



# 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.

UNIVERSITÄT LUZERN

# Zusammenfassung Grundlagen des Rechts I

---

Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie,  
Rechtsphilosophie

S.R.

07.10.2011

# Rechtsgeschichte

## Wozu Gesetze I & II

---

### 1. Gesetz und Mythos

#### a) Archaisches Recht (= altertümliches Recht)

##### **Zwölftafelgesetz**

Das Zwölftafelgesetz ist der Gründungsmythos des Rechts und deshalb das perfekte Beispiel eines noch nicht sehr ausdifferenzierten Rechts (archaisches Recht).

Archaisches Recht ist am Lebenszyklus orientiert. Es beschäftigt sich überhaupt nur mit bekannten Konfliktphänomenen und ordnet diese nach ihrer wirtschaftlichen Bedeutsamkeit und nach der Häufigkeit des Vorfalles.

Archaisches Recht denkt nicht wie modernes Recht möglichst weit voraus, welche Konflikte noch auftauchen könnten und welche daher im Vorweg schon ihre Regelung erfahren sollten.

Archaisches Recht lernt von Konfliktfall zu Konfliktfall dazu. Es lebt mit dem Hintereinander von irgendwie nach möglicher Zusammengehörigkeit geordneten Fallgruppen und Fallkonstellationen. Es entwickelt daraus aber keine generelle Regel, die sich etwa am Motiv oder an gleichbleibenden Grundumständen orientiert.

Es wird also auf die jeweilige, konkrete Bedeutung des Verlusts der Sache abgestellt und nicht auf eine abstrakte Wertermittlung. Das ist keineswegs als irrational zu sehen, sondern als Ausdruck dessen, dass die Reaktionen des Rechts für jedermann vorstellbar und nachvollziehbar sein sollen.

Inhaltlich gesehen beinhaltet das Zwölftafelgesetz primär Verfahrensrecht, aber auch Privatrecht, „Polizeirecht“ und „Strafrecht“. Es wurde u.a. durch viele Philosophen dieser Zeit geprägt (z.B. Cicero).

Die Merkmale des archaischen Rechts bestanden darin, dass es sehr verfahrensorientiert ist, da probiert wurde, Streitfälle durch streitschlichtende Verfahren zu lösen.

→ Keine Selbstlösung durch Privatrache.

Auch gab es in diesem Recht keine funktionale Ausdifferenzierung. D.h. i.w.S. dass das Recht noch immer mit vielen anderen Systemen wie beispielsweise der Wirtschaft etc. zusammenhängte und noch kein eigenständiger Sektor ist. I.e.S. bedeutet dies, dass das Recht noch völlig ungeschliffen und noch keine Unterschiede zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten gemacht wurde.

Das Zwölftafelgesetz wird, wie schon erwähnt, als Gründungsmythos des römischen Rechts gesehen. Jedoch weist es viele Lücken auf. Denn beispielsweise gab es nicht einmal Vollzugsbehörden. Somit waren also die Privaten gezwungen, ihr Recht, selbst durchzusetzen.

Dieser Gesetzgebungsakt verdrängt, dass es Recht schon immer gab und auch zu dieser Zeit schon vorhanden war.

#### b) Schriftlichkeit und Öffentlichkeit der Rechtsgeschichte

##### **Orale Gesellschaften:**

Orale Gesellschaften zeichnen sich dadurch aus, dass sie keine fixierte normative Ordnung haben. Es passiert also eine stete Neuaufstellung; man muss sich also immer wieder neu erinnern. Das Recht befindet sich also durch diese Erinnerung in immer wieder sich neu entwickelnden Stadien. Denn

auch wenn man sich zu erinnern glaubt, sind die Erinnerungen nicht zu 100%, wie sie wirklich waren. Das Ritual steht stark im Vordergrund. Formmängel dürfen auf keinen Fall passieren! Dabei ist man an strikte Wiederholung, sowie Formenfixierung gebunden. Das Recht wird akzeptiert, weil es alt; und somit gut ist. Eine Anpassung an die fortlaufende Zeit geschieht praktisch unmerklich. Vielmehr findet sich im Erinnerungsprozess die Kreativität wieder. Das Recht soll aber trotzdem möglichst alt und zugleich möglichst neu sein. Dies wird, wie schon erwähnt, durch die Erinnerungsprozesse, erreicht.

Recht sei vorgegeben und keinen rechtsschöpferischen Tätigkeiten der Menschen entsprungen. Der Mensch habe also zur Rechtsbildung nichts beigetragen. Sondern sie sei rein göttlichen Ursprungs.

#### **Schriftlichkeit:**

Es geschieht ein Übergang vom Ritual, welches relativ starr und unzugänglich für Neues ist, zur textuellen Konsistenz. Durch die Verschriftlichung können Denkinhalte gezielt gespeichert und fixiert werden. Es widerspiegelt also das soziale Gedächtnis, welches nun durch die Positivierung schwieriger zu vergessen ist, und steht somit jederzeit zur Verfügung.

Da der Rechtstext nun positiviert ist, ist er wohl weniger schnell vergessen, jedoch weniger flexibel. Dem ist mit der Interpretation/Auslegung auszuweichen.

Hermeneutik= Auslegungskunst bei welcher aus einem Text herausgelesen wird, was eigentlich überhaupt nicht steht.

#### **Öffentlichkeit:**

Durch die Schriftlichkeit wurden unendliche Möglichkeiten zur Interpretation gebildet.

Um aber einem möglichen Auslegungschaos aus dem Weg zu gehen, wurden eigens dazu legitimierte Interpreten ausgewählt. Nur diese (Priester, Juristen etc.) durften eine Selektionswahl aus den vielen Interpretationsmöglichkeiten treffen. Dadurch entstand aber die Frage, an wen sich nun eigentlich das Gesetz richte.

Eigentlich ist das Gesetz an die Bürger gerichtet. Diese jedoch können aufgrund der Unverständlichkeit und Komplexität des Rechts, dieses nicht verstehen. Die Folge davon ist eine immerwährende Spannung zwischen Bürgern und Juristen.

### **c) Rechtsproduktion im Mittelalter**

#### **Leges (germanisches Stammesrecht des Frühmittelalters):**

Das germanische Stammesrecht ist ein Produkt einer Rechtsaufzeichnung von mündlichen Überweisungen von Rechtskundigen.

Auffallend ist, dass im Vordergrund die programmatische Demonstration der Qualität der Herrschaft, nicht die Anwendung des Rechts an sich steht. Somit kann Recht sich als Prestigeattribut herausbilden.

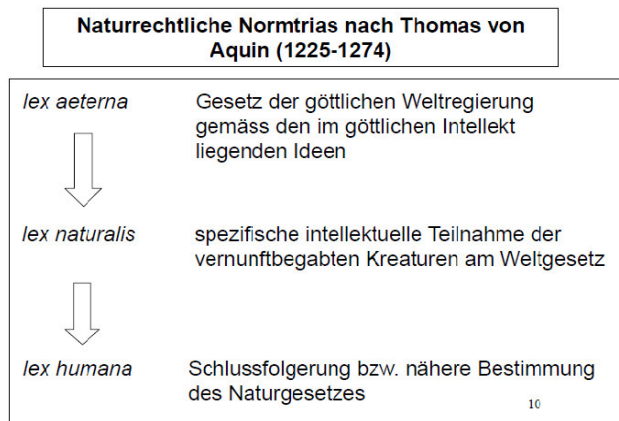
Leges entstand durch das Zusammenwirken von Herrschern und dem Volk. Es gab eine gewisse Einigung und Akzeptanz zwischen ihnen. Der Herrscher war somit also für den Frieden verantwortlich. Da aber meist weder das Volk, noch der Herrscher lesen und die schwierigen lateinischen Ausdrücke verstehen konnte, bestand die Funktion des lex mehr darin, dem Herrscher als Machtdemonstrationsapparat zu dienen.

Demzufolge ist die Effektivität und die unmittelbar praktische Anwendung eher zweifelhaft.

#### **Mittelalterliches Verständnis von „lex“:**

Lex ist kein modernes Gesetz und auch kein formaler Begriff. Es kann mündlich tradiert oder geschrieben sein. Mit „lex“ ist stets „lex humana“ gemeint, in welcher der Mensch stets das Recht in

der Natur findet. Es handelt sich dabei also um eine Rechtsfindung, nicht Rechtsschöpfung. Somit ist die *lex humana* ein Teil der Normtrias.



*lex aeterna*: Gesetz der göttlichen Weltregierung gemäss den im göttlichen Intellekt liegenden Ideen. Gott hat uns die Grundgesetze der Welt mitgeteilt → göttliche Offenbarung

*lex naturalis*: spezifisch intellektuelle Teilnahme der Vernunftbegabten Personen am Weltgesetz. eingeschrieben in die Vernunft des Menschen, mit rationalen Argumenten,

damit sie mit dem Göttlichen in Einklang sind → Naturrecht

*lex humana*: Schlussfolgerung bzw. nähere Bestimmung des Naturgesetzes.

### Rechtsgewohnheit:

Gewohnheitsrecht ist durch sein Alter legitimiertes, mündlich überliefertes und durch Praktik entstandenes Recht. Es muss im allgemeinen Rechtsbewusstsein verankert sein und durch konstante Übung nachgewiesen werden können.

Es kann eine Überprüfung, wie „gut“ das Recht ist, der Rechtsgewohnheiten an der Vernunft und göttlichen Wahrheit durch die Normtrias geschehen.

Rechtsgewohnheiten sind aber auch aufgezeichnet in Weistümern und Rechtsbüchern (z.B. Sachsenspiegel etc.).

### Fragen:

- Welche Funktion erfüllte das Zwölftafelgesetz für die römische Rechtsentwicklung?

Das Zwölftafelgesetz bildete den Gründungsmythos des Rechts. Es änderte von der Mündlichkeit zur Schriftlichkeit. Es bildete eine Gesetzesgrundlage.

- Kann man bei den Stammesrechten von Gesetzgebung im modernen Sinn reden?

Orales Recht ist im weitesten Sinne modern. Jedoch muss eine scharfe Trennung zwischen den Stammesrechten und unserem Recht gemacht werden. Auch hatte das Recht damals nicht dieselbe Bedeutung wie heute.

- Welche Bedeutung haben Schriftlichkeit und Mündlichkeit im Entstehungsprozess der Stammesrechte?

Mündliches kann Vergessen werden, die Starrheit der Schriftlichkeit entlastet jedoch. Das geschriebene Recht kann jedoch verschieden und somit falsch interpretiert werden. Durch die Verschriftlichung des Rechts nehmen Rituale zunehmend ab.

## 2. Symbolische Gesetzgebung

### a) Modernes Problem der Gesetzgebungslehre

Definition: Wenn der Gesetzgeber einen normativen Anspruch erhebt ohne die Voraussetzungen für die wirksame Umsetzung dieses Anspruchs zu schaffen, die er schaffen könnte.

Zweck: Realisierung bestimmter politisch-strategischer Ziele, nicht aber Erreichung der offiziell sachlichen Gesetzesziele.

Bsp. Es wird ein Gesetz gegen den Terrorismus ratifiziert. Dieses schränkt jedoch lediglich die Freiheit des Bürgers ein. Es wurde demzufolge ein Gesetz gemacht, eine Lösung wurde aber trotzdem nicht gefunden.

→ Dies zeigt die Funktionstüchtigkeit des modernen Gesetzgebers.

### b) Herrschaft und Gesetzgebung in der Neuzeit

#### Modernes Staatsverständnis:

Es gibt ein Gewaltenmonopol (Bodin), eine Gesetzgebungsmacht, eine Verwaltung/Gesetzgebungsmacht, einen Untertanenapparat (Masse der Beherrschten) und ein Gemeinwohl.

Untertanen treten ihre Souveränität an den Herrscher ab und erhalten dafür Frieden und Sicherheit. Gesetz wird demnach durch Macht gemacht → Gesetzgebungsstaat (führt zu erhöhter Normenproduktion).

#### Landrecht:

Landrecht ein typisches Gesetzeswerk des Territorialstaates. Es ist somit ein Symbol guter Obrigkeit, welches die Wohlfahrt aller ermöglichen will.

Es orientiert sich am gemeinen Recht. Als Gemeines Recht, lateinisch *ius commune*, wird heute im deutschsprachigen Raum vor allem das Römisch-kanonische Recht des Mittelalters, der Frühen Neuzeit und Neuzeit verstanden, wie es zunächst ab dem 11. Jahrhundert europaweit gelehrt wurde. Das Landrecht wird als reformierte Sammlung der wichtigsten Rechtssätze, nicht aber als Kodifikation und umfassende Rechtsordnung gesehen.

Als geschriebenes Gesetz ersetzt es mündlich tradiertes Gewohnheitsrecht.

### c) Normentstehung und Normdurchsetzung

Normen entstehen durch das Zusammenwirken von Fürsten und den Ständen. Die Stände haben dabei einen Kontrollfunktion.

### d) Rolle der Juristen

Gelehrte Juristen orientieren sich am gemeinen Recht. Es geschieht eine Professionalisierung der Justiz und der Verwaltung. Ebenfalls geschieht eine Systematisierung der bestehenden Rechtsquellen. Dies führt zu einer Aufhebung der Rechtszersplitterung.

#### Fragen:

- Inwiefern sind die Normadressaten am Gesetzgebungsprozess mitbeteiligt?

Sie sind als Landsstände vertreten

- Welche Rolle spielt die Rechtswissenschaft im Gesetzgebungsprozess?

Sie dient zur Rezeption und Professionalisierung des Rechts.

### 3. Das Kodifikationszeitalter

#### a) Kodifikationsidee

**Rechtstheoretische Grundlage:**

Es wurde versucht, ein geometrisch-abstraktes (geordnet), in sich geschlossenes Rechtssystem aufzubauen. Die Sprache soll einfach und klar zu verstehen sein; und wurde mit politischen Konzeptionen verbunden.

**Politische Grundlage:**

Als politische Grundlage diente das absolutistische Ideal der Rechtseinheit und Gleichförmigkeit. Durch eine perfekte Planung wollte man die Gesellschaft kontrollieren und für das Gemeinwohl sorgen. Alles war durchkonzipiert und die Kodifikation war das Werkzeug des Herrschers, welches Freiheit garantieren sollte und für alle gleich gelten sollte. Somit war die Kodifikation also ein Ausdruck des Herrschers.

**Kodifikationen stehen im Spannungsfeld zwischen:**

Es gab eine Spannung zwischen der absolutistischen Machtausübung (Rechtsetzungsmonopol von den Gerichten vor allem) und dem bürgerlichen Interesse an der Fixierung und Gewährleistung bürgerlicher Freiheitsrechte.

#### b) Definition von Kodifikation (Bentham, 1802)

**Definition von Kodifikation:**

Eine Kodifikation ist eine lückenlose, vollständige Rechtsquelle, die alle anderen Rechtsquellen ersetzt die zuvor da waren.

Durch Kodifikationen wäre es möglich, das Monopol der Gerichte zurückzudrängen!

#### c) Einzelne Kodifikationen

**Preussen: Allgemeines Landrecht (1794)**

Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (ALR) war eine Kodifikation, die unter Friedrich dem Großen und Friedrich Wilhelm II. von den Rechtsgelehrten Svarez und Klein unter Federführung des preußischen Großkanzlers erarbeitet und im Jahre 1794 erlassen wurde. Es war der erste und bis heute einzige neuzeitliche Versuch einer umfassenden und zusammenhängenden Kodifikation des Zivilrechts, des Strafrechts und weiter Teile des öffentlichen Rechts in einem einzigen Gesetzbuch.

Maßgebliches Anliegen für die spätere Entwicklung des Landrechts war der Wunsch Friedrichs II. nach einem klaren und eindeutigen Recht. Friedrich war nachhaltig geprägt vom Müller-Arnold-Fall und nahm diesen zum Anlass für eine umfassende Justiz- und Gesetzesreform. Insbesondere sollte die Macht der Juristen durch einen möglichst genauen Gesetzeswortlaut begrenzt werden.

Zunächst hatte Friedrich ein Kommentierungsverbot (Analogieverbot) verfügt mit dem Ziel, den Rechtsmissbrauch der Juristen zu beenden. Nur der Wortsinn durfte ausgelegt werden. Im Zweifel wurde eine eigens eingerichtete Kommission befragt, die jedoch wieder abgeschafft werden musste, da die häufigen Anfragen die Rechtsprechung lähmten.

Im Jahr 1780-1794 galt das ALR als umfassende Kodifikation. Das Ziel dabei war es, das Recht für alle gut verständlich zu machen und alles möglichst umfassend zu regeln.

### **Frankreich (Code civil)**

Die ersten Entwürfe zu einem Code civil entstanden in Frankreich bereits in den Revolutionsjahren 1793 bis 1797. Im Jahr 1800 berief Napoléon eine vierköpfige Kommission ein, die eine Rechtsvereinheitlichung schaffen sollte.

