

## **I. Einführung**

### **Was ist Rechtstheorie?**

Rechtstheorie als Begriff ist sehr schwammig. Es ist ein sehr neuer Begriff. 104 Bücher findet man im IDS Luzern, die sich mit Rechtstheorie beschäftigen. Es gibt auch eine Zeitschrift hierüber.

Hier geht es über Reflexion über das Recht. Es soll unabhängig von Praxisformen betrieben werden. Es ist ein Bindestrichfach:

Rechts-

- soziologie
- philosophie
- geschichte

Es sind die grossen sozialtheoretischen Fächer. Das Recht soll isoliert betrachtet werden. Es geht auch um Analyse.

### **Text 1: Bernd Rüthers, Rechtstheorie**

Stark geprägt vom aufklärerischen Ansatz. Das Recht insgesamt systematisch zu beobachten. 3 Funktionen: empirisch, analytisch, normativ. Es sollen Wertungen vorgenommen werden, was Recht wirklich ist. Er kombiniert verschiedene Ansätze. Gegenstand ist die dogmatische Arbeit. Das Ganze wird innerhalb des Rechtssystems gesehen. Er beobachtet aber von aussen. Analytische Funktion: Norm, Rechtssprache. Ziel: Ermittlung des richtigen Rechts. Grenzposition Soziologie – Philosophie.

### **Text 2: Hassemer, Kaufmann/Neumann, Einführung**

Viele Texte sind aus den 80er Jahren. Es gibt keine klare Trennung.

Erklärung der Entstehung des Begriffs: Ende 19. Jahrhundert.

Rechtstheorie ist eher formal ausgerichtet. Es ist beschränkt auf das geltende Recht, aber transzendent.

In dieser Zeit wird die Frage nach Gerechtigkeit in Frage gestellt. Das Naturrecht erlebte im 2. WK eine Renaissance.

Man kann vieles in diesen Topf reinwerfen, was Rechtstheorie heisst. Das ist auch so in den Büchern zu finden. Keine scharfe Abgrenzung möglich bei Rechtstheorie.

### **Text 3: Klaus Röhl, Allgemeine Rechtslehre**

Sehr umfangreiches Lehrbuch mit allen Aspekten. Röhl ist ein Rechtssoziologe und kein Rechtstheoretiker. Einige Aspekte der Rechtstheorie werden übernommen, aber nicht alle. Die Gesetzgebungslehre kann als Teil der Rechtstheorie betrachtet werden.

**Text 4: Ian McLeod, Legal Theory**

Pragmatische Ansätze, viel lockerere Ansicht.

**Text 5: Klaus Adomeit, Rechtstheorie für Studenten**

Einfache Erklärung für Rechtstheorie. Es ist handfest, er gibt Anleitungen. Er ist philosophisch geprägt. Eher veraltetes Lehrbuch. Er stellt die Ansätze der 60er / 70er Jahre vor. Er will, dass die Rechtstheorie Rechtsregeln liefert.

**Text 6: Peter Koller, Theorien des Rechts**

Bietet einen Überblick über die verschiedenen Ansätze. Rechtstheorie als Teil der Rechtsphilosophie.

**Text 7: Roger Cotterell, Law's community**

Er ist Rechtssoziologe. Stark sozial-wissenschaftlich geprägte Konzeption. Gräber beruft sich stark darauf.

**Text 8: Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft**

2 Phasen: Er war Verwaltungsjurist (Recht als Verfahren). Ging dann nach Amerika und bildete sich als Soziologe weiter. Autopoiese spielte eine grosse Rolle in der 2. Phase. Ganz anderer Ansatz als bei den vorherigen Texten: Umweltkonzepte, wo hört das Recht auf. Bewusste Aussenperspektive.

**Text 9: Roland Dubischar, Einführung in die Rechtstheorie**

Starke Herkunftsanbindung an die Rechtsphilosophie. Kreuzungsprodukt zweier Linien.

## II. Systemtheorie Luhmanns: Einführung

Luhmann studierte Jus, arbeitete dann als Verwaltungsbeamter. 1960 ging er für ein Zusatzstudium in Soziologie nach Amerika.

### Luhmanns Projekt (1968):

„Theorie der Gesellschaft. Dauer: 30 Jahre. Kosten: keine.“ → neue Rechtstheorie Luhmanns, nach Autopoiese

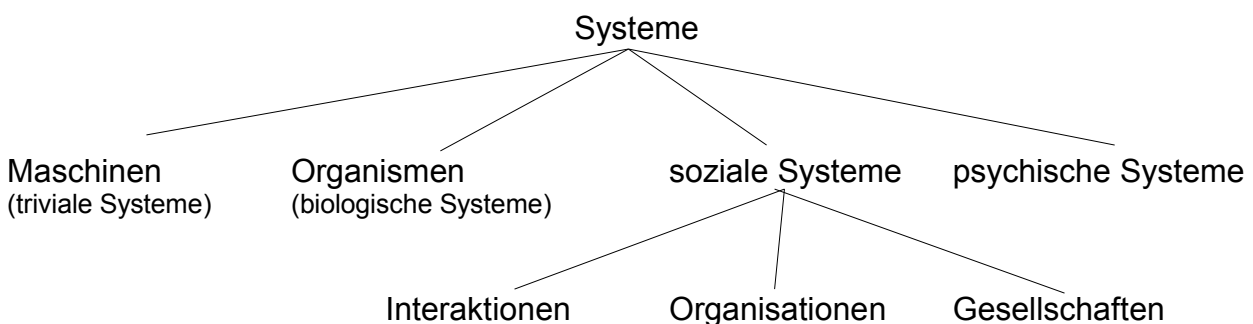
### Theorie sozialer Systeme

→ stark auf Gruppen und Personen bezogen, entgegen der normalen soziologischen Theorien, die auf Handlungen bezogen sind

- Soziologische Theorie, die alles Soziale behandelt und nicht nur Ausschnitte davon.
- Theorie die Ausdifferenzierung von Teilsystemen innerhalb der Gesellschaft.

### „System“ → steht im Zentrum

- Systeme als etwas Eigenes, von anderem Abgrenzbares → geschieht durch Luhmann dadurch, dass die Welt etwas Grenzenloses ist
- Welt als allumfassendes Komplexitätsfeld → keine Grenzen → umgeben von unzähligen, nicht einordbaren Elementen
- Komplexität der Welt als Ausgangsproblem → ist das Allumfassende, alles ist möglich → der Mensch vermag die Welt als Ganzes nicht begreifen. Die Systeme machen die Welt für den Menschen als erfahrbar. Wenn es nicht auf diese Komplexität reduziert wäre, könnte es der Mensch nicht begreifen. Ausserhalb der Welt gibt es Systeme, die nicht komplexitiert sind. Luhmann ist antihierarchisch denkend. Die Ordnung zueinander besteht durch Subsysteme. Wichtig ist, welches System betrachtet wird. Je nachdem ändert sich das System und das Verhältnis zueinander. Das Gesellschaftssystem ist ein Subsystem des sozialen Systems (neben Organisationen, etc.). Es gibt noch: Maschinen, Organismen, psychische Systeme als Obersysteme.



- Komplexität der Welt als Ausgangsproblem
- Systeme entstehen durch Ausdifferenzierung → Differenz als Leitunterscheidung → System ⚡ Umwelt
- Systeme entstehen und verhalten sich wie die Differenz
- Systeme entstehen durch Ordnen einzelner Elemente (Relationieren), die aus der unendlich grossen Masse von unendlichen vielen Elementen ausgewählt wurden, zu einem Ganzen. Das System entsteht aus der unendlichen Komplexität der Welt. Dies grenzt sich durch Unterscheidung vom Rest ab. Alles darum herum ist die Umwelt. Systeme bilden ihre eigene Umwelt.
- System=Zusammenhang von Elementen, deren Beziehungen untereinander quantitativ intensiver und qualitativ produktiver sind als ihre Beziehungen zu anderen Elementen (bezüglich Entstehung). Identität ist nur durch Differenz möglich. Systeme entstehen durch relationieren und selektionieren von Elementen.
- Kontingenz → Möglichsein → alles kann entstehen und das, was entsteht, entsteht kontingent → es wäre auch anders möglich. Kontingenz kann nicht vorhergesagt werden, dass sie entsteht. Es könnte auch anders sein. Wenn aber die Relationierung stattgefunden hat, hatte es eine Gesetzmässigkeit.
- Umwelt schliesst alles das ein, was vom System ausgeschlossen wird.
- Komplexitätsreduktion durch Systembildung.
- Luhmann ist ein Skeptiker.
- Was nicht Umwelt ist, ist System. Die Welt ist über-/hochkomplex. Man muss sie reduzieren.

### Code

- Die Systeme laufen nach einem Prinzip: Code. Jedes System hat eigenen Code. Darin wird entschieden, was für das System relevant ist und was nicht.
- Systembildung durch Relationierung und Selektion von Elementen
- Handlungsfähigkeit des Systems durch Selbststeuerung mittels Code.
- Code als Ordnungs-/Organisationsprinzip des Systems.
- Man will heute eine Gerechtigkeit. Man legte den psychologischen Code in den Rechtscode.
- Der Code entsteht sich durch die Ordnung, welche sich durch ein Ordnungsprinzip ordnet.
- Der Code bestimmt die Identität des Systems.
- Der Code bestimmt, was System ist und was Umwelt → binär (Recht/Unrecht, ja/nein) → die binäre Struktur ist für Luhmann alles!
- In dem Moment, als das System gegeben ist, ist die Differenz gegeben und dadurch auch der Code. Wichtig ist das Abgrenzende. Die Kommunikation ist das Element.

### Bsp:

Mit dem Beginn der Vorlesung wurde das System gebildet. Die Kommunikation hat begonnen. Alles andere bleibt draussen. Sobald das alles beginnt, ist der Code da. Der Code entsteht mit der Systembildung. Nach Luhmann gibt es nur einen geltenden Code in einem System. Der Code wäre hier Vorlesung/nicht Vorlesung.

