

SERIES

Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung: Band 5

Series Editors: Heinz Barta, Michael Ganner



Heinz Barta, Michael Ganner,
Caroline Voithofer (Hg.)

**Zu Eugen Ehrlichs
150. Geburtstag und 90. Todestag**

Heinz Barta
Michael Ganner
Caroline Voithofer

Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck

Diese Publikation wurde mit finanzieller Unterstützung des Amtes der Tiroler Landesregierung (Abteilung Kultur), des Landes Vorarlberg, des Vizerektorats für Forschung der Universität Innsbruck sowie des Instituts für Zivilrecht der Universität Innsbruck gedruckt.



Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://ddb.de> abrufbar.

© *innsbruck* university press, 2013

Universität Innsbruck

1. Auflage

Alle Rechte vorbehalten.

Umschlagbild: Eugen Ehrlich als Rektor der Universität Czernowitz 1906/07.

Zur Verfügung gestellt von em. Univ.-Prof. Mag. Dr. Manfred Rehbinder.

www.uibk.ac.at/iup

ISBN 978-3-902811-98-1

Vorwort

Wir freuen uns, den fünften Band der Reihe ‚Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung‘ vorzulegen. Er enthält die Referate der vierten Tagung ‚Rechtstatsachenforschung – Heute‘, die am 14./15. Juni 2012 in Innsbruck stattgefunden hat. Zusätzlich ist in diesem Band ein Beitrag von em. Univ.-Prof. Dr. Manfred Rehbinder, der Einsichten über das Verhältnis von Valtazar Bogišićs zu Eugen Ehrlichs Werk reflektiert, wiederabgedruckt. Der Beitrag erschien ursprünglich in einer schwer zugänglichen Zeitschrift.

Eugen Ehrlichs anlässlich der Wiederkehr seines 150. Geburtstags (*1862) und seines 90. Todesjahres († 1922) zu gedenken, war uns ein Bedürfnis; es ist aber auch eine wissenschaftliche Notwendigkeit, da Ehrlich eine jener raren Persönlichkeiten der Wissenschaftsgeschichte des Rechts ist, die Großes und Bleibendes geleistet haben. Ehrlichs Denken, das heute vielfach verdrängt und vergessen ist, halten wir in Innsbruck nicht erst seit kurzem hoch. Die Ergänzung herkömmlicher Rechtsdogmatik durch Rechtstatsachenforschung hat schon Franz Gschnitzer gefördert.

Zu den beiden Ehrlichdaten des vergangenen Jahres – Geburts- und Todesjahr – tritt 2013, kaum weniger bedeutend, das 100-Jahr-Jubiläum des Erscheinens seines Hauptwerks, der „Grundlegung der Soziologie des Rechts“. Auch daran soll erinnert werden.

Aus diesen Gründen ist der nunmehr 5. Tagungsband zur „Rechtstatsachenforschung – Heute“ ausschließlich dem Werk Eugen Ehrlichs gewidmet.

Zu danken haben wir für die Veröffentlichung und die Drucklegung den Autor_inn_en, den Institutionen, die diese Publikation finanziell unterstützt haben und der innsbruck university press. Besonderer Dank gilt Herrn em. Univ.-Prof. Dr. *Manfred Rehbinder*, der das Umschlagbild von Eugen Ehrlich zur Verfügung gestellt hat.

Die Herausgeber_innen weisen darauf hin, dass die Beiträge die Ansichten der Autor_inn_en wiedergeben.

Innsbruck, April 2013

Informationen zur Rechtstatsachenforschung an der Innsbrucker Rechtswissenschaftlichen Fakultät finden Sie unter der Internetadresse

www.rechtstatsachenforschung.at

Inhalt

Abkürzungen	9
Bernhard Eccher Begrüßung	11
Andreas Schwartze Begrüßung	13
Heinz Barta Einleitung	17
Manfred Rehbinder Valtazar Bogišić in der Sicht des Rechtssoziologen Eugen Ehrlich	37
Johann Josef Hagen Eugen Ehrlich, der Begründer der Rechtssoziologie	45
Jakob Schiechl Aspekte des lebenden Rechts	59
Michael Ganner Die richterliche Rechtsfindung bei Eugen Ehrlich	81
Miriam Broucek Eugen Ehrlich und sein Vorwurf an die eigengesetzliche ,juristische Logik' der Pandektistik und Begriffsjurisprudenz	89
Caroline Voithofer Recht(squellen) bei Eugen Ehrlich	101
Walter Fuchs Eugen Ehrlich und der Rechtspluralismus	115

Hannelore Schmidt	
Eugen Ehrlichs Soziologie und Jurisprudenz	135
Simon Laimer	
Eugen Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung	145
Özlem Taban	
Zur Lehre der Rechtsfähigkeit bei Eugen Ehrlich	157
Philipp Dobler	
Die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen	177
Derya Trentinaglia	
Arthur Nußbaum und ‚Die Rechtstatsachenforschung‘	191
Georg Miribung	
Alles was Recht ist – Überlegungen zu den Rechtsbegriffen von Eugen Ehrlich und Max Weber	207
Torsten Engelage/Ada Sporer	
Eugen Ehrlichs Politische Schriften	219
Tagungsprogramm	243
Normen und Stichworte	247
Autorinnen und Autoren	255

Abkürzungen

a		JBl	Juristische Blätter
aaO	am angegebenen Ort	Jh	Jahrhundert
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch	JZ	Juristenzeitung
Abs	Absatz	KBB	Koziol/Bydlinski/Bollenberger
Anm	Anmerkung	Kap	Kapitel
Art	Artikel	Lit	Literatur
AußStrG	Außereidengesetz	mA	meiner Ansicht
Bd	Band	mE	meiner Einschätzung
BGB	deutsches Bürgerliches Gesetzbuch	mwH	mit weiteren Hinweisen
BMfJ	Bundesministerium für Justiz	NJW	Neue Juristische Wochenschrift
bspw	beispielsweise	OGH	Oberster Gerichtshof
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz	oJ	ohne Jahresangabe
ca	circa	OR	Obligationenrecht
cc	Codice civile	O. Ö.	Oberösterreich
CISG	Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf	Rn	Randnummer
DCFR	Draft Common Frame of Reference	Rsp	Rechtsprechung
ders	derselbe	Rz	Randziffer
dh	das heißt	Pkt	Punkt
d.i.	das ist	Prof.	Professor/in
ebd	ebenda	s	siehe
etc	et cetera	S	Seite
f	folgende	uam	und andere mehr
ff	fortfolgende	udgl	und dergleichen
Fn	Fußnote	uU	unter Umständen
FS	Festschrift	v	von
gem	gemäß	va	vor allem
GRR	Gemeinsame Referenzrahmen	Vgl	Vergleiche
GS	Gedenkschrift	ZfRS	Zeitschrift für Rechtssoziologie
hg	herausgegeben	ZfRV	Zeitschrift für Rechts- vergleichung
Hg	Herausgeber_innen	ZGB	Schweizer Zivilgesetzbuch
hL	herrschende Lehre	zit	zitiert
hM	herrschende Meinung		
idR	in der Regel		
ifamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht. Beratung – Unterbringung – Rechtsfürsorge		
insb	insbesondere		
insb	insbesondere		
iZm	im Zusammenhang mit		

Bernhard Eccher

Begrüßung

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich möchte zunächst Sie alle ganz herzlich begrüßen und meine Freude über die heutige Tagung zum Ausdruck bringen.

Ganz besonders begrüße ich meinen Kollegen *Heinz Barta*. Er zeichnet neben anderen nun schon zum fünften Mal verantwortlich für die Organisation der ‚Innsbrucker Rechtsstatsachen-Tagungen‘. Diese wurden in den Jahren 2007 und 2008 jeweils mit einem Überblick über die einschlägigen Forschungsarbeiten aus Innsbruck selbst, 2009 mit dem Themenschwerpunkt Medizinrecht und 2011 mit dem Schwerpunkt 200 Jahre ABGB veranstaltet.

Ich begrüße herzlich auch alle Referenten der heutigen Tagung, insbesondere den ersten Referenten Prof. *Johann Josef Hagen* aus Salzburg, der dort Grundlagenwissenschaft mit Schwerpunkt auf Rechtssoziologie lehrt. Ich betone dies deshalb, weil wir hoffentlich bald auch an unserer Fakultät – im Zuge der Nachbesetzung der Stelle von Kollegen Barta – auch nominell einen Grundlagenwissenschaftler gewinnen können. Die Verhandlungen haben begonnen, es gibt einen aussichtsreichen Kandidaten. Wegen des offenen Verfahrens kann ich zwar keine Namen nennen, möchte aber gerade in diesem Kreis versichern, dass ich alles in meinen Möglichkeiten stehende unternehmen möchte, damit dieser für die ganze Fakultät so wichtige und seit langer Zeit geforderte Lehrstuhl bald besetzt werden wird.

Zum heutigen Schwerpunkt, nämlich zur wissenschaftlichen Befassung mit Eugen Ehrlich möchte und kann ich hier nicht viel sagen. Wir werden in diesen zwei Tagen von fachkundigen Referenten und Referentinnen viel über ihn und sein Denken erfahren. So stehen äußerst interessante Themen am Programm: Rechtsfindung, Rechtsquellen, Willenserklärung, juristische Person, die Kontroverse zwischen ihm und *Hans Kelsen*, ein Bezug zu *Arthur Nussbaum* und Vieles mehr. Ich möchte hier nur so viel sagen, dass es höchste Zeit und eine gute Wahl ist, diesen herausragenden österreichischen Rechtssoziologen und Begründer der Rechtssoziologie als Teil der Rechtswissenschaft einmal ins Rampenlicht zu stellen. Und noch eine Bemerkung zu den Forschungsbedingungen Eugen Ehrlichs in Czernowitz darf ich machen: Während das von Eugen Ehrlich gegründete Seminar für lebendes Recht in den Jahren nach

1910 infolge des Mangels an finanziellen Mitteln leider ohne größere Ergebnisse blieb, können wir hier schon auf eine Reihe von interessanten Tagungsbänden zurückblicken, wobei ich die gute Nachricht habe, dass auch der diesjährigen Tagung wieder ein Tagungsband folgen soll.

Abschließend wünsche ich der Tagung einen erfolgreichen Verlauf!

Univ.-Prof. Dr. Bernhard Eccher
Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
Institut für Italienisches Recht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-8100
bernhard.eccher@uibk.ac.at

Andreas Schwartze

Begrüßung

Mit Eugen Ehrlich wird auf dieser Tagung, die zumindest im deutschsprachigen Raum offensichtlich die einzige Veranstaltung zu seinen Jahrestagen darstellt, ein Begründer der Rechtstatsachenforschung sowie der Rechtssoziologie gewürdigt. Beide Grundlagenfächer der Rechtswissenschaften sind eng miteinander verknüpft: Anhand der empirisch ausgerichteten¹ *socio-legal studies* können die Hypothesen überprüft werden, die von der theoriebezogenen Rechtssoziologie über das Zusammenwirken von Recht und Gesellschaft aufgestellt werden.

Ehrlich sprach diesbezüglich von der „Erforschung des lebenden Rechts“². Er hat die Notwendigkeit derartiger Untersuchungen daraus abgeleitet, dass nicht (nur) das von oben verordnete (staatliche) Gesetz das Rechtsleben beherrscht, sondern von unten gestaltete Regelungen³, unter denen er die ‚Urkunden‘ der Kautelarjurisprudenz hervorhob⁴, also etwa Verträge, letztwillige Verfügungen oder Gesellschaftssatzungen. In diesen privatautonom gestalteten Rechtsregeln spiegelte sich die Rechtswirklichkeit, sodass sie als Forschungsobjekte besonders geeignet seien⁵.

Ehrlichs Ansatz fragt damit nach der Wirkung von rechtlichen Regelungen auf das Zusammenleben der Menschen, wie es die Rechtssoziologie kennzeichnet⁶. Auf diese Weise kann die konkrete Funktion⁷ einzelner Rechtsnormen überprüft werden, denn mit ihnen sollen regelmäßig Interessenkonflikte in der Gesellschaft gelöst werden⁸ – sie zielen also auf außerrechtliche Zwecke, welche innerhalb des Rechts selbst nicht nachvollzogen werden können. Daher ist die Perspektive eines externen Beobachters erforderlich⁹, der mit den geeigneten, nicht juristischen sondern sozialwissenschaftlichen Methoden

¹ Barta Zivilrecht II (2004²) 1062.

² Ehrlich Die Erforschung des lebenden Rechts, in: *Rehbinder (Hg) Recht und Leben – Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre* (1967) 11-27.

³ *Contu Book Review: Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*, edited by Marc Hertogh, Osgoode Hall Law Journal 2009, 591.

⁴ Ehrlich Ein Institut für lebendes Recht, JBl 1911, 229 ff. Vgl dazu *Losch/Schwartze* Rechtswissenschaft für Gesellschaftswissenschaften (2006) Rn 21.

⁵ Vgl *Röhl* Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung (1974) 18.

⁶ *Raiser* Grundlagen der Rechtssoziologie (2007⁴) 6.

⁷ Zur funktionalistischen Ausrichtung einer Social Jurisprudence etwa: *Pound* Jurisprudence (1959) 349.

⁸ Vgl *Kirchner/Schwartze*, Recht, in: *Enderle et al (Hg) Lexikon der Wirtschaftsethik* (1993) 877.

⁹ *Losch/Schwartze* (2006) Rn 19. Vgl auch *Dreier* Der Begriff des Rechts, NJW 1986, 890 f.

die Ergebnisse rechtlicher Einwirkung auf menschliches Verhalten untersucht. Auf diese Weise arbeitet auch der wirtschaftswissenschaftliche Zweig derartiger interdisziplinärer Forschungsansätze, die Rechtsökonomik bzw. Ökonomische Theorie des Rechts¹⁰. Bei derartigen Untersuchungen kann sich herausstellen, dass die durch das Recht erzeugten Wirkungen mit der Zielsetzung einer Norm nicht oder nicht genügend übereinstimmen, wodurch rechtspolitisch eine Änderung der Rechtslage zu begründen ist.

Die von Ehrlich etablierte Rechtstatsachenforschung unterstützt im Zusammenspiel mit der Rechtssoziologie daher eine kritische Analyse des geltenden Rechts, wobei durch die Einbeziehung historischen Materials eine Verbindung zur Rechtsgeschichte¹¹ sowie durch die Ausdehnung auf andere Rechtsordnungen eine Verknüpfung mit der Rechtsvergleichung¹² hergestellt werden kann. Seine Werke haben überdies bis in die USA ausgestrahlt, wo sie insbesondere den *legal realism*¹³ beeinflusst haben. Schließlich berufen sich in neuerer Zeit diejenigen auf ihn, die angesichts sich überlagernder staatlicher und überstaatlicher oder transnationaler Regelungssysteme einen Rechtspluralismus konstatieren¹⁴, sodass auch die aktuelle Entwicklung in Richtung privat vereinbarter Vertragsgrundregeln in der Europäischen Union, etwa durch ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht¹⁵, in den Blick gerät.

Besonders wichtig erscheint mir die Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Ansätze in die juristische Ausbildung, für die auch Ehrlich in seinem Gutachten zum 31. Deutschen Juristentag in Wien¹⁶ plädierte, wie ich sie selbst im Rahmen meiner einphasigen Reformausbildung¹⁷ in Hannover, etwa in den

¹⁰ Grundlegend *Kirchner* Ökonomische Theorie des Rechts (1997) 8 f. Im Überblick *Losch/Schwartze* (2006) Rn 26-30.

¹¹ Darauf verweist bereits *Ehrlich* Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913, 1989^a) 16. Zur Rechtsgeschichte als ebenfalls empirisch arbeitende ältere Schwester der Rechtssoziologie: *Willoweit* Anmerkungen zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie, in: *Dreier* (Hg) Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts (2000) 342 f.

¹² Zur Anwendung der rechtsvergleichenden Methode in Ehrlichs Habilitationsschrift *Laimer*, in diesem Band, unter B. Vgl allgemein dazu etwa *Drobnig/Rehbinder* (Hg) Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung (1977).

¹³ *Rogowski* Law and Legality, in: *Harrington/Marshall/Müller* (Hg) Encyclopedia of Social Theory (2006) 313.

¹⁴ So unter ausdrücklicher Berufung auf Ehrlich *Teubner* Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal* 1996, 255-290.

¹⁵ Vorschlag einer Verordnung über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011), 635 endgültig.

¹⁶ *Ehrlich* Was kann geschehen, um bei der Ausbildung (vor und nach Abschluss des Universitätsstudiums) das Verständnis des Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Maße zu fördern?, Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages (1913) 200.

¹⁷ Vgl etwa *Kühling* Neue Wege in der Juristenausbildung, *Kritische Justiz* 1997, 133-141; *Hesse* Soziologie in der Juristenausbildung, FS 150 Jahre Rechtsanwaltsverein Hannover (1981) 134-151.

Kursen zu ‚Recht und Gesellschaft‘, sowie bei meinem Master-Studium am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz, unter anderem unter dem Titel ‚law in context‘, schätzen gelernt habe. Auf diesem Wege sollten weitere bzw neuerliche Anstrengungen unternommen werden.

Ich freue mich daher, dass es gelungen ist, zu Ehren eines derart einflussreichen Rechtswissenschaftlers diese Tagung abzuhalten, auf der zahlreiche unterschiedliche Aspekte seines Werks vorgestellt und diskutiert werden, danke herzlich für die Organisation und ich wünsche einen erfolgreichen Verlauf.

Literatur

- Barta Heinz* 2004²: Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken, II.
- Coutu Michel* 2009: Book Review: Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich, edited by Marc Hertogh, *Osgoode Hall Law Journal* (2009), 587-593.
- Dreier Ralf* 1986: Der Begriff des Rechts, *NJW* 1986, 890-891.
- Drobnig Ulrich/Rehbinder Manfred (Hg)* 1977: Rechtssoziologie und Rechtsvergleichung
- Ehrlich Eugen* 1913: Grundlegung der Soziologie des Rechts (1989⁴).
- Ehrlich Eugen* 1911: Die Erforschung des lebenden Rechts, in: Rehbinder (Hg), *Recht und Leben – Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre* (1967), 11-27.
- Ehrlich Eugen* 1913: Was kann geschehen, um bei der Ausbildung (vor und nach Abschluss des Universitätsstudiums) das Verständnis des Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Maße zu fördern?, *Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages* (1913), 200-220.
- Ehrlich Eugen* 1911: Ein Institut für lebendes Recht, *JB1* 1911, 229-231, 241-244.
- Hesse Hans Albrecht* 1981: Soziologie in der Juristenausbildung, *FS 150 Jahre Rechtsanwaltsverein Hannover* (1981), 134-151.
- Kirchner Christian* 1997: Ökonomische Theorie des Rechts.
- Kirchner Christian/Schwartz Andreas* 1993: Recht, in: Enderle et al (Hg), *Lexikon der Wirtschaftsethik* (1993), 876-877.
- Kähring Jürgen* 1997: Neue Wege in der Juristenausbildung, *Kritische Justiz* 1997, 133-141.
- Laimer Simon* 2013: Eugen Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung, in diesem Band, 145-156.
- Pound Roscoe* 1959: Jurisprudence.
- Raiser Thomas* 2007⁴: Grundlagen der Rechtssoziologie.
- Rogowski Ralf* 2006: Law and Legality, in: Harrington/Marshall/Müller (Hg), *Encyclopedia of Social Theory* (2006), 313.
- Röhl Klaus* 1974: Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung.