Bis dahin galt im Süden Frankreichs das geschriebene Recht (droit écrit), das alte römische Recht mit manchem Zopf, im Norden überliefertes Gewohnheitsrecht (droit coutumier), sowie für wenige Jahre ein Übergangsrecht der Französischen Revolution. Ziel der Kommission war es, eine Verbindung von kodifiziertem Recht und Gewohnheitsrecht und - vor allem - dem revolutionären Recht herzustellen. Das Gedankengut der Französischen Revolution zeigt sich vor allem im Grundsatz der Gleichheit aller vor dem Gesetz, dem Schutz und der Freiheit des Individuums und des Eigentums und der strikten Trennung von Kirche und Staat.

1789-1804 entstand eine revolutionäre Gesetzgebung, die référé législatif (Gesetzteskommission). Sie befahl, dass das Gericht nicht auslegen dürfe, sondern der dafür eigens eingesetzte référé législatif (frühe Form der Gewaltenehemmung).

1804 Wurde ein Entscheidungszwang in Art. 4 eingeführt, bei dem das Auslegungsgebot postuliert wurde. Es wurden also allgemeine Rechtsgrundsätze, statt enge richterliche Bindung gebilligt.

### **Österreich (Allgemein Bürgerliches Gesetzbuch/ABGB):**

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) ist die 1812 in Kraft getretene und auch heute noch geltende wichtigste Kodifikation des Zivilrechts in Österreich und ist damit auch das älteste gültige Gesetzbuch des deutschen Rechtskreises.

Es war eine rein privatrechtliche Kodifikation, welche die Abstraktion, statt die Kasuistik bevorzugte. Wurde ausgelegt, so wurden auf natürliche Rechtsgrundsätze abgestellt (→ Verweis auf die Prinzipien des Naturrechts).

### **Die Entwicklung in der Schweiz vor dem ZGB:**

Zur Zeit der Helvetik wurde die französische Gesetzgebung übernommen.

Nach 1803 gab es Kodifikationsaktivitäten in den Kantonen. Für Genf beispielsweise bildete der CC ein Vorbild, für Bern bildete das ABGB das Vorbild etc. Diese Aktivitäten bildeten die Basis für das ZGB.

### **Fragen:**

- Welchen Grundprinzipien sollte eine Kodifikation nach der Auffassung des preussischen Königs folgen?  
Es soll alles komplett und individuell geregelt sein (→ kasuistisch statt abstrakt). Vor allem aber soll das Gesetz einfach und verständlich für jedermann sein. Sämtliche Entscheidungen sollen geregelt werden; wobei der Staat wie ein „Uhrwerk“ ist.
- Welche Kodifikationsvorstellungen vertreten die französischen Gesetzgeber?  
Die Kodifikation soll sich nicht auf den Einzelfall richten (→ Abstraktion statt Kasuistik).
- Welche Rolle wird der Öffentlichkeit im preussischen und im französischen Gesetzgebungsprozess zugewiesen?  
-Preussen: Die Öffentlichkeit hat nur symbolische Bedeutung  
-Frankreich: Die Öffentlichkeit spielt eine grössere Rolle. Es besteht eine höhere Zugänglichkeit (auch bei der Entstehung), dadurch, dass u.a. das Bürgertum den Code schreibt.
- Welche Haltung nehmen die französischen Gesetzgeber gegenüber dem älteren Recht ein?  
Was nicht nötig ist, soll zerstört werden. Neue Kodifikation vs. Teilweise Übernahme.



## 4. Einfachheit und Vollständigkeit der Gesetze

### a) Einfachheitsideal

#### **Vernunftrecht (= geometrisch-rationale Jurisprudenz):**

Das Vernunftrecht zielt auf die Einsichtigkeit eines umfassenden Systems, das auf die Vernunft beruht und deshalb klar und einfach ist, ab. Recht funktioniert nun auch ohne Gott, da es die Vernunft gibt.

Dies führt zu einer Verständlichkeit betreffend Adressatenkreis. Durch die neu vorhandene Einfachheit, fühlen sich nun auch Bürger, nicht nur Juristen betroffen. Dies ist jedoch leider immer noch nur eine Fiktion

### b) Vollständigkeitsideal

#### **Kasuistik (ALR):**

Es enthält klare und genaue Bestimmungen, besitzt eine materielle Vollständigkeit und es entstehen keine Auslegungskonflikte.

#### **Abstraktion (CC, ABGB):**

Enthält klare Beschränkungen auf Prinzipien (→AT) und lässt Interpretationsspielräume.

### c) Die schweizerische Tradition (Eugen Huber)

Huber anerkannte als Erster die Lückenhaftigkeit seiner Kodifikation → Art. 1 Abs. 2 ZGB!

Wichtig sind:

#### **Volkstümlichkeit und Verständlichkeit:**

Es ist keine gelehrte Terminologie sein, sondern volkstümlich und gemeinverständlich, sowie es eine konkrete Darstellungsweise beinhaltet und anschaulich ist. Es werden keine Abstraktionen und Verallgemeinerungen gemacht. Auch die Sprache ist einfach und verständlich. Die Lückenhaftigkeit wird zugegeben und es durch eine eigene Regel (Art. 1 ZGB) ergänzt.

#### **Anerkennung der Lückenhaftigkeit der Kodifikation:**

Man versucht die Lückenlosigkeit der Kodifikation durch die Lückenlosigkeit der Rechtsordnung zu ersetzen. Art. 1 Abs. 2 ZGB dient als Anleitung zur Lückenfüllung.

#### **Fragen:**

- Was verlangt Hegel von einer guten Gesetzgebung?  
Er verlangt einfache und allgemeine Bestimmungen, sodass das Recht für jedermann zugänglich ist.
- Wie sieht Hegel das Verhältnis von Gesetzgeber Normadressaten und Rechtswissenschaft?  
Der Gesetzgeber soll Gesetze machen, die für alle, nicht nur für Juristen zugänglich sind.
- Was versteht Huber unter Vollständigkeit der Kodifikation?  
Die Rechtsordnung habe für jede Rechtsfrage eine Lösung. Man müsse aber auch Sekundärquellen und Rechtswissenschaften hinzuziehen.
- Wie sieht Huber das Verständnis von Gesetzgeber, Normadressaten und Rechtswissenschaft?  
Der Richter dürfe auf die gleiche Ebene wie der Gesetzgeber gestellt werden. Eine volkstümliche Relation sei wichtig! Gesetzestexte sollen möglichst Wissenschaftsfrei sein.

# Wozu Juristen I & II

---

## 1. Mittelalterliche Rechtswissenschaft

### a) Glossatoren (12./13. Jh.)

Der Ausgangspunkt bildet die Wiederentdeckung des Corpus Iuris Civilis gegen Ende des 11. Jh. Das Corpus Iuris Civilis umfasst das Gesetzeswerk, das im Auftrag des oströmischen Kaisers Justinian I. aus älteren Kaisererlassen seit Hadrian, überarbeiteten älteren Lehrbüchern und Schriften der römischen Juristen (Digesten oder auch Pandekten) zusammengestellt wurde. Er bildet den „Korpus“ des bürgerlichen Rechts.

#### **Entstehung der Rechtsschule in Bologna (1088):**

Bologna begann, sich mit den Texten zu beschäftigen. Irnerius war dabei der erste wichtige Rechtslehrer. Quatuor doctores waren die Kronjuristen des Kaisers Friedrich. Accursius schliesst mit der Phase der Glossatoren ab.

#### **Arbeitsweise in Bologna:**

Die Lektüren der CIC-Stellen<sup>1</sup> dienten der Vorlesung.

Ausgelegt wurde durch die Glossen (Glosse = Verständlichmachung des Gesetzestextes) um den Sinn einer Norm zu verstehen. Jedoch blieb man stark an den Text gebunden.

Die Glosse hatte einen sehr hohen Stellenwert: Quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia (Was die Glosse nicht anerkennt, anerkennt auch das Gericht nicht).

Durch sog. Disputationen entstanden Streitgespräche unter Juristen/Schülern um zu debattieren. Dies war ein wichtiges Element der Entwicklung und Erziehung.

Auch wurde in Bologna mit der Scholastischen Methode gearbeitet:

Scholastik ist die wissenschaftliche Denkweise und Methode der Beweisführung, die in der lateinischsprachigen Gelehrtenwelt des Mittelalters entwickelt wurde.

Bei dieser Methode handelt es sich um ein von den logischen Schriften des Aristoteles ausgehendes Verfahren zur Klärung wissenschaftlicher Fragen mittels theoretischer Erwägungen. Dabei wird eine Behauptung untersucht, indem zuerst die für und die gegen sie sprechenden Argumente nacheinander dargelegt werden und dann eine Entscheidung über ihre Richtigkeit getroffen und begründet wird. Behauptungen werden widerlegt, indem sie entweder als unlogisch oder als Ergebnis einer begrifflichen Unklarheit erwiesen werden oder indem gezeigt wird, dass sie mit evidenten oder bereits bewiesenen Tatsachen unvereinbar sind.

Der Ausgangspunkt dabei bildet immer die absolute Autorität bestimmter Texte (z.B. CIC). Die Aufgabe dabei ist es, eine Harmonisierung und Lückenfüllung zu erreichen.

Der Rationalismus nimmt dabei eine wichtige Rolle ein. Er ermöglicht eine wissenschaftliche Diskussion mittels Logik und Topik (Argumentationsfiguren) → Argumentationslehre.

Die Arbeit dabei war stets sehr textbezogen (interpretatio).

---

<sup>1</sup> Mit CIC ist der Corpus Iuris Civilis gemeint! Er enthält entwickelte sich unter anderem wie folgt:

- Codex Iustinianus (kaiserliches Recht, Kirchenrecht, Staatsrecht etc.)
- Digesten (Auszüge aus römischen Juristentexten)
- Institutionen (Lehrbuch)
- Novellen (kaiserliches Nachtragsgesetz)

## b) Funktion des römischen Rechts

Die ratio scripta kam von den Römern und wurde durch die Herrschaft legitimiert. Sie war sozusagen die geschriebene Vernunft und hatte somit absolute Autorität.

Das römische Recht liefert die Legitimitätsgrundlage der Rechtswissenschaft aufgrund seines Alters und der Heiligkeit.

Es galt stets subsidiär gegenüber dem Partikularrecht (regionales, lokales Recht). Das Partikularrecht ging also vor, jedoch war stets streng auszulegen. Falls es kein Partikularrecht gibt, ist nach dem CIC zu gehen.

Es betont stets seine Kontinuität zum römischen Weltreich, denn römisches Recht ist gemeines recht und somit kaiserliches Recht (da es ein Produkt es römischen Reichs ist).

## c) Kommentatoren/Konsiliatoren (14.-15. Jh.)

Kommentatoren beginnen mit Kommentaren über ganze Werke.

Konsiliatoren sind Leute, welche also Rechtsgutachter tätig sind.

Durch diese Leute geschah eine Systematisierung der gesamten Rechtsmasse und eine vermehrte Praxiszuwendung.

Allgemeine Lösung von der Autorität des Textes:

- ratio legis → Suche nach der Kernidee
- Autoritätsargumente wandeln sich zur opinio communis doctorum (herrschende Meinung)
- CIC wird zu einer leeren Vase → Die Rechtswissenschaft befreit sich immer mehr von der engen Textbindung

Die Juristen Bartolus und Baldus waren sehr bedeutsame Juristen dieser Zeit. Sie wurden von Gerichten angefragt, wegen ihren Gutachten etc. Sie wurden wie Herrscher geehrt. Dies zeigt, wie gross die Bedeutung der juristischen Schulen/Lehrern war.

## d) Rezeption

Unter Rezeption wird in der Rechtswissenschaft die ganze oder teilweise Auf-, An- oder Übernahme von Rechtsvorschriften und/oder Rechtsvorstellungen (zum Beispiel von Werten) aus einer anderen Rechtsgemeinschaft verstanden

Sie ist der europäische Assimilationsprozess (Angleichungsprozess) auf den Grundlagen der am jus commune orientierten Rechtswissenschaft und der Ausbildung eines Berufsstandes.

Sie ruft eine Verwissenschaftlichung und Professionalisierung hervor.

Durch sie entsteht eine einheitliche europäische Rechtswissenschaft, aber auch das Gericht des gelehrten Rechts → nur Fähige → Juristenstand.

## e) Entstehung des Juristenstandes

Der Juristenstand ist ein von der sozialen Herkunft unabhängiger Berufsstand. Er hat das Studium des jus commune als gemeinsame Grundlage und fächerte sich im Laufe der Zeit immer mehr aus.

### Fragen:

- Wie haben die mittelalterlichen Glossatoren gearbeitet?

Sie haben Texte übersetzt und Texte zu anderen Texten geschrieben

- Welche Funktion kommt dabei dem (unter Justinian gesammelten)römischen Recht zu?

Der heilige Text wurde als Vorlage gebraucht, um einen Text zu schreiben. (Primärtext der heilig ist).

- Worin besteht die Wissenschaftlichkeit mittelalterlicher Jurisprudenz?

Sie besteht in der Lückenfüllung durch Interpretation und durch das Herausarbeiten neuer Gebiete und die Auflösung von Widersprüchen.

- Inwiefern würden sie die scholastische Methode also noch heute wichtiges Instrument juristischen Arbeitens ansehen?
- Es hat sich daran nicht viel geändert!

## 2. Humanismus und Rechtswissenschaft

In dieser Zeit gerät die scholastische Methodik unter Beschuss. Auch passiert eine Hinterfragung/Relativierung der engen Textbezogenheit.

### a) Humanismus und Renaissance (16. Jh.)

Es tritt eine geistige Autonomie des Individuums gegenüber Autoritäten ein. Der Vernunftmensch steht neu im Zentrum. Es geschieht eine Zuwendung zur griechisch-römischen Kultur. Die weltliche Bildung wird mehr betont (es werden also vermehrt Texte in der Originalsprache gelesen). Dies zeigt sich in:

- ad fontes (= zurück zu den Quellen): es geschieht ein Rückgriff auf die reinen Quellen der Antike und damit die Befreiung von mittelalterlichen Quellen und Autoritäten.
- Vernunftgebrauch statt Autoritätenkult. Nur das was man selbst durch die Vernunft erkennen kann, zählt; dies hat zur Folge, dass die Scholastik abgelehnt wird
- Reformationszeitalter, dies hat zur Folge, dass ein allgemeiner Reformwille in allen Bereichen entsteht. Es handelt sich dabei aber nicht um Neuerfindung/Machung, sondern zur Rückkehr zum Ursprünglichen.

### b) Elegante Jurisprudenz (= mos gallicus)

Der mos gallicus (lat.: die gallische/französische Sitte/Gewohnheit) ist eine spezifische Art und Weise, wie gelehrte Juristen in der Frühen Neuzeit sich mit den Texten der überlieferten Rechtsbücher Corpus Iuris Civilis und Corpus Iuris Canonici befassten. Er wurde auch humanistische Jurisprudenz genannt.

Er zeichnet sich aus durch:

- Kritik an der mittelalterlichen Rechtswissenschaft (= mos italicus)
- Unbefangener Umgang mit den Autoritäten
- historisch-philologische Methode zur korrekten Erschließung der Rechtsquellen
- Programm: römisches Recht + Vernunft

### c) Usus modernus pandectarum (17.-18. Jh.)

Zu Beginn dieser Epoche war die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland durch das Wirken der Glossatoren und der Kommentatoren bereits weit fortgeschritten. Der usus modernus knüpfte in Deutschland an diese Phase an. Kennzeichnend für diese Epoche war ein freier, pragmatischer und fallbezogener Umgang mit den römischen Quellen als in den vorausgehenden Epochen. Im Unterschied zu früheren Epochen wurden nicht nur die Quelltexte des römischen Rechts, sondern auch das Corpus Iuris Canonici sowie Partikularrechte als Rechtsquellen herangezogen.

Er zeichnet sich aus durch:

- Umsetzung des Programms von Zasius
- Hinwendung zur forensischen Praxis
- Starkes Interesse an nationaler Rechtsgeschichte
- Wissenschaftliche Bearbeitung der Rechtsprechung

- Stärkere Verschmelzung des *ius commune*<sup>2</sup> mit den heimischen Recht

**Fragen:**

- Was kritisiert Zaius an der mittelalterlichen Rechtswissenschaft?  
??

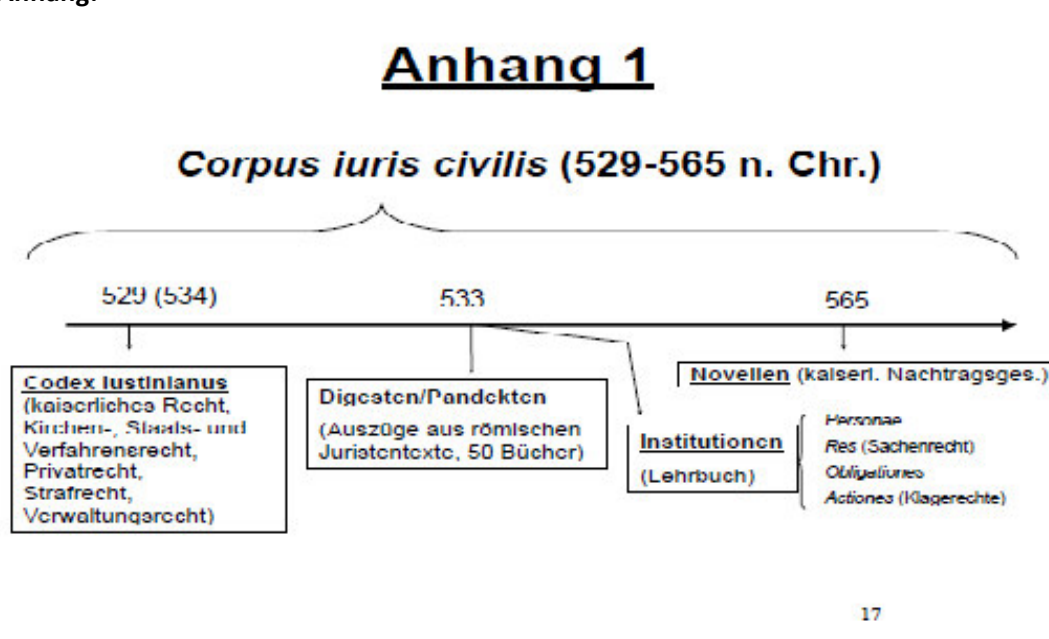
- Welches römische Recht steht bei Zaius im Vordergrund?

