Nachfolgebegriffe *ἀμέλεια* + *ἀμέλεια* sowie *ἀτύχημα* und *ἀτυχία*
Lit.: Ingemar Düring, Aristoteles (1966) und, in: RE (1968)

121

Drakons Lösung des ‚Phonos‘

☐ **Phonos/ φόνος** = Tötung als Oberbegriff für **Mord, Totschlag** und **gerechtfertigte Tötung** – Aufgliederung des bisher einheitlichen Tatbestands der Tötung im Rahmen der Gesetzgebung Drakons: ~ 621/ 620 v.– Anlass: Kylonischer Frevel (?)

VORSÄTZLICHE
φόνος ἐκούσιος

RF:* Erlaubte Selbsthilfe, an Volksversammlungsbeschluss gebunden – **Gerichtszwang**

UNVORSÄTZLICHE
φόνος ἀκούσιος

RF:* Exil / Ausland (zunächst 5 Jahre) – ohne Vermögensverfall + Rechtsschutz

BÜBLOSE
φόνος δίκαιος

RF:* Weder Exil noch Entschädigung; gerechtfertigte Tötung/ *φόνος δίκαιος* – kultische Reinigung

* RF = Sanktion oder Rechtsfolge

- Es existierte nur die Unterscheidung in ‚vorsätzliche‘ und ‚un-vorsätzliche‘ Tötung; weder Affekt, noch Fahrlässigkeitsgrade, noch Zufall werden unterschieden
- Unterscheidung vorsätzlich/ *ἐκούσιος* ↔ unvorsätzlich/ *ἀκούσιος* stammt aus dem Sakralrecht des Delphischen Apollon; *φόνος ἀκούσιος* war sühnbar, *φόνος ἐκούσιος* / *ἐκ προνοίας* verpflichtete zur Blutrache
- Beispiele ‚bübloser Tötung‘/ *φόνος δίκαιος*: Notwehr, Asebie, erlaubte Blutrache etc → Abb.: Drakontisch-Solonische Lösung des ‚Phonos‘

RE 1968, 1969, 2006

122

Drakontisch-solonische Lösung des ‚Phonos‘ – Mit ‚Sonderfällen‘

Vorsätzliche Tötung
φόνος ἐκ προνοίας = φόνος ἐκούσιος

RF:* Erlaubte Blutrache / Selbsthilfe nach Beschluss der Volksversammlung

Un-vorsätzliche Tötung *φόνος ἀκούσιος*

Fahrlässig

RF:* Verbannung (ohne Vermögensverfall) oder Möglichkeit den Täter zu töten

Sonderfälle (seit Drakon):

Wettkampfunfälle
Versehentliche Tötung im Kampf
Kampf auf offener Straße: Rauferei
Tötung des Ehebrechers / *Moichos*
Solon (?): Tod bei ärztl. Behandlung

RF:* Auch keine Verbannung; nur kultische Reinigung

* RF = Sanktion oder Rechtsfolge

- Im Deutschen fehlt ein vergleichbarer Begriff für *φόνος* – Er bedeutete im Rahmen der Zuständigkeit des Areopag **Mord**, im Bereich der Zuständigkeit des *Delphinion* Totschlag
- Haben sich die ‚Sonderfälle‘ Drakons aus dem Bereich bübloser Tötung/ *φόνος δίκαιος* (→ Abb. Drakons Lösung des ‚Phonos‘) entwickelt?

RE 1968, 1969, 2006

123

Haftungszurechnung ‚vor‘ Antiphon: ~ 425 v.

VORSATZ
φόνος ἐκούσιος

FAHRLÄSSIGKEIT
UNVORSÄTZLICHES HANDELN
φόνος ἀκούσιος

ZUFALL

- Antiphons ‚Speerwurfbeispiel‘ zeigt das Unbefriedigende der bestehenden Rechtslage auf: Der Vorschlag läuft darauf hinaus, den Bereich des ‚un-vorsätzlichen Handelns‘ auf den Fahrlässigkeitsbereich zu reduzieren – und ‚Zufall‘ künftig haftungsrechtlich nicht mehr zuzurechnen, da kein schuldhaftes (iSv vorwerfbarem) Verhalten vorlag
- Noch keine weitere Unterteilung der Fahrlässigkeit
- ‚Zufall‘ und ‚Fahrlässigkeit‘ waren vor Antiphon noch nicht getrennt; aber → ‚Sonderfälle‘: Abb.: Drakontisch-Solonische Lösung des ‚Phonos‘! – Antiphons Änderungen s. → Abb.: Antiphons Haftungszurechnung
- Der Bereich ‚unvorsätzlichen Handelns‘ umfasste also noch den ‚Zufall‘

RE 1968, 1969, 2006

124

Antiphons Haftungszurechnung

Platon, Aristoteles und Anaximenes von Lampsakos übernehmen Antiphons Schema und entwickeln es weiter; auch die Kausalität

VORSCHULDEN

VORSÄTZLICH

UNVORSÄTZLICH
(= FAHRLÄSSIG)

ZUFALL

Für ‚Zufall‘ (= fehlendes Verschulden) ist nicht mehr einzustehen

Zurechnungs- und Haftungsgrenze

Damit liegt das **europäische Haftungsmodell** vor und die künftige Rechtsentwicklung verfeinert dieses Schema nur noch; und zwar:

- Den Fahrlässigkeitsbereich durch Unterscheidung von **Fahrlässigkeitsstufen**; insbes. grobe und leichte Fahrlässigkeit → erste Ansätze in Platons ‚Nomoi‘
- Der **Zufallsbereich** wird noch in griechischer Zeit durch Unterscheidung von schlichtem und höherem Zufall (= höhere Gewalt / *vis maior*) unterteilt; Beginn mit höherem Zufall (?)
- Zur Anerkennung von **verschuldetem Zufall/casus mixtus** kommt es erst später

RE 1968, 1969, 2006

125

Zurechnung und Haftung nach Aristoteles

Quellen: ‚Rhetorik‘ I 13, 1374 b + ‚Magna Moralia‘ + ‚Eudemische‘ + ‚Nikomachische Ethik‘ V 10, 1135 b

☐ **Kausalzurechnung**: Unmittelbare + mittelbare Kausalität + K. der Unterlassung

☐ **Wesentlich** vermittelt ist die aristotelische Lösung durch Platons ‚Nomoi‘

Vorsätzlich*
ἀδικηματα – dolus

• Bereits unterschiedliche **Vorsatzformen**:
• ~ dolus eventualis und
• dolus coloratus

• **Affekthandlungen** werden (nach Platons Vorbild) nicht mehr als vorsätzlich beurteilt

Unvorsätzlich = fahrlässig
– Verfehlungen etc
ἀμέλεια – culpa

Fahrlässigkeit noch nicht unterteilt; bei Platon aber vorbereitet

Unglücksfall, Zufall;
ἀτύχημα / ἀτυχία – casus

Haftungsgrenze gilt für Straf- und Privatrecht (und hier für Schadenersatz aus Vertrag und Delikt)

Zurechnungsgrenze

RE 1968, 1969, 2006

126

f)
Zum Umgang mit ‚Rechtskollisionen‘ im
archaischen Griechenland

Das Entstehen von ‚intermunicipal-zwischenstaatlichem‘
Kollisionsrecht
während der Großen Kolonisation

Rechtskollisionen

Beispiele

- Thera → **Kyrene**/ Nordafrika (~ 630 v.)
- Opus → **Naupaktos** / Binnenkolonie (~ 490 v.)

g)
Die Entstehung des
‚Testaments‘
Nach E. F. Bruck

Entstehung des Testaments

- Das **Testament** entwickelt sich aus **zwei Wurzeln**:
 - der vertraglichen ‚**Adoption unter Lebenden**‘, die zum → **Adoptionstestament** weiterentwickelt wird und
 - der ebenfalls vertraglichen **Schenkung auf den Todesfall**, die zum → **Legatentestament** (also der letztwilligen Verfügung über einzelne Nachlassgegenstände) wird
 - Diese beiden Wurzeln werden zum ‚**modernen**‘ **Testament**, als einseitiger letztwilliger Verfügung!
- **Rom** (Zwölftafelgesetz) übernimmt die griechische Entwicklung!

h)
Die Entstehung von ‚Individualeigentum‘
an Fahrnis

Nach E. F. Bruck und A. Kränzlein: Ich
behandle diese Fragen in Bd. II/2, Pkt. 19
und 20 von ‚Graeca‘ (2011)

VIII. Was ist ‚Rechtskultur‘?

Rechtskultur und ‚Weltbild‘

- Die **Rechts-Kultur** ist Teil der **Gesamt-Kultur**
- Rechtskultur fügt sich in den Zusammenhang von:
 - **Weltbild**
 - **Menschenbild** und
 - **Menschenwürde** ein.
- Weltbild und Menschenbild verändern sich in der Gegenwart rasch (**soziale Dynamik**), wozu auch rechtliche Änderungen beitragen; Gentechnik, TP-Medizin, Recht und Religion, EU-Recht etc.

Baran RTF, SS/2006

133

Zum Begriff ‚Rechtskultur‘ (1)

- **Rechtssysteme/ ROn** sind historisch gewachsen und stellen das ‚Norm-Produkt‘ einer Gesellschaft dar: in Ö, D, CH, CS, USA etc
- Existiert eine **österr Rechtskultur**? – Charakteristika?
In Ö fehlt bislang eine Untersuchung, sie wäre lohnend! – Es fehlt an Vorarbeiten und brauchbaren empirischen Daten → Ö als rechtstatsächliches und rechtsstatistisches Entwicklungsland! Worauf lässt das schließen? – Stärken- + Schwächenanalyse!
- **Rechtssysteme/-kulturen** wandeln sich (national, supra- und international) → **sozialer Wandel**; heute: akzelerierter Wandel: Das schafft **Anpassungs-** und **Akzeptanzprobleme**: politische und religiöse Fundamentalismen, Nationalismen + Ideologeme; aber auch Unfähigkeit und Unwilligkeit der Politik; s. Wahlbeteiligung
- RS + RTF gewähren **Einblick** (in rechtskulturellen Wandel)! – Auch RG + RV + RPhil! → Bedenklicher Abbau subj. Rechte!

Baran RTF, SS/2006

134

Zum Begriff ‚Rechtskultur‘ (2)

- Diesen ‚**Wandel**‘ zu begreifen, abzufedern, zu unterstützen, kurz: normativ zu begleiten, wäre Aufgabe einer modernen **ReWi** und ihrer Teildisziplinen; insbes der RS + RTF, RPhil, RG, RV, Politikwissenschaft, RPol, Legistik usw
- Den **sozialwissenschaftlich orientierten Fächern** der ReWi kommt dabei besondere Bedeutung zu: RS, RTF, RG und RPol!
- **Universität** ≠ Ausbildungsanstalt → wissenschaftliche Vertiefung + Bildung geht immer mehr verloren!
- Unter **Rechtskultur** verstehen wir daher den „Inbegriff der in einer Gesellschaft bestehenden, auf das Recht bezogenen, Wertvorstellungen, Normen, Institutionen, Verfahrensregeln und Verhaltensweisen“; Th. Raiser, Das lebende Recht 318 (1999³).
- Recht ist Kulturprodukt; Kulturverfall trifft das Recht!

Baran RTF, SS/2006

135

Zum Begriff ‚Rechtskultur‘ (3)

- Die **Frage nach der Rechtskultur eines Staates** (samt seiner **Organisationen und Institutionen**) umfasst alle Erscheinungsformen von Recht und Rechtsleben
Beispiele: - ‚Zugang‘ zum Recht: Verfahrenskosten (Gericht, Anwälte, Notare etc) + Rolle der Anwaltschaft; - Verständnis und Kriterien der Rechtsstaatlichkeit; Prozesshäufigkeit und -dauer; - Gestaltung des Rechtsmittelverfahrens; - Rechts-berufe; - Richterbestellung; - Anwaltsdichte; - Sozialprofil der Juristen; - Alternativen zur gerichtlichen Streitaustragung; - Ausgestaltung der Amts- oder Staatshaftung; - Kontrolle von AGB; - Existenz von SchutzGn: KSchG, MRG, PHG, D(N)HG; - Strafrecht und Strafvollzug; - geschriebene Verfassung ↔ Verfassungswirklichkeit; Grundrechtskatalog; - Verwaltungshandeln/VwGH, - Rechtskreiszugehörigkeit; - Rechtsschutz von Alten, Behinderten, Kranken; - Stellenwert von **RG, RPhil, RS, RPol + RTF** uam

Baran RTF, SS/2006

136

Zum Begriff ‚Rechtskultur‘ (4)

- **Rechtsidee/RI**: Was ist das Ziel des Rechts? → **Gerechtigkeit** !
 - ‚RI‘ ist ein eminent normativ aufgeladener Begriff; wäre auch praktisch wichtig → **Orientierung!** Ausrichtung des Rechtshandelns an der ‚RI‘
 - ‚RI‘ ist nicht **statisch**, sondern **dynamisch** zu verstehen – Wandel!
 - ‚RI‘ ist kein bloßes **Abstraktum**, vielmehr **konkret** zu verstehen; als: Gerechtigkeit des FremdenRs, des Schadenersatzes, des VerfahrensRs, des Arbeits- und SozialRs, MedizinRs usw.
- **Rechtsbegriff/RB**: **Was** ist ‚das‘ Recht? – **Wozu** dient es? – Welche **Mittel** setzt es ein? – Erscheinungsformen: GesetzesR, GewohnheitsR, RichterR etc.
Funktionale Ausrichtung: Was braucht es, um die ‚RI‘ zu fördern, ihr nahe zu kommen? → Gesellschaftliches Steuerungsmittel
- ‚**RI**‘ und ‚**RB**‘ stehen demnach in einer inneren funktionalen Beziehung zueinander, wobei der ‚**RB**‘ der Verwirklichung/ Ausführung/Umsetzung der ‚**RI**‘ dienen soll!

Baran RTF, SS/2006

137

Zum Begriff ‚Rechtskultur‘ (5)

- Beispiele normativer **Defizite + Fehlentwicklungen**:
 - Erschwerter ‚**Zugang**‘ zum Recht: Kostenbarriere!
 - Keine **Verwaltungsgerichtsbarkeit**
 - Keine **Justizstatistik** und legistische **Begleitforschung**
 - Fehlende **Medizinhaftung** → PatEntschädigungs-Fonds?!
 - Fehlendes **TransplantationsG**
 - Zurückdrängen der **Selbst- und Mitbestimmung** (in wichtigen Bereichen der Gesellschaft; zB BetriebsverfassungenR)
 - Fehlende Regeln für ...
 - Falsche Weichenstellungen im **Rewi-Studium**: keine **RS** und **RTF, RPhil, RPol**, problematische Entwicklung der **RG** – Mit bloßer Praxisorientierung ist es nicht getan!

Baran RTF, SS/2006

138

Zum Begriff ‚Rechtskultur‘ (6)

- **Eigene Fortsetzung** der Aufzählung bestehender Defizite und Fehlentwicklung:
 - Neuer **Paternalismus** und **Abbau subjektiver Rechte!**
 - Patientengrundrechte
 - Moderner **Grundrechtskatalog**
 - ...
 - ...
 - [Was fällt Ihnen noch ein?]

IX. Rechtssoziologen und RT-Forscher – Überblick

Einzelporträts:

- Eugen Ehrlich (1) → a)
- Max Weber (2) → b)
- Arthur Nußbaum (3) → c)
- Jurij Fedynskij (4) → d)
- Niklas Luhmann → e)
- Jürgen Habermas → f)
- Karl N. Llewellyn (5)
- Erhard Blankenburg (6)

Zum Geleit!

Die folgenden Folien über frühe Rechtssoziologen und RTF-Forscher bedeuten nicht, dass ihnen überall zu folgen ist; vielmehr regt sich – aus heutiger Sicht – mancher Widerstand, es bestehen Zweifel und manches sehen wir heute anders. Darauf gehe ich in der LV ein und Sie alle können Fragen stellen. Die behandelten Denker vermitteln aber wichtige Einsichten und regen zu eigenem Denken an!

