



Rechtssoziologie

30.6.2017

Dauer: 90 Minuten

- Kontrollieren Sie bitte sowohl bei Erhalt als auch bei Abgabe der Prüfung die Anzahl der Aufgabenblätter. Die Prüfung umfasst (mit diesem Deckblatt) 7 Seiten und 14 Aufgaben.

Hinweise zu den Multiple-Choice-Fragen

- Zu jeder Frage sind vier Antwort-Optionen vorgegeben. **Bitte markieren Sie bei jeder Option, ob diese richtig oder falsch ist.** Bei vier korrekt markierten Optionen erhält man 2 Punkte, bei drei korrekt markierten Optionen 1 Punkt. Für weniger als drei korrekt markierte Optionen erhält man keinen Punkt.
- Wir empfehlen Ihnen, die Lösungen erst vor dem Ende der Prüfung auf das Lösungsblatt zu übertragen. Dies ist deshalb ratsam, weil Ihnen möglicherweise die Lösung einer Aufgabe Anlass gibt, auf eine zuvor gelöste Aufgabe zurückzukommen und die betreffende Frage anders zu beantworten.
- Die Antworten zu den Multiple-Choice-Fragen sind **zwingend auf dem Multiple-Choice-Lösungsblatt gemäss Vorgabe** anzubringen. Es wird ausschliesslich dieses Lösungsblatt korrigiert.

Hinweise zur Bewertung

- Bei der Bewertung kommt den Aufgaben unterschiedliches Gewicht zu. Die Punkte verteilen sich wie folgt auf die einzelnen Aufgaben (Prozentangaben sind gerundet):

Teil 1 (Multiple-Choice):	20 Punkte	29.00%	des Totals
Teil 2 (weitere Fragen):	50 Punkte	71.00%	des Totals
Aufgabe 2.01	10 Punkte	14.00%	des Totals
Aufgabe 2.02	10 Punkte	14.00%	des Totals
Aufgabe 2.03	10 Punkte	14.00%	des Totals
Aufgabe 2.04	20 Punkte	29.00%	des Totals

Total	70 Punkte	100%	
--------------	------------------	-------------	--

Wir wünschen Ihnen viel Erfolg!



Multiple-Choice-Teil der Teilprüfung Rechtssoziologie

Es besteht die Möglichkeit, Einsicht in die MC-Fragestellungen zu erhalten:

Mittwoch, 27. September 2017, zwischen 9 und 12:30 Uhr

Büro DOL-G-013, Treichlerstrasse 10, 8032 Zürich

Melden Sie sich bitte vorher an bei Danka Dusek,
danka.dusek@rwi.uzh.ch oder 044 634 15 05



Teil 2 (weitere Fragen)

(50 Punkte)

2.01 Nennen Sie zwei rechtssoziologische Theorien, mit denen sich „Recht“ von „Nicht-Recht“ unterschieden lässt. Nennen Sie in Ihrer Antwort auch Vertreter, Vorzüge sowie typische Probleme der jeweiligen Theorie!
(10 Punkte)

2.02 Interpretieren Sie folgendes Zitat, d.h. geben Sie an, von welchem Rechtssoziologen das Zitat stammt und welches Problem das Zitat zum Gegenstand hat, fassen Sie den Inhalt des Zitats kurz in Ihren eigenen Worten zusammen, deuten Sie das Zitat unter Rückgriff auf die wesentlichen Aspekte der Theorie des Autors und gehen Sie kurz auf eine mögliche Kritik ein.
(10 Punkte)

„Im Unterschied zum alternativlosen Ablauf des Rituals ist es für Verfahren gerade kennzeichnend, daß die Ungewißheit des Ausgangs und seiner Folgen und die Offenheit von Verhaltensalternativen in den Handlungszusammenhang und seine Motivationsstruktur hineingenommen und dort abgearbeitet werden. Nicht die vorgeprägte konkrete Form, die Geste, das richtige Wort treiben das Verfahren voran, sondern selektive Entscheidungen der Beteiligten, die Alternativen eliminieren, Komplexität reduzieren, Ungewißheit absorbieren oder doch die unbestimmte Komplexität aller Möglichkeiten in eine bestimmbar, greifbare Problematik verwandeln.“

