



Zusammenfassung

Haftungsausschluss: Der Autor und die Fachschaft Jus Luzern (Fajulu) übernehmen keinerlei Gewähr hinsichtlich der inhaltlichen Richtigkeit, Genauigkeit, Aktualität, Zuverlässigkeit und Vollständigkeit der Informationen. Haftungsansprüche gegen den Autor oder die Fajulu wegen Schäden materieller oder immaterieller Art, welche aus dem Zugriff oder der Nutzung bzw. Nichtnutzung der Zusammenfassung entstehen werden ausgeschlossen.

Grundlagen des Rechts I und II

Rechtsgeschichte

1. Mündliche Überlieferung vs. Geschriebenes Gesetz

- Orale Überlieferung des Rechts: Rechtsfindung durch
 - Feststellung der Rechtsgewohnheit
 - Wiederkehrendes Ritual (quasi ritueller Prozess)
 - Formenfixierung des Prozesses
 - Ø Legitimation: Alter des Rechts + Status der Priester
- Verschriftlichung des Rechts:
 - Mehr Kommunikation über das Recht → Auslegung/ Autonomie des Rechts
 - Kein Vergessen mehr möglich
 - Das Recht wird teilweise öffentlich (→ **Entsakralisierung**)
 - Ø Gefahr des Rechtsmissbrauchs: Verwaltung des Rechts durch Priester (Rom) → „Juristenelite“, was zur Ausbildung einer fachlich hoch differenzierten Jurisprudenz führte (→ **Schutz von Fehlinterpretationen**)
 - Ø Legitimation: durch einen Gründungsmythos verstärkt.
 - Gründungsmythos der Zwölftafelgesetze: Autopoiesis des Rechts braucht einen Startschuss, d.h. Recht **nicht a priori gegeben**.

2. Kodifikationsstreit zw. Thibaut und Savigny

- **Gesellschaftspolitischer Spannungsfeld:** Einerseits gab es die absolutistische Idee von Gesetz als Konkretisierung des Herrscherwillens und andererseits das bürgerliche Interesse an Fixierung und Gewährleistung bürgerlicher Freiheiten → Rechtssicherheit.
- **Thibaut (1772):**
 - Positives Recht ist gesetztes Recht
 - Der Staat übernimmt die Gesetzgebung (vs. Willkür des Souveräns)
 - Rechtssicherheit der Bürger
 - Ø Forderung: Bewirkung eines einheitlichen Gesetzbuches des Deutschen
- **Savigny (1779):**
 - Willkür des Gesetzgebers
 - Volksgeist organisch bzw. historisch-systematisch zu erfassen → d.h. musste die Entwicklung in der Gesellschaft suchen und sie dann systematisieren und daraus Rechte ableiten.
 - Unreife der Zeit
 - Repräsentanz durch professionelle Juristenelite
 - Ø Recht durch Sitte und Volksglauben erzeugt → Recht immer zuerst Gewohnheitsrecht
 - § Aufgabe der Juristen: Leitende Grundsätze herauszufinden, dazu brauchen sie:
 - **Der historische Sinn**, um das Eigentümliche jedes Zeitalters aufzufassen.
 - **Der systematische Sinn**, um jeden Satz und Begriff in Verbindung mit dem Ganzen anzusehen.
 - § Das „doppelte Leben“ des Rechts

- Als politisches Element (Teil des Volkslebens)
- Als technisches Element (besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen)

3. Kodifikationen

- Als Produkt der Rechtstheorie der Aufklärung im 18. Jh.
- ∅ Vom Gesetz als Ausfluss und Konkretisierung des Herrscherwillens zum Normbefehl der Staatsgewalt → **Magna Charta** bürgerlicher Freiheiten und Rechte bzw. Garantie ggü. Übergriffen des Absolutismus.
- Ziel: Beseitigung der Rechtszersplitterung und Rechtseinheit
- Merkmale:
 - Abgeschlossenes System (Schriftliches Gesetz)
 - Materiell vollständig, logisch (=kohärent) und technisch korrekt
 - Geltung für alle Einwohner und Bürger
- Folge: Rechtswissenschaft büßte ihre Vormachtstellung als wissenschaftliche Kontrollinstanz der Gesetzgebung zugunsten der Fürstenpolitik. → Enteignung von Rechtslehre und Richter.
- ✓ ALR
 - ∅ Ziel: Möglichst alle Rechtsfragen regeln.
 - Im aufgeklärten Absolutismus hatte das Gesetz den Richteranspruch zu beherrschen (Eingreifen des Königs möglich): D.h. der Richter war in jedem Einzelfall ans Gesetz gebunden.
 - Recht sollte für alle Bürger zugänglich und verständlich sein
 - Folge: Keinen Spielraum des Richters und keine Lehre; Verbot der Auslegung → Anpassungen des Rechts an gesellschaftlichen Veränderungen unmöglich
- ✓ Code civil 1804 → Verbindung von:
 - Mittelalterliche Elemente (→ Ancien Régime)
 - Einflüssen des römischen Rechts
 - Errungenschaften der französischen Revolution (Naturrechtsprinzipien)
- ✓ Entstehung des BGB
 - 30-jährige Entstehungsgeschichte → Grund: Widerstand einiger Partikularstaaten
 - Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anerkannt
 - Keine abschließende Kodifikation: Verzicht auf begriffliche und sachliche zu schwierige Regelungen.
- ✓ Entstehung des ZGB
 - **Eugen Huber: Volkstümliche und verständlich Redaktion des Gesetzes** → Das Gesetz wendet sich an alle Rechtsunterworfenen, d.h. muss für jedermann verständlich sein.
 - § Als lückenlos ist nur die Rechtsordnung an sich anzusehen, und nicht die Kodifikation → Das ZGB gibt folglich seine Lückenhaftigkeit zu
 - ∅ Schwierigkeiten: Rechtliche Überlieferung der Schweiz stark zersplittert. **Wichtig**: Kantonale Besonderheiten zu erhalten, um keine Oppositionen zu treffen.
 - Nachteil: Die volksnahe Formulierung führte zu **Unbestimmtheiten, Ungenauigkeiten und Lücken**. → Rechtssicherheit in Gefahr
 - § Aber: Flexibilität und Möglichkeit der Anpassung an die sich wandelnden Bedürfnisse.

4. Vernunftrecht vs. Historismus

- Vernunftrecht: Beurteilung des Geschehenes anhand des überzeitlichen Richtigen, Wahren, Absoluten, Allgemeinen
- Historismus: Beurteilung des Geschehenes als Produkt der Evolution, in Bezug zu seiner Zeit (= Relativität)
 - Ø Herder: Die Gesellschaft wird gemäß der historischen Veränderlichkeit geformt
 - à Kulturbesitz als eine sich wandelnde Wesenheiten.

5. Die historische Rechtsschule (19. Jh)

- Ø Ziel: Das römische Recht und die Partikularrecht wieder brauchbar zu machen à Römisches Recht als vollkommene Rechtswissenschaft betrachtet.
- Ø Aufgabe: Das Recht bis zu seinem Ursprung zu verfolgen und das organische Prinzip zu entdecken. à Nur die historische Methode geeignet (Savigny).
 - Germanisten: Rechtsschöpfung durch das deutsche Volk à Suche nach Rechtsaltertümer, Sprachwissenschaft, „Sitte“ des Volkes à demokratisch, nationalistisch.
 - Romanisten: Fokus auf das rezipierte, klassische, römische Recht à restaurativ.

6. Übergang von der historischen Rechtsschule zum Gesetzespositivismus

- Ø Ab Mitte 19. Jh. à nach der Entstehung Nationalstaaten (1848)
- Stolleis: Forderung eines Begriffsrealismus ohne rechtshistorischen Bestandteile
 - o Entfernung nichtjuristischer Elemente aus dem juristischen Denken à Entstehung einer Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz: Abwehr politischer Einflüsse und Rechtssicherheit.

7. Methodenstreit der Staatsrechtslehre 1926

- Ausgangslage: Kern des Streites war das methodische Problem, wie juristische Fragen beantwortet werden können.
- **Stellung der Anti-Positivisten:**
 - o **Kaufmann**: Er begründete die Anwendbarkeit des Gesetzes nicht allein aus seinem Wortlaut oder dem historischen Willen des Verfassungsgebers, sondern griff auf die Rechtsgeschichte, auf ausländische Rechtsordnungen und das Völkerrecht zurück, um hinter den verschiedenen positiven Rechtsordnungen die allgemeingültige Rechtsidee der Gleichheit herauszuarbeiten.
 - § Positivismus als Phänomen der ruhigen Vorkriegszeit und weitgehend erledigt
 - o **Triepel**: Glauben an etwas „Überpositives“ ist notwendig, um Fälle zu lösen
 - Ø Antidemokraten, Nationaler Kultusprotestantismus
- **Stellung der Positivisten:**
 - o **Nawiasaky**: er hielt dem entgegen, daß allein die wörtliche, historische und systematische Auslegung zulässig sei. Rechtssätze und ihre Anwendung werden ausschliesslich aus System, Begriffen und Lehrsätzen bestimmt. Elemente ohne rechtlicher Natur haben hingegen keine Wertung mehr. à Recht und Ethik bilden eine Zweiheit.
 - o **Kelsen**: Politik, Ethik oder Religion gehören nicht zur Rechtswissenschaft.
 - Ø Forderung der Demokratie

8. Aufgaben der Dogmatik (Juristen)

- **Savigny:** Ursprung einer Norm zu verfolgen und ein organisches Prinzip zu bestimmen.
 - Ø Historische Methode → Das Geschehene ist das Produkt einer komplexen Evolution.
 - Ø Ziel: Das Recht bis zum Ursprung zu verfolgen und das organische Prinzip zu entdecken.
- **Jhering:** Kampf um das Recht zu ermöglichen
 - Ø Kampf als elementarer Bestandteil des Rechts; es handelt hier aber um den Kampf gegen das Unrecht
 - „**Begriff des Rechts als Zweckbegriff**“: Mehrere Mittel zur Erreichung seines Zweck (bspw. Eigentum), aber am Ende nur ein einziges Mittel möglich: Kampf gegen das Unrecht.
 - Gegensatz Kampf (Mittel) vs. Frieden (Zweck): Kampf als elementarer Bestandteil des Rechts;
- **Laband:** Recht **durch logische Denktätigkeit** finden, also Rechtsinstitute konstruieren
 - Ø Auseinandersetzung zw. Dogmatik und Rechtshistorik: Historische, politische und philosophische Perspektive für Laband zwar wertvoll, letztlich aber **ohne Belang**.
- **Bülow:** Recht zu schöpfen, wenn es die Beteiligten nicht finden können
 - Ø Rechtssinn des Volkes ist entscheidend, kann es die Norm nicht finden, dann muss der Staat eingreifen. → „Recht muss immer erst gefunden werden“
 - Ø „Gesetz und Richteramt schafft dem Volk sein Recht“: Wenn die Beteiligten es nicht finden, greift der Richter ein; Gesetz als Anweisung.
 - Rechtsbestimmungen werden von Richter gefunden

9. Soziologischer Positivismus

- Ergänzungsbedürftigkeit des BGB: Lücke sollen lebens- und sachbezogen entschieden werden, d.h. Ablehnung der deduktiven, konstruktivistischen, formalen Rechtsfindung der Begriffsjurisprudenz.
- Recht als Ergebnis des beobachteten sozialen und ökonomischen Verhaltens
- **Freirechtslehre gemäß Eugen Ehrlich (1862):** Forderung einer „königlichen Freiheit des Richters“
 - Höhepunkt mit Fuchs und Kantorowicz erreicht: sie wollten eine freie, soziologische, richterliche Rechtsfindung, welche an Rechtstatsachen und Einzelfallbedürfnissen orientiert war.
 - Aktuell: Plädoyer für das Zusammenwirken der Jurisprudenz mit der Psychologie und der Sozialwissenschaft.
- **Interessenjurisprudenz gemäß Jhering und Heck:** „Jede Rechtsnorm entscheidet einen Interessenkonflikt; Der Richter hat dem Gesetz zu gehorchen und immer einen Interessenabwägung fortzunehmen“ → Rudolph von Jhering.
 - Ø Interessenjurisprudenz als Fortsetzung des Programms der Freiheitrechtslehre.
 - Ø Aber Rechtsanwendungsmethode der Interessenjurisprudenz differenzierter und **argumentiert näher am Gesetz**.