RS und RT-Forscher (1)

- **Eugen Ehrlich** (1862-1922)
 - Hauptwerk: **Grundlegung der Soziologie des Rechts** (1913, 1967³, 1989⁴) – Mehr im Rahmen des anschließenden ‚Porträts‘
 - 1922: The Sociology of Law, in: Harvard Law Review 36 (1922) 130
 - Herbst 1914: Ende der geregelten Lehrtätigkeit; Ausbruch des Ersten Weltkriegs → Wien, Schweiz
 - Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur RTF und zur Freirechtslehre (1967, hg. von M. Rehbinder)
- Zu ihm: - **Manfred Rehbinder**, Die Begründung der RS durch E. Ehrlich (1967/1986); - **Thomas Raiser**, Das lebende Recht. RS in Deutschland 94 ff (1999³/2007) und - meine Ausführungen, in: ZivlIR II (Kapitel 18), 1061 ff (2004²)

RS und RT-Forscher (2)

□ **Max Weber** (1864-1920)

Wichtige Werke:

- Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus (1904/05);
- Die Wirtschaftsethik der Weltreligionen (1915-1919);
- Wissenschaft als Beruf (1919);
- Politik als Beruf (1919);
- Die ‚Objektivität‘ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904);
- Der Sinn der ‚Wertfreiheit‘ in der Soziologie und den ökonomischen Wissenschaften (1917/18);
- Wirtschaft und Gesellschaft (1961; 1972⁵);
- Rechtssoziologie (Teil aus Wirtschaft und Gesellschaft: 1921)

RS und RT-Forscher (3-1)

□ **Arthur Nußbaum** (1877-1964)

• **Wichtige Werke:**

- ⇒ Dt. Hypothekwesen (1913/1921²); s. 1955, 470 f
- ⇒ Die RTF. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht (1914);
- ⇒ Theoreme und Wirklichkeit in den Allgemeinen Lehren des Bürgerlichen Rechts, in: Archiv für BürgerlR 42 (1916) 171
- ⇒ Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (1916); s. 1955, 480 ff
- ⇒ Tatsachen und Begriffe im dt. KommissionsR (1917); s. 1955, 466 ff
- ⇒ Ziele der RTF (1920, Aufsatz);
- ⇒ Die RTF, AcP 154 (1955) 453-484; Vergleich mit der us-amerikanischen Entwicklung

Große RS und RT-Forscher (3-2)

- Wichtig sind **Nußbaums Themenvorschläge** für künftige rts Bearbeitung, die heute weitergedacht werden müssen; zB - VersicherungsR (etwa Arzthaftpflichtversicherung) und RTF, - cic und RTF, - ETV und RTF, - HypothekenR und RTF, - GB und RTF, - FB und RTF, - Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung und RTF, - Die notarielle Praxis der Totfallsaufnahme und die RTF
- Der frühe Tod von E. Ehrlich läßt N. für viele als Begründer der RTF erscheinen
- **Zu Nußbaum:** - M. Rehinder (Hg), Die RTF. Programmschriften und praktische Beispiele. Ausgewählt und eingeleitet von M. Rehinder (1968) und - Th. Raiser, Das lebende Recht. RS in Deutschland 38 ff (1995²) und Grundlagen der RS 16 ff (2007)

Baran, EIT, SS/20, 2006

145

RS und RT-Forscher (4)

- **Jurij Fedynskyj** (1912-1979): Ab 1959 Professor an der Maurer School of Law an der **Indiana University**
- ‚Rechtstatsachen auf dem Gebiete des Erbrechts im Gerichtsbezirk Innsbruck 1937-1941‘ (1968)
- F. dissertierte bei Prof. Franz Gschnitzer (als Flüchtling aus der Ukraine)
- Siehe die Ausführungen: IX d, 1-2

Baran, EIT, SS/20, 2006

146

RS und RT-Forscher (5)

- **Karl N. Llewellyn** (1893-1962)
Vater des amerikanischen Handelsgesetzbuchs/Uniform Commercial Code
 - **Hauptwerke:**
 - ⇒ The Common Law Tradition – Deciding Appeals (1960);
 - ⇒ Recht, Rechtsleben und Gesellschaft (1977, sog Leipziger Vorlesungen);
 - ⇒ Jurisprudence. Realism in Theory and Practice (1962);
 - ⇒ The Cheyenne Way, Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence (zusammen mit E.A. Hoebel, 1941)
 - ⇒ My Philosophy of Law (1941);
 - ⇒ The Normative, the Legal and the Law-Jobs (1940)
 - Dem induktiv-empirischen Geist der ‚Angeln‘ kam Ehrlichs Denken (RS und RTF) entgegen! – Anders der deduktiv-konstruktive europäische Geist (der Pandektistik)!
 - Zu ihm: - M. Rehinder, Karl N. Llewellyn als Rechtssoziologe (1966); - Rea-Frauchiger, Der amerikanische Rechtsrealismus ... (2006)

Baran, EIT, SS/20, 2006

147

Große RS und RT-Forscher (6)

- **Erhard Blankenburg** (* 1938)
 - Lehrte in Amsterdam – Wichtige Werke (Beispiele):
 - ⇒ Empirische RS (1975);
 - ⇒ Prozessflut – Indikatorenvergleich von Rechtskulturen auf dem europäischen Kontinent (1988);
 - ⇒ Mobilisierung des Rechts – Eine Einführung in die RS (1995);
 - ⇒ Alternativen zur Ziviljustiz (gemeinsam mit W. Gottwald, D. Stempel als Hg, 1982);
 - ⇒ Rechtsberatung (gemeinsam mit U. Reifner ua, 1982)
 - Über ihn: J. Brand/D. Stempel (Hg), Soziologie des Rechts, FS für E. Blankenburg zum 60. Geburtstag (1998)

Baran, EIT, SS/20, 2006

148

a) Eugen Ehrlich (1862-1922)

(2012 jährt sich zum 150. Mal sein Geburtstag und sein 90. Todestag)

- Porträt/ Werk
- Freirechtsschule

Baran, EIT, SS/20, 2006

149

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (1)

- Er stammte aus **Czernowitz**/ Bukowina: Heute aufgeteilt zwischen Ukraine und Rumänien
- 1896: Professor für **römisches Recht** in Czernowitz – Typisch für das alte Österreich: Gute, aber kritische Leute wurden nicht gefördert! (Vgl S. Freud!) – Ehrlich konnte während des Ersten Weltkriegs weder in Wien, noch in der Schweiz wissenschaftlich Fuß fassen!
- 1910: Gründung eines **Seminars für ‚Lebendes Recht‘** – Keine finanziellen Mittel!
- 1912: 31. DJT-Gutachten zur juristischen **Studienreform** – Werbung für soziologische Jurisprudenz; Interesse an Lehre/ Didaktik
- **Arbeitsschwerpunkte:** Römr (enge rechtshistorische Orientierung; RG als empirische Disziplin), geltendes PrivatR, Grundlagen der Rewi + RS u RTF

Baran, EIT, SS/20, 2006

150

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (2)

- Ehrlich war sich seiner **Pionierstellung** bewusst:
- „Ich arbeite fast überall auf jungfräulichen Boden, mußte mir oft genug selbst mit der Axt den Weg durch die Dickichte bahnen; es fehlte an Material, an Vorarbeiten, an Literaturmachweisen; um nur eine Übersicht über den Stoff zu gewinnen, mußte ich fast alle europäischen Sprachen erlernen und weite Reisen unternehmen.“ – Aus: Gesetz und lebendes Recht 192 (Vermischte kleinere Schriften, hg. von M. Rehbinder, 1986)
- Ehrlich war eines der **geistigen Haupt und Mitbegründer der Freirechtsschule**; daneben sind E. Fuchs, H. U. Kantorowicz, Ph. Heck ua. zu nennen
Dazu → spätere Folien + ZivR II 1061 ff (2004²)
- **Einfluss in den USA:**
Vgl. neben K. N. Llewellyn etwa R. Pound, An Appreciation of Eugen Ehrlich, Harvard Law Review/HLR 36-2 (1922) 129

Barth, EFL, SS-09/2006

151

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (3)

- **Wichtige Werke:**
 - ‚Über Lücken im Rechte‘ (1888) → § 7 ABGB war Vorbild!
 - ‚Die stillschweigende Willenserklärung‘ (1893); § 863 ABGB
 - ‚Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft‘ (1903)
 - Die Tatsachen des GewohnheitsRs Inaugurationsrede (1907)
 - ‚**Grundlegung der Soziologie des Rechts**‘ (1913/1989⁴)
 - ‚Die richterliche Rechtsfindung aufgrund des Rechtssatzes‘ (1917): 4 Teile des unvollendeten Werks: ‚Theorie der richterlichen Rechtsfindung‘
 - ‚Die juristische Logik‘ (1918/1966³)
 - ‚Recht und Leben‘. Gesammelte Schriften zur RTF und zur Freirechtslehre (1967)
 - ‚Gesetz und lebendes Recht‘. Verm. kleinere Schriften (1986)

hg. von M. Rehbinder

Barth, EFL, SS-09/2006

152

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (4)

- Interessante rs-Positionen; er unterscheidet etwa:
 - **Gesetzliches** ↔ **gesellschaftliches Recht**
 - Beobachtung: **GesetzesR** und **lebendes Recht** (nach dem die Menschen/Rechtspraxis etc **leben**) stimmen nicht überein!
 - Zudem erfassen **Gesetze** die **gesellschaftliche Wirklichkeit** meist nur unvollkommen; → Lücken. Aber: **Analogie** steigert normative Flexibilität (s. unten)! – Vgl. auch: **Generalklauseln** + **unbestimmte Rechtsbegriffe**
 - Und das **Gesetz verweist auf außergesetzliche** (gesellschaftl) **Normen**; zB § 879 ABGB, § 242 dtBGB oder § 346 HGB/UGB, bäuerliches Erbrecht
 - Aber auch klare Gesetzesbefehle bleiben mitunter **totes Recht**; etwa: § 16 ABGB – Anerkennung des Persönlichkeitsschutzes bis in die 1970er Jahre sistiert → Verhindert durch Rechtspositivismus + Historische Rechtsschule Savigny, Unger
 - Das von Ehrlich erkannte Problem besteht noch heute! – Etwa:
 - **Handyverbot** am Steuer; - **Rauchverbote** in öffentlichen Gebäuden/ Universität oder Bahnhöfen; - bei **Rot über die Kreuzung** etc

Barth, EFL, SS-09/2006

153

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (5)

- Für ihn ist die **RS** ‚die‘ **wahre Wissenschaft vom Recht**:
 - Daraus folgt seine **Kritik** an einer ‚**positivistischen Jurisprudenz**‘, weil das Gesetz Wesen und Wirklichkeit des lebenden Rechts nicht immer erfasst! - Diese Kritik ist alt und reicht bis in die Antike zurück! → Platon: Epieikeia/ Billigkeit
 - **Herkömmliche ReWi** ist für Ehrlich **keine Wissenschaft**, sondern bloße ‚Technik‘ und ‚handwerkliche Kunstlehre‘ für Juristen/innen
 - **Ziel seiner Arbeit**: Neben besserem Verständnis, auch eine Verbesserung der Rechtspraxis!
 - **RS** = (für Ehrlich) **Kern der ReWi!** – Sie erforscht das Recht als gesellschaftliche Erscheinung, seinen Entstehungs- und Entwicklungsprozess etc

Barth, EFL, SS-09/2006

154

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (6)

- Ehrlichs Folgerung: Da das Recht eine gesellschaftliche Erscheinung ist, ist die **Jurisprudenz** **Gesellschafts-** oder **Sozialwissenschaft!** – Das hat viel für sich! (s. Überblick über den ‚Wissenschaftskanon‘)
- Die **Soziologie des Rechts** ist für ihn die „wissenschaftliche Lehre vom Rechte“; aus: Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913)
- **Überlegung**: Wie soll das Recht **Phänomene der Gesellschaft** regeln/ lösen (können), wenn es die **gesellschaftliche Wirklichkeit** nicht kennt?

Barth, EFL, SS-09/2006

155

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (7)

- Er prägte den Begriff ‚**lebendes Recht**‘
- **lebendes Recht** = **angewandtes Recht/ law in action** ↔ **law in the books/ totes Recht**
- **Frühe Umfragen** dienen Ehrlich zur Feststellung der Rechtswirklichkeit (im ABGB); dabei kam er zum Ergebnis (‚Das lebende Recht der Völker der Bukowina‘: 1912), dass etwa ein Drittel des Gesetzbuchs „am Leben spurlos vorbeigegangen“ sei; Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts 297 (1967³); etwa:
 - Sammlung landwirtschaftlicher Pachtverträge
 - 1909/1910: Gründung eines ‚Seminars für lebendes Recht‘
 - Martin Wolff folgte Ehrlichs Beispiel für das dtBGB: ‚Das bürgerliche Gesetzbuch und die dt Lebensgewohnheiten‘ (JW 1906, 697 ff → meine Ausführungen, Bd. 2 der Ibkcr Beiträge zur RTF: 2009, 11 ff)

Barth, EFL, SS-09/2006

156

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (8)

- Für den **Rechtsunterricht** entwickelte Ehrlich eine neue Form von Übungen; sog. **juristische Aufnahmen**: Studierende hatten eine Art **Inventar** über sämtliche Rechtsverhältnisse von Wirtschaftsbetrieben, Bauernhöfen und sonstige Unternehmungen zu erstellen
- Diese bedeutenden methodischen und didaktischen Bemühungen Eugen Ehrlichs hat A. Nußbaum in seiner ‚Programmschrift‘ übergangen

Blatt 1/11 SS/2006

157

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (9)

- Zur Feststellung des ‚lebenden Rechts‘ dienen **induktive Methoden** der empirischen Sozialforschung; etwa:
 - **Fragebogen, Interview** (verschiedene Arten), **teilnehmende Beobachtung**
 - **Sammlung von Vertragsformularen, Urkunden** etc
 - sowie von **Entscheidungen/ Urteilen** etc → **Inhaltsanalyse**
 - und **historisches Material** verschiedenster Art; Beispiele Ehrlichs, in: Die Tatsachen des GewohnheitsRs (1907)
 - Das wäre auch heute wichtig und von Interesse!

Blatt 1/11 SS/2006

158

Wissenschaft und Methode (1)

- **Wissenschaft** bedeutet Streben nach gesicherter Erkenntnis in einem bestimmten Fach; etwa ReWi
- **Methode** (gr. Nach-weg) meint eine (für das Erlangen wissenschaftlicher Erkenntnisse) vorbestimmte Vorgangsweise; sie soll den Nachvollzug und die Überprüfung erlangter Ergebnisse ermöglichen
- **Methodenwahl**: Die Auswahl der Methode erfolgt im Einzelfall; es gibt in der ReWi keine Regeln, welche Methode zur Anwendung gelangen soll.

Ernst Bloch („Tübinger Einleitung in die Philosophie“ 1963, I 80):
„Methode haben heißt mit dem Weg der Sache gehen, und der Weg der Sache verlangt universitas, genetisch gegliederte Totalität des Blicks.“

Blatt 1/11 SS/2006

159

Wissenschaft und Methode (2)

- Blochs schöne Beschreibung der **Methodenwahl**, bedeutet nichts anderes, als dass die Methodenwahl mit Fingerspitzengefühl/ Einfühlungsvermögen für jeden Untersuchungsgegenstand zu erfolgen hat
Leseempfehlungen aus Blochs Werk: - ‚Naturrecht und menschliche Würde‘ (1961), - ‚Das Prinzip Hoffnung‘ (1982), - ‚Tübinger Einleitung‘
Literatur: J. Esser, ‚Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis‘ (1972)
- Wissenschaft muss ihre Ergebnisse rechtfertigen und hat für deren Überprüfung offen zu sein; **Legitimationsdruck** → Karl R. Poppers Modell der **Falsifizierung**
- Zu diesen Zweck werden **Hypothesen** und **Theorien** gebildet

Blatt 1/11 SS/2006

160

Wissenschaftliche Methoden: Überblick (1)

Wissenschaftliche Arbeiten verwenden unterschiedliche Methoden:

- **Induktion ↔ Deduktion** → Folgefolge
- **Analytisch** (gr. analyo: auflösen, zergliedern) = den Untersuchungsgegenstand (in Teile) zergliedern ↔ **Hermeneutisch**: Untersuchungsgegenstand wird von allen Seiten beleuchtet, um ihn als Ganzes zu verstehen → H. G. Gadamer
- **Systematisch** = Untersuchungsgegenstand wird nach inhaltlicher Kriterien geordnet und behandelt ↔ **Historisch**: chronologische Behandlung des Untersuchungsgegenstands; dia- u. synchron
- **Normativ** = Untersuchung ist bestrebt allgemeine Gesetze zu formulieren ↔ **Deskriptiv**: Untersuchung beschreibt Ist-Zustände/ den Status quo
- **Nomothetisch** = Formulierung allgemeiner Gesetze ↔ **Ideographisch** = Beschreibung besonderer (Einzel)Phänomene

Blatt 1/11 SS/2006

161

Wissenschaftliche Methoden: Überblick (2)