2.03 Nennen Sie zwei in der Vorlesung besprochene rechtssoziologische Positionen, die sich kritisch mit der Tätigkeit von Richterinnen und Richtern (bzw. der gesellschaftlichen Auffassung davon) auseinandersetzen. Welches sind ihre Vertreter? Worin besteht jeweils die Kritik? Gehen Sie in Ihrer Antwort kurz auf die relevanten Aspekte der jeweiligen rechtssoziologischen Theorie ein.
(10 Punkte)

2.04 Lesen Sie folgenden Auszug aus einer Bundesgerichtsentscheidung.

a) Benennen Sie fünf Stellen in der Entscheidung (unter Angabe der Randnummer), an welchen das Bundesgericht entweder selbst rechtssoziologische Erwägungen anstellt oder sich mit rechtssoziologiebasierten Argumenten auseinandersetzt! (5 Punkte)

b) Geben Sie zu jeder der fünf Stellen eine kurze Erläuterung ab (max. 2–3 Sätze). Erwähnen Sie z.B. das angesprochene rechtssoziologische Problem, die einschlägige rechtssoziologische Begrifflichkeit oder Lösungsansätze und ihre jeweiligen rechtssoziologischen Vertreter! (15 Punkte)

A. X. (geb. 1964) wanderte am Sonntag, den 11. Oktober 2009, bei schönem Wetter zwischen 15.40 und 16.00 Uhr nackt im Naherholungsgebiet Nieschberg bei Herisau/AR. Dabei ging er unter anderem an einer von einer Familie mit Kleinkindern besetzten



Feuerstelle und an einem christlichen Rehabilitationszentrum für Drogenabhängige vorbei. Eine Passantin stellte ihn zur Rede und erstattete Strafanzeige. Das Obergericht von Appenzell A.Rh. verurteilte X. mit Entscheid vom 17. Januar 2011 ... zu einer Busse von 100 Franken. ...

Ob ein Verhalten Sitte und Anstand verletzt und ob diese Verletzung als grob erscheint, beurteilt sich nicht nach dem Eindruck des besonders unsensiblen oder des besonders empfindsamen, sondern nach der Einschätzung des durchschnittlich empfindenden Menschen. Darüber muss der Richter entscheiden. Es kommt entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht in Betracht, die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass ein bestimmtes Verhalten unter welchen Voraussetzungen Sitte und Anstand verletzt, durch sog. repräsentative Umfragen zu klären. Die Anschauungen darüber, ob und in welchem Ausmass ein bestimmtes Verhalten als Sitte und Anstand verletzend empfunden wird, können von Region zu Region verschieden sein. ...

Das Nacktwandern ist hierzulande und fast überall anderswo heute und seit jeher völlig unüblich und ungewöhnlich. Der Mensch, der unterwegs ist, trägt wenigstens ein Kleidungsstück, welches den Intimbereich bedeckt. Nacktwandern widerspricht klar den Sitten und Gebräuchen, Gepflogenheiten und Konventionen. ...

Es ist davon auszugehen, dass die Menschen im Falle einer Begegnung mit einem Nacktwanderer ganz unterschiedlich reagieren. Die konkrete Reaktion im Einzelfall lässt jedoch keine Rückschlüsse darauf zu, wie das Nacktwandern unter dem Gesichtspunkt von Sitte und Anstand grundsätzlich und prinzipiell eingeschätzt wird. Massstab für die Beurteilung kann insoweit auch nicht die Haltung der vielen Gleichgültigen sein. Dass ein Verhalten hingenommen wird, weil - wie der Beschwerdeführer konstatiert - die Menschen in der heutigen Gesellschaft sich nur beschränkt füreinander interessieren, bedeutet noch nicht, dass es nicht Sitte und Anstand grob verletzt. ...