Teubner Gunther 1996: Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal* 1996, 255-290.

Willoweit Dietmar 2000: Anmerkungen zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie, in Dreier (Hg), *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts* (2000), 342-343.

Univ.-Prof. Dr. Andreas Schwartze LL.M. (EHI)
Institutsleiter des Instituts für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512 507 8130
andreas.schwartze@uibk.ac.at

Heinz Barta

Einleitung in die 5. Tagung ‚Rechtstatsachenforschung – Heute‘, 14. und 15. Juni 2012

Erinnerung an Eugen Ehrlich

„Nur durch die minutiöse Beobachtung der Wirklichkeit kommt man zur Wahrheit.“

Joseph Roth: 1927, zum 25. Todestag Emile Zolas

- A. Begrüßung – Anlass der Tagung
- B. Eugen Ehrlichs Bedeutung
- C. Das Werk Eugen Ehrlichs
- D. Ehrlichs Nachwirkung
- E. Ehrlichs Interesse an der juristischen Ausbildung
- F. Künftige Arbeit mit und an Eugen Ehrlich
- G. Ausblick

A. Begrüßung – Anlass der Tagung

Ehe ich auf *Eugen Ehrlich* als *Rechtssoziologen* und *Rechtstatsachenforscher* eingehe, möchte ich mich bei allen *bedanken*, die zum Gelingen dieser Veranstaltung beigetragen haben:

- Zu allererst will ich alle herzlich begrüßen, die als Interessierte gekommen sind. Ich hoffe, dass Sie es nicht bereuen werden, sind doch zahlreiche niveauvolle Vorträge zu einem Thema zu erwarten, das sonst kaum behandelt wird: Der große altösterreichische Jurist Eugen Ehrlich ist heute weitgehend ein Unbekannter. – Ich weise ferner auf eine kleine Programmänderung hin: Frau Miriam *Broucek*, die über ‚Eugen Ehrlichs Logik der richterlichen Entscheidung‘ hätte sprechen sollen, musste ihren Vortrag krankheitshalber absagen. Wir haben daher vor der ersten Kaffeepause etwas mehr Zeit, da wir den Vortrag von Jakob *Schiechtl* auf die Zeit nach der Kaffeepause verschoben haben. Kurzfristig absagen musste auch Herr Georg *Miribung*.¹

¹ Sowohl Frau *Broucek*, als auch Herr *Miribung* werden im Sammelband vertreten sein; siehe 89 ff und 207 ff.

- Zu danken haben wir (d. s. die Veranstalter: Michael Ganner, Caroline Voithofer und ich) Dekan Bernhard *Eccher* und unserem Institutsvorstand Andreas *Schwartze* für ihre einführenden Worte und sonstige Unterstützung; danke lieber *Bernhard* und *Andreas*.
- Danken und herzlich namens der Veranstalter begrüßen möchte ich unseren Gast aus Salzburg, Prof. Johann Josef *Hagen*, dessen Ausführungen wir mit großem Interesse entgegensehen. – Hagen hat in Innsbruck studiert und war beim gefürchteten Prof. Franz Novak Assistent. Er hat sich im Fach ‚Zivilprozess‘ habilitiert und sich danach auch der ‚Rechtssoziologie‘ zugewandt. – Sein Buch ‚Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre. Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie‘ (1972) kann ich nur empfehlen.
- Unser Dank gilt auch *allen anderen Vortragenden*, die vornehmlich aus den ‚eigenen Reihen‘ stammen oder in Innsbruck studiert haben. Wir wollen damit jungen Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern und Studierenden die Chance einräumen, sich zu präsentieren. – Dies sind (der Reihe der Vorträge nach):
 - Jakob *Schiechl* (Institut für Römisches Recht),
 - Michael *Ganner* (Institut für Zivilrecht),
 - Caroline *Voithofer* (Institut für Zivilrecht),
 - Walter *Fuchs* (Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie/Wien),
 - Hannelore *Schmidt* (Institut für Zivilrecht/M. Ganner),
 - Simon *Laimer* (Institut für Zivilrecht/Prof. A. Schwartze),
 - Josef *Lercher* (Rechtsanwalt in Dornbirn und mehrfach Vortragender im Bereich Rechtssoziologie/Rechtstatsachenforschung),²
 - Özlem *Taban* (Institut für Zivilrecht/Prof. B. Koch),
 - Philipp *Dobler* (dzt. Notariatskandidat, vorher am Institut für Unternehmensrecht tätig),
 - ähnliches gilt für Derya *Trentinaglia* (früher bei M. Ganner tätig, nun in O. Ö. im Bankenbereich beschäftigt),

² Leider musste auf diesen Beitrag im Tagungsband verzichtet werden.

- Georg *Miribung* (kommt aus Bozen und ist seit kurzem am Institut für Italienisches Recht tätig),³
 - und zuletzt Ada *Sporer* und Torsten *Engelage*: Frau Sporer war Studienassistentin im Strafrecht und setzt nun wie T. Engelage das Studium fort.
- Die dem Programm zu entnehmenden Themen sind ohne Ausnahme dem weitverzweigten und vielschichtigen Werk Eugen Ehrlichs entnommen und sollen einen Einblick in sein Schaffen vermitteln.
 - Bei Michael *Ganner* und Caroline *Voithofer* bedanke ich mich für ihr Interesse und die tatkräftige Mitwirkung bei der Vorbereitung der Tagung, die die fünfte dieser Art ist.
 - Für *finanzielle Unterstützung* haben wir dem verlässlichen Land *Vorarlberg*, der *Universität Innsbruck* (Vizekanzlerat für Forschung), der *Rechtswissenschaftlichen Fakultät* und dem *Institut für Zivilrecht* zu danken.
 - Erwähnen möchte ich ferner, dass wir wie bisher die *Tagungsreferate* in einem Tagungsband publizieren wollen.
 - Eugen Ehrlichs anlässlich der *Wiederkehr seines 150. Geburtstags* (*1862) und seines 90. Todesjahres († 1922) zu gedenken war uns ein Bedürfnis; es ist aber auch eine wissenschaftliche Notwendigkeit, da Ehrlich eine jener raren Persönlichkeiten der Wissenschaftsgeschichte des Rechts ist, die Großes und Bleibendes geleistet haben. Ich möchte das entgegen mancher Kritik an Ehrlich betonen! – Ehrlichs Denken, das heute vielfach verdrängt und vergessen ist, halten wir in Innsbruck nicht erst seit kurzem hoch. Die *Ergänzung herkömmlicher Rechtsdogmatik* durch *Rechtstatsachenforschung* hat schon Franz Gschnitzer gefördert.⁴
 - Es ist bedauerlich, dass sich – wie es scheint – sonst niemand in Österreich (und im Ausland) dieses großen Altösterreichers erinnert, der für ein Verständnis der *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft* steht und der darüber hinaus grundsätzliche Fragen des Rechtsdenkens originell und fundiert behandelt hat.⁵ Aber wir wollen uns nichts vormachen: Das Verhältnis

³ Siehe Anm 1.

⁴ Siehe *Gschnitzers*, 'Vorwort' zu: *J. Fedynskyj* (1968). – Ich verweise ferner auf meine seit 2003 jeweils im Sommersemester stattfindende Vorlesung: 'Rechtstatsachenforschung'.

⁵ Ich erinnere an Ehrlichs Beitrag 'Soziologie und Jurisprudenz' (1906) und die Ausführungen in meinem *Zivilrecht* 2004b Bd II, 1056 ff.

,der‘ Rechtswissenschaft zu den Sozialwissenschaften ist vielen Juristinnen und Juristen immer noch kein Anliegen.⁶ Vermeintliche splendid isolation ist vielen allemal lieber, als eine anspruchsvolle Einbindung der eigenen Disziplin in die Gesellschaft. Das macht nicht nur zusätzliche Arbeit, sondern dadurch wird die eigene Tätigkeit transparenter und überprüfbar/er. Und nicht alle Juristinnen und Juristen und nicht alle Politikerinnen und Politiker sind daran interessiert. Natürlich ist hier auch noch *Kelsens* Einfluss am Werk (wenn man auch Kelsen nicht allein dafür verantwortlich machen kann).⁷ Kelsens Lehre konnte sich freilich im Privatrecht nie namhaft entwickeln; denn einen Verzicht auf ein anspruchsvolles Auslegungsinstrumentarium mit Analogie (als Folge der Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung) und ein weltfremdes Negieren der (im ABGB gesetzlich geregelten!) Lückenfüllung kann sich das Privatrecht schon aus Praktikabilitätsgründen nicht leisten! Das hat die Attraktivität der Reinen Rechtslehre für das Privatrecht in Grenzen gehalten!⁸

B. Eugen Ehrlichs Bedeutung

Ich habe nicht die Absicht anderen Vortragenden ‚ins Zeug‘ zu pfuschen, möchte mich aber nicht auf Begrüßung und Dank beschränken! Und durch den erwähnten Ausfall eines Vortrags bietet sich mir die Möglichkeit, mehr zu sagen. – Ich verzichte aber bewusst auf biographische Ausführungen.

- Ehrlich hatte die neue Disziplin ‚Rechtssoziologie‘ grundsätzlich bereits aufbereitet, ehe andere – das gilt vor allem für Arthur *Nußbaum* – ihm folgten. Für Ehrlich war *Rechtstatsachenforschung* die *praktisch-empirische Seite der Rechtssoziologie*. – Ehrlichs frühe Schriften zur neuen Disziplin reichen hinter die Jahrhundertwende (vom 19. ins 20. Jahrhundert) zurück. Ich be-

⁶ Der Singular ‚Rechtswissenschaft‘ muss mittlerweile betont werden, glauben doch auch schon Juristinnen und Juristen, es gäbe mehr als eine ‚Rechtswissenschaft‘.

⁷ Am *schlechten Verhältnis der Rechtswissenschaft zu den Sozialwissenschaften* trägt weniger die *Reine Rechtslehre* Schuld; *Kelsen* (1911/1970) forderte, was in dieser ‚Schärfe‘ auch überholt ist, nur eine strikte methodische Trennung der Disziplinen und drohte andernfalls mit dem Damoklesschwert des ‚*Methodensynkretismus*‘. – Für das Zivilrecht und das Privatrecht entscheidender war und ist immer noch die Distanz der *Vertreter des ‚beweglichen Systems‘* (W. Wilburg, F. Bydlinski ua) gegen einen Brückenschlag in Richtung ‚Rechtssoziologie‘. Karrierebewusste Epigonen folgten dieser problematischen Einschätzung. F. Bydlinski übergeht Ehrlich auch dort, wo man ihn nicht übergehen darf; etwa beim Gewohnheitsrecht. Ehrlichs Ausführungen dazu sind nämlich von hoher fachlicher Qualität; siehe (1907). Bei *F. Bydlinski* (1982, 213 ff) fehlt in seinen Ausführungen zu ‚Gesetzgebung und Gewohnheit als Rechtsquelle‘ jede Bezugnahme auf Ehrlichs bedeutende Schrift aus dem Jahre 1907; das erspart, auf ‚lästige‘ Argumente und Kritiker einzugehen.

⁸ Vgl *Mayer-Maly* 2002, 265 ff. – In Innsbruck hat das ‚*bewegliche System*‘ (W. Wilburgs) bis zuletzt keine Bewunderer gefunden; siehe *Barta Graeca* Bd II/1, Kap II 9, 416 ff.

tone das aus zwei Gründen: Zum einen wurde *Max Webers* ‚Rechtssoziologie‘ erst 1921, posthum, publiziert.⁹ Ehrlich hat diese Publikation nicht gekannt. – Zum anderen braucht es diesen Hinweis, weil *Arthur Nußbaum* mehrfach den Eindruck erweckt hat, als sei die ‚Rechtstatsachenforschung‘ sein Werk und seine Idee gewesen; von ihm stammt aber nicht mehr als die endgültige Namensgebung: ‚Rechtstatsachenforschung‘, die allerdings von Ehrlich vorgeprägt war. Als Wissenschaftler blieb er Epigone.¹⁰

- Geschichte gemacht hat Ehrlichs Begriff des ‚lebenden‘ Rechts, d.i. das angewandte, gelebte Recht, das nicht in den Gesetzbüchern stehen muss, aber dennoch die Praxis und das Rechtsleben bestimmt, während das Gesetzesrecht immer wieder totes Recht bleibt oder Lücken aufweist. – Diese Begriffsbildung hatte zahlreiche Assoziationen zur Folge, deren berühmteste bis heute die von Roscoe Pound ist, der Ehrlichs Unterscheidung mit *law in action* und *law in the books* in den anglo-amerikanischen Rechtskreis übertrug. – Dazu referiert Jakob Schiechl.
- Verdienstvoll um Ehrlichs Werk gekümmert hat sich *Manfred Rehbinder*, der zunächst in Zürich und zuletzt in Freiburg i. Br. tätig war.¹¹ – Man sieht mittlerweile, dass Ehrlichs Werk insgesamt (auch sein Hauptwerk die ‚Grundlegung der Soziologie des Rechts‘ aus dem Jahr 1913) eine Pionierleistung war, mit der er soziologisch und rechtswissenschaftlich Neuland betrat.¹² Für M. Rehbinder ist Ehrlich der ‚Begründer der Rechtssoziologie‘.¹³

⁹ Problematisch ist es, dass Weber auf Ehrlich kaum eingeht und auch sonst wenig zitiert. – *Rehbinder* (1987, 127 ff) kritisiert Webers ‚Rechtssoziologie‘ inhaltlich wie sprachlich heftig: „[...] Max Webers großes Nachlasswerk ‚Wirtschaft und Gesellschaft‘, [...] erfüllt in idealtypischer Weise die beiden Voraussetzungen, die in Deutschland von Hegel bis Luhmann als für wissenschaftliche Größe unabdingbar angesehen werden: Der Stil ist miserabel, und die Aussage ist dunkel.“

¹⁰ Siehe *Nußbaum* (1914) und (1955). – So wie Rudolph von Ihering nur der Namensgeber und nicht der Erfinder der ‚*cic*‘ ist.

¹¹ Er hat bis zuletzt an Ehrlichs Werk gearbeitet, hat alles, was bekannt ist, herausgegeben und war um Ehrlichs Anerkennung bemüht. Ein von M. Rehbinder über E. Ehrlich in einer abgelegenen Zeitschrift veröffentlichter Aufsatz wird hier (auf seinen Wunsch) erneut abgedruckt: ‚Valtazar Bogišić in der Sicht des Rechtssoziologen Eugen Ehrlich‘ (siehe 45-58). – Ich verweise auf: - *M. Rehbinder*, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich (1967a); - *E. Ehrlich*, Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und Freirechtslehre. Ausgewählt und eingeleitet von *M. Rehbinder* (1967b) und - *Eugen Ehrlich*, Gesetz und lebendes Recht, hg von *M. Rehbinder* (1986). – Vor M. Rehbinder hat sich in Berlin Ernst Hirsch Verdienste um die Rechtstatsachenforschung erworben; s. die ‚Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung‘ der Freien Universität Berlin, hg von Prof Ernst Hirsch.

¹² Vgl etwa *Heldrich* 1993, 475.

¹³ *Rehbinder* 2009, V und (1967a).

„Auch wenn eine lange Reihe von Autoren einzelne Aspekte [... sc. der Rechtssoziologie] schon vor Ehrlich behandelt hat und daher als Vorläufer, teils auch als Begründer der Rechtssoziologie bezeichnet werden (u. a. Montesquieu, Karl Marx, Henry Sumner Maine, Emile Durkheim), ist es erst Ehrlichs kurz vor Beginn des 1. Weltkriegs, nämlich 1913, im Verlag Duncker & Humblot erschienene ‚Grundlegung der Soziologie des Rechts‘ gewesen, die eine umfassende soziologische Rechtstheorie geboten hat.“

- Ehrlich war sich seiner *Pionierstellung* bewusst und schreibt dazu:

„Ich arbeite fast überall auf jungfräulichen Boden, mußte mir oft genug selbst mit der Axt den Weg durch die Dickichte bahnen; es fehlte an Material, an Vorarbeiten, an Literaturnachweisen; um nur eine Übersicht über den Stoff zu gewinnen, mußte ich fast alle europäischen Sprachen erlernen und weite Reisen unternehmen.“¹⁴

- *Überdruss an herkömmlicher Rechtsdogmatik:*

Sein Werk ist durch scharfe Kritik am herkömmlichen Rechtsverständnis und an der ‚rein‘ dogmatischen Rechtswissenschaft geprägt, obwohl er sich bewusst war, dass es eine moderate Form der Rechtsdogmatik braucht. Ehrlich war vor seiner Professur Rechtsanwalt. – F. Bydliński erwähnt Eugen Ehrlich in seiner ‚Methodenlehre‘ auch nicht dort, wo er auf ‚Radikale Dogmatikkritik in der Jurisprudenz‘ eingeht.¹⁵ Es fehlt die Auseinandersetzung mit Ehrlich.

C. Eugen Ehrlichs Werk

Ich entnehme Ehrlichs Werk einzelne Fragestellungen, die er zum Teil mehrfach behandelt hat: Zunächst *Gewohnheitsrecht* und *Lückenfüllung*. – Aus Zeitgründen begnüge ich mich mit Skizzen, wozu kommt, dass diese Themen auch in Vorträgen behandelt werden:

- Ehrlichs Czernowitzer-Rektoratsrede (vom Dezember 1906) behandelte ‚*Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*‘.¹⁶ Es handelt sich um ein Glanzstück aus Ehrlichs Werkstatt, das wissenschaftlich häufig übergangen wird! Zu Unrecht! Ehrlichs Rede ist voller Aperçus, die nicht nur Sprachwitz, sondern auch tiefes fachliches Verständnis vermitteln. – Ehrlich zeichnet darin meisterlich „den Weg [...] vom rein gesellschaftlichen Lebensverhältnis

¹⁴ Aus: *Ehrlich* Gesetz und lebendes Recht (1920) und (1986).

¹⁵ F. *Bydliński* 1982, 152 ff; erwähnt werden Kantorowicz (1906) und Ph. Heck (1914). – Dabei kann man Ehrlich bestimmt nicht nachsagen, dass er die herkömmliche Rechtsdogmatik nicht vehement genug kritisiert hätte.

¹⁶ Die Publikation aus dem Jahre 1907 umfasst 42 Seiten.

zum Rechtsverhältnis“ nach und stellt dabei – anders als Max Weber – nicht nur auf Rechtsstab und Zwang, sondern vor allem auf die Anerkennung durch die Rechtsgenossen ab.¹⁷ Ehrlich vertrat, wie man das später nannte, eine Anerkennungs- und nicht wie Weber eine Zwangstheorie des Rechts: „Die Sitte wird – so Ehrlich – zum Recht, sobald sie als Grundlage der Stammes- oder Staatsverfassung allgemein empfunden wird.“¹⁸

Ehrlich behandelt die Entwicklung zum ‚gesellschaftlichen Gewohnheitsrecht‘ mit anschaulichen Beispielen;¹⁹ - die ‚*Entwicklung zum freien Bodeneigentum*‘;²⁰ - die ‚*Entstehung des Rechtsgeschäfts*‘²¹ oder - die ‚*Urgeschichte des Erbrechts*‘.²²

So verschiedenartig die *Quellen des gesellschaftlichen Gewohnheitsrechts* auch sind, sie entspringen – wie Ehrlich darlegt – den „ursprünglichen gesellschaftlichen Trieben der menschlichen Seele“: So entwickelten sich die Herrschaftsverhältnisse aus der „Hilflosigkeit der Schwachen und Verlassenen“ und „die Rechte an Grund und Boden“ entstammen der „wirtschaftlichen Bodenverfassung“; „die Rechtsgeschäfte haben sich aus zunächst bloß tatsächlichen Verfügungen“ entwickelt, die etwa der Schenkung oder dem Tausch vorangingen;²³ und das Erbrecht verdankt „sein Dasein der räumlichen Nähe gewisser Personen zum Verstorbenen“.²⁴

Anders als zu erwarten – so Ehrlich – enthielten die „ältesten Rechtsbücher [...] zumeist Regeln über Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung, über Streitverfahren und Entscheidung der Streitsachen“. – Dieses frühe (formelle und materielle) Recht, das dazu bestimmt gewesen sei „der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zu Grunde gelegt zu werden“, nennt

¹⁷ Ehrlich 1907, 5.