- **Induktion** → Schluss vom Einzelnen auf's Allgemeine; typisch für die Naturwissenschaften aber auch für die Geschichte etc
- **Deduktion** → Schluss vom Allgemeinen auf's Einzelne/ Besondere; typisch für Philosophie und Rechtsdogmatik!
- Gute (Rechts)Wissenschaft verbindet beide Ansätze! – Ziel beider wissenschaftlicher Verfahren sind allgemeine und brauchbare **wissenschaftliche Aussagen!**
- Wissenschaftliches Ziel ist es jeweils (also in beiden wissenschaftlichen Verfahren) eine **Theorie** oder doch **Hypothesen** iSv nachprüfbarer Aussagen über die gesellschaftliche und normative Wirklichkeit zu formulieren
- Begründer dieser Methoden: Griechische Philosophie → Platon/ Akademie, Aristoteles/ Lykeion → Theophrast/ Peripatos, aber auch schon Vorsokratik: Empedokles, Anaxagoras, Demokrit etc

Blatt 1/11 SS/2006

162

Rechtsnorm ≠ Rechtswirklichkeit (1)

Beispiele zu Ehrlichs ‚Porträt‘ 4 bis 7:

Dabei sind zwei Phänomene zu unterscheiden:

- Auf der einen Seite fehlen gesetzliche Vorschriften (Lücken) und werden durch die Rechtspraxis – etwa **RichterR** und **GewR** – ergänzt;
 - auf der anderen Seite ist zu beobachten, dass **vorhandenes GesetzesR** nicht angewandt wird; s. unten das Beispiel der §§ 16, 17 ABGB
- ❑ **cic, ETV, Stö/WdGG**
 - ❑ **§ 308 ABGB**: dingliche Rechte – Besitz, ErbR
 - ❑ **§ 339 ABGB**: Besitzstörung
 - ❑ **§ 364a ABGB**: industrielle Immissionen → Rspr!
 - ❑ **§ 428, 3. Fall ABGB**: Besitzanweisung
 - ❑ Verständnis des **§ 429 ABGB** (Rspr): Versendungskauf

Bianca EIT, SS-2006

163

Rechtsnorm ≠ Rechtswirklichkeit (2)

Fortsetzung der Beispiele zu Ehrlichs ‚Porträt‘ 4 bis 7:

- ❑ **§ 879 Abs 1 ABGB**: restriktive Interpretation
- ❑ **§ 943 ABGB**: Schenkungsform
- ❑ **§ 956 ABGB**: Schenkung auf den Todesfall – Form
- ❑ **§ 1319 ABGB** → Analogie von ‚Gebautem‘ auf ‚Gewachsenes‘/Bäume
- ❑ Langes Übergehen/ Nichtbeachten des Persönlichkeits-schutzes (der §§ 16 und 17 ABGB) durch Rspr. und Schrifttum

Bianca EIT, SS-2006

164

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (10)

- ❑ Ehrlich unterscheidet **3 Arten** des Rechts, weil der übliche ‚**Rechtsbegriff**‘, der sich nur auf das Gesetzesrecht bezieht, (für ihn) nicht ausreicht:
- (1) **Gesellschaftliches Recht**: D. s. die **Organisations-Regeln** der menschlichen Verbände und ihre ‚innere Ordnung‘; zB Familie, Verein, RAO, NotO, HGB/UGB
- (2) **Juristen-Recht**: D. s. die **Entscheidungsnormen/** Rechtssätze, nach denen die Gerichte Streitigkeiten schlichten; auch VerfahrensR: ABGB, ZPO, StPO etc
- (3) **Staatliches Recht**: Rechtsvorschriften für Polizei, Militär, SteuerGe + Eingriffsnormen iSv: Mittel zur Sozialgestaltung
- ❑ Ehrlich schätzte die **Macht des Staates gering** ein, sein gesatztes Recht durchzusetzen! – Hat er recht? → Multis, EU, internat. Finanzwirtschaft!?

Bianca EIT, SS-2006

165

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (11)

- ❑ Ehrlich schreibt **Juristen** aber eine **bedeutende gesellschaftliche Funktion** zu:
Und zwar Richtern, Wissenschaftlern/innen, Rechtsanwälten und Notaren etc als Kautelarjuristen (zB auch dem Beratungswesen von Kammern, Gewerkschaften, Vereinen) = sog ‚**Rechtsstab**‘
- ❑ Juristen **vermitteln** zwischen den 3 Arten des Rechts; sie **verflechten** diese Regeln (im Rahmen der Rechtsanwendung) und **formen** sie um
- ❑ ‚**Gerechte**‘ **Lösungen** zu schaffen/zu finden ist eine **Kunst!** – Schöne Zitate Ehrlichs dazu, in: ‚Grundlegung der Soziologie des Rechts‘– Sind sich Juristen/innen ihrer Verantwortung und Möglichkeiten immer bewußt?

Bianca EIT, SS-2006

166

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (12)

Freirechtsschule – 1

- ❑ Ehrlichs **Wissenschaftsverständnis** führte zu **Kritik an den herrschenden Rechtsanwendungsmethoden** seiner Zeit
Werk: ‚Freie Rechtsfindung und freie ReWi‘ (1903/1967)
- ❑ Ehrlich ist Mitbegründer der sog. **Freirechtsschule**:
 - Kritik am **Dogma der Lückenlosigkeit der RO** und der daraus abgeleiteten Behauptung des Rechtspositivismus (ua von Kelsen),
 - die **RO halte für jeden Streitfall eine Lösung bereit**, weshalb
 - der **Richter** bloß ein **Subsumtionsautomat** (SV → Tb → RF) sei!
- ❑ Für Ehrlich ist der **Richter** nicht bloß **„la bouche, que prononce la parole de la loi“** (Montesquieu), sondern ein **eigenverantwortliches Organ der Rechtsanwendung**:
Lückenfüllung und Rechtsfortbildung: Martini! – Dieses Verständnis geht schon auf Platon und Aristoteles zurück!
- ❑ Zur Lückenschließung → griechischer Richtereid!

Bianca EIT, SS-2006

167

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (13)

Freirechtsschule – 2

- ❑ Viel **falsche Kritik** an E. Ehrlich + ‚Freirechtsschule‘:
 - Der **Vorwurf**, sie hätte eine arbiträre **Rspr ohne Bindung an das Gesetz** gefordert, ist falsch!
 - Ehrlich forderte vielmehr **Gesetzestreue des Richters**, soweit sich ein Fall aus dem Gesetz entscheiden lässt
 - Nur wenn die Auslegung versagt, also im Fall einer **Lücke**, soll der Richter selbst iSd Lückenfüllungsregeln entscheiden
 - Das ist das **Konzept des § 7 ABGB** (Ehrlich war Österreicher und kannte das ABGB)! – Auch hier besteht **keine völlige Freiheit des Richters!** Vielmehr: Analogiestufen bis hin zu kreativer Rechtsfindung!
- ❑ Ehrlich betont die **schöpferische Richterpersönlichkeit**:
England, USA/ **case law** – Das fand Anklang!
Doch: „Die freie Rechtsfindung ist konservativ wie jede Freiheit, denn **Freiheit bedeutet eigene Verantwortung**, Gebundenheit wälzt die Verantwortung auf andere ab.“ – Ist das wirklich konservativ?

Bianca EIT, SS-2006

168

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (14)

Freirechtsschule – 3

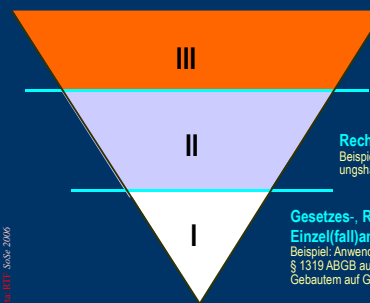
- Aufgrund der häufig falschen Kritik an der ‚Freirechtsschule‘ und E. Ehrlich gehe ich idF kurz auf die **Lückenfüllung nach § 7 ABGB** ein
- K. A. v. Martini § 7 ABGB beinhaltet das **Weltmodell der Lückenfüllung** durch 3 Analogiestufen
- Weder das **PreußALR** (1794) noch der **frCC** (1804) erreichten die Qualität des **ABGB** – Auch andere spätere Lösungen (zB Italien, Spanien, Schweiz) folgten – cum grano salis – dem ABGB, erreichten es aber nicht mehr!

Lit.: Johanna Höhl, Die Lückenfüllung der klassisch-europäischen Kodifikationen. Zur Analogie im ALR, Code Civil und ABGB (2006)

169

Öffnen des ‚Analogiefilters‘: § 7 ABGB

Lückenfüllung nach K. A. v. Martini



Natürliche Rechtsgrundsätze:
Öffnen des Analogiefilters auf die gesamte RO und darüber hinaus auf das Natur- oder Kulturrecht aller zivilisierten Staaten
Beispiel: Totenrecht, Persönlichkeitsschutz

Rechts- oder Gesamtanalogie
Beispiele: clc + W/StdGG + Analogiepraxis in der Gefährdungshaftung

Gesetzes-, Rechtssatz- oder Einzelfallanalogie
Beispiel: Anwendung der Gebäude(halter)haftung des § 1319 ABGB auf morsche Bäume (F. Gschntzer); kurz: von Gebäudem auf Gewachsenes; aus: Barta, Zivilrecht 726 (2004)²

170

Eugen Ehrlich: Porträt/ Werk (15)

Freirechtsschule – 4

- Ehrlichs pointierte und leidenschaftliche Kritik stieß auf die Ablehnung von **Schuljurisprudenz** und **Rechtspositivismus**
Kontroverse: Ehrlich ↔ Kelsen*
- Die praktische Wirkung von Ehrlichs Kritik war jedoch groß! – In seiner Tradition steht die heute anerkannte **Interessenjurisprudenz** + **neuere Methodenlehren**:
J. Esser**, W. Fikentscher*** etc) + **moderne Rspr**: Richterliche Rechtsfortbildung, Ablehnung der Annahme einer Lückenlosigkeit der RO

* **Kelsen (Eine Grundlegung der Rechtssoziologie)**, ASSP 39/ Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik (1915) 839 ff ↔ **Ehrlich**, ASSP 41 (1916) 844 ff (Entgegnung); **Kelsen** (Replik), ASSP 41 (1916) 850 ff; ↔ **Ehrlich** (Replik), ASSP 42 (1916/ 17) 609 f; **Kelsen** (Schlusswort), ASSP 42 (1916/ 17) 611 f.

** **Esser**, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (1990 5) und derselbe, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1970)

*** **W. Fikentscher**, Methoden des Rechts Bd. 4, 129 ff, 1269 ff (1977)

171

b) Max Weber (1864-1920)

- Porträt/ Werk
- Methode
- Idealtypus
- Werturteilsfreiheit

Barta, EZL, SS/SP, 2006

172

Max Weber: Porträt/ Werk (1)

- **Lebensdaten**: 1864 (*Erfurt) -1920
- 1882-1886: Studium der ReWi, Ökonomie und Philosophie – **Habil**/ Berlin (1892): ‚Die römische Agrargeschichte in ihrer Bedeutung für das Staats- und Privatrecht‘ (1891)
- 1893-1903: **Professuren für Nationalökonomie** in Berlin, Freiburg, Heidelberg und ab → ab 1918: München
- 1918: Mitbegründer der Deutschen Demokratischen Partei
- **Hauptwerke**: ‚Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus‘, ‚Wirtschaft und Gesellschaft‘
- **Werkbezüge**: ReWi + Nationalökonomie + Wissenschaftstheorie + Soziologie (Religions-, Wirtschafts- und Rechtssoziologie) + zeitgeschichtliche Fragen
- Weber ist eine **wichtige Gestalt** der (Rechts)Soziologie

Barta, EZL, SS/SP, 2006

173

Max Weber: Porträt/ Werk (2)

- Webers **RS**: 1911-13 geschrieben, wurde erst 1921, also posthum veröffentlicht, lange nach Ehrlich
 - Webers ‚RS‘ ist ein Kapitel aus **Wirtschaft und Gesellschaft** + weiteren Teilen dieses Werks, zB der soziologischen Kategorienlehre + der Typologie der Herrschaftsformen + dem Verhältnis von Recht und Wirtschaft
 - Hier kann nur auf die **Bedeutung** Webers hingewiesen werden! – Es lohnt Teile seines Werks zu lesen!
 - Sein **Stil** ist aber oft sperrig und erschwert die Rezeption; harsche Kritik von M. Rehbinder

Barta, EZL, SS/SP, 2006

174

Max Weber: Porträt/ Werk (3)

- Webers **soziologischer Rechtsbegriff/RB** kennt 2 Merkmale:
 - (1) Existenz eines **Rechtsstabs + Sanktionsapparats**,
 - (2) der die **Durchsetzung der Norm-Ordnung** erzwingt, also Verstöße ahndet
- Ehrlich vertritt **'Anerkennungstheorie'** ↔ Weber eine **Zwangstheorie** des Rechts – Frage: Kann Recht funktionieren, wenn es nicht von der Mehrheit anerkannt, sondern nur von jeweiligem System mit Zwangsgewalt durchgesetzt wird? → Konvergenz beider Lehren!
- **Soziologie** ist für Weber die **Lehre vom sinnhaften sozialen Handeln** und von den daraus entstehenden **sozialen Bindungen**
- Webers **'RB'** ist **anfechtbar** eng, aber nicht uninteressant; Gültigkeit nur für Moderne (?)

175

Literatur zu Max Weber

- **Marianne Weber**, Max Weber – Ein Lebensbild (1926)
- **D. Käser**, Max Weber. Eine Einführung in Leben, Werk und Werktag (1995)
- **M. Rehbinder/ K.-P. Tieck** (Hg.), Max Weber als Rechtssoziologe (1987); das Werk enthält auch fachliche Kritik
- **Max Weber für Jeden** – 7 Bde (UTB, ~ 100 €); enthält: - Gesammelte Schriften zur Sozial- und Wirtschaftsgeschichte; - Politische Schriften, - Religionssoziologie I – III, - Wissenschaftslehre, - Soziologie und Sozialpolitik

176

Max Weber: Porträt/ Werk (4)

- Für die RTF wichtige **soziologische Begriffe**:
 - **Ideal-** und **Realtypus**; dazu noch mehr
 - **Typen der Herrschaft**: Eng mit ‚RS‘ verbunden – Denn: **Recht** ist für Weber die **durch einen mit Herrschaftsgewalt ausgestatteten Rechtsstab garantierte soziale Ordnung** + Recht **legitimiert** diese Ordnung – Verbindung von Macht und Recht! (Aischylos: „Wenn Macht und Recht in einem Joche gehen, welch' Zweigespann kann stärker sein als dieses.“)
 - Unterscheidung zwischen (tatsächlicher) **Macht** und (rechtlich legitimer) **Herrschaft**; vgl. **Besitz/ tatsächliche Macht** ↔ **ET/ rechtliche Herrschaft**

177

Max Weber: Porträt/ Werk (5)

- **Methode der ‚verstehenden Soziologie‘ – 1**
- Auch Weber betont den Unterschied zwischen **SEIN** (Soziologie) und **SOLLEN** (ReWi), also zwischen **soziologisch-empirischer** und **juristisch-dogmatischer** Betrachtung
- Webers soziologischer **Methodenansatz** ist aber **geisteswissenschaftlich** beeinflusst: Er will den **Sinn sozialen Handelns** ‚deutend verstehen‘ und es ‚dadurch in seinem Ablauf und in seinen Wirkungen ursächlich erklären‘ → **Hermeneutik**: H. G. Gadamer; Hermeneutik ist mehr als Textinterpretation!
Auch hier spielt der **Idealtypus** eine Rolle – Weber verzichtet auf die Formulierung sozialer Gesetze (analog zu Naturgesetzen), stellt aber auf das Typische und Sinnhafte sozialer Vorgänge ab → **soziologische Gesetze**
- Weber vermeidet **monokausale Erklärungen** (wie Marxismus) und betont die **Fülle von Einflussfaktoren** auf das soziale Leben: politische, ökonomische, historische, religiöse, ethische, geistige, rechtliche usw. – Das **Recht** spiegelt diese Einflüsse wider!

178

Max Weber: Porträt/ Werk (6)

Methode der ‚verstehenden Soziologie‘ – 2

- Das besondere Augenmerk Webers gilt der **Wechselwirkung von Wirtschaft und Recht**; aber es gibt auch autonome Anliegen des Rechts: etwa **Gerechtigkeit** (unabhängig von Ökonomie) oder **Rechtssicherheit**!
- Prozess der **Rationalisierung des Rechts**: Vom Nomolog. Wissen zu den → Einteilungen: **öffentlR** ↔ **PrivatR** (verschiedene Theorien; zB Interessenth.), **StrafR** ↔ **ZivilR** (Haftung gegenüber der Gemeinschaft und gegenüber Einzelnen), **DeliktsR** ↔ **VertragsR**; Vertrags- und Vereinigungsfreiheit (./.), juristische Methode, Gerichte/ VerfahrensR (Rechtsdurchsetzung), Rechtsunterricht
 - **Gang der Rechtsgeschichte** gekennzeichnet durch → Entwicklung zu formaler Rationalität! Gefahr: Volksferne! Wer ist Adressat von Recht?