Das Verbot des Nacktwanderns im öffentlichen Raum findet in Art. 19 Strafrecht/AR eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Das Verbot liegt schon mit Rücksicht auf die nachvollziehbare Empörung über das Nacktwandern in Teilen der Bevölkerung und die daher möglichen Zwistigkeiten sowie zwecks Verhinderung von Auswüchsen im öffentlichen Interesse.

Musterlösung Prüfung „Rechtssoziologie“ FS17 Dr. iur. Tilmann Altwicker

Teil 1 (max. 20 Punkte)

MC		R	F
1.	A		X
	B		X
	C	X	
	D	X	
2.	A		X
	B	X	
	C		X
	D	X	
3.	A	X	
	B		X
	C		X
	D		X
4.	A	X	
	B	X	
	C		X
	D	X	
5.	A	X	
	B	X	
	C		X
	D		X

MC		R	F
6.	A		X
	B		X
	C	X	
	D	X	
7.	A	X	
	B		X
	C		X
	D	X	
8.	A		X
	B	X	
	C	X	
	D		X
9.	A		X
	B	X	
	C		X
	D	X	
10.	A		X
	B		X
	C	X	
	D	X	

Teil 2 (max. 50 Punkte)

2.01	<p>Eugen Ehrlich ist ein Vertreter der „Anerkennungstheorie“, die die Unterscheidung zwischen „Recht“ und „Nicht-Recht“ letztlich aufgrund einer „gesellschaftlichen Psychologie“ treffen will. Für das Vorliegen von „Recht“ ist das Bewusstsein massgeblich, dass eine Regelung von besonderer Notwendigkeit für das friedliche soziale Zusammenleben ist, d.h. die „grosse Wichtigkeit“ oder „grosse Bedeutung“ der Norm. Ehrlich nennt das „Gefühl der Empörung“; dies folge auf einen Rechtsbruch. Wann immer sich diese „Empörung“ bei den anderen Mitgliedern der Gesellschaft einstelle auf eine Normübertretung, könne man von „Recht“ sprechen.¹ Es handelt sich letztlich um eine Auffassung, die stark an Gewohnheitsrecht erinnert, in dem auch die „opinio necessitatis“ sder Rechtssubjekte entscheidend ist.</p> <p>Ein Vorzug der Anerkennungstheorie ist, dass auch Phänomene als „Recht“ ansprechen und analysiert werden können, die sich durch einen geringeren Grad an Institutionalisierung auszeichnen. Dies ist etwa der Fall in weiten Bereichen des Völkerrechts, des transnationalen Rechts (insbes. grenzüberschreitendes Recht nichtstaatlicher Akteure, wie z.B. ICANN, internationale Sportverbände) und des international soft law, die zwar oft von den Beteiligten als „Recht“ akzeptiert werden (und die zu</p>
-------------	---

¹ Vgl. Ehrlich, Grundlegung, S. 146 f. FOLIE 4/13.

ähnlichen Reaktionen der Beteiligten im Verletzungsfall führen), deren Durchsetzung institutionell aber kaum oder gar nicht abgesichert ist. Es ist daher nicht verwunderlich, dass Eugen Ehrlichs Theorie heute als ein Vorläufer des transnationalen Rechts aufgefasst wird.

Das Problem der Anerkennungstheorie ist die **mangelhafte Erkennbarkeit** und **Eindeutigkeit** des Anerkennungskriteriums. Schon die Abgrenzung zwischen „Recht“ und „Sitte“ ist problematisch (bei einem Sittenverstoss sieht Ehrlich die Reaktion in der „Entrüstung“); zwischen „Empörung“ und „Entrüstung“ kann man aber kaum genau unterscheiden. Zudem erscheint das psychologische Unterscheidungskriterium als uneindeutig bzw. subjektiv. Eine Gesellschaft ist nicht so homogen, dass diese Gefühle bei allen Gesellschaftsmitgliedern auf einen Normbruch gleich wären.