Das wahre römische Recht, welches vom ganzen Müll des Mittelalters gereinigt wurde/werden muss

- Was beklagt Zaius an der damaligen Rechtspraxis?

Es gehe zu wenig um Texte und zu viel m Verschleierung...

**Anhang:**



### 3. Die Frage der Wissenschaftlichkeit moderner Jurisprudenz

#### a) Historische Rechtsschule (Savigny)

1814 gab es einen Kodifikationsstreit zwischen Tribaut und Savigny. Der Kodifikationsstreit wurde maßgeblich vom Heidelberger Zivilrechtsprofessor Anton Friedrich Justus Thibaut und seinem Berliner Gegenspieler Friedrich Carl von Savigny ausgefochten.

Anlass war der von Thibaut erstmals 1814 artikulierte Wunsch nach Kodifikation und Vereinheitlichung des Rechts im deutschen Rechtskreis. Dazu veröffentlichte er die Schrift Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland, welche großes Aufsehen erregte und eine kontroverse Diskussion entfachte. Darin forderte er den Erlass eines einfach und verständlich gehaltenen, einheitlichen Zivilgesetzbuch für den gesamten Deutschen Raum. Abgelöst werden sollte das Gemeine Recht, eine Mischung römischen und kanonischen Rechts.

<sup>2</sup>Als Gemeines Recht, lateinisch *ius commune*, wird heute im deutschsprachigen Raum vor allem das Römisch-kanonische Recht des Mittelalters, der Frühen Neuzeit und Neuzeit verstanden, wie es zunächst ab dem 11. Jahrhundert europaweit gelehrt wurde

Obwohl die Publikation zunächst großen Anklang fand, verhinderte eine zusehend stärker werdende Gegenbewegung letzten Endes den Erfolg. Da sie auch politisch dem Wunsch nach einen einheitlichen deutschen Staatswesen zuzuordnen war und damit die Wünsche der Liberalen transportierte, waren natürliche Gegner die Machthaber mit ihrem Wunsch nach Konservation und Restauration. Hinzu kamen jene Liberale, die sich von Savigny umstimmen ließen. Dieser veröffentlichte noch im selben Jahr eine Gegenschrift mit dem Titel Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.

Der Volksgeist richtete sich auf die nationale Kulturtradition als einzig wahre Rechtsquelle! Die neue Rechtswissenschaft musste historisch (jeden Stoff bis zu seiner Wurzel verfolgen) und systematisch (mit den Begriffen rechnen) sein. Es geschah eine Trennung von Recht und Gesetz. Die Aufgabe der Juristen bestand nun darin, es wieder zusammen zu bringen, es zu reinigen und zu systematisieren. Dies zeigt die Notwendigkeit von einheitlichen Begriffen.

Das Recht hatte ein doppeltes Dasein. Dies zeigte sich durch: das Recht des Volkslebens (politisches Element) und im wissenschaftlichen Recht (technisches Element).

Das klassische römische Recht diente als Ausbildungsvorbild.

→ Nicht die Gesetzgeber machen das Recht, sondern die Rechtswissenschaft.

## b) Die Erben Savignys

Um 1840 gab es einen Romanisten-Germanisten-Streit.

Es geschah zunächst eine quellenorientierte Aufteilung innerhalb der Hist. RS; danach eine ideologische Kontroverse (= länger anhaltenden Streit). Die Germanisten waren eher national-liberal eingestellt und auf der Suche nach dem „deutschen Recht“. Sie waren mehr gesamtheitsbezogen und weniger individuell/sozial.

Die Romanisten hingegen waren eher konservativ und wollten an Primaten (Vorrangstellung) des römischen Rechts festhalten.

Die Pandektenwissenschaft oder Pandektistik prägte die deutsche Zivilrechts-Wissenschaft des 19. Jahrhunderts.

Die Pandektenwissenschaft bereitete das in Deutschland als Gewohnheitsrecht rezipierte römische Recht der Pandekten (lat. Digesten), das vornehmlich Fallrecht war, in der Weise auf, dass es daraus abstrakte Rechtssätze und Rechtsbegriffe extrahierte und sie systematisch darstellte.

Die Pandektenwissenschaft verstand sich als geschichtliche Rechtswissenschaft. Sie schließt an den romanistischen Zweig der historischen Rechtsschule an, welche zu Anfang des 19. Jahrhunderts vor allem von Friedrich Carl von Savigny in Abkehr vom Naturrecht oder so genannten Vernunftrecht begründet worden war.

Kennzeichnend dafür war:

- Rechtswissenschaft als Kunst der begrifflichen Funktion
- Hochentwickelter juristischer Formalismus → Begriffsjurisprudenz
- Ausschaltung der historischen Dimension

→ Am Ende dieser Entwicklung stand die Kodifikation → BGB → Rezipitation (interpretation) durch andere Länder.

### c) Kritik an Pandektistik<sup>3</sup> und Rechtspositivismus<sup>4</sup> ????????????

Kirchmann 1848:

- Ausgangspunkt: Gesetzmässigkeit der Naturwissenschaft ↔ Zufälligkeit des Rechts
- Positivierung des Rechts → Willkür des Gesetzgebers
- Rechtswissenschaft VS. Lebendes Recht
- Negative Folgen der Trennung von Recht und Politik (keine Rechtsfortbildung durch Juristen; Beschränkung der Rechtswissenschaft auf Detailarbeit)

Rudolf von Jhering:

- Erste Phase: naturhistorische Methode (vgl. Text 22)
- 1859 Umschwung: Vom Saulus der Begriffsjurisprudenz zum Paulus der Interessenjurisprudenz (vgl. Text 23).
- Neue Evolutionstheorie des Rechts: Der Kampf ums Recht
  - Recht entsteht aus dem Kampf zwischen Interessengegensätzen
  - Ablehnung des Bildes der organischer/harmonischer Rechtsentwicklung von Savigny
  - Leben als Ursprung und Ziel des Rechts
  - Recht als Spielball der gegensätzlichen gesellschaftlichen Interessen

Rechtswissenschaft (Text 24):

- Kritik an Unfehlbarkeitsglaube der pandektischen Methode
- Zusammenspiel von Rechtsphilosophie, Rechtsgeschichte und Dogmatik = Rechtswissenschaft
- Stetige Wechselbeziehung von Theorie und Praxis notwendig
- Keine Flucht vor dem Leben, aber auch keine gedankenlose Jurisprudenz

**Fragen:**

- Was macht die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz aus, bei:
  - Savigny (er geht vom Volksgeist aus → „wir rechnen mit Begriffen“)
  - Kirchmann (durch die Gesetzgebung wurde alles geändert; das Recht könne sich demnach immer wieder ändern → Willkür; es sei schwierig in der Rechtswissenschaft etwas Wissenschaftliches zu sehen!
  - Jhering in der ersten Phase und in der zweiten Phase („Verlängerer zu Savigny“; systematisieren, vergleichen!

- Wie beurteilen Kirchmann und Jhering die Lehre von Savigny in Bezug auf das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtswissenschaft?

Kirchmann: Rechtswissenschaft lenke nicht sondern hinke hinterher und sei nutzlos!

Jhering:

---

- In welchem Verhältnis stehen Theorie und Praxis bei Kirchmann und bei Jhering?

---

<sup>3</sup> Die Pandektenwissenschaft oder Pandektistik prägte die deutsche Zivilrechts-Wissenschaft des 19. Jahrhunderts.

Die Pandektenwissenschaft bereitete das in Deutschland als Gewohnheitsrecht rezipierte römische Recht der Pandekten (lat. Digesten), das vornehmlich Fallrecht war, in der Weise auf, dass es daraus abstrakte Rechtssätze und Rechtsbegriffe extrahierte und sie systematisch darstellte.

<sup>4</sup> Rechtspositivismus bezeichnet eine Lehre innerhalb der Rechtsphilosophie bzw. Rechtstheorie, welche die Geltung von Normen allein auf deren positive Setzung („kodifiziertes Recht“; normativer Rechtspositivismus, z. B. Hans Kelsen) oder/und ihre soziale Wirksamkeit (soziologischer Rechtspositivismus, z. B. Eugen Ehrlich) zurückführt. Es wird von gesetztem Recht ausgegangen.

# Wozu Gerichte I & II

---

## 1. Gericht und Verfahren

### a) Problematik: Konfliktbewältigung durch Recht

Der Konflikt ist grundlegend und der Motor der Rechtsevolution!

Der Konflikt wird als sozio-biologisches Grundphänomen gesehen.

Sie entstehen, wenn jemand sich nicht erwartungsgemäss verhält und jemand anderes an diesen Erwartungen festhält! → Enttäuschung normativer Verhaltenserwartung

Gefahr der Eskalation → Rache etc. (Teufelskreis der Gewalt; nicht mehr steuerbar)

Recht entsteht primär als Verfahren und dies führt zu Friedensstiftung. Das Verfahren soll als Rollenspiel der Stabilität dienen. Der Entscheid muss die Parteien bilden und man muss sich daran halten. Man muss sich das Verfahren merken können, es muss logisch und haltbar sein; dies führt zur Stabilität. Der Richter ist kein Urteiler, sondern ein Herrschaftsvertreter.

Idealtypen der Konfliktlösung:

- regulierte Kampf- und Spielformen (??)
- Ordale/Gottesurteile: Das Urteil wird durch eine höhere Macht legitimiert (Bsp. Feuerprobe etc.)
- Dritrintervention: Ein unbestimmter Dritter wird hinzugerufen (jedoch muss zwischen den beiden Parteien der Konsens über die Drittperson bestehen)
- Institutionalisierung der Dritrintervention: (??)
  - Beratung
  - Vermitteln
  - Urteilen → Entscheid
  - Anordnen

### Historischer Verlauf der Gerichtsbarkeit:

- Institutionalisierung (Frühmittelalter): Übergang von offener Aggression zu kontrollierten Verfahren. Langsamer Verzicht auf Rache → Einführung von Rechtsnormen und Bussenkatalog
- Feudalisierung und Kommunalisierung (Hoch- und Spätmittelalter): Gerichtsbarkeit ist nun an Personal- und Territorialverbände gebunden
- Territorialisierung und Professionalisierung (Spätmittelalter/Frühe Neuzeit): Es gibt noch keine Gewaltenteilung im modernen Sinne
- Bürokratisierung und Disziplinierung der Justiz (18. Jh.)
- Konstitutionalisierung (spätes 18./19. Jh.): Rechtsstaatsprinzip, Gewaltenteilung, gerichtliche Kontrolle staatlichen Handelns

→ Rache wurde im Laufe der Jahre durch Sühne ersetzt. So wurde der Gewalt(en)-Kreislauf durchbrochen.



## **b) Konfliktlösungsmechanismen der archaischen Gesellschaften (→ Wie entsteht Recht ohne Staat)**

Ausgangslage dabei ist das Recht ohne Staat.

### **Germanische Stammesrechte (lex salica gehört auch dazu):**

- Bussenkataloge: kasuistische und anschauliche Bestimmungen über finanzielle Wiedergutmachung von „Verletzungen“. Dabei waren die Voraussetzungen stets sehr konkret!
- Reziprozität (Gegenseitigkeit im sozialen Austausch)
- Präsenz des Dritten → Gericht/Volk
- Ersetzen der Rache durch die Sühne (materieller Ausgleich)

### **Der archaische Prozess:**

- Öffentlichkeit: Soziale Kontrolle, Pflicht zur Beteiligung
- Mündlichkeit und Förmlichkeit (Ritual): Strenge Formalisierung geschieht durch mangelnde Autorität
- Ziel: Beweisurteil, kein Sachurteil: zweizüngiges Urteil ist dasjenige mittelalterliche Urteil, welches den Ausgang des Verfahrens sowohl für den Fall des Gelingens des einem der Beteiligten aufgegebenen Beweises wie auch für den Fall des Misslingens festlegt. Der Beweis erfolgt nach dem Urteil. Der Beschuldigte kann sich Reinigen (durch Freispruch) oder sich dem Urteil hingeben. (Ich glaube, damit ist auch gemeint, dass derjenige, welcher eigentlich etwas falsches getan hat, wenn er frei gesprochen wird, als total unschuldig angesehen wird (obwohl er eigentlich etwas falsch gemacht hat) Sprich, derjenige der die besseren/glaubwürdigen Beweise hat, gewinnt den Prozess und ist somit der „unschuldige“)
- Entscheidung durch höhere Gewalt: Gottesurteil

### **Beweisformen:**

- Gottesurteil (= Ordale) entscheiden über den Prozessausgang:
  - Zweikampf (Partei gegen Partei; Gott spricht durch das Ergebnis des Zweikampfs, folglich ist es auch richtig!!)
  - Elementordale: z.B. Feuerprobe (der Proband hält eine Hand eine Zeitlang ins Feuer oder schreitet über glühende Pflugscharen; als Unschuldsbeweis galt dabei das Nichtentstehen oder schnelle Abheilen von Brandmalen. Vom Verdacht gereinigt galten auch jene, die in einem wachsgetränkten Hemd einen flammenden Holzstoß durchquerten, ohne dass Wachs zu Boden tropfte oder das Hemd Feuer fing) und Wasserprobe; ging die gefesselt ins Wasser Geworfene nicht unter, so war sie schuldig, da das reine Wasser sie nicht aufnehmen wollte. Die Lex Salica erwähnen den Kesselfang, bei welchem der Proband einen Gegenstand aus einem Kessel wallenden Wassers, Öls oder Bleis holen musste. Hand und Arm blieben nie ganz ohne Versehrung, aber erst wenn diese nach mehreren Tagen nicht brandig geworden war, galt die Unschuld als erwiesen.
- Eid: bedingte Selbstverfluchung → Glaubwürdigkeitstest

### **Gerichtsstruktur → dualistisches Gerichtsmodell (Arbeitsteilung)**

- Richter ist Herrschaftsvertreter und Verfahrensleiter
- Urteiler ist urspr. Dinggenossenschaft, dann Schöffen (Ein ehrenamtlicher Richter ist an Gerichtsverfahren als Richter beteiligt, jedoch im Gegensatz zum Berufsrichter meist kein Volljurist. Teilweise tragen ehrenamtliche Richter die Bezeichnung Laienrichter, Schöffe oder Geschworener. (???)

**Fragen:**

- Welche Funktion haben die Zeugen im Verfahren der Lex Salica?

Sie müssen Konflikte bereinigen und den Status und die Ehre des Angeklagten bezeugen.

- Welche Funktion hat der Richter im Zweikampf?

Es ist lediglich der Überwacher des Kampfes. Die Urteilsfällung ist die Sache Gottes.

- Was versteht man unter Gottesurteil?

Es ist die Lösung einer Frage/Konflikt durch die Entscheidung Gottes. Z.B. Wasser oder Feuerprobe!

## 2. Gericht und Rechtswissenschaft

### a) Professionalisierung

Beim Frühneuzeitlichen Staat gehört die Justiz zu den Verwaltungsaufgaben.

Das Reichskammergericht von 1495 bildete ein Übergangsgebilde. Es war seit seiner Gründung im Jahr 1495 unter dem deutschen König und späteren Kaiser Maximilian I. bis zu seiner Auflösung 1806 neben dem Reichshofrat das oberste Gericht des Heiligen Römischen Reichs. Es hatte die Aufgabe, ein geregeltes Streitverfahren an die Stelle von Fehden, Gewalt und Krieg zu setzen. Seine Beisitzer waren Vertreter der Stände. Der Kammerrichter war der Vertreter des Kaisers. Es geschah eine zunehmende Erhöhung fachlicher Anforderungen. Dies führte zu einer Professionalisierung der Rechtsprechung.

Es bildete einen Übergang zur materiellen Rechtsfindung der früheren Jahre. Als Vorbild diente dem Reichskammergericht die geistliche Gerichtsbarkeit.

Nach mittelalterlicher Tradition stand dem Gericht der sogenannte Kammerrichter vor, der die Funktion eines Gerichtspräsidenten ausübte. Der Kammerrichter musste kein gelehrter Jurist sein, sondern ein reichsunmittelbarer Adliger, der vom Kaiser für dieses Amt bestimmt wurde. Der Kammerrichter leitete die als Audienzen bezeichneten öffentlichen Sitzungen des Gerichts, führte die Dienstaufsicht über die Assessoren und legte fest, welche Fälle welchen Assessoren zur Entscheidung zugewiesen wurden. Die eigentlichen Urteile fällten die Assessoren (Beisitzer, Urteiler).