10. Freirechtslehre und Folgen nach Behrends

- Ausprägung von Kampfparolen, die weit über das zu verantwortende Mass hinausgingen

- Ø Nationalismus als Erfüllung ihrer Sehnsüchte nach Lebensauthentizität und Volkhaftigkeit.

11. Bumke

- Auswirkungen des 1. Weltkrieges: Auffassung der Deutschen von dem Wesen des Rechts, seinen Aufgaben und der Gerechtigkeit hat sich gewandelt.
- Schaffung von Recht: **Harmonisch ineinanderwirken** der Gesetzgebung, Justizverwaltung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft (4 Kräfte).
- Ø Recht wird durch den Volksgeist erzeugt → Sozial denken bedeutet, dass man sich als Mitglied der Volksgemeinschaft fühlt und die Interessen der Gemeinschaft den eigenen Interessen vorgehen.
- Ø Ein Reich – Ein Recht.

12. Der Beitrag des Recht im Dritten Reich

- Ohne Juristen und ohne Recht hätte es nicht funktioniert → Parallelität von legaler Diskriminierung, extralegalem Terror und juristischen Alltagsgeschäften.
- Überlieferung von unregelmäßigen Gewaltaktionen in die Normenwelt → „Recht im Unrecht“
- Ø Selbstmobilisierung der Funktionselementen, die in offener Konkurrenz standen → Kampf um Einfluss innerhalb des Systems d.h. zwischen die Alte Professionselite; der Volksgerichtshof und die Akademie für deutsches Recht.
- Ø Radikalisierung, die kumulativ erfolgte.
- **Öffentliches Recht**: Der Einzelwille und des Einzelinteresse werden in den Gesamtwille und das Gesamtinteresse überführt (Stolleis).
- **Privates Recht**: Es wurde am subjektiven Recht festgehalten, aber es wurde eine Pflichtenbindung betont.
- **Schmit**:
 - „Der wahre Führer ist immer auch Richter“: D.h. der Führer verkörpert die echte/einzige Gerichtsbarkeit.
 - „Der Führer schützt das Recht“ → Höchste Justiz, da er das Recht an den Verhältnissen der NS-Zeit angepasst hat (→ gegen die Justiz und gegen die Gesetzgebung).
 - Ø Schaffung der Legitimation extralegaler Verfolgung für den Jurist
- **Dahm**:
 - Als Glied in der Gemeinschaft muss der Führer/ Richter die Gemeinschaftsordnung wahren
 - Grundlage: NS- Weltanschauung → kein Prüfungsrecht ggü. Führerentscheidungen und Unabhängigkeit des Richters

13. Auslegung in der NS-Zeit

- Durch dehnbare Begrifflichkeiten wurde jedes Ergebnis legitimiert. → Umgehung mit Normen
- Ø Beispiele aus den juristischen Kommentaren: Als Hauptbeispiel muss die schnell verschärfte Auslegung der Strafbarkeit außerehelicher Verkehr zw. Juden und Nichtjuden.
 - 1936: Geschlechtsverkehr gemeint

- 1939: braucht es nicht einmal mehr eine körperliche Berührung

14. Larenz und die Rechtsfähigkeit

- Ende 19. Jh. wurde keine Unterschiede hinsichtlich der Rechtsfähigkeit aufgrund von Religion, Stand, Geschlecht, etc.
- NS-Zeit: NS-Rechtsauffassung geht von der Verschiedenheit der Menschen aus
 - Nur als Volksgenosse, d.h. als Glied der Gemeinschaft, ist der Einzelne eine konkrete Persönlichkeit → Volksgenosse, nur wer deutschen Blutes ist.
 - Fremden → als Gäste den Rechtsgenossen gleichgestellt, aber Nichtrechtsgenossen (keine Rechtssubjekten), d.h. besitzen nur beschränkte Rechtsfähigkeit.
 - **in Kommentaren zu Art. 1 BGB:** Auslegung so gemacht, dass damit das von Larenz befürwortete Ergebnis erzielt wurde.
 - § 1944: insbes. vom erbbiologischen Punkt (Erbgesundheit, Rasse)

15. Radbruch

- **Legitimation** des Nationalsozialismus:
 - „Befehl ist Befehl“; „Gesetz ist Gesetz“ → Juristen wehrlos gegen willkürlichen Gesetzen gemacht
- **Werte eines Gesetzes:** Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmässigkeit.
 - ∅ Zweckmäßigkeit an die letzte Stelle: „Dem Volk nützt schließlich nur, was Gesetz ist.“
 - ∅ Rechtssicherheit vs. Gerechtigkeit: Das positive Recht hat Vorrang, soweit der Widerspruch zur Gerechtigkeit nicht ein unerträgliches Maß erreicht.
 - Gesetzliches Unrecht: Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, sondern die Gleichheit bewusst verleugnet wird → Nicht mehr Recht (vs. Unrichtiges Recht!).
 - ∅ Folge: NS-Recht niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt.

16. Straftheorien

- **Strafe in der Frühen Neuzeit:**
 - **Strafe als Besänftigung göttlichen Zorns**
 - § Grausamkeit der Strafe als Mittel zur Überzeugung
 - § Strafe als Seelenheil
- **Carpzov (1600):**
 - **Strafe als Abschreckung und Vergeltung (Ausgleich)**
 - Als christlicher Jurist
 - § Theokratische Strafzwecklehre: Bibel als Rechtsquelle → Besänftigung von Gottes Zorn durch die Strafe.
 - **Stellung zu den Straftheorien:** Generalprävention und Vergeltung
- **Kant (1724):**
 - **Gedanke der Freiheit →** Respekt vor der Person, d.h. sie kann nicht als Mittel zur Erreichung irgendeines staatlichen od. individuellen Nützlichkeitszwecks (> Verletzung ihrer Würde)
 - **Strafe → nur als Widervergeltung möglich** („um des reinen Strafsollens willen“); Mittel zur Wiederherstellung der Gerechtigkeit.

- **Keine Prävention**
- **Fuerbach (1804):**
 - **Wichtig:** Die Strafe beginnt jetzt einem bestimmten Zweck zu verfolgen. Die Strafe wird nicht mehr verhängt, weil gegen metaphysische Gerechtigkeit verstoßen wurde.
 - **Theorie der psychologischen Zwanges:** Gesetzliche Drohung (Gesetz) → Execution (Folge); zwischen der gesetzlichen Drohung und der Execution besteht eine zusammenstimmende Wirksamkeit;
 - Ø Einbezug einer externen Referenzebene (Psychologie)
 - **Strafe als Abschreckung der Bürger durch das Gesetz:** „Die Abschreckungsdrohung gibt dem Strafrecht seinen Sinn“
 - **Stellung zu den Straftheorien:** Negative Generalprävention
 - Ø Legalitätsprinzip im Strafrecht: Trennung des Strafrechts von allen moralischen Ansichten.
- **Von Liszt (1811):**
 - Die gerechte Strafe ist die notwendige Strafe, d.h. wenn die Strafgewalt völlig mit dem Zweckgedanken gebunden ist.
 - **Strafe als Rechtsgüterschutz**, d.h. als zweckmäßige, sozial nützliche Reaktion auf unzweckmäßiges, sozial schädliches Verhalten.
 - § Verbrechen als Täterverhalten, das mit naturwissenschaftlichen Mitteln auf seine Ursachen zurückführbar ist.
 - Ø **Doppelte Natur des Strafe:**
 - **Indirekter, mittelbarer; psychologischer Zwang:** Sie erscheint als künstliche Anpassung des Verbrechers an die Gesellschaft durch Besserung od. Abschreckung
 - **Direkter, unmittelbarer; mechanischer Zwang:** Durch die Strafe wird der Verbrecher zumindest vorübergehend unschädlich gemacht (bspw. Einsperrung in Gefängnis)
 - Wirkung der Strafe nach der Methode der Gesellschaftswissenschaft beurteilt, d.h. die systematische Massenbeobachtung → Forderung der Soziologie und der Nachbarwissenschaften in der Rechtswissenschaft.
 - Ø Liszt als Begründer der Kriminologie
 - Ø „Modern“ da Einbezug dieser Natur-, Sozialwissenschaften, Sozialsarwinismus.
 - **Stellung zu den Straftheorien:** Spezialprävention (Fokus auf dem einzelnen Straftäter)

Vergleich Feuerbach vs. Von Liszt:

- Beide Autoren begründen ihre Theorie nicht ausschließlich rechtlich, sondern verweisen auf Psychologie (Feuerbach) und Gesellschaft- bzw. Sozialwissenschaftlich (Liszt)
- Bei beiden Autoren wird mit der Strafe ein bestimmter Zweck verfolgt. Dieser ist zukunftsgerichtet (relative Straftheorien)
- Bei Feuerbach zielt aber die Strafe auf die Abschreckung aller potentieller Straftäter, während von Liszt sich auf den einzelnen Straftäter fokussiert.
 - Aber: von Liszt Theorie beruht auf den Erkenntnissen Feuerbachs.

Kritik an den Theorien:

- **Bei Feuerbach:** Instrumentalisierung des Täters, um andere abzuschrecken bei Feuerbach.
- **Bei von Liszt:** Blinder Glaube an die Möglichkeiten einer „Sozialtechnologie“, eines mechanistischen Umgangs mit Menschen und Anknüpfungspunkt für biologische Modelle (Kriminalanthropologie)
- Ø **Das Strafrecht kann** exzessiv/ brutal werden, wenn es nur von seinem gesellschaftlichen Nutzen her gesehen wird, ohne Kriterien für die Bewertung dieses Nutzens mitzuliefern (à Tendenz zur Maßlosigkeit).
- **Binding (1841):**
 - Der Staat schützt den Einzelnen durch die Rechtsordnung und kann die Respektierung der Rechtsordnung verlangen à Verbrechen als Verletzung des staatlichen Anspruch auf Gehorsam
 - Ø Binding als Verteidiger der positivistischen Methode und gegen den Einbezug außerjuristischer Argumentationen
 - Strafrecht als Umwandlung von Normen in Befehle
 - Strafe und Strafvollzug als „Unterwerfung des Verbrechens“ unter die siegreiche Gewalt des Rechts
 - Legalitätsprinzip: Die Strafe erfolgt aber nur aufgrund einer Normverletzung.
- Ø Strafrechtlicher Methodenstreit: **Binding** (als Vertreter der klassischen Schule) vs. **Liszt** (als Vertreter der modernen Richtung)

17. Absolute und relative Straftheorien

- Absolute Straftheorie (Vergeltungstheorie; 18. Jh.):
 - Zweck: Verwirklichung der Gerechtigkeit (Ausgleich)
 - Blickt in die Vergangenheit
 - Ø Kant und Hegel
- Relative Straftheorie
 - Zweck: Prävention und Senkung der Kriminalitätsfälle
 - Zukunftsorientiert
 - Spezialprävention (Wirkung auf dem einzelnen Täter; 19. Jh.):
 - § Negative: Wegsperrung
 - § Positive: Resozialisierung
 - Generalprävention: Wirkung auf die Allgemeinheit
 - § Negative: Abschreckung potentieller Täter
 - § Positive: Stärkung des Vertrauens ins Gesetz
 - Ø Feuerbach und Liszt
- **Strafrecht in Deutschland:**
 - RStGB 1871: Vergeltungstheorie und Generalprävention
 - In der NS-Zeit:
 - Straftäter werden „Feinde“: Tatstrafrecht à Täterstrafrecht
 - **Aufhebung des Legalitätsprinzips** (nulla poena sine lege): Die Rechtsüberzeugung des Volkes ist die wahre Quelle allen Rechts
 - Ø Es herrschte das Prinzip des gesunden Volksempfinden