Eine andere Abgrenzung nimmt die „**Zwangstheorie**“ vor. Die Zwangstheorie wurde in der Rechtssoziologie etwa von **Max Weber** vertreten.² Nach Max Weber ist „Recht“ eine „Ordnung“, die „äußerlich garantiert ist durch die Chance physischen oder psychischen Zwanges durch ein auf Erzwingung der Innehaltung oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines eigens darauf eingestellten Stabes von Menschen.“³ Es sind also zwei Elemente nach der Zwangstheorie Max Webers konstitutiv für „Recht“ sind: die **Existenz eines Erzwingungsstabes** und die **Durchsetzungschance bei Verletzung der Regelung**.

Der wesentliche Vorzug der Zwangstheorie gegenüber der Anerkennungstheorie ist die **bessere Erkennbarkeit** und damit **Eindeutigkeit** des Abgrenzungskriteriums. Meistens lässt sich empirisch feststellen, ob ein Zwangsapparat besteht, der den Normbruch sanktionieren kann. Dies muss – nach Max Weber – nicht zwingend ein staatlicher Zwangsapparat sein, einfacher sozialer Druck reicht aber nicht aus. Nur ein als „legitim“ vorgestelltes Recht hat eine Durchsetzungschance (oder besitzt „Geltung“). Daher ist die Vorstellung der **Legitimität** einer Rechtsordnung bei Max Weber ebenfalls konstitutiv für den Rechtsbegriff. Diese Vorstellung kann auf verschiedenen Gründen beruhen, die Max Weber idealtypisch benennt als traditional, affektuell, wertrational oder im Glauben an die Legalität (zweckrational).

Hauptproblem der Zwangstheorie ist, dass sie **im Kern auf staatliches Recht** fokussiert und daher gewisse Randphänomene (Gewohnheitsrecht, Völkerrecht, transnationales Recht) nicht oder schwer erfasst werden können. Ein weiteres Problem der Zwangstheorie ist das Fehlen **bestimmter inhaltlicher Anforderungen** ans Recht. So können z.B. Normen, die gegen die Menschenwürde verstossen, auch als Recht gelten.

² Andere Vertreter (wurden in der VL nicht besprochen): s. aber Raiser, Rechtssoziologie, S. 178 (Theodor Geiger, Donald Black, Klaus Röhl, Roger Cotterrell).

³ READER 5–6/1695 ff.

	<p>Die Positivitätstheorie bei Luhmann besagt im Grundsatz, dass das Rechtssystem selbst bestimmt, was dazu gehört und was nicht. D.h. es sind nicht rechtsexterne Unterscheidungsmerkmale (z.B. die Moral), die über diese Zugehörigkeit entscheiden. Bei Luhmann (RdG, S. 137) heisst es: "Ob eine Norm eine Rechtsnorm ist oder nicht, kann man deshalb nur durch eine Beobachtung des rekursiven Netzwerkes ihrer Erzeugung feststellen, und das heißt: durch Beobachtung desjenigen Produktionszusammenhangs, der sich durch seine Operationen als System ausdifferenziert." Dabei ist zwischen normativen und kognitiven Erwartungen zu unterscheiden. „Normative Erwartungen“ beziehen sich auf Annahmen, wie sich Handelnde verhalten sollen. Sie werden nicht auch dann nicht aufgegeben, wenn sie im Einzelfall verletzt werden. Das Recht verfolgt einzig die Funktion, normative Erwartungen zu stabilisieren und generalisieren. Kognitive Erwartungen hingegen werden im Enttäuschungsfall aufgegeben.</p> <p>Vorzüge der Positivitätstheorie sind die (scheinbare) Einfachheit und Klarheit. Für Luhmann selbst war es der moralische Pluralismus (permanenter Streit um das "Richtige"), der Moral als Abgrenzungskriterium untauglich machte. In modernen Gesellschaften ist das ein grosses Stück auch die Realität: Der Gesetzgeber und ultimativ die Gerichte entscheiden, was zum Recht gehört.</p> <p>Allerdings muss man fragen, ob das Recht inhaltlich wirklich so kontingent ist, wie es Luhmann darstellt. Heute ist vielfach (auch von Gerichten) anerkannt, dass "schlechthin ungerechtem" Recht schon der Rechtscharakter selbst abzuspochen ist (s. Radbruch'sche Formel; Mauerschützenfälle). Nach Mahlmann (RPh u. RTh, § 15 Rn. 70) könne sich zumindest der Rechtscharakter von Verfassungsrecht sich nicht aus dem Recht selbst ergeben, da dieser in der historischen Realität selten aus einer vorher geltenden Verfassung gewonnen werde.</p>	<p style="text-align: right;">Total für 2 Theorien max. 10 Punkte</p>
<p>2.02</p>	<p>Dieses Zitat stammt aus dem Werk „Legitimation durch Verfahren“ (1969) von Niklas Luhmann.⁴ Es betrifft Fragestellung, wie ein (Gerichts-)Verfahren rechtssoziologisch aufgefasst bzw. analysiert werden sollte. Dieses Zitat wurde in der VL im Zusammenhang mit dem § 8 Verfahren und Konfliktregelung besprochen. Inhaltlich ist es wie folgt zusammenzufassen: (Gerichts-)Verfahren stellen nach Luhmann kein „Ritual“ dar, keine festgelegte Abfolge bestimmter Handlungen, bei der jeweils nur eine Handlung richtig wäre und sich zwangsläufig die eine Handlung aus der vorherigen ergäbe. D.h. die Prozessbeteiligten haben im Rahmen der Verfahrensordnung (den prozessregelnden Gesetzen) eine Wahlmöglichkeit. Der Verfahrensausgang ist prinzipiell offen. Jedes Verfahren hat daher eine Entscheidungsgeschichte, die sich durch die selektiven Entscheidungen der Verfahrensbeteiligten ergibt. Durch das Verfahren wird Komplexität reduziert und so – am Ende des</p>	