→ Dualsystem: Einerseits Volksvertreter, andererseits Kaiser (???)

Nicht nur Beweisurteil, sondern auch Hinterfragung!

## b) Kontrastbild: Alte Eidgenossenschaft

- Intensive Rezeption<sup>5</sup> in 13.-14. Jh.
- 1495/1499: Ablehnung der Reichsreformen; Schwaben/Schweizerkrieg (Schweizer akzeptierten den deutschen König, jedoch aber nicht die, auf dem Reichstag, entschiedenen Reformen)
- Exemption (= Ausgliederung): Die Eidgenossenschaft wurde von der Reichsgerichtsbarkeit ausgenommen. Bestätigung dessen im Westfälischen Friedensvertrags von 1648; jedoch keine Souveränität!!

→ Folie 13 des Satzes „Wozu Gerichte I“ habe ich nicht zusammengefasst, da ich mit aufgeführten Punkten nichts anfangen konnte.. Allg. gibt es aber um eine Ablehnung der Professionalisierung, welche u.a. einen wirtschaftlichen Hintergrund hatten.

### Fragen:

- Welche Eigenschaften müssen die Mitglieder des Reichskammergerichts vorweisen?  
Kompetent, studiert, belesen, Praxisbezug, deutsche Herkunft
- Welche Unterschiede und Gemeinsamkeiten gibt es zwischen dem Richtereid am Reichskammergericht und dem Apenzeller Richtereid?  
Der Reichskammereid bezieht sich auf den Kaiser und der Apenzeller-Eid bezieht sich auf Gott.
- Wie würden sie Vor- und Nachteile der Professionalisierung der Richterschaft beurteilen?  
Es gibt eine grössere Volkstümlichkeit, jedoch geschehen auch eine schnellere Adaption/Anpassung auf den Rechtsgebieten und ein Rationalitätsgewinn.

---

<sup>5</sup> Unter Rezeption wird in der Rechtswissenschaft die ganze oder teilweise Auf-, An- oder Übernahme von Rechtsvorschriften und/oder Rechtsvorstellungen (zum Beispiel von Werten) aus einer anderen Rechtsgemeinschaft verstanden.

## 4. Justiz und Politik (eigentlich 3. Aber es korrigiert mir immer...)

### a) Ausdifferenzierung der Justiz aus den politischen System

Es geschieht eine Rationalitätsbestrebung des Absolutismus; folglich also eine Sortierung der Staatstätigkeiten. Die verfassungsrechtliche Gewaltenteilung geschieht durch die Begründung durch Montesquieu.

#### Herrschaftliche Interessen: (???)

- Weisungsfreie, aber gesetzgebundene Rechtspflege
- Orientierung an Gesetz, Kodifikation als egalisierender Massstab
- Entflechtung von Rechtsanwendung und Politik, von Justiz und Verwaltung
- Verzicht auf Machtanspruch → Testfall: Müller-Arnold Prozess
- Richter als Diener des Gesetzes
- Reorganisation der Gerichtsbarkeit und des Verfahrens:
  - Strenge Disziplinierung und Kontrolle des Gerichtspersonals
  - Erhöhte Anforderung an richterliche Ausbildung

→ Das Gesetz wird befolgt egal ob es ungerecht ist oder nicht. Der Richter führt das Gesetz lediglich aus. Auslegungsgebot für den Richter! Der Richter muss strikt die Gesetze befolgen!

### b) Bürgerliches Justizmodell (→Recht wird allen zur Verfügung gestellt)

Egalisierende Funktion der Kodifikation wird nur garantiert durch die Gesetzesbindung des Richters

→ Willkürvermeidung

Unpolitische Richter = gesetzgebunden. Dies führt zu einer Entscheidungspflicht und einem Begründungswang in jedem Fall!

→ König verzichtet auf Machtanspruch

Liberales Justizmodell

#### Fragen:

- Welche Ziele verfolgte Montesquieu mit seiner Ausführung zur Dritten Gewalt?  
Einschränkung richterlicher Macht (Gerichte sollen sich für bestimmte Fragen treffen und sich dann wieder trennen) → Verhinderung der Machtkonzentration
- Welche Haltung nimmt der preussische König gegenüber der Justiz ein?  
Ausdifferenzierung, Unabhängigkeit der Justiz

## 5. Richterpersönlichkeit und Rechtsfindung

### a) Antipositivistische Kritik um 1900

#### **Freirechtsschule (Kantorowicz, Fuchs, Ehrlich):**

Ist eine rechtswissenschaftliche Schule, die bei der Rechtsfindung (als Reaktion gegen die Begriffsjurisprudenz) die weit gehende Ergänzung oder gar Ablösung des starren Gesetzesrechts durch ein vom Richter frei geschaffenes, dem Einzelfall besser Rechnung tragendes Freirecht als richterliche Rechtsgestaltung anstrebte.

Es geschieht also ganz klar eine radikale Ablehnung des Gesetzespositivismus. Dies führt zu, dass eine neue Interpretation möglich wird. Ebenfalls wird eine freie richterliche Rechtsfindung möglich. Richterpersönlichkeit → Richterkönig → sozialgestaltende Rechtsprechung (???)

→ Der Richter wird als Rechtsschöpfer gesehen; er weiss, was recht ist und was unrecht ist. Der Richter hat ein freies Ermessen.

#### **Interessenjurisprudenz (Heck):**

Im Anschluss an Rudolf von Jhering ist nach der Interessenjurisprudenz jede gesetzliche Norm als Entscheidung des Gesetzgebers im Hinblick auf bestimmte Interessenkonflikte zu verstehen. Der Richter muss also ermitteln, welche Interessen sich in dem zu beurteilenden Fall gegenüberstehen. Danach ist zu prüfen, ob und gegebenenfalls wie das Gesetz diesen Interessenkonflikt entschieden hat. Die Interessenjurisprudenz grenzt sich damit gegenüber der Begriffsjurisprudenz ab.

- Lückenhaftigkeit als Normzustand
- Systemkonforme Weiterentwicklung des Rechts durch den Richter
- Rechtsnorm als bewertende Entscheidung von Interessenkonflikten durch den Gesetzgeber
- Rechtsfindung als Rechtsweckbetrachtung. Der Richter soll sich darauf fokussieren, was die Norm beabsichtigt und Interessen abwägen!
- Denkender Gehorsam

→ Kasuistik ist gescheitert

- Orientierung an dem Interesse des Gesetzgebers ist wichtig
- Man findet immer Recht und weitere Rechtsquellen!

#### **Eugen Huber/Art. 1 ZGB**

- Lückenfüllung „modo legislatoris“: Im Artikel 1, Absatz 2 wird der Richter aufgefordert, bei Gesetzeslücken selbst wie ein Gesetzgeber ("modo legislatoris") zu entscheiden: Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. Mit dieser Anlehnung an Kants kategorischen Imperativ entsprach Huber dem schweizerischen Rechtsverständnis.
- Systemkonforme Rechtsfortbildung (??)

#### **Legal Realism (Holmes, Cardozo, Pound):**

Legal Realism versteht das Recht als dynamischen und daher historisch offenen Prozess autoritativer und effektiver Entscheidungen, als nicht vorhistorisch stabilisierte faktische Koordination einander potenziell widerstreitender Geltungsansprüche.

## b) Totalitäre Justiz

### **NS-Herrschaft:**

Hitler wird Reichskanzler → Reichstagsbrand → Notverordnung zum Schutz von Volk und Staat → Neuwahlen → Ermächtigungsgesetz → Reichstagsbrandverordnung; Parteiverbot; Gleichschaltung der Länderregierungen und der Verwaltung → Eliminierung der Sturmabteilung (SA) und weiterer Politischer Gegner → nachträgliche Legalisierung dieser Taten durch das Gesetz über Massnahmen der Staatsnotwehr → Tod Hindenburgs → Hitler wird Reichspräsident.  
→ Hitler als „neue Verfassung“

### **Allgemeine Merkmale der NS-Diktatur:**

Einschränkung bzw. Aufhebung rechtsstaatlicher Prinzipien → militarisierter, autoritärer Einheitsstaat.

Richtssprechung ist extrem wichtig. Das geltende Gesetz wurde nach den einzelnen Interessen ausgelegt und neu ausgelegt.

### **NS-Prinzipien:**

- Führerprinzip: Führer als zentrale Macht; Das deutsche Volk müsse sich einer Volks- und Kampfgemeinschaft zusammenwachsen, nur so kann eine neue deutsche Größe erkämpft werden.
- Völkische Idee (??): Zitat: "Der völkische Staat hat in erster Linie seine gesamte Erziehungsarbeit nicht auf das Einpumpen bloßen Wissens einzustellen, sondern auf das Heranzüchten kerngesunder Körper. Erst in zweiter Linie kommt dann die Ausbildung der geistigen Fähigkeiten"
- Rassengedanken: Rassismus und Antisemitismus waren wichtige Merkmale der Rassenideologie der Nationalsozialisten.
- Totaler Staat

### **NS- Umgang mit dem Recht:**

- Instrumentalisierung führte zu Rechtsmissbrauch
- Gesteuerte Auslegung = Einlegung (Einlegung statt Auslegung)
- Neues Rechtsquellenkonzept: Führer ist die oberste Rechtsquelle
- Orientierung an Partei und Führer
- Ewiger Kern: Völkisch-rassisch, germanisch (Recht gehört dem Volk)
- Totale Durchdringung des Rechts

### **NS-Justiz:**

- Richter als Glied des Volkes (??)
- Gesundes Volksempfinden als Leitprinzip
- Innensteuerung der Justiz
- Richterliche Unabhängigkeit?

**Fragen:**

- Wie sieht das Verhältnis zwischen Rechtsprechung und Gesetzgebung bei Ehrlich und Heck aus?  
Ehrlich sagt, dass die Person des Richters und die Interessenlage wichtig sein.

---

---

- Wie soll der Richter gemäss Heck mit Lücken umgehen?  
Abgrenzen, Abwägen

- Was bedeutet richterliche Unabhängigkeit aus NS-Sicht?

---

---

- Welche Funktion kam dem Führer im Bezug der Rechtsprechung zu?  
Der Führerwille überschattet alles andere!

- Worin sehen sie heute Gefahren für die richterliche Unabhängigkeit?  
Starke Parteibildung, Richterwahlen durch Parlament, Politisierung des Gerichts

# Rechtssoziologie

## Wozu Gesetze I & II

---

### **Kurze Einführung:**

Rechtssoziologie setzt sich damit auseinander, was wirklich ist. Das Ziel ist es, Recht zu verbessern. Sie dient als Hilfswissenschaft.

### **1. Verstaatlichung des Rechts**

Vorab sei schon gesagt, dass der Grund darin liegt, dass die funktionale Rechtsordnung die Kontrolle übernommen hat. Es passiert also eine Aneignung durch den Staat von Rechtsetzungs- und Durchsetzungskompetenzen. Dies führt zu einer Nationalisierung, Demokratisierung, Systematisierung und Formalisierung des Rechts.

### **2. Positivierung<sup>6</sup> des Rechts**

#### **Merkmale der Positivität des Rechts:**

- Geltung des Recht beruht auf Entscheidungen, auf der Auswahl bestehender Möglichkeiten nicht mehr auf höheren Werten (Interessenjurisprudenz)
- Herausbildung spezieller Gesetzgebungsverfahren
- Recht wird als jederzeit abänderbar empfunden
- Rechtsetzung wird zur Routine
- Gesellschaftlicher Wandel wird als durch Recht planbar angesehen
- Recht wird als verbindlich aufgrund seines formellen Gehaltes erachtet

#### **Positives Recht nach Luhmann:**

Nach Luhmann sei eine Anpassung des positiven Rechts an die Gesellschaft notwendig. Jedoch sei es nicht möglich das Recht zu fixieren, sondern lediglich durch folgende drei Punkte anzupassen. Nach ihm sei das positive Recht gekennzeichnet durch:

- Gesetztheit (seine Geltung)
- Kontingenz (Beliebigkeit)
- jederzeitige Änderbarkeit

Luhmanns These:

In den hochdifferenzierten Gesellschaften sei eine traditionelle oder naturrechtliche Begründung des Rechts nicht mehr möglich, weil sie die Vorstellung einer unabänderlichen ewigen Geltung Voraussetzung, welche die Bedürfnisse nach fortwährender Anpassung des Rechts an die sozialen Veränderungen und nach rechtlicher Regelung neuer Konflikte nicht befriedigen kann. Nur das positive Recht könne dies!!

#### **Funktionale Erklärung der Positivität des Rechts:**

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

→ Recht und Gesellschaft = Wechselbeziehung

---

<sup>6</sup> Geht auf das Wort „ponere“ = setzen, stellen, legen zurück.



### 3. Eugen Ehrlichs Rechtsbegriff

#### Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung nach Ehrlich:

Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liege auch in unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung, noch in der Jurisprudenz oder Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst.

#### Die drei Arten des Rechts nach Ehrlich:

<b>Gesellschaftsrecht</b> (Organisationsnormen)	Innere Ordnung der menschlichen Verbände; regelmässig nicht positiviert. Entstehung dessen schon in der Familie, Sitte → Gewohnheitsrecht...
<b>Juristenrecht</b> (Entscheidungsnormen)	Rechtssätze nach denen Gerichte Streitigkeiten schlichten.
<b>Staatliches Recht</b> (Eingriffsnormen)	Normen, welche auf den Staat zurückgehen und sein Funktionieren sichern sollen.

#### Die Rechtsentwicklung nach Ehrlich:

In den Anfängen entsteht Recht ausschliesslich unmittelbar in der Gesellschaft. Dann bemächtigen sich die Juristen des Rechts, und so bildet sich das Juristenrecht. Schliesslich kommt die Rechtsbindung an den Staat, der die Gesetze schafft.

#### Zwangs- und Anerkennungstheorie:

##### - Zwangs- & Imperiumstheorie:

Der vom Staat in Vollzug gesetzte Zwang bildet das absolute Kriterium des Rechts, ein Rechtssatz ohne Zwang ist ein Widerspruch in sich selbst, ein Feuer das nicht Brennt, ein Licht, das nicht leuchtet. (Nach Jehring)

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

##### - Anerkennungstheorie:

Die Ordnung in der menschlichen Gesellschaft beruht darau, dass die Rechtspflichten in allgemeinen erfüllt werden, und nicht darauf, dass sie klagbar sind. (Nach Ehrlich)

→ Kennzeichen des Rechts ist nach Ehrlich das allgemeine Bewusstsein, dass eine Norm für das friedlich Zusammenleben der Menschen und den funktionsgerechten Ablauf der gesellschaftlichen Prozesse von grundlegender Bedeutung sei.

⇒ ANERKENNUNGSTHEORIE ⇔ ZWANGSTHEORIE

#### Ehrlichs Gefühlstheorie:

Jeder könne ohne Probleme sagen in welche Sparte eine Norm gehöre; ob Richtung Religion, Sitte etc. Diese Frage müsse den Ausgangspunkt der Betrachtung darstellen. Die Frage nach dem Gegenstand der Rechtsnorm und der ausserrechtlichen Norm sei nicht eine Frage der Gesellschaftswissenschaft, sondern der gesellschaftlichen Psychologie. Die verschiedenen Arten von Normen würden verschiedene Gefühlstöne auslösen, und wir würden auf die Übertragung verschiedener Normen nach ihrer Art mit verschiedenen Empfindungen antworten.

#### Psychologische Normdistinktion:

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

**Kritik:**

Anerkennungstheorie: Wir verfügen über keine empirische Methoden, wonach „Gefühlstöne“ erschlossen werden können.

→ Der Mensch ist unerfassbar und kann sich ändern!

**(Noch eigene Notizen wo ich nicht weiss wo sie genau hingehören:)**

Das Unterscheidungskriterium zwischen einer Rechtsnorm und anderen (politischen) Normen bildet der Zwang. Auch besteht der Unterschied darin, ob die Norm überhaupt (von der Gesellschaft) anerkannt wird!!

**Wiederholungsfragen:**

- Was überrascht Ehrlich an der Nachricht, dass Japan ein Gesetzbuch eingeführt habe, das wesentlich mit dem Entwurf des deutschen BGB übereinstimmt.

Mentalitätsverbindung sollte bestehen! Ehrlich geht von der Theorie Savignys aus!

- Welches ist die Rechtsquelle von Recht, das im Schoße der Gesellschaft und nicht durch den Staat entsteht?

Gesellschaftsrecht (Theorie Savignys S. 98 Reader)

- Unter welchen Voraussetzungen ist für Savigny und Puchta die Aufnahme eines fremden Rechts durch eine bestimmte Gesellschaft möglich?

Es müsse durch die (nationale)-Gesellschaft gehen und die Gesellschaften müssten sich ähnlich sein.

- Wo entsteht für Ehrlich das Recht?