¹⁸ Ehrlich 1907, 11: Man mag diese Formulierung als zu eng ansehen (denn die Beobachtung gilt auch für kleinere Gemeinschaften wie größere Nachbarschaften oder Dörfer), aber der Grundgedanke ist richtig!

¹⁹ Ehrlich 1907, 25 ff.

²⁰ Ehrlich 1907, 14 ff.

²¹ Ehrlich 1907, 17 ff: Hier findet sich eine Fülle wichtiger Einsichten, die auch als Kritik des (damals) eben erst in Kraft getretenen deutschen BGB zu verstehen ist.

²² Ehrlich 1907, 21 ff. – Ich verweise dazu auch auf meine Ausführungen in ‚Graeca‘ (Bd II/1, Pkt 10, 496 ff), da bei Ehrlich die der römischen vorgelagerte griechische (und orientalische) Entwicklung fehlt. – Die Rechtstatsachenforschung wäre für die Antike Rechtsgeschichte von Bedeutung; siehe dazu meinen Beitrag: ‚Antike Rechtsgeschichte – Heute?‘.

²³ Max Kaser hat diesen Gedanken für das römische Recht übernommen.

²⁴ Ehrlich 1907, 25.

Ehrlich *Entscheidungsnormen*.²⁵ Diese Entscheidungsnormen enthalten und regeln nicht die „gesellschaftliche Ordnung“ selbst, sondern nur Regeln zu „deren Schirm und Schutz“. Ehrlich stellt dazu die berechnigte Frage: „Ist aber diese [gesellschaftliche] Ordnung selbst – gemeint sind die Entscheidungsnormen – nicht Rechters?“ Seine Antwort: „Sie ist mehr als das, sie ist überdies geradezu ein Bestandteil des Inhalts der Entscheidungsnormen.“

Mit der gesellschaftlichen Ordnung wechselt – nach Ehrlich – der „Inhalt der Entscheidungsnormen“ und die gesellschaftliche Ordnung ist stets Grundlage für das Entstehen von Entscheidungsnormen.²⁶ – Ehrlich behandelt auch die Frage, auf welche Weise ‚Entscheidungsnormen‘ gewonnen werden:²⁷

„Damit also das Gewohnheitsrecht, das in der Gesellschaft entstanden ist, zu festen, bestimmten in Worten gefaßten Entscheidungsnormen erstarrt, muß es entweder durch die Rechtswissenschaft, oder durch die Rechtsprechung oder durch die Gesetzgebung hindurchgehen.“²⁸

Ehrlich gelangt auf diese Weise zu einer *Dreiteilung der Rechtsquellen* und unterscheidet – anders als die ‚HL‘ (nicht nur zwischen Gesetz und Gewohnheitsrecht):

- das (eigentliche) *Gesetzesrecht*,
- die *Entscheidungsnormen* und
- das eigentliche *gesellschaftliche Gewohnheitsrecht*.

Ehrlich gelingt damit (1906!) eine Unterscheidung, die – weil wieder in Vergessenheit geraten – bis heute Schwierigkeiten in der Rechtsquellenlehre und der Lehre vom Gewohnheitsrecht macht. – Originell und bis heute als beste Erklärung anzusehen ist seine Unterscheidung von *zwei Arten des Gewohnheitsrechts*:

²⁵ Ehrlich 1907, 26 ff.

²⁶ Ehrlich 1907, 27.

²⁷ Er schließt sich den Ergebnissen „des Franzosen Lambert“ an, wonach ‚Entscheidungsnormen‘ „teils vom Richter bei Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten, teils von den Juristen als Rechtsweisern ihres Volkes, als Lehrer und Schriftsteller“ gefunden werden; und manchmal arbeite „auch der Gesetzgeber mit“. – Reich an Entscheidungsnormen sei etwa die Justinianische Gesetzgebung (Konstitutionen und Novellen) gewesen.

²⁸ Ehrlich 1907, 28. – Man vermisst hier die Kautelarpraxis, die im Alten Orient und im antiken Griechenland (und in Rom) eine Rolle gespielt hat und insgesamt wichtiger war als die sogenannte Rechtswissenschaft, es sei denn, man versteht sie als Rechtswissenschaft!

- dem *Richterrecht* (das typischer Weise im Zusammenwirken von Rechtsprechung, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis/Kautelarjurisprudenz entsteht)²⁹ und
- dem (davon unabhängigen) ‚*eigentlichen gesellschaftlichen Gewohnheitsrecht*‘ (für das rechtshistorisch das Entstehen des bäuerlichen Sondererbrechts als Beispiel dienen mag, dessen Wurzeln bis ins antike Griechenland zurückverfolgt werden können).³⁰

Wie konsequent und überzeugend Ehrlichs Denken zum Gewohnheitsrecht ist, zeigt ein Vergleich seiner Überlegungen mit F. Bydlinskis Ausführungen zum Richterrecht, der weder Neues bringt, noch Klarheit schafft und Ehrlich übergeht.³¹

Ich muss hier ein Ende setzen, aber ich versichere Ihnen, dass es sich lohnt Ehrlichs Rechtsquellenverständnis und seine Überlegungen zum Gewohnheitsrecht zu studieren und zu rezipieren. Im Gegensatz zur ‚hL‘ agiert er nicht nach dem Motto: ‚Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass!‘, sondern bietet Substantielles und bringt instruktive Beispiele aus der Rechtsgeschichte!³²

- Als weiteres Beispiel erwähne ich Ehrlichs *Umgang mit Lücken im Recht*.³³ – Dieses Thema (im weiten Bereich von Auslegung und Lückenfüllung angesiedelt) bildete das Herzstück der *Freirechtslehre*. Die Bezeichnung erweckt den falschen Eindruck, als hätten sich ihre Vertreter das Recht herausgenommen und dazu bekannt, ‚frei‘ und ohne jede Bindung an das Gesetz nach Lösungen im Einzelfall zu suchen. – Ehrlich hat klargestellt, dass dem nicht so ist! Aber offenbar wird das immer noch nicht zur Kenntnis genommen.

Ehrlich ist aber an manchem Missverständnis in diesem Fragenbereich – vor allem bei seinen deutschen Mitstreitern – mitschuldig. Denn was er vorgeschlagen hat, war nichts anderes als das Programm des § 7 ABGB. Ehrlich hat aber nie offengelegt, dass seine Vorschläge auf dieser ABGB-

²⁹ Damit können die Eigentumsvorbehalt, Wegfall oder Störung der Geschäftsgrundlage oder die Besitzanweisung des § 428 ABGB uam erklärt werden!

³⁰ Dazu ‚Graeca‘ Bd II/2, Pkt 11, 18 ff mwH. – Als weiteres Beispiel kann das von Ehrlich (1907, 21 ff) skizzierte Entstehen des Erbrechts der Seitenverwandten betrachtet werden.

³¹ F. Bydlinski 1982, 501 ff.

³² Caroline Voithofer wird dazu weiteres ausführen; vgl auch Voithofer 2012, 88-93.

³³ Zuerst in Fortsetzungen in den JBl 1888 erschienen.

Bestimmung beruhen, die seinen deutschen Kollegen offensichtlich unbekannt war. In der erwähnten umfangreichen Arbeit aus dem Jahre 1888 ‚Über Lücken im Rechte‘ erwähnt Ehrlich § 7 ABGB nicht.³⁴ – Hier besteht ein ‚Problem‘ bei Ehrlich selbst! Und das ist bis heute so geblieben, denn auch Manfred Rehbinder erwähnt § 7 ABGB nicht und als in der Schweiz Lehrender kannte er zwar Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB, übersah aber, dass diese Bestimmung – wie viele andere (etwa die des italienischen Codice Civile oder des spanischen Código Civil) – in der ABGB-Nachfolge steht. Von freier und vom Gesetz völlig unabhängiger Rechtsfindung in der Freirechtsbewegung kann daher keine Rede sein! – Wenigstens erwähnen möchte ich, dass sich diese hochkarätige Bewegung am Beginn des 20. Jahrhunderts vornehmlich gegen die weltfremde Behauptung des Rechtspositivismus gerichtet hat, die Rechtsordnung sei lückenlos. Theo Mayer-Maly hat zurecht darauf hingewiesen, dass diese Behauptung die gesetzliche (!) Lückenfüllungsregel des § 7 ABGB übersehen habe.³⁵

D. Eugen Ehrlichs Nachwirkung

Hannelore Schmidt wird uns in ihrem Referat darüber berichten. – Dennoch so viel:

- Ehrlich war ein origineller Denker und Jurist, was gerne verkannt wird. – Seine Rezeption wurde schon durch *Arthur Nußbaum* behindert, der Ehrlichs Werk verzeichnet hat. Das Potenzial von Ehrlichs Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung wurde dadurch reduziert und Nußbaum hat Ehrlichs Rechtssoziologie (mit fragwürdiger Kritik) abgelehnt.³⁶
- Ehrlich schreibt packend, sein *Stil* ist nicht nur Nußbaum, sondern auch Weber überlegen. Das gesteht Nußbaum zu, mag auch seiner Anerkennung Kritik beigemischt sein:

„Keine der kontinentalen Schriften – so Nußbaum – zum Rechtsrealismus kommt dem Glanz und der Suggestivkraft von Ehrlichs Buch gleich.“³⁷ – Schon Julius *Kraft* (1930) monierte Ehrlichs gutes Deutsch als zu ‚essayistisch‘ und Manfred *Reh-*

³⁴ Es kommt darin vieles vor, auch der wenig aussagekräftige *Art 4 Code Civil*, der den Rechtsanwender ‚im Regen stehen‘ lässt und bloß anordnet, dass er die Entscheidung nicht verweigern darf; Rechtsverweigerungsverbot.

³⁵ *Mayer-Maly* (2002).

³⁶ Siehe *Nußbaum* (1914) und (1955).

³⁷ *Nußbaum* 1955, 458 betont, dass Ehrlich amerikanische Schriftsteller stark beeinflusst hat.

binder hat sich diesem Urteil in seinem Buch ‚Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich‘ angeschlossen.³⁸

Verglichen mit Ehrlich wirken Nußbaums Texte *blass*.³⁹ – M. Rehbinder hat, nach anfänglichem Schwanken, Ehrlichs gute Wissenschaftssprache mit seiner Kritik an Max Weber mittelbar rehabilitiert.⁴⁰

Rehbinder stellt Ehrlichs beindruckender ‚Zündholzschachtelformel‘ über das Ziel seines Hauptwerkes,⁴¹ Webers gallertige Zusammenfassung gegenüber, dessen Zitat ich ihnen erspare!

Man muss *Ehrlich mit Muße lesen*, nicht getrieben von dogmatischer Hektik und Systematisierungs(über)eifer. Er entwickelt seine Gedanken ruhig und verständlich, und greift immer wieder auf Beispiele aus Gegenwart und Rechtsgeschichte zurück. – Und man darf nicht unerwähnt lassen, dass sich Ehrlich des Umstandes bewusst war, dass sein wissenschaftliches Lebenswerk unvollständig geblieben ist. In seinem Spätwerk ‚Die juristische Logik‘ betont er:⁴²

„Das alles sind nur Anfänge einer wissenschaftlichen Grundlegung der Jurisprudenz. Auf einem wissenschaftlich gesicherten Boden werden wohl erst die Gesetzgeber, Juristen und Richter künftiger Jahrhunderte stehen. Es muß jedoch auch mit dem Anfänge einmal angefangen werden.“

- Ehrlichs ebenso eindrucksvolle wie gehaltvolle *soziologische und rechtshistorische Ausführungen* hätten vielleicht noch stärker gewirkt, hätte er über das römische Recht hinaus das antike Griechenland und den Alten Orient einbezogen! Dadurch wäre manche Unvollständigkeit und römische Einseitigkeit vermieden und manches Argument gestärkt worden, denn diese Quellen sind ergiebig!⁴³
- Der *Kriegsausbruch* (im August 1914) zerstört Ehrlichs Hoffnungen und Chancen; die Eroberung von Czernowitz durch die russische Armee (im Oktober 1914) beraubt ihn seiner gewohnten Arbeitsstätte; eine Einladung

³⁸ *Ehrlich* 1967, 90 ff; *Ehrlich* 1987, 127 ff; ‚Max Weber als Rechtssoziologe‘.

³⁹ Sein Verzicht auf Theorie und überhaupt Rechtssoziologie (zugunsten von Rechtstatsachenforschung) machen sich bemerkbar.

⁴⁰ Siehe oben in Anm 9.

⁴¹ Siehe das ‚Vorwort‘ seiner ‚Grundlegung der Soziologie des Rechts‘ (1913).

⁴² *Ehrlich* 1918, 113.

⁴³ Ich verweise dazu auf mein ‚Graeca‘-Projekt: Bisher erschienen Bd I (2010) und Bd II/1 und Bd II/2 (2011). Bd III ist in Vorbereitung.

in die Vereinigten Staaten kann er kriegsbedingt nicht mehr wahrnehmen; und nach der Flucht aus der Bukowina kann er weder in *Wien* noch in der *Schweiz* (Bern) Fuß fassen.⁴⁴ – Alle Hoffnungen zerschlagen sich.

- Ich gehe hier auf Arthur *Nußbaum* nicht näher ein, zumal ihm ein eigenes Referat gewidmet ist und ich ihn in der Vorlesung eingehender behandle.
- Jurij *Fedynskij* und Franz *Gschnitzer* habe ich erwähnt. – Eigenartig, dass J. Fedynskij Eugen Ehrlich nicht erwähnt (nur Nußbaum).⁴⁵ – Eine Nachfolgeuntersuchung der Arbeit von J. Fedinskij (für das österreichische Erbrecht) ist überfällig!

E. Eugen Ehrlichs Interesse an der juristischen Ausbildung

Ehrlich wollte mit Hilfe von Rechtsstatsachenforschung und Rechtssoziologie auch den *Rechtsunterricht* und die *juristische Ausbildung* fördern und hoffte damit den Lehrbetrieb anregen und lebens- und praxisnäher gestalten zu können.⁴⁶ – Im Aufsatz ‚*Die Erforschung des lebenden Rechts*‘ (aus dem Jahr 1911) finden sich Belege solchen Denkens:

„Es ist bekannt, dass an einigen großen Universitäten Deutschlands und Österreichs die Hörsäle der juristischen, oder wie sie in Österreich heißt, der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät die eingeschriebenen Hörer gar nicht zu fassen vermöchten. Trotzdem hat man sie gewiss nur sehr selten überfüllt gesehen. Dem angehenden Juristen hat eben eine gütige Fee die Fähigkeit in die Wiege gelegt, die Vorlesungen in seiner Abwesenheit zu hören. Es gibt kaum ein Gebiet des höheren Unterrichts, wo sich eine solche Erscheinung annähernd in demselben Maße wiederholte. Im allgemeinen geizt der Mediziner, der Techniker, der Philosoph nach jedem kostbaren Tropfen des Wissens, das er sich an der Lehranstalt zu beschaffen vermag; an der juristischen Fakultät hat der akademische Lehrer nicht selten das Gefühl, dass ihm seine Hörer einen Gefallen zu erweisen glauben, wenn sie in seine Vorlesung kommen. Dass der Unterricht unter solchen Umständen, wenn man von einer kleinen auserlesenen Schar absieht, keinen glänzenden Erfolg zeitigen kann, ist freilich zweifellos: ohne werktätige Teilnahme des Schülers kann bekanntlich der beste Lehrer nicht viel leisten.“⁴⁷

⁴⁴ Die Kontakte mit Eugen Huber verliefen enttäuschend.

⁴⁵ Das zeigt, dass Ehrlich nach 1945 kaum noch bekannt war und wie wichtig die spätere Herausgabe seiner Werke durch M. Rehbinder war.

⁴⁶ A. Nußbaum hat das fortgeführt, wie der Titel seiner ‚*Programmschrift*‘ (1914) zeigt.

⁴⁷ *Ehrlich* 1911/1967, 11: *Die Erforschung des lebenden Rechts*, zitiert in meinem *Zivilrecht* 2004c Bd II, 1064.

- Ehrlichs Interesse und Engagement für die juristische Ausbildung war mittlerweile bekannt. Für den *31. Deutschen Juristentag 1912* (in Wien) erstellt Ehrlich ein Gutachten: „Was kann geschehen, um bei der Ausbildung (vor und nach Abschluß des Universitätsstudiums) das Verständnis des Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Maße zu fördern“.⁴⁸
- Erwähnenswert ist ein *didaktischer Versuch* Ehrlichs: Er entwickelte für den Rechtsunterricht eine neue Form von Übungen, die sogenannte *juristische Aufnahme*.⁴⁹ – Studierende hatten dabei eine Art ‚Inventar‘ über sämtliche Rechtsverhältnisse (und deren Funktion) von Wirtschaftsbetrieben, Bauernhöfen udgl zu erstellen; öffentliches Recht (Steuern, Verwaltung etc), Privatrecht (Verträge, Probleme etc aus dem bürgerlichen, Handelsrecht und weiteren Rechtsgebieten), Arbeitsrecht etc – Wäre dies nicht einen neuerlichen Versuch wert?

F. Künftige Arbeit mit und an Eugen Ehrlich

- Es wäre ein Zeichen der Einsicht und Anerkennung – und auch eine gewisse Wiedergutmachung, könnte man sich in Österreich dazu durchringen, diesem Mann – posthum – eine lebendige Gedenkstätte zu schaffen. In eine solche *Einrichtung* könnten alle interessierten juristischen Fakultäten, aber auch juristische Institute des Landes und weitere Einrichtungen eingebunden werden.⁵⁰ – Österreichs Verhältnis zu einem unabhängigen, kritischen und kreativen Rechtsdenken hat keine Tradition. Man liebt die Bewahrer, nicht Neuerer! Es wäre an der Zeit, ein Zeichen zu setzen. – Es mangelt allenthalben an Vorbildern, aber man verdrängt, vergisst und vergedet das vorhandene Potenzial.
- Wir (das sind Michael Ganner, Caroline Voithofer und ich) wollen versuchen die Rechtstatsachenforschung weiter zu fördern; durch Vergabe von *Diplomarbeiten, Dissertationen, Lehrveranstaltungen* und die *Tagungen* ‚Rechtstatsachenforschung – Heute‘ (samt Publikation), die weitergeführt werden

⁴⁸ Mehr bei *Rehbinder* 1967, 61 ff.

⁴⁹ Ehrlich berichtet darüber in seinem Gutachten für den Deutschen Juristentag im Jahre 1912 (= *Ehrlich* Recht und Leben (1967, 74 f); siehe auch *Rehbinder* 2005, 136 f; Rehbinders Aufsatz ist in diesem Sammelband abgedruckt (45-48 ff).