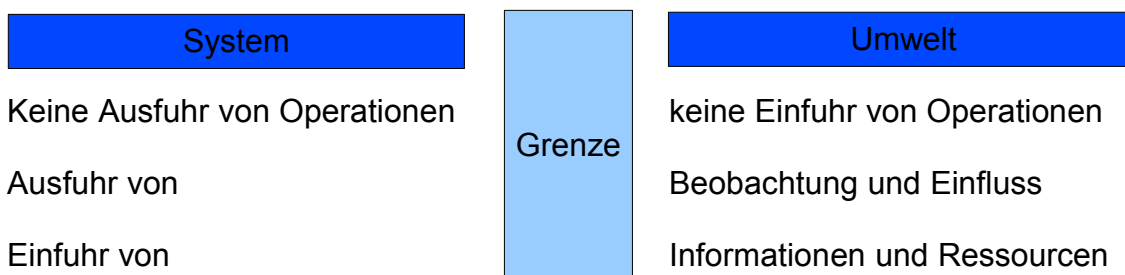
### **Autopoiesis**

= Selbstbezüglichkeit, Selbststeuerung, Selbsterzeugung (in Biologie)

- Systeme werden unter der Voraussetzung als autopoietisch bezeichnet, wenn sie die Elemente, aus denen sie bestehen, durch die Elemente aus denen sie bestehen, selbst produzieren und reproduzieren.
- Operationale Geschlossenheit = operationale Unabhängigkeit von der Umwelt. → reproduziert sich selber in sich geschlossen → nach dem Code (ist massgebend)
  - Jede Operation muss anschlussfähig sein → muss an die vorbestehende Kommunikation des Systems angeschlossen werden
  - Im System herrscht Anschlusszwang
  - Unterscheidung zwischen Vorher und Nachher = Zeitdimension, Systemgedächtnis

### **Bsp:**

Wenn der Richter im Gerichtssaal eine Arie vorträgt, dann ist seine Kommunikation nicht anschlussfähig.



Das System hat die Fähigkeit der Wahrnehmung. Das System macht sich ein Bild, was draussen ist und entscheidet, ob das relevant ist oder nicht. Man konstruiert die Umwelt.

### **Kognitive Offenheit**

- Wahrnehmungsfähigkeit des Systems
- Informationen als Konstrukte des Systems
- Systeme benötigen best. fundamentale Grundvoraussetzungen ihrer Umwelt für ihre Existenz

### **Selbstreferentialität**

- System muss sich selbst von der Umwelt unterscheiden können
- Nachbildung der System/Umwelt-Differenz innerhalb des Systems

### Irritation

- Umwelt kann nicht direkt auf das System einwirken
- Umwelt produziert Lärm

Es gibt keine direkte Wirkung der Umwelt auf die Systeme (Ausnahme: Atombombe...), sonst wären es keine Systeme.

Selbstbeschreibung: als auch selbst reproduktive Operation.

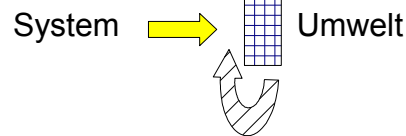
### Beobachtung

- unterscheiden, ob eine Operation zum System gehört oder nicht und diese dann anschliessend zum System zugehörig (oder eben nicht) bezeichnen.
- Re-entry der System/Umwelt Differenz = Verwendung dieser Abgrenzung als Grundkategorie für sämtliches Unterscheiden, sämtliches Beobachten
- Das System beobachtet, wie es sich selbst

1) System/Umwelt-Differenz durch OPERIEREN des Systems



2) Selbst-/Fremdreferenz



### Kommunikation

Es braucht mehr als nur eine Mitteilung. Es braucht eine Information.

- Information: Selektion Alters = Unterscheidung zwischen dem Gesagten und dem das durch das Nichtsagen ausgeschlossen bleibt
- Mitteilung: Kommunikation, da sich Kommunikation nur realisiert, wenn sie verstanden wird ist → zentral, dass der andere die Entscheidung mitvollziehen kann → ist für uns gängige Kommunikation → Luhmann schlüsselt dies aber in 3 Schritte auf
- Verstehen = Realisierung der Unterscheidung der Kommunikation (=zwischen Mitteilung und Verstehen), Selektion da Aktualisierung der besonderen Differenz zwischen Information und Mitteilung und Ausschluss anderer Möglichkeiten der Aktualisierung → es gibt kein „richtiges“ Verstehen, man kann auch missverstehen, darunter versteht man aber trotzdem Kommunikation
- Strukturelle Kopplung psychischer und sozialer Systeme → keine Kommunikation (soziales System( ohne Bewusstsein (psychisches System) und kein Bewusstsein ohne Kommunikation

Beispiel: Das System Vorlesung kann nur stattfinden, wenn auch jemand da ist, der die Information versteht.

## Sinn

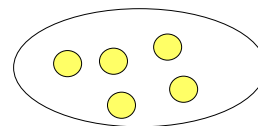
- Sinn als Universalmedium psychischer und sozialer Systeme
- Es gibt immer eine unendliche Anzahl möglicher Anschlussmöglichkeiten = Kontingenz → Sinn als laufende Aktualisieren von Möglichkeiten
- Sinnzwang → es gibt kein Entweichen vom Sinn, auch das „Sinnlose“ hat Sinn
- permanente Steigerung der Systemkomplexität → Reduktion der Komplexität → es sind immer wieder Möglichkeiten da, sind nicht eliminiert → absolute Komplexität wie ein Kuchen, die Systeme als Stück oder Teil davon → machen das Ganze so verständlich

Man kann nicht sinnlos operieren.

## Ausdifferenzierung der Funktionssysteme

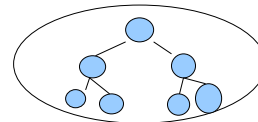
Semgentäre Gesellschaft

→ gleichgeordnete Gesellschaftssegmente

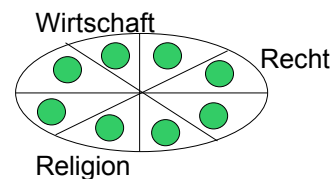


Stratifikatorische Gesellschaft

→ Hierarchisch geordnete Gesellschaftssegmente  
(z.B. Mittelalter) → strenge Hierarchisierung



Funktionssysteme → Individuen in durchlässigen Funktionssystemen (Bildung ab 17./18. Jahrhundert)  
→ darauf baut Luhmann



Einfachere Gesellschaften → können nicht reagieren

## II.1. Systemtheorie Luhmanns: Rechtssystem

### Rechtssystem als autopoietisches Sozialsystem 2. Grades

Erfragung der Funktion des Rechts für die Gesellschaft → Stabilisierung von Verhaltenserwartungen → Aufrecht erhalten im Falle einer Enttäuschung

### Bsp:

StGB → Erwartung wird dort fixiert → werden dauernd enttäuscht → es muss diese Erwartung bestätigen, so dass nicht dagegen verstossen wird.

Normen „wenn – dann“ (TB – RF) sind kontrafaktisch. Diese Normen gelten in der Gesellschaft und sollen die Erwartungen bestätigen. Damit sagt das Recht, was erwartet wird und wie es sein soll. Die für uns nicht steuerbare Zukunft soll eingebremst werden. Das Recht begrenzt die Erwartungen für die Zukunft. Das Recht soll auf die Zukunft stabilisierend wirken. Die Selektionen sollen vorbestimmt sein. Vertrauen ist nicht stabilisiert.

Luhmanns Theorien sind vor allem auf westliche Gesellschaften anwendbar. Dort, wo

Tradition und Sitte stark verankert sind, ist sie nicht anwendbar. Moralprogramme sind in modernen Gesellschaften nicht konsensfähig. Via Politik kann man Konsens herstellen. Gerechtigkeit ist auch nicht konsensfähig und nicht Funktion des Rechts. Das Recht hat eine Zeitdimension, es soll dem Recht auf Zukunft gerichtet Konsens geben. Es gibt einen situativen, sich verändernden Konsens des Rechts. Er ist also nicht ewig. Luhmann macht eine Universaltheorie, er ist nicht totalitär.

### **Code**

Die Systeme sind binär codiert. Es klärt sich so, was relevant und irrelevant ist. Alles basiert auf diesem Code (operative Geschlossenheit des Systems). Das Rechtssystem macht sich ein eigenes Bild der Umwelt. → Rechtswirklichkeit  
Das Recht konstruiert seine eigene Wirklichkeit.

### **Bsp:**

Anwaltskanzlei → Preis → Kunde selektiert bereits. Anwalt muss Wirklichkeit konstruieren. Er will Gerechtigkeit haben und man muss daraus einen Rechtsfall machen. Man muss an Rechtsoperationen anschliessen und viel ausselektieren. Nur die Rechtswirklichkeit ist systemrelevant. Man muss lernen, wie der Code „Recht/Unrecht“ benutzt wird.

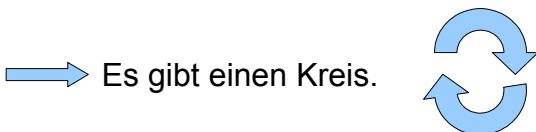
Rechtswirklichkeit: Luhmann meint nicht die Umwelt, sondern die Selektion, welche das Rechtssystem aus der Umwelt gemacht hat. Ist nie kongruent mit der Umwelt.

## **II.4. Systemtheorie Luhmanns: Evolution**

### **1. Systemtheoretisches Evolutionsmodell**

Luhmann hat das Darwinsche Modell genommen und auf die Systemtheorie übertragen. Für ihn besteht das aus 3 Schritten:

- **Variation**
  - Ist das überraschende Moment.
  - Es kommt zu einer unerwarteten Kommunikation/Ereignis. Das irritiert. Ansonsten gibt es keine Störung.
  - Das NEIN löst die Variation aus. Es kann neues erzeugen.
  - Liefert das Rohmaterial.
- **Selektion**
  - Mit eigenen Mechanismen nimmt das System eine Selektion vor.
  - Was ist brauchbar und was nicht?
  - Man kann die Variation auch ablehnen! In der Wahl ist diese Möglichkeit darin enthalten.
  - Es gibt eine Struktur.
  - Bastelt daraus etwas, das systemrelevant wird.
- **Retention/Stabilisation/Restabilisierung**
  - Das Neue wird eingebaut in das bestehende System.
  - Das kann neue Variation auslösen.