Gesellschaftliches Recht und gelebtes Recht (S. 98 im Reader)

Die Differenz zwischen beiden Theorien (Savignys und Ehrlichs): Die Bindung von Recht von der Gesellschaft hört irgendwann mal auf. (???)

- Welche Voraussetzungen müssen nach Ehrlich gegeben sein, dass Juristenrecht aus seinem nationalen Entstehungszusammenhang herauslösbar wird?

Das Recht muss abstrakt sein und darf nichts gross mit der Gesellschaft, welche damit verbunden ist, zu tun haben.

→ Dies ist auch der Grund, weshalb die Japaner ein deutsches BGB übernehmen konnten!

- Was ist das lebende Recht? Wie unterscheidet sich dieses Recht des Gesetzbuches?

Das lebende Recht wird von der Gesellschaft freiwillig angenommen, das Gesetzesrecht hingegen wird den Bürgern aufgezwungen!

- Was unterscheidet das Studium des lebenden Rechts vom Studium von Gesetzbüchern?

Juristen müssen das gesamte Rechtsleben studieren, nicht nur einen Teil davon!

## 1. Max Webers Rechtsbegriff

### Max Webers Ausgangsfrage:

Wie ist es zu okzidental (westlichen) Sonderentwicklung, zum welthistorischen Sonderweg Europas gekommen?

→ Entstehung von kapitalistischen Wirtschaftssystemen und Gesellschaftssystemen.

### Entstehung neuen Rechts nach Weber:

Neues Recht entsteht nach Weber durch:

- Verträge
- Juristen
- Gerichtsurteile (mit Zwang ausgestattet → deshalb werden Verträge etc. eingehalten)
- Orakel oder Propheten
- politische Setzung

→ Durch diese Auflistung ist erkennbar, dass Weber das Gewohnheitsrecht nicht als erste und ursprüngliche Rechtsquelle ansieht!

### Merkmale von Webers Rechtsbegriff:

„Eine Ordnung soll Recht heißen, wenn sie äußerlich garantiert ist durch die Chance des Zwanges durch ein auf Erzwingen des Innehaltens oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines eigens darauf eingestellten Stabes von Menschen.“

→ Die zwei wichtigsten Merkmale in seiner Definition sind die Zwangsdurchsetzung und der Rechtsstab! Mit dem Rechtsstab werden alle damit bezeichnet, die das Recht verwalten, wie Richter, Anwälte, Polizisten etc., aber auch Sanktionsinstanzen in Verbänden.

### Der Begriff der Rationalisierung im Allgemeinen (Reader S. 103)

Die zunehmende Intellektualisierung und Rationalisierung bedeutet eine Entzauberung der Welt nach Weber.

→ Nüchterne Betrachtung, ohne jeglichen psychischen Einfluss. Antworten werden nicht im Göttlichen gefunden. Es gibt keine göttlichen Offenbarungen mehr, sondern das Recht entsteht einzig und alleine durch den (rationalen) Menschen!

Nach Weber vollzieht sich die Rationalisierung des Rechts in drei Schritten:

1. durch Generalisierung: d.h. Reduktion der für die Entscheidung massgebender Gründe auf Prinzipien.

→ allgemeine Werte/Prinzipien konsultieren, welche für die gesamte Rechtsordnung gelten. Z.B. Treu und Glauben, Privatautonomie etc.

2. durch juristische Konstruktion von Rechtsverhältnissen und Rechtsinstituten: d.h. Abstraktion der Rechtsinstitute. Z.B. Ehe, Familie, Vertrag etc.

3. durch Systematisierung: d.h. ein logisch, widerspruchsfrei und vor allem, prinzipiell lückenloses System von Regeln.

**Rationales vs. Irrationales Recht:**

Rational ist das Recht insoweit, als es abstrakte Regeln ausbildet und die Rechtsanwendung darauf ausrichtet.

Irrational ist das Recht, wenn abstrakte Regeln fehlen!

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

	<b>Formell</b>	<b>Materiell</b>
<b>Irrational</b>	Anwendung verstandesgemäss nicht kontrollierbarer Mittel (Orakel, Offenbarung etc.) <sup>7</sup>	Massgeblichkeit konkreter Wertungen des Einzelfalls für Entscheidung
<b>Rational</b>	Beachtung ausschliesslich eindeutiger TBM	Orientierung an ethischen Imperativen, Zweckmässigkeitserwägungen <sup>8</sup>

**Formelle Rationalität des Rechts: (War letztes Jahr nicht prüfungsrelevant!!)**

Nach Weber erreicht das Recht den Höchstgrad der formellen Rationalität wenn:

- jede konkrete Rechtsentscheidung Anwendung eines abstrakten Rechtssatzes auf einen konkreten TB sei
- für jeden konkreten TB mit dem Mittel der Rechtslogik eine Entscheidung aus den geltenden abstrakten Rechtssätzen zu gewinnen sei
- das geltende obj. Recht ein lückenloses System von Rechtssätzen darstelle
- das Gemeinschaftshandeln der Menschen durchweg als Anwendung oder Ausführung von Rechtssätzen gedeutet werde

**Rechtentwicklung in Europa:**

Von der charismatischen *Rechtsoffenbarung* durch Rechtspropheten zur empirischen *Rechtsschöpfung* und Rechtsfindung durch Rechtshonorationen, weiter zur *Rechtsoktroyierung* durch weltliches Imperium und theokratische Gewalt und endlich zur systematischen Rechtssatzung und zur fachmässigen *Rechtspflege*.

<b>Stufe</b>	<b>Träger</b>	<b>Qualität</b>
Rechtsoffenbarung	Rechtspropheten	Formell-irrational
Rechtsschöpfung	Rechtshonorationen	Materiell-irrational
Rechtsoktroyierung	Imperium/Theokratie	Materiell-rational
Rechtspflege	Fachjuristen/Bürokratie	Formell-rational

**2. Normative Implikationen rechtssoziologischer Fragestellungen**

**Die Natur des Internets nach Lessing:**

Es sei falsch zu glauben, dass der Cyberspace nicht reguliert werden könne, weil seine Grundstruktur immun gegen die Kontrolle der Regierung sei. Es liege nicht in der Natur des Cyberspace, dass er unregulierbar sei, wegen dem Grund, dass er ganz einfach keine Natur habe; er bestehe nur aus Code und jenen könne man verändern!

<sup>7</sup> Abstrakte Regeln fehlen vollkommen! Es kann nicht nachvollzogen werden!

<sup>8</sup> Z.B. Mietschutzrecht... Ausnahmen für besondere Personenkreise wegen den Machtasymetrien (Mieter/Vermieter)

# Wozu Juristen I & II

---

## 1. Das Bild der Juristen in der populären Kultur

## 2. Erklärungsversuche über die Unbeliebtheit der Juristen

### a) Johann Braun

#### 1. These:

Rechtliche Belehrung ist demütigend.

Dass Juristen unbeliebt seien, hänge damit zusammen, dass man in rechtlichen Dingen niemanden belehren könne, ohne ihn gleichzeitig auf subtile Weise zu verletzen; denn jeder sei ein Besserwisser! (Reader S. 113)

#### 2. These:

Die juristische Fachsprache entrechtet den Laien.

Ein zweiter Grund sei, dass sie als Professionalisten eine eigene Fachsprache entwickelt hätten und diese sonst niemand anderes verstehen würde!

#### 3. These:

Die juristische Erfolgsrate entspricht dem Zufall.

Die Unbeliebtheit hänge auch mit der Struktur des Prozesses zusammen. Jeder Rechtsstreit würde von zwei Parteien geführt, aber nur von einer gewonnen!

#### 4. These:

Juristen müssen sich gegenseitig beschuldigen.

Wer einen Vorwurf, der nicht zu widerlegen ist, nicht auf sich sitzen lassen will, muss ihn weitergeben. Nach der Logik des Rechts kann nur einer Recht haben, wenn anderer Unrecht hat. Dies zwingt die Juristen dazu, sich selbst in Misskredit zu setzen.

#### 5. These:

Der Jurist vertritt das kälteste aller kalten Ungeheuer (= Staat).

Ein weiterer Grund läge darin, dass der Jurist seinem Beruf nach der Hauptvertreter des Staates ist.

### b) Rudolf Wiethölter

#### 1. Kritikpunkt nach Wiethölter:

Juristen würden politische Macht/Herrschaft durch Stabilisierung des jeweiligen Status-quo-Verhältnisse (bestehender Zustand).

#### 2. Kritikpunkt nach Wiethölter:

Juristen würden ihre Arbeit theorielos und wirklichkeitsfrei verrichten. Es würde also keine konsistenten Arbeitszusammenhänge bestehen. (So en bullshit he.... =P)

#### 3. Kritikpunkt nach Wiethölter:

Juristen seien den ihnen als gesellschaftlichem Teilsystem arbeitsteilig zufallenden technischen Aufgaben und kritischen Aufgaben nicht gewachsen.

#### 4. Kritikpunkt nach Wiethölter:

Juristen seien gerade wegen ihrer systematisch-strukturell begründeten Arbeitsunfähigkeit zu allem fähig!

## 1. J.H.v. Kirchmanns Kritik an der Jurisprudenz

Die Jurisprudenz stelle sich dem Fortschritte des Rechts feindlich entgegen; sie würde dazu neigen, die Bildung der Gegenwart in die wohlbekannte Kategorie erstorbener Gestalten zu zwingen! Sie vergesse die Gegenwart.

## 2. Savignys Rechtslehre

### **Das Recht als Ausfluss des Volksgeistes:**

Der eigentliche Sitz des Rechts sei das gemeinsame Bewusstsein des Volkes.

### **Abkehr vom Naturrecht der Aufklärung:**

Nach ihm hat das Recht seinen Grund weder in einer allgemeinen, übergeschichtlichen Menschennatur noch in übergeschichtlichen Vernunftgrundsätzen, sondern in einer geschichtlichen Größe, im geschichtlich gebundenen Volksgeist.

→ Der Begriff des Volksgeistes bei Savigny widerspiegelt den gemeinsamen Kulturbesitz des Volkes.

### **Die Entwicklung des Rechts bei Savigny: (??)**

Bei steigender Kultur nämlich sondern sich alle Tätigkeiten des Volkes mehr, und was sonst gemeinschaftlich betrieben wurde, fällt jetzt einzelnen Ständen anheim. Als ein solcher abgesonderter Stand erscheinen nunmehr auch die Juristen.

Das Recht bildet sich nunmehr in der Sprache aus, es nimmt eine wissenschaftliche Richtung, und wie es vorher im Bewusstsein des gesamten Volkes lebte, so fällt es jetzt dem Bewusstsein der Juristen anheim, von welchen das Volk nunmehr in dieser Funktion repräsentiert wird.

→ Wieder bildet die Sprache hier die Barriere. Das Recht, welches Früher von allen verstanden wurde, kann nun (wegen der Sprache) nur noch von den Juristen verstanden werden, welche somit das Volk repräsentieren.

### **Der Juristenstand:**

Juristenstand bedeute, Praktiker und Rechtsgelehrte als wichtigste Träger der Rechtsentwicklung.

→ Repräsentiert also die Funktion des Volkes.

### **Ziel der Rechtsentwicklung nach Savigny: (??)**

Ziel sei die Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freiheit des Menschen und der Umgebung dieser Freiheit durch Rechtsinstitute.

### **Der Begriff des Volkes bei Savigny:**

Volk sei ein idealer Kulturbegriff: die durch gemeinsame Bildung verbundene geistige und kulturelle Gemeinschaft.

### **Die Elementarteilchen des Rechtssystems nach Savigny:**

Nach ihm besteht das Recht aus einer Vielzahl von Rechtsbegriffen und Rechtsinstituten, die durch bestimmte leitende Grundsätze miteinander verbunden seien.

### **Die Aufgaben der Juristen nach Savigny: (??)**

Die leitenden Grundsätze des Rechts heraus zu fühlen, und von ihnen ausgehend den inneren Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristischen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehört eben zu den schwersten Aufgaben unserer Wissenschaft, ja es ist eigentlich dasjenige, was unserer Arbeit den wissenschaftlichen Charakter gibt.

### **Savignys Methoden:**

Der historische und das systematische Sinn sei für den Juristen unentbehrlich! (Reader S. 42)

# Wozu Gerichte I & II

---

## 1. Konflikt und Konfliktregelung

### **Konstruktive und destruktive Wirkungen von Konflikten:**

- Konstruktive Wirkungen:
  - Stärkung der sozialen Solidarität
  - Konflikte als Motor des sozialen Wandels
  - Konflikte als Indiz für den Freiheitsgrad einer Gesellschaft
  
- Destruktive Wirkungen:
  - Verlust an Solidarität (z.B. Bürgerkrieg)

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

→ Kurz: Wie verhindert werden konnte, dass Solidarität verloren ging.

1. Zurückdrängung privater Fehden (direkte Regulierung der Streitsache)
2. Monopolisierung der Gewaltausübung in Händen des Staates
3. Ausbildung von Gerichten als institutionalisierten und mit Zwangsgewalt ausgestatteten Konfliktbearbeitungsorganen

### **Arten von Konflikten:**

- Makrosoziologische Konflikte: Konflikte zwischen politischen Gruppen in einer Gesellschaft.  
→ Gruppe gegen Gruppe oder Völker gegen Völker
  
- Mikrosoziologische Konflikte: Private Konflikte  
→ Einzelne gegen Einzelne

### **Typologie von privaten Konflikten:**

- Verteilungskonflikte: Sie entspringen einer Mangellage  
→ physische Ebene
  
- Meinungskonflikte: Sie betreffen den normativen Status eines sozialen Objekts  
→ psychische Ebene
  
- personalbezogene Konflikte: z.B. Konflikte zwischen Ehegatten, Nachbarn etc.  
→ Entstehung des Konfliktes aus einer engen sozialen Beziehung
  
- Normbezogene Konflikte: z.B. Konflikte zwischen einem Käufer und Verkäufer im Warenhaus  
→ Entstehung des Konfliktes bei anonymen einmaligen Interaktionen
  
- Rollenkonflikte: z.B. Konflikte zwischen einem Arzt und einem Patienten  
→ Arzt muss versuchen, den Erwartungen der in der Gesellschaft lebenden Person zu erfüllen

**Konfliktregelungsmechanismen:**

- Konfliktregelung durch Beteiligte: Ausweichen, Nachgeben, Beziehung zu Dritten etc.
- Konfliktregelung mit Hilfe Dritter: Beratung (Auf Wunsch der Parteien die Ansicht über Konflikte mitteilen), Vermittlung (energischer Einsatz, Dritter entscheidet Konflikt nicht!), Schlichtung (Dritter entscheidet Konflikt)
- Konfliktregelung durch staatliche Gerichte: Bewältigung von privaten Konflikten durch staatliche organisierte Gerichte, Emanzipation der Rechtspflege von der Politik (Gewaltentrennung)

## 2. Wozu Gerichte?

**Funktion der Gerichte nach Luhmann:**

Nach ihm beseitigen die Gerichte durch die Entscheidungen Unsicherheiten des Rechts. Denn Laien seien nicht in der Lage die Sprache des Rechts zu verstehen. Das Verfahren hat durch die Legitimation noch den höheren Stellenwert als das Urteil selbst.

## 3. Wozu Gerichtsverfahren?

Luhmanns Antwort darauf:

Solange es keine Fragen gibt oder man sie beantworten kann, braucht es kein Verfahren. Nur durch die Tatsache, weil eine Frage der Ungewissheit über das Recht und der Wahrheit besteht, hat das Gerichtsverfahren einen Entfaltungsspielraum.

Die Ausdifferenzierung von Verfahren bezieht sich auf den Prozess der Absorption dieser Ungewissheit (also Wissen schaffen in einer unklaren Situation durch das Gericht) und besagt, dass dieser Prozess durch verfahrensinterne und nicht durch externe Kriterien gesteuert wird.

(Reader S. 124)

**Die Funktion von Gerichtsverfahren konkret:**

Nach Luhmann wäre das Rechtssystem überfordert, wenn es einzig daran gemessen würde, ob seine Entscheidungen richtig/wahr sind → einzig richtige/wahre Urteile kann es nicht geben!!

→ Logische Folge daraus: Wenn aber einzig richtige Entscheidungen als Ergebnis nicht erreichbar sind erhält der Weg zum Entscheid, d.h. die Art und Weise des Entscheids (Verfahren) grösseres Gewicht.

Ganz wichtig ist es, dass die Gerichtsverfahren autonom und unabhängig von der Gesellschaft als ausdifferenzierter Teil im Beweisrecht sind!

