

Lösungsskizze zur Wiederholungsprüfung Rechtssoziologie (Bachelor) vom 22. Juli 2014

Hinweis: Die folgende Lösungsskizze soll beispielhaft aufzeigen, wie die Prüfungsfragen hätten beantwortet werden können. Von den Studenten wurde nicht erwartet, einen Text mit der gleichen Vollständigkeit zu verfassen, sondern vielmehr die Schwerpunkte der Fragen zu erfassen und ihre Antworten mit entsprechend ausformulierten Gedanken und kohärenter Argumentation zu gestalten. Schlüsselwörter, welche besonderes Augenmerk verdienen, wurden kursiv gesetzt

Aufgabe 1 (50%)

Bitte erläutern Sie einen rechtssoziologischen Rechtsbegriff Ihrer Wahl

Mögliche Antwort:

Im Folgenden sollen exemplarisch zwei Ansätze, nämlich die Rechtsbegriffe von Eugen Ehrlich und Max Weber, erläutert werden:

(I) Eugen Ehrlich definiert in seinen Werken den Begriff des „*Lebenden Rechts*“ als *Regel menschlichen Handelns*, welche sich weder aus der Gesetzgebung noch der Jurisprudenz, sondern aus der gesellschaftlichen Praxis ergibt. Während (1) *staatliches Recht* jenes Normgefüge bildet, dessen Urheber der Staat ist und staatliche Aufgaben (z.B. Sicherheitsgewährleistung durch Polizeirecht) resp. die Ausgestaltung der gesellschaftlichen Sozialstruktur reglementiert, beinhaltet (2) *Juristenrecht* jene Rechtssätze, welche die Gerichte bei der Entscheidung von Rechtsfällen anleiten sollen. Eine solche Jurisprudenz (verstanden als Gegenbegriff zur theoretischen Rechtswissenschaft) ist wegen ihrer vom Einzelfall abstrahierenden Natur, welche die Abfassung von Leitentscheiden als Orientierungspunkte für die Behandlung nachfolgender Fälle erst möglich macht, deduktiv. Diese Rechtskonzeption kann historische Entwicklungen wie das Gemeinrecht oder den Rechtszustand vor der staatlichen Rechtsmonopolisierung (z.B. im Absolutismus) resp. wissenschaftliche Ansätze wie denjenigen des Naturrechts oder, im Rahmen der Historischen Rechtsschule, des Rechts des „Volksgeistes“ nicht erklären.

(3) *Gesellschaftliches Recht* ist schliesslich die oftmals nicht schriftlich fixierte, innere Ordnung menschlicher Verbände; Ehrlich möchte durch die Lektüre von Gerichtsakten und Rechtsurkunden sowie der Beobachtung des praktisch gelebten Rechts *die tatsächlich als verbindlich anerkannten Gesellschaftsnormen* herauskristallisieren („ethnologische Perspektive“ oder „Perspektive des Reisenden“). Individuen sind dabei Teil der Gesellschaft und tragen zur Bildung der gesellschaftlichen Meinung bei. Ihnen und ihren subjektiven Rechten kommt bei der Bestimmung der geltenden Regeln jedoch kein primärer Wert zu. Wenn eine Norm von den Gesellschaftsmitgliedern akzeptiert und die daraus fliessenden Pflichten erfüllt werden, ist sie als *Rechtsnorm* zu qualifizieren, *unabhängig davon, ob sie mittels staatlichen Zwangs durchgesetzt werden kann*. Es handelt sich dabei um einen in einem Verband ins konkrete Handeln umgesetzten Rechtsbefehl, während ein *Rechtssatz* die zufällige und *allgemeinverbindliche schriftliche Fassung einer Regel* darstellt. Rechtsnormen können *durch weitere gesellschaftliche, nichtrechtliche Strukturen beeinflusst* werden (so bspw. durch Familienbeziehungen, welche von Liebe und Zuneigung geprägt sind).

Nicht jeder Normbruch stellt eine Rechtsverletzung dar, denn laut Ehrlich kann zwischen den Normtypen *Recht, Sittlichkeit, Anstand, Takt, gutem Ton* und *Mode* unterschieden werden. Zur Bestimmung des Rechtscharakters einer Norm ist es nach Ehrlich notwendig, die verschiedenen *Empfindungen* oder *Gefühlstöne* der vom Normbruch betroffenen Personen zu analysieren. Während eine Verletzung einer Mode bspw. lediglich zu einer kritischen Haltung der Mitmenschen führt, *zeitigt ein Rechtsbruch Empörung*.