⁵⁰ Es wäre hochschulpolitisch an der Zeit, über neue Strukturen der wissenschaftlichen Zusammenarbeit nachzudenken und nicht nur über Studiengebühren und Zugangsbeschränkungen!

sollen; vielleicht auch durch Vorträge zur Rechtstatsachenforschung zwi- schendurch. – Es wäre wünschenswert, dass diese Arbeit auch institutio- nelle Anerkennung erfährt; eine *Abteilung für Rechtstatsachenforschung*, eine Planstelle etc sind nötig.

Zu untersuchen wären etwa: - Praxis und Weiterentwicklung der *Mediation* (als Alternative zu gerichtlichen und anderen behördlichen Verfahren); - die *Verfahrenshäufigkeit* und *Verfahrensdauer* in bestimmten Sektoren wie dem Besitzstörungsverfahren; - die Streitbeendigung durch *Prozessvergleich*; - *Grundbuch* und *Firmenbuch* als sprudelnde Quellen der Rechtstatsachen- forschung; - Können *Schieds- und Schlichtungsstellen* das Justizsystem entlas- ten, Konflikte besser lösen und in der Streitregelung mehr Bürgernähe er- reichen? – Auch das *Straf-*, *Unternehmensrecht* und das *Arbeits- und Sozialrecht* sollten einbezogen werden.

- Hinweisen möchte ich an dieser Stelle auf die im Aufbau befindliche *Homepage*: www.rechtstatsachenforschung.at (für die wir um Unterstützung in jeder Form bitten)! – Hinweise sind an Caroline Voithofer zu richten, der ich bei dieser Gelegenheit für ihre Unterstützung danke.

G. Ausblick – Hoffnungen

- Die *Justiz* macht nicht immer eine gute Figur, und auch die *Rechtspolitik* reißt keine Bäume aus. Und Österreichs *Rechtswissenschaft* kümmert sich zu wenig um ihre Begleitdisziplinen; seien es die Verbindungen zu Gesetz- gebung und Kautelarjurisprudenz, seien es Rechtsgeschichte, Rechtsphilo- sophie, Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung oder die Rechts- politik. Die Verfallserscheinungen in Justiz, Anwaltei, Notariat und Rechtswissenschaft sind nicht zu übersehen. – Disziplinen wie Rechtsphi- losophie, Rechtsgeschichte, Rechtssoziologie und Rechtstatsachenfor- schung könnten hilfreich sein!
- Die *Rechtswissenschaft* glaubt – vor allem im Privatrecht – mit herkömmli- cher *Rechtsdogmatik* das Auslangen finden zu können. In der Ausbildung werden weder die Rechtsgeschichte, noch Rechtssoziologie & Rechtstat- sachenforschung, noch Rechtsphilosophie und Rechtspolitik (samt Legistik) gepflegt. Die Legistik wird traditionell vernachlässigt, so wichtig dieser Bereich heute ist, wo über der nationalen längst eine supranationale und internationale Ebene existiert. – Die *Allgemeine Staatslehre* wird nicht ausreichend gefördert, könnte aber die Einsichten und grundlegende staatsrechtliche und normative Zusammenhänge vertiefen und verdiente vor ‚kalter‘ Rechtstheorie den Vorzug. Um eine zeitgemäße Ausbildung

kümmert man sich zu wenig. – Ehrlich hat die juristische Ausbildung ernst genommen!⁵¹

- *Neue Fächer* werden kaum überlegt, ob nun Rechtssprache, Kautelarjurisprudenz, Medizinrecht, Rechtsethik oder eine moderne Vernehmungs- und Beweis(würdigungs)lehre; bestehende Hypertrophierungen (im Verfahrens- und Europarecht, der Betriebswirtschaftslehre oder dem Strafrecht) werden aus egoistischen Gründen nicht abgebaut. Man glaubt allein mit dem ‚Wirtschaftsrecht‘ reüssieren zu können. – Eugen Ehrlich hat dagegen über das geltende Recht hinaus die Rechtsgeschichte samt historischer und aktueller Rechtsvergleichung, die Rechtslehre (jedenfalls zentrale Bereiche daraus wie die Rechtsquellenlehre oder die Rechtsanwendung), die Rechtsphilosophie,⁵² Rechtspolitik, überhaupt die Stellung des Rechts in der Gesellschaft ernst genommen.⁵³
- Dass es in Österreich bislang weder ein *Universitätsinstitut*, noch *im BMJf eine Abteilung für Rechtstatsachenforschung* gibt, gereicht unserem Land nicht zur Ehre. – Um Rechtswissenschaft und Justiz für die Zukunft zu rüsten und das Ausbildungsniveau zu heben, sind – bezogen auf Rechtssoziologie & Rechtstatsachenforschung – *Forderungen* zu stellen (woran es schon bisher nicht gefehlt hat).⁵⁴ Das Gedenken an Eugen Ehrlich verleiht vielleicht mehr Druck. – Zu fordern sind:
 - Ein *Eugen Ehrlich-Institut für Rechtstatsachenforschung* oder doch ein *Referat Rechtstatsachenforschung beim BMJf*;⁵⁵
 - eine moderne *Justizstatistik* (nach dem Vorbild des deutschen Justizsystems);⁵⁶

⁵¹ Siehe E.

⁵² Über Gerechtigkeit hat Ehrlich immer wieder und dies nicht nur oberflächlich nachgedacht; siehe Grundlegung 1913/1967, 168 (Vergleich der Suche nach Gerechtigkeit mit der Kunst) oder aaO, 381 (Vergleich von Wissenschaft und Kunst), abgedruckt in meinem Zivilrecht 2004c Bd II, 1065.

⁵³ Er hat sich dazu mehrfach in seiner ‚Grundlegung‘ (1913/1967) geäußert.

⁵⁴ Vgl etwa mein Zivilrecht 2004c Bd II, 1067 und Bd I der Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung 2008, 10 ff uam.

⁵⁵ Vgl schon Ehrlichs Beitrag: ‚Die Erforschung des lebenden Rechts‘ und ‚Ein Institut für lebendes Recht‘ (beide 1911); die Aufgabe dieses Referats bestünde neben eigener Forschungsarbeit vornehmlich in der Koordination der Datensammlung und dem Schaffen der Voraussetzungen für Rechtstatsachenforschung in Österreich.

⁵⁶ Siehe etwa *Stempel* 1984, 197 mwH in Fn 19.

- ein *Jahrbuch der Rechtstatsachenforschung und Rechtssoziologie* (das wenigstens jedes zweite Jahr erscheint), das der Praxis, Theorie und der Didaktik dienen sollte und in das Justiz und Universitäten eingebunden werden könnten;⁵⁷
 - *Institute oder Abteilungen für Rechtssoziologie und/oder Rechtstatsachenforschung an den rechtswissenschaftlichen Fakultäten* samt der Aufnahme dieser Fächer in die *Studienpläne*.
- Heute *ginge* es vor allem darum, die *Voraussetzungen für Rechtstatsachenforschung* zu schaffen, wobei:
 - In einem ersten Schritt die *Justizdaten* zu erheben wären (Vorbild *deutsches Justiz-System*);
 - die Einführung der *Verwaltungsgerichtsbarkeit* bietet für diesen Sektor eine einmalige Chance (Implementierung, Evaluierung und Datenerfassung ließen sich verbinden!);
 - überfällig ist eine gesetzliche Verpflichtung des gesamten Versicherungsbereichs, vornehmlich aber des *Privat-Versicherungssektors* wissenschaftlich wichtige Daten für alle Versicherungssparten aufzubereiten und zu veröffentlichen;
 - daneben ist eine ernstzunehmende *Implementierungs-, Mobilisierungs- und Evaluierungsforschung* anzustreben.

Es ist an der Zeit, dass Österreich von der unseligen Tradition abgeht, große Österreicherinnen und Österreicher schlecht zu behandeln oder zu vergessen.⁵⁸ – Das Gedenken an Eugen Ehrlich wäre ein geeigneter Anlass dazu.

Eine moderne Rechtstatsachenforschung könnte – neben den genannten Aufgaben und Zielen – dazu beitragen, die *juristischen Berufe einander näher zu bringen*, indem deren Tätigkeiten und Leistungen zueinander in Beziehung gesetzt und gewürdigt werden; *Korrekturen* wären leichter und ohne politisches Gezänk durchzuführen, wenn Zahlen, Trends und verlässliche Aussagen vorliegen. – Eingehend untersucht gehörte in Österreich mitt-

⁵⁷ Wünschenswert wäre es, die *Rechtsberufe* einzubeziehen, samt dem rechtlichen *Beratungswesen* und die Tätigkeit von *Interessensverbänden*.

⁵⁸ Die Jurisprudenz verleugnet ihre großen Geister. Auch in Innsbruck wäre mehr zu tun: *Egon Weiß*, der nach seinem KZ-Aufenthalt in Theresienstadt und seiner Vertreibung aus Prag noch einige Jahre in Innsbruck gelehrt hat und hier gestorben ist, würde eine Gedenktafel verdienen. – Im Park vor dem Justizpalast in Wien steht ein Denkmal für Grete Rehor. *Karl Anton von Martini* und *Franz von Zeiller* dagegen sind – als Schöpfer des ABGB – nicht präsent.

lerweile der *Zugang zum Recht*, der auch vom Demokratieverständnis her problematisch geworden ist. – Kurz: Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung könnten die (rechts-)politische Arbeit qualitativ unterstützen und integrierend wirken und die zu beobachtenden zentrifugalen Kräfte abschwächen.

Das vorangestellte Zitat *Joseph Roths* gilt nicht nur für Schriftsteller und Historiker, sondern auch für Juristinnen und Juristen. – Die Vertreter und Vertreterinnen der Rechtswissenschaft müssen sich entscheiden, ob sie sich wie bisher (bei vielen gesellschaftlich-normativen Fragestellungen und Problemen) mit vagen rechtsdogmatischen Vermutungen, bloßen Behauptungen, bestenfalls Annäherungswerten oder gar ideologisierenden Fiktionen begnügen wollen oder im Hinblick auf die Unsicherheit der Zukunft wenigstens für Vergangenheit und Gegenwart größere Genauigkeit anstreben.

Zuletzt möchte ich *Eugen Ehrlich posthum dafür danken*, dass er den Mut besessen hat, wissenschaftlich gegen ein enges rechtsdogmatisches und rechtspositivistisches Denken anzukämpfen. – Wir stimmen mit dieser Veranstaltung nicht in den Chor jener ein, die ‚glauben‘ als Juristinnen und Juristen weiterhin methodisch-isolationistisch tätig sein zu können und Interdisziplinarität nur in Sonntagsreden zu vertreten, nicht aber zu leben! Hinter dieser überholten Doktrin steht (immer noch!) jene von Justinian formulierte Haltung spätrömischen Rechtsdenkens, die glaubte, das Recht von allen anderen Gesellschaftsphänomenen – sozialen wie wirtschaftlichen und politischen – isolieren und eine eigenständige ‚unkontaminierte‘ Rechtswelt schaffen zu können, in der Juristen/innen als Priester/innen auftreten, die statt einer simulierten, die wahre Philosophie des Rechts pflegen.⁵⁹ – Wir halten Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung noch heute für Forschungs- und Lehrbereiche, auf die eine moderne Rechtswissenschaft nicht verzichten darf, will sie sich nicht selbst schädigen.

⁵⁹ Dazu ‚Graeca‘ 2010 Bd I, 123 ff.

Literatur

- Barta Heinz* 1983: Kausalität im Sozialrecht. Entstehung und Funktion der sogenannten Theorie der wesentlichen Bedingung. Analyse der grundlegenden Judikatur des Reichsversicherungsamtes in Unfallversicherungssachen (1884-1914). Der Weg vom frühen zivilen, industriell/ gewerblichen Haftpflichtrecht zur öffentlichrechtlichen Gefährdungshaftung der Arbeiter(unfall)versicherung, 2 Bde (Berlin, 1983).
- Barta Heinz* 2004a: Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken, 2 Bde (Wien, 2004²): Buch- und Internetauflage (<http://www.uibk.ac.at/zivilrecht/buch/>).
- Barta Heinz* 2004b: Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft?, in: Zivilrecht, Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken Bd II 1056-1061 (Wien, 2004²).
- Barta Heinz* 2004c: Rechtstatsachenforschung, in: Zivilrecht, Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken, Bd II 1061-1067 (Wien, 2004²).
- Barta Heinz* 2007: ‚Einleitung‘ – Plädoyer für einen verstärkten Einsatz der Rechtstatsachenforschung), in: Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung (Innsbruck, 2007) 9-17.
- Barta Heinz* 2009: ‚Einleitung‘ – Plädoyer für eine Ergänzung herkömmlicher rechtswissenschaftlicher Methoden durch Rechtstatsachenforschung und Rechtssoziologie, in: Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung (Innsbruck, 2009) 9-19.
- Barta Heinz* 2009: ‚Einleitung‘, in: Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung (Innsbruck, 2009) 9-14.
- Barta Heinz* 2010/2011: ‚Graeca non leguntur? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland‘. Archaische Grundlagen, Bd I (2010); Bd II/1 und Bd II/2 (Wiesbaden, 2011).
- Barta Heinz* 2012: Antike Rechtsgeschichte – Heute?, in: ZAR 18 (Zeitschrift für altorientalische und biblische Rechtsgeschichte).
- Bydlinski Franz* 1982: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff.
- Ehrlich Eugen* 1888/1967: Über Lücken im Rechte, JBl 1888, 447-630 in Fortsetzungen = E. Ehrlich, Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre. Ausgewählt und eingeleitet von M. Rehbinder (Berlin, 1967) 80-169.
- Ehrlich Eugen* 1893: Die stillschweigende Willenserklärung (Berlin, 1893).
- Ehrlich Eugen* 1899: Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich (Jena, 1899).
- Ehrlich Eugen* 1903/1973: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (Leipzig, 1903; Neudruck: Aalen 1973).
- Ehrlich Eugen* 1905: Die Anfänge des testamentum per aes et libram, in: Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft 17 (1905) 99-109.
- Ehrlich Eugen* 1906/1973: Soziologie und Jurisprudenz (Czernowitz, 1906; Neudruck: 1973).
- Ehrlich Eugen* 1907: Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede gehalten am 2. Dezember 1906 (Czernowitz, 1907).
- Ehrlich Eugen* 1909: Die Rechtsfähigkeit (Berlin, 1909).
- Ehrlich Eugen* 1911/1967a: Die Erforschung des lebenden Rechts, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 35 (1911) 129 ff

- = Eugen Ehrlich, *Recht und Leben*. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre. Ausgewählt und eingeleitet von M. Rehbinder (Berlin, 1967) 11-27.
- Ehrlich Eugen* 1911/1967b: Ein Institut für lebendes Recht, *JBl* 1911, 229-231, 241-244 = Eugen Ehrlich, *Recht und Leben*. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre. Ausgewählt und eingeleitet von M. Rehbinder (Berlin, 1967) 28-42.
- Ehrlich Eugen* 1912/1967c: Das lebende Recht der Völker der Bukowina, *Recht und Wirtschaft* 1 (1912) 273 ff, 322 ff = Eugen Ehrlich, *Recht und Leben*. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre. Ausgewählt und eingeleitet von M. Rehbinder (Berlin, 1967) 43-60.
- Ehrlich Eugen* 1912: Gutachten über die Frage: Was kann geschehen, um bei der Ausbildung (vor oder nach Abschluß des Universitätsstudiums) das Verständnis des Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Maße zu fördern?, *Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages II* (1912) 200-220.
- Ehrlich Eugen* 1913/1989: *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (Berlin, 1913, 1929², 1967³, 1989⁴).
- Ehrlich Eugen* 1917/1967: Die richterliche Rechtsfindung aufgrund des Rechtssatzes. Vier Stücke aus dem in Vorbereitung begriffenen Werke: *Theorie der richterlichen Rechtsfindung*, *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 67 (1917) 1 ff = Eugen Ehrlich, *Recht und Leben*. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre. Ausgewählt und eingeleitet von M. Rehbinder (Berlin, 1967) 203 ff
- Ehrlich Eugen* 1917/1918/1966: Die juristische Logik, in: *AcP* 115 (1917) 125-439; als Monographie (Tübingen, 1918, Nachdruck 1966³).
- Ehrlich Eugen* 1920: *Gesetz und lebendes Recht* (Tokio, 1920) = *Vermischte kleinere Schriften* (Berlin, 1986) 228-240.
- Ehrlich Eugen* 1967: *Recht und Leben*. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre. Ausgewählt und eingeleitet von M. Rehbinder (Berlin, 1967).
- Ehrlich Eugen* 1986: *Gesetz und lebendes Recht*. *Vermischte kleinere Schriften* (Berlin, 1986).
- Franz Gschnitzer* 1968: ‚Vorwort‘ zu Jurij Fedynskij, *Rechtsstatsachen auf dem Gebiete des Erbrechts im Gerichtsbezirk Innsbruck 1937-1941* (Innsbruck, 1968) S. 5 = Barta/Kohlegger/ Stadlmayer (Hg), *Franz Gschnitzer Lesebuch* (Wien/ Innsbruck, 1993) 677 f.
- Hagen Johann J.* 1972: *Elemente einer allgemeinen Prozeßlehre*. Ein Beitrag zur allgemeinen Verfahrenstheorie (Freiburg, 1972).
- Hagen Johann J.* 1973: *Soziologie und Jurisprudenz. Zur Dialektik von Gesellschaft und Recht* (München, 1973).
- Heldrich Andreas* 1993: Eugen Ehrlich (1862-1922). Begründer der Rechtssoziologie, in: Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis (Hg), *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft* (München, 1993) 469-483.

- Kelsen Hans* 1911/1970: Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Vortrag, gehalten in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien. (Neudruck der Ausgabe Tübingen, 1911; Aalen, 1970).
- Mayer-Maly* 2002: Naturrecht im positiven Recht, in: FS für F. Bydliniski (2002) 265-268.
- Nußbaum Arthur* 1914: Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht (Tübingen, 1914).
- Nußbaum Arthur* 1955: Die Rechtstatsachenforschung, in: AcP 154 (1955) 453-484.
- Rehbinder Manfred* 1967a: Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. Mit einem Geleitwort von Prof. René König (Berlin, 1967).
- Rehbinder Manfred* 1967b: Einleitung zu: Eugen Ehrlich, Recht und Leben (Berlin, 1967).
- Rehbinder Manfred* 1987: Max Weber und die Rechtswissenschaft, in: Rehbinder/ Tieck 1987: Max Weber als Rechtssoziologe (1987) 127-149..
- Rehbinder Manfred/ Tieck Klaus-Peter (Hg)* 1987: Max Weber als Rechtssoziologe (Berlin, 1987).
- Rehbinder Manfred* 2005: Eugens Ehrlichs Seminar für lebendes Recht: Eine Einrichtung für die Weiterbildung von Rechtspraktikern, in: Проблеми філософії права III (2005) 135-139.
- Rehbinder Manfred* 2009: Rechtssoziologie (München, 2009).
- Stempel Dieter* 1984: Rechtstatsachenforschung und Rechtspolitik. Zugleich ein Bericht über Forschungsprojekte des Bundesministeriums der Justiz, in: Zeitschrift für Rechtspolitik/ ZRP 1984, 195-198.
- Voithofer Caroline* 2012: Bemerkungen zum Zusammenhang von Gerichtsgebrauch und Zugang zum Recht, in: Juridikum 1 (2012) 86-96.
- Weber Max* 1921/1967: Rechtssoziologie. Aus dem Manuskript hg und eingeleitet von J. Winckelmann (Neuwied am Rhein/ Berlin, 1967).