179

Max Weber: Porträt/ Werk (7)

Vertragsfreiheit – 1

- **ABGB** regelt ‚Vertragsfreiheit‘ nicht – Sie ist auch **verfassungs-** und **grundrechtlich** nicht explizit geregelt, sondern muss umständlich aus der Erwerbs-, Niederlassungs- und ET-Freiheit etc abgeleitet werden
Dringlichkeit der Grundrechtsreform: Scheitern des Verfassungskonvents!
- **Martinis Entwurf** (1796) und das **WGGB** (1797) kennen noch eine ausdrückliche Regelung der ‚Freiheit Verträge zu schließen‘; Qualitätsverlust bereits des ABGB
Lit.: Barta, in: Barta/Palme/Ingenhaeff (Hg), Naturrecht und Privatrechtskodifikation 82, 85, 402 (1999)
- **M. Weber** geht auf die rechtshistorisch lange und schwierige **Entwicklung der ‚Vertragsfreiheit‘** ein; WuG 398 ff und RS 128 ff – Erstmals nachweisbar wurde die Vertrags- und Vereinsfreiheit durch Solon geregelt: 594/3 v. → sog. Homologieformel! – später gesetzlich geregelt!

180

Max Weber: Porträt/ Werk (8)

Vertragsfreiheit – 2

- Zur **Entstehung von (Privat)R-Gebieten + Rechts-Instituten**
- Weber geht auf die **Trennung von öffentl und PrivatR** ein; heute allgemeiner (Wissens)Stand; RS 107 ff (Griechen!)
- Martini war (wie später Kelsen) **„Monist“** - Was heißt das?
- Anschließend behandelt Weber das Entstehen der Trennung von **StrafR ↔ ZivilR**; hier insbes des SchadenersatzR – RS 113 ff:
 - Gemeinsame Wurzel (der lange ungeschiedenen Bereiche) war das **DeliktsR**: BlutR + Vermögen
 - Nach Weber war ursprünglich **jede Klage eine ex delicto** (?? Lévy-Strauss, B. Malinowski)
 - Innerhalb der **Familie** regiert **Hausherr** (fast) **„absolut“**; allenfalls sakral-religiöse Schranken, daher zunächst kein Recht (??) – Gemeinschaft!
 - Heute sehen wir manches anders! – Vgl **Radbruch**: CCC 1532; s. Zivilrecht II 576 (2004²)

181

Max Weber: Porträt/ Werk (9)

Vertragsfreiheit – 3

- Erste Ansätze in Richtung **„Recht“** entstehen nach Weber durch die **Verletzung von Clanregeln** durch Mitglieder anderer Clans und durch Fremde → **(Blut)Rache** oder **Sühne** (Vergleich! - Vertrag!) → **Talion**
W. Schmitz (2004); für den dominierenden bäuerlichen Bereich galt das offenbar nicht!
- Rache und Sühne sind **Sache des Verletzten + Familie + Beistandspflicht des eigenen Clans**
 - Sühneverfahren zw Clans unterscheidet nur allmählich zwischen **Rache** heischendem Frevel und bloß **Ersatz** erfordernder Unrechtmäßigkeit
 - **Clanverhandlungen** → Frühe Vereinbarungen/ (Vergleichs)Verträge: Bußgeldvereinbarungen!
 - **R. Maschke** (1926/1968): **Drakon** übernimmt **Sühneregeln des delphischen Apollon**: Mord/ vorsätzliche Tötung = unsühnbar → Blutrache; Totschlag/ unvorsätzliche Tötung = sühnbar → Buße + Reinigung: Miasma ↔ Kátharsis (schamanistischer Einfluss; Epimenides)

182

Max Weber: Porträt/ Werk (10)

Vertragsfreiheit – 4

- Zivilrechtlich-schadenersatzrechtliche **Anspruchsverfolgung** und **strafrechtliche Anklage** gehen zunächst im Begriff der (Privat)Rache/ Sühne ungeschieden auf – Keine Unterscheidg!
- Das wird durch **Eigentümlichkeiten des frühen/„primitiven“ Rechts und Rechtsgangs** gefördert:
 - (1) Durch das **Fehlen** (der Berücksichtigung) **von** (persönlicher) **Schuld** (und der durch Gesinnung definierten **Schuldgrade**) → Vielmehr: Jedes (Erfogs)Unrecht ist sühnepflichtiges „Delikt“!
 - (2) Auch die private **Rechtsdurchsetzung** fördert die „Erhaltung dieser Ungeschiedenheit!“ – Sie ist nämlich die **gleiche** bei einem **Streit** um ein **Grundstück** und bei **Totschlag**!**Beachte**: Erste Unterscheidung zwischen vorsätzlichem ↔ unvorsätzlichem Handeln durch **Drakon** (Verschriftlichung von GewohnheitsR?) → Folien zu Pkt V. e. „Zufall“

183

Max Weber: Porträt/ Werk (11)

Vertragsfreiheit – 5

- In der Frühzeit → **keine staatliche Exekution**
 - **„Staat“** war selbst erst im Entstehen begriffen und schwach!
 - **Befolgen** von Wahrsprüchen, Urteilen, Orakeln, Verträgen erfolgte aus **magisch-religiöser Scheu** – Nichtbefolgung war Frevel; sakrale Komponente – Eid + Selbstverfluchung!
 - **Rechtsdurchsetzung** geschah durch Clan oder den Verletzten selbst → **Selbsthilfe**: Tötung oder Pfandnahme der Person des Verurteilten bis zur Einigung über Sühnebetrag
 - Haus, **Verwandtschaftsverband/Clan** war auch ein **Rechtsverband**, insbes Garant der Rechtsdurchsetzung
 - Seit **Drakon** (621/ 2 v.): Selbsthilfe/Rache erstmals an staatliche Zustimmung der Volksversammlung gebunden
- W. Schmitz (2004) ↔ M. Weber ist ungenau (!)

184

Max Weber: Porträt/ Werk (12)

Vertragsfreiheit – 6

- Zu einem **hoheitlichen Einschreiten** („imperium“: Fürst, Magistrat) kommt es erst, wenn (private) **Vollstreckung vereitelt** oder **gestört** wird → **Friedloslegung** woraus allmählich die amtlich-hoheitliche Vollstreckung wird
- **Form der Rechtsdurchsetzung** ist demnach ein Indiz für die Entwicklung eines Gemeinwesens/Staates
- Aristoteles unterscheidet in seiner „Politik“ folgende Entwicklungsschritte: **Haus/ oikos** → **Dorf/ Kome** (als Zusammenschluss der Häuser und Nachbarschaften) → **Polis/ Stadtstaat**

185

Max Weber: Porträt/ Werk (13)

Vertragsfreiheit – 7

- Weber hat die **griechische Rechtsentwicklung** zu wenig beachtet – Sie bietet aber interessante Aspekte: **Drakon**, **Solon**, **Kleisthenes** etc. – Und dies in mehrfacher Hinsicht. Nämlich in Bezug auf die:
 - **Ablöse der Blutrache/ Selbsthilfe** → **Staatsentstehung**;
 - aber auch den Ausdifferenzierungsprozess von **Religion** und **Recht** aus der frühen Gesellschaft;
 - schließlich die Entstehung des **Nomologischen Wissens** und von dessen erneuter allmählicher Auflösung und
 - das **Entstehen von Moral** (und deren Übertragung auf Religion und Recht).
 - Formel (von E. R. Dodds, *The Greeks and the Irrational*, 1951) : **Religion** entsteht aus der Beziehung des Menschen zu seiner gesamten Umwelt; **Moral** aus der Beziehung zum Mitmenschen!

186

Max Weber: Porträt/ Werk (14)

Vertragsfreiheit – 8

- Weber übersieht im Rahmen der von ihm geschilderten Entwicklung einen wichtigen Teilschritt (in Richtung der Entwicklung staatlicher Zwangsgewalt), den die **griechische Rechtsentwicklung** kannte:
 - den **Vermögensverfall**, der mit **Friedloslegung** (zB im Rahmen einer ‚Exekutionsvereitelung‘) einherging; schon vordrakontisch: ~ ab 7. Jh. v.
 - **Persönlich** konnte sich nämlich ein Mörder (samt Fahrnis) durch Flucht der Blutrache entziehen; sein **Grundbesitz** verfiel aber der Gemeinschaft
 - Darin lag ein **erster Schritt** in Richtung → **Realexekution** + staatliche Vollstreckung
- Von hier aus ist es nur noch ein kleiner Schritt zur → **staatlichen Rechtsdurchsetzung/ Exekution: Monopol der Zwangsgewalt und Rechtsdurchsetzung**
In Griechenland: Ab 5. Jh v.: staatl. Vollstreckung/ E. Schönbauer

Max Weber, SoS, 2006

187

Max Weber: Porträt/ Werk (15)

Vertragsfreiheit – 9

- Ursprünglich fehlte nicht nur eine **amtliche Exekution**, sondern auch eine **amtswegige Deliktsverfolgung** (RS 117 ff):
 - Innerhalb von Haus und Clan → Züchtigung durch Hausherrn/ kyrios/ pater familias: Zunächst **kein (Straf)R!** – Neue Ergebnisse durch W. Schmitz, Nachbarschaft und Dorfgemeinschaft (2004) – Dorf/ Gemeinschaft sanktioniert Regelverstöße → V b: Staatsentstehung
 - Das **StrafR** entwickelt sich in einfacher Form ‚außerhalb des Hauses‘ bei Gefährdung nachbarschaftlicher oder der Interessen des gesamten politischen Verbandes; typisch: Religions- und Militärfrevel (Verrat, Desertion) → Friedlosigkeit, Lynchjustiz – In allen anderen Fällen: private Rache (Strafdelegation für Gemeinschaft)
 - Allmähliches Entstehen verbindlicher **Regeln**: StrafR ∞ öffentlR

Max Weber, SoS, 2006

188

Max Weber: Porträt/ Werk (16)

Vertragsfreiheit – 10

- Geschilderte Entwicklung gilt nach Weber auch für das **Entstehen des materiellen PrivatRs**; RS 116 (?)
- ‚**Alle**‘ (**Kontrakts**)**Obligationen** waren nach Weber ohne Ausnahme zunächst **ursprüngliche Deliktobligationen**‘ und auch so ‚konstruiert‘ (??)
- Webers Meinung ist hier ergänzungs- und korrekturbedürftig

Max Weber, SoS, 2006

189

Max Weber: Porträt/ Werk (17)

Vertragsfreiheit – 11

- **Rechtsschöpfung** und **Rechtsfindung** im **PrivatR/ Zivilprozess**:
- **Rechtsschöpfung** = Satzung genereller Normen
- **Rechtsfindung** = Anwendung gesatzter Normen auf SachVe
- **Reziproke Wirkung des Rechts** (Rechtsschöpfung und -findung) **auf die Wirtschaft und umgekehrt**
- ... **Rationalität des Rechts(denkens)**: ‚Konstruktions‘-Arbeit und Systematisierung – Typisierung von Tbn + RF
Systematisierung als ‚Inbeziehungsetzen‘ aller durch Analyse gewonnenen Rechtssätze derart, dass sie untereinander ein logisch klares, in sich logisch widerspruchsfreies und, vor allem, prinzipiell lückenloses (?) System von Regeln bilden
- Niveauvolle **Kautelarjurisprudenz** im antiken Griechenland: gefördert durch Polisbildung und Kolonisation (Mutter- u Tochterstadt; bereits intermunicipales KollisionsR)

Max Weber, SoS, 2006

190

Max Weber: Methode (1)

Lit.: – D. Käser, Max Weber. Eine Einführung in Leben, Werk und Wirkung (1995)

- Webers **soziologische Methode** ist methodisch-wissenschaftstheoretisch durch **3 integrierte Konzepte** charakterisiert:
 - (1) Das **Konzept des Verstehens** (der gesellschaftlichen Vorgänge) – durch Verbindung von:
 - Mikro- und Makroansätzen sowie die
 - hermeneutische Rekonstruktion von Sinnzusammenhängen
 - (2) Das **Konzept des Idealtypus**
 - (3) Das **Postulat der Werturteilsfreiheit**

Siehe Folgefolien

Max Weber, SoS, 2006

191

Max Weber: Methode (2)

- Webers ‚**Verstehende Soziologie**‘ besteht aus 2 unterschiedlichen methodischen Komponenten:
 - einer **empirischen** und
 - einer **kausal-analytischen**.
- Beide Komponenten begründen den ‚**wirklichkeitswissenschaftlichen**‘ **Charakter** der (R)S
- ‚**Sinn**‘ ist für Weber ein (mit)bestimmender realer Faktor menschlichen Handelns; aktuelles Verstehen, Motivationsverstehen – **Sinnzusammenhang**
- Das Ergebnis von Sinn-Deutungen sind **sozialwissenschaftliche Hypothesen**; leider werden diese Hypothesen wissenschaftlich zu wenig geprüft – daher nur schleppender Fortschritt
- **Beachte**: Zur Entstehung von **Religion** und **Recht**
 - **Religion** → Suche nach **Sinn**(zusammenhängen)
 - **Recht** → Suche nach **Ordnungs-** und **Organisationszusammenhängen**In beiden Fällen kommen Schutz- und Sicherheitsbedürfnisse dazu! – Vgl. B. Malinowski, Eine wissenschaftliche Theorie der Kultur (2005)

Max Weber, SoS, 2006

192

Max Weber: Konzept des ‚Idealtypus‘ (1)

- Welcher **instrumentale Stellenwert** kommt ihm zu?
- **Zweck:** Bewältigung der Materialflut durch „Erörterung sozialer Probleme unter **philosophischen Gesichtspunkten**“ + „Bildung klarer **Begriffe**“
- **Hintergrund:** Intellektuelle Kontroversen an der Wende vom 19. zum 20. Jh. – sog **Methodenstreit** zwischen: verschiedenen Richtungen der Nationalökonomie (G. Schmoller ↔ C. Menger), Philosophie (Neoidealismus: Dilthey, Husserl, Simmel ↔ Neokantianismus: Rickert, Stammler, Windelband)
- **Begriff des Verstehens** als spezifische Methode der **GeWi** gegenüber den **NatWi**: Erkenntnis des Besonderen, Individuellen, Einmaligen ... keine Naturgesetze!