(II) *Max Weber* hält fest, dass menschliches Handeln, das sich an Regeln orientiert, *Regelmäßigkeiten* aufweist. Dabei ist aber nicht jede Regelmässigkeit schon als Rechtsnorm zu qualifizieren, sondern sie ist von anderen Normkategorien abzugrenzen: (1) Ein *Brauch* im Sinne eines seit Kurzem bestehenden *Usus* unterscheidet sich wie die (2) *Sitte* als gewohnheitsmässig verfestigte Übung von einer (3) *Konvention* (wie z.B. der Ethik) durch das Merkmal, dass nur bei Letzterer eine *Garantie der Einhaltung durch Sanktion* (z.B. gesellschaftliche Missbilligung) besteht. (4) Sozialen Regelmässigkeiten, welche aufgrund bloss faktisch übereinstimmender Verhaltensweisen bestehen, kommt ebenfalls kein Rechtscharakter zu, denn Recht wird durch die „*Chance des physischen oder psychischen Zwanges durch ein auf Erzwingung der Innehaltung oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines eigens darauf eingestellten Stabes von Menschen*“¹ garantiert. Sofern in einem geschlossenen System die *Chancen auf Interessenbefriedigung* nicht frei oder nach *Mass resp. Zahl* verteilt werden, sondern dauernd einem Einzelnen oder einer Gruppierung durch die Möglichkeit der zwangsmässigen Durchsetzung *appropriert* werden, handelt es sich um (subjektive) *Rechte*. Wird die Zwangsdurchsetzung in einem bestimmten Gebiet *monopolisiert*, kann von einem *Staat* gesprochen werden. Garantien für die Aufrechterhaltung einer solchen Ordnung können in affektuellen, wertrationalen oder religiösen Gründen sowie stabilisierenden Interessenlagen gesehen werden. Sie ist (in zunehmender Weise) stabil, wenn zweckrationale Gründe, eine bestimmte Übung oder ein Glaube an ihre Legitimität für das ordnungsgemässe Handeln sprechen.

Eine *Rechtsnorm* gilt dann, wenn die Chance besteht, dass die Menschen sich für ihr Handeln an der *Vorstellung einer legitimen Ordnung resp. den damit verbundenen Maximen* orientieren. Voraussetzung ist also ein faktisch feststellbares, sinnhaft aufeinander abgestimmtes und daher soziales Verhalten einer genügend grosser Zahl von Personen, die (zumindest teilweise) davon ausgehen, dass der Norm Geltung zukommen soll. Handkehrum verliert eine Norm ihre Geltung, sobald die Gesellschaftsmitglieder keinen Sinn mehr mit ihr verbinden daher auch kein entsprechendes Handeln mehr möglich ist. Die *Legitimität der Ordnung* kann durch *Tradition, affektuelle* oder *wertrationale Gründe* entstehen oder auch bspw. durch das *Charisma* eines Herrschers, welches dazu beitragen kann, den restlichen Gesellschaftsmitgliedern den Eindruck zu verschaffen, dass gerade diese Person geeignet ist, gesellschaftliche Probleme zu lösen und daher zu Recht regiert. Ein weiteres Mittel ist der Glaube an die Verknüpfung von Legitimität mit *Legalität*. Ein vielschichtiger, formalisierter Gesetzgebungsprozess, der mehrmaliges Abwägen von Rechtsgütern durch verschiedene, unabhängige Instanzen ermöglichen und Willkür- und interessenbehaftete Entscheidungen verhindern soll, erscheint geeignet, adäquate, sinnvolle und gerechte Normen hervorzubringen. Dieser Glaube an die Legalität von Ordnungen stellt sich entweder durch Pakt von Gleichgesinnten oder durch die fügsame Annahme einer aufoktroierten Haltung (u.a. auch, wenn eine Mehrheit über das Schicksal einer Minderheit entscheidet) ein.

Aufgabe 2 (50%)

Bitte erläutern Sie Grundannahmen einer Systemtheorie des Rechts

Mögliche Antwort:

Die Systemtheorie des Rechts von Niklas Luhmann geht von der *Autopoiese* eines Systems aus, also der *Selbsterhaltung der Elemente des Systems durch das System selbst*; Recht bleibt also Recht, weil es die Elemente des Rechtssystems selbst kreiert. Grundelement einer solchen Systemtheorie bildet in einem ersten Schritt die *Kommunikation* von Sinn von sozialen Handlungen; Luhmann spricht dabei von Operationen innerhalb eines Systems. *Codes* definieren den Charakter des Systems. So bestehen

¹ *Weber Max*, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie*, Tübingen 1980, S. 17.

sie bspw. in einem wissenschaftlichen Diskurs in „wahr/falsch“, in einem rechtlichen in „recht/unrecht“. Die Programme bestimmen die Anwendung der Codes.