- Der Richter war Glied des Volkes und es gab keine richterliche Unabhängigkeit
à Innensteuerung der Justiz
- **Abschaffung** liberaler Garantien wie **Rückwirkungsverbot** und **Analogieverbot**
- Ø Grenzenlose Strafbarkeit
- 1949: Abschaffung der Todesstrafe
- 1962: Entwurf neues Strafrechts
- 1966: Alternativentwurf à Ablehnung der Sicherungsaufsicht
- 1975: Allgemeine Teil des StGB ins Kraft gesetzt

18. Subjektive Rechte

- Kontext:
 - In den älteren Rechtsordnungen (also vor der franz. Revolution):
 - § Keine vom Individualwillen gesteuerte Rechtsmacht
 - § Rechts wurden nicht dem Subjekt um seinetwillen gewährt, sondern gaben dem Träger persönlichen Anteil am objektiven Recht (sog. wohlverworbene Rechte, die mit Pflichten verbunden waren).
 - Neuordnung Europas nach dem Ende der napoleonischen Vorherrschaft auf dem Wiener Kongress (1814/1815) à Kodifikationsstreit
 - 19. Jh: Nationale Identität à ins Zentrum (Siehe revolutionäre Volkserhebungen zw. 1847-1849 zur Gründung von Nationalstaaten)
- **Forderungen der Augsburger** an König Ludwig I: Sie wollen den Rechtszustand durch Hervorrufen von Gesetzen befestigen à Sie fordern von König subjektive Rechte, welche die politische Sphäre betreffen.
- **Paulskirchenverfassung von 1849: Bürgerlich-liberale Protestbewegung.** Sie wollen, dass der Staat nicht in den Bereich der Gesellschaft eingreift. Durch die Grundrechte sollte den Bürgern den Zugriff auf die politische Sphäre gewährt werden.
 - Fehlschlag der Revolution à Paulskirchenverfassung trat nie in Kraft.
- Entwicklung nach 1848-1849:
 - § Privatrecht vom Staatsrecht getrennt à Rechtsstaat sorgt für die Trennung
 - § Privatautonomie als Grundsatz des Privatrechts
- **Stolleis:** Hinwendung zum entpolitisierten, formalen Rechtsstaatsbegriff
 - **Formaler Rechtsstaatsbegriff:** Rechtsstaat war kein Synonym mehr für politische Freiheitsrechte, aktive Bürgerbeteiligung und materiale Gleichheit, sondern verengte sich auf **formalen Rechtsschutz in Zivil- und Verwaltungssachen**
 - Forderung nach **Ausbau des formalen Rechtsschutzes** nach 1848 hat deshalb auch den Charakter eines **Ersatzes für die nicht erlangte politische Mitbestimmung** auf nationaler Ebene
 - **Entpolitisierte** Verwendung von Rechtsstaat als spezifisch **deutsche Variante von Rechtsstaat**
- 1871: Gründung des Deutschen Kaiserrechts in der Form eines Nationalstaates
- **Grimm:**
 - Privatautonomie: Eigentumsfreiheit, Vertragsfreiheit, Vererbungsfreiheit, Eheschließungs- und Scheidungsfreiheit

- ∅ Den Menschen stehen subjektive Rechte grds. (à S. Gerechtigkeitsanforderungen in Ausnahmefälle) ohne Pflichten zu
- Folgen des Scheiterns der Pauluskirchenverfassung: Die Forderungen werden entpolitisiert und in Abwehrrechte umformuliert.
- ∅ Wurzeln der subjektiven Rechte und des form. Rechtsstaatsbegriff in der Niederlage von 1848.
- **Savigny:**
 - Subjektive Rechte à Die Person hat über ihren Willen Gestaltungsmacht, d.h.
 - § Keine Koppelung mehr von Rechten und Pflichten
 - § Pflichten sind nur noch (sehr enge) Grenzen des subjektiven Rechts
 - § Savigny entpolitisiert den Begriff des subjektiven Rechts: Maßgebend ist die Gesamtanschauung des Rechtsverhältnissen
 - N.B. Subjektive Rechte aber nicht angeboren (à Unterschied zur Pauluskirchenverfassung)
 - Er konstruiert **aus den Elementen des subj. Rechts**, des Rechtsverhältnisses und des Rechtsinstitut das **System eines bürgerlichen Rechts:**
 - § **Subjektives Recht:** Macht einer Person im (allgemeinen) Rechtszustand: Gebiet, worin ihr Wille herrscht
 - § **Rechtsverhältnis:** Die Beziehung von Person zu Person durch eine Rechtsregel bestimmt (Bsp. Schuldverhältnis bzw. Vertragsverhältnis)
 - § **Rechtsinstitut:** Umfasst in der Rechtswissenschaft allgemein die Gesamtheit aller Normen zur Regelung eines bestimmten Rechtsverhältnisses oder eines Lebenssachverhalts
 - ∅ Heutige Relevanz: Begriffe des Rechtsverhältnisses und des subjektiven Rechts werden noch heute verwendet.
- **Gierke:**
 - Historischer Hintergrund: 1871 Gründung des Deutschen Kaiserreichs als Nationalstaat
 - Industrielles Zeitalter und die Soziale Frage (Arbeitern soll geholfen werden; Entstehen der Gemeinschaften füreinander)
 - Aufkommen der Sozialversicherungen
 - Zwangsversicherungen vs. Privatautonomie
 - Unfallversicherungsgesetz von 1884 als rechtliche Voraussetzung für die korporativen Genossenschaften
 - **Öff. Recht:** Es muss die Gemeinschaft und die Einzelnen im Verhältnis setzen.
 - à Der Staat soll gebunden werden (S. „Das deutsche Genossenschaftsrecht“)
 - § Durch und durch Recht, d.h. alles muss geregelt sein
 - § Gegenseitigkeit: Gleiche Rechte und Pflichten
 - **Privatrecht:** Gierke fordert ein **soziales Privatrecht**, d.h. auch im Privatrecht soll der Gedanke der Gemeinschaft leben, insbes. Schutz der Schwachen gegen den Starken. à „*Im Privatrecht soll ein Tropfen des öff. Sozialistischen Öles durchdrungen*“
 - § Keine willkürliche, sondern vernünftige Freiheit
 - § Freiheit, die zugleich Gebundenheit ist

- § Er fordert ein soziales, volkstümliches bzw. deutsches Privatrecht, das den Schwächeren schützt → Aufgaben des Privatrechts:
 - § Schutz des Schwachen gegen den Starken
 - § Schutz des Gesamtwohls gegen die Selbstsucht des Einzelnen
 - Gegen die (wirtschafts-)liberale Forderung nach einer praktisch unbeschränkten Privatautonomie im entpolitisierten, formalen Rechtsstaat (vgl. «Strich»)
 - § Schrankenlose Vertragsfreiheit zerstört sich selbst
 - § Mittel der Unterdrückung und schonungslose Ausbeutung des Schwächeren
- ∅ Heutige Relevanz: Schutz der schwächeren Partei in Miet- oder Arbeitsverhältnis; Art. 21 OR.

Gegenüberstellung Savigny und Gierke → Wichtige Theorie für die Entwicklung des Privatrechts:

- Savigny konstituiert ein System des bürgerlichen Rechts
 - Entpolitisiert, rein dogmatisch
 - Subjektive Rechte
- Gierke fordert ein soziales Privatrecht
 - Schutz des Schwächeren, kollektive Pflichten
 - Sozialstaatliche Ansätze
- **Dahm:**
 - ∅ Feste Haltung am subjektiven Recht aber es ist richtig zu deuten, d.h. es besteht eine Beziehung des subjektiven Rechts zur völkischen Ordnung → Pflichtengebundenheit von jeder Person ggü. der Gemeinschaft (Gemeinnutz geht vor Eigennutz)
 - ∅ Beispiel für die unbegrenzte Auslegung
- **Larenz:**
 - Der Mensch ist nicht Träger von subjektiven Rechts sondern → Träger einer Gliedstellung in der Gemeinschaft (d.h. nur als Volksgenosse rechtsfähig).

19. Mittelalterliche Gesellschaft

- Lehenordnung: Herrschaftsrechte persönlich und zeitlich bedingt
 - ∅ S. dazu Heerschilder im Sachsenspiegel: Gliederung der mittelalterlichen Gesellschaft → Personellstrukturierte Gesellschaft (Trennung Lehngewer vs. Lehnherr)
- Privilegien galten als primäre Rechtsquellen, indem sie bezeichneten Sonderrechte einzelnen Personen/ Personengruppen.
- Inhalt der Privilegien = Übertragung von Herrschaftsrechten
- ∅ Personale Herrschaft des Königs aber keine Staatsgewalt im Sinne von Herrschaft über ein Territorium (→ Kein Staat gemäß Jellinek).

20. Geistliche vs. Weltliche Macht

- Suprematie des weltlichen Macht, da der Konzil unter ihm stand.
- Nach dem Investiturstreit 1077: Zwei getrennte Machtzentren
 - S. Berman: mittelalterliche katholische Kirche als moderner westlicher Staat

- ∅ Sie ist eine unabhängige, hierarchische, öffentliche Gewalt
- ∅ Sie verfügt über ein Gewaltenteilungssystem: Legislative, Executive, Judikative Gewalt.
- ∅ Nach rationales Regeln des kanonischen Rechts orientiert
- Päpstliche Revolution: Beseitigung der religiösen Funktion der höchsten politischen Autorität (Kaiser und Fürsten)
- Grundstein zum heutigen säkularen Staat

21. „Gottesfrieden“ à Mittelalterlicher Landfrieden

- „Gottesfrieden“ als Vorgänger des Landfrieden, da die königliche Zentralgewalt offensichtlich nicht stark genug war, um den äußeren Frieden durchzusetzen.
 - Es geht um den Frieden zu bestimmten Zeiten (z.B. Sonn- und Feiertage) und an bestimmten Orten (pax).
 - Verstößen wurden mit der Exkommunikation bestraft, die zur gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ruine des Individuums führte.
- ∅ Frühform der territorialen Herrschaft
- **Landfrieden (1103) als Verbesserung**
 - Ziel: **Schutz des Friedens** in einem bestimmten Herrschaftsgebiet à Monopolisierung der Gewaltausübung
- ∅ Entscheidenden Schritt in der verfassungsmäßigen Stabilisierung des Reiches.
 - „Ewige Landesfrieden“ von 1495
 - § autoritativer Erlass, der sich auf das Territorium bezieht
 - § Geltung gemäß Territorialitätsprinzip à Gleichbehandlung unabhängig vom Personenstand
 - § Neuerungen: Das neue Recht geht dem alten vor und hat unbeschränkte Geltungsdauer
- ∅ Durch die Übernahme des Gewaltmonopols sorgt der Staat für Frieden
 - Herausbildung des öff. Strafrechts à Bruch der allgemein geltenden Ordnung durch eine Einzelperson.

- Mittelalter = Personale Herrschaft
- Neuzeit = Beginn der Gewalt-, Rechtsetzungs- und Rechtsdurchsetzungsmonopole (des Staates)
- ∅ Diese richten sich vor allem gegen andere Formen der Gerichtsbarkeit wie Bspw. Universitätsgerichte, Femegerichte (=nicht staatliche Gerichtsbarkeit à Zweikampf zweier Ritter als Form des Gottesurteil; S. Geschichte „**Das Käthchen von Hielbronn**“), sowie Gottesurteile.