### **Bsp: Gleichgeschlechtliche Partnerschaft**

Früher war es der Verbindung Mann – Frau vorbehalten. Plötzlich gibt es auch Mann – Mann- / Frau – Frau-Beziehungen. Das Recht kennt diese Beziehung aber nicht. Das löst Variation aus. Es gibt Anpassungen. Plötzlich wollen diese Paare auch Kinder. Dies löst wiederum Variationen aus.

Die Gesetzgebung ist ein politischer Prozess. Die Juristen erarbeiten dann den Code des Rechtssystems. Die Politik schaut auf das Recht. Der oben beschriebene Prozess läuft intern ab.

Ohne Irritation gibt es keine Variation, geht also immer voraus.

### **2. Rechtsinterne Einrichtungen**

#### **Auslöser für Irritationen:**

Umweltkatastrophen, Konflikte, Erdbeben, etc.

Hauptanlass der Variation ist das Rauschen der Politik. Das Recht muss darauf reagieren. Reduktion von Komplexität. Es gibt also viele Anlässe.

#### **Selektion:**

Die Entscheidungssysteme markieren das Ganze mit dem Code Recht – Unrecht. Natürlich machen sie das mit Blick auf das Ganze System. Wie kann das neue Problem eingeordnet und anschlussfähig gemacht werden?

Systeme sind relativ träge. Es gibt also keine Revolution.  
Alles ist binär. Selektion heisst immer, man hat 2 Möglichkeiten.  
Ja – Nein, On – Off, Plus – Minus, etc.

### **Stabilisierung:**

Die Stabilisierung ist der Einbau in das System. Die Rechtsordnung ist vollständig. Wenn wir eine Lücke haben, müssen wir sie systemkonform füllen. → Art. 1 ZGB: wie ein Richter  
→ Einheit der Rechtsordnung

### **Beispiel:**

Schwangerschaftsabbruch → Verbot im StGB  
Irgendwann haben die Gerichte die Norm nicht mehr angewendet.  
Man schaut auch, was der Gesetzgeber wollte. → Beispiel der harten Pornografie.  
Man wollte diese verbieten und hat eine Norm aufgestellt, die Abbildungen, etc. mit Kindern, Tieren und menschlichen Ausscheidungen verbietet. Ein Zürcher Staatsanwalt hat „normale“ pornografische Filme beschlagnahmt und ging bis vor BGer. Sperma ist nun keine menschliche Ausscheidung. Was ist es nun? Man meinte damit ja nicht das. Wurde angepasst, was der Gesetzgeber damit gemeint hatte.

### **3. Entwicklung**

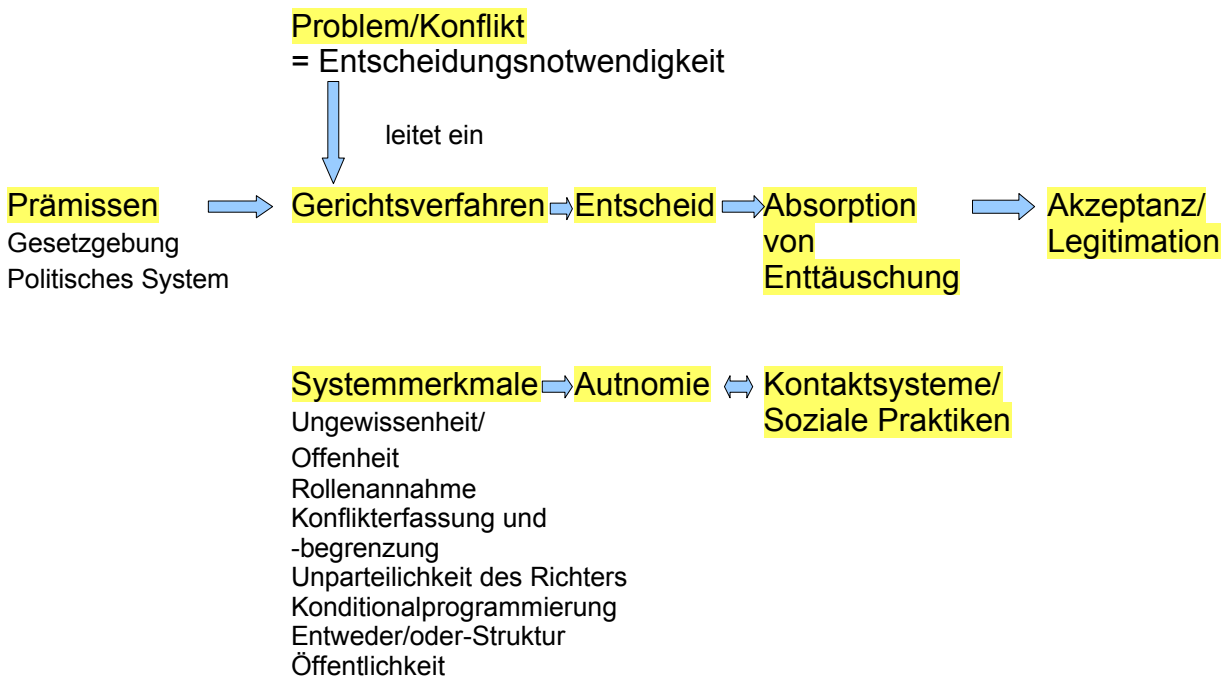
Es kann zu Reaktionen führen, muss aber nicht.  
Das System ist relativ träge und baut auf Rechtssicherheit/-stabilität auf.  
Das Recht ist sensibler gegenüber anderen Teilsystemen.  
Die Steigerung ist die Ko-Variation. Es ist eine Kontextsteuerung und bestimmt vor. Es gibt Bereiche, in denen die Teilsysteme wie zusammen kommen. Es ist ein Verhandlungssystem, das entsteht. Dort kommen Wirtschaftsvertreter mit Juristen zusammen. Es entstehen Schaltstellen zwischen den Systemen.

### **Beispiel: Ausdifferenzierung der Funktionssysteme**

Frage der rechtlichen Entscheidung. Die Autonomie des Rechts. Es geht um eine Katastrophe: 16. Januar 1693 → Erdbeben in Sizilien.  
Ein Drittel der Insel wird zerstört, viele Tote. Die Reichsstadt wird massiv zerstört. Sie liegt auf einem Hügel. Danach beginnt ein 10-jähriger Streit über den Wiederaufbau. Genauer, über den Ort. Es gibt einen Entscheidungsprozess. Darin wird die Stadt Richtung Küste verschoben und dort wieder aufgebaut. 5 Jahre später wird wieder anders entschieden. Vordergründig läuft alles klar nach rechtlichen Strukturen ab. Im Hintergrund sind aber noch Religion und die sozialen Netze. Das Recht kommt also gar nicht so autonom daher, wie es bis dahin angenommen wurde.  
Das Recht des Verfahrens, Handlungssysteme, ...

### **Luhmann:**

Rechtliche Verfahren sind top strukturierte Zeitsysteme. Die kurzfristigen Verfahren sollen einen Entscheid produzieren.  
Solche Rechtsverfahren müssen offen sein, sie müssen gewisse Autonomie haben.



Verfahren bauen auf der Enttäuschung auf. Diese muss absorbiert werden. Die Garantie dafür ist im Verfahren drin.

Die Leute wollen aus der zerstörten Stadt weg. Der König schickt nun Leute hin für den Aufbau. Man legt die neuen Grenzen fest, ca. 10 km Richtung Küste. Der König hat aber Durchsetzungsprobleme. Die Entscheidungen werden nicht durchgesetzt. Der König schickt einen Kommissär hin. Dieser bringt die Religion mit ein. Er packt den Stadtheiligen ein und verschiebt ihn zum neuen Standort. Er wird von einer Gruppe von städtischen Adligen unterstützt. Die Leute kommen mit, aber die neue Stadt liegt an einem Hang. Der Bauer wollte die Stadt auf dem Hochplateau bauen. Beim Hochtragen des Stadtheiligen auf das Plateau blieb der Trupp stecken und platzierte den Heiligen provisorisch im Hang. Die Leute platzieren sich natürlich unterhalb des Heiligen. Überraschend landet 1698 ein anonymes Schreiben beim König in Madrid. Es sei nicht möglich, die Stadt dort zu lassen und man müsse die Stadt verschieben. Der König setzt das übliche Rechtssystem ein. Sie lassen ein Gutachten machen und schickt zugleich den Bischof hin um eine Volksabstimmung zu machen. Nur die niedrigen Stände sind für die Rückkehr, die Adligen sind für ein Verbleiben. Natürlich sind die niedrigen Stände in der Mehrheit: Rückkehr. 1700 wird ein 1. Entscheid des Vize-Königs gemacht. Das Gericht hatte 2 Stellungnahmen abgegeben. Der Vize-König entscheidet für die Rückkehr. 2 Monate später verwirft er den Entscheid und sagt, jeder soll selber entscheiden, wo er wohnen will. Rechtlich betrachtet ist das eine Katastrophe. Er zerstört das bisher aufgebaute Vertrauen. Es ist ein Nicht-Entscheid! Der Vize-König zieht sich zurück. Die Adligen beherrschen aber die Stadt und verhindern, dass die Leute wegziehen. Sie beginnen, die neue Stadt zu etablieren. Im Nachhinein anerkennt der Vize-König den Nichtentscheid. Religion und soziale Netze beeinflussen und beeinträchtigen die rechtlichen Systeme stark. Es wird formalistisch argumentiert.