Lit.: – D. Kaser, Max Weber 229 ff (1995)

193

Max Weber: Konzept des ‚Idealtypus‘ (2)

- Welche **Idealtypen** lassen sich etwa für die griechische Staats-, Rechts- und Religionsentwicklung bilden ?
- **Haus/ oikos** → kyrios ↔ **Despoina/Hausfrau + Kinder + Gesinde** → Spiegelung in der Religion!
- **Nachbarschaft** → Hilfs- und Schutzgemeinschaft
Lit.: W. Schmitz, Nachbarschaft und Dorfgemeinschaft (2004)
- **Dorf/ Kóme** → erweiterte Hilfs- und Schutzgemeinschaft sowie frühe Rechtsgemeinschaft (s. III)
- **Polis/ Stadtstaat** → früher Staat mit Institutionen und Beamten etc
- **Freiheit, Gleichheit, Teilhabe** am Staatsgeschehen
- **Recht und Gerechtigkeit**

194

Max Weber: Konzept des ‚Idealtypus‘ (3)

- 1904: M. Weber, Die **Objektivität** sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis
- **Ziel:** Kritik an jenen Historikern, die **klare Begriffsbildungen** für unmöglich hielten
- **‚Scharfe‘** (= idealtypische) **Begriffe** sind nötig zum Erkennen der Wirklichkeit: „inwieweit sich ... [eine historische Erscheinung] dem einen oder anderen ‚Idealtypus‘ annähert“ – ‚Abstriche‘ bei Realtypen!
- Vgl. ReWi: Das **Rechtsgeschäft** (Idealtypus ↔ Realtypus: Kauf, Tausch, Schenkung etc) oder **Verschuldens- und Gefährdungshaftung**

195

195

Max Weber: Konzept des ‚Idealtypus‘ (4)

- Weber wollte die **‚Kulturbedeutung‘** historischer **Tatsachen** erklären – Dabei spielen Religion und Recht eine herausragende Bedeutung
- ... um in das **‚Chaos‘** der **Wirklichkeit** /Geschichte eine **‚gedachte Ordnung‘** hinein zu projizieren
- **Oberste Aufgabe des Idealtypus:** Vielfalt individueller Erscheinungen hypothetisch einem ‚idealen‘, dh einem gedachten Verlauf zuzuordnen; **Luhmann** hat das später Reduktion von Komplexität genannt! – Zu den Gefahren: B. Malinowski (2005)

196

196

Max Weber: Konzept des ‚Idealtypus‘ (5)

- (1) ‚Idealtypus‘ als **genetischer Begriff:** Herausdestillieren der für bestimmte Entwicklungen ursächlichen und wesentlichen Begriffe
- (2) ‚Idealtypus‘ ≠ **Hypothese**, aber doch etwas Ähnliches
- (3) ‚Idealtypus‘ = **heuristisches Mittel** zur Anleitung empirischer Forschung
- (4) ‚Idealtypus‘ **dient der Systematisierung** der empirisch-historischen Wirklichkeit = Konstruktion aus der Wirklichkeit
- (5) **Ergebnisse mit Hilfe des ‚Idealtypus‘** zum Verstehen der Wirklichkeit müssen immer wieder **angepasst** und umgedeutet werden → fortschreitender Fluss der Kultur

197

197

Max Weber: Werturteilsfreiheit (1)

- **Grundbestimmung wissenschaftlichen Erkennens:** nicht nur für Einzeldisziplinen
- **Werke:**
 - (1) Die **‚Objektivität‘** sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer **Erkenntnis** (1904);
 - (2) Der **Sinn der ‚Wertfreiheit‘** der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften (1917);
 - (3) **Wissenschaft als Beruf** (1919);
 - (4) **Politik als Beruf** (1919)
- Anhaltende **Diskussion** → Ideologiekritik (Topitsch)
- Viele **Missverständnisse**, Verzerrungen und Trivialisierungen
Lit.: Albert/Topitsch (Hg), Werturteilsstreit (1971)

198

198

Max Weber: Werturteilsfreiheit (2)

- Zusammenhangsbereiche für ein Verständnis von Webers Anliegen:
 - **Philosophischer** Hintergrund
 - **Theoretischer** Hintergrund
 - **Organisatorischer** Hintergrund
- Lage und politisches **Selbstverständnis der dt Wissenschaft** um 1900

Max Weber: Werturteilsfreiheit (3)

- Der **„philosophische“** Hintergrund
 - Krise im geschichtlichen und gesellschaftlichen Bewusstsein Europas in den Jahrzehnten vor dem Ersten Weltkrieg: **Krise des Historismus**
 - Aus **Kulturkritik** wird (in dieser Zeit) **Kulturpessimismus**: Ist eine Geschichts- oder Gesellschaftswissenschaft überhaupt möglich? – Zweifel!
 - **Weber versucht** zwischen den gegensätzlichen Positionen (Relativismus/Pessimismus ↔ ‚Sinn der Geschichte‘) **zu vermitteln**

Max Weber: Werturteilsfreiheit (4)

- Der **„theoretische“** Hintergrund
 - Standortbestimmung der dt Nationalökonomie → Bedeutung der historischen Dimension ökonomischer Vorgänge: G. Schmoller – ‚Verein für Sozialpolitik‘ (1872) – praktische Wirtschaftspolitik
 - **Methodenstreit**: C. Menger ↔ G. Schmoller
 - Weber will auch hier vermitteln

Max Weber: Werturteilsfreiheit (5)

- Der **„organisatorische“** Hintergrund
 - Der Werturteilsstreit über das Werturteilsfreiheit-Konzept wurde in Form von meist literarischen **Diskussionen** ausgetragen
 - Organisatorische Bühne war der **‚Verein für Sozialpolitik‘** + die **‚Dt Gesellschaft für Soziologie‘**
 - **‚Verein für Sozialpolitik‘**: 3 Fraktionen (Kathedersozialisten, Mitte, rechter Flügel) – Diskussions- und Publikationsforum

c) Arthur Nußbaum (1877-1964)

- Programmschrift zur RTF (1914)

Arthur Nußbaum (1)

- **Lebensdaten**: 1877-1964
- Ein Jahr nach Ehrlichs ‚RS‘ – erschien 1914 Nußbaums **Programmschrift**: ‚Die Rechtsstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht‘; die folgenden Seitenhinweise beziehen sich darauf.
- Er beschwor darin den **„neuen Geist“** der Jurisprudenz, der sich **„bemerkbar macht“**, weil viele der **„leeren Dogmatik überdrüssig“** geworden seien! (S. 1)
- Der **„noch gar nicht abzuschätzende Gewinn“** könne nur **„durch die ReWi und durch den Rechtsunterricht“** gesichert werden
- Statt **„rein formal-methodologischer Erörterungen ... um den abstrakten Begriff der Rechtsfindung als Mittelpunkt“** gelte es **„jene Schwäche des Wirklichkeitssinnes, die nun einmal das Erbe unserer Privatrechtswissenschaft zu sein“** scheinen, zu beseitigen (S. 2)
- Nußbaum bleibt aber ein **Epigone** Ehrlichs, hat aber manches erreicht und hat der RTF in punkto Verbreitung einen wichtigen Dienst erwiesen!

Arthur Nußbaum (2)

- N. fordert – wie Ehrlich – eine ‚**Umbildung**‘ und ‚**Erweiterung des juristischen Lehrstoffs**‘ (S. 4)
- Richtern, Anwälten, Notaren etc soll jenes Wissen und Können vermittelt werden, dessen sie bedürfen!
- Reine **juristische Dogmatik** sei **aber zu wenig!**
- Gefördert werden soll in der Ausbildung nicht nur eine ‚spätere **prozessrichterliche**‘ Tätigkeit (S. 4), sondern auch die ‚**Bedürfnisse der nichtrichterlichen Juristen**‘! – Das ist wichtig und stellt bis heute eine Schwachstelle der juristischen Ausbildung dar.
- Das betrifft etwa: Jugendfürsorge, Vormundschaft, außerstreitige Tätigkeiten, Zwangsversteigerung, Fragen des Straf- und öffentlRs usw ! (S. 5)

205

Arthur Nußbaum (3)

- Im Gegensatz zu E. Ehrlich und E. Fuchs will Nußbaum **keine neue Theorie** (wie die soziologische Jurisprudenz), sondern nur eine **Ergänzung** der ReWi durch ‚induktiv zu erforschende Tatsachen‘ des Rechts (S. 6)
- Das stellt eine entscheidende Schwachstelle bei Nußbaum dar, zumal der überkommenen und immer noch dominierenden Begriffsjurisprudenz nur durch ein neues theoretisches und methodisches Konzept beizukommen war.
- Nußbaum wollte etwas anderes als E. Ehrlich!

206

Arthur Nußbaum (4)

- Die **Auswahl** der Rechtstatsachen hat iSv N. **nach den „Bedürfnissen der Rechtslehre selbst**, also nach spezifisch juristischen Gesichtspunkten zu erfolgen“; S. 6
- Für ein **Verständnis des Rechts** zu berücksichtigende **Tatsachen** sind für N.: - politische, - gesellschaftliche und - psychologische, also nicht nur – wirtschaftliche **Rechtstatsachen**; S. 8
- **RTF** soll **kein Selbstzweck** für die Jurisprudenz sein, sie ist für N. **keine neue Disziplin**; vielmehr Belebung, Vertiefung und Bereicherung des bisherigen juristischen Lehr- und Lernstoffs, um fruchtbare Problemstellungen für die wissenschaftliche Einzelarbeit zu gewinnen

207

A. Nußbaum – Programm der RTF (1)

- **Wichtigste wissenschaftliche Zielsetzungen** (11 ff):
 - tatsächliche **Anwendung des Gesetzes** (→ E. Ehrlich!),
 - insbesondere durch die **Gerichte** und das **Publikum** (→ E. Ehrlich!),
 - ... welche **Zwecke** mit den Normen **verfolgt** werden und welche **Wirkungen** sie äußern
- **Kurz:** Es geht um die wissenschaftliche **Erforschung der tatsächlichen Gesetzesgeltung und -anwendg**
→ **Beispiele** (von mir): - J. Fedynskij, Rechtstatsachen auf dem Gebiete des Erbrechts ... (1967); - Wie lebt das eheliche Güterrecht? - Wie steht es um die Anwendung des MRG? - Die Praxis der Verlags- oder der Gesellschaftsverträge oder des Hypotheken- oder TreuhandRs; - AGB, - Praxis der Patienten-Entschädigungs-, - KSchG ‚life‘; - Testamentsvollstreckung usw.

208

A. Nußbaum – Programm der RTF (2)

Programm der RTF (2)

- Eine so verstandene **RTF** ist nach N. für die **Rechtsdogmatik** ein ‚**unentbehrlicher Wegweiser**‘ (S. 12), denn:
 - sie leitet zu ‚**fruchtbaren Problemen**‘ und
 - hilft ‚**gegenstandlose Probleme**‘ erkennen
- **Beachte:** All das hat schon Ehrlich betont. – Und nicht alles, was dogmatisch für wichtig gehalten wird, ist es auch! – N.: „Tatsächlich ist ein ganz gewaltiger Teil der juristischen Literatur schon wegen verfehelter Problemstellung vollständig unnütz“ (!)
- Die RTF bedeutet für N. ‚**Freimachung mißbrauchter geistiger Energie zu fruchtbarer Arbeit**‘ (S. 13)

209

A. Nußbaum – Programm der RTF (3)

Programm der RTF (3)

- Das Erforschen bestimmter Rechtstatsachen führt zur Betrachtung jener typischen Institutionen, die in einem Gebiet als **(Hilfs)Akteure** auftreten.
 - **VormundschaftsR** → Vormundschaftsgerichte + Jugendämter
 - **HypothekenR** → (Boden)Kreditorganisationen etc
 - **ProzessR** → Richter/innen, Rechtspfleger/innen + Rechtspraktikanten/innen
 - **Rechtsanwälte** → Kanzleipersonal + Konzipienten
 - **UrheberR** → AKM etc
- All das weist auf die praktische Bedeutsamkeit der von Ehrlich betonten ‚**Organisationsnormen**‘ hin

210

A. Nußbaum – Programm der RTF (4)

Programm der RTF (4)

- Der seit R. v. Ihering betonte ‚**Zweck im Recht**‘ – und sein Erkennen im geltenden Recht – wird durch die RTF gefördert!
- Mit seinem ‚**Programm der RTF**‘ will N. sowohl in:
 - **wissenschafts-theoretischer**, als auch
 - in **didaktischer Hinsicht** Nutzen erzielen
- Damit übernimmt N. inhaltlich das Konzept des ‚lebenden Rechts‘ von E. Ehrlich
 - N. war kein kreativer Kopf (wie Ehrlich), aber ein Umsetzer!
 - **Ganz ohne ‚Theorie‘ geht es aber nicht!** – Das musste N. konzedieren! – Bei ihm fehlt die Verbindung zur RS völlig!

211

A. Nußbaum – Programm der RTF (5)

Programm der RTF (5)

- Die RTF kann zeigen, dass das ‚**formell einheitliche Recht**‘ sich in den verschiedenen Teilen eines Landes **differenziert**; Programmschrift S. 16
- Dem **PartikularR** (Landes-/GemeindeR) sollte nach N. größere Aufmerksamkeit geschenkt werden → Ehrlich
- **GewohnheitsR** hält N. „heutzutage für einen ganz untergeordneten Faktor der Rechtsbildung“ (?) – **Wichtig** sind N. ‚fast ausschließlich‘ die **Vertragsformen** und **Verkehrs-/ Handelsbräuche**; er übersieht völlig die Bedeutung des Richterrechts (als GewohnheitsR)!
- Vernachlässigt sind die vom **Verkehr neu geschaffenen Rechtsformen** (Vertragsfreiheit!) und **-institutionen** (zB Gläubigerschutzverbände, Treuhandwesen)

212

A. Nußbaum – Programm der RTF (6)

Programm der RTF (6)

- Die RTF dient – wie schon E. Ehrlich konstatierte –
 - dem **PrivatR**
 - dem **öffentlR** (Verfassungs-, Verwaltungs-, VölkerR)
 - dem **materiellen** Recht und **formellen/ VerfahrensR**
 - besonders aber den interessanten jungen Gebieten des PrivatRs: - **ArbeitsR** und - **Handels-/UnternehmensR**
- RTF dient auch der **Rechtsgeschichte**, worauf schon E. Ehrlich hingewiesen hat

Literatur: - E. Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft 35 ff (1903); - H. U. Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie (1910/11)

213

Arthur Nußbaum, Die RTF(1955) - 1

- Nußbaums **AcP-Aufsatz** war in der Columbia Law Review 40 (1940) 189-219 erschienen, da er in NYC Professor war.
- Für ihn sind **D** und die **USA** die ‚**Hauptschauplätze**‘ der neuen realistischen Jurisprudenz, die sich nicht mit Rechtsdogmatik begnügt.
- Zu der im Jahrzehnt vor dem Ersten Weltkrieg aufkommenden **Reformbewegung** zählen – neben E. Ehrlich: E. Fuchs, F. Rathenau, H. U. Kantorowicz, Ph. Heck ua.; eingeschränkt A. Nußbaum
- **Us-amerikanischen Vertretern:** Nußbaum 1955, 458 ff

214

Arthur Nußbaum, Die RTF(1955) - 2

- **Nußbaums Urteil gegenüber Ehrlich** ist **ambivalent**: Einerseits zollt er eine gewisse, wenngleich zweischneidige, **Anerkennung** (aaO 458: „Keine der kontinentalen Schriften zum Rechtsrealismus kommt dem Glanz und der Suggestivkraft von *Ehrlichs* Buch gleich. Es hat amerikanische Schriftsteller stark beeinflusst.“); andererseits herbe **Kritik**, die vieles außer Acht läßt (aaO 459 f): „So wird [...] immer klarer erkannt, daß Ehrlichs Werk unter zahlreichen schweren Mängeln leidet. Seine Hauptthese ist es, daß die [Rewi] nur ein Teil der Soziologie sei.“
- Persönlich ist **Ehrlich** als wissenschaftlich offener **Liberaler** einzuschätzen, dem es darum ging, das alte und überholte Rechtsdenken theoretisch und methodisch aufzubrechen und der sich neben dem Recht und der Soziologie auch für RG, RV, Ökonomie und Politik (samt deren Zusammenhängen) interessierte. – **Nußbaum** dagegen scheint ein **konservativer Denker** gewesen zu sein, trotz gewisser Vorbehalte gegenüber der Rechtsdogmatik etc.

215

Arthur Nußbaum, Die RTF(1955) - 3

- Was die ‚**Ergebnisse der RTF**‘ (aaO 462 ff) betrifft, bleibt N. **widersprüchlich** (und es bestehen große theoretische und methodische Schwächen): **Einerseits** will er mit der RTF die sozialen, politischen und anderen tatsächlichen Bedingungen (durch die Recht entsteht) untersuchen; **andererseits** wirft er Ehrlich vor, rechtswissenschaftliche und soziologische Methoden zu vermengen! → Kelsen: Methodensynkretismus (?)
- Nußbaums **AcP-Aufsatz** erweist ihn als interessierten Praktiker (ohne theoretische Ambitionen); in vielem bleibt er Epigone Ehrlichs, ohne zündende neue eigene Ideen!

216

Arthur Nußbaum, Die RTF(1955) - 4

- Ihm kommt aber das **Verdienst** zu, die **Idee der RTF am Leben erhalten** und in **D** und den **USA weiter verbreitet** zu haben:
 - Nach dem Ersten Weltkrieg begründet er an der **Universität Berlin** ein **„Seminar für RTF“** und schafft **wissenschaftliche Buchreihen**; zB ‚Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens‘;
 - Im SoSe **1933** hält er in Berlin die **erste VL über RTF**;
 - Im **AcP** (deren Mitherausgeber er war) regt er **Beiträge zur RTF** an;
 - Seine **Kritik der Statistik-Gläubigkeit** (s. anschließend) war für die RTF und die juristische Forschung durchaus nützlich; s. 1955, 484.