22. Modell Deutschland nach Bieling 1949

- Gemischte Wirtschaftsordnung und umfassender öffentlicher Sektor
 - Öff. Sektor: Er muss volkswirtschaftliche Aufgaben übernehmen um das Wirtschaftswachstum und Arbeitsproduktivität zu fördern.
- Ab 1970 komme es zur Privatisierung von vielen staatlichen Aufgaben
 - konservativ-liberale Regierung à Stärkung der Marktkräfte, der Einfluss des Staates muss zurückdrängen.

- 1990: Privatisierungspolitik → Produktions- oder Leistungsstaat durch Regulierungs- oder Gewährleistungsstaat ersetzt → Beschränkung auf die privatwirtschaftliche Organisation und das Angebot öff. Versorgungsleistungen.
- ∅ Folge: Abnahme von gewerkschaftlichen Mitsprach- und Einflussmöglichkeiten
 - N.B. S. dazu: Prozess der europäischen Integration.

23. Entstehung der EU und Beginn der Supranationalität

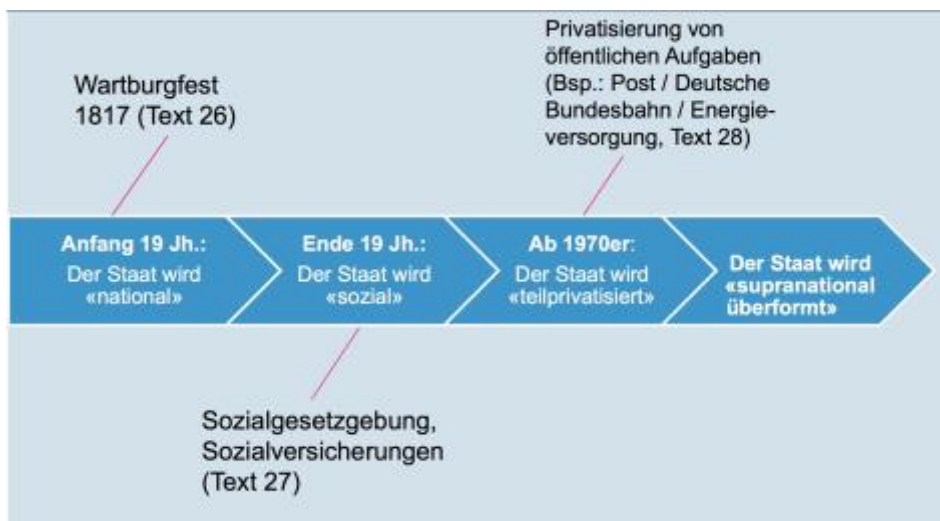
- Nach dem Krieg → Bedürfnis, den Frieden durch eine politische Zweckgemeinschaft (→ Aufhebung nationaler Souveränität) dauerhaft zu sichern
- 1951: Gründung der EU Gemeinschaft für Kohle und Stahl
- 1992: Maastrichter Vertrag → Gründung der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion
- ∅ Ereignisse: Ende des kaltes Krieges (1991) und Wiedervereinigung Deutschlands (1989)

- **Coudenhove-Kalengi über die EU:**
 - **Ausgangspunkt:** 1. Weltkrieg und seine Folgen
 - Kritik der geltenden Zustände → Gefahr des Niedergangs der EU: „Seine Bewohner einander mit den Mitteln moderner Technik totschiagen“ → Blick ins Vergangene;
 - Probleme in Europa:
 - Auseinandersetzung zw. Klassen → soziale Frage
 - Auseinandersetzung zw. den Staaten → eu Frage
 - Lösung: Gründung der späteren Paneuropa-Bewegung → d.h. Zusammenschluss Europas zu einem politisch-wirtschaftlichen Zweckverband.

- **Habermas zur internationalen Verrechtlichung (Zivilisierungsprozess):**
 - Kernaussage: **Pazifizierung (Befriedung) der Staaten** und Aufbau supranationaler Handlungsfähigkeit
 - § Transnationalisierung der Volkssouveränität
 - Zivilisierungsprozess, also Verrechtlichung:
 - Unmittelbar → Pazifizierung der Staaten
 - Mittelbar → Aufbau neuer supranationaler Handlungsfähigkeiten
 - ∅ Transnationalisierung der Volkssouveränität in der Gestalt eines demokratischen Bundes von Nationalstaaten:
 - § Nationalstaaten ordnen sich **dem supranational gesetzten Recht unter;**
 - § Eine **Gesamtheit von Unionsbürgern teilt sich die verfassungsgebende Gewalt → Mandat zur Mitwirkung an der Gründung eines supranationalen Gemeinwesens.**

- **Ritter über das moderne Staatskonzept:**
 - Reines Model des Territorialstaaten → Vergangenheit
 - Entwicklungen:
 - Globalisierung → Märkte ohne Staat;
 - Deterritorialisierung → Landes- und Staatsgrenzen werden überschreiten;
 - Suprastaatlichkeit → S. „eu Enststaatlichung“

Vom Staat zur Supranationalität:



- Globalisierung: Weltweite Liberalisierung von Waren- und Dienstleistungsmärkten
- Deterritorialisierung (innerhalb des Staates): Regionale Gebilde überlagern traditionelle Gebietskörperschaften (vgl. Verkehrsverbände, TriRegio)
- **Ökonomische Zwänge** fordern neue Konzepte
 - Erkenntnis: Jellinek'sche Formel reicht nicht mehr aus: Modell des Territorialstaates gehört der Vergangenheit an, es wird überformt durch ein Modell der sachlich- funktional bestimmten Räume und Grenzen
- **Ø Suprastaatlichkeit:** Vergemeinschaftung; EU verfügt (noch) nicht über die vollen Attribute der Staatlichkeit, trotzdem Fülle von Hoheitsrechten
 - **EU-Verordnung als Beispiel für «supranationale Gesetzgebung»:** Eine Verordnung ist ein **verbindlicher Rechtsakt**, den alle EU-Länder in vollem Umfang **umsetzen müssen**. Um beispielsweise sicherzustellen, dass für Waren, die in die EU importiert werden, **gemeinsame Schutzmaßnahmen** gelten, hat der Rat der EU eine entsprechende Verordnung angenommen.

Rechtsphilosophie

1. Natürliche vs. Bürgerliche Gesetze nach Hobbes

- Im **Naturzustand** herrscht ein Kriegszustand. Die naturrechtlichen Normen (Naturgesetze) geben nur die allgemeinen Bedingungen an.
- Sie sind aber Gebote der Vernunft und haben rein moralische Verbindlichkeit
- **Durch Gesellschaftsvertrag erfolgt die Übertragung der Macht an der Souverän (Staat):** Er ist dadurch legitimiert, zwingendes Recht (bürgerliche Gesetze) zu setzen, um den Frieden zu garantieren
- Bürgerliche Gesetze haben Durchsetzungszwang à Mit Sanktionmöglichkeiten ausgestattet.
- Elemente der bürgerlichen Gesetze:
 - Allgemeine Regeln
 - Ausreichendes Willenszeichen ausdrücken
 - Unterscheidung von Recht und Unrecht festlegen

2. Kodifikationsstreit

- **Savigny:**

- Quelle des Rechts: Volksgeist, d.h. die gemeinsame Überzeugung des Volkes (Gewohnheiten)
 - Das wesentliche Merkmal, das ein Volk als Ganzes verbindet, ist seine gemeinsame Überzeugung (Kennzeichnen eines Volkes, welche Sitten und Gebräuche geworden sind → Volksgeist, sollen nicht geändert werden) und nicht mehr die reine Vernunft.
 - Es gibt kein Recht, wie bei der Naturrechtslehre, das für alle Zeiten und Orte dasselbe ist. Das Recht ist ein Produkt der konkreten und besonderen Geschichte eines Volkes.
- Begründung der historischen Rechtsschule (19. Jh.): Das Recht ist ein Produkt der Geschichte und nicht mehr etwas Künstliches (ein Gerüst der Vernunft, wie es etwa die Naturrechtler behauptet haben).
- Recht als lebendes Organismus, welches ein doppeltes Leben führt:
 - Recht als Teil des Volkslebens (politisches Element)
 - Recht als Wissenschaft in den Händen der Juristen (d.h. Bearbeitung des Rechts durch den Juristenstand, technisches Element)

- ▼ **Stellung zur Kodifikation:** Juristenrecht statt Gesetzespositivismus

- ∅ Recht ist Sache der Juristen

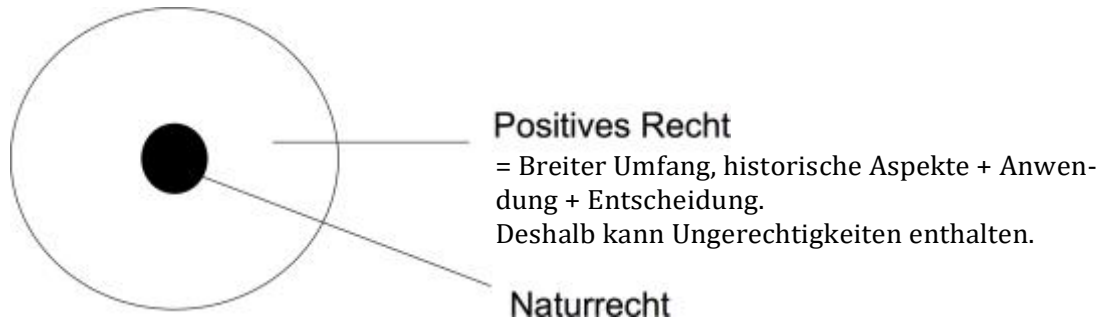
- ∅ Aufgabe der Juristen: Die einzelnen Grundsätze herauszufinden und die inneren Zusammenhänge aufzuzeigen → historischen und systematischen Sinn

- **Thibaut:**

- Das Recht soll vom **Legislative erarbeitet** werden und **von allen erkannt werden**; nicht nur vom Juristenstand (vgl. Savigny) → Einfachheit, Vollständigkeit, Verständlichkeit und Kohärenz.
- Stellung zur Kodifikation: Für eine Kodifikation → Rechtsvereinheitlichung im Deutschland
 - Kodifikation als Mittel zur Überwindung des Rechtspartikularismus

- **Hegel - Zwischenposition:**

- Ausgangspunkt: Gesetze müssen bekannt sein, um ihre Befolgung zu gewährleisten.
- **Positives Recht:**
 - **Formeller Aspekt:** Recht ist positiv, weil es in einem Staat gilt.
 - § Recht als gesetztes und bekanntes Dasein zu betrachten.
 - **Inhaltlicher Aspekt:**
 - § **Teil des Volkslebens**, d.h. durch einen besonderen Nationalcharakter gekennzeichnet. Es verändert sich mit der Geschichte.
 - § **In der Gesellschaft konkretisiert**, d.h. es muss auf Besonderheiten des Lebens/ der Gesellschaft Rücksicht nehmen.
 - § **Es braucht letztendlich eine gewiss willkürliche richterliche Entscheidung.**



▼ **Stellung zur „Gewohnheitsrecht“:** Gewohnheit als unentwickelte Form der Positivität, insofern es noch nicht die Form der bewussten Gesetztheit erlangt hat („als Gedanke“; „aus eine subjektive und zufällige Weise gewusst“). → Jede nicht durch den Begriff selbstgesetzte Wirklichkeit ist bloßes vorübergehendes Dasein und äußerliche Zufälligkeit.

∅ Kritik an dem englische Common law: Einer gebildeten Nation oder dem juristischen Stande in derselben die Fähigkeit abzusprechen, ein Gesetzbuch zu machen, (...) wäre einer der grössten Schimpfe, der einer Nation oder jenem Stande angetan werden könnte.