**Bsp: Beweisrecht:**

- Gottesbeweis: Ungewissheit durch Gottesurteil beseitigt → keine Autonomie des Verfahrens, Gott ist einzige Quelle
- Rollenabhängiger Beweis: Rolle, die jemand in der Gesellschaft spielt, beeinflusst seine Glaubwürdigkeit und absorbiert die Ungewissheit → keine Autonomie des Verfahrens
- Freie Beweiswürdigung: Sicherung der Freiheit des Richters, ausserprozessuale Rollen der Beteiligten unberücksichtigt lassen → Autonomie des Verfahrens → Verfahren selbst absorbiert Ungewissheit; nicht erst Entscheid

**Ausdifferenzierung von Gerichtsverfahren:**

1. Distanzierung vom gesellschaftlichen Hintergrund von Aussagen im Beweisrecht (alle sind vor dem Gericht gleich...)
2. Gesetzgebung als Ventil für gesellschaftlichen Einfluss auf Gerichtsverfahren
3. Institutionalisierung des unabhängigen Richters



## 4. Das Verfahrensprinzip der Öffentlichkeit

### **Funktion des Verfahrensprinzips der Öffentlichkeit:**

1. Funktion: Herstellung von Transparenz, da alle am Gerichtsverfahren teilnehmen können, dies führt zu einer symbolisierten Gerechtigkeit
2. Wie: durch Gerichtsberichterstattung der Medien
3. Problem: grosse Beeinträchtigung der Medien der richterlichen Unabhängigkeit

### **Stichworte zu Text 62 (Luhmann):**

Widersprüche zwischen Gerichtsberichterstattung der Medien und Funktion des Gerichtsverfahrens sind nach Luhmann möglich.

Die Frage, ob die richterliche Unabhängigkeit gefährdet wird, muss differenziert beantwortet werden:

1. Physische Präsenz der Medien → Beeinträchtigung richterlicher Unabhängigkeit
2. Spekulieren über Verfahrensausgänge während hängigem Verfahren → muss institutionell über der Richterrolle abgefedert werden
3. Kritik der Medien an Gerichtsverfahren und dem Urteil kann schaden!

### **Ogoreks Kritik an die massenmediale Rechtskommunikation:**

Das Problem der Medienberichte besteht nicht darin, dass sie eine vermeintliche Justiz-Wirklichkeit verzerren, sondern der Umstand, dass mit ihnen der Anspruch verbunden wird, zutreffend über Justiz und Recht zu informieren.

→ Verzerrung des Rechts, da Recht durch die Medien so gemacht wird

## 1. Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem

### **Stichworte zu Text 64 (Luhmann):**

- Nach Luhmann besitzen die Gerichte das Zentrum des Rechtssystems
- Mit der Unterscheidung Zentrum ist allerdings keine Differenz des Ranges, der Hierarchie gemeint
- Der Grund für die Stellung der Gerichte im Zentrum des Rechtssystems lautet:

### **Entscheidungszwang!!!**

→ Entscheidungen sind kontingent; sonst würde es sich nur um Erkenntnisse handeln (→ Peripherie, denn dort besteht kein Entscheidungszwang...)

### **Der Unterschied zwischen Zentrum und Peripherie:**

Entscheidungen sind kontingent; sonst würde es sich nur um Erkenntnisse handeln (→ Peripherie, denn dort besteht kein Entscheidungszwang...)

Peripherie (Gesetzgebung und Vertragsschlüsse unter Privaten) stehen nicht unter Entscheidungszwang! Entscheidungen jedoch kontingent, sonst wären sie allenfalls eine Erkenntnis dessen, wie es wirklich ist, eine Findung dessen, was es schon gibt.

### **Begründung von Entscheidungen: ein Teufelskreis (M.T. Fögen):**

Eine Entscheidung zu begründen, heisst immer, durch Unterscheidung die eine Seite der Alternative zu bevorzugen und die andere Seite zu vernachlässigen (folglich also eine Position einnehmen). Auf dieser anderen Seite befinden sich nicht etwa Ungründe, sondern Gegengründe. Welches die besseren Gründe oder die schlechteren Gegengründe sind, darüber wird mit besseren und schlechteren Gründen entschieden!

→ Es kann keine absoluten richtigen Entscheidungen geben. Aber es müsse versteckt bleiben, denn es hätte ja anders entschieden werden können...

**Fragen zu Text 63:**

1. Was ist unter Entscheidungszwang im Recht zu verstehen? Wie unterscheiden sich Gerichte von Gesetzgebern und Vertragspartnern in dieser Hinsicht?

Gerichte sind dazu gezwungen eine Entscheidung zu treffen! Gerichte sind im Zentrum (Entscheidungszwang), Vertragspartner etc. hingegen sind in der Peripherie und dort bedarf es keinem Entscheidungszwang!

2. Wie erfüllen die Gerichte die Aufgabe, das Rechtssystem zu entparadoxieren?

Es gibt ein Justizverweigerungsverbot → Gericht muss weiter entscheiden!!

3. Welche Verhaltenseinschränkungen bringt die Übernahme eines Richteramtes mit sich?

Gerichte dürfen nicht willkürlich entscheiden sondern sind ans Gesetz gebunden!

4. Mit welcher Argumentation ordnet Luhmann die Gesetzgebung von seiner Peripherie?

Enger Kontakt zu anderen Bereichen/Funktionssystemen der Gesellschaft.. Deshalb gehöre das Recht nicht dort hin! (Im Gericht gelten nur Rechtsargumente, nicht wirtschaftliche Aspekte etc...)

5. Welche Vorkehrungen trifft das Recht, um das Zentrum vor rechtsexternen Pressionen zu schützen?

Das Zentrum des Rechtssystems werde dadurch geschützt, weil die Peripherie stark unter dem Einfluss anderer Systeme stehe, in der Peripherie werden zudem die Auswahl der Rechtsfragen getroffen → Gericht wird somit entlastet...

6. Wenn Luhmann die Gerichte ins Zentrum des Rechts setzt, werden sie dann wichtiger als der Gesetzgeber?

Keine Differenzierung des Ranges!!

7. Wie unterscheiden sich Zentrum und Peripherie des Rechts hinsichtlich ihrer internen Differenzierung?

BGer, Landesgericht etc.... (???)

## **2. Sind Gerichte auf Konsens angewiesen (auf Legitimität der Gesellschaft)?**

**Teubners Ausgangslage:**

Das Problem der richterlichen Rechtsfortbildung und des gesellschaftlichen Konsens

**Bisherige Konsensquellen des Richterrechts (Teubner Reader S. 137):**

Gesetz und Vertrag; aber sie sind in ihren Konsenskapazitäten schon zu zweit ausgelastet, als dass sie ihre Konsensproduktion entsprechend dem heutigen Normierungsbedarf noch steigern könnten.

→ Gesellschaft befindet sich in ständigem Wandel, was auch immer wieder neue Konflikte hervorbringt. Recht aber kann sich nicht so schnell wandeln!

**Krise des Gesetzes (Teubner Reader S. 138):**

1. Grund: Versagen des Gesetzgebers (Gerichte wissen besser, welches Bedürfnis der Menschen ist, als der Gesetzgeber)

Gesetzgebung würde sich nur an den wahrgenommenen Problemen und den Machterhaltungsstrategien der politischen Parteien und nicht an dem individuell vorgetragenen Rechtskonflikt der Bürger und den Gerichten orientieren! So sind Gerichte oft gezwungen, sich ihr Recht fallweise selbst zu schaffen. → Richter bilden Recht in individuellen Konflikten fort.

2. Grund: Unersättlicher Normenhunger der modernen Gesellschaft (führe nachher auch zu 3. Grund). Die Gesellschaft fordert mehr Normen, der Gesetzgeber schafft dies aber nicht zu tun → Überproduktion von Normen

3. Grund: Überproduktion von Normen (durch das Richterrecht)

**Weitere Konsensquellen? (Teubner Reader S. 141):**

Generalklauseln: Treu und Glauben gute Sitten, etc.

Soziale Normen waren in älteren Gesellschaften vielleicht relevant, heutzutage in einer hochkomplexen pluralistischen Gesellschaft jedoch aber nicht. Sie würden ganz simpel nicht mehr bestehen. Durch das Beibehalten deren durch das Gericht, täten sich das Richterrecht daran besserstellen oder sich daran bedienen.

**→ Teubners Antwort (S. 186 im Reader):**

Es liegt nahe, die Antwort in den autonomen Funktionsbereichen der Gesellschaft und in den formalen Organisationen zu suchen.

→ Dies ist das Gegenstück zu Ehrlichs Anerkennungstheorie!!!!

**Beispiele für neuartige Konsensquellen nach Teubner:**

- Organisationinternes Recht als weitere Quelle gesellschaftlichen Rechts, das vom offiziellen Recht rezipiert und kontrolliert werden kann. Z.B. Normierung von Sportverbänden etc.

- Intern-Organisations-Recht: AGB's, Abkommen der Spitzenverbände von Banken und andere private Regulierungen in durchorganisierten Märkten... (???) Z.B. die Vereinbarung über die Standesregeln zur Sorgfaltspflicht der Banken der Schweizerischen Bankiervereinigung.

- Institutionalisierung pluralistischer Rechtsbildung. → Rechtsetzung liegt immer mehr bei den Privaten. Z.B. Normierung von Ethikkommissionen

**Die Aufgabe der Gerichte nach Teubner (Reader S. 187): (???)**

Die Vernetzung von Richterrecht und solchen pluralen Rechten lässt sich als Integration zweier Lernprozesse sehen: das Richterrecht nimmt solche gesellschaftlichen Normierungen zur Kenntnis und baut sie in seine eigenen Rechtsbildungsprozesse ein. Die pluralen Normbildungsprozesse antizipieren ihre Rezeption im Rechtsbetrieb und stellen sich lernen darauf ein. Ähnlich wie der Gesetzgeber oder die Vertragspartner müssen solche pluralen Normsetzungen es lernen, solche Normen zu produzieren, von denen sie annehmen können, dass die Gerichte sie akzeptieren. Es handelt sich um ein Wechselspiel von Autonomie und struktureller Koppelung, das vom Recht in Prinzip anerkannt, dann aber zunehmend durchnormiert wird.

# Rechtsphilosophie

## Wozu Gesetze?

---

Rechtsphilosophie beschäftigt sich damit, wie Recht sein soll, wie eine gerechte Ordnung auszusehen hat und wie Rechtswerturteile begründet werden können.

### Hobbes:

- Begründer des modernen Staats.
- war der Meinung, dass man keine Transzendenz<sup>9</sup> brauche, sondern Laizismus<sup>10</sup> „Lösung“ sei
- geht von fiktivem Naturzustand aus (Krieg alle gegen alle, Misstrauen und Furcht, Homo homini lupus, Zustand, in dem alle staatlichen Ordnungs- und Sicherheitsleistungen fehlen)  
→ Menschen schliessen sich zu politischer Einheit zusammen, und jeder überträgt seine Rechte an den Souverän (Leviathan/Staat), welchem er unbedingte Gehorsam schuldet. Im Gegenzug garantiert der Souverän den Schutz des Einzelnen (→Gesellschaftsvertrag!!!!)  
Der Mensch ist nun kein zoon politikon<sup>11</sup> mehr.

### Definition von bürgerlichen Gesetzen (= positives Recht):

Sie sind Gesetze, welche vom Staat (Souverän) geschaffen werden, um den Frieden zu erhalten. Somit ist allem vom Souverän erfasst. Das Souverän jedoch ist diesen nicht unterworfen, es ist absolut.

- Bürgerliche Gesetze richten sich an Bürger und sind somit für alle gültig (= Befehle)
- Regel die der Staat jedem Untertan befahl, um danach Recht und Unrecht zu unterscheiden
- Sie werden auf unterschiedliche Weise gesetzt, müssen aber immer ausdrückliche Willenszeichen beinhalten.
- Gesetze erlauben Rechte von Unrecht zu unterscheiden
- Es gibt keinen ursprünglichen Unterschied zwischen Recht und Unrecht; dieser wurde erst durch die Erstellung von bürgerlichen Gesetzen geschaffen.
- Braucht es, weil Naturgesetze keinen Durchsetzungszwang haben

### Leviathan:

- Souverän ist der Gesetzgeber. Er kann Gesetze erlassen und wieder aufheben
- Souverän ist den bürgerlichen Gesetzen nicht unterworfen (legibus solutus)
- Gewohnheit erlangt Gesetzeskraft durch den Willen des Souveräns und nur solange das Souverän auch will
- Gesetz der Natur und bürgerliches Gesetz schliesst sich gegenseitig ein, da bürgerliches Gesetz der manifestierte Wille des Souveräns ist
- bisherige Gesetze besitzen nur durch Macht des Souveräns weiterhin Geltungskraft
- alle Gesetze hängen nur vom Willen des Staates ab (→ keine Gewaltenteilung/trennung)
- Gesetz ist nur, was der Absicht des Gesetzgebers entspricht (und nicht Absichten des Richters)
- Gesetz als Befehl des Staates ist nur für diejenigen, die in der Lage sind, davon Kenntnis zu nehmen, verbindlich

---

<sup>9</sup> Auch zu verstehen als das „Übersinnliche“ (→Naturrecht??)

<sup>10</sup> Religionsverfassungsrechtliches Modell, welches eine starke Trennung von Kirche und Staat vorsieht!

<sup>11</sup> Sie besagt, dass der Mensch ein soziales, auf Gemeinschaft angelegtes und Gemeinschaft bildendes Lebewesen ist

**Ergänzung:**

- Nicht mehr in ewiger Wahrheit oder Vernunftbestimmung, sondern in der Willensentscheidung der Staatsgewalt liegt letzten Endes der Massstab für Gut und Böse, für Gerechtigkeit und Ungerechtigkeit.
- Alle Gesetze hängen nur vom Willen des Souveräns ab
- Es ist nicht die Vernunft des Richters, sondern die Vernunft des Souveräns und sein Befehl, welche das Gesetz ausmachen
- Das Gesetz als Befehl des Souveräns ist nur für diejenigen, die in der Lage sind, davon Kenntnis zu nehmen, verbindlich

**Fragen:**

- Was sind bürgerliche Gesetze und warum brauchen wir sie?  
Sie sind vom Staat geschaffen um Frieden zu erhalten und mit Sanktionsmöglichkeiten ausgestattet. Wir brauchen diese, weil die Naturgesetze als solche keinen Durchsetzungszwang haben.
- Warum ist nach Hobbes der Souverän den bürgerlichen Gesetzen nicht unterworfen?  
Weil der Souverän absolut ist! Er hat also dich absolute Macht! Er macht die Gesetze und kann sie demnach auch selbst wieder aufheben. Folglich stösst er auch auf keine Grenzen. Folglich ist er ihnen auch nicht unterworfen.
- Welche Beziehung gibt es zwischen Gesetz und Gewohnheit?  
Auch Gewohnheitsrecht hat Gesetzeskraft, jedoch nicht durch Dauer, sondern durch den Willen des Souveräns, der durch sein Schweigen implizit die Zustimmung gibt. Sobald das Gewohnheitsrecht aber unvernünftig ist, soll es abgeändert werden. Schliesslich sollen nur vernünftige Gesetze gelten; was als Vernünftig gesehen werden kann bestimmt das Souverän!
- Welches Verhältnis gibt es zwischen dem Naturgesetz und den bürgerlichen Gesetz?  
Bürgerliches Gesetz ist das Gesetz der Natur, welches mittels staatlichem Zwang umgesetzt wird, während Naturgesetz mittels bürgerlichen Gesetzen Gültigkeit erlangt. Nach Hobbes stehen diese zwei Gesetzesformen im Gegensatz. Für einen Naturrechtler ist das bürgerliche Recht nur so lange verbindlich, als es den Gesetzen der Natur entspricht, für Hobbes dagegen ist das Naturrecht nur verbindlich, insofern es dem positiven Gesetz entspricht.

**Savigny:**

**a) Einfluss der Gesetzgebung auf das bürgerliche Recht in der Vergangenheit**

- Stark → vom Gesetzgeber aus politischen Gründen durchgesetzt (z.B. lex Iulia et Papia) ?????
- Schwach → hilft dem wirklichen Recht, sich dem Volkswillen anzupassen (Anpassung des bestehenden Rechts zu politisch neuem Recht) ?????

**b) Einfluss der Gesetzgebung auf das bürgerliche Recht in der heutigen Zeit**

- sehr Stark → Gesetzbücher als einzige Quelle des Rechts
- Woher kommt Inhalt dieser Gesetzbücher? Teils aus bisherigem Recht, teils aus neuen Gesetzen.  
→ Nicht naturrechtliche Auffassung, wo das allgemeine Vernunftrecht ohne Rücksicht auf bestehendes Recht inhaltlich bestimmen soll
- zwei Anforderungen an ein neues Gesetzbuch:
  - Gewährleistung höchster Rechtssicherheit (Vollständigkeit (materielle Vollständigkeit und leitenden Grundsätzen) und Einfachheit)
  - Ersatz verschiedener Lokalrechte durch allgemeines Nationalrecht

**Fragen:**

- Welcher Inhalt wird das Gesetzbuch haben?

Savigny wendet sich gegen die naturrechtliche Auffassung wonach das allgemeine Vernunftrecht, ohne Rücksicht auf bestehendes Recht, den Inhalt der Kodifikation bestimmen soll. Für Savigny sollte hingegen ausschliesslich das Gesamte bestehende Recht aufgezeichnet werden, mit Gültigkeit vom Staat selbst versehen.

- In welchem Sinn soll man seine Vollständigkeit verstehen?

Gesetzbuch sollte für ihn nur Leitende Grundsätze enthalten, da das Gesetzbuch nie alle Fälle regeln könnte. Die Lösung für weitere, nicht im Gesetzbuch aufgeführte Fälle, sollte man aus diesen Grundsätzen gewinnen. In diesem Sinne ist ein Gesetzbuch vollständig, denn die Lösungen sämtliche Fälle lassen sich aus diesen Grundsätzen ableiten! → Lückenhaftigkeit des Gesetzes!