Recht RTF, SS-2006

217

Arthur Nußbaum, Die RTF(1955) - 5

- **Zentren der RTF** in der **USA** waren/sind:
 - Die **Yale Law School**,
 - die **John Hopkins Universität** (in Baltimore/Maryland),
 - die **Columbia Law School** (NYC): Hier diente die RTF unter Nußbaums Einfluß vor allem der Verbesserung der Lehrmethoden → insbes. neuer Lehrbuchtyp: Aufnahme wirtschaftlicher und anderer außerrechtlicher Daten;
 - **Law School der Duke University** (North Carolina) → Zeitschrift: ‚Law and Contemporary Problems‘
- Von den **USA** lässt sich **lernen**:
 - Ohne **Institutionalisierung** kein Erfolg auf Dauer;
 - **Lehrbücher** gewinnen durch Ergebnisse der RTF an Lebensnähe und machen das Lernen interessanter;
 - Verbesserung der **Rechtspolitik/ Legistik** durch RTF

Recht RTF, SS-2006

218

Arthur Nußbaum, Die RTF(1955) - 6

- Wichtig ist Nußbaums **Kritik am Einsatz statistischer Methoden** in der RTF; s. 1955, 472 ff:
 - **Wert von Statistiken** für die RTF wird ‚stark **überschätzt**‘
 - Das Gefühl, „daß nur Zahlen Gewißheit geben“, trügt; eine **„Art volkstümlichen Aberglaubens“**
 - Auch berufsmäßige **Sozialwissenschaftler** unterliegen solchen Vorurteilen
 - Von den Sozialwissenschaften **[!] eignet sich keine weniger für statistische Methode als das Recht!**
 - Statistiken erfordern **einfache Fragenstellungen**, was in der Jurisprudenz (wegen deren komplexer Problemstellungen) oft nicht möglich ist

Recht RTF, SS-2006

219

Arthur Nußbaum, Die RTF(1955) - 7

- Der **Großteil der Rechtsgeschäfte wird privat abgeschlossen** und entzieht sich dadurch statistischer Erfassung; daher kommt es zu einer nicht repräsentativen Konzentration auf gerichtliche/ behördliche Akten (hier könnte aber heute mehr geschehen → GB, FB etc.) – Es bräuchte aber auch Zahlen zur Tätigkeit der Notare, RAe, Steuerberater, Rechtspfleger (En!), Versicherungen (aller Art), Makler, Banken, Beratungsstellen etc.
- N. konstatiert ein **Mißverhältnis zwischen Aufwand** (Geld und Arbeitskraft) **und Wert** statistischer Studien für juristische Zwecke/ Schlußfolgerungen; s. 1955, 474
- Ohne **qualifizierte juristische Mitarbeit** unterlaufen bei statistischen Untersuchungen viele Fehler
- Besser und billiger ist es oft, **sachverständige Praktiker** zu befragen; s. 1955, 476

Recht RTF, SS-2006

220

d) Jurij Fedynskyj (1912-1979)

Recht RTF, SS-2006

221

J. Fedynskyj, RT auf dem Gebiete des ErbR (1)

- **Wichtige Ergebnisse seiner Dissertation:**
 - Nur in **einem Viertel** der Fälle fand ein **Verlassenschaftsverfahren** und eine **Einantwortung** statt;
 - **Drei Viertel** der Fälle wurden **armutshalber abgetan**;
 - Nur **ein Viertel** (~ 25 Prozent) der Erblasser/innen machte von dem Recht Gebrauch, eine **letztwillige Verfügung** zu errichten; in 75 Prozent der Fälle kam es zur gesetzlichen Erbfolge;
 - **70 Prozent** der letztwilligen Verfügungen waren **eigenhändige/ holographe Testamente**;
 - Bei **anderen Testamentsformen** wurden aus **Ängstlichkeit vor Formfehlern** die gesetzlichen Formerfordernisse überboten und dennoch waren **10 Prozent** dieser letztwilligen Verfügungen – darunter **fast alle in KAn errichteten** – offenbar wegen Unkenntnis der Formvorschriften (seitens des Pflegepersonals) – **ungültig**;

Recht RTF, SS-2006

222

J. Fedynskij, RT auf dem Gebiete des ErbR (2)

- **Fortsetzung – wichtige Ergebnisse:**
 - Daraus ergibt sich ein starkes **Übergewicht der gesetzlichen Erbfolge**; dies auch insofern, als auch die gültigen Testamente vielfach nur **Verteilungstestamente** waren;
 - Darüber hinaus enthält Fs. Buch interessante weitere Hinweise; zB auf die **Anteile der einzelnen Parentelen an den Erbfällen** oder Erörterungen über **geringe Nachlässe** und über den **außergerichtlichen Erbschaftserwerb**;
 - **Statistische Tabellen** geben Auskunft über: - Die Erledigungsart der Erbfälle (Einantwortung, Abtueung armtshalber, iure crediti-Einantwortung, Kaduzität), - Die Anzahl der Erben bei den einzelnen Erbfällen, - Fälle der Verwandtenerbfolge, - Ehegatt/innen im Kreis der Hinterbliebenen, - Die letztwillige Verfügungen, - Zeitspanne zwischen Testamentserrichtung und Tod uam.

223

e) Niklas Luhmann: 1927-1998

Überblick von Caroline Voithofer

- Porträt/ Werk
- Systemtheorie
- Recht und Systemtheorie
- kritische Würdigung

224

Niklas Luhmann: Porträt – Werk (1)

- **Lebensdaten:** 1927-1998
- Studierte **ReWi in Freiburg**, anschließend: Referendarausbildung und Verwaltungsbeamter
- 1960/61: Fortbildung an der Harvard University – trifft **Talcott Parsons** und kommt mit der Systemtheorie in Berührung
- 1965-1968: **Studium der Soziologie**, Promotion mit „Funktionen und Folgen formaler Organisation“
- 5 Monate (!) später **Habilitation** mit „Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung“

225

Niklas Luhmann: Porträt – Werk (2)

- 1968: Berufung auf den ersten Lehrstuhl in **Bielefeld** dort Aufbau der ersten soziologischen Fakultät im deutschen Sprachraum
- 1993: **Emeritierung** in Bielefeld
- **Hauptwerke:**
 - „Soziale Systeme“ (1984)
 - „Die Wirtschaft der Gesellschaft“ (1988)
 - „Die Wissenschaft der Gesellschaft“ (1990)
 - „Die Realität der Massenmedien“ (1996)
 - „Die Gesellschaft der Gesellschaft“ (1997)
 - „Einführung in die Systemtheorie“ (2002)
 - „Einführung in die Theorie der Gesellschaft“ (2005)

226

Niklas Luhmann: Porträt – Werk (3)

- **Rechtssoziologische Hauptwerke:**
 - „Grundrechte als Institution“ 1967
 - „Legitimation durch Verfahren“ 1969
 - „Rechtssoziologie“ 1972
 - „Das Recht der Gesellschaft“ 1993
- **„Legitimation durch Verfahren“:**
 - Entscheidungsverfahren sind nicht geeignet, Wahrheit zu ‚finden‘
 - gültig ≠ wahr
 - Verfahrensnormen reduzieren Komplexität → s. SV-Feststellung oder Kausalitätskonzepte
 - Verfahrensrollen
 - Anerkennung von Entscheidungen selbstverständlich

227

Niklas Luhmann: Systemtheorie (1)

- **Erste Phase:** das Ganze (Systeme) ist mehr als die Summe seiner Teile; Durkheim: Die Dichte der Bevölkerung hat Einfluss auf das Entstehen neuer sozialer Tatsachen (wie Normen)
- **Zweite Phase:** Systeme definieren sich über ihre Abgrenzung zu ihrer Umwelt; Parsons
- **Dritte Phase:** autopoietische, selbstreferentielle, operativ geschlossene Systeme; Luhmann

Einführungsliteratur: Raiser „Grundlagen der Rechtssoziologie“ 2009⁵, UTB, ~EUR 20,-; Dieckmann „Einführung in die Systemtheorie“, 2005, UTB, ~EUR 15,-; Berghaus „Luhmann leicht gemacht“, 2011⁵, UTB, ~EUR 20,-

228

Niklas Luhmann: Systemtheorie (2)

- **„System“** bei Luhmann:
 - ein „[...] Zusammenhang von faktisch vollzogenen Operationen, die als soziale Operationen Kommunikationen sein müssen [...]“ 1993, 40
 - **„Operationen“** sind Ereignisse von einer bestimmten Dauer, die beobachtbar, vergänglich und veränderbar sind. Im Rechtssystem zB Entscheidungen
 - Systeme (re)produzieren sich selbst = **„Autopoiesis“**
 - Systeme beziehen sich auf sich selbst = **„Selbstreferentialität“**
 - Systeme sind **operativ geschlossen**

229

Niklas Luhmann: Systemtheorie (3)

- **„Gesellschaft“**:
 - „[...] das umfassende System aller Kommunikationen, in dessen Umwelt es keine Kommunikationen, sondern nur Ereignisse anderen Typs gibt“ 1(993, 55)
 - Gesellschaft besteht aus Teilsystemen:
 - ⇒ Die durch Kommunikationen verbunden sind
 - ⇒ Umwelt eines Teilsystems
 - ⇒ Was nicht Recht/Unrecht sein kann, ist Umwelt des Rechtssystems
 - ⇒ Strukturelle Rückkopplungen

230

Niklas Luhmann: Recht und Systemtheorie (1)

- Luhmanns **„systemischer Rechtsbegriff“**: Recht ist eine Einheit. Diese Einheit ist ein System.
 - Keine Definition – aber Eigenschaftsbeschreibungen.
 - Rechtssystem ist autopoietisch, selbstreferentiell, operativ geschlossen.
 - Recht löst ein Zeitproblem: schützt die Menschen in ihrem normativen Erwarten
 - „Stabilisierung kontrafaktischer normativer Erwartungen“
 - Normatives Erwarten wird normativ erwartet
- Recht **gilt**, wenn es mit dem Geltungssymbol versehen ist. – „Geltung ist nichts anderes als das in allen Operationen mitfungierende Verknüpfungssymbol.“ (1993, 106). – Geltung hat außerhalb des Rechtssystems keinen Wert; kein Recht im Rechtssystem das nicht gilt (auf den Moment bezogen)

231

Niklas Luhmann: Recht und Systemtheorie (2)

- **Das Rechtssystem ist:**
 - Entscheidungsfähig
 - Universell kompetent (Codewerte Recht/Unrecht sind auf jeden SV anwendbar; das Rechtssystem ist durch jede Kommunikation reizbar)
 - Es muss entschieden werden
- § 19 ABGB
- Rechtskraft
- in dubio pro reo

232

Niklas Luhmann: Recht und Systemtheorie (3)

- **„Binäre Codierung“**:
 - Sachverhalten wird im Rechtssystem der Codewert Recht/Unrecht zugeordnet
 - Codewert ‚Recht‘ wird zugeordnet, wenn ein SV mit den Regeln des Rechtssystems übereinstimmt
 - ‚Rechtsdogmatik‘ ist das Geflecht von Entscheidungskriterien + Rechtslehre
 - Dadurch werden die Sachverhalte zu rechtlichen Operationen
 - Das Rechtssystem entscheidet darüber, ob ein Verhalten rechtsrelevant ist oder nicht: gute Sitten, bonus pater familias
 - Nicht jede Kommunikation über Recht/ Unrecht ist eine rechtliche Operation; Beispiel: Rechtsunterricht
- Ergebnis der Codierung: Entscheidungsbereich für Gerichte/ Parlamente

233

Niklas Luhmann: Recht und Systemtheorie (4)

- **Das Rechtssystem operiert nachträglich, weil:**
 - die Sachverhalte und
 - die Entscheidungsnormen bereits im Vorhinein feststehen
- Entscheidungen sind aber nicht durch die Vergangenheit determiniert (? → case law!)
- Entscheidungen haben systeminterne und -externe Folgen → eine Banalität!

234

Niklas Luhmann: Recht und Systemtheorie (5)

- **'Normen'**: Beziehen sich auf faktische Erwartungen:
 - Im **Enttäuschungsfall** werden diejenigen geschützt, die normativ etwas erwarten.
 - Das **Brechen einer Norm** hat keine Auswirkung auf ihre Geltung. (Das war juristisch auch schon vorher bekannt!)
 - **Normen** sind das **Gesollte** im Rechtssystem. (Was sonst?)
 - Die Gründe für das Brechen von Normen sollen ignoriert werden, sonst funktioniert das Rechtssystem nicht. (Ganz gleichgültig sollte das wohl nicht sein! Normbruch kann auch auf schlechte Normfassung zurückzuführen sein!)
 - Normen leiten die Entscheidungen im System. (Nicht nur im System, sondern – wie Ehrlich gezeigt hat – auch die Rechtsadressaten!)

Luhmann, N. (1990), S. 52-2006

235

Niklas Luhmann: Recht und Systemtheorie (6)

- **Rechtstheorie**:
Innenbeobachtung und Selbstbeschreibung des Rechtssystems
 - Alle Bezeichnungen und Beschreibungen kommen aus dem System (aus der Rechtstheorie)
 - Man kann nicht Erkennen, wie das Rechtssystem entsteht
- **Juristisches Argumentieren** ist eine Form der Selbstbeobachtung

Luhmann, N. (1990), S. 52-2006

236

Niklas Luhmann: Kritische Würdigung (1)

- L. zeigt neue Zusammenhänge:
 - **Juristische Argumentation** arbeitet heraus, was sich später verwenden lässt
 - **Funktion des Rechts**: Stabilisieren kontrafaktischer normativer Erwartungen
 - **Konfliktlösungsaufgabe** von Jurist/inn/en
....
- Beschränkt auf **schriftliche Texte** (?)
- **Rechtsunterricht** aus Rechtssystem ausgeschlossen
- **Tautologien** ... (s. Folgefolie)

Luhmann, N. (1990), S. 52-2006

237

Niklas Luhmann: Kritische Würdigung (2)

- Schritte zur **Entfaltung von Tautologien**:
 - Recht ist, **was immer schon rechtens war** (?)
 - Recht umfasst auch das **Unrecht**, denn
 - das Recht des/der einen ist das Unrecht des/der anderen
 - Recht ist nicht Unrecht für dieselbe Person, wenn die Bedingungen des Rechtssystems erfüllt sind.
- Keine empirischen Beobachtungen
- Aus Unrecht muss Recht erkannt werden

Luhmann, N. (1990), S. 52-2006

238

Niklas Luhmann: Kritische Würdigung (3)

- Kritik am **Geltungsbegriff**:
 - Rein faktisch nicht normativ
 - Sagt nichts über Qualität einer Norm
 - Geltungsbegründung außerhalb des Rechtssystems: Politik/Sprache
 - **Gewohnheitsrecht** gibt es im Umfang der Anerkennung durch Richter/innen; Geltung kann nur durch Beobachtung festgestellt werden; Richter/innen beobachten. Können sich aber nicht zugleich beobachten und Gewohnheitsrecht Geltung verschaffen.

Luhmann, N. (1990), S. 52-2006

239

Niklas Luhmann: Kritische Würdigung (4)

- Hoher **Abstraktionsgrad**
- Eigene (schwer verständliche) **Sprache**
- Von Fakten kann nach L. nicht auf Normen geschlossen werden
- Lenkt den Blick weg von der Gesellschaft hin auf das Rechtssystem
- Zusammenarbeit von Rechtswissenschaft und anderen Disziplinen wird erschwert
- Paradoxien und Tautologien im Recht?

Luhmann, N. (1990), S. 52-2006

240

f) Jürgen Habermas (*1929)

Überblick von Caroline Voithofer

- Porträt/ Werk
- Faktizität und Geltung

Jürgen Habermas: Porträt/ Werk (1)

- **Lebensdaten:** 1929
- Studierte Philosophie, Geschichte, Germanistik, Psychologie und Ökonomie in Göttingen, Zürich und Bonn (1949-1954)
Dissertation: „Das Absolute in der Geschichte. Von der Zwiespältigkeit in Schellings Denken.“
- 1956-1959 Forschungsassistent am Institut für Sozialforschung in Frankfurt am Main bei Theodor W. Adorno (→ empirische Sozialforschung, Kritische Gesellschaftstheorie)
- 1961 **Habil** für Philosophie in Marburg:
„Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft“

Jürgen Habermas: Porträt/ Werk (2)

- 1961-1964: ao. Prof. für Philosophie in **Heidelberg**
- 1964-1971: o. Prof. für Philosophie und Soziologie in **Frankfurt am Main** – Konflikt mit Student_innenbewegung (Kündigung; Honorarprofessor bis 1982)
- 1971-1981: Direktor des MPI zur Erforschung der Lebensbedingungen der wissenschaftlich-technischen Welt in **Starnberg**/ Bayern mit Carl Friedrich Weizsäcker
- 1980-1982: Direktor des MPI für Sozialwissenschaften in **München**
- 1983-1994: Prof. für Philosophie in **Frankfurt am Main**
- 1994 Emeritierung

Jürgen Habermas: Porträt/ Werk (3)

- **Wichtige Werke:**
 - ‚Erkenntnis und Interesse‘ (1968)
 - ‚Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus‘ (1973)
 - ‚Rekonstruktion des bürgerlichen Materialismus‘ (1976)
 - ‚**Theorie des kommunikativen Handelns**‘ (1981)
 - ‚Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln‘ (1983)
 - ‚Die neue Unübersichtlichkeit‘ (1985)
 - ‚Diskurs der Moderne‘ (1985)
 - ‚Erläuterungen zur Diskursethik‘ (1991)
 - Mehrere philosophische und politische Aufsatzsammlungen

Jürgen Habermas: Porträt/ Werk (4)

Fortsetzung:

- ‚Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie‘ (1991)
- ‚Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?‘ (1996)
- ‚Kommunikatives Handeln und detranszendentalisierte Vernunft‘ (2001)
- ‚Zur Verfassung Europas‘ (2011³)
- **Rechtssoziologisches/-philosophisches Hauptwerk:**
‚Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats‘ (1992): Normatives Konzept des Rechtsstaats

Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung (1)

- **Recht ist:**
 - **gesetztes** Recht, „[...] das mit dem Anspruch auf systematische Begründung sowie verbindliche Interpretation und Durchsetzung auftritt“ (1993, 106)
 - eine **Form kulturellen Wissens**
 - beinhaltet **moralische Elemente**
 - **reguliert Handeln** → E. Ehrlich
 - ermöglicht die **Reproduktion der Gesellschaft**
 - sichert **Handlungsfreiheiten** und eine **solidarische Gesellschaft** → E. Durkheim
 - **entlastet Einzelne**
 - regelt sein **eigenes Entstehen**

Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung (2)

Fortsetzung:

- Bewusst erzeugte Normen
- Änderbar, rechtfertigungsbedürftig, kritisierbar
- Reguliert die Lebenszusammenhänge der Bürger_innen
- Schafft künstliche Gemeinschaft von freien und gleichen Rechtsgenoss_inn_en
- Stabilisiert die Spannung zwischen Faktizität und Geltung über die Rechtsanwendung
- **Faktizität** = der „[...] auferlegte Zwang äußerer Sanktionen“ (1993, 43)
- **Geltung** = die „[...] bindende Kraft von rational motivierten Überzeugungen“ (1993, 43)

Habermas, J. (1993), S. 43, 2006

247

Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung (3)

- Normen brauchen sowohl faktischen Zwang als auch legitime Geltung, damit sie von allen befolgt werden
- **Juristische Diskurse** sind **Anwendungsdiskurse**: es muss entschieden werden und richtige wie falsche Entscheidungen erwachsen in Rechtskraft. richtige Entscheidungen wurden rational und unparteiisch argumentiert und fügen sich ins Rechtssystem ein
- **Begründungsdiskurse** beziehen sich auf die Geltung von Normen: Normen gelten, weil sie positiv gesetzt und rational vereinbart wurden. Sie sind nur gültig, wenn sie faktisch durchgesetzt werden können.