▼ **Stellung zur Kodifikation:** Position zw. Savigny und Thibaut → Er ist für eine Kodifikation, lehnt aber die Idee einer mechanischen Anwendung des Rechts seitens der Juristen

∅ Eine Kodifikation ist mit einer richterlichen Rechtsfortbildung vereinbar.

Gewohnheitsrecht: Savigny vs. Hegel

- **Hegel:** Er definiert zuerst das (positive) Recht, dann das Gewohnheitsrecht. Das Gesetz ist die Realität durch die selektive Linse der Rationalität gesehen. Der freie und rationale Wille zeigt sich durch das Gesetz.
- **Savigny:** Das Recht ist Gewohnheitsrecht. Das echte Recht ist somit nicht das Produkt eines rationalen Gesetzgebers, sondern das Gewohnheitsrecht als Ausdruck des Volksgeists und durch die Juristen repräsentiert.

3. Radbruch zw. Naturrecht und Rechtspositivismus

- Definition der Begriffen:
 - ∅ **Naturrecht:** Es bezeichnet ein System rechtlicher Normen, die für alle Menschen überall und für alle Zeiten verbindlich sind.
 - ∅ **Positives Recht:** Es regelt, was an einem bestimmten Ort während einer bestimmten Zeit gültig ist.
- Es gibt nur „annäherungsweise“ richtiges Recht → Orientierung an der Gerechtigkeit, d.h.
 - Recht ist nicht mit der Idee der Gerechtigkeit gleich gesetzt (Naturrecht)
 - Positives Recht, die nicht einmal die Gerechtigkeit erstrebt, ist auch nicht mehr Recht
- Werte der Gerechtigkeit:

- Gleichheit → d.h. Alle Personen müssen gleich behandelt werden → Willkürverbot.
- Rechtssicherheit
- Zweckmäßigkeit → d.h. Gemeinwohl
- ∅ Drei Stufen der Radbruchsformel: Bei einem Widerspruch zw. Gerechtigkeit und Rechtssicherheit erlangt das Recht trotzdem Geltung, es sei denn, der Widerspruch unerträglich ist.
 - **1. Stufe:** Recht kann trotz unrichtigem Inhalt gelten
 - **2. Stufe:** Das Gesetz verstößt in unerträglichem Maß gegen die Gerechtigkeit. Unrichtiges Recht → keine Geltung
 - **3. Stufe:** Gesetz, bei dem die Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird. Gesetzliches Unrecht → kein Recht

4. Kelsen

- „Reine Rechtslehre“ = Das gesamte Rechte ist auf Normen zurückzuführen
 - In der Reinen Rechtslehre geht es ausschließlich um die präskriptive (normative) Betrachtungsweise.
 - Positivistische Theorie kann nur die formalen (logischen) Strukturen der Rechtsnormen zum Gegenstand haben, nicht deren Inhalte, denn diese sind wissenschaftlichem Erkennen nicht zugänglich.
- ∅ Das Recht produziert aus sich selbst heraus
- ∅ Folge: Für Kelsen ist die Gerechtigkeit nur ein „schöner Traum der Menschheit, [...] wir wissen nicht, was sie ist, und werden es nie wissen.“
- Gegenstand der Rechtswissenschaft:
 - **Statische Rechtstheorie (Recht im Ruhezustand):** Recht als ein System von in Geltung stehenden Normen
 - **Dynamische Rechtstheorie (Recht in seiner Bewegung):** Recht als Prozess, in dem das Recht erzeugt und angewendet wird
- Rechtssatz vs. Rechtsnorm:
 - Rechtssatz als Sache der Rechtswissenschaft: „Hypothetisches Urteil“;
 - § Funktion der Rechtswissenschaft = Rechtserkenntnis → Beschreibung des Recht.
 - § Sollsätze (= Aussagen über Seins-Tatsachen) sind quasi der beschreibende Output der Rechtswissenschaft, Bsp.: Heiratsversprechen. → können wahr oder unwahr sein.
 - Rechtsnorm als Sache des Recht: „Befehl“;
 - § Funktion der Rechtsautorität (Rechtsorgane) = Erzeugung des Rechts → vorschreibend.
 - § Sollnormen (= Seins-Tatsachen) sind der Output der Rechtsautorität, Bsp.: Wiedergutmachung des Schadens. → Sie sind weder wahr noch unwahr; können nur gültig oder ungültig sein.
- Normwissenschaft vs. Naturwissenschaft:
 - Normwissenschaft ist auf dem Prinzip der Zurechnung gegründet. Sie schließen von einem Sein auf einem Sollen → Die Verbindung ist Normativ.
 - § Regel: wenn A dann soll B. => Beispiel: Wenn ein Mensch ein Verbrechen begeht, soll eine Strafe über ihn verhängt werden.

- Naturwissenschaften sind auf dem Prinzip der Kausalität gegründet. Sie schließen von einem Sein auf einem Sein → Die Verbindung ist objektiv.
 - § Regel: Wenn A dann folgt B. => Beispiel: Wenn Metall erhitzt wird, dehnt es sich aus.

5. Strafretheorien

- Einführung: Mazzucchelli → Neue Strafretheorien orientieren sich an der positiven Generalprävention
- **Filangieri** (1753):
 - ✓ Position zur Strafretheorien: Für die relative Strafretheorie, insbes. Negative Generalprävention und Spezialprävention, d.h. die Strafe soll abschreckende Wirkung haben und dem Täter helfen, sich in der Gesellschaft wieder integrieren (Resozialisierungsfunktion).
 - Charakteristika/ Originalität: Berücksichtigung der Proportionalität, d.h. der Qualität des Verbrechens und des Grades des Verschuldens (vgl. heutiges Subsidiaritäts- und ultima-ratio Charakter des Strafrechts)
 - ∅ Strafen als Garantien der Sicherheit in der Gesellschaft
- **Kant** (1724):
 - ✓ Position zur Strafretheorien: Absolute Strafretheorie
 - Strafe als Vergeltung: Bestrafung für die Wiederherstellung der Gerechtigkeit; retrospektives Charakter der Strafe.
 - Keine Präventionszwecke: der Täter muss nicht zum bloßen Mittel für andere Zwecke gemacht werden → Verletzung der Würde
 - **Strafgesetz als kategorischen Imperativ**
 - § 1. Kategorische Verpflichtung: Kriminalstrafe nur gegen Verbrecher
 - § 2. Kategorische Verpflichtung: Bestraft werden darf nur nach Maßgabe dessen, was verbrochen wurde.
 - ∅ unbedingt und ausnahmslos zu beachten
- **Hegel** (1770):
 - ✓ Position zur Strafretheorien: Synthese zw. den Ansätzen der absoluten und relativen Theorie. → Vertreter der Vereinigungstheorie: Insbes. er kritisiert die Abschreckung durch das Strafgesetz und betonte, die Strafe müsse den Bestand der Gesellschaft sichern (positive Generalprävention)
 - Theorie der „Negation der Negation“:
 - § Durch das Verbrechen entzieht der Täter dem Opfer die Anerkennung und verneint seine Würde. → **Negation**
 - § Die Strafe ist somit nötig, um das Anerkennungsverhältnis wieder herzustellen (Vergeltung) → **Negation der Negation**
 - ∅ Unrecht wird wieder zu Recht (Versöhnung des Rechts mit sich selbst)
 - „Die Verletzung des Rechts ist nichtig“:
 - § „nichtig = unmöglich“ → Rechts als etwas Absolutes, das durch ein Verbrechen nicht aufgehoben werden kann.
 - § „nichtig = widersprüchlich“ → Auf der Eben des Rechts sind alle Personen gleich und durch die Tat und die Negation der Anerkennung verletzt der Täter auch sich selbst als Person.

- Legitimation zur Strafe:
 - § Wiederherstellung des Anerkennungsverhältnisses zw. Täter und Opfer
 - § Der Täter stellt durch seine Tat ein „Gesetz“ auf, unter welches er selbst subsumiert werden darf.

6. Kant und das Recht

- Die Elemente des Rechtes:
 - **Intersubjektivität:** Das Recht betrifft die intersubjektiven Verhältnisse zw. Rechtssubjekten.
 - **Wechselseitigkeit des Willens:** Es geht um das Verhältnis der Willkür (Willen) zw. verschiedenen Personen.
 - Es geht um die Form der Beziehung: Maßgeblich ist der Form des Willens, nicht die Materie (z.B. Es wird die Form der Ehe geregelt, nicht die Gründe für die Eheschließung).
 - Ø **Kategorischer Rechtsimperativ:** Recht als Inbegriff der Bedingungen, unter denen der Wille einer Person mit dem Willen einer oder mehrerer anderer Personen zusammen vereinigt werden kann.
- Zwang (defensiver Zwang) als wesentliches Element in der Rechtsdurchsetzung und notwendig für die Bestätigung der Freiheit.
- **Unterscheidung zw. Rechts- und Tugendpflichten:**
 - Das Recht muss sich nur auf das äußere Verhältnis einer Person ggü. einer anderen beziehen. Wenn ich die Freiheit eines anderen in Frage stelle, hat dieser das Recht, seine Freiheit auch mit Zwang gegen mich durchzusetzen.
 - Tugendpflichten beziehen sich hingegen auf die eigene Vollkommenheit à keine Aufgabe des Rechts.
- „Der Jurist kann nur sagen, was rechtens (d.h. was zu einer bestimmten Zeit in einem bestimmten Gebiet gilt = positives Recht) ist“.

7. Böckenförde und das Verhältnis zw. Freiheit und Recht

- Das Recht schafft nur die Möglichkeit der Freiheitsbetätigung
- Begriffe der Freiheit:
 - Subjektive (negative) Freiheit à Abwesenheit von äußerem Zwang
 - Objektive (positive) Freiheit à Möglichkeit der Freiheitsverwirklichung
- Ø **Realisierung der Freiheit:** Die rechtliche Freiheit wird erst real, wenn die vom Recht gewährten Möglichkeiten auch wirklich ergriffen werden können à Abhängig von den sozialen Voraussetzungen und Grundrechten, die der Staat den Menschen gewährt.
- Hauptaufgabe des Staates: Garantie von Freiheit und Sicherheit
 - Voraussetzungen: Gewaltentrennung; unabhängige Gerichte; Grund- und Freiheitsrechte.
 - Ausformung ethisch-sittlicher Gehalte nur wo ein Konsens in der Gesellschaft besteht.

8. Seelman und das Verhältnis zw. Recht und Moral

- Moral als überpositives Kriterium der Richtigkeit: bspw. Bestimmte Nazi-Gesetze sind so menschenunwürdig, die auch nicht als rechtmäßig zu betrachten sind.
- Ø Zentral ist die Unterscheidung zw. Rechts- und Tugendpflichten (Kant)
 - Nur Verbote können als rechtliche Verpflichtung anerkannt werden.

Ø Argumente dafür:

- Freiheitsschutzargument:
 - § Das Recht darf sich nur auf die Willensbildungsfähigkeit in einem Wechselseitigen Verhältnis (formale Rechtssubjektivität)
 - Ø Gegenargument: Dies kann aber zu massiver Ungleichheit in der Gesellschaft führen.
 - § Weiter beeinträchtigt eine Pflicht zum Handeln mehr als eine Pflicht zum Unterlassen
 - Ø Gegenargument: Verbote beeinträchtigen manchmal die Freiheit mehr als Gebote.
- Verallgemeinerungsargument
 - § Altruismus kann nicht als Gebot verallgemeinert werden, denn wenn jeder Einzelne jedem Anderen helfen müsste, wäre der Einzelne bald selbst auf Hilfe angewiesen.
 - Ø Gegenargument: Eingeschränkte Solidarpflichten können verallgemeinert werden (S. Art. 128 StGB).
- Spielraumargument
 - § Unvollkommene Pflichten (Gebote) können nicht genügend präzisiert werden und sind daher nicht zwangsweise durchsetzbar
 - Ø Gegenargument: Solidaritätspflichten sollten bspw. auf besondere Näheverhältnisse reduziert.