- Warum ist Savigny gegen die Kodifikation?

Nach ihm braucht es eine reife Rechtswissenschaft um eine echte Kodifikation zu erstellen. Er ist überzeugt dass diese noch fehlt, deshalb lehnt er sie ab.

**Ergänzung:**

Savigny möchte ein Gesetzbuch nur mit leitenden Grundsätzen des Rechts, wodurch erst das Recht zu einer organisatorischen Einheit wird.

→ Gesetze würden von Legislatoren gemacht dabei wären Juristen die wahren Repräsentanten des Volkes (Weil Recht sich aus dem Volk entwickelt)

→ Ausserdem wird das lebendige überlieferte deutsche Recht (Sitte, Rechtsbräuche) abgeschafft und das lebendige römische Recht in Frage gestellt

## Hegel

### a) Gliederung der Rechtsphilosophie nach Hegel/Aufbau des Werkes

#### 1. Das abstrakte Recht

- Eigentum
- Vertrag
- Unrecht

#### 2. Die Moralität

- Vorsatz und Schuld
- Absicht und Wohl
- das Gute und Gewissen

#### 3. Die Sittlichkeit

- Familie
- bürgerliche Gesellschaft
- Staat



Erstmals Unterscheidung!!

## b) Rechtsphilosophie, § 3

### Definition des positiven Rechts (???):

- formale Aspekte: gilt weil es positiv ist und nicht weil es vernünftig ist
- inhaltliche Aspekte: Recht sein Teil von Volksleben und deshalb verändere es sich tauch mit der jeweiligen Geschichte des Volkes

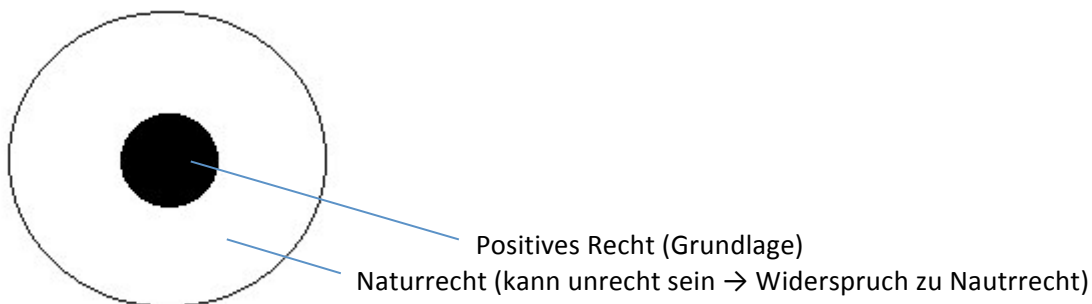
→ Positives Recht = Lebendiges Recht

Das Recht muss auf die besonderen von aussen sich gebenden Beschaffenheiten eingehen. Subsumtion ist nicht die Tätigkeit des Richters, sondern die verstandesmässige gesetzliche Konkretisierung des Rechts in der Gesellschaft.

→ Ab einem gewissen Zeitpunkt ist eine richterliche Entscheidung zur Lösung des Falles notwendig und diese enthält eine gewisse Willkür.

### Verhältnis zwischen Naturrecht und positivem Recht (???):

- Verteidigung von Montesquieu
- Positives Recht hat einen breiteren Umfang als das Naturrecht, weil es notwendigerweise die historischen Aspekte und die Notwendigkeit der Anwendung und der Entscheidung innerhalb eines Staates miteinbezieht
- Kritik an der historischen Schule: Es darf nicht an einer isolierten Betrachtung der besonderen Bestimmung festgehalten werden sondern man sollte sie als Momente einer Totalität zuordnen
- Es wird also nicht auf historischer Vernunft abgestützt, sondern vielmehr auf diejenige Vernunft, die über die Geschichte hinausgeht und nicht am Zeitpunkt verankert bleibt, als das Rechtsinstitut noch vorhanden war.



### Definition der Begriffe:

- Das Naturrecht bezeichnet ein System rechtlicher Normen, die für alle Menschen überall und für alle Zeiten verbindlich sind.
- Das positive Recht, ist an einem bestimmten Ort während einer bestimmten Zeit gültig.

### Fagen:

- Beschreiben sie das Verhältnis zwischen Naturrecht und positivem Recht bei Hegel.
- Gemäss Hegel stehen die beiden Begriffe nicht im Gegensatz zueinander. Das positive Recht hat einen breiteren Umfang, da das Naturrecht notwendigerweise die historischen Aspekte und die Notwendigkeit der Anwendung und der Entscheidung innerhalb des Staates miteinbezieht (im Gegensatz zu den Naturrechtlern, die die Geschichtlichkeit des Rechts ausser Acht lassen). Deshalb erklärt Hegel das Verhältnis zwischen Naturrecht und positivem Recht mit denjenigen zwischen Institutionen und Pandekten.

- Durch welche Bestimmung wird das Recht positives Recht?

Das Recht ist für Hegel dann verbindlich, wenn es als Gesetz erlassen wird. Das abstrakte Recht (was an sich Recht ist) verwirklicht sich innerhalb einer Gesellschaft, insofern es sich zum Gesetz bestimmt. Recht wird erst im Gesetz wirklich.

- Kann das Gesetz inhaltlich vom Recht unterschiedlich sein?

Das positive Recht kann ungerecht sein. Da sich das positive Recht innerhalb der Gesellschaft mit dem Gesetz identifiziert (was rechtens ist), bleibt eine Kollision mit dem Naturrecht (was recht ist) immer möglich.

## Seelmann

### a) Unterschied zw. Naturrecht und positivem Recht

Rechtspositivismus: Recht als staatlich gesetztes Recht (egal welchen Inhalt es hat; es gibt kein Recht das höherrangig ist)

→ Das Recht ist begrifflich von der Moral getrennt, es ist ausschliesslich aufgrund des geltenden Rechts zu bestimmen

→ Positives Recht ist geltendes Recht, wenn es von einer zuständigen Autorität und in einem von der Autorität bestimmten Verfahren erlassen wird.

→ Rechtspositivismus leugnet notwendige Verbindung zwischen Recht und Moral!!!

Naturrecht: Recht welches unabhängig von staatlicher Rechtssetzung ist

→ Grundlage ist Moral

→ ist im Konflikt gegen positives staatliches Recht (Gesetze)

### b) Kritik

Naturrechtliche Kritik an den Rechtspositivismus:

Für die Rechtspositivisten sind auch ganz ungerechte Gesetze gültiges Recht...

Rechtspositivistische Kritik an das Naturrecht:

Für die Naturrechtler gelten Richtigkeitskriterien, welche über dem positiven Recht stehen, die aber letztendlich subjektiv sind...

### c) heutiges Verhältnis

Diese Gegenüberstellung reicht heute nicht mehr aus um das Verhältnis zwischen Naturrecht und Rechtspositivismus zu verstehen, denn das Bild des Rechtspositivismus hat sich deutlich verändert in den letzten Jahren:

- Recht und Moral sind de facto nicht unabhängig

- etwas also Recht zu bezeichnen, bedeutet nicht, dass man es auch immer befolgen muss

### d) Radbruchsche Formel

→ Radbruch war Positivist: Gleichheit und Einheitlichkeit, Rechtssicherheit, Zweckmässigkeit

Er trennte die Rechtswissenschaft scharf von der Naturwissenschaft (wie Kelsen) → relativistische Wertlehre. Da die Gerechtigkeit nur ein Wert ist, und unter den möglichen Rechtszwecken keine wissenschaftliche Entscheidung möglich ist, bleibt nur die Rechtssicherheit als Massstab der Rechtgeltung. Er entwickelte jedoch die Radbruchsche Formel....



**Die drei Stufen:**

1. Nicht jeder Verstoss gegenüber der Gerechtigkeit kann zwingend als Unrecht betrachtet werden (es gibt Gesetze, welche nicht gerade die Idee der Gerechtigkeit verkörpern, aber weil sie Gesetze sind müssen sie befolgt werden)
2. Normen, die in unerträglichem Mass gegen die Gerechtigkeit verstossen und darum nicht gelten (unrichtiges Recht)
3. Normen, bei denen Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, und die folglich gar kein Recht sind!  
→ Kein Gerechtigkeitsgedanke mehr!

→ Das „nulla-poena-lege-Gebot“ gilt in Verbindung mit der 3. Stufe nicht, auf Stufe 2 bleibt es jedoch bestehen

**Fragen:**

- Was bedeutet Rechtspositivismus?

Es gibt zwei Aspekte:

- das Recht ist begrifflich von der Moral getrennt und ist ausschliesslich aufgrund des geltenden Rechts zu bestimmen, eben des positiven Rechts, unabhängig von irgendeinem Gedanken der Gerechtigkeit.
- das positive Recht ist geltendes Recht, wenn es von der bestehenden und zuständigen Autorität und in dem von dieser Autorität vorgesehenen Verfahren erlassen wird.  
→ Rechtspositivismus ist im Allgemeinen eine Theorie, die eine notwendige Verbindung zwischen Moral und Recht leugnet.

- Was spricht gegen bzw. für einen positivistischen Rechtsbegriff?

Dafür spricht, dass das Recht neutral sein soll, da ein Staat keine Weltanschauung besonders bevorzugen dürfte. Da Moral und Wertungen schlussendlich von einer bestimmten Anschauung abhängig sind wäre der Staat nicht mehr neutral.

Dem entgegen kann man, dass staatlich gesetztes Recht ungerecht sein kann. Deshalb ist es in diesen Fällen wünschenswert, wenn solches Recht erst gar nicht die Rechtsqualität besitzt, d.h. als Recht gilt.

- Welche sind die verschiedenen Radbruchschen Stufen der Formel?

1. Er hält fest, dass nicht jeder Verstoss gegenüber der Gerechtigkeit unbedingt als Unrecht betrachtet werden kann.
2. Gesetz, die in unerträglichem Mass gegen die Gerechtigkeit verstossen und darum zwar gelten (unrichtiges Recht)
3. Gesetze, bei denen Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird und folglich gar kein Recht sind (gesetzliches Unrecht)

- Welche Rolle spielt das „nulla poena- Gebot“ (niemand darf bestraft werden, wenn Tat zur Tatzeit nicht verboten war...) im Zusammenhang mit der Frage der Strafbarkeit von Verhalten, die positiv-gesetzlich gesehen zum Tatzeitpunkt nicht strafbar waren?

Im Bezug zu dem poena Gebot gilt dieses Gebot nicht, falls es Normen gibt, die zwar als Gesetz bezeichnet werden, aber offensichtlich gar nicht dem Bereich dessen angehören, was üblicherweise also Recht genannt wird. → Dritte Stufe von Radbruchscher Formel!

# Wozu Juristen I

---

## **Thibaut, Über die Notwendigkeit...**

Kritik des Zustandes war die juristische Lage (sog. Rechtspartikularismus = Zersplitterung). Eine Kodifikation hätte diese Missstände durch die Rechtsvereinheitlichung überwinden sollen!

Merkmale des von Thibaut vorgeschlagenen Gesetzbuchs:

- von einer einheitlichen Kodifikation vereinheitlichtes Recht (soll einzige Rechtsquelle sein)
  - einfaches Recht (materielle, sowie formelle Vereinfachung)
  - vollständiges Recht (Lückenlosigkeit)
  - kohärentes Recht (d.h. ohne Widersprüche)
- Zudem muss das Rechtssubjekt gleich sein, denn vor dem Gesetz sind alle gleich.

### **Ergänzung:**

- Recht ist aber nur das, was sich in Form von Gesetzen äussert, d.h. Juristen Schaffen Recht nicht sondern interpretieren es nur!

→ kodifiziertes Recht ist „Glück für Bürger“, weil der Interpretationsspielraum ausgeschaltet wird.

### **Fragen:**

- Wozu eine Kodifikation des Rechts?

In DE herrschte eine Zersplitterung des Rechts und als Folge davon Rechtsunsicherheit. Durch die Kodifikation wäre eine Rechtsvereinheitlichung entstanden, welche diese Missstände hätte überwinden sollen.

- Welche Merkmale soll ein Gesetzbuch haben?

Es soll die einzige Rechtsquelle sein. Angestrebt wird keine Ergänzung des vorhandenen Rechts, sondern eine Neuschöpfung → Entleerung vom Rechtspartikularismus. Wesentliche Merkmale sollen die Einfachheit und die Vollständigkeit sein.

- Wieso ist ein kodifiziertes Recht als ein Glück für die Bürger zu betrachten?

Um das Bürgerglück zu gewährleisten sei es nötig, jene Unsicherheit des Rechts zu überwinden, die es den Richtern ermöglichte, nach eigenem Gutdünken zu handeln.

## Savigny, Vom Beruf, Kap. 2

Ursprung des positiven Rechts:

- es gibt nicht mehr die Idee eines einzigen Rechts, das für jede Zeit und jeden Ort gleich ist → das Recht ist keine Konstruktion der Vernunft, sondern ein Produkt der Geschichte.
- das Recht ist keine mechanische Konstruktion, sondern ein lebendiger Organismus. Es verändert sich also mit der Gesellschaft. → d.h. dass es mit einem bestimmten Volk wächst...
- im Gegensatz zum kodifizierten Recht, das aus der Willkür eines Gesetzgebers entstammt, fordert Savigny ein vom Juristenstand ausgearbeitetes Recht. → Juristenrecht statt Gesetzespositivismus.
- Recht hat ein doppeltes Leben:
  - natürliches : politisch (mit Volksleben verbunden)
  - künstliches: technisch (wissenschaftliches Leben des Rechts)

→Aufgabe der Juristen:

- Vertreten
- Grundsätze herausfiltern

(Juristen müssen zwei Sinne besitzen: 1. Historisch (das eigentliche des Zeitalters erkennen), 2. Systematisch (jeden Begriff in Wechselwirkung zum Ganzen betrachten))

### Fragen:

- Was ist Recht?

Das Recht ist das Produkt der konkreten besonderen Geschichte eines Volkes. Es gibt nur noch besondere Rechte, die sich vom Volk zu Volk unterscheiden, und das wesentliche Merkmal, dass ein Volk als Ganzes verbindet, ist seine gemeinsame Überzeugung und nicht mehr die allgemeine und abstrakte Vernunft. Das Recht ist wie die Sprache ein mit der langwierigen und unaufhaltsamen Entwicklung des Volksgeistes verbundenes Phänomen. Seine Hauptquelle ist nicht das Gesetz sondern sind die Gewohnheiten.

- Was bedeutet, dass im Fortgang der Zivilisation das Recht ein doppeltes Leben führt?

Ursprünglich waren das Recht und das Volk zusammen, d.h. das Recht war also im Volke integriert. Indem sich das Volk entwickelt, entwickelt sich auch ein Teil des Volkes heraus, der sich mit dem Recht beschäftigt, nämlich die Juristen. Seitdem hat das Recht ein doppeltes Leben, ein natürliches und ein künstliches. Zum einen besteht das Recht als Teil des konkreten Volkslebens und zum anderen liegt es als Wissenschaft in den Händen der Juristen.

## Becci, Rechtswissenschaften (= Tätigkeit des Juristen)

Zwei verschiedene Begriffe des Rechts innerhalb des Rechtspositivismus:

- FR: das Recht identifiziert sich mit den Gesetzen, die im Code Napoleon statuiert sind (→ *Recht entspricht dem kodifizierten Recht*; Recht= Gesetze)

- DE: *Recht und Gesetz sind nicht dasselbe* (Versuch einer Alternative zum kodifizierten Recht)

Zwei verschiedene Auffassungen der Rechtswissenschaft innerhalb des Rechtspositivismus:

- FR: die Rechtswissenschaft (Auslegung) ist eine Technik, welche dazu dient, ein bestimmtes Objekt (kodifiziertes Recht) auszulegen

→ sog. Philosophische Schule.

Kant: Die RW ist nichts anderes als Rechtsphilosophie, die einzig und allein die rationellen, allgemeingültigen Prinzipien des Rechts untersucht.

- DE: die Rechtswissenschaft untersucht ein Objekt (Gesetze) und versucht sie in einer systematischen Form darzustellen

Die Rechtswissenschaft selbst produziert Recht, weil die Juristen aufdecken, was im sich ständig weiter entwickelnden Leben des Rechtsorganismus vorgeht.

→ sog. Philosophische Schule

Zachariä: Die RW, inwiefern sie sich mit dem Recht beschäftigt, ist positives Recht.

Thibaut: Die RW ist ein Mittel um dem gegebenen juristischen Stoff eine systematische Form zu geben.

### Fragen:

- Welches sind die zwei verschiedenen Strömungen, die sich im 19. Jh. in der kontinental-europäischen Rechtskultur entwickeln?

In FR setzte sich der CC mit der Idee durch, dass sich die Juristentätigkeit mit der Technik identifiziert, die von den Juristen zur Auslegung eines klar bestimmten gegebenen Objektes benutzt wird, nämlich des kodifizierten Rechts. Eine andere Entfaltungslinie entwickelte sich gleichzeitig in DE. Das durch die historische Rechtsschule durchsetzende Modell stützte sich auch der Idee, dass die RW eine mögliche Alternative zum kodifizierten Recht darstellen konnte.