## **Systemtheorie Luhmanns: Pro und Contra**

### **Meinungen:**

- Theorie sei sehr abgehoben und nicht praxisnah  
→ hier spielen viele Aspekte mit  
→ Krause sagt eigentlich genau das, schreibt aber selber genauso abgehoben
- Man muss die verwendeten Begriffe kennen und zwar so, wie die Autoren sie verstehen! (Bsp: Kommunikation)
- Luhmann's Theorie beruht auf seinen eigenen Beobachtungen und Erfahrungen  
→ was bedeutet „Praxis“
- Systembeziehungen und strukturierte Kopplungen
- Abstraktion ist etwas Nahe liegendes, um gewisse Phänomene in Griff zu bekommen
- Man will eine Reflexionsebene schaffen um eben reflektieren zu können.
- Die Luhmann-Denkweise hat auch etwas zerstörerisches. Man verliert den Halt, den uns die Philosophie gibt. Es gibt keinen ewigen Wert. Man propagiert fast einen Nihilismus. Der Rechtscode besteht. Aber es kann sein, dass dieser durch den ideologischen Code überschrieben wird. Es gibt keine konsensfähigen Werte. Nur das Recht auf Leben ist für Luhmann Konsens. Rechtsstaatlichkeit, etc. sind noch nötig. Auf der virtuellen Ebene brauchen wir diese Fiktion.
- Streitpunkt ist oft das Individuum. Die Systemtheorie ist universal in ihrem Anspruch eine Grosstheorie zu sein, die versucht, eine Theorie für alles mögliche zu sein. Luminati sagt, sie erkläre nur Teilaspekte. Universal ist der Anspruch, nicht der Inhalt!
- Soll die Rechtssoziologie einfach Hilfswissenschaft sein? Sie soll Rechtstatsachen erforschen. Diese Forschung ist heute fast ausgestorben. Die Zutrittsschranken sind die komplexen Begrifflichkeiten. Sein Thema ist es nicht, wie alles genau abläuft.

### **Pro**

- Der Beobachterstatus erlaubt uns mehr zu sehen. Man muss ihn kennen und ab und zu auch einnehmen. Das hilft für die klare Durchsicht. Es ist ein Instrument der Reflexionsebene. Es ist alles konstruiert und es gibt keine absolute Wahrheit.

Enge Anbindung des Richters an das positive Recht. Sie zeigt eine scharfe Trennung der Moral von der Politik.

Auch bei Kant steht: Recht muss nicht Moral sein. Der Konstruktivismus: Vorwurf, rein spekulativ konstruiert.

Gängige Auffassung: man kann nicht akzeptieren, dass das Recht autonom sein soll. Luhmann trennt Recht und Politik vollkommen.

Die Institutionsebene verschieben: Luhmann beschäftigt sich nicht gross damit. Es ist aber ein interessanter Zweig der Soziologie.

Es gibt über Kommunikation hinaus andere Kategorien der Analyse, die man braucht, um zu erklären (Statistiken zu machen). Diese Elemente gehen verloren durch diese reine Fokussierung auf Kommunikation.

## **II.6. Systemtheorie nach Luhmann:**

### **Gunther Teubner**

- Teubner ist etwas realitätsnaher → Praxisbezug
  - Er ist konkreter und auch moderner als Luhmann.
  - Er versucht analytisch mit den Problemen umzugehen.
  - Er entwickelte eine neue Art von Autopoiese. Es gibt neue Phänomene.
  - Entweder Autonomie oder keine.
1. Frage nach Systembeziehungen und Systemgrenzen → Schwerpunkt liegt dort, wo Luhmann unbefriedigend die Probleme löst
  2. Anspruch der Rechtstheorie, soziale Prozesse beeinflussen zu können und zu müssen → soziologische Jurisprudenz → Luhmann wollte keine Anleitungen geben, Teubner schon → Art Übersetzung
  3. Verrechtlichung (Steuerung der Gesellschaft) → regulatorisches Recht vs. reflexives Recht (wenn Rechtstheorie und Rechtsdogmatik die gesellschaftlichen Bedingungen des Rechts thematisieren und das Recht in seiner Entscheidungspraxis danach operiert) → 80er Jahre Bewegung → Streit zwischen Steuerungsoptimisten und -pessimisten → typisches Recht, welches der Staat einsetzt (regulatorisches Recht) → funktioniert aber nicht, hat zu viele Nebenwirkungen → reflexives Recht: Steuerung muss möglich sein, aber indirekt. Nur möglich, wenn das Recht die Logik der anderen Systeme internalisiert. Die kognitive Offenheit wird anders formuliert. Das Recht soll strukturieren (z.B. Bei Gesetzgebungsverfahren) und institutionalisieren unter Berücksichtigung der Realitäten.
  4. Autopoiese und Hyperzyklus → Teubner definiert die Begriffe anders. Er teilt sie in verschiedene Unterbegriffe auf. Nur dort, wo alle Abläufe miteinander verknüpft sind, ist Autopoiese gegeben.
    - a. *Selbstreferenz*: Oberbegriff für jegliche Zirkularität/Rekursivität → Er braucht das Recht um diese Entwicklung umzusetzen. Die Autopoiese ist die qualifizierteste Form der Selbstreferenz.
    - b. *Selbstbeobachtung*: Fähigkeit des Systems, die Verknüpfung seiner Elemente nicht nur faktisch zu vollziehen, sondern die eigenen Operationen mit Hilfe der eigenen Operationen nachzuvollziehen → 1. Schritt: spontanes Entstehen von auf sich selbst bezogenen Beobachtungen. Eine Unterscheidung auf die Umwelt angewendet, versucht irgendwann auf sich selber Bezug zu nehmen. Durch Selbstbeobachtung nachvollziehen. Wenn das zum Zwang wird (strukturelle Komponente), entsteht Selbstbeschreibung.
    - c. *Selbstbeschreibung*: Selbstbeobachtungen gewinnen Strukturwert und werden zum Aufbau von Ordnung benutzt → second order cybernetics →

Rechtsdogmatik → über den Einzelfall hinaus Begriffe und Strukturen zu bilden. Damit schliesst sie eine bestimmte Art von Argumenten aus: rechtsfremde. Sie strukturiert die Rechtsinformationen.

- d. *Selbstorganisation*: Fähigkeit des Systems, eigene Strukturen aufzubauen → Herstellung einer inneren Ordnung durch das Zusammenspiel der Systemkomponenten (sekundäre Normen) → Normen, die zur Herstellung von primären Normen dienen (bestimmen, wie sie zusammen spielen). Sagen, wann eine Norm eine Rechtsnorm ist.
  - e. *Selbststeuerung*: dynamische Selbstorganisation = Fähigkeit des Systems, eigene Strukturen nach eigenen Kriterien zu verändern → Es müssen noch Normen zur Rechtsänderung da sein. Es darf nicht mehr fremd gesteuert sein. Die Selbststeuerung ist das neue Betriebssystem.
  - f. *Selbstreflexion*: Kombination von Selbststeuerung und Selbstbeschreibung in der Art, dass die selbstkonstituierte Identität als Kriterium der Strukturwahl benutzt wird → reflexives Recht → Identifikation, was Norm (Code) ist. Was ist Recht und was Unrecht? → Vollpositivierung → ständiges Abändern des Rechts. Das Zusammenspiel wird koordiniert. → bewusste kommunikative Prozesse
  - g. *Autopoiese*
    - i. Selbstproduktion sämtlicher Systemkomponenten → System stellt alles selber her → wird nicht von aussen gesteuert. → Verbindung → aus niederen Elementen entstehen neue Systemeinheiten durch autonome Prozesse aus den vorherbestehenden Prozessen. Bsp.: Schachspiel → Komplex aus versch. Bewegungen (Regeln). Ein Zug ist eine Einheit, ist aus diesen Komponenten zusammen gestellt. Es wird dann alles zusammen vernetzt zum Schachspiel.
    - ii. Selbsterhaltung über hyperzyklische Verkettung der selbstproduzierten Kreisläufe → von der diffusen 1. Stufe (des Rechts), wo bestimmte Elemente da sind (diffuses Recht, fremdbestimmt), kommt in der 2. Phase eine erste Definition → allmähliche Ausdifferenzierung → es entstehen neue Formen durch Selbstbeschreibung und -organisation. Die 3. Phase ist dann die Autopoiese → Elemente sind miteinander kongruent, Rechtsnormen entstehen nur durch Verweise. Es ist ein zirkuläres Verhältnis.
    - iii. Selbstbeschreibung als Steuerung der Selbstproduktion
5. Verhältnis zwischen System und Umwelt → es bestehen stärkere Kopplungen zwischen Subsystemen. Bei Luhmann gibt es die Ko-Evolution, bei Teubner wird das stärker aufgeschlüsselt. Er führt neue Begriffe ein.
- a. *Interferenz* → kommunikative Kopplung von gleichartigen Systemen der innergesellschaftlichen Umwelt → Kommunikation kann gleichzeitig mehreren Systemen angehören. Die Luhmannsche Systemtheorie ist blind. Bsp: Vertrag ist ein Rechtsakt und eine kommunikatorische Aktion. Es koppelt beispielsweise Recht und Wirtschaft.
  - b. *Ko-Variation* → wechselseitige Beobachtung und Bewährung von

Rechtsakten vor der Autopoiese des zu regulierenden Systems → Steigerung von Ko-Evolution. Recht muss hier gesteigerte Beobachtungen haben gegenüber der Politik. Das Recht beeinflusst andere Systeme anders, wenn sie nicht auf der gleichen Stufe sind.

- c. Interaktion → Beeinflussung der Mechanismen der Ko-Variation → Erhöhung der Empfindlichkeit des Systems für den Aussenlärm. Es ist nicht direkte Kommunikation, sondern durch Ko-Variation. Man kann die Interaktion steigern, wenn man die Ko-Variation steigert. Das ist reflexives Recht. Wenn es etwas erreichen will, muss man Mechanismen beeinflussen und steigern, damit sie auf gewisse Situationen reagieren.
- d. Kommunikation über Organisation → Aufbau von Inter-System-Beziehungen. Man kann in das System hinein organisieren über die eigenen Systemgrenzen hinweg. Das Recht wird hier kommunikativer.