9. Rawls und die Gerechtigkeitstheorie

- Grundelemente seiner Konzeption:
 - **1. Merkmal:** Die Grundstruktur ist gerecht, wenn auch die betreffende Gesellschaft ist gerecht.
 - **2. Merkmal:** Keine Moral soll zur Grundlage der Verfassung einer Gesellschaft werden **à Übergreifendes Konsens** (= politische Konzeption der Gerechtigkeit)
- Ø **Forderung des Pluralismus:** Es soll ein **politischer Liberalismus** entstehen **à** d.h. es soll grundsätzliche politische Werte geben, die allgemein anerkannt sind, unabhängig von moralischen und religiösen Überzeugungen.

10. Gründung des Staates

- Hobbes: Gesellschaftsvertrag ermöglicht die Gewährleistung des Friedens.
- Locke: Gesellschaftsvertrag ermöglicht die Gewährleistung der Sicherheit und der wirtschaftlichen Entfaltung sowie den Schutz des privaten Eigentums.
- Rousseau: Gesellschaftsvertrag als Versuche, eine Gesellschaft zu bilden, in welcher jedes Mitglied alles, was er besitzt, teilt, und trotzdem nur sich selber gehorcht und frei bleibt.
 - Ø Souverän ist der gemeinsame Wille „volonté general“ **à** Identifizierung des Einzelnen mit dem Ganzen
- **Steinvorth:**
 - Für die Begründung des Staates ist das Recht auf Gemeineigentum wichtig
 - § Reine natürliche Ressourcen **à** Rohstoffe, d.h. Umweltressourcen, die nicht von Menschen geschaffen und bearbeitet werden.

- Ø Universale/ internationale Instanz ist notwendig, da kein partikularer Staat kann allein diese Ressourcen schützen.
- § Gemischte Ressourcen → Verbindung zw. Natur und Arbeit vieler Generationen
- Argument gegen „Weltstaat“
 - § Keine weltweit einzige Gerechtigkeit
 - § Die Existenz von gemischten Ressourcen schließt einen Weltstaaten aus.
 - Ø Lösung: Neben- und Miteinander von partikularen Staaten und internationalen Instanzen globaler Rechtsdurchsetzung.

11. Schmitt und die moderne Verfassung

- Teile einer modernen Verfassung:
 - Rechtstaatlicher Element → Schutz der bürgerlichen Freiheiten
 - Politischer Element → Einheit des Volkes
- Prinzipien aus einer Verfassung:
 - Verteilungsprinzip → Der Einzelne behält seine Freiheitssphäre; Verteilungsprinzip als Ausdruck der Grund- und Freiheitsrecht
 - Organisationsprinzip → Gewaltenteilung als Durchführung des Verteilungsprinzip

Rechtssoziologie

1. Luhmann

- Kontext: Nachkriegs-Deutschland
- Positives Recht: **Gesetztheit** (bzw. Geltung); **Kontingenz** (bzw. Beliebigkeit, d.h. das Recht muss auf Differenz gegründet werden); Jederzeitige **Änderbarkeit** (d.h. Möglichkeit der jederzeitigen Anpassung an der Volkswillen bzw. gesteigerten gesellschaftlichen Komplexität). → **Strukturelle Variabilität des Rechts**
- Aufgabe des Rechts: Strukturierung und Stabilisierung sozialer Systeme und Anpassungsfähigkeit an Umweltanforderungen → In heutiger hochdifferenzierter Gesellschaft ist die Vorstellung einer unabänderlichen, ewigen Geltung des Rechts (s. Naturrecht) nicht mehr in der Lage, die gesellschaftliche Konflikten/Bedürfnisse zu befriedigen. → Bei heutiger Steigerung der gesellschaftlichen Komplexität ist auch eine Steigerung der Leistungsfähigkeit des Rechts erforderlich, d.h. eine Fortwährende Anpassung des Rechts ist notwendig
 - Ø Nur bei positiviertem Recht möglich.
- Gerichte als Zentrum des Rechtssystems: Gerichte (Gerichtsverfahren) als Beseitigung der Unsicherheiten des Rechts durch Entscheidungen.
 - Ø Siehe: Art. 29 und 29a BV
 - N.B. Gesetzgebung und Vertragsabschlüsse unter Privaten stehen nicht unter Entscheidungszwang → Autonomie ist gewährleistet.
- **Ausdifferenzierung** von Gerichtsverfahren:
 - **Distanzierung vom gesellschaftlichem Hintergrund** von Aussagen im Beweisrecht
 - **Gesetzgebung als Ventil für gesellschaftlichen Einfluss** auf Gerichtsverfahren → Kanalisierung und Kontrolle durch Gesetzgebung

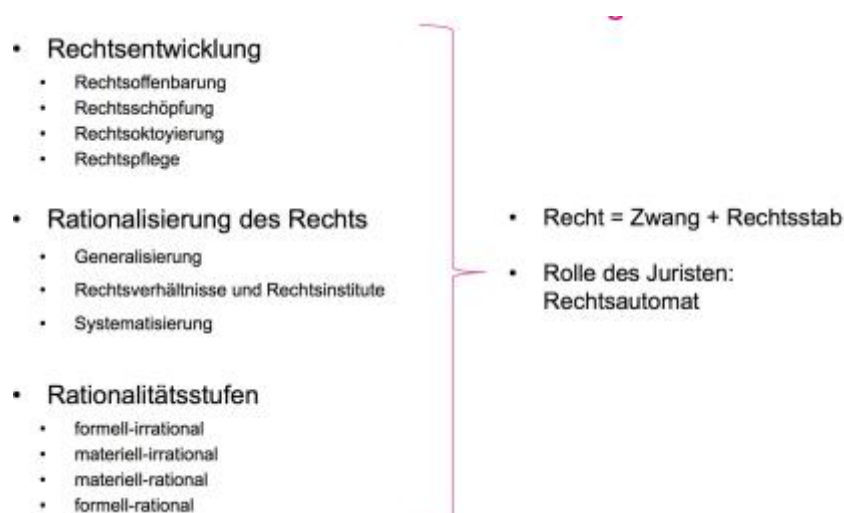
- **Institutionalisierung des unabhängigen Richters** → Entlastung von anderen Rollen (d.h. Gerichte sind nicht auf gesellschaftlichen Konsens angewiesen)
- Funktion des Verfahrensprinzip der Öffentlichkeit:
 - Funktion: Durch Gerichtsberichterstattung der Medien wird Transparenz erreicht
 - Problem: Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit
- Die **Systemtheorie** als Ein-Element-Lehre:
 - Biologische Systeme operieren durch das Leben
 - Soziale Systeme operieren durch das Kommunikation (Basis-Element)
 - § 3 Soziale Systeme:
 - Interaktionen,
 - Organisationen,
 - Gesellschaft als allumfassende soziale System: Die Gesellschaft besteht aus Kommunikationen.
 - Psychische Systeme, etc.
- **Heutige Gesellschaften sind Funktional differenzierte Gesellschaften**, d.h. es erfolgt eine Differenzierung in ungleiche Teilsysteme d.h. Autonomiebereiche mit verschiedenen Funktionen, bspw.
 - Recht (rechtmäßig/ rechtswidrig): um normative Entscheidungen zu stabilisieren
 - Politik (Macht/ keine Macht): für kollektiv verbindliche Entscheidungen, die auch unter Anwendung von Zwang durchgesetzt werden können (Macht/Physische Gewalt zur Durchsetzung des Rechts) → S. Auch dazu: Amtsz.
 - Wirtschaft: um die Knappheit zu regulieren
 - ∅ Verhältnis zueinander: vielfältige strukturelle Koppelungen.
 - ∅ „Symbiotisches Verhalten zw. Recht und Politik“:
 - **In Gesetzgebungsverfahren**: Die Politik schafft die Gesetze, das Recht stellt die Formen für die Gesetzgebung zur Verfügung (Gesetzgebungsverfahren)
 - **Beim Gesetzesvollzug**: Das Recht trifft die Entscheidungen (Urteile), welche die Voraussetzungen für die Gesetzesanwendung sind. Die Politik schafft die Zwangsmittel zur Durchsetzung der Entscheide.

2. Max Weber

- Kontext: Industrialisierung; Deutsches Kaiserreich; 1. Weltkrieg; Kodifikation des BGB.
- Definition des Rechts nach 2 Merkmale: **Möglichkeit des Zwangsdurchsetzung** (äußerliche Zwang) einer Norm und **Existenz eines Rechtsstabes** (d.h. diejenigen, die das Recht verwalten).
 - ∅ Legitimität de Rechts: Rechtliche Entscheidungen werden auch in traditionellen (S. Islam) und charismatischen Herrschaftssysteme als legitim betrachtet.
- Okzidentale Sonderentwicklung: Entstehung einer kapitalistischen Wirtschaft sowie europäischer Staatensysteme.
- Rationalisierungsprozess: d.h. alle Dinge können durch Logik erklärt werden → Beherrschung aller Dinge durch das Berechnen.
 - ∅ Rationalisierungsprozess in 3 Schritten:

- **Durch Generalisierung**, d.h. alle allgemeine Werte und Prinzipien müssen herausgefiltert werden
- **Durch juristische Konstruktion von Rechtsverhältnissen und Rechtsinstituten**
- **Durch Systematisierung**, d.h. Zusammensetzung aller Rechtssätze in einem klaren, logischen, und prinzipiell lückenlosen System.
 - Ø Bildung Abstrakter Regeln, auf denen die Rechtsanwendung richtet.
 - Ø Folgen: Recht wird immer technischer und komplexer. Für den Laien wird es damit zunehmend erschwerend, dieses fachmäßige Recht zu kennen. Es ist unvermeidbar, dass Recht immer mehr nur als rationaler, technischer Apparat betrachtet wird.
- Das Recht kann nach 4 Rationalisierungstypologien zugeordnet werden:
 - Irrational & formell: d.h. Anwendung von verstandesgemäß nicht kontrollierbaren Mittel (z.B. Orakel)
 - Irrational & materiell: d.h. Maßgeblichkeit konkreter Wertungen des Einzelfalls für Entscheidung → Es fehlt formeller Rechtsregeln und erfolgt somit willkürlich (z.B. Kadi-Justiz)
 - Rational & formell: Beachtung eines allgemein gültigen Gesetzes (z.B. ZGB)
 - § D.h. Recht, das immer gilt und logisch nachvollziehbar ist, und auf einem formellen gültigen Gesetz stützt.
 - Rational & materiell: Orientierung an ethischen Imperativen, rechtsfreie Räume (z.B. Naturrecht)
 - § D.h. Recht, das immer gilt und logisch nachvollziehbar ist, und auf außerrechtlichen Kriterien stützt.
 - § Webers Position: Es ist gegen eine Materialisierung des Rechts, die auf Grundlage pathetischer, sittlicher Postulate → Soziales Recht, die Formalität des Rechts in Frage stellt.
 - Formales Recht muss immer angewendet werden, unabhängig von negativen Externatitäten.