Prof. Dr. Heinz Barta
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
Telefon: 0512/507-8103
heinz.barta@uibk.ac.at

Manfred Rehbinder

Valtazar Bogišić in der Sicht¹ des Rechtssoziologen Eugen Ehrlich

Gegen Ende seiner berühmten ‚Grundlegung der Soziologie des Rechts‘ aus dem Jahre 1913 kommt Eugen Ehrlich auf seine Vorgänger in der Erforschung des lebenden Rechts zu sprechen und stellt dazu fest, die Forderung des Rechtshistorikers Georg Beseler, sich „nach Art des Naturforschers, auf dem Wege der Beobachtung“ Kenntnis vom Volksrecht zu verschaffen, sei weitab von dessen Heimat verwirklicht worden, und zwar „von einem Schüler Savignys, dem Kroaten Bogišić, und einem anderen Kenner der Werke Savignys, dem Spanier Costa“. Während Costa sich auf unmittelbare persönliche Anschauung gestützt habe, habe Bogišić einen umfangreichen, mehr als 800 Fragen umfassenden Fragebogen entworfen und die Antworten, die ihm von allen von Südslawen bewohnten Gegenden zukamen, in sein Werk verarbeitet.² Zu Letzterem heisst es dann weiter: „Auf die in kroatischer Sprache erschienenen, daher im Westen wenig bekannten Arbeiten von Bogišić habe ich schon vor mehreren Jahren in einem in Schmollers Jahrbuch veröffentlichten Aufsatz mit allem Nachdruck hingewiesen und bin daher gegen den in Wien wider mich erhobenen Vorwurf, ihn verschweigen zu wollen, nach allen Richtungen gewappnet.“³

Bereits 1909 hatte Ehrlich in einer kleinen Broschüre über: Die Rechtsfähigkeit, in der er Teile seiner rechtsgeschichtlichen Vorlesung veröffentlicht hatte, im Literaturverzeichnis unter den Büchern zur „serbischen, kroatischen und sonstigen slawischen Rechtsgeschichte“⁴ zwei Werke Bogišić aufgeführt, nämlich Zbornik sadašnjih pravnih običaja u južnih Slovena, 1874, und Pisani zakoni na slovenskom jugu, 1872. Bei seinem Aufsatz in Schmollers Jahrbuch handelt es sich um: „Die Erforschung des lebenden Rechts“, der das Programm seines Czernowitzer Seminars für lebendes Recht unter wörtlicher Verwendung seiner Denkschrift an das österreichische Unterrichtsministerium vom Jahre 1909 enthält.⁵ Dort heisst es, bereits in den 70-er Jahren des 19.

¹ Bei diesem Beitrag handelt es sich um einen unveränderten Nachdruck des in der GS für Valtazar Bogišić (2008) erschienenen Beitrags.

² Siehe *Eugen Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts, 4. A. Berlin 1989, S. 391 f.

³ Ebd., S. 392.

⁴ Die Rechtsfähigkeit, Berlin 1909, S. 100.

⁵ Die Erforschung des lebenden Rechts, Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 35 (1911), S. 129-147, nachgedruckt in Eugen Ehrlich: Recht und Leben, Berlin 1967, S. 11-27 (hier S. 18 f.); dazu: *M. Rehbinder*, Eugen Ehrlichs Seminar

Jahrhunderts habe Bogišić „der wohl einer der grössten Juristen, die je in Österreich das Licht der Welt erblickten“, was Ehrlich zum lebenden Recht schreibe „zum Teile gelehrt und sogar ausgeführt“. Ihm, dem geborenen Dalmatiner sei die Kluft, die gerade in seiner Heimat herrsche zwischen dem geschriebenen Gesetz und dem Recht, nach dem das Volk wirklich lebe, schon längst aufgefallen; als Beleg kommt dann ein umfangreiches Zitat aus der Einleitung von Bogišić's Sammlung des südslawischen Gewohnheitsrechts vom Jahre 1874 in Ehrlichs Übersetzung:

„Wer weiss, dass im Inneren Dalmatiens der Bauer in einer Familie besonderer Art lebt, bekannt in der Wissenschaft unter dem Namen der Sadruga, der wird nicht daran zweifeln, dass insbesondere die Hauptstücke des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches, die das Familien- und Erbrecht behandeln, weder ins Leben getreten sind, noch auch ins Leben treten können. Da die Richter durch den Zwang der Umstände genötigt sind, die gesetzlichen Bestimmungen beiseite zu lassen, die Bauern, sie zu umgehen und ihnen zuwider zu handeln, so ist es klar, dass alle Verhältnisse, die sich auf das Familien- und Erbrecht beziehen, heute noch, gerade so wie damals, als man noch von diesem Gesetze gar nichts wusste, nach der alten Sitte geregelt werden. Da aber (nach § 10 ABGB) das Gewohnheitsrecht nur Geltung hat, wenn es ausdrücklich vom Gesetze anerkannt ist, so müsste ein Rechtshistoriker der künftigen Jahrhunderte, da es solche gesetzlich anerkannte Gewohnheiten nicht gibt, das im bürgerlichen Gesetzbuch enthaltene Recht als auch in Dalmatien in unserer Zeit geltend darstellen, obwohl es nur auf dem Papiere für den dalmatinischen Bauer bestanden hat. Es fragt sich, ob es nicht besser und nützlicher wäre, überhaupt keine Rechtsgeschichte zu haben, als eine von dieser Art.“⁶

Bogišić habe sein südslawisches Gewohnheitsrecht nicht bloss in den Ländern gesammelt, wo das österreichische ABGB galt (ausser Dalmatien kamen noch Kroatien und Slawonien, das Küstenland und die einstige Militärgrenze in Betracht) sondern auch in Serbien, Bosnien, Herzegowina, Montenegro, Mazedonien und Bulgarien. Dabei habe er natürlich gewusst, dass sich die Aufgabe der Dokumentation des lebenden Rechts über die Staatsgrenzen hinweg auch für jedes andere Volk für jedes Fleckchen Erde stelle. Es folgt bei Ehrlich dazu aus der Einleitung von Bogišić noch folgendes Zitat:

„Im übrigen habe ich selbst vor mehreren Jahren, als ich einige Zeit in Oberösterreich zugebracht habe, wo die Landbevölkerung überall rein deutsch ist, einige Rechtsgewohnheiten, hauptsächlich die Familie betreffend, festgestellt und aufgezeichnet, die nicht ohne wissenschaftliches Interesse sind. Sonderbar, dass das von den deutschen

für lebendes Recht: eine Einrichtung für die Weiterbildung von Rechtspraktiken, in: recht 2005, S. 135-138.

⁶ Ebd., S. 18.

Gelehrten vernachlässigt wird. Vielleicht kann man das erklären durch die Neigung des deutschen Gelehrten, die Welt fast ausschliesslich durch das geschriebene Wort zu sehen.“⁷

Über den Wert der Erforschung des lebenden Rechts für die Gesetzgebung heisst es dann: „Gewiss wurde Bogišić auch nur durch seine Arbeiten über das lebende Recht der Südslawen befähigt, in dem bereits erwähnten Gesetzbuch über das Vermögen für Montenegro ein anerkanntes Meisterwerk zu schaffen.“⁸ Man kann also nicht gut sagen, dass Ehrlich die Arbeit von Bogišić verschwiegen habe, zumal im selben Jahre 1911 neben dem Aufsatz im viel beachteten Schmollerschen Jahrbuch auch ein Aufsatz in den Juristischen Blättern erschien⁹, wo es heisst: „Aber es ist notwen[d]ig, weit mehr als es bisher der Fall war, die Aufmerksamkeit auf all das zu sammeln, was unbeurkundet noch vom alten Rechte im Volke lebt, zumal es schwerlich lange mehr dem Anprall des modernen Verkehrs Widerstand leisten können. Bogišić ist es gelungen, selbst im Geltungsgebiete des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches noch die alte Sadruža zu entdecken, eine der ursprünglichsten Organisationen der Menschheit.“

Im Jahre 1913 kommt Ehrlich dann in seiner Grundlegung auf Bogišić in folgender Weise zu sprechen: „In der berühmten Umfrage, die Bogišić über südslawisches Gewohnheitsrecht veranstaltet hatte, hat sich ergeben, dass bei allen Südslawen im Geltungsbereich des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches die bekannte südslawische Familiengemeinschaft, die Sadruža besteht, die dem bürgerlichen Gesetzbuch vollständig fremd und mit dessen Grundsätzen durchaus unvereinbar scheint. Überdies findet sich fast auf jeder Seite des Werkes, in dem er die Ergebnisse seiner Umfrage zusammenfasste, bei den verschiedensten Gegenständen, zumal des Erbrechts und des Familienrechts, die Anmerkung, es sei den Leuten bekannt, dass das Gesetz etwas anderes vorschreibe als das, was sie üben, sie halten sich aber nicht an das Gesetz.“¹⁰ Darauf verteidigt sich Ehrlich an der eingangs zitierten Stelle „gegen den in Wien wider mich erhobenen Vorwurf, ihn (Bogišić) verschweigen zu wollen“, unter Hinweis auf seinen Aufsatz in Schmollers Jahrbuch; und dann folgt seine Verteidigung gegen den weitergehenden Vorwurf des Plagiats¹¹, der Übernahme von Ideengut von Bogišić ohne Zitat:

⁷ Ebd., S. 19.

⁸ Ebd., S. 22.

⁹ Ein Institut für lebendes Recht, nachgedruckt in *Ehrlich*, Recht und Leben, Berlin 1967, S. 28-42 (hier S. 38).

¹⁰ Fn. 1, S. 315.

¹¹ Zur juristischen Unklarheit des in der Umgangssprache üblichen Plagiatsbegriffs siehe *M. Rehbinder*, Urheberrecht, 16. A. München 2010, Rz. 385.

„Ebensowenig kann ich zugeben, dass ich den Grundgedanken meiner soziologischen Arbeiten ihm verdanke. Da die Arbeiten von Bogišić schon wegen der Sprache der westeuropäischen Öffentlichkeit meist unzugänglich sind, ist es nicht für jedermann möglich, sich durch den Augenschein zu überzeugen, wie leichtfertig gegen mich die Anschuldigung der Entlehnung erhoben wurde. Bogišić war geradezu ein Genie des Konkreten, sein Fragebogen ist ein Meisterwerk des Verständnisses für die Rechtsvorstellungen und die darauf beruhenden Ordnungen einer zurückgebliebenen Gesellschaft. Aber allgemeine Gedanken würde man bei ihm vergeblich suchen. Die Stelle aus seinem Sborlik, die ich in meinem genannten Aufsätze übersetzt veröffentlicht habe, ist fast alles, was ich bei ihm an grundsätzlichen Erörterungen gefunden habe. Er hat ein unschätzbares Material geliefert, aber nicht eine Verarbeitung des Materials, die ich hätte verwerten können. Dabei ist sein Gesichtskreis ziemlich eng: er beschränkt sich ganz auf die einer ursprünglichen Gesellschaft eigentümlichen Einrichtungen, für die Verhältnisse einer höheren Gesittung, eines reicheren Lebens, des modernen Verkehrs hat er nicht das geringste Interesse. Danach möge man beurteilen, wie weit ich über Bogišić hinausgegangen bin.“¹²

Mit dem Plagiatsvorwurf „in Wien“ waren die Kreise um den 18 Jahre jüngeren Rechtsphilosophen *Hans Kelsen* gemeint. Nach dem Erscheinen von Ehrlichs Grundlegung kam es im Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik zu einer spektakulären rechtstheoretischen Auseinandersetzung zwischen Kelsen und Ehrlich um den Charakter der Rechtssoziologie als Rechtswissenschaft.¹³ In dieser an polemischer Schärfe nicht zu überbietenden Auseinandersetzung war dann von Plagiat nicht mehr die Rede. Es fragt sich aber, ob Ehrlich wirklich in der Erforschung des lebenden Rechtes so erheblich über Bogišić hinausgegangen ist, wie er betont. Ehrlich bestreitet an sich nicht die Bedeutung von Bogišić. Er spricht von dessen „ausserordentlichem Verdienst, das einzige Gesetzbuch verfasst zu haben, das vollständig den Forderungen entspricht, die Savigny an die Gesetzgebung stellt. Es ist das Gesetzbuch über das Vermögen für Montenegro. Es beruht auf einer sehr sorgfältigen und methodischen Erforschung der südslawischen Rechtssitte, nicht bloss der sehr spärlich vorhandenen Rechtssätze, sondern vor allem der konkreten Rechtsverhältnisse und Rechtseinrichtungen. Diese Arbeiten, die nicht auf das für die Gesetzgebung ganz entbehrliche historische Verständnis, sondern auf das

¹² Fn. 1, S. 392.

¹³ Nachdruck als *Hans Kelsen/Eugen Ehrlich*, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, Eine Kontroverse (1915/1917), Baden-Baden 2003; siehe dazu *H. Rottlathner*, Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts, in *Rechtstheorie* 1984, Beiheft 5, S. 521 ff., *M. Rehbinder*, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, 2. A. Berlin 1986, S. 119 ff. und *Ulrike Rein*, Rechtssoziologie gegen Rechtspositivismus. Die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen 1915/16, in: Stanley L. Paulson/R. Walter, *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre*, Wien 1986, S. 91-108.

Erfassen des Bestehenden, noch Vorhandenen gerichtet waren, haben es Bogišić ermöglicht, ein anerkanntes Meisterwerk zu liefern.¹⁴

Mit diesem letzten Satz allerdings setzt sich Ehrlich in Widerspruch zu seiner Feststellung, Bogišić habe die Rechtsvorstellungen einer zurückgebliebenen Gesellschaft erhoben und sich in enger Sicht auf die einer ursprünglichen Gesellschaft eigentümlichen Rechtseinrichtungen beschränkt. Er (Ehrlich) hingegen sei „weit über Bogišić hinausgegangen“¹⁵, denn „wichtiger als solche absterbende Reste sind wohl für den Juristen die rechtsfähigen Keime eines neuen Rechts“.¹⁶ Auf der Suche nach Erscheinungsformen des neuen Rechts seien „Umwälzungen“ festzustellen, denen gegenüber „fast verschwindet, was inzwischen die Gesetzgebung geleistet hat.“¹⁷

Sollte Bogišić auf der Suche nach südslawischen, also ethnischen Besonderheiten des Rechts tatsächlich den Blick dafür verloren haben, dass auch Keime eines neuen, modernen Rechts vorfindbar waren, so das Ehrlich mit seiner Aufforderung zur Erforschung des lebenden Rechts weit über ihn hinausgegangen ist? Das ist nicht ganz ausgeschlossen, denn Bogišić hat seine Erhebungen in einer Umwelt durchgeführt, die man später als Entwicklungsland bezeichnete. Eine eigenständige Überprüfung durch den Verfasser dieser Zeilen scheitert allerdings an seinen mangelnden Sprachkenntnissen. Er sieht sich aber auf der sicheren Seite, wenn er sich auf die umfangreiche, eindrucksvolle Monographie von Werner G. Zimmermann abstützt, eine Zürcher Habilitationsschrift über Bogišić aus dem Jahre 1962, die bis heute unübertroffen geblieben ist und ihresgleichen sucht.¹⁸ Zimmermann berichtet von der Bewunderung Ehrlichs (Bogišić als „Genie des Konkreten“) und breitet das Material der Publikationen von Bogišić – oft in wörtlicher Wiedergabe – akribisch aus.¹⁹ Was nun das Lob des montenegrinischen Gesetzbuches angeht („Meisterwerk“), so stellt auch Zimmermann einen Widerspruch zu Ehrlichs Beanstandungen fest, Bogišić habe aus dem engen Gesichtskreis des Entwicklungslandes heraus nicht das geringste Interesse an den Einrichtungen „modernen Verkehrs“. Es sei auch nicht richtig, man würde „allgemeine Gedanken bei ihm vergeblich suchen“. Als Grund für diese Fehleinschätzung steht für ihn fest: „Er kennt ihn zu wenig“. Allerdings sei dem beizufügen, dass Anlass zu

¹⁴ Fn. 1, S. 393.

¹⁵ Siehe oben Fn. 1, S. 392.

¹⁶ Fn. 1, S. 420; so auch bereits in: Ein Institut für lebendes Recht (Fn. 8) S. 38 f.

¹⁷ Fn. 1, S. 421.

¹⁸ *Werner G. Zimmermann* Valtazar Bogišić 1834-1908. Ein Beitrag zur südslawischen Geistes- und Rechtsgeschichte im 19. Jahrhundert, Wiesbaden 1962.

¹⁹ Zimmermann ebd., S. 238 ff.

diesen Äusserungen Ehrlichs die Vorwürfe aus dem Kreise Kelsens waren, Ehrlich habe Bogišić als Vorgänger verschweigen wollen.²⁰

Das Verschweigen ist widerlegt. Aber wie steht es mit dem zu wenig Kennen? Zimmermann kommt in seiner umfassend dokumentierten Vertrautheit mit dem Werk von Bogišić zu folgendem Ergebnis: „Die historische Seite beschäftigte Bogišić viel weniger als die soziologische, die Vergangenheit weniger als die Gegenwart, und allgemeine Theorien zogen ihn viel weniger an als das, was konkret zu beobachten war und nach gesetzgeberischen und sozialpolitischen Konsequenzen rief.“²¹ Das bedeutet: Ehrlich hatte Unrecht, Bogišić zu unterstellen sich rückwärtsgerichtet den absterbenden Überresten der Rechtsentwicklung gewidmet und darüber die „Keime des neuen Rechts“ übersehen zu haben. Wenn Ehrlich darüber hinaus Bogišić „allgemeine Gedanken“ und „grundsätzliche Erörterungen“ vermisst²², so darf das nicht dahin missverstanden werden, als habe das „Genie des Konkreten“ sich in den Details verloren. Zimmermann macht uns zum Beispiel durch Übersetzung mit den Regeln bekannt, die Bogišić für den Einsatz und die Nutzung von Fragebögen bei der Erforschung des lebenden Rechts entwickelt hat.²³ Was Zimmermann hingegen bestätigt ist, dass Bogišić den „allgemeinen Theorien“ über das lebende Recht, also an einer soziologischen Rechtstheorie (oder theoretischen Rechtssoziologie) nicht interessiert war. Das aber war es gerade, wo Ehrlich sich über Bogišić „weit hinausgehend“ sah, und um das es in seinem Streit mit Kelsen ging. Bogišić ist ein Pionier der ethnologischen Rechtstatsachenforschung, die das Programm der historischen Rechtsschule (Savigny, Beseler) für eine „richtige“ Rechtssetzung im Falle Montenegro genial erfüllt hat. Ehrlich hingegen arbeitete an einer Grundlegung der Soziologie des Rechts, die er zum Ärger nicht nur Kelsens als die (einzige) Wissenschaft vom Recht erklärte.²⁴

Ich darf als Ehrlich-Forscher mit der Bemerkung schliessen, dass die hier ausführlich referierte Beurteilung des Werkes von Bogišić durch Ehrlich typisch für Ehrlich als Wissenschaftler ist. Ehrlich gehörte zu jener Gruppe von Gelehrten, die ihren Rang in der wissenschaftlichen Gemeinschaft danach bestimmt sehen, in welchen Bereichen sie jeweils die zeitlich Ersten gewesen sind, die sich zu einem Thema geäußert haben, die ihre zeitliche Priorität daher ständig betonen und sich nicht scheuen, sich in Prioritätenstreite zu verwickeln. Ehrlich kämpfte um die Anerkennung seiner zeitlichen Priorität be-

²⁰ Fn. 17, S. 483 N. 2.