- Wo ist der Ursprung der RW zu finden?

Für die sich noch an die naturrechtliche Tradition beziehenden Juristen (sog. Phil. Schule) war die RW ein Mittel und eine Methode, um den bestehenden normativen Stoff zu systematisieren. Der Inhalt besteht aus den Gesetzen (dem vom Gesetzgeber erlassenen Recht) und die Wissenschaft stellt sie durch die systematische Form dar, die das Ergebnis der Juristentätigkeit ist. Die Tätigkeit der Juristen hängt also vom Gesetz ab.

- Welche Bedeutung hat die RW für die historische Schule?

Mit der Schule ergab sich eine neue und andersartige Rechtsauffassung, nach der sich das Recht nicht mit dem Gesetz identifiziert. Die RW begnügte sich nicht damit ein ihr externes Objekt zu verstehen, sondern wirkte mit ihrer Tätigkeit zu dessen Gestaltung mit. Die RW selbst produzierte das Recht, weil die Juristen aufdecken, was im sich ständig weiterentwickelnden Leben des Rechtsorganismus vorgeht.

## Kehlsen, Reine Rechtslehre

RW als normative Wissenschaft → Recht auf jede Norm zurückführen; Recht aus sich selbst begründen; Recht als Gesamtheit der Normen → bilden Ordnung welche normativ zwingend (verpflichtend mit Gewalt) ist → Ordnung ist fähig, sich selbst zu regulieren  
→ Objekte der RW sind also nur die rechtlichen Normen, die eine zwingende Ordnung bilden

Gegenstand der RW sind die Rechtsnormen:

- statisches Element: Analyse des Rechts als ein System von Normen, die gültig sind.
- dynamisches Element: Analyse des Rechts als ein Prozess, in dem das Recht erzeugt und angewendet wird.

→ Aufgabe der RW ist das Beschreiben des Rechts als sich selbst, nicht in seiner Bewertung als gut oder schlecht (gerecht/ungerecht)

Wissenschaft = beschreibt

Recht = schreibt vor

Unterscheidung zwischen Rechtsnormen und Rechtsätzen:

- Rechtsnormen sind Befehle, Imperative, aber nicht nur Gebote, sondern auch Erlaubnisse und Ermächtigungen. Rechtsnormen schreiben vor → deskriptiv.
- Rechtsätze sind hypothetische Urteile. Rechtsätze beschreiben. → präskriptiv. Unter gewissen Umständen soll bestimmte Rechtsfolge eintreten → enthalten aber keine Verpflichtungen, sondern beschreiben nur was passiert, wenn man sich nicht daran hält.

Unterscheidung zwischen Naturwissenschaft und Normwissenschaft/RW:

- Naturwissenschaften sind auf dem Prinzip der Kausalität gegründet → Eine Tatsache (Ursache) wird mit einer anderen Tatsache (Wirkung) also Folge gesetzt (Verbindung zwischen Tatsache und Folge ist naturbedingt)
- Normwissenschaften beziehen sich nicht darauf was ist, sondern auf das was sein soll → Prinzip der Zurechnung/Zuordnung → Unter bestimmter Bedingung soll bestimmter Zwangsakt erfolgen

Naturwissenschaft: Wenn A ist, dann *ist* B.

Rechtswissenschaft: Wenn A ist, dann *soll* B.

Darstellung auf Folie s. 26 Chrige

Eine Tatsache als Bedingung wird in Verbindung mit einer anderen Tatsache als Folge gesetzt.

- RW → Verbindung ist normativ gesetzt
- Naturwissenschaft → Verbindung ist rein objektiv und notwendig

**Fragen:**

- Was ist Gegenstand der RW?

Gegenstand (d.h. Objekt) sind die rechtlichen Normen (und nur diese), welche eine zwingende Ordnung bilden.

- Worin besteht der Unterschied zwischen Rechtssätzen und Rechtsnormen?

Kehlsen differenzier sehr deutlich zwischen Rechtsnormen, die von den Rechtsorganen erzeugt, von ihnen anzuwenden und von den Rechtssubjekten zu befolgen sind, falls sie nicht bestraft werden wollen, und Rechtssätze, welche hypothetische Urteile sind. Rechtssätze gehören aber zur Welt des Sollens. In dieser Welt sind die Urteile hypothetisch, weil unter gewissen, von der Rechtsordnung bestimmten Bedingungen bestimmte Rechtsfolgen eintreten sollen (z.B. wenn du gestohlen hast, sollst du bestraft werden).

Die von der RW formulierten Rechtssätze (Kehlsen nennt sie Soll-Sätze) beschreiben das Recht, sie enthalten weder Verpflichtungen noch Zulassungen; die von der bestehenden Autorität festgelegten Soll-Norm und Soll-Satz entspricht der Unterschied zwischen Rechtsnormen und Rechtssatz, aber betont dass beide Sätze mit dem Sollen zu tun haben. Das Sollen des Rechtssatzes hat nicht wie das Sollen der Rechtsnorm einen vorschreibenden, sondern lediglich einen beschreibenden Sinn.

- Wie kann man die RW von allen anderen Naturwissenschaften abzugrenzen?

Die Naturwissenschaften machen sich zur Aufgabe, den tatsächlichen Vorgang der Dinge zu erfassen; die normativen Wissenschaften statuieren dagegen ein Sollen. Z.B. Wenn ein Mensch ein Verbrechen begeht, soll eine Strafe über ihn verhängt werden. D.h. unter bestimmten Bedingungen soll ein bestimmter Zwangsakt erfolgen.

Das Prinzip, auf das sich die Naturwissenschaften gründen, ist das Kausalprinzip. Das Prinzip, auf das sich die normative RW bezieht, ist die Zurechnung. Z.B. wenn ein Körper erwärmt wird, dehnt er sich aus. Wir haben es mit einer reinen Tatsache zu tun. Die Gesetze der Natur sind Kausalgesetze. Anders beim Recht: Wenn A ist, dann soll B sein, auch wenn B vielleicht in Wirklichkeit nicht so ist.

# Wozu Gerichte?

---

## Allgemeines Schema; Hobbes, Leviathan, Kap. 26

Souverän ist absolut → strikte Ablehnung der Gewaltenteilung

1. Die Auslegung des Gesetzes hängt vom Souverän ab → Interpretation nach dem Willen des Gesetzgebers (authentische Interpretation). Folglich hat der Richter also keine Autonomie, sondern ist nur das Sprachrohr des Souveräns;  
→ Auslegung des Richters ist deshalb authentisch, weil der Richter nach dem Willen des Souveräns handelt!

2. Alle Gesetze bedürfen der Auslegung:

- ungeschriebene natürliche Gesetze (Naturrecht) → obwohl leicht zugänglich, bedürfen sie am meisten fähiger Interpreten
- geschriebene Gesetze → nur der Gesetzgeber kennt die Endzwecke der Gesetze

3. Die authentische Interpretation ist nicht jene des Schriftstellers, sondern die des Souveräns

4. Der Interpret des Gesetzes ist der Richter, der durch sein Urteil in einem bestimmten Fall das Recht des Souveräns ausspricht

5. Das Urteil des Richters zwingt weder ihn noch jeden anderen Richter in Zukunft das gleiche Urteil in ähnlichen Fällen auszusprechen (Wille des Souveräns kann sich von Fall zu Fall ändern)

→ Heute unterscheidet man die Auslegung normalerweise nach den verschiedenen Subjekten, die in ihren verschiedenen Funktionen interpretiert werden:

- Authentische Auslegung
- Offizielle Auslegung
- Richterliche Auslegung
- Auslegung der Doktrin (sie wird von Juristen in ihren Schriften vorgelegt)

### Fragen:

- Woraus ergibt sich nach Hobbes die Autorität des Richters?

Er erhält seine Autorität vom Souverän, dem er absoluten Gehorsam schuldet. Das Urteil des Richters wird deshalb zum Urteil des Souveräns selbst. In diesem Augenblick ist das Urteil für die klagende Partei Gesetz!

- Was bedeutet, die Auslegung des Richters ist authentisch?

Es bedeutet, dass das Urteil des Richters gerade nicht als seine private Entscheidung zu betrachten ist, sondern die Entscheidung dem Willen des Souveräns entspricht, weil der Richter kraft der Autorität des Souveräns urteilt. Die Interpretation kann nach dieser Auffassung nur nach dem Willen des Gesetzgebers sein.

- Verpflichtet der Spruch eines Richters ihn und andere Richter zu einem ähnlichen Spruch bei ähnlichen Fällen?

Nach Hobbes nicht, nein. Der Richter ist auch nur ein Mensch und kann sich in seinem Urteil irren. Kommt derselbe Richter in einem ähnlichen Fall zur Ansicht, sein früheres Urteil sei falsch so ist er verpflichtet es auszusprechen.

## Allgemeines Schema; Hegel, Rechtsphilosophie

Die Sittlichkeit

- die Familie

- die bürgerliche Gesellschaft

- das System der Bedürfnisse

- die Rechtspflege

- die Polizei und Korporation

- der Staat

→ das Recht als Gesetz

→ das Dasein des Gesetzes

→ das Gericht

→ Formalismus ist wichtig; Gegner der Kasuistik; Kodifikation wächst ständig

Die Entfaltung des Rechts in der bürgerlichen Gesellschaft:

→ Trennung zwischen der legislativen und Judikativen Gewalt (aber keine Ablehnung der richterlichen Rechtsfortbildung)

→ Notwendigkeit eines Gesetzbuchs schliesst nicht die richterliche Fortbildung des Gesetzes aus (Gesetze werden zwar vom Gesetzgeber erlassen, deren Anwendung kann aber ebenso kreativ sein, dass daraus neues Recht entsteht)

→ Das positive Recht ist somit staatlich gesetzt (Rechtsgesetze) und andererseits gesprochenes Recht (Richterrecht).

*Repetition: (ist dies nun ein Widerspruch oder eine dritte Position zwischen Thibaut und Savigny?)*

- Thibaut: Staatliche Satzung (Recht = Gesetz)

- Savigny: Rechtswissenschaft (Juristenrecht)

- Hegel: a) Recht = Gesetz

b) Anerkennung richterlicher Rechtsfortbildung

### Fragen:

- Welche Beziehung sollte es zwischen dem Gesetz und den Richtern, die es anwenden, geben?

Für Hegel dürfen Richter und Gesetzgeber nicht in einer Person vereint sein, denn die stünde im Widerspruch zum vorherrschenden Gewaltentrennungsgrundsatz und es fände zugleich keine Subsumtion statt. Für Hegel also sind Gesetze vom Gesetzgeber erlassen, und die Richter sollen sie anwenden, aber diese Anwendung ist ihrerseits so kreativ, dass aus dieser Anwendung sogar neues Recht entstehen kann.

- Worin besteht der Unterschied zwischen der Rechtspflege der Förmlichkeit und der Rechtspflege der Billigkeit?

Der Gedanke der Relativierung des rechtlichen Formalismus liegt auch Hegels Konzeption einer Rechtspflege der Billigkeit zugrunde. Sie soll sowohl Härten des materiellen strengen Rechts, wie auch dessen Förmlichkeiten vermeiden oder korrigieren. Etwa, indem bei Verlust und Schaden der Wert der Sache gerecht geschätzt etc. wird.

- Verpflichtet der Spruch des Richters ihn und andere Richter zu einem ähnlichen Spruch bei ähnlichen Fällen?

Nach dem Grundsatz der Gewaltentrennung darf der gefällte Richterspruch nicht an Stelle der legislativen Gewalt treten. Der Spruch des Richters darf nur eine Auslegung gegebener Gesetze sein und diese weder verändern noch berichtigen. Auch für Hegel (wie schon Hobbes) besitzt der Spruch eines Richters keinerlei bindende Wirkung für die anderen Richter.



## Paolo Becci zu Hegel

Die Kodifikation ist für Hegel wichtig (weil Gesetz nicht wie bei Savigny von der Gesellschaft entwickelt werden sollte). Jedoch will er keine vollkommene Kodifikation (wie ALR). Da es sich immer fortbilden muss, kommen die Richter ins Spiel (Rechtsfortbildung). Neu gibt es zwar immer noch eine richterliche Abhängigkeit vom Gesetz (weil Subsumtion braucht es), jedoch eine „innovative“.

→ Somit soll das Richterrecht dem formellen Recht vorgezogen werden, sofern dem „wahren Recht des Bürgers“ genüge getragen wird.

→ Gerichte sollen keine toten Organe sein, die nur anwenden was wörtlich im Gesetz steht (Gegenposition zu Thibaut!!!).

→ Es braucht aber Kodifikation (Gegenposition zu Savigny!!!!)

### →Fazit:

- Richter ist abhängig vom Formalismus, andererseits muss er diesen Formalismus überwinden und nach der Gerechtigkeit entscheiden, wovon sich der Bürger erhoffen kann, dass ihn diese Gerechtigkeit widerfährt.

### Fragen:

- Welche Idee der Kodifikation hat Hegel?

Für ihn ist sie wichtig, weil das Recht nicht von einem besonderen Stand der Gesellschaft (nämlich wie bei Savigny vom Juristen) produziert werden soll; aber er kritisiert gleichzeitig die aufklärerische Idee eines vollkommenen, abgeschlossenen Gesetzbuches. Denn ein Gesetzbuch soll zwar vorhanden sein, doch sollen an diesem Rechtsfortbildungen möglich sein; und für diese Fortbildung ist die Rolle des Richters entscheidend.

- Erläutern sie die Position Hegels zwischen Thibaut und Savigny.

Hegel vertritt eine originelle Position zwischen diesen zweien. Er stellt sich in den Grundzügen auf die Seite von Thibaut und verlangt auch eine Kodifikation des Rechts. Hegel bestreitet nicht wie Savigny die berechnete Forderung nach einem Gesetzbuch, aber er unterstreicht gegenüber Thibaut wie illusorisch es sei, seine Verwirklichung als eine Möglichkeit der Begrenzung der Tätigkeit der Juristen auf die mechanische Gesetzesanwendung zu sehen.

## Seelmann, Rechtsphilosophie

Die Sprache ist zweideutig. Das Recht ist eigentlich eine Sprache und deshalb muss es interpretiert werden.

Aber was für eine Interpretation?

- Interpretation von Dokumenten (z.B. Gesetze) → Verschiedene Möglichkeiten (Wille des historischen Gesetzgebers, ratio des Gesetzes etc.

- Interpretation von SV (z.B. Zeugenaussagen) → Rekonstruktion des Falles (Aussagen von Beteiligten als Zeugen)

### Formallogische Interpretation:

Mit der Verwendung einer normativen Aussage, die sich auf einer oberen begrifflichen Ebene befindet, kann man rein formallogisch eine auf einer unteren Ebene gesetzte Aussage interpretieren.

### Interpretation des historischen Gesetzgebers (Subjektive Interpretation):

In diesem Fall ist der Gesetzgeber im Mittelpunkt. Der Wille des Gesetzgebers wird interpretiert indem man versucht herauszufinden, was damals der Gesetzgeber wollte.

**Interpretation nach dem Zweck (oder Ratio) des Gesetzes (Objektive Interpretation):**

Hier steht der objektive Zweck des Gesetzes im Zentrum. Es geht darum herauszufinden, was für ein Ziel gegenwärtig mit diesem Gesetz erreicht werden soll (teleologische Interpretation).

Die richterliche Entscheidung:

→ zirkulärer Prozess zwischen SV und Gesetz



**Fragen:**

- Was für Unterschiede gibt es zwischen einer Interpretation nach dem Willen des Gesetzgebers und einer nach der Ratio des Gesetzes?

Die Interpretation nach dem Willen des Gesetzgebers richtet sich konkret an dem, was mit dem Gesetz bei dessen Erlass beabsichtigt war.

Bei der Interpretation nach dem Sinn (ratio) des Gesetzes stellt sich hingegen die Frage, was aktuell für einen Zweck mit diesem Gesetz verfolgt wird.

- Welche Rolle spielen Wertungen in richterlichen Entscheidungen?

Sie haben eine Bedeutung. Begriffe wie z.B. Zumutbarkeit etc. spielen eine Rolle. Die Frage ist, ob die wertenden Komponenten solche Begriffe als eine positive oder negative Stellungnahme des Gesetzgebers ausdrücken, oder ob der Richter selber bei der Anwendung des Gesetzes wertet. Nach Seelmann ist der zweiten Auffassung Recht zu geben.

- Worin besteht die Kategorie des Vorverständnisses?

Es bringt das Gesetz und Fall in eine Beziehung, die die Subsumtion ermöglicht. Das Vorverständnis ist der anfängliche Akt, am Ende kommt die Entscheidung des Richters: zwischen beiden steht seine Tätigkeit. Das Vorverständnis ist jedoch seinerseits auch ein Ergebnis: es ist das Ergebnis eines langen Lernprozesses unterschiedlicher Art. In ihm sind während seiner (d.h. des Richters) Ausbildung erlangten Kenntnisse und später die beruflichen Erfahrungen, sowie seine eigenen privaten Erfahrungen vereint.