6. Globalisierung

- a. Entstehung sich globalisierender Subsysteme, die normative Erwartungen produzieren → lebendes Recht → werden normativ aktiv → Aufhebung der Hierarchien. Ist in Recht, Wirtschaft, etc. → Recht des Staates.
- b. Aufhebung der klassischen Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht → Privatregimes der Rechtsproduktion → Private Subjekte beginnen ausserhalb der staatlichen Normen Recht zu setzen. Das Muster von Privat- und öffentlichem Recht wird aufgehoben. Es entstehen Vermischungen. Es entsteht eine neue Pluralität von Rechtsquellen. Diese privatrechtlichen Entwicklungen sind irgendwann (wenn sie global sind) mit dem Problem konfrontiert sind, dass sie Grundrechte tangieren (geniessen ja keinen staatlichen Schutz).
- c. Frage der Konstitutionalisierung → es fehlen Mechanismen in der globalen Rechtsbestimmungen, die begrenzend auf diese Systeme einwirken.
- d. Globales Recht nur durch eine Theorie des Rechtspluralismus und durch neue Rechtsquellenlehre verstehbar → muss neu definiert werden. Wurde früher angewendet, als sich noch kein staatliches Recht als dominant etabliert hat. Der moderne Staat hat den Staatsabsolutismus etabliert. Wir stellen global fest, es gibt einen neuen Rechtsdualismus.
  - i. Entwicklung von den gesellschaftlichen Peripherien, von den Kontaktzonen zu anderen Sozialsystemen her
  - ii. Globales Recht bildet sich in selbstorganisierten Prozessen struktureller Kopplung des Rechts mit laufenden globalisierten Prozessen hochspezialisierter Art → auch die Selbstorganisation ist mit im Spiel.
  - iii. Varietät → es entsteht eine enorme Varietät → Zerstörung der Hierarchien
  - iv. Heterarchie
- e. Globales Recht als Rechtsordnung sui generis → globales Nebeneinander von verschiedenen Rechtsprozessen → es ist nur globales Recht, nicht internationales
  - i. Binnendifferenzierung nicht auf territorialer Grundlage → nicht Staatsbegriff (-gebiet), neue Stufe der Ausdifferenzierung → globale Stufe
  - ii. starke Abhängigkeit von Ausseninteressen → schwache Autonomie → bestimmt von Grosskonzernen oder Global-Players → schaffen Recht in Abhängigkeit mit den eigenen Interessen
  - iii. Geltendes Recht durch private Verfügungen ohne Autorisierung des Staates → widerspricht unserem Konzept von Recht → man fragt nicht nach, ob man darf. Man produziert Recht durch private Autonomie.
  - iv. Selbstvalidierung (Paradox sich selbst in Kraft setzende Verträge) durch
    - 1. Temporalisierung (Sequenzialisierung der Rechtsakte),
    - 2. Hierarchisierung (Primär- und Sekundärregeln)

3. Externalisierung der Beurteilung der Geltungsbedingungen und der Lösung zukünftiger Konflikte (z.B. Schiedsgerichte) → Schaffen selber die Organe, die den Vertragsinhalt bestimmen
- 
- f. Re-Politisierung des globalen Rechts in neuen Formen → Das Problem von Teubner ist, dass im Endeffekt auf der globalen Ebene ein Recht auf rein privater Stufe besteht. Fraglich ist, wie der Staat auf solche Gebilde reagiert. Man muss sich neue Formen überlegen. Mit diesem Konzept kann man aber solche Phänomene besser verstehen.

## 1. Bourdieu

### Zentrale Begriffe

#### Habitus:

- akteursgebundene Figur
- einverlebte Haltung
  - bestimmt Verhalten
  - strukturiert
    - doppelte Funktion
- Basis
- wird unbewusst verwendet
- Primärhabitus
  - Erziehung & Familie zentral
- Implizit = zweite Natur → Geschmack bis Essgewohnheit
- Zweithabit
  - Berufswelt
  - Ausbildung
- ¼ geprägt durch habita
- *Croyance* = Illusion
  - einverlebte Grundüberzeugungen
  - träge → verändert sich nicht mit

#### Feldtheorie:

- Element, das vergleichbar ist mit der Sozialtheorie
- Erziehungskonzeption
- mit der Entwicklung differenzieren sich verschiedene Felder
  - ähnlich wie Subsysteme
    - sind auch relativ autonom
    - kleine, geschlossene Mikroventen
- Es gibt immer wieder neue Felder. Daraus entwickeln sich Unterfelder.
- Räume und Beziehungen
- Es sind Akteure, die in den Räumen Positionen einnehmen müssen. → mobil
- In den Feldern finden Kämpfe statt um die Positionen. → Kampftheorie
- Recht: Theoretiker und Praktiker
- Auf den Feldern gibt es immer zwei gegensätzliche Strukturen. Diese kämpfen um die Positionen im Feld.
- Die Regeln des einzelnen Feldes sind immer wieder anders. Sie sind nicht auf andere Felder übertragbar (= Code in der Systemtheorie). Diese sind teilweise einverleibt und sind nicht einfach rationell erkennbar.
- Ähnlichkeiten mit Zwängen, die die Systeme auf die Subsysteme ausüben.
- Es basiert auf Ausdifferenzierung.
- Was bei Luhmann die leeren Flächen sind, sind die *illusio* (= *croyance*)
- Es kommt ein neues Feld auf.
- Objektive Wirklichkeit = *illusio*
- Es entstehen Felder, wenn sie bemannt sind (Akteure). Das Engagement der Akteure ist der Ausgangspunkt für die Entstehung. Auferlegt diesen Zwänge.
- Kampffeld: Die Akteure kämpfen für die Herrschaft/Macht im Feld. Dafür können

sie nur erlaubte Mittel/Argumente verwenden. Damit bestätigt man die Existenz des Feldes. Damit wird das Feld erhalten. Gleichzeitig verändert sich aber die Struktur des Feldes (dynamisches Element).

- Häeresie: kämpfen für eine andere Position/Struktur des Feldes. Diese muss die Grundüberzeugung mitbringen.
- Die Akteure sind auf diesem Feld engagiert (kämpfen). Die Dynamik ist durch diese Strategien bestimmt.
- Bipolar: ist zentral für die Feldstruktur. Beim Recht ist es die Theorie-Praxis.
- Bodieu ist ein Machtsoziologe, -theoretiker. Es gibt Hierarchien. Die einzelnen Felder stehen zueinander im Hierarchieverhältnis. Das Machtfeld ist nicht das politische Feld. Dort werden die Beziehungen (Hierarchien) zwischen den Feldern festgelegt. Das Recht weist zu. Das ist die Verbindung zwischen Recht- und Machtfeld.

### **Kapital:**

- Nicht im marxistischen Sinn, sondern in einem komplexeren Sinn.
- Diese sozialen Felder sind noch in den Gesamttraum eingebunden. Die einzelnen Akteure haben ihre Positionen auf den Feldern durch ihr mitgebrachtes Kapital, das sie weiterentwickeln (=sozialer Rucksack). Darin befinden sich verschiedene Kapitalsorten. Diese sind abhängig von ihrer Herkunft und ihrer Laufbahn.
- Kapitalsorten
  - ökonomisches Kapital → materieller Reichtum, daraus kann kulturelles Kapital entstehen
  - kulturelles Kapital → Kunstsammlung anlegen
    - einerseits: das Haben
    - andererseits: das Sein (Kompetenzen des Individuums, das es durch Zeitinvestition erwirbt)
    - legitime Form: Titel → ökonomische Umsetzung (Eintritt in Arbeitswelt, etc.), keine einfache Übertragung möglich, die Fertigkeit ist persönlich und mit dem Akteur verbunden
- Soziales Kapital: Beziehungsnetz, dauerhafte Verbindungen von Beziehungen des Kennens und des Anerkennens. Es kann auch vererbt sein. Durch Ausbildung, etc. baut man weitere Beziehungen aus. Diese Beziehungen sind wichtig für die Position auf dem Feld.
- Symbolisches Kapital: kann als Prestige bezeichnet werden. Gibt es für alle Kapitalsorten → Anerkennung.
- Kapitalien: qualitativ, quantitativ, etc. → entscheidend für Positionierung und Chancen. Es gibt aber auch Aussenseiter.
- Es gibt Wechselkurse, Konvertierungsmöglichkeiten zwischen den Kapitalien. Je mehr Zeit man in die Ausbildung investieren kann, umso mehr Titel man hat, desto grösser sind die Chancen.
- Die Kapitalsorten sind massgebend für die Position auf den Feldern, aber nicht für die Hierarchie der Felder.
- Je nach Feld werden die Akteure unterschiedlich eingestuft. Auf den Feldern gibt es Kämpfe, welche Kapitalformen relevant sind für die Positionen. Das ist mobil und dynamisch und verändert sich.

## **2. Bourdieu: juristisches Feld**

Er beeinflusste stark die Rechtsforschung. Der Text ist sehr dicht. Jeder Satz enthält Hinweise und Anweisungen. Im Vergleich mit Luhmann ist viel ähnlich. Er grenzt sich aber klar von Luhmann ab. Luhmann lässt die Akteure ausser acht. Das wirft ihm Bourdieu vor. Das Recht und der Wandel ist aber dadurch geprägt.

Im Ansatz, im Selbstverständnis und in der Differenzierungstheorie sind sie sehr ähnlich und lassen sich kombinieren.

### **1. Zwei verschiedene Ansätze**

formalistischer Ansatz → typisch für das Recht. Ist unabhängig von der Politik. Die soziologische Sicht ist durch Macht geprägt. Kritische Schulen.

### **3. Juristische Arbeitsteilung**

Versuch der Beschreibung der Arbeit auf einem juristischen Feld (S. 4). Es ist ein Ort des Kampfes um zu sagen, was Recht ist. Auf dem Feld: Justiz-Rechtswissenschaft. Die Akteure bringen gewisse Kompetenz mit. Sie interpretieren die Rechtstexte auf bestimmte Art. Die Macht basiert darauf, dass es eine Grundannahme gibt (*illusio*). Das Recht sei unabhängig von anderen Formen. Das Recht beschreibt sich dauernd als autonom gegenüber externen Beeinflussungen. Es gibt eine geteilte Grundannahme (*illusio*). Die Externen nehmen diese an. Es ist ein Ort der Kämpfe. Es geht um ein Monopol.