Überblick:



3. Ehrlich

- Drei Arten des Rechts:
 - Gesellschaftliches Recht: Organisationsnormen (z.B. Statuten von Vereinen)
 - Juristenrecht: Entscheidungsnormen (z.B. ZGB)
 - Staatliches Recht: Eingriffsnormen
- Zwangs- und Anerkennungstheorie:
 - Das Recht braucht Zwang
 - Das Recht muss Anerkennung finden **à** Die Rechtspflichten müssen in der Gesellschaft auch erfüllt werden.
 - ∅ Anerkennungskriterium macht die Norm eine Rechtsnorm
- Die Jurisprudenz muss immer eine **schöpferische Jurisprudenz** sein.
- Drei Elemente der Jurisprudenz:
 - **Anwaltschaftliches Element:** Aufgaben des Anwalts ist, das Gericht zu überzeugen, dass die Gesellschaft für das von ihm vertretene Interesse einen Schutz bereit hat. Gelingt er in seiner Tätigkeit, dann hat er an den Fortschritt des Rechts beigetragen
 - **Rechtsgeschäftliches:** der Verfasser der Urkunde hat die Verhältnisse zw. den Parteien zu gestalten. Er hat die juristischen Mittel zur Erreichung ihre Zweck zu finden, und ihre Rechte und Pflichten in die richtigen Worte zu kleiden.
 - **Richterliches:** Als Ergebnis einer ungemein zusammengesetzten Verfahrens. **à** Interessenabwägung, und Prüfung der Schutzwürdigkeit, die zur Normenfindung führt.

4. Kritiken an den Juristen

- **Wiethölter:** „Sie über politische Macht aus durch Stabilisierung der Status quo-Verhältnisse“, d.h. jede Norm ist darauf gerichtet, ein bestimmtes politisches Gestaltungsziel zu erreichen, wobei die Juristen diese Ziele in die gesellschaftliche Wirklichkeit umsetzen.
 - ∅ Juristen verrichten ihre Arbeit theorielos und wirklichkeitsfrei
- **Kirchmann:** „Die Jurisprudenz ist als Wissenschaft wertlos“ **à** Zufälligkeit
 - ∅ Positivierung des Gesetz als reine gesetzgeberische Willkür.
- **Joan Braun:** „Die Unbeliebtheit der Juristen ergibt sich aus der Natur des Rechts“

5. Konflikten

- Wirkungen:
 - Konstruktive Wirkungen: Stärkung der sozialen Solidarität; als Motor des sozialen Wandels; als Indiz für den Freiheitsgrad einer Gesellschaft
 - Destruktive Wirkungen: Kriege
- Historische Schritte:
 - Zurückdrängung privater Fehden
 - Monopolisierung der Gewaltausübung seitens des Staates
 - Ausbildung von Gerichte als Konfliktbearbeitungsorgane
- Typen von Konflikten:
 - Verteilungskonflikte: wenn z.B. zwei Personen den gleichen Gegenstand wollen (Mangellage vorhanden)
 - Meinungskonflikte: Sie betreffen den normativen Status eines sozialen Objekts

- Personenbezogene Konflikte: Zwischen Subjekten
- Normbezogene Konflikte: Konfliktthema sind rechtliche Normen
- Rollenkonflikte: Konflikt betrifft die Rolle der Person.
- Konfliktregelungsmechanismen
 - Durch die Beteiligten → Kompensation, Verhandlung und Kompromiss, Kampf
 - Mit Hilfe Dritter → Beratung, Vermittlung
 - Durch die staatlichen Gerichte → Urteil
- Formen der Beweisführung:
 - Gottesbeweis
 - Rollenabhängiger Beweis, d.h. die Rolle, die jemand in der Gesellschaft spielt, beeinflusst seine Glaubwürdigkeit
 - Freie Beweiswürdigung, d.h. Sicherung der Freiheit des Richters

6. Teubner

- Ausgangslage: Krise der bisherigen Konsensquellen des Richterrechts, d.h. Gesetz und Vertrag.
 - ∅ Gründe für Krise des Gesetzes:
 - Versagen des Gesetzgebers → Auseinanderfallen von politischen Konflikten und Rechtskonflikten
 - Unersättlicher Normenhunger der modernen Gesellschaft
 - Überproduktion von Normen
- Antwort: In die autonomen Organisationsbereiche der Gesellschaft (sog. „plurale Rechte“ zu finden.
 - Neuartige Konsensquellen nach Teubner:
 - § Organisationsinternes Recht → z.B. Normierung von Sportverbände
 - § Inter-Organisations-Recht → z.B. Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken der CH-Bankvereinigung
 - § Institutionalisierung pluralistischer Rechtsbildung → z.B. Ethikkommissionen
 - ∅ Normbildungsprozesse in verschiedenen gesellschaftlichen Funktionsbereiche
 - Aufgabe der Gerichte: Kenntnisnahme der „**pluralen Rechte**“ und Einbauen von diesen in seinen Rechtsbildungsprozess.

7. Durkheim

- Zentrale Fragestellung: Wie hält sich eine Gesellschaft zusammen? → Erforschung sozialer Tatsachen,
- **Soziale Tatsachen** (d.h. Arten des Denkens, Handelns, Fühlens einer Gesellschaft) sind außerhalb des Individuums begründet (sie sind schon da) und üben auf dem Individuum Einfluss (Bräuche, Sitte, politische Struktur, etc.).
- **Arten sozialer Tatsachen**: Unterscheidung zw. normalen und kranken sozialen Tatsachen:
 - **Normale Tatsachen**: Tatbestände, welche in Gesellschaften gewöhnlich auftreten und in den Bedingungen des kollektiven Lebens begründet sind.
 - ∅ Normalität des Verbrechens: Verbrechen treten überall auf, und eine Gesellschaft ohne Verbrechen ist unmöglich. Verbrechen sind also normal, da sie

die notwendige Folge der Verschiedenheit von Individuum und Gesellschaft sind.

- **Kranke Tatsachen:** wenn z.B. die Verbrechen in überhöhter Zahl auftreten, so dass der innere Zusammenhalt der Gesellschaft verloren geht.
- **Nützlich an einem Verbrechen:** Zusammenbringen des Bewusstseins aller ehrbaren Leute (durch den Entstehung einen einheitlichen öffentlichen Zorn).
 - durch Gleichförmigkeit des Denkens und Handelns
 - durch Forderung und Kooperation
- **Funktion der Strafe:** Aufrechterhalten des sozialen Zusammenhalts → Wiederherstellung der kollektiven verletzten Ordnung

v Stellung zur Straftheorien: Positive Generalprävention → Stärkung des Wir-Gefühls, Stärkung des Vertrauens der Gesellschaft in der Rechtsordnung.

- Kernthese von Durkheim: Fortschreitende Arbeitsteilung ist ein historisches Gesetz.
 - Idee der Entwicklung vom segmentierten zum arbeitsteiligen Gesellschaftstypus → fortschreitende Arbeitsteilung als historisches Gesetz
 - Entwicklung der Gesellschaft von Religiosität zu Säkularismus, von Kollektivismus zu Individualismus
- ∅ Theorie der sozialen Integration: **2 Arten der Integration in der Gesellschaft**, d.h.
 - **Mechanische Solidarität:** Sie ist auf Ähnlichkeiten basiert (d.h. gemeinsame religiöse bzw. moralische Überzeugungen) → homogene Gesellschaft; es gibt keine Individualität, das Kollektiv steht im Vordergrund.
 - ∅ S. Nordkorea und Saudi-Arabia
 - **Organische Solidarität:** Sie hängt direkt von der Arbeitsteilung ab (d.h. Spezialisierung und starkes Abhängigkeitsverhältnis zw. den Arbeitern, Forderung der Kooperation) → Individualität, das Kollektivbewusstsein bildet sich zurück zugunsten von Eigeninitiative.
- ∅ Im Laufe der Geschichte tritt die mechanische Solidarität zugunsten der organischen zurück (→ liberale Wirtschaftsgesellschaft des 19. Jh.)
- ∅ Ursachen: Bevölkerungswachstum und technischer Fortschritt.
- Krankhaften Erscheinungen der Arbeitsteilung:
 - Anomische Arbeitsteilung: Zu rascher sozialer Wandel, zu starke Betonung des Individualismus → Herrschaft des Egoismus der Einzelnen
 - Erzwungene Arbeitsteilung: Es bestehen Klassenunterschiede, d.h. ein Teil der Mitglieder kann nicht entscheiden, welche Aufgaben er erfüllen will → Gefahr für den Zusammenhalt der Gesellschaft
 - Anormale Form der Arbeitsteilung: Arbeitsteilung ist dysfunktional/ Spezialisierung geht zu weit, z.B. mangelnde Ausbildung der einzelnen, Überspezialisierung, Kompetenzwirrwarr etc.
- Recht als Ausdruck der moralischen Konstitution/ Grundverfassung einer Gesellschaft. → Mittel/ Indikator der gesellschaftlichen Solidarität: Es gibt die hauptsächlichsten Formen der sozialen Solidarität wieder, d.h. es müssen nur die verschiedenen Arten des Rechts klassifiziert werden, um dann zu untersuchen, welche die verschiedene Arten der sozialen Solidarität sind, die ihnen entsprechen.

- Arten von Recht:
 - **Repressives Recht à Ausdruck der mechanischen Solidarität:** Schmerz- zuzufügung auf dem Verbrecher, Entziehung von Freiheit, Vermögen, etc. (Straf- recht).
 - **Restitutives Recht à Ausdruck der organischen Solidarität:** Versucht Stö- rungen in sozialen Beziehungen zu beseitigen (z.B. Zivil- und Handelsrecht, Pro- zessrecht, Verfassungs- und Verwaltungsrecht).
- Rolle des Rechts:
 - Repressives Recht: Forderung der Ähnlichkeiten zw. Mitglieder einer Gesell- schaft
 - Restitutives Recht: Unähnlichkeiten zu stiften à Forderung der Kooperation

8. Foucault

- Merkmale der modernen Macht:
 - **relational**, d.h. sie bezeichnet ein Verhältnis und ist keine Substanz die übertra- gen werden kann.
 - **kapillar**, d.h. es existiert kein Zentrum und sie bildet sich in den kleinsten Ver- ästelungen sozialer Beziehungen.
 - **produktiv**, d.h. sie erzeugt Identitäten, neue Wissensfelde und ganze Diskurse
- Figuren der Bestrafung:
 - **Die Marter als Rache:** Sinnbildliche Wiederherstellung der irdischen Ord- nung und der verletzten Majestät und Macht des Souveräns. à Die Strafe als Kompensierung zur Unfähigkeit des Staates, durch ununterbrochene Über- wachung die Untat zu verhindern.
 - **Die humanistische Reform zur Erziehung und Besserung der Seele**
 - § Reform des 18. Jh. à bspw. Beccaria
 - § Machttechnische Kalkül der Reformjuristen des 18. Jh: Instrumentali- sierung der Strafe um politische Ziele zu erreichen, d.h.
 - Einschränkung der Macht des Monarchen
 - Einführung neuer Techniken der sozialen Kontrolle
 - § Strafe als gesellschaftliche Verpflichtung zum Schutz der Demokratie, durch den Gesellschaftsvertrag gerechtfertigt
 - § Folge: Humanisierung der Strafe à Angemessenheit, Transparenz.
 - **Die Einsperrung** (Gefängnis) als gesellschaftliches Labor für die Erfindung und Erprobung von neuen Techniken der Dauerüberwachung und Kontrolle in der modernen Disziplinargesellschaft. Diese wurden dann auf andere ge- sellschaftlichen Institutionen (Uni, Fabriken, etc.) angewendet à Gefängnis als Vorbild.
 - § Ziel ist Die Delinquenten dazu zu bringen, sich auch ohne Aufsicht und ohne äußeren Zwang so zu verhalten, wie es geboten ist.
- Ø Zielobjekt der neuen Technologien der Macht: Es geht primär **um den Körper** und um ihn zu disziplinieren und ihn produktiv zu machen.