²¹ Fn. 17, S. 335.

²² Fn. 1, S. 392.

²³ Fn. 17, S. 338 f.

²⁴ Siehe *Rehbinder* (Fn. 12), S. 81 ff.

sonders an drei Stellen, nämlich als Begründer der Freirechtslehre²⁵ anerkannt zu werden, als Begründer eines Seminars für lebendes Recht²⁶ und als Vertreter einer soziologischen Rechtstheorie²⁷. In allen diesen Bereichen wird seine zeitliche Priorität zwar anerkannt, doch sind seine Arbeitsergebnisse inzwischen weitgehend in Vergessenheit geraten. Das gleiche Schicksal hat Valtazar Bogišić getroffen, so dass ein Gedächtnisband für diesen Klassiker der Rechtswissenschaft zugleich ein Stück Wiedergutmachung bedeutet, eine Rückbesinnung auf unser kulturelles Erbe.

em. Univ. Prof. Dr. Manfred Rehbinder
Europäisches Institut für Rechtspsychologie
Universität Zürich
Kirchgasse 42, CH-8001 Zürich
+0041/44/258 40 45
manfred.rehbinder@gmail.com

²⁵ Seine „Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft“ (1903) beginnt in einer Vorrede mit der Feststellung, er sehe sich genötigt, dem Franzosen François Géný gegenüber seinen zeitlichen Vorrang zu wahren (Nachdruck in *Eugen Ehrlich* [Fn. 4], S. 170-172). Der als Gründer der Freirechtslehre oft genannte Oscar von Bülow habe sich überhaupt nicht zum Thema der Freirechtslehre, nämlich zur Lückenfüllung geäußert (Die richterliche Rechtsfindung aufgrund des Rechtsatzes [1917], Fn. 4, S. 251-252) und der meistens als Begründer genannte Gnaeus Flavius (Hermann Kantorowicz) habe ihm den zeitlichen Vorrang freimütig eingeräumt (Die freie Rechtsfindung, in *Recht* 1906 No. 3, 35-41 [41]). Hingegen „glaube ich die Ehre des zeitlichen Vorganges mit Adickes (Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872) zu teilen“ (ebd. S. 40 f.).

²⁶ Die Erforschung des lebenden Rechts (1911) Fn. 4, S. 11, beginnt mit einer Sternchenanmerkung, er müsse an dem dort veröffentlichten Programm des Seminars sein geistiges Eigentum wahren. Das in Wien begründete Seminar für Rechtsanwendung reiche für die Praxis nicht aus (Fn. 4, S. 28-42).

²⁷ Zeitliche Priorität gegenüber der soziologischen Rechtswissenschaft des Franzosen Saleilles (Paris), Géný (Nancy) und Lambert (Lyon): *Soziologie und Jurisprudenz* (1906), in *Ehrlich* *Gesetz und lebendes Recht*, Berlin 1986, S. 101, und Montesquieu allenfalls als Vorläufer einer soziologischen Rechtstheorie: *Montesquieu and Sociological Jurisprudence* (1915/16), in *Ehrlich* ebd., S. 195-210.

Johann Josef Hagen

Eugen Ehrlich, der Begründer der Rechtssoziologie

Der 150. Geburtstag Ehrlichs ist sicherlich ein guter Anlass für eine rückblickende Würdigung dieses altösterreichischen Gelehrten, der zumindest hierzulande stets an der Peripherie des wissenschaftlichen Betriebes verblieben ist. Man kann ein solches Gedächtnis sehr unterschiedlich gestalten, zB indem man seine Biographie, seine Lebensumstände, seine Arbeiten und hinterlassenen Werke sowie die gesamte Sekundärliteratur aufführt. Eine solche Art der Würdigung ist aus verschiedenen Anlässen bereits mehrfach geschehen. Verwiesen sei etwa auf die sehr umfangreiche Darstellung von Stefan Vogl¹ sowie auf die mannigfachen Veröffentlichungen Rehbinders.² Auch der von Marc Hertogh herausgegebene Sammelband ‚Living Law – Reconsidering Eugen Ehrlich‘³ verdient an dieser Stelle Erwähnung. Er ist das Ergebnis eines Kongresses in Oñati, der aus Anlass des 70jährigen Jubiläums der englischen Ausgabe der ‚Grundlegung der Soziologie des Rechts‘ veranstaltet worden ist; diese englische Ausgabe trägt den Titel ‚Fundamental Principles of the Sociology of Law‘ und ist mit einem Vorwort von Roscoe Pound versehen.

Zentraler Bezugspunkt muss allerdings stets die Wirkungsgeschichte sein, ausgehend von der Frage: Was ist aus seinen Ideen geworden? Was war sein zentrales Anliegen und wie ist es verwirklicht worden? Nun, das Anliegen Ehrlichs könnte man aus dem Titel seines 1913 erschienenen Hauptwerks ableiten, nämlich die ‚Grundlegung der Soziologie des Rechts‘.⁴ Aber die Frage, die sich als nächstes stellt, ist: Was hat Ehrlich sich tatsächlich unter ‚Soziologie des Rechts‘ vorgestellt bzw. was verstehen wir heute darunter, und, unterscheiden sich diese Auffassungen, und gegebenenfalls, wodurch.

Die Frage lässt sich, wie ich hoffentlich noch zeigen kann, nur in einem größeren Rahmen abklären, indem man nämlich davon ausgeht, dass im Zentrum der vielfach als revolutionär bezeichneten⁵ Überlegungen Ehrlichs der Wissenschaftsbegriff steht. Ich meine hier ‚revolutionär‘ in einem Sinn, wie ihn Thomas Kuhn in seiner Wissenschaftstheorie gebraucht, als Paradigmenwechsel nämlich.⁶ Es herrscht weitgehende Einigkeit, dass Ehrlich zu den

¹ Vogl (2009).

² Rehbinders (1967, 1986).

³ Hertogh (2009).

⁴ Im Weiteren als abgekürzt ‚Grundlegung‘ zitiert.

⁵ ZB von Liderssen (2009).

⁶ Kuhn (1970). Vgl dazu auch Hagen (1995).

Gründern einer wie immer verstandenen Rechtssoziologie gehört, wobei lediglich zweifelhaft ist, wie groß sein Beitrag im Vergleich mit anderen ‚Gründungsvätern‘ wie beispielsweise Max Weber, Emile Durkheim oder Roscoe Pound ist. Meine These ist nun, dass die Intentionen Eugen Ehrlichs keineswegs auf die Einrichtung einer Bindestrich-Soziologie namens Rechtssoziologie bzw. Soziologie des Rechts gerichtet waren, sondern auf die Veränderung der *Rechtswissenschaft* als Ganzes, und zwar auf ihre Umgestaltung in eine *Gesellschaftswissenschaft*. Dafür spricht im Übrigen auch sein Engagement für die Freiheitsbewegung, dieses zweite zentrale Projekt in seinem Schaffen. Wenn man rückblickend die vielfältigen Diskussionen zu diesem Punkt Revue passieren lässt, ist heutzutage offenkundig, dass dem Anliegen, gesellschaftlichem Denken im Recht größeres Gewicht zu verleihen, in sehr unterschiedlicher Form Rechnung getragen werden kann. Es existiert dabei, so könnte man formulieren, ein weites Spektrum zwischen minimalen und maximalen Lösungen. Eine minimale Lösung für Ehrlichs Bemühungen um mehr Soziologie im Recht wäre die Zusammenfassung und Kanonisierung bestimmter Fragenkomplexe, wie sie sich bei Arnaud⁷ findet, also zB: der soziologische Rechtsbegriff, Recht und sozialer Wandel, Kenntnis und Einstellung von und zum Recht, Implementierung, Rechtsstab, Dispute Settlement ua. Eine ähnliche Konzeption verfolgt die sogenannte ‚*Rechtstatsachenforschung*‘, wie sie von Arthur Nußbaum⁸ empfohlen worden ist (nur nebenbei bemerkt: Nußbaum hat sein programmatisches Buch zur Rechtstatsachenforschung 1914, also kurz nach der ‚Grundlegung‘ veröffentlicht. Es stellt in gewisser Hinsicht einen Gegenentwurf dazu dar, weil es Nußbaum – im Gegensatz zu Ehrlich – lediglich um eine Ergänzung der Rechtswissenschaft, genauer um die Heranziehung von Tatsachen zur Belebung, Vertiefung und Bereicherung der bisherigen Lehre geht). In beiden Fällen handelt es sich um minimalistische Lösungen, die gemeinhin von Juristen bevorzugt werden, sofern sie mit Rechtssoziologie überhaupt etwas anzufangen wissen.⁹ Vielfach wird diese juristische Soziologie des Rechts mit ‚*Rechtstatsachenforschung*‘ überhaupt gleichgesetzt.¹⁰ Die Beziehung zwischen Rechtsdogmatik und Rechtssoziologie wird unter diesem Blickwinkel von Machura mit ‚Juristen fragen, Soziologen antworten‘ beschrieben.¹¹ In dieser Funktion spielt die Soziologie die Rolle einer ‚Kontextlieferantin‘ und hilft damit die nicht mehr zeitgemäße Argumentationsfigur der ‚Natur der Sache‘ zu substituieren.¹² Diese Art von Rechtssoziologie entspricht sicher nicht den Intentionen Ehrlichs, weil sie die

⁷ Arnaud (1986).

⁸ Nußbaum (1960).

⁹ ZB Rasehorn (2001).

¹⁰ Hartwig (1975).

¹¹ Machura (1999) 333; dazu Rasehorn (2001) 281 ff.

¹² Christensen/Kudlich (2001) 361.

Rechtssoziologie in eine untergeordnete Hilfsdisziplin verwandelt, deren Aufgaben sich aus jeweils dominierenden praktischen Interessen ergeben.

Eine andere und in jüngster Zeit vermehrt anzutreffende Auffassung sieht die Rechtssoziologie als Teil oder besser als Anhängsel von Rechtsphilosophie und Rechtstheorie¹³ oder überhaupt einer alles umfassenden Allgemeinen Rechtslehre, in der auch rechtssoziologische Reflexionen ihren, wenngleich marginalen, Platz haben.¹⁴ In Wirklichkeit trennen Rechtssoziologie und Rechtstheorie sozusagen Welten, da letztere, vereinfacht und verkürzt gesagt, den gemeinsamen Nenner juristischer Argumentationen bildet, also aus ‚internen‘ Rechtsbegriffen besteht, während die Rechtssoziologie im Gegensatz dazu einen ‚externen‘ Rechtsbegriff verwendet.¹⁵ Was im Übrigen das Verhältnis Ehrlichs zum Mainstream der deutschen (und österreichischen) Rechtsphilosophie anbelangt, muss man *Lüderssen* recht geben, der gemeint hat:

„Der Rechtssoziologe Eugen Ehrlich ist nie recht heimisch geworden in der deutschen Rechtsphilosophie, denn durch dieses Nadelöhr muss jeder gehen, der hier in der Theorie des Rechts, die mehr ist als eine methodenbewusste Auslegung und Anwendung der Vorschriften, etwas werden möchte. Die Rechtssoziologie soll die Rechtsphilosophie doch gerade ergänzen, ihr zur Seite treten, wird man einwenden gegen diese zugespitzte Tendenzmeldung. Aber das ist es ja eben. Die Rechtssoziologie ist nach wie vor unbeliebt“.

Alle diese Arrangements sind offensichtlich nicht geeignet, die Rechtslehre in ihrem Kern zu verändern, dh der Multikausalität der zu behandelnden Fragen Rechnung zu tragen und der dogmatischen Dominanz ein Ende zu bereiten. Die Diskussionen und Kontroversen um den Stellenwert der Rechtssoziologie, die von Seiten der Juristen mit einer gewissen Abwehrhaltung geführt worden sind, haben insgesamt eine unübersichtliche Vielzahl von Konzepten und Begriffen hervorgebracht, die verwirrend wirken. So findet sich in der Aufzählung und Darstellung von möglichen Aufgaben einer Rechtssoziologie auch noch die Differenzierung zwischen einer ‚*Soziologie des Rechts*‘ und einer ‚*Soziologie im Recht*‘, Begriffsbildungen, die allerdings auch wiederum nicht in völlig einheitlicher Bedeutung verwendet werden. So versteht Koll,¹⁶ der diese Unterscheidung benützt, unter ‚Soziologie des Rechts‘ „die Erzeugung von Recht durch die Gesellschaft“ und unter ‚Soziologie im Recht‘ „die Wirklichkeits- und Wirksamkeitsannahmen von Recht sowie seine Lebenswelt“. Opp

¹³ So etwa *Kunz/Mona* (2006).

¹⁴ *Röhl/Röhl* (2008).

¹⁵ Wie *Blankenburg* des Öfteren betont hat, zB (1995) 4; kritisch dazu *Arnaud* (1986).

¹⁶ *Koll* (2009) 140.

versteht dagegen darunter die Verwendung soziologischer Begriffe, Kategorien, Modelle, Methoden und Daten zur Lösung juristischer Probleme. Dabei unterscheidet er zwischen Deskriptionsproblemen (Sachverhaltsfeststellung),¹⁷ Erklärungsproblemen (warum?), Prognoseproblemen¹⁸, Maßnahmeproblemen (wie erreicht man ein bestimmtes Ziel?)¹⁹ und Wertproblemen.²⁰ Im Besonderen geht es beim Einsatz der Soziologie im Recht darum, die sogenannten Alltagstheorien²¹ durch standardisierte und kontrollierbare Verfahren der Sozialwissenschaften zu ersetzen.²²

Ehrlichs Bemühungen haben aber ein sehr viel weiter gestecktes Ziel: im Kern geht es ihm darum, die Rückständigkeit und – schärfer gefasst – die *Unwissenschaftlichkeit der zeitgenössischen Jurisprudenz* zu überwinden. Die im Wesentlichen aus Subsumtionslogik und Hermeneutik bestehende juristische Gelehrsamkeit ist spätestens zu diesem Zeitpunkt in einen unüberbrückbaren Gegensatz zum modernen Wissenschaftsbegriff geraten, der auf Induktion und Empirie beruht. Dieser Widerspruch ist natürlich nicht nur von Ehrlich, sondern auch von anderen Zeitgenossen erkannt worden. Bekannt ist etwa der Ausspruch Anton Mengers – den man zusammen mit Karl Renner einer allgemeinen Konvention entsprechend zu den Juristensozialisten²³ rechnet – zu denen aber, wohlgemerkt, Ehrlich nicht gehört; danach ist die Rechtswissenschaft „[...] die zurückgebliebenste aller Wissenschaften“, „[...] einer entlegenen Provinzstadt vergleichbar, wo die abgelegten Moden der Residenz noch immer als Neuheiten getragen werden.“²⁴

Demgegenüber geht es Ehrlich um eine grundlegende *Neuorientierung* und nicht um marginale Korrekturen oder Ergänzungen. Eugen Ehrlich sieht es als Aufgabe einer Wissenschaft vom Recht, für die er einzig und allein die rechtssoziologische hält²⁵ an, das Recht nicht in den Texten zu studieren, sondern im rechtlich bestimmten Verhalten der Menschen.²⁶ Als wahrhaftige Verhaltenswissenschaft hat sich eine so verstandene Rechtswissenschaft vor allem mit dem ‚lebenden Recht‘ zu befassen, also mit tatsächlich und alltäglich

¹⁷ Opp (1973) 30 ff.

¹⁸ Opp (1973) 16 ff.

¹⁹ Opp (1973) 27 ff.

²⁰ Opp (1973) 33 f.

²¹ Das sind Theorien, „[...] die keiner wissenschaftlichen Kontrolle unterzogen wurden und die von Wissenschaftlern nicht als Bestandteil ihrer Disziplin betrachtet werden“ Gessner (1984) 24.

²² Gessner (1984) 98 ff.

²³ Engels/Kautsky.

²⁴ Zit nach H. Weber (1986) 251, Anm 6.

²⁵ Dazu kritisch Kininger (1971) 23 ff.

²⁶ Rebbinder (1967) 71 ff.

sich vollziehenden Praktiken.²⁷ Ähnlich drückt sich Ehrlich auch in ‚Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Soziologie und Jurisprudenz‘ (1906) aus; dort heißt es: Die Rechtswissenschaft werde ihrer Aufgabe nur dann ganz gerecht, „[...] wenn sie eine Morphologie der menschlichen Gesellschaft gibt, und die Kräfte, die in der Gesellschaft wirken auf ihr Wesen und ihr Maß untersucht. So wird die Jurisprudenz zur Rechtswissenschaft, zur Lehre vom Recht als gesellschaftlicher Erscheinung [...]“²⁸

Eine weitere Korrektur, die diese *sozialwissenschaftliche Wende* vollzieht, betrifft die vorwiegende Orientierung an sozialen Anomalien und Konflikten, die von Juristen mit Hilfe von sogenannten ‚Entscheidungsnormen‘ beurteilt und von Gerichten entschieden werden. In Wirklichkeit gibt es in jeder Gesellschaft selbstregulierende Mechanismen, die im Normalfall zur Anwendung kommen und Interventionen von außen weitgehend überflüssig machen. Die herkömmliche juristische Sichtweise neigt dazu, den Anwendungs- und damit Geltungsbereich des formalen und staatlichen Rechts zu überschätzen; tatsächlich sind gesellschaftliche Aktionsformen in wesentlich weiterem Maße durch informelle und interne Regeln der diversen Gruppen und Institutionen bestimmt als durch staatlich gesetztes Recht.²⁹ Diese These Ehrlichs findet sich bereits im Vorwort seiner Grundlegung, wo er ausführt: „[...] der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liegt auch zu unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst“³⁰. Ehrlich nimmt damit eine durch mannigfache Studien belegte Theorie vorweg, die sich auf die hohe Selektivität von Recht bezieht. Nur nebenbei gesagt, existieren auch in der heutigen vielfach überregulierten Gesellschaft vielfältige Formen des Übergangs von ‚sozialen Normen‘ zu staatlichen Normen, also von Nicht-Recht zu Recht.³¹ Man denke etwa an Regelwerke, die sich als Richtlinien und Empfehlungen, aber nicht als Recht im förmlichen Sinn verstehen und dennoch wirksam sind.³² Recht ist für Ehrlich primär gesellschaftliches, sich selbst organisierendes Recht. Es kommt stets auf das lebende Recht und nicht auf die abstrakten Rechtssätze an.³³ Ehrlich geht dabei sogar so weit zu sagen, dass seiner Einschätzung nach eine Gesellschaft auch ohne jedwede Staatsgewalt nicht notwendig in die Brüche gehen müsste.³³ Viele dieser keimhaft vorhan-

²⁷ Ehrlich (1911); dazu Hertogh (2009).

²⁸ Ehrlich (1987) 19.

²⁹ Vgl. Cotterrell (1984) 29 f.

³⁰ Liderssen (1996).

³¹ Damm (2009).

³² Ryffel (1974) 54.