Die Akteure müssen gewisse Kompetenzen haben (Juristen). Das Laienelement im Recht ist nicht vorhanden. Das Modell ist strikt getrennt zwischen Laienwelt und Berufswelt. Es geht hier um die staatlich legitimierte Sicht der Welt. Sie definiert, wem was gehört. Wichtig ist, dass das Rechtssystem den Schein der Unabhängigkeit hat. Diese Heuchelei muss getragen werden von Rechtsunterworfenen. Die Maschine Recht bestätigt normalerweise die Realität. Wichtig hier ist auch die Rechtssprache. Dort zeigt sich diese *illusio*, die Form der Heuchelei. Sie ist eine spezielle Sprache, die durch Neutralität geprägt ist (S. 5, 1. Spalte unten). Die Rechtsinterpretation ist praktisch orientiert. Weil das so ist, ist die Autonomie eingeschränkt. Zum einen mit den Hierarchien im Rechtssystem, zum andern durch Interpretationsregeln (jur. Methodik). Es ist eine Disziplin vorhanden.

Auf diesem Feld gibt es eine Arbeitsteilung. Es gibt verschiedene Gruppen, die im Kampf stehen. Es sind variable Hierarchien, die auf dem Feld stehen. Es gibt einen Grundgegensatz, der strukturelle gegeben ist: Theorie-Praxis. Dazwischen herrscht ein dauernder Kampf. Das typisch deutsche Professorenrecht ist ein Beispiel dafür.

Diesen Kampf haben wir auch in der schweizerischen Rechtskultur. Diese ist sehr theoriefeindlich. Dies im Gegensatz zur deutschen Rechtswelt, die sehr theoriefreundlich ist. Die Akademiker müssen sich in Praktiker verwandeln. Bei uns ist die Elite viel multipler, Bsp. Eugen Huber (Nationalrat, Redaktor, etc.). Dies ist im Gegensatz zum französischen System, das viel strenger strukturiert ist und die Beschränkung zwischen den einzelnen Kategorien gross ist.

Die Dynamik des Rechts hängt im dem Antagonismus zusammen. Beispiel der Rechtssprechung: Änderung ist möglich. Diese Kämpfe sind für ihn massgeblich für die praktische Bedeutung. Was das Recht schlussendlich ist, ergibt sich aus diesen Kämpfen. Sie sind aus unterschiedlichen Interessen geleitet.

Zitat S. 6, 1. Spalte unten: Eine Soziologie des Rechts muss sich damit beschäftigen, die Stellungnahme, Kommunikationen (inhaltliche Fragen) im juristischen Feld in Verbindung zu bringen mit den Positionen (Stellungen). Man muss den juristischen Diskurs rekonstruieren und sehen, wo die Akteure in diesem Feld positioniert sind. Wer nimmt diese Positionen ein und wie ist der Kampf? Bei ihm geht es auch um die Praxisdifferenz auf dem Feld.

S. 8/9: Bedeutung/Funktion des Rechts, insbesondere des Gerichtsurteils. Durch diese Form entsteht der Eindruck der *illusio*. Die Form des Urteils (Neutralität, Universalität) überträgt sich auch auf den Inhalt. Die Legitimität des Rechts ist durch die Form dieser Urteile gegeben, die sie gerecht erscheinen lassen. Es wird interessensgeleitet argumentiert.

Die Akteure nehmen Positionen ein, sind aber nicht alle in der gleichen Lage, Rechtsressourcen auf dem Feld zu aktualisieren. Das Urteil ist das Produkt des Kampfes auf dem Feld zwischen ungleichen Akteuren. Die konkrete Umsetzung bestimmt sich aus dem Kräfteverhältnis zwischen diesen Akteuren. Einklang zwischen den Akteuren und ihren Kunden. Das Rechtsurteil ist das Produkt des Kampfes.

#### **4. Einrichtung des Rechtsmonopols**

S. 9/10: Das juristische Feld setzt ein Monopol voraus, wer in dieses Feld darf. Laien haben hier nichts zu suchen. Man spricht die technische Rechtssprache, also eine andere Sprache. Das Recht zeigt diesen Habitus. Nur wer die Kenntnisse erworben hat, ist in diesem Diskurs zugelassen.

Im Sinne der Neutralisierung der Beziehung zeigt sich auch das Auftreten der Richter. Die Robe hat die Funktion, den Richter zu verstecken. Die Rituale vor Gericht haben mit dem Habitus zu tun. Der Habitus grenzt die Welt des Rechts von der Recht der Laien ab. Wer mitspielen will, muss die Regeln anerkennen und sie kennen (*croyance*) und sich einbringen.

S. 10, 1. Spalte, letzter Abschnitt: Das stillschweigende Gesetz ist eine Tautologie, dass Konflikte nur rechtlich zu entscheiden sind. Es sagt, dass man nur Rechte entscheiden darf (*Code des Rechts = illusio*). Das führt zur Umdefinition (Umübersetzung) des Rechts. Das Laiengericht argumentiert dann nicht technisch juristisch, aber gerecht. Das Laiengericht wurde als Ausgleich zum reinen Berufsgericht eingerichtet. Wichtig ist das Berufsmonopol und den Zugang zum Rechts. Man erobert sich den Markt der Rechtskunde.

#### **5. Die Macht der Bezeichnung / Benennung**

S. 12: Nomination verstanden der Zuordnung. Das Recht verfügt über diese Macht der Zuweisung der Benennung auch im sozialen Bereich dessen, was wichtig ist. Das

Gerichtsverfahren ist der Ort, wo dieser Kampf ausgetragen wird. Dort wird entschieden über Eigenschaften, die einem zugewiesen wird.

Der Staat ist der Inhaber der legitimen Macht (im Namen des Volkes). Das Recht heiligt die bestehende Ordnung. Das Recht ist das Instrument, das sie soziale Welt gestaltet. Aber diese hingegen ist wieder von ihr gemacht → zirkuläre Funktion. Das Recht muss sich aber auch anpassen können. Es ist das Instrument der legitimen Gestaltung der sozialen Welt.

## 6. Die Kraft der Form

Die Eigenlogik (interne Gesetzmässigkeiten) soll erforscht werden und wie sie sich in der sozialen Welt umsetzen lässt. Die Richter gehören zur politisch und wirtschaftlich dominanten Oberschicht (typisch französisch). Wenn alle in den Schulen gleich geformt wurden (gleicher Habitus erworben), dann verstehen sie sich auf Anhieb. Urteile haben die Funktion, diesen Glauben dauernd zu reproduzieren und zu bestätigen.

S. 15, 2. Spalte, oben: Das Recht kann nur anerkannt sein, wenn es erkannt wird. Die croyance wird der Rechtsordnung zugewiesen und muss dauern reproduziert werden. Die Laien müssen immer wieder aufgeklärt werden, warum sie daran glauben müssen. Diese Aufrechterhaltung der illusio als unabdingbarer Teil des Rechtssystems.

Bei Bourdieu sind die Zwänge, die das System setzt, enorm. Grundsätzlich ist alles eng strukturiert. Bourdieu denkt stärker machtorientiert. Bei Luhmann ist die Macht nicht fassbar. Bei Luhmann interessiert das Produkt, aber nicht, wie es so kommt.

Die Konservierung dient der Bestätigung der sozialen Ordnung. Hinzu kommt der Universalisierungseffekt. Man stellt es als etwas allgemein Geteiltes dar. S. 16

Das Recht definiert auch, was sanktioniert wird → Normalisierungseffekt.  
Homologisierungseffekt = Vergleichbarkeit von Effekten

Der Habitus verfügt nicht über scharfe Instrumente.

## 7. Wirkungen der Homologie

S. 18 ff.: Es hat relative Autonomie im Vergleich zur Kunst. Das juristische Feld ist viel stärker von externen Einflüssen abhängig. Es geht auch um die Frage Beziehung Recht-Politik. Die internen, variablen Hierarchien variieren viel stärker in Bezug auf die Aussenbeziehung. Die notwendigen Veränderungen auf dem juristischen Feld geschehen mittels einer neuen Beschäftigung. Die Orthodoxie braucht die Haeresie. Das ist ein Machtkampf zwischen herrschenden Theorien und neuen Kräften.

### ***Beispiel für Umsetzungen der Bourdieu'schen Konzepten in Kombination mit der Systemtheorie***

→ Geschichte des BGer

Es geht primär um die Richter (Justizpersonal). Ausgangspunkt ist die illusio, die auf dem Rechtsfeld herrscht. Sie beinhaltet in rechtsstaatlichen Systemen das Prinzip der Unabhängigkeit des Richters. Das virtuelle Modell ist im 19. Jahrhundert entstanden. Es besagt, dass die Bindung an das Gesetz gilt.

### LEX JUSTITIA PAX

Sie wird auch an den Gerichtsfassaden dargestellt. Im alten Bundesgerichtspalast in Lausanne war die Helvetia auf der Fassade. Auf dem neuen ist die Justitia. Sie will einen grimmig abhalten, verspricht aber, wenn man reingeht, Gerechtigkeit. Die illusio braucht es, dass die Rechtsempfänger (Laien) akzeptieren, was die Justitia sagt. Man muss es nicht hinter der Fassade verstecken.

Wie sollen die politischen Richterwahlen die Unabhängigkeit wahren?

Wenn wir das schweizerische Rechtssystem ansehen, sieht man, dass es sich ausdifferenziert hat im Laufe der Zeit. Recht und Politik haben einen anderen Code. Besteht eine zirkuläre Beziehung, schränken sie sich gegenseitig ein. Wie geht das BGer mit dem Rechtscode um? Wie weit geht die richterliche Akzeptanz gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes? Wie weit spielen die Rechts- und Politlogik in die Rechtssprechung hinein?

Der Modus der Bundesrichterwahl ist schon lange unverändert. Die Verteilung des Vorschlagsrecht geht nach politischen Regeln. → reine politische Wahl

Es wird ein Kandidat bestimmt. → unpolitische Wahl, nach fachlichen Kriterien

Problem bei uns: sehr informeller Vorgang. Es gibt keine Kriterien. Alles läuft im grauen Bereich ab. Es fehlt die Kommunikation.