- Das „*Überwachen und Strafen*“
 - ∅ Hauptthema ist die **Entstehung der modernen Disziplinargesellschaft**, d.h. derjenigen Mechanismen, die für eine systematische Dauerüberwachung und Dauerkontrolle sorgen.
 - ∅ Kontext der neuen Technologien der Macht:
 - Es geht primär um den Körper und um ihn zu disziplinieren und ihn produktiv zu machen.
 - Ziel der disziplinierenden Maßnahmen des Gefängnisses: Die Delinquenten dazu zu bringen, sich auch ohne Aufsicht und ohne äußeren Zwang so zu verhalten, wie es geboten ist.
- **Funktionsweise des Panopticons:**
 - Gebäude mit Einzelzellen, die von einem zentralen Turm direkt einsehbar sind.
 - ∅ Internalisierung der Überwachung als Mittel zur Erreichung eines disziplinierenden und gesellschaftskonformen Verhalten
 - Sie ermöglichen eine lückenlose Überwachung und deshalb machen Strafen unnötig, da die Individuen sich freiwillig disziplinieren.
 - Foucault inspiriert sich auf das Gefängnismodell von Bentham, er erweitert aber seine Idee: er sagt, dass es auch in Schulen, Fabriken und in der ganzen Gesellschaft anwendbar ist.
 - ∅ **Panoptismus als verallgemeinertes Organisationsprinzip der Gesellschaft:** Technologie, die sehr gut war, auch solche Gesellschaften zu organisieren bzw. kontrollieren, die kein Zentrum der Macht kannten.

9. Grundrechte nach Luhmann

- **Klassische Definition von GR:** von der Verfassung garantierte Rechtsansprüche von Privaten gegen den Staat, welche dem Schutz grundlegender Aspekte der menschlichen Person und ihrer Würde dienen.
 - **Arten der GR nach der Dogmatik:**
 - § **Menschenrechte**, d.h. Geltung für alle natürlichen Personen.
 - § **Bürgerrechte**, d.h. Geltung nur für Staatsbürger des entsprechenden Gemeinwesens.
- **Funktion:** Ausdifferenzierung der Gesellschaft zu gewährleisten, indem sie bestimmten Kolonialisierungstendenzen einzelner sozialer Subsysteme entgegenwirken. → Schutz der Gesellschaft in ihrer Vielheit, in ihrer pluralistischen Form.
- **Problem nach Luhmann:** Gefahr der Entdifferenzierung, d.h. die Bewegung von einer pluralistischen zu einer homogenen Gesellschaft, da alle Lebensbereiche können schnell vom Politik reguliert werden → Politisierungsprozess
 - ∅ S. dazu: China, wo die Entscheidungen im Bereich der Familie nach politischen Kriterien getroffen werden.
- Erhaltung der pluralistischen Gesellschaft:
 - Durch korrigierende und blockierende Institutionen → S. **Institution der Grundrechte**, die dafür sorgen, dass es keinen sog. Überbereich gibt, welcher alle anderen kontrolliert.
 - Durch Gewaltentrennung zw. Politik und Verwaltung
- Auffächerung der GR nach Luhmann:
 - Personale Grundrechte: Sie dienen dem Schutz der Autonomiebereiche von Menschen; z.B. Meinungsfreiheit und Religionsfreiheit.

- Institutionelle Grundrechte: Sie dienen dem Schutz von Autonomiegarantien von gesellschaftlichen Prozessen; z.B. Medienfreiheit und Eigentumsgarantie.

10. Menke

- **Klassischer Liberalismus:** Er will die freie, vernünftige, verantwortliche, selbstbestimmte Lebensführung ermöglichen.
 Ø **Problem:** Da Rechte aber nur den ungestörten Privaten Genuss garantieren können, wird die angestrebte Autonomie zur rechtlich garantierten Willkür.
- **Pathologie der subjektiven Rechten:** Mit der Einführung jedes neuen Rechts beginnt daher sogleich die Klage über seinen Missbrauch: Die privaten Spielräume werden gar nicht vernünftig, zur Persönlichkeitsentfaltung, sondern egoistisch, nach eigenem Belieben genutzt; die sozialen Zugangsmöglichkeiten werden gar nicht sozial und zur aktiven Partizipation genutzt (à sozialliberalistische Grundsätze), sondern allein und konsumistisch verzehrt.
- **Naturalisierung der Rechte:** Rechte naturalisieren indem sie das Handeln, das sie ermöglichen in eine bloße Tatsache verwandeln à Ein Recht zu haben bedeutet für die Andere eine Tatsache, die sie als etwas Gegebenes hinzunehmen haben.
- Ø Heutige Gesellschaft als egoistische, selbstbezogene Gesellschaft, in der ein Wollen nur von sich selbst herrscht.
- **Flüchtlingskrise** à Erschütterung der politischen Einheit, da es in Europa keine normative Grundlage gibt.
 - Arendts Provokation: Zusammenbruch der Idee der Menschenrecht
 - § Territorialer Imperativ à Realistische Deutung (Menschen lassen sich nicht durch die Rechte von anderen, sondern durch ihre eigenen Wünsche, Interessen und Ängste bewegen. Darum hat sich das Gemeinwesen, dem sie angehören zu kümmern)
 - § Humaner Imperativ à Humanitäre Haltung
- Ø Kritik an dem Wirklichkeitssinn der Menschenrechten: „Es gibt keinen Menschen, der kein Teil, kein Glied *ist*. Es gibt nur Verhältnisse, in denen das ignoriert, gar negiert wird, und solche, in denen es anerkannt und verwirklicht wird. Das Erste sind unmenschliche, das Zweite gerechte Verhältnisse.
- Gerechtigkeit für Flüchtlinge: Dem Flüchtling muss sein „Recht auf Rechte“, sein Recht auf Mitgliedschaft in dem Gemeinwesen erkannt werden.
 Ø „Nein“ ggü. Flüchtling als ein „Nein“ des Gemeinwesens zu sich selbst.

11. Marx

- **Kontext: Epoche der Bourgeoise**
 - Produktionsmittel in den Händen der Bourgeoise (herrschenden Klasse)
 - Arbeit à Ware; Absolute Abhängigkeit der Arbeiter
 - Es gibt keinen Mittelstand mehr (d.h. Gesellschaft auf 2 Klassen reduziert)
 - Lage des Proletariats: Selbstentfremdung und Ausbeutung
 - § Arbeiter kriegt sein Arbeitsprodukt als fremder Wesen, es gehört ihm nicht, sondern einem Dritten
 - § **Die eigene Tätigkeit ist für der Arbeiter eine fremde** à Sie befriedigt keine Lebensbedürfnisse, sie dient nur der Befriedigung Bedürfnisse Dritter.
- Zentrale Fragestellung: Worauf beruht die Gesellschaft?

- Die Wirtschaft ist die Basis der Gesellschaft → Alles anderes ist nur ein sog. Überbau
 - **Recht und Staat als „Überbau“** betrachtet und widerspiegeln die in der Gesellschaft schon herrschbaren ökonomischen Verhalten. In der modernen kapitalistischen Gesellschaft vertreten sie einzig die Interessen der herrschenden Klasse (Bourgeoise), um ihre Stellung ggü. den Unterklassen (Proletariat) zu konsolidieren. → D.h. sie werden Instrument zur Unterdrückung vom Proletariat.
- **Prognose von Marx:** Der Kapitalismus wird in einen Widerspruch zu sich selbst geraten (an die Stelle der Regierung tritt die Verwaltung von Sachen und die Leitung von Produktionsverhältnissen über) → Entstehung einer klassenlosen Gesellschaft, d.h. Aufhebung des Staates als Staat (als Vertreter der Interessen der herrschenden Klasse)
 - Ø **Merkmale:**
 - Kein Privateigentum an den Produktionsmittel und keine soziale Klassen
 - Produktion gesellschaftlich geregelt
 - Arbeitsteilung und Entfremdung
 - Ø **Kritikpunkte der klassenlosen Gesellschaft:**
 - Abhängigkeit des Rechts/Staates von den ökonomischen Verhältnissen
 - Recht und Staat als Mittel in den Händen der Bourgeoise

12. Poulantzas

- 2 Staatskonzeptionen:
 - Staat als Sache
 - § Instrumentalistische Konzeption → Staat als passives, neutrales Werkzeug gedacht
 - § Keine Autonomie; von einer Klasse total manipuliert
 - Staat als eigenständiges Subjekt über den Klassen
 - § Staat als absolut autonom
- Ø Kritik: Problem des Verhältnisses zw. Staat und sozialen Klassen, d.h. Klassenkampf als außerstaatliches Phänomen, das den Staat nicht berührt.
- Theorie des Staates als „soziales Verhältnis“
 - **Der Staat wird als soziales Verhältnis** gesehen, d.h. er wird nicht als einer vom Klassenkampf unabhängigen Bereich der Gesellschaft gesehen, sondern der Klassenkampf findet innerhalb des Staates statt
 - **Elemente:**
 - § **Staat als Verdichtung eines Verhältnisses zw. Klassen** → selber eine Form dieses Klassenkampfes
 - § **Der Staat verfügt über ein materielles Gerüst an Institutionen**, in welche sich der Klassenkampf unterschiedlich eingeschrieben wird
- **Funktion** des kap. Staates:
 - Organisation der herrschenden Klasse (=Bourgeoise)
 - Organisation des langfristigen politischen Interesse des Blocks an der Macht
 - Ø Voraussetzung: Der Staat muss eine relative Autonomie behalten, d.h. er muss von der Ökonomie und ggü. den verschiedenen Fraktionen und deren Partikularinteressen getrennt sein, um so die Organisation des Allgemeininteresses der Bourgeoisie sicher zu stellen.
- **Staat als strategisches Feld:** Für Poulantzas ist klar, dass der Staat immer in erster Linie die Interessen der herrschenden Klassen zur Geltung bringt. Dennoch ist der Staat

„kein monolithischer Block, sondern ein strategisches Feld“. So gehen die Kämpfe um Hegemonie – auch die zwischen den unterschiedlichen Kapitalfraktionen – durch den Staat hindurch. → Politik nicht als ein kohärentes, einheitliches Projekt anzusehen, sondern als offener Klassenkampf, der innerhalb des Staates stattfindet

13. Öffentliches Recht

- Kontext der Einheit und Autonomie des öff. Rechts im 19. Jh.: Begründung des Nationalstaates
 - ∅ Rechtsstaat wird somit Bestandteil eines politisch-territorialen Ordnungsanspruchs → Koppelung zw. Politisch-territoriale Ordnung und Rechtsordnung
 - ∅ Heute aber existiert diese Einheit nicht mehr: Mehrebenensystem → nationales Rechts, Europarecht, Völkerrecht, etc.
- Suchbewegungen heute:
 - **Der offene Staat:** Eine rein staatszentralistische Betrachtungsweise an Anforderungen an ein wirklichkeitsnahes öffentliches Recht nicht mehr gerecht werden → transmoderne Staatstheorie.
 - **Konstitutionalismus:** Der Kern Vorstellungen von europäischer und internationaler Demokratie in Vordergrund zu stellen.
 - **Rechtspluralismus:** D.h. Anerkennung einer paradoxen Selbstbegründung des Rechts. Es geht um Netzwerke, prinzipiell gleich geordnete Rechtsordnungen mit eigenen Traditionen, die ineinander hängen.
- Staatsrechtslehre in der Zukunft als Teilgebiet des öff. Rechts

14. Prozesse zur Entdemokratisierung des Westens

- Verschmelzung von unternehmerischer und staatlicher Macht → Staatliche Aufgaben werden für das Projekt der Kapitalakkumulation benutzt
 - Freie Wahlen → zu einem Zirkus von Marketing und Management geworden
 - Neoliberalismus
 - Zunahme der Macht und Reichweite von Gerichtshöfen
 - Erosion der nationalstaatlichen Souveränität durch die Globalisierung
- **Konsequenzen:**
 - Die Demokratie verliert ihre notwendige Form
 - Staaten können nicht mehr den Willen des Volkes ausführen
- Voraussetzungen damit das Volk sich selbst regieren kann
 - Es muss ein Volk vorliegen
 - § Globalisierung → Kein Volk mehr da
 - Es muss den Zugang jenen Gewalten haben, die es demokratisieren soll.
 - § Macht wird zum unkontrollierten Weltmacht → Kein Zugang zu jenen Gewalten.