³³ aaO 71.

denen Ideen erinnern an die später entwickelte Lehre vom Rechtspluralismus.³⁴

Inwieweit kann Ehrlich nun dieses Versprechen, eine ‚*Grundlegung der Soziologie des Rechts*‘ zu liefern, einlösen –, wobei nach der hier vertretenen These damit das Konzept einer ‚Rechtswissenschaft als Gesellschaftswissenschaft‘ gemeint ist? Dagegen gibt es eine Reihe berechtigter Bedenken. Vor allem muss die unsystematische Art der Darstellung in der ‚Grundlegung‘ als zutiefst problematisch empfunden werden. Während das Buch im deutschsprachigen Bereich mit wenigen Ausnahmen überhaupt unbeachtet geblieben ist, haben sich englischsprachige Autoren eingehend damit beschäftigt und daran vielfach begründete Kritik geübt: So hat *Ginsberg* – einer der ersten Rezensenten der englischen Ausgabe – angemerkt, dass das Buch entgegen seinem Titel keine systematische Darstellung der Rechtssoziologie enthält, sondern eher eine Reihe von selbständigen und unzusammenhängenden Essays. Ähnlich *Partridge*, der resümiert, dass Ehrlichs Darstellungen aus uneingelösten Verheißungen bestehen: “Whenever he puts a card on the table you can be sure that within a few pages he will have snatched it away again.” Cotterrell,³⁵ den man wohl als den besten Ehrlichkenner unter den englischsprachigen Autoren bezeichnen kann, hat argumentiert, dass Ehrlichs Thesen (zB die vom ‚lebenden Recht‘) weitgehend nur polemischen Charakter haben oder dass man sie überhaupt nur als Einladung für weitergehende, aber erst noch durchzuführende Studien ansehen kann, wobei diese seine Anleitungen dann auch nicht immer nützlich seien. Derselbe Cotterrell hat auch auf die Zeit- und Ortsabhängigkeit von Ehrlichs Lehren verwiesen. Auch daran ist natürlich vieles richtig. Dazu kommt, dass Ehrlichs Auffassungen einer gewissen Entwicklung unterliegen. Insbesondere offenbart das am Ende des 1. Weltkriegs erschienene Buch über ‚Juristische Logik‘³⁶ die weitgehende Abschwächung seiner radikalen Auffassungen und eine Adaption an Mainstream Lehren,³⁷ die auf eine Koexistenz der verschiedenen Wissenschaftsbegriffe (soziologisch – normativ-dogmatisch) hinausläuft.

Aber man sollte bei Ehrlichs Würdigung nicht nur auf die ‚Grundlegung‘ abstellen, die tatsächlich in wissenschaftlicher Hinsicht unbefriedigend ist. Um Ehrlichs Vorstellungen von einer reformierten Rechtswissenschaft zu erkunden, möchte ich zwei weitere weniger bekannte Texte heranziehen, die vielleicht zusätzliche Aufschlüsse und mehr Klarheit verschaffen können. Es

³⁴ Etwa bei *Gurwitsch*; vgl *Morlok Kölbel/Launhardt* (2000); *Machura* (2010) 381; skeptisch *Röhl* (1987) 237 f.

³⁵ *Cotterrell* (2009).

³⁶ *Ehrlich* (1918).

³⁷ Dazu *Vogl* (2009).

handelt sich dabei zum einen um die Inauguralrede Ehrlichs anlässlich seiner Wahl zum Rektor der Universität Czernowitz aus dem Jahr 1906 und zum anderen um einen Text aus der *Harvard Law Review* aus dem Jahr 1916.

In seiner *Inauguralrede* beschäftigt sich Ehrlich mit dem *Gewohnheitsrecht*. Das Gewohnheitsrecht ist ja so etwas wie ein Paradigma der Rechtssoziologie, weil es hier um die zentrale Frage des Übergangs von faktischem zu normativ verbindlichem Verhalten geht. Deswegen hat sich ua auch Max Weber ausführlich mit dem Gewohnheitsrecht als einem Repräsentanten des ‚traditionalen Rechts‘ beschäftigt, allerdings aus einer neukantianischen Sichtweise, der es weniger um den Zusammenhang als um die reinliche Trennung der Bereiche geht.³⁸ Ehrlich dagegen betrachtet das Gewohnheitsrecht nicht aus einer dogmatisch-juristischen, sondern aus einer soziologischen Position. Er stellt deshalb von vornherein klar, dass er sich mit den *Tatsachen des Gewohnheitsrechts* beschäftigt. Nur diese Vorgangsweise erscheint ihm wissenschaftlich korrekt, weil Tatsachen – hier durchaus als ‚faits sociaux‘ im Sinne Durkheims verstanden – stets dem Recht vorangehen, man also nur Recht aus Tatsachen, aber nicht umgekehrt Tatsachen aus Recht erklären könne. In Bezug auf den konkreten Untersuchungsgegenstand, aber durchaus verallgemeinerungsfähig, sagt er dann:

„Wenn die Wissenschaft bisher zu einer befriedigenden Lehre vom Gewohnheitsrecht nicht zu gelangen vermochte, so liegt der Grund darin, dass sie es hartnäckig verschmähte, die Gesellschaft selbst in ihrer rechtsbildenden Arbeit zu beobachten und ihrer scholastischen Überlieferung folgend es vorzog, das Pergament für den heiligen Bronnen anzusehen, aus dem ein Trank den Durst auf ewig stillt.“

Der Weg führt also stets, wie er formuliert, vom ‚gesellschaftlichen Lebensverhältnis‘ zum Rechtsverhältnis und nicht umgekehrt. Es heißt dann:

„Der heutige Jurist ist gewöhnt, auf eine von Recht und Rechtszwang beherrschte Welt zu blicken. Dieser Welt, die die seinige ist, verdankt er seine Weltanschauung, die Recht und Rechtszwang in den Anfang aller Dinge verlegt.“

Es ist nicht schwer, in dieser hier kritisierten Weltanschauung die von Marx und Engels so bezeichnete ‚juristische Weltanschauung‘ zu erkennen, in welcher Recht und Gesellschaft sozusagen auf dem Kopf stehen – ohne dass damit natürlich gesagt sein soll, dass Ehrlich etwa Marxist war, auch nicht Juristensozialist, wie wir gehört haben. Demgegenüber erklärt Ehrlich Recht als Ergebnis von Vergesellschaftungsprozessen, wobei er aus dem reichhaltigen Schatz an rechtshistorischen Kenntnissen schöpft, die ihm als Romanisten zur

³⁸ Vgl. *Gephard* (2006) 129.

Verfügung stehen. Es trifft in der Tat zu, dass die Rechtssoziologie aus dem Geist Savignys und der historischen Rechtsschule entstanden ist.³⁹ Das gilt sowohl für Max Weber wie auch für Eugen Ehrlich.⁴⁰ Für Max Weber versteht sich das sozusagen von selbst, weil er von Haus aus Rechtshistoriker war und mit Vorliebe aus diesem Fundus geschöpft hat.⁴¹ Aber auch Ehrlich, für Römisches Recht habilitierter Rechtslehrer, ist fürwahr ‚ein historisch denkender Wissenschaftler‘.⁴² Diese rechtshistorische Orientierung findet sich im Übrigen auch in der französischen Tradition der Rechtssoziologie, so insbesondere bei Geny, Gurvitch⁴³ und Carbonnier. Noch im Jahre 1971 glaubte deshalb Kininger behaupten zu können, die Rechtssoziologie sei ‚von Historismus befallen‘.⁴⁴

Interessant ist in diesem Zusammenhang die Einsicht, dass Herrschaftsverhältnisse stets einen gesellschaftlichen Mehrwert zur Voraussetzung haben, denn:

„Die Herrschaft ist zum Vorteile des Herrschenden, nicht den Beherrschten zuliebe da. Solange der Mensch, selbst bei größter Anstrengung, nicht mehr hervorzubringen vermag, als notwendig ist, um sein eigenes Dasein zu fristen ... hat er auch keinen Herrn. Die Herrschaft würde dem Herrschenden nichts eintragen.“

Den weiteren Erkenntnisschritt, dass damit die Klassenspaltung und der darauf sich erhebende Überbau erklärbar wird, geht Ehrlich allerdings nicht, obgleich ihm die Bedeutung der ‚previous accumulation‘ – also der massenhaften Enteignung der ländlichen Bevölkerung – für die Entstehung fundamentaler Ungleichheiten bewusst ist. Hier wie in anderen Zusammenhängen betont Ehrlich wiederum den grundsätzlichen Unterschied zwischen sogenannten Entscheidungsnormen (mit denen sich die Jurisprudenz beschäftigt) und den Verhaltensnormen, die allein beobachtbare und beschreibbare Qualität besitzen. Diese Unterscheidung, die offenbar auch die Trennung in primäre und sekundäre Regeln bei H. L. A. Hart inspiriert haben mag, hat sich in der rechtssoziologischen Theorie als fruchtbar erwiesen: Die Unterscheidung lässt sich in dem Sinn weiterentwickeln bzw. verdeutlichen, dass es bei der Ansteuerung von Gesetzeszielen darauf ankommt, in welchem Ausmaß Normen sich auf staatliche Apparate (Gerichte, Verwaltungsorgane, parastaatliche Einrichtungen) stützen oder nicht.⁴⁵ Von Blankenburg wird diese für die

³⁹ *Gepbart* (2006).

⁴⁰ *Rottlenthner* (1986).

⁴¹ *Hunt* (1978) 102.

⁴² *Röhl* (1987) 234.

⁴³ *Röhl* (1987) 234.

⁴⁴ *Kininger* (1971) 42 f.

⁴⁵ *Mayntz* (1979).

Wirkungsweise rechtlicher Regulierung ausschlaggebende Differenzierung verfeinert und vervollständigt. Er unterscheidet zwischen verwalteten, überwachten und angebotenen Rechtsnormen.⁴⁶ Er konnte damit ua auch die unterschiedliche Selektivität von Rechtsnormen erklären.

Im zweiten Text, auf den ich bereits rekuriert habe, geht es um die Bedeutung *Montesquieus* als Vorläufer der Rechtssoziologie – englischer Titel: ‚Montesquieu and Sociological Jurisprudence‘. Es handelt sich dabei um die Antwort auf einen Brief von Oliver Wendell Holmes (von Ehrlich als ‚highly flattering‘ apostrophiert), in welchem dieser bei der Lektüre der (offenbar deutschen Fassung der) ‚Grundlegung der Soziologie des Rechts‘ einen Hinweis auf Montesquieu vermisst hat. Ehrlich akzeptiert die Berechtigung dieser Kritik und versucht Montesquieus Bedeutung ‚als einer der ersten Soziologen‘ im Hinblick auf eine realistische oder auch gesellschaftliche Auffassung des Rechts darzulegen. Auf diese Weise entstand eine Abhandlung, die Ehrlichs eigene Auffassung wie durch ein Prisma erkennen lässt. Dabei ist für unsere Zwecke nicht so sehr der Abschnitt über die Gewaltenteilung, für die Montesquieus Name ja in erster Linie steht, von Interesse, sondern seine grundsätzlichen Vorstellungen von einer wissenschaftlichen Rechtslehre.

In Ehrlichs Augen erscheint Montesquieu als Antipode der zeitgenössischen Naturrechts- und Gesellschaftsvertragslehren:

„[...] Montesquieu lehrt, dass Recht von mannigfaltigen Bedingungen abhängig ist und mit diesen Bedingungen variiert. Er befindet sich damit in einem strikten Widerspruch mit der Naturrechtsschule, welche ein uniformes und immerwährendes Recht annimmt, das aus einem Gesellschaftskontrakt herrührt, der im Wesentlichen überall identisch ist. Diese Vorstellung einer Entsprechung von Recht und äußeren Umständen stellt den größten Fortschritt in der Rechtswissenschaft dar, den wir je einem einzelnen Menschen verdanken.“⁴⁷

Aber Ehrlich kann nicht umhin, auf eine gewisse Zweideutigkeit hinzuweisen, die sich durch das ganze *Œuvre* Montesquieus zieht und die mit dem Gebrauch des Verbs ‚devoir‘ und seinen unterschiedlichen Bedeutungen zu tun hat:

„Der französische Ausdruck ‚devoir‘, den Montesquieu verwendet, bezeichnet zugleich das, was sein soll, und das, was sein muss. Dabei geht es um zwei durchaus verschiedene Fragen, nämlich zum einen, wie Recht eingerichtet werden muss, um den äußeren Umständen zu entsprechen, und zum anderen, auf welche Weise Recht durch eben

⁴⁶ *Blankenburg* in: *Plett/Ziegert* (1984) 54 f.

⁴⁷ Übersetzung J. J. Hagen.

diese äußeren Umstände notwendigerweise bestimmt ist. Diese beiden Fragen werden bei Montesquieu oft vermischt.“

Aber Ehrlich meint konstatieren zu können, dass im Verlaufe der Untersuchung, Montesquieu immer stärker in die zweite Bedeutung wechselt:

„Auf diese Weise gelangen wir zu einer soziologischen Erklärung des Rechts, und zwar in Verbindung mit einer kritischen Diskussion der Ziele von Recht. Tatsächlich muss man ‚Esprit des Lois‘ als ersten umfassenden Versuch einer Rechtssoziologie werten.“

Natürlich geht es hier trotz der etwas abweichenden Formulierung – „it should be – it must be“ – um das Verhältnis von Sein und Sollen, dessen strikte und dogmatische Trennung der Soziologie den Eintritt in das Arkanum des Rechts verwehren soll. Die hermetische Trennung von Sein und Sollen stellt darum, wie Dux zurecht gemeint hat, eine Art ‚Denkblockade‘ dar, weil sie die wissenschaftliche Analyse der Zusammenhänge verhindert. Ehrlich nimmt zustimmend zur Kenntnis, dass nach Montesquieu äußere Umstände (zB Klima, Religion, Traditionen etc) auf das Recht einwirken, geht aber insoweit darüber hinaus, als er die spezifisch gesellschaftlichen Prozesse für entscheidend hält, die die Umsetzung von Fakten in Normen besorgen:

„Die natürlichen Umstände, auf die sich Montesquieu beruft, als geographische klimatische Konfigurationen, können für sich genommen keinerlei Einfluss ausüben, außer sie werden in gesellschaftliche Formen übernommen, die ihrerseits wiederum auf die Rechtssphäre wirken. Um also die gesellschaftlichen Grundlagen des Rechts aufzudecken, müssen wir die Art und Weise herausfinden, wie es von der Gesellschaft generiert wird.“

Übrigens rechnet Ehrlich zu diesen äußeren Umständen, die rechtliche Normen determinieren, auch die ökonomische Lage der Subjekte als eine der elementaren Sozialtatsachen:

„Die Dinge, die uns beherrschen (‘The things governing men’) – und zu diesen möchte ich, ganz im Sinne Montesquieus, auch die ökonomische Lage zählen – treten in der modernen Soziologie als Elemente des gesellschaftlichen Lebens auf.“

Die Frage, wie diese Vermittlungsprozesse zwischen Sein und Sollen ablaufen, bleibt natürlich bei Montesquieu offen. Die Antwort Ehrlichs darauf sind, wie wir aus der ‚Grundlegung‘ wissen, diese Vergesellschaftungsformen in der Mikro- und Mesebene, in denen das ‚primäre Recht‘ (sic) erzeugt wird:

„Trotzdem hat die große Mehrheit der Soziologen immer nur auf die sekundäre Rechtsebene abgestellt (‘the rule of law’) und nicht auf die primäre Rechtsordnung. Auf diese Weise mussten sie die intermediären Vermittlungen verfehlen, die die eigent-

lichen rechtlichen Institutionen darstellen und die Recht und Gesellschaft verbinden; die ganze Darstellung wird dadurch unbefriedigend“.

Man mag diese Unterteilung in primäres und sekundäres Recht – englisch oft als Gegensatz von informal und formal law wiedergegeben –⁴⁸ als nebulos empfinden, aber man muss auf jeden Fall darauf verweisen, zumindest um Ehrlich gegen den gelegentlich erhobenen Vorwurf eines soziologischen Reduktionismus (z.B. bei Gephard) zu verteidigen. Tatsächlich ist für Eugen Ehrlich diese Vermittlung der Bereiche ein zentrales, allerdings im Ergebnis nicht gelöstes Problem. Man spürt auch hier, dass Ehrlich klarsichtig die Schwächen der Montesquieu'schen Auffassungen, wenngleich fortschrittlich im Verhältnis zu den Naturrechtslehren, begreift, aber selbst ebenfalls von weitgehender Unsicherheit beherrscht ist. Er verharret insofern im Modus der Kritik als einer Methode zur Aufdeckung von Widersprüchen, ohne aber selbst zu Lösungen zu gelangen.

Überraschend ist schließlich, dass Ehrlich bei Montesquieu eine starke ökonomische Determinante entdeckt, die er selbst ansonsten weitgehend vernachlässigt:

„Bereits ein Jahrhundert vor Karl Marx sieht Montesquieu einen engen Zusammenhang zwischen den ökonomischen Lebensbedingungen und dem ‚rechtlichen Überbau‘. Er ist vielleicht der erste, der sich – wohlgerne in einem juristischen Buch – mit spezifisch wirtschaftlichen Problemen beschäftigt wie etwa Handel, Landwirtschaft, Geld, Bevölkerung, Kolonisation. Damit entwirft er in klarsichtiger Weise die Konzeption einer Gesellschaft, die ihr Recht in Übereinstimmung mit materiellen Erfordernissen gestaltet.“

Kehren wir abschließend noch einmal auf die eingangs gestellte Frage zurück: Was ist aus Ehrlichs Ideen geworden, insbesondere aus der Idee einer *soziologischen Rechtswissenschaft*? Nun, im Grunde genommen haben sich nur marginale und minimale Lösungen verwirklichen lassen, dh Rechtssoziologie als Hilfsdisziplin und als ständig in ihrer Existenz bedrohte Nischenwissenschaft, die im Schatten ihrer dogmatischen Schwesterdisziplinen ein eher kümmerliches Dasein fristet. Aber liegt dies wirklich daran, dass Ehrlichs Ideen illusorisch oder widersprüchlich und darum uneinlösbar waren? Ehrlich selbst hat sich ja sehr resignierend geäußert: nämlich dass ihm seine wissenschaftlichen und literarischen Arbeiten nichts eingetragen haben als Ärger und Verdruss, und er hat sich über diejenigen beklagt, „[...] die mir seit nun zwanzig Jahren das Blut tropfenweise abzapfen.“⁴⁹ Man muss Ehrlich als einem Vordenker und

⁴⁸ Dazu *Silbey* o.J.

⁴⁹ Zit nach *Vogl* (2009).

Pionier zugutehalten, dass er vieles quasi aus dem Nichts heraus entwickelt hat. So war etwa Soziologie als Name zu dieser Zeit verbreitet, aber eine Wissenschaft mit diesem Namen hat so gut wie nicht existiert. Im Grunde genommen hat sich die Soziologie bis dahin und auch längere Zeit danach noch nicht vom philosophischen spekulativen Denken abgenabelt. Daraus erklärt sich auch das Fehlen der wissenschaftlichen Terminologie einerseits und einer empirischen Basis andererseits. Dass seine revolutionären Vorstellungen zu einem großen Teil zumindest in den deutschsprachigen Ländern nicht verwirklicht werden konnten und somit auch heute noch als Kritik, ja als Provokation Geltung haben, liegt eher an äußeren Umständen in den jeweiligen Ländern, darunter auch am Widerstand der etablierten Rechtswissenschaften, die die Rechtssoziologie von Anfang an als Bedrohung empfunden haben, denn an inneren Defiziten.