Bourdieu hilft uns auf der Suche nach Kriterien für die Richterwahl. Daraus, dass die Richter gewählt werden, grenzen sie die Kriterien für eine Wahl ab. Man hat dann objektive Elemente, die bestätigen, wie die Richterwahl aussieht. Alle Biografien werden gesammelt und in einer Datenbank eingegeben. Zentral ist die Ereignisdatenbank. Dort werden die einzelnen Ereignisse aufgeschlüsselt. Man versucht diese Kriterien dann zuzuweisen. Die Datenbank zeigt dann das Bild zum Zeitpunkt der Wahl. Auch die Habitus Information wird aufgenommen. Man muss alle langweiligen Texte nehmen und daraus den Habitus eruieren. Dieses Projekt läuft momentan. Es basiert auf einer Kombination.

## ***Feministische Rechtstheorie 1***

### ***Gedanken zu Bildern***

Alice Schwarzer engagierte sich stark im Bereich Feminismus. Sie war Herausgeberin der Emma.

Hella von Sinnen als 16-Jährige.

### ***Wer beschäftigt sich damit?***

Es gibt auch Männer, die sich damit beschäftigen, nicht nur Frauen (Geschlechterfrage). Es ist auch nicht eine Frage der sexuellen Ausrichtung. Es ist aber oft eine Frage des Umgangs (müssen mit dem Unterschied umgehen). Politik als Themenbereich der Macht.

### ***Was?***

Grundsätzlich alles. Die Diskussionen im Bereich Arbeitsrecht haben zugenommen.

### ***Feminismus und feministische Strömungen***

Eine Definition zu fällen fällt schwer. Der Begriff kommt aus den 60er Jahren (Strukturen brechen, Welt verändern, Gleichberechtigung). Vor diesen Bestrebungen nannte man sie Frauenrechtlerinnen.

Die Realität wurde von Männern geschaffen, deshalb hat man sich dagegen gewehrt. Die dritte Welle ist eine amerikanische. Es ist ein Mittelschichtsding und wurde nur von weissen Frauen verfolgt. Die Männer wurden miteinbezogen.

Es gibt sehr viele unterschiedliche Konzeptionen, deshalb gibt es nicht DIE Definition.

### ***Gruppen:***

- Universalismus: kein relevanter Unterschied zwischen Mann und Frau. → Nicht-Unterscheidbarkeit
- Differenzialismus: Unterschied durch Geschlechter gegeben
- Individualfeminismus
- Militanter Feminismus

## **Universalismus**

### **Radikalfeminismus:**

Eine Strömung aus der ersten Gruppe. Die Geschlechter sind grundsätzlich gleich. Man kann daraus keine unterschiedliche Behandlung legitimieren. Es gibt kein typisch weiblich, typisch männlich. Unterschiede kommen aus der Gesellschaftsstruktur, welche die Ungleichheiten schafft.

Simone de Beauvoir: schrieb das Buch „Das andere Geschlecht“

Mary Daly: prägte 1968 den Begriff, machte als erste den Unterschied zwischen Geschlecht und gesellschaftlichem Geschlecht

Die gesellschaftlichen Strukturen schaffen die Unterschiede, also muss man gegen diese Strukturen vorgehen: Die Herrschaft der Männer abschaffen.

### **Psychoanalytischer Feminismus:**

In Anlehnung an Freud: es geht um die Rollenzuschreibung durch die Erziehung und Gesellschaft. Sie wollen nun herausfinden, wie das genau geschieht. Was ist der Grund für die Unterdrückung des einen Geschlechts. Die Frau hat die Fürsorgerrolle und lehrt das wiederum ihren Kindern. Diese Rolle ist nicht beweglich. Die Erzieherrolle soll aufgebrochen werden und soll beiden Elternteilen zukommen. Die ganze Geschichtsschreibung stützt sich auf diese Rollenzuschreibung ab. → Text: Ärger der Mütter

### **Marxistischer Feminismus:**

Die marxistische Bewegung ist hier eingebettet. Hinzu kommt, dass man auch der Frau eine bessere Situation schaffen will. Es ist hier nur eine Nebenfrage und keine Hauptfrage dieser Bewegung. Rosa Luxemburg wurde umgebracht. Sie haben sich gegen die Arbeiterposition und die Ungerechtigkeiten aufgelehnt.

### **Materialistischer Feminismus:**

Die marxistische Theorie ist auch hier vorhanden. Es war ein Vorwurf, dass diese Nebenfrage wieder unter der Hauptfrage untergeordnet wurde und es so ein Widerspruch ist.

Frage des Gebärens stellte sich. Man sollte durch Gentechnologie das Gebären für alle möglich machen.

Das bürgerliche Recht soll diese Theorien umsetzen.

### **Dekonstruktiver Feminismus:**

Judith Butler war die Vertreterin dieser Strömung. Es bringt nichts zu sagen, wir unterscheiden zwischen Geschlecht und unterscheiden noch nach sexueller Ausrichtung. Sie sagt, es gibt eigentlich so viele Geschlechter wie Individuen. Man kann sie nicht einem bestimmten Geschlecht zuweisen. Es geht um Identitätenvielfalt, um Geschlechtervielfalt.

## ***Differenzialismus***

### **Gynozentrischer Feminismus:**

Die Frauen sind nicht befreit. Man will von der patriarchalischen in die materialistische Form. Es geht um eine Umkehrung: Frau über Mann.

### **Magischer (esoterischer) Feminismus:**

Ausgangslage: es gibt ein exklusives Frauenwissen → Magie, Heilkunde. Durch Hexenjagden und Verfolgungen ist dieses Wissen verloren gegangen. Man will nun dieses Wissen wieder in die neue Zeit zu überführen. Also müssen wir uns als Magierinnen verstehen. Betonung der Gemeinschaftlichkeit und Ausschluss von Gegnern.

### ***Individualfeminismus***

Wendy ist eine Anwältin und möchte diese Kampfansage der Gleich- oder Ungleichheit nicht mehr haben. Jedes Individuum soll sich best möglich entwickeln. Alle sollen die Möglichkeit haben. Je weniger Normen, desto weniger Gleichheiten. Wir sollen keine Regeln mehr machen, da sich sonst keine Balance einstellen kann. Die wenigen Normen, die es gibt, sollen uns gleich behandeln.

### ***Militanter Feminismus (nicht Prüfungstoff)***

Gang-Manifest: männliches Geschlecht vernichten, etc. Sie macht krasse Aussagen. Sie war ein typisches Missbrauchskind. Das Studium finanzierte sie sich mit Prostitution. Ausserdem war sie schizophran.

→ Man soll die Sachen anders betrachten. Gibt es eine andere Ansicht?

### ***Fenster Schweiz***

Iris von Roten: Sie wollte Anwältin sein, man legte ihr aber Steine in den Weg. Sie kommt mit dem Mutter-Sein nicht zurecht. Sie schreibt dann ein Buch und wird für das Scheitern des Frauenstimmrechts verantwortlich gemacht. Sie wurde dann als Emanze der Nation beschimpft. Sie hat sehr viel schon damals thematisiert, was jetzt bei uns auf dem Tisch ist. 1990 beging sie Selbstmord aus „gesundheitlichen Gründen“.

Bei der Eheschliessung herrscht Gleichheit, aber danach gibt es ein Herrschaftsverhältnis.

Art. 16: die Mehrheit muss beteiligt sein, damit eine Verfassung gültig ist. Es muss aber nicht auch die Mehrheit der Frauen sein!

### **Mary Wollstonecraft:**

Schon die Grossmutter war Frauenrechtlerin. Sie hat viel geschrieben über Frauen und Recht und den Zugang dazu. Das Kind hat immer den Bezug zu den Älteren und nicht zu Gleichen (Kinder). Das sei nicht sachgerecht. Sie fordert, dass Kinder von gleichen erzogen werden. Mädchen und Jungen sollen auch gemeinsam unterrichtet werden. Mit dieser Forderung nach Ko-Edukation will sie ein Experiment starten.

### **John Stuart Mill:**

Die ideale Gesellschaft ermöglicht jedem den maximalen Nutzen und Lust. Es gibt eine platonische Liebschaft, die verheiratet ist. Diese Frau ist eine Frauenrechtlerin. Er hat viel mit ihr diskutiert. Er sagt, dass es bei der Herrschaft über Frauen um Gehorsam geht. Sie wollen die Frauen auch mit aller Kraft erziehen. Frauen seien das genaue Gegenteil von Männern. Die Frau soll unterwürfig sein und sich ausrichten nach der Kontrolle des Mannes. Die Natur der Frauen ist das Gefühlvolle und die Aufopferung für andere. Frauen können ihre Gefühle aber nur ausleben mit Menschen, mit denen sie verbunden sind. Kinder verstärken dies noch, da sie das Band zwischen Mann und Frau sind. Er sagt, dass wenn man drei Voraussetzungen beachtet:

- Anziehung zwischen den verschiedenen Geschlechtern (keine Homosexualität)
- vollständige Abhängigkeit
- alles nur durch ihn möglich

Es gibt nur die Ausrichtung auf den Mann.

Er fragt sich aber, wenn die Frau alles andere auch tun kann und nicht auf diese Rolle reduziert ist? Dann würden diese kaum diese natürlichen Bedingungen annehmen. Er formuliert ein Ideal der Ehe. Für ihn sind das zwei Personen, die ähnliche Ziele, Intellektualität, Fähigkeiten, etc. haben. Das Wiederherstellen der menschlichen Moral ist erst möglich, wenn das verwirklicht ist.

### **Bourdieu:**

Vorherrschaft des Mannes → habitus: Vorstellung, Rolle, Herauslösen schwierig (Meinung reale Lebenswelt),

Der habitus ist von sich aus träge, es wird unbewusst gelebt. Es braucht Zeit, um das zu überwinden und andere Denkstrukturen in den Köpfen verändern.

Er sieht vor allem die Natürlichkeit des Unnatürlichen. Eine nicht natürliche Differenz ist als natürlich deklariert worden und die Menschen sind da hinein gerutscht und hinterfragen es nicht. Wir müssen wieder dazukommen, zu sagen, von aussen zu beobachten und den unnatürlichen Ansatzpunkt hinterfragen.