⁴ FOLIE 8/14.

	<p>Prozesses – eine Entscheidung ermöglicht.</p> <p>Interpretation: Luhmann deutet in dieser Frühschrift das Verfahren als soziales System, dessen Funktion es ist, Komplexität zu reduzieren und letztlich eine verbindliche Entscheidung herbeizuführen. Gerichte stehen für Luhmann im Zentrum des Rechtssystems (wie es in einer späteren Schrift heisst). Der Kerngedanke ist, dass ein Konflikt, der zum Gegenstand eines Verfahrens wird, seinen Charakter ändert durch Selektion (das System schneidet einen Wirklichkeitsausschnitt aus, es lässt nur eine begrenzte Zahl von Möglichkeiten zu).⁵ Ein Gericht geht selektiv vor, d.h. es verrechtlicht den Konflikt und behandelt ihn nach (Komplexität reduzierenden) Regeln. Luhmann spricht an anderer Stelle vom „Filter des Prozesses“. Es kommt danach nur auf einen kleinen Ausschnitt der Wirklichkeit an, nämlich dem, der im sozialen System des Verfahrens rechtliche Relevanz erhält. Alles andere (und sei es für die Beteiligten persönlich auch noch so entscheidend) wird aus dem Verfahren ausgeschieden. Auch die Rollen verändern sich, z.B. wird die Ehefrau zur „Klägerin“, der Ehemann zum „Beklagten“.</p> <p>Kritik: Luhmann wird eine zu „bürokratische“ Sicht auf das (Gerichts-)Verfahren vorgeworfen. Auch ist nicht klar, inwiefern sich die Deutung des (Gerichts-)Verfahrens als „soziales System“ mit seiner späteren Rechtssoziologie, die das „Recht“ als autopoietisches System bezeichnet, verträgt.</p>	<p>Total max. 10 Punkte</p>
<p>2.03</p>	<p>a) Kritik an der Lückenlosigkeit/mechanischer Auffassung von Richtertätigkeit: Eugen Ehrlich, der Begründer der Freirechtsschule, kritisiert die Auffassung, dass der Richter bloss „la bouche, qui prononce la parole de la loi“ (Montesquieu) sei.⁶ Dies könne gar nicht sein, da die Entscheidungsnormen, aufgrund derer ein Richter streitige Fälle entscheidet, nie lückenlos sind. Das positive Recht (Entscheidungsnormen, staatliches Recht) halte, so Ehrlich, nicht für jedes Rechtsproblem eine Lösung bereit. Vielmehr müsse man den Richter als ein „Organ der gesellschaftlichen Gerechtigkeit“ ansehen, der eine schöpferische Tätigkeit ausübe. Allerdings muss der Richter grundsätzlich gesetzestreu auslegen und nur dann, wenn wirklich eine Lücke im Gesetz besteht, darf er diese unter Rückgriff auf das „lebende Recht“ ausfüllen.</p> <p>b) Kritik an Klassenjustiz: Nach Karl Marx bestimmt das gesellschaftliche Sein das Bewusstsein der Menschen. Auch Richter entscheiden nicht „neutral“, d.h. ausserhalb des Klassenwiderspruchs zwischen Bürgertum und Proletariat (zur Zeit von Marx). Recht ist bei Marx ein Herrschaftsinstrument. Nach Marx ist der Staat, und auch die Justiz, geradezu eine Veranstaltung des Bürgertums zur Unterdrückung des Proletariats und zur Absicherung des bürgerlichen Eigentums. Richterliche Tätigkeit ist also nicht „neutral“ oder „objektiv“, sondern</p>	