Habermas, J. (1993), S. 43, 2006

248

Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung (4)

- **Legitimitätsanspruch** gesetzter Normen besteht, bis dieser problematisiert wird:
 - **Legitimität** = Gültigkeit
 - **Legalität** = soziale Geltung = faktische Akzeptanz
 - **Rechtsgültigkeit** = Legitimität + Legalität
- **Legitime Rechtsordnungen** müssen:
 - Ein größtmögliches Maß gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten;
 - die Freiwilligkeit der Mitgliedschaft in der Rechtsgemeinschaft;
 - die Einklagbarkeit von Rechten;
 - die chancengleiche Teilnahme an politischen Meinungs- und Willenbildungsprozessen und
 - die dazu nötigen Lebensbedingungen sichern.

Habermas, J. (1993), S. 43, 2006

249

Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung (5)

- **Gesetzgebungsprozess** ist das Ergebnis zunehmender Rationalisierung; der Wille der politisch autonomen Staatsbürger_innen findet darin seinen Ausdruck (sie müssen überprüfen können, ob alle potentiell von einer Norm Betroffenen, dieser auch zustimmen würden):
 - Alle können gleichberechtigt teilnehmen,
 - die Entscheidungen basieren auf rationalen Gründen
 - Rechtssubjekte müssen sich als Autor_inn_en verstehen können

Habermas, J. (1993), S. 43, 2006

250

Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung (6)

- **Gerichtsprozess**:
 - alle können gleichberechtigt teilnehmen
 - die Entscheidungen basieren auf rationalen Gründen
 - Entscheidungen sind konsistent
 - Verfahrensbedingungen ebenso
- **Verfahren** müssen reguliert sein und erzeugen Bindungswirkung für die Beteiligten

Habermas, J. (1993), S. 43, 2006

251

Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung (7)

- **Rechtsinstitutionen** und **Rechtsnormen** - werden im rechtsbezogenen Handeln von der Gesetzgebung, den Gerichten, den Behörden und der Rechtsöffentlichkeit reproduziert
- **Verfahren** müssen reguliert sein und erzeugen Bindungswirkung für die Beteiligten
- Eigene **Sprache** entsteht, die Gesetz oder zumindest auf positives Recht bezogen ist
- Kritik : Viele selbstverständliche Aussagen!

Habermas, J. (1993), S. 43, 2006

252

g) Zusammenfassung, Kritik – Bewertung

- Eugen Ehrlich
- Arthur Nußbaum
- Niklas Luhmann
- Jürgen Habermas

Zusammenfassung, Kritik – Bewertung (1)

Zu Eugen Ehrlich und Arthur Nußbaum:

- **RTF** wird hier als **Weiterentwicklung der Ideen von Eugen Ehrlich**, nicht als das Konzept von **A. Nußbaum**, von dem nur die **Bezeichnung ‚RTF‘** stammt!
- **Nußbaum** wollte etwas anderes als **Ehrlich**; keine **RS** und **keine Theorie**, sondern nur eine gewisse **Ergänzung der ReWi durch empirische Daten/ Hinweise**. – Man könnte auch sagen, dass **N.** die **ReWi** gegen den Angriff Ehrlichs auf die **ReWi** und **Rechtsdogmatik** retten wollte und dafür eine moderate **Änderung der ReWi** für ausreichend gehalten hat.

Zusammenfassung, Kritik – Bewertung (2)

- Die Wahrheit liegt wohl in der Mitte:
 - Es geht zu weit, wenn Ehrlich die **ReWi** nicht mehr als eigene Disziplin verstehen will und als Teil der Soziologie betrachtet.
 - Dagegen ist es vertretbar und sinnvoll, die **ReWi** iwS als **SoWi** mit spezifischem Charakter zu verstehen!
 - Die **RTF** bleibt dann **rechtssoziologische Theorie** und **empirischer Teil innerhalb der normativen ReWi**
 - **Nußbaum** war bestrebt die **konservative Ausrichtung** der **ReWi** zu erhalten, während **Ehrlich** eine **Öffnung der ReWi** in Richtung **SoWi** und **GeWi** anstrebte.

Zusammenfassung, Kritik – Bewertung (3)

- Der **Gegensatz zwischen beiden Forschern** hat auch einen **politischen Hintergrund**: **Ehrlich** will die **ReWi demokratisieren** (durch ein Beachten aller gesellschaftlich-normativen Kräfte); **Nußbaum** wollte die **konservativ-autoritativen Strukturen** der **ReWi** und überhaupt des **Rechtsdenkens erhalten**.
- Nur **Ehrlichs Verständnis** vermag die **ReWi** in Richtung **SoWi** und **GeWi** und einer **Hermeneutik** (iSv H. G. Gadamer) auszurichten und zu öffnen.
- Die gesellschaftsgestaltende und -erhaltende **Zielsetzung der ReWi** verlangt nach **disziplinäre Öffnung** und nicht – iSd **Rechtspositivismus** und herkömmlicher **Rechtsdogmatik** – nach **legal isolation!**

Zusammenfassung, Kritik – Bewertung (4)

Zu N. Luhmann, J. Habermas und M. Weber:

- Niklas **Luhmann** (→ IX e) bietet wie Jürgen **Habermas** (→ IX f) einzelne rechtlich interessante Beobachtungen; insgesamt enthält jedoch das Werk dieser Wissenschaftler keine grundsätzlichen Anregungen für die **ReWi** und die praktische **Jurisprudenz**.
- Ein Vergleich (dieser Autoren) mit **Eugen Ehrlich** (→ IX a) zeigt dessen juristische Bedeutung!
- Dies gilt in Bezug auf die **Jurisprudenz** auch für **Max Weber** (→ IX b).

X. Technische Hilfestellungen für die RTF (Muß noch aktualisiert werden!)

Statistische Hilfestellungen in Ö (1)

- ❑ **Statistik der Rechtspflege**; wird seit 2001 nicht mehr publiziert
- ❑ **Unfallstatistik** des KfV: Kuratorium für Verkehrssicherheit
- ❑ **Statistik Austria**: <http://www.statistik.at/index.shtml>
- ❑ Etwa:
 - Bevölkerungsentwicklung
 - Eheschließungen und Ehescheidungen
 - Sozialausgaben
 - Bildung: Schulen und Universitäten
 - Beschäftigung und Arbeitsmarkt
 - Aktiengesellschaften und Genossenschaften
 - Zahlungsbilanz
- ❑ **Lokale Statistiken**: zB Statistisches Jahrbuch Innsbruck etc
- ❑ Der **rechtstatsächliche** und **statistische Zustand** macht deutlich: Österreich ist nunmehr endgültig zu einem Entwicklungsland der RTF und der Rechts-Statistik geworden

259

Statistik Austria: Rechtspflege (2)

- ❑ Tätigkeit des **Verfassungsgerichtshofes** 1975 bis 2006
- ❑ Tätigkeit des **Verwaltungsgerichtshofes** 1975 bis 2006
- ❑ **Zivilgerichtsbarkeit** in allgemeinen Streitsachen 1995 bis 2006
- ❑ Zivilgerichtsbarkeit in **Arbeits- und Sozialrechtssachen** 1995 bis 2006
- ❑ **Mahnsachen** bei den Bezirksgerichten und in Arbeitsrechtssachen 1995 bis 2006
- ❑ Anfall in den anderen Sparten 2001 und 2006
- ❑ Tätigkeit der **Rechtsmittelgerichte** in **Zivilrechtssachen** 2006 (bundesweit)
- ❑ **Bezirksgerichtliche Verfahren** in **Strafsachen** 1995 bis 2006
- ❑ Tätigkeit der **Bezirksanwälte** 1995 bis 2006 (fallbezogene Zählung)
- ❑ **Strafsachen bei den Gerichtshöfen I. Instanz** 1995 bis 2006 (Register Ur)
- ❑ **Strafsachen bei den Gerichtshöfen I. Instanz** 1995 bis 2006 (Register Hv)
- ❑ Tätigkeit der **Staatsanwaltschaften** 1995 bis 2006 (fallbezogene Zählung)
- ❑ Tätigkeit der **Rechtsmittelgerichte** in **Strafsachen** 2006 (bundesweit)
- ❑ **Verurteilungen** 1975 bis 2006 nach Alter, Staatsangehörigkeit und Vorstrafen
- ❑ Polizeiliche **Kriminostatistik** 1990 bis 2006

260

Statistik im Internet (3)

- ❑ **Statistik Austria**: <http://www.statistik.at/index.shtml>
- ❑ **Kuratorium für Verkehrssicherheit**: <http://www.kfv.or.at/>
 - Statistisches Jahrbuch
- ❑ **Statistisches Bundesamt Deutschland**: <http://www.statistik-bund.de/>
- ❑ **EUROSTAT**: <http://europa.eu.int/comm/eurostat>
- ❑ **Vereinte Nationen (UNO)**: <http://www.un.org/>
- ❑ **World Health Organization (WHO)**: <http://www.who.int/en/>
- ❑ **OECD**: <http://www.oecd.org/EN/home/0,,EN-home-notheme-15-no-no--no.00.html>

261

Ziele und Funktionen der RTF

Rufen wir uns erneut in Erinnerung:

- ❑ Die **RTF** dient der:
 - **(Rechts)Wissenschaft** iES
 - **Gesetzgebung/ Legistik/ Rechtspolitik** sowie
 - der **Didaktik** (in der juristischen Ausbildung), weil sie
 - ⇒ einerseits die rechtlich relevanten **Fakten** der Gesellschaft **aufzeigt** und
 - ⇒ andererseits das Recht auch in seiner wirklichen Anwendung offenbart, also das **lebende Recht** (iSv Eugen Ehrlich) erforscht
 - ⇒ und der **Rechtssoziologie**; als empirische Basis (der Theorie- und Hypothesenbildung)

262

XI.

Methoden der RTF II

- a) Allgemeines: Folien 1-4
- b) O. Hartwig – RTF im Übergang (1975): Folien 1-8
- c) J. Lercher – Methodenüberblick: Folien 1-...

263

Methoden der RTF – Allgemeines (1)

- ❑ Lit.: **M. Rehbinder**, RS (2007)
- ❑ Seit **E. Durkheim**; ‚Die Regeln der soziologischen Methode‘ (1895), ist klar:
 - **Persönliche (Lebens)Erfahrung** führt leicht zu verzerrten Bildern der Wirklichkeit; daher
 - vermag allein das **Prinzip der Objektivität** einer Untersuchung mit wissenschaftlichen Ansprüchen zu genügen
- ❑ Unsystematische **persönliche Erfahrung** ist im wissenschaftl Erkenntnisprozess durch allgemeine, **regelgeleitete Erhebungen** zu ersetzen!
- ❑ Nur objektiv gewonnene **soziale Tatsachen** werden als **empirische** bezeichnet!

264

Methoden der RTF – Allgemeines (2)

- RTF beginnt – wie jede empirische Sozialforschung – mit der sorgfältigen **Festlegung** und **Beschreibung** des untersuchten Gegenstands
- **Untersuchungsobjekt** jeder empirischen Erhebung sind **Tatsachen**, also reale Sachverhalte, die so exakt wie möglich zu beschreiben und abzugrenzen sind
- Zu klären ist auch methodisch: **Was will ich?** – Was ist **Gegenstand/ Ziel** meiner Untersuchung? **Was** wird untersucht, was nicht? – Dazu: Methodische Rückblende **nach** der Arbeit! Erfahrungen, Probleme, Bewährung?

Baran, RTF, SS19, 2016

265

Methoden der RTF – Allgemeines (3)

- Ferner klären: Soll die Untersuchung **qualitativ** in einer **(Einzel)Fallstudie** (a) oder in Form einer **quantifizierenden Untersuchung** (b) erstellt werden?
 - Zu a: Repräsentativ für bestimmte Fälle, der wissenschaftliche Aussagewert ist aber idR beschränkt! – Jedoch: Folgestudie/ follow-up-study
 - Zu b: **quantitative** Untersuchungen sind **statistische** Untersuchungen; z. B. Gefahren: A. Nußbaum (1955)
- **Statistiken** können sein:
 - **Totalstatistiken**/ Erfassen einer **Gesamtmenge**; zB Justizstatistik
 - **Teilerhebungen**/ Erfassen einer **Teilmenge** durch **Stichprobenverfahren**
 - a) **Zufallsauswahl** (random sample): Aussagekraft wächst mit ihrem Umfang → Gesetz der großen Zahl
 - b) **gelenkter Zufall** → zB jede 5. Karte aus der Kartei/dem Telefonbuch

Baran, RTF, SS19, 2016

266

Methoden der RTF – Allgemeines (4)

- Die Fragestellung kann sein:
 - **Deskriptiv – Frage**: Wie ist ein soziales Phänomen beschaffen? – ZB Anwendung des Hypothekenrechts, des Baurechts oder des Bestattungsvertrags/-wesens
 - **Verifizierend** oder **falsifizierend**: Gefragt wird nach den Zusammenhängen zwischen verschiedenen sozialen Phänomenen
Frage: Lassen sich soziale Gesetzmäßigkeiten feststellen? Bestehen (Kausal)Zusammenhänge? – Etwa: - J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1970); - Kausalität im Sozialrecht (1983)

Baran, RTF, SS19, 2016

267

O. Hartwig (1975) – RTF im Übergang (1)

- Abklären der **Zielsetzungen** der RTF als Voraussetzung der **Methodenwahl**:
 - Ziel: Stärkeres Verknüpfen rechtswissenschaftlicher Arbeit mit der **(Lebens)Wirklichkeit**; mehr **Lebensnähe**
 - Verbesserung des **Realitätsbezugs**
 - Erkennen der **Wechselwirkung** zwischen **Recht** und **Gesellschaft**
 - **Ergänzungsfunktion** der RTF für: RG, RV, RPol, Rechtsdogmatik, RPhil, RS usw
 - Erkennen des **sozialen Wandels** → **RPol**/ Gesetzgebung
- Beachtung der **Doppelkompetenz**: ReWi (1) + RS/ Soziologie/ Sozialwissenschaften (2) + ...