Die *autopoietische Schliessung* besteht darin, dass es *keine aussersystemischen Massstäbe* zur Definition des Rechts gibt, denn diese Frage wird durch den Systemprozess selbst geklärt. Beispielhaft können Art. 163ff. BV angeführt werden, welche als gesetztes Recht die Form des Rechtssetzungsprozesses selbst normieren, oder die Tätigkeit der Gerichte, die als rechtlich geschaffene Institutionen bei der Auslegung von Recht verbindliche Vorgaben kreieren. Damit gehen eine völlige Ungebundenheit an materiale Prinzipien und eine Orientierung an faktisch gelebten Regeln einher. Luhmanns Theorie führt in einen *radikalen Konstruktivismus* und *Relativismus*, da das System selbst die Rechthaftigkeit seiner Inhalte bestimmt und somit eine willkürliche Note erhält – Jeder Inhalt kann durch den Systemprozess als rechtlich adäquate Verhaltensweisen qualifiziert werden. Jeder Inhalt wird dadurch als das notwendige Produkt der Vergangenheit aufgefasst und Fortschritt daher unmöglich: Auch die Idee der Unbedingtheit und Universalität der Menschenrechte und der rechtlichen Würde der Person ist aus systemtheoretischer Sicht nur ein zufälliges Produkt der systemischen Prozesse. Der Grund für die historische Etablierung der Menschenrechte ist darin zu sehen, dass sie als zufällige Mutationen des Systems aufgrund ihrer stabilisierenden Funktion Eingang in das System gefunden haben. Diese Aufnahme ist aber nicht definitiver Natur, denn sie entspricht einer rein evolutiven Genese ohne Zielsetzung.

Juristische Tätigkeit besteht nach Luhmann in dem „Bemühen um begriffliche Konsistenz, um ein Testen der Verallgemeinerbarkeit von Prinzipien, Begriffen oder Entscheidungsregeln, also um ‚Amplifikation‘, und dann um Korrektur zu weit gehender Generealisierungen, vor allem durch das *Regel/Ausnahme-Schema*. Systemintern kann gerade das aber als Arbeit an Gerechtigkeit verstanden und damit einem Wertbegriff zugeordnet werden, der dem Juristen den Sinn seines Tuns verdeutlicht.“²

Nach der Systemtheorie kann unterschieden werden zwischen *System* und *Umwelt*, welche alles umfasst, was nicht Teil des Systems ist (so z.B. physische Gegenstände wie ein Stuhl oder auch Menschen, die als psychische Systeme aufgefasst werden können). Luhmann spricht von einer Ausdifferenzierung der Gesellschaft aufgrund einer Spezialisierung gewisser Gesellschaftsgruppen auf bestimmte Tätigkeiten; gleichzeitig bilden sich daher auch *verschiedene, nebeneinander existierende autopoietische Systeme* aus. Diese sind nicht voneinander getrennt, sondern strukturell gekoppelt: Bei der Schaffung eines neuen Gesetzes ist bspw. von einer gegenseitigen Beeinflussung von Recht und Politik auszugehen (so erlässt die Bundesversammlung als Teil des Systems der Politik, das politische Codes verwendet, Rechtsnormen). Zwar spielt Recht im Gesetzgebungsprozess ebenfalls eine wichtige Rolle, doch erhält dieses System eine Monopolstellung erst dann, wenn der genaue Inhalt einer Norm entfaltet werden soll. Die Auftrennung in verschiedene Systeme wirft gleichzeitig ein *Steuerungsproblem* auf, da das Rechtssystem trotz der Koppelung unabhängig sein soll von anderen Systemen. Eine ökonomische Problemstellung könnte daher in bestimmten Fällen rechtlich nicht angegangen werden.³

Ob eine Rechtsregel besteht, hängt mit der inneren Haltung der von der Normverletzung betroffenen Person zusammen: *Kognitive Erwartungen* werden im Enttäuschungsfall geändert, während *normative Erwartungen* dazu führen, dass die Person auch bei Enttäuschung weiterhin ein bestimmtes Verhalten ihrer Mitmenschen erwartet. Ein „*Sollen*“ besteht also aus Erwartungen zu Geschehensabläufen, die in jedem Fall beibehalten werden. Das erfasst die Bedeutung von „*Sollen*“ nicht, das gerade in einer Willensbildung besteht.

Die Annahmen der Systemtheorie erscheinen nicht überzeugend: da sie den Menschen als Akteur und materiale Prinzipien wie Gerechtigkeit und Gleichheit, welche dem Recht unterliegen

² Luhmann Niklas, Das Recht der Gesellschaft, Berlin 1995, S. 11.

³ Diese Annahme der Ineffektivität rechtlicher Normierung wirtschaftlicher Bereiche überzeugt aufgrund der vielen historischen Beispiele, bei denen Recht zur Steuerung angewandt wurde, nicht. Es ist ja gerade die Aufgabe von Recht, menschliche Beziehung zu regeln und dadurch in andere Systeme einzugreifen.

müssen, nicht berücksichtigt. Der Normbegriff ist Kritik ausgesetzt. Auch die Annahmen zur Evolution des Rechts sind nicht überzeugend.