⁵ Raiser, Rechtssoziologie, S. 317.

⁶ READER 4/331 ff.

	<p>stellt Klassenjustiz dar.</p> <p>Weitere Möglichkeiten: critical legal studies; empirische Justizforschung (insbes. H. Rottleuthner; R. Dahrendorf) (allerdings nicht Thema der VL)</p>	<p>Total max. 10 Punkte</p>
<p>2.04a)</p>	<p>Ob ein Verhalten Sitte und Anstand verletzt und ob diese Verletzung als grob erscheint, beurteilt sich nicht nach dem Eindruck des besonders unsensiblen oder des besonders empfindsamen, sondern nach der Einschätzung des durchschnittlich empfindenden Menschen (1). Darüber muss der Richter entscheiden (2). Es kommt entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht in Betracht, die Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Ausmass ein bestimmtes Verhalten unter welchen Voraussetzungen Sitte und Anstand verletzt, durch sog. repräsentative Umfragen zu klären (3). Die Anschauungen darüber, ob und in welchem Ausmass ein bestimmtes Verhalten als Sitte und Anstand verletzend empfunden wird, können von Region zu Region verschieden sein (4). ...</p> <p>Das Nacktwandern ist hierzulande und fast überall anderswo heute und seit jeher völlig unüblich und ungewöhnlich (5). Der Mensch, der unterwegs ist, trägt wenigstens ein Kleidungsstück, welches den Intimbereich bedeckt. Nacktwandern widerspricht klar den Sitten und Gebräuchen, Gepflogenheiten und Konventionen (6). ...</p> <p>Es ist davon auszugehen, dass die Menschen im Falle einer Begegnung mit einem Nacktwanderer ganz unterschiedlich reagieren (7). Die konkrete Reaktion im Einzelfall lässt jedoch keine Rückschlüsse darauf zu, wie das Nacktwandern unter dem Gesichtspunkt von Sitte und Anstand grundsätzlich und prinzipiell eingeschätzt wird. Massstab für die Beurteilung kann insoweit auch nicht die Haltung der vielen Gleichgültigen sein (8). Dass ein Verhalten hingenommen wird, weil - wie der Beschwerdeführer konstatiert - die Menschen in der heutigen Gesellschaft sich nur beschränkt füreinander interessieren, bedeutet noch nicht, dass es nicht Sitte und Anstand grob verletzt. ...</p> <p>Das Verbot des Nacktwanderns im öffentlichen Raum findet in Art. 19 Strafrecht/AR eine ausreichende gesetzliche Grundlage. Das Verbot liegt schon mit Rücksicht auf die nachvollziehbare Empörung über das Nacktwandern in Teilen der Bevölkerung (9) und die daher möglichen Zwistigkeiten (10) sowie zwecks Verhinderung von Auswüchsen (11) im öffentlichen Interesse.</p>	<p>Stellen bezieht mit 1-11; pro Stelle max. 1 Punkt, Total max. 5 Punkte</p>