Natürlich ist nur eine Konstruktion und entsteht willkürlich. Alles ist sozial bedingt.

Er sagt, dieser Zwang sei symbolischer Natur. Das nicht wissen darum, ist das Problem. Es etabliert sich zu einer Natürlichkeit. Er formuliert es so, dass es wie eine Art Gefühl ist

(Bauchgefühl, intuitiv). Er ist immer wieder überrascht, dass bestehende Ordnungen einfach angenommen werden. Es wird nur wenig dagegen gemacht und einfach akzeptiert. Die Suche nach dem Ewigkeitlichen (Gebären).

***Nancy Chodorow:***

Wenn man die Kinder weg gibt, dann übernimmt die Aufgabe wieder eine Frau. Nancy stellt einerseits die Mütterlichkeit und die frauenspezifische Arbeitsteilung fest, hinterfragt das aber gleichzeitig. Sie will sich wissenschaftlich mit der Mütterlichkeit befassen. Es geht nicht zwingend Hand in Hand. Wenn sich die Arbeitsstrukturen ändern, ändern sich nicht auch zwingend die Familienstrukturen.

***Susan Emmenegger:***

Schrieb eine Dissertation im Recht über feministische Theorien. Es gibt Schwierigkeiten, wie das Recht mit den Frauen umgehen soll. Für die eine Seite gibt es Privilegien, die andere Seite hat dafür die Kosten. Es geht um Über- und Unterordnung. Sie kam zum Schluss, dass unser Recht männerdominiert ist. Wenn etwas mit Geschlecht geregelt werden soll, müssen wir das auf einem Nebenweg tun. Es gibt einen typischen Vertragspartner.

***Tanja Nitschke:***

Die feministische Rechtswissenschaft will die Rolle herausfinden. Sie sagt, das Recht tut so, als sei es objektiv, aber es ist historisch. Das Anliegen ist die faktische Gleichheit.

***Margrit Bigler-Eggenberger:***

Kann die Justitia nur gerechte Urteile fällen, wenn sie quasi blind ist für die Person und ihre Stellung in der Gesellschaft. Oder macht es genau keinen Sinn und führt dazu, dass es eben Ungleichheiten gibt. Geschlechtsneutrales oder geschlechtssensibles Recht?

***Luhmann:***

Guter Text, aber nicht Prüfungsstoff!!!

George Spencer Brown ist Mathematiker. Seine Hauptaussage: der erste Schritt um etwas wissenschaftlich zu betrachten, ist eine Unterscheidung zu treffen. Die Unterscheidung wird gemacht, gleichzeitig wurde schon unterschieden. Bei Luhmann haben wir dieses Thema bei Beobachtung angeschaut.

Das Ganze in Bezug auf Frauenforschung: Grundproblematik

## **Ausklang**

### **Prüfungsstoff**

- Vorlesungsunterlagen:
  - Texte
  - Zusammenfassungen / Folien
- Kapitel 1: Einführung
- Kapitel 2: Systemtheorie Luhmanns, Evolution, Pro und Contra, Teubner
- ~~Kapitel 3: Habermas, Amstutz~~ → fällt weg
- Kapitel 4: Bourdieu
- Kapitel 5: Feministische Rechtstheorien

Von verschiedenen Positionen aus argumentieren können. Nicht Details kennen, aber rechtliche Gründe für oder gegen eine Position.

Ca. 1 Woche Vorbereitung (40h).

### **Prüfungsbeispiel**

Zwei Teile (halb/halb)

1. Teil: Wissensfragen (Konzepte, Begriffe aus Theorien)
2. Teil: Thema oder Zeitungsartikel. Es ist frei, mit welcher Theorie man diesen Artikel bearbeiten will. Versuchen, damit die Theorie zu erklären. Das Problem erklären anhand von Luhmann oder Bourdieu. Man soll korrekt mit der Theorie umgehen.

#### **1. Teil:**

Der Rechtsdogmatiker hat seine Aufgabe erfüllt, wenn er die gesuchte Rechtsregel gefunden, entwickelt und durchgesetzt hat. Die Rechtstheorie nimmt dieses sein Arbeitsergebnis zum Objekt. Es geht darum generelle Aussagen über das Recht (Rechtsregeln) zu erarbeiten.

- Was kann man an dieser Aussage in Bezug auf den **Gegenstand** und die **Vorgehensweise** der Rechtstheorie kritisieren? (1 Punkt) → je halber Punkt zu Vorgehensweise und Gegenstand
  - Es ist eine Einengung des Gegenstandes, wenn man sich nur auf die Rechtsdogmatik beschränkt. In diesem Konzept erfolgt eine besondere Einengung des Gegenstandes.
  - Was macht die Rechtsdogmatik, wenn sie Rechtsregeln verarbeitet? Es geht eher um eine Methodenlehre und generelle Aussagen. Es geht um generelle Aussagen des Rechts, was über die Methodenlehre hinaus geht. Der Ansatz ist normativer (Regeln heraus arbeiten). Die Inhalte liefern die Dogmatiker. Diskussion zwischen Rechtstheorie als analytische Wissenschaft → wie es funktioniert, und solche mit normativem Anspruch. Es wird hier stark normativ gedacht. Normativ orientierte Vorgehensweise, Tendenzen zu Rechtsphilosophie (2. Rechtsphilosophie = Rechtsdogmatik)
- Wie definiert **Luhmann** den Gegenstand der Rechtstheorie? (1 Punkt)
  - → alles steht auf den Folien

- Generell bei Luhmann ist rechtlich orientierte Kommunikation Gegenstand. Er beobachtet diese rechtliche orientierte Kommunikation. Alles, was für ihn so erscheint, wird von ihm beobachtet. Nicht die Produkte der Rechtsdogmatik sind Gegenstand, sondern Kommunikation.

Aus welchen Komponenten besteht gemäss Luhmann „**Kommunikation**“? Beschreiben Sie die einzelnen Komponenten genau. (1,5 Punkte).

- Man soll nicht nur einen Begriff hinschreiben, sondern ihn auch erklären.
- Kommunikation muss man *mitteilen, Information haben, verstehen*.
  - Information: selektieren (was er sagt und was er nicht sagt)
  - mitteilen: von a zu b
  - verstehen: b soll verstehen, was a gemeint hat

Warum kann man sagen, dass Recht nicht nur **Konflikte** löst, sondern auch neue Konfliktmöglichkeiten schafft? (2 Punkte) → Teil Systemtheorie!

- Recht und Konflikt lösen → Zuordnung im Rechtssystem
- **Variation, Selektion, Stabilisierung** → **Kreislauf**
- Es gibt eine **zirkuläre** Eigendynamik. Zirkuläre Evolution des Rechts.
- Recht reagiert, löst, stabilisiert. Mit der Zeit löst das Recht selber wieder Konflikte aus (Variation). → Gesteigerte Form der Revolution. Es nimmt Eingriff in das rechtliche Leben und löst so neue Situationen aus.
- Das Recht löst Konflikte → Ziel des Rechts in der Systemtheorie

Welche Arten von **kulturellem Kapital** unterscheidet **Bourdieu**? Zu jedem Begriff fügen Sie noch ein **Beispiel** hinzu. (3 Punkte)

- Objektiviertes kulturelles Kapital (Bücher, Kunstwerke)
- inkorporiertes kulturelles Kapital (Erworbenes, Wahrnehmungsfähigkeiten → Geschmack)
- institutionalisiertes kulturelles Kapital (erworbene Titel → Masterabschluss)

## 2. Teil → Text mit Titel

Mehr Damenhandtaschen – weniger Krawatten → in Norwegens Verwaltungsräten gilt die Frauenquote

Frage 1: Wie würde zu dieser Quotenregelung Stellung genommen?

→ 3 schreiben, 4 zugelassen

a) Aus der Sicht des feministischen Ansatzes der Gleichheit? (1,5 Punkte)

- Anpassung der Machtstrukturen → Ausgleich des Verhältnisses
- Verhältnis in der Gesellschaft → Verhältnis in den VR
- Gesetz sichert Chancengleichheit
- Strukturproblem davor, vorgängige Erfahrung in GL, etc. Ausbildung

- Statt Unterscheidung Frauen/Männer, Diversität fördern
- b) aus der Sicht des feministischen Ansatzes der Ungleichheit? (1,5 Punkte)
- Kombination verschiedener Fähigkeiten → besser für das Unternehmen
  - Aufwertung weiblicher Führungseigenschaften
  - in den Unternehmen → Förderung weiblicher Fähigkeiten
  - Beteiligung an Unternehmensentscheidungen

Frage 2: Was beschreibt das sog. feministische Dilemma? (1 Punkt) → Wissensfrage

- Mit der Quotenregelung wird versucht auf Ungleichheit einzuwirken.
- diese Einflussnahme aber erneuert die Ungleichheit / schreibt sie fest.
- Ziel der Quote ist, sich selbst überflüssig zu machen.

## **2. Teil: SVP-Bundesrichter wehren sich (NZZ 2004)**

Sie nahmen öffentlich Stellung gegen den Antirassismusartikel. Die Partei drohte den Richtern mit einschneidenden Konsequenzen.

Sie orientieren sich am Gesetz und nicht an parteipolitischen Interessen.

Man soll hinterfragen, was da steht und Bezug auf die Theorie nehmen. Kann man die gewählte Theorie korrekt anwenden.

Recht und Politik, Systemtheorie,

Luhmann und Bourdieu, nicht unbedingt Feminismus

Bsp. Luhmann:

Beziehung: Konfrontation, Irritation, wer bestimmt den Code, etc.

Bsp. Bourdieu:

Feldabgrenzung Rechtsmonopol, eigene Fiktion der Unabhängigkeit. Wer bestimmt die Positionen auf dem Rechtsfeld, Politik auf dem Machtsfeld, Feldkämpfe

Hier eher Luhmann. Das Feld eher geschlossen, kann es nicht so verändern.

## **Allgemein zu Theorien:**

Was wird angeschaut? Was schaut sich die Theorie genau an? Wie tut sie das (Brille)?  
Wo legt sie den Schwerpunkt? Von welcher Grundannahme geht sie aus?