Baran, RTF, SS19, 2016

268

O. Hartwig (1975) – RTF im Übergang (2)

- Zu den Methoden der RTF bei **Eugen Ehrlich**
→ IX a: große Rechtssoziologen und RTF-Forscher
- Zu den Methoden der RTF bei **Arthur Nußbaum**
→ IX c: große Rechtssoziologen und RTF-Forscher

Baran, RTF, SS19, 2016

269

O. Hartwig (1975) – RTF im Übergang (3)

- Zu unterscheiden sind, je nach dem Grad der fachlichen Beteiligung, folgende **Kooperationsmöglichkeiten**:
 - RTF der **Übersetzungsstufe**:
... **rechtswissenschaftliche Arbeit** wird dabei als Ganze oder doch teilweise **durch empirische Daten ergänzt und abgesichert** – Dafür ist es erforderlich, den zu untersuchenden juristischen Teilaspekt in eine empirisch überprüfbare sozialwissenschaftliche Fragestellung zu ‚übersetzen‘ → A. Nußbaum: Häufigster Fall!
 - RTF der **Integrationsstufe**:
Hier wird die **Forschungsaufgabe** bereits **von vornherein** und als Ganze **interdisziplinär angelegt** und die besonderen Fachaspekte (ReWi + Soziologie) werden zu einer **integrierten Gesamtfragestellung** verarbeitet → überfachliche Durchführung: Interdisziplinarität

Baran, RTF, SS19, 2016

270

O. Hartwig (1975) – RTF im Übergang (4)

Übersetzungsstufe 1

Zu achten ist im Rahmen einer konkreten Darstellung darauf, daß:

- eine der **rechtlichen Problematik entsprechende Fragestellung für die empirische Untersuchung** erarbeitet wird
- ...und idF eine **rechtlich (!) angemessene Interpretation** der erlangten empirischen Daten erfolgt
- Sollen bspw die **„guten Sitten“** (§ 879 ABGB) oder die **„Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers/Kaufmanns“** (§ 347 UGB) untersucht werden, genügt nicht das bloße Befragen betroffener Personengruppen, sondern es sind ebenso **Rspr** und **Schrifttum** heranzuziehen und allenfalls sind die Ergebnisse der Befragung durch **Tiefeninterviews** (in die alle Ergebnisse einfließen) zu ergänzen

Hartwig (1975) S. 58-2006

271

O. Hartwig (1975) – RTF im Übergang (5)

Übersetzungsstufe 2

- Das **„Übersetzen“** rechtlicher Fragen in einen rechts-empirischen Kontext bedarf juristischer wie rts-rs Kompetenz
- Die **Relevanz der konkreten Fragestellung für beide Bereiche** ist jeweils zu hinterfragen und zu diskutieren; **vor** und **nach** der Erhebung
- Daher: - Entwurf des Fragebogens, - Überarbeitung desselben, - **Pretest** (Inhalt wie zeitliche Dauer der Befragung), - endgültige Textierung und Befragung samt Auswertung; sog. 4-Stufen-Modell

Hartwig (1975) S. 58-2006

272

O. Hartwig (1975) – RTF im Übergang (6)

Übersetzungsstufe 3

- **Idealvorstellung: Juristische** und **sozialwissenschaftliche Kompetenz** ergänzen sich
- Weniger wichtig für juristische Studien ist es meist, dass die Untersuchung statistisch **repräsentativ** ist (Kosten!); schon ein **„Einblick in die Rechtswirklichkeit“** ist interessant
- **Mögliche Methoden:** Umfrage, Interview, schriftliche Befragung, Gruppendiskussion, Soziometrie, Beobachtung, teilnehmende Beobachtung, Inhaltsanalyse (zB Rspr- oder Schrifttumsanalyse), Experiment, Planspiele etc
Beispiel: Relevanz ökonomischer Themenstellung in rewi Publikationen

Hartwig (1975) S. 58-2006

273

O. Hartwig (1975) – RTF im Übergang (7)

Integrationsstufe 1

- Hier geht es um eine **integrierte rewi** und (!) **sowi Forschung**
- Methodisch liegt darin eine **Re-Integration** von:
 - Sein und Sollen
 - Recht und Wirklichkeit/ RechtswirkungNicht **legal isolationism** (römR + Rechtspositivismus), sondern **legal integrationalism**
- **Idealfall:** Gleichberechtigte Zusammenarbeit zwischen **Jurist/in** und **Soziologe/in** – oder: beide Qualifikationen in 1 Person

Hartwig (1975) S. 58-2006

274

O. Hartwig (1975) – RTF im Übergang (8)

Integrationsstufe 2

- Für die Integrationsstufe muss daran erinnert werden:
 - Von **Interdisziplinarität** zu reden ist eins,
 - solche **Kooperation umzusetzen**, etwas anderes!
- Eine integrierte Zusammenarbeit bedarf neben **menschlichem** und **fachlich-methodischen Respekt** vor dem/ der jeweils anderen auch gemeinsamer **wissenschaftstheoretischer Interessen** und **Reflexion**
- **Kleine Projekte** können noch in der Form der ‚Übersetzungsstufe‘ durchgeführt werden – **Großprojekte** dagegen benötigen eine vertiefte Zusammenarbeit in Form der ‚Integration‘

Hartwig (1975) S. 58-2006

275

XII.

„Inhaltsanalyse“ und „Fragebogen“ – als Methodenbeispiele

- ‚Kausalität im Sozialrecht‘ (1983): meine Habil
- Judikaturanalyse als Inhaltsanalyse

Hartwig (1975) S. 58-2006

276

Judikatur- als Inhaltsanalyse (1)

„Kausalität im Sozialrecht“ H. Barta

„Kausalität im Sozialrecht“ (Berlin, 1983)
Entstehung und Funktion der sog Theorie der wesentlichen Bedingung. Analyse der grundlegenden Judikatur des RVA in Unfallversicherungssachen (1884-1914) – Der Weg vom frühen zivilen, industriell-gewerblichen HaftpflichtR zur öffentlich-rechtlichen Gefährdungshaftung der Arbeiter(unfall)versicherung

Barta HJL SS02-2006

277

Judikatur- als Inhaltsanalyse (2)

- **Zielsetzung** meiner Arbeit: Verstehen des in der gesetzlichen UV entwickelten und angewandten Kausalkonzepts
- Methode/ Mittel: **Judikaturanalyse** (als angewandte RTF) + RG + RV + RS + RPhil + RPol
- **Kausalkonzepte** wurden (erst) ab der **Mitte des 19. Jhs.** entwickelt; parallel zur industriell-gewerblichen Entwicklung → **Gefährdungshaftung**:
 - **Zweck**: Haftungsbegrenzung und Haftungsreduktion
 - Den Anfang machte das **StrafR**, darauf folgte das **zivile HaftpflichtR** → Industrie, Gewerbe etc
 - Wie **unhistorisch** hier gedacht wird, zeigen **Apathy/ Riedler, SchRBesT (2002²)**, die behaupten, das ABGB baue auf der Äquivalenztheorie auf, was schon ausscheidet, weil diese noch gar nicht existiert hat

Barta HJL SS02-2006

278

Judikatur- als Inhaltsanalyse (3)

- Ergebnis der kausaltheoretischen Entwicklung im 19. Jh. waren **unterschiedliche Kausal-konzepte** in verschiedenen Bereichen der RO:
 - Das **csqun-** oder **Äquivalenzkonzept** im → **StrafR**;
 - die **Adäquanztheorien** im → **ZivilR**;
 - die ‚Theorie‘ der wesentlichen Bedingung/ **ThdwB** → im Sozial(versicherungs)R; ausgehend von der Bismarckschen gesetzlichen UV 1884, deren Konzept Österreich 1887 grundsätzlich übernahm – Dieses Konzept brachte wichtige Anregungen für das zivile HaftpflichtR → haftungsbegründende und haftungsausfüllende Kausalität!

Barta HJL SS02-2006

279

Judikatur- als Inhaltsanalyse (4)

- Die **ThdwB** entpuppte sich dabei als **Adäquanz(bereichs)konzept**, das sich durch eine bereichsmäßige adaptierbare **Selektionsleistung** für normativ gesellschaftliche Zurechnung empfahl → **Rechtliche Kausalität als gesellschaftlich vermittelte Kausalität** iSv **Zurechnung**
- Sie ist weder **Äquivalenz-**, noch ein reines **Adäquanzkonzept**
- Vielmehr eine aus dem Adäquanzbereich heraus entwickelte industriell-gewerbliche **Gefahrkreislehre**, die das allgemeine Adäquanzkonzept weiterentwickelte; wichtige Unterscheidung: **haftungsbegründende** und **haftungsausfüllende Kausalität**

Man beachte den **Zusammenhang zwischen ökonomischer Entwicklung** – das 19. Jh. war das Jh. der ersten **Industriellen Revolution (!)** – und der **rechtlichen Ausformung von Kausalkonzepten!**

Barta HJL SS02-2006

280

Judikatur- als Inhaltsanalyse (5)

- **Natürliche/** naturwissenschaftliche/ philosophische Kausalität ↔ (versus) **juristische Kausalität**
- Rechtlich bedeutet ‚Kausalität‘ (insbes. im HaftpflichtR): **Normative Zurechnung** eines Verhaltens oder Erfolgs → H. Kelsen, Vergeltung und Kausalität. Eine soziologische Untersuchung (1941): Dem modernen Verständnis rechtlicher Kausalität als normativer Zurechnung historisch vorgelagert waren:
 - Das Fehlen des kausalen Denkens
 - Die soziale Deutung der Natur
 - Die Deutung der Natur nach dem Vergeltungsprinzip
 - Die Vergeltungsidee in der Religion; zB der Griechen, Israel, Ägypten
 - Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip in der griechischen Naturphilosophie
 - Die moderne Natur- und Rechtswissenschaft

Barta HJL SS02-2006

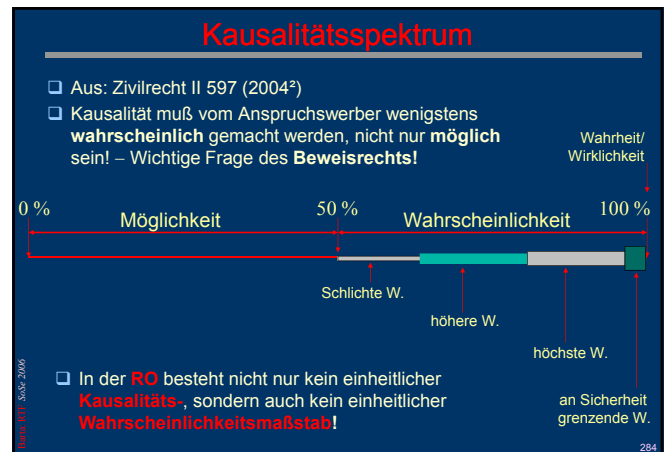
281

Judikatur- als Inhaltsanalyse (6)

- **Juristische ‚Kausalität‘** (iSv Zurechnung) verfolgt – über die natürliche Kausalität hinausreichende – eigene/ **autonome Zielsetzungen**:
 - ‚Kausalität‘ der **Unterlassung**
 - Haftung für **fremdes Verschulden/** Gehilfenhaftung
 - Unmöglichkeit eines **non liquet**
 - **Unterbrechung** des Kausalzusammenhangs; zB Dazwischentreten der vorsätzlichen Handlung eines Dritten
 - **Unaufklärbarkeit des Kausalzusammenhangs** kann dennoch Zurechnung erfordern → Beweislast Beispiele: Vorsätzliche Schadenszufügung durch mehrere Schädiger (§§ 1301, 1302 ABGB), aber auch kumulative, alternative und überholende Kausalität

Barta HJL SS02-2006

282



- ### Judikaturanalyse als Inhaltsanalyse (1)
- E. Bloch (aus: ‚Tübinger Einleitung in die Philosophie‘ I): „**Methode haben heißt mit dem Weg der Sache gehen**, und der Weg der Sache verlangt universitas, genetisch gegliederte Totalität des Blicks.“
 - Das heißt: ‚**Methode**‘ ist **keine Stangenware**, sondern braucht **Maßanfertigung** (im Einzelfall)
 - ZB den immer wieder interessanten **Methodenmix** von: RG + RTF/ RS + RDogm + RV + RPhil + RPol
 - **Kritisches** – nicht nur ein dogmatisches – **Methodenverständnis** ist anzustreben !
- Blatt 101 SS-2006 285

- ### Judikaturanalyse als Inhaltsanalyse (2)
- ReWi +SoWi – **Inhaltsanalyse**: RTF von RSpr !
 - **Dimension** der Untersuchung: ‚**Ein-Personen-Studie**‘ oder **Mehr-Personen-Studie**
Gefahr des Verlusts einer einheitlichen (Be)Wertungsbasis!
 - **Zeitraum?** – Differenzierte und längerfristige Entwicklungen brauchen Zeit – Vieles spricht daher immer wieder gegen eine ‚eleatische‘ Momentaufnahme
 - **Ziel der Empirie** (seit Aristoteles)? – **Theorie!** Das Allgemeine – Jedoch ‚faktengestützt‘!
 - Kein bloßer **Methodenvorspann als ‚Zuckerguss‘** !
L’art pour l’art ist aber weit verbreitet – Methode als nachträgliche Rechtfertigung eines vorweg gefundenen Ergebnisses; s. ZivilR II 704 (2004²)
- Blatt 101 SS-2006 286

- ### Judikaturanalyse als Inhaltsanalyse (3)
- Allgemein gilt es zu bedenken: **Methodenfragen** dürfen **Sachfragen** nicht überwuchern; Methode soll ‚dienen‘!
 - Zudem: Keine **Methodenhypertrophie** !
 - **Zeitlicher Abstand** der Untersuchung zum untersuchten Geschehen lässt oft manches klarer erkennen: Abstand wirkt wie eine Lupe vergrößernd und aufhellend
 - ... vor allem dann, wenn auch **außerrechtliche Einwirkungen** (Ökonomie, Politik, Moden, Religion etc) in der Rspr untersucht werden sollen; zB **Ideologiekritik** – Negativer Einfluß des RömR!
- Blatt 101 SS-2006 287

- ### Judikaturanalyse als Inhaltsanalyse (4)
- Schönes Motto von **Th. W. Adorno**: „Wie die Philosophie dem Trug der Erscheinungen mißtraute und auf Deutung aus war, so misstraut die Theorie desto gründlicher der Fassade der Gesellschaft, je glatter diese sich dar bietet. Theorie will benennen, was insgeheim das Getriebe zusammen hält.“
 - Die **Wirklichkeit/ Realität** darf danach nicht der eigenen Schablone untergeordnet werden; gleichsam: Beugt sich die Wirklichkeit nicht dem eigenen Denken, wird die Realität gebeugt ! – Das ist immer wieder eine Gefahr !
 - Adornos Ausführungen zur qualitativen Inhaltsanalyse/ **qualitative approach** wollen den **gesellschaftlichen Gehalt von Texten** ‚dechiffrieren‘; Beachtung von: Kontext, Latenz, Singularität, Präsenz etc → Grundlage (Vorbild) dafür: S. Freuds, Traumdeutung
- Blatt 101 SS-2006 288

Judikaturanalyse als Inhaltsanalyse (5)

- Bedeutung der methodischen Reflexion für das Untersuchen von **Rspr**, denn:
- Juristische Texte neigen in hohem Maße in ihren Aussagen zu **„latenten Sinnstrukturen“** (J. Ritsert)
- Juristische Texte **„verschlüsseln“** ihre Wertungsinhalte mehr als andere Texte: dies liegt im **„Wesen“** einer **neutral/ objektiv verstandenen Justiz (?)**
- Dagegen braucht es eine **„Mischung von Intuition und Logik“** (R. K. Merton)

Baran RIT, SS18, 2016

289

Judikaturanalyse als Inhaltsanalyse (6)

- Schon Th. W. Adorno wies daher auf die Gefahr eines **„Primats der Quantifizierung“** hin
- Daher: **qualitative Inhaltsanalyse** von großer Bedeutung
- Möglichkeit fruchtbarer Zusammenarbeit zwischen **ReWi** und **SoWi**: **RS + RTF**
- Entwicklung einer verfeinerten Methodik der Judikaturanalyse: Erforschen der **Bewegungsgesetze der Judikatur** – Konstanten, Variable; Bausteine zu einer Theorie des sozialen Wandels von Rspr, ideologische Segmente etc.

Baran RIT, SS18, 2016

290

XIII.

Bespiele rechtstatsächlicher Arbeit

Beilagen – Unterlagen von:

- Herwig **Bichler**: Rechtstatsachen rund um den Bestattungsvertrag (2006)
- Josef **Kercher**: Methodenüberblick (2006/ 2008)
- Claudia **Rath**: Testamentsvollstreckung (2008)
- Roman **Feichter**: Kindeswohl und Obsorgerecht: (2008)
- Michael **Koller**: Not kennt kein Gebot (2010)
- Sylvia **Leberer**: Die niederländische Zentralhaftung – ein Vorbild für Österreich? (2010/ 2011)
- Caroline **Voithofer**: Methoden + Geschlechterverhältnis & Rollenbilder im juristischen Spezialdiskurs (2008/ 2010)

Baran RIT, SS18, 2016

291