2.04b)	Textstelle	Erläuterung	
	1: Hilfsmittel eines durchschnittlich empfindenden Menschen	<p>- Idealtypus: Das Bundesgericht stützt sich auf ein Konstrukt des durchschnittlich empfindenden Menschen um zu bestimmen, ob das Verhalten Sitte und Anstand grob verletzt. Dies erinnert an Max Weber, der einen Idealtypus konstruiert hat um den Sinn sozialen Handelns zu verstehen. In der Realität tritt so ein reiner Typus nicht auf.</p> <p>- Nach Durkheim ist zwischen der Gesellschaft eines Staates und den Mitgliedern eines Staates in qualitativer Hinsicht zu unterscheiden. Die Gesellschaft besitzt ein Kollektivbewusstsein welches vom Bewusstsein eines Individuums abzugrenzen ist. Der Gesellschaft werden kollektive Vorstellungen, Emotionen und Triebe zugeschrieben, die ihren Sitz und ihre Ursachen in den Verhältnissen haben, in denen sich das Kollektiv befindet.</p>	Max. 3 Punkte
	2: Funktion des Richters	<p>- Richter als „Organ gesellschaftlicher Gerechtigkeit“: Ehrlich macht darauf aufmerksam, dass wenn die Normen keine klare Entscheidung vorgeben, es die Aufgabe des Richters ist, als „Organ gesellschaftlicher Gerechtigkeit“ zu entscheiden. Der Richter kann in bestimmten Fällen nicht nur subsumieren, er muss auch schöpferisch tätig werden.</p> <p>- Gerichtsverfahren im Zentrum des Rechts: Nach Luhmann steht das Gerichtsverfahren und damit der Richter im Zentrum des Rechtssystems. Im Verfahren und damit im Zentrum des Rechtssystems wird entschieden was Recht ist.</p>	Max. 3 Punkte
	3: Argument, dass eine repräsentative Umfrage zur Klärung von Sittenvorstellungen notwendig sein	<p>- Rechtstatsachenforschung (oder empirische Rechtsforschung; Feldforschung): Der Beschwerdeführer bringt vor, dass die Rechtsfrage, ob Nacktwandern das Anstandsgefühl verletze, vor dem Hintergrund einer empirischen Überprüfung der tatsächlichen Rechtsanschauungen geklärt werden müsse.</p> <p>- Rechtskultur: Mit den Anschauungen über Nacktwandern wird auch die Rechtskultur, d.h. die Ideen, Vorstellungen, Meinungen der Bevölkerung einer sozialen Einheit über das Recht angesprochen.⁷</p>	Max. 3 Punkte
	4: Verschiedenheit der Anschauungen über Sitte und Recht	<p>- Pluralismus: Es kann innerhalb einer sozialen Einheit (wie z.B. einem Kanton oder einem Staat) zu einem Pluralismus der Rechtsauffassungen oder Moralvorstellungen kommen.</p>	

⁷ Zur Rechtskultur s. READER 11/1 ff.

		<p>- Rechtskultur: s.o.</p> <p>- Nach Eugen Ehrlich ist „Recht“ primär das gesellschaftliche Recht, nämlich das Recht der Verbände (Organisationsrecht). Die Gesellschaft setzt sich aus zahllosen Verbänden zusammen, welche jeweils nach anderen sozialen Normen leben. Das heisst auch, dass die sozialen Normen, die zu einer Rechtsnorm erstarken, von Verband zu Verband verschieden sind.</p>	Max. 3 Punkte
5: Empirische Auseinandersetzung mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit		<p>- Auffassung der sozialen Tatsachen: Für den Beschwerdeführer ist die Intoleranz des Nacktwandlers eine soziale Tatsache. Nach Emile Durkheim sind soziale Tatsachen die Arten des Handelns, Denkens und Fühlens, die in einer Gesellschaft allgemein auftreten und 1) ausserhalb des Individuums stehen (ihre Wurzeln im kollektiven Bewusstsein haben) und 2) auf den einzelnen einen zwingenden Einfluss ausüben. Viele Tatsachen werden über Generationen gelernt und eingeübt, weshalb der Zwang mit der Zeit nicht mehr bewusst wahrgenommen wird.</p> <p>- Auffassung des sozialen Handelns: Max Weber definiert soziales Handeln, als menschliches Verhalten, welches einen subjektiven Sinn hat und auf das Verhalten der anderen bezogen ist. Das soziale Handeln kann dabei zweckrational, affektiv, wertrational oder traditional sein. Das Bundesgericht verneint für das Nacktwandern das Vorliegen eines Idealtypus.</p>	Max. 3 Punkte
6: Nacktwandern widerspricht den Sitten und den Konventionen		<p>- Unterscheidung „Recht“ vs. Sitte und Konvention: An dieser Stelle wird keine Rechtsaussage getroffen, sondern eine Aussage über andere normative Ordnungen, die als „Sitte“ oder „Konvention“ bezeichnet werden. Anders als bspw. Max Weber unterscheidet das Bundesgericht hier nicht zwischen „Sitte“ und „Konvention“. Nach Max Weber unterscheidet sich „Recht“ von „Konvention“ dadurch, dass es keinen „Stab“ gibt, der ihre Durchsetzung besorgt.⁸ Beide normative Ordnungen sind aber äusserlich garantiert (bei der Konvention durch den Boykott der Standesgenossen). Die Sitte ist nach Max Weber nicht äusserlich garantiert.</p>	Max. 3 Punkte
7: Reaktion der Bevölkerung auf Nacktwanderer		<p>- Unterscheidung „Recht“ vs. „Nicht-Recht“: Das Bundesgericht lässt hier das Argument, dass aufgrund der Reaktion der Bevölkerung über das</p>	

⁸ FOLIEN 6/6; READER 5–6/1695 ff.

**Rechtswissenschaftliche
Fakultät**

		Vorliegen von „Recht“ zu entscheiden sei, nicht zu. Eugen Ehrlichs Anerkennungstheorie hätte aber genau dies behauptet: Für die Frage, ob etwas „Recht“ sei, kommt es nach Ehrlich auf die Reaktion („Empörung“) der übrigen Gesellschaftsmitglieder an.	Max. 3 Punkte
	8. Haltung vieler Gleichgültiger	- Luhmann definiert die Funktion des Rechtssystems als Stabilisierung von normativen Erwartungen. Normative Erwartungen sind Verhaltenserwartungen, die trotz Enttäuschung weiterbestehen. Eine kognitive Erwartung läge vor, wenn die Bevölkerung im Enttäuschungsfall die Erwartung anpassen würde.	Max. 3 Punkte
	9: Empörung der Bevölkerung	- s. bereits unter Nr. 4 - Dass hier von „ Empörung “ die Rede ist, wäre nach Ehrlich ein Hinweis darauf, dass es sich um „Recht“ im Unterschied zu „Nicht-Recht“ handelt.	Max. 3 Punkte
	10: Vermeidung von Zwistigkeiten	- soziale Funktion des Rechts: Konfliktvermeidung - Nach Durkheim lässt sich die in der Gesellschaft geltende Solidarität anhand des geltenden Rechts erforschen. „Repressives Recht“ gilt dabei als Ausdruck „mechanischer Solidarität“, während „restitutives Recht“ als Ausdruck der „organischen Solidarität“ angesehen wird, die darauf abzielt, Störungen zu beseitigen, welche in sozialen Beziehungen aufgetreten sind. Es koordiniert die Freiheit des Individuums mit dem Zusammenhalt der Gesellschaft. Hier geht es also um die Erhaltung des organisch gedachten gesellschaftlichen Ganzen.	Max. 3 Punkte
	11: Vermeidung von Auswüchsen	- soziale Funktion des Rechts: Verhaltenssteuerung	Max. 1 Punkt
			Total max. 15 Punkte