Literaturliste

- Arnaud, A.-J.* Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit? Paris 1981.
- Arnaud, A.-J.* La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit: Elements d'une démystification, *Droit et société* 2/1986, 139 ff.
- Blankenburg, E.* Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie, Berlin 1995.
- Carbonnier, J.* Rechtssoziologie, Berlin 1974.
- Christensen, R./H. Kudlich* Theorie richterlichen Begründens, Berlin 2001.
- Cicourel, A. V.* Method and Measurement in Sociology, New York 1964.
- Colletti, L.* Marxism as a sociology, in: From Rousseau to Lenin, London 1972.
- Cotterell, R.* The Sociology of Law. An Introduction, London 1984.
- Cotterrell, R.* Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies, Queen Mary University of London, School of Law Legal Studies Research Paper No. 3/2009.
- Damm, R.* Wie wirkt „Nichtrecht“? Genesis und Geltung privater Regeln am Beispiel medizinischer Professionsnormen, *ZFRS* 30/2009, 3-22.
- Dux, G.* Rechtssoziologie. Eine Einführung, Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz 1978
- Dux, G.* Diesseits des historischen Materialismus, *KZfSS* 1975, 201-223.
- Ehrlich, E.* Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft. Soziologie und Jurisprudenz, Czernowitz 1906, Neudruck Aalen 1987.
- Ehrlich, E.* Die Erforschung des lebenden Rechts, *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich* 35/1911; ebenso in: M. Rehbinder (Hg): Eugen Ehrlich. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatistikforschung und zur Freirechtslehre, 1967, 11 ff.
- Ehrlich, E.* Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1. Aufl. München – Leipzig 1913; Neuaufgabe: Berlin 1989.

- Ehrlich, E.* Montesquieu and Sociological Jurisprudence, *Harvard Law Review* 29/1916, 582-600.
- Ehrlich, E.* Die juristische Logik, Tübingen 1918.
- Gephardt, W.* Recht als Kultur: Zur kultursoziologischen Analyse des Rechts, Frankfurt a.M. 2006.
- Gessner, V.* Rechtssoziologie und Rechtspraxis, in: K. Plett / K.A. Ziegert: Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik. Zur Problemlage rechtssoziologischer Auftragsforschung, Tübingen 1984; 69-112.
- Gurvitch, G.* Grundzüge der Soziologie des Rechts, Neuwied 1960.
- Gurvitch, G.* Rechtssoziologie, in G. Eisermann: Die Lehre von der Gesellschaft – ein Lehrbuch der Soziologie, Stuttgart 1958.
- Hagen, J. J.* La rivalità dei paradigmi nelle scienze giuridiche. La dogmatica giuridica e la sociologia del diritto come paradigmi in competizione, *Sociologia del Diritto* 2/1995, 5 ff.
- Hagen, J. J.* Soziologie und Jurisprudenz. Zur Dialektik von Gesellschaft und Recht, München 1973.
- Hartwig, O.* Rechtstatsachenforschung im Übergang. Bestandsaufnahme zur empirischen Rechtssoziologie in der Bundesrepublik Deutschland, Göttingen 1975.
- Hertogh, M.* (Hg) *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford 2009.
- Hesse, H. A.* Einführung in die Rechtssoziologie, Wiesbaden 2004.
- Holmes, O. W.* The Path of Law, *Harvard L. R.* 10/1897; 457-478.
- Kantorowicz, H.* Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906, unter dem Pseudonym Gnaeus Flavius.
- Kininger, E.* Die Realität der Rechtsnorm. Eine empirische Studie, Berlin 1971, 34 ff.
- Kuhn, Th.* The Structure of Scientific Revolutions, dt. Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen, Chicago 1962, 1970².
- Kunz, K. L./M.* *Mona* Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtssoziologie. Eine Einführung in die theoretischen Grundlagen der Rechtswissenschaft, Bern – Stuttgart – Wien 2006.
- Lautmann, R.* Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz. Zur Kooperation der beiden Disziplinen, Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz 1971.
- Levy-Brühl, H.* Soziologische Aspekte des Rechts, Berlin 1970.
- Lüderssen, K.* Genesis und Geltung in der Jurisprudenz, Frankfurt a.M. 1996.
- Lüderssen, K.* Vogl, Stefan, Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich (= *Fundamenta juridica* 46). *Nomos*, Baden-Baden 2003, besprochen von Klaus Lüderssen, in: <http://www.koeblergerhard.de/ZRG126> Internetrezensionen2009/VoglStefan-SozialeGesetzgebungspolitik-2.htm.
- Machura, S.* Rechtssoziologie, in: G. Kneer / M. Schroer (Hg): *Handbuch Spezielle Soziologien*, Wiesbaden 2010, 379 ff.
- Mayntz, R.* Regulative Politik in der Krise? In: J. Matthes (Hg): *Sozialer Wandel in Westeuropa*, Frankfurt 1979.
- Nußbaum, A.* Die Rechtstatsachenforschung, Berlin 1960.

- Opp, K.-D.* Soziologie im Recht, Reinbeck 1973.
- Plett, K./K. A. Ziegert* Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik. Zur Problemlage rechtssoziologischer Auftragsforschung, Tübingen 1984.
- Raiser, T.* Grundlagen der Rechtssoziologie, 2009⁵.
- Rasehorn, T.* Die Sektion Rechtssoziologie ist kein Max-Planck-Institut, ZfRS 22/2001, Heft 2, 281-291.
- Rebbinder, M.* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, Berlin 1967, Neuaufgabe 1986.
- Rebbinder, M. (Hg)* Eugen Ehrlich. Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtsstatistikenforschung und zur Freirechtslehre, 1967.
- Rebbinder, M.* Rechtssoziologie, München 2009⁷.
- Röhl, K. F.* Rechtssoziologie, Köln – Berlin – Bonn – München 1987.
- Röhl, K.F.:* Auflösung des Rechts, in: Festschrift für Andreas Heldrich, München 2005.
- Röhl, K. F./Cb. Röhl* Allgemeine Rechtslehre, Köln 2008³.
- Rottleuthner, H.* Drei Rechtssoziologen: Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer, Max Weber, in: V. Heyen (Hg): Historische Soziologie der Rechtswissenschaft, Frankfurt a. M. 1986, 227-252.
- Rottleuthner, H.* Einführung in die Rechtssoziologie, Darmstadt 1987.
- Silbey, S. S.* Law and Society Movement. The Spirit of the Laws, The Common Law, Law and Society Review, in: <http://law.jrank.org/pages/18739/Law-Society-Movement.html> (o. J.).
- Voigt, R.* Verrechtlichung in Staat und Gesellschaft, in: Ders. (Hg): Verrechtlichung. Analysen zu Funktion und Wirkung von Parlamentarisierung, Bürokratisierung und Justizialisierung sozialer, politischer und ökonomischer Prozesse, Athenäum: Königstein/Ts. 1980, 15-37.
- Vogl, St.* Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich, Baden-Baden 2009.
- Weber, H.* Die Theorie der Qualifikation, Tübingen 1986.
- Ziegert, K. A.* Rechtssoziologie und Wissenschaft. Recht als ökologischer Wirkungszusammenhang, in: K. Plett/K. A. Ziegert: Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik. Zur Problemlage rechtssoziologischer Auftragsforschung, Tübingen 1984.

Univ. Prof. Dr. Johann Josef Hagen
FB Sozial- und Wirtschaftswissenschaften
Universität Salzburg
Churfürststraße 1
A-5020 Salzburg
0662/8044-3451
johann.hagen@sbg.ac.at

Jakob Schiechl

Aspekte des ‚lebenden Rechts‘ bei Eugen Ehrlich

„[Nur die] Erkenntnis, daß die Erforschung des lebenden Rechts ein würdiger Gegenstand der Rechtswissenschaft ist, [...] vermag dem angehenden Juristen das zu geben, was ihn zur Lösung der höchsten Aufgaben, die sein Beruf an ihn stellt, geeignet macht: Die Fähigkeit, die Welt mit eigenen Sinnen wahrzunehmen, sie unmittelbar wahrzunehmen, nicht durch Papier und Druckerschwärze. [...] Seit die Erkeruste in ihre papierne Formation eingetreten ist, kranken wir alle an der Überschätzung des Buches als Bildungs- und Erziehungsmittel.“

Eugen Ehrlich 1911a, 145.

A. Einleitung

Gegenstand meines Aufsatzes ist das ‚lebende Recht‘. Der Begriff verbindet als inhaltliche Klammer die hier erörterten und ausgewählten Beiträge Eugen Ehrlichs, der ‚lebendes Recht‘ mit folgender Metapher rahmt:

„Der Hauptpunkt besteht darin, dass von alledem, was unser wirtschaftliches und soziales Leben gestaltet, nur ein kleiner Teil vom Gesetz erfasst werden kann. Das Leben ist zu vielfältig und komplex, um schriftlich erfasst zu werden, wie auch der Fluss nicht in einen Teich eingesperrt werden kann [...].“¹

Damit stellt Ehrlich dem ‚stehenden gesetzesrechtlichen Gewässer‘ einen ‚Fluss lebenden Rechts‘ gegenüber. An dieses Bild anknüpfend seien die Aspekte des fließenden ‚lebenden Rechts‘, die Ehrlich an verschiedenen Punkten seines Werkes behandelt, thematisch gereiht:

- „Das lebende Recht der Völker der Bukowina“² zeigt Ehrlich als Pionier im Quellgebiet, der die Ursprünge seines Nachdenkens über ‚lebendes Recht‘ offenbart.
- „Die Erforschung des lebenden Rechts“³ erweitert das Flussbett des Oberlaufes um die Wirkungen des ‚lebenden Rechts‘ auf die rechtswissenschaftliche Forschung.
- „Ein Institut für lebendes Recht“⁴ vermehrt die Wasserführung im Mittellauf um die Wirkungen einer „lebendrechtlichen Forschung“

¹ Ehrlich (1920/2007) 196 f.

² Ehrlich (1911/12) 273 ff und 322 ff.

³ Ehrlich (1911a) 129 ff.

⁴ Ehrlich (1911b) 229 ff und 241 ff.

auf die Lehre und um die Erträge einer ‚lebendrechtlichen Lehre‘ für die Praxis.

- „Über das ‚lebende Recht‘“⁵ zeigt schließlich den Gedanken des ‚lebenden Rechts‘ im Unterlauf, gereift in Gestalt eines verdichteten wissenschaftlichen Gesamtkonzepts.

B. „Das lebende Recht der Völker der Bukowina“⁶

1. Kernpunkte

Ehrlich gibt hier den Blick frei auf seinen Weg zur Erforschung des ‚lebenden Rechts‘. Ausgangspunkt ist der Ort seines wissenschaftlichen Wirkens, das damalige Herzogtum Bukowina. Ehrlich hebt als Charakteristika dieses Teiles der Monarchie hervor:

- Erstens beherberge die Bukowina neun Ethnien;
- zweites unterlägen sämtliche Einwohner auf den ersten Blick einheitlich der österreichischen Rechtsordnung;
- drittens gestalte sich aber das tatsächliche Rechtsleben in den jeweiligen Volksstämmen sehr unterschiedlich.⁷

Deshalb wendet Ehrlich, „[s]eine Augen vom Papier weg dem Menschengewimmel“ zu.⁸ Er zieht diese Richtung vor, da sich aus dem geschriebenen Gesetz lediglich Erkenntnisse über den Inhalt der darin enthaltenen Bestimmungen schöpfen lassen. Eine Fixierung auf die Gesetzestexte belasse aber die Rechtspraxis und die Befolgung außergesetzlicher Normen im Dunkeln.⁹

Angesichts dieser blinden Flecken der Rechtswissenschaft schickt sich Ehrlich an, „das lebende Recht der neun Volksstämme der Bukowina in [s]einem Seminar für lebendes Recht [zu] erheben.“¹⁰ Er konzentriert sich auf die Bukowina, weil er ihr Rechtsleben als „eine schier unerschöpfliche Fundgrube“ betrachtet.¹¹ Trotz der intensiven Auseinandersetzung mit dieser agrarwirtschaftlich geprägten Region behält er konzeptionell einen weiten Ho-

⁵ *Ehrlich* (1920/2007) 191 ff.

⁶ *Ehrlich* (1911/12) 273 ff und 322 ff.

⁷ *Ehrlich* (1911/12) 273.

⁸ *Ehrlich* (1911/12) 273.

⁹ *Ehrlich* (1911/12) 273.

¹⁰ *Ehrlich* (1911/12) 273.

¹¹ *Ehrlich* (1911/12) 274.

rizont, indem er für die künftige Forschung auch Grundgedanken zu Erhebungen in anders strukturierten Räumen, etwa in einem Industriegebiet, entwickelt.¹²

Im hier betrachteten Artikel gewährt uns Ehrlich nicht nur Einblicke in die Ursprünge seines Denkens. Er zeigt sich auch in der Rolle des forschenden Pioniers,¹³ indem er das vor ihm liegende Terrain nach folgenden Leitlinien urbar machen will:

- Erstens müsse man selbständig nach dem ‚lebenden Recht‘ suchen, wobei es insbesondere unerlässlich sei, „seine eigenen Augen zu gebrauchen“.¹⁴
- Zweitens sei die Abstraktion ein Kennzeichen des geschriebenen Rechts. Dem ‚lebenden Recht‘ werde man hingegen nur gerecht, wenn man dessen Individualität anerkenne. Aufgrund dessen könne es nicht durch Zusammenfassungen, sondern nur durch detaillierte und ausführliche Befragungen an Ort und Stelle erfasst werden. So hätte Ehrlich auch keine Einwände, „wenn einzelne Antworten zu ganzen Abhandlungen auswachsen würden.“¹⁵
- Hinter diesem Standpunkt steht drittens das Grundanliegen, „das Leben selbst ganz unmittelbar [zum] Gegenstand der Forschung und des Unterrichts“ zu machen.¹⁶
- Viertens entspricht diesem lebensnahen Ansatz ein Interesse an jeder praktischen Regelung zwischenmenschlichen Verhaltens und dem Verzicht auf ‚unfruchtbare Terminologie‘, etwa in Gestalt der Unterscheidung zwischen Sitte und Recht.¹⁷

Ehrlichs Rolle als Pionier zeigt sich aber nicht nur in diesen Leitlinien. Darüber hinaus entwickelt er selbständig greifbare erhebungstechnische Hinweise.¹⁸ Er konkretisiert diese durch einen Musterfragebogen und durch das Beispiel einer Erhebung.¹⁹ Schließlich ist er sich seiner Rolle als Pionier auch beim Blick in die Zukunft bewusst: Er weiß, dass sich das Konzept des ‚le-

¹² *Ehrlich* (1911/12) 275.

¹³ *Dazu Kaiser* (2012) 18.

¹⁴ *Ehrlich* (1911/12) 273.

¹⁵ *Ehrlich* (1911/12) 274.

¹⁶ *Ehrlich* (1911/12) 274.

¹⁷ *Ehrlich* (1911/12) 275 f.

¹⁸ *Ehrlich* (1911/12) 274 f.

¹⁹ *Ehrlich* (1911/12) 276 ff und 322 ff.

benden Rechts‘ seinen Weg nicht nur in der Forschung, sondern auch in der Lehre, Gesetzgebung und Vollziehung erst noch bahnen muss.²⁰

2. Kommentar

Ehrlichs Denken zum ‚lebenden Recht‘ wurzelt in der ethnischen Vielfalt der Bukowina der späten österreichisch-ungarischen Monarchie. Diese Heterogenität bildet sich in einem Nebeneinander unterschiedlicher Rechtspraxen ab, die vom (oft lebensfernen) geschriebenen Recht abweichen und nicht erfasst werden. Die Diskrepanzen zwischen *Sein und Sollen* führen Ehrlich zur Unterscheidung zwischen ‚lebendem‘ und geschriebenem Recht. Vor diesem Hintergrund stellt sich Ehrlich als Pionier die Frage nach den bislang unerforschten, tatsächlich wirkenden Regelungen menschlichen Sozialverhaltens in der Bukowina. Als Antwort entspringt der Gedanke des ‚lebenden Rechts‘, der einen nur auf Gesetzbücher beschränkten Horizont erweitern will.²¹

Mit dem ‚lebendrechtlichen Konzept‘ findet Ehrlich eine innovative Lösung für ein altes Problem: Schon Platon, Aristoteles und Theophrast fragten nach der Bedeutung tatsächlicher Voraussetzungen für das Verständnis und die Anwendung des Rechts und widmeten deshalb ihr Augenmerk den Rechtstat-sachen.²² In Verbindung damit steht das Nomos-Physis-Problem mit der Frage, ob die Regelung von Sozialverhalten auf Naturgesetze Bedacht nehmen muss.²³

Ehrlich selbst nennt insbesondere Montesquieus ‚De l’Esprit des Lois‘ als Inspiration für die Entwicklung seines Konzeptes des ‚lebenden Rechts‘. Er erkennt darin eine frühe Vorstufe der Rechtssoziologie, bereichert durch Tatsachensammlungen, aber leidend an weitgehend fehlender Systematik und einem viel zu groß gefassten Untersuchungsgegenstand. Insgesamt betrachtet er Montesquieus Werk aber trotz seiner Schwächen als ‚eine unerschöpfliche Quelle der Anregung und Belehrung‘.²⁴

Mit diesem Rüstzeug begibt sich Ehrlich auf die Suche nach dem unerforschten ‚lebenden Recht‘ der Bukowina. Sein Erkenntnisinteresse richtet er auf Individualität, nicht Abstraktion; an der Person haftendes ‚lebendes‘, nicht

²⁰ *Ehrlich* (1911/12), 276.

²¹ *Ehrlich* (1911/12) 273. S auch *ders* (1913), 394 zur Erforschung des lebenden Rechts als Pionierarbeit: „[M]an [muss] doch jedenfalls einsehen, welches unermeßliche und doch noch ganz jungfräuliche Arbeitsfeld sich hier dem modernen Rechtsforscher eröffnet.“

²² *Barta* (2010) I 128 und (2004), II 1062 f.

²³ *Barta* (2010) I 343 f und (2011b), II/2 104 ff und (2004), II 1063.

²⁴ *Ehrlich* (1913) 382.

territorial vereinheitlichendes Recht.²⁵ Sein Wissen gewinnt er durch selbständige, direkte Beobachtung und Induktion,²⁶ womit er sich in geistige Paralleltät zu Aristoteles begibt.²⁷ So macht er „das Leben selbst ganz unmittelbar [zum] Gegenstand der Forschung“,²⁸ vermeidet Lebensferne und fördert – wie schon Platon, Aristoteles und Theophrast – „Relevanzempfinden und [...] Erkenntnisqualität“.²⁹ In diesem Streben verzichtet er auf „unfruchtbare Terminologie“, insbesondere auf die Unterscheidung zwischen Sitte und Recht,³⁰ und stößt damit direkt zum „zentralen Gegenstand und speziellen Aspekt der Soziologie“, den „Regelungen als solche[n]“, vor.³¹

C. „Die Erforschung des lebenden Rechts“³²

1. Kernpunkte

Nach dem Kriterium des rechtswissenschaftlichen Erkenntnisstandes unterscheidet Ehrlich grundlegend zwischen bewusstem und unbewusstem Recht.³³ Die erste Kategorie bilde das geschriebene Recht, das aber bloß einen Bruchteil des gesamten Rechtes ausmache.³⁴ Demgegenüber stehe das ‚lebende Recht‘, das der traditionellen Rechtswissenschaft zwar unbekannt sei, im täglichen Leben aber dennoch Wirkkraft entfalte.³⁵

Aufgrund dessen gibt Ehrlich zu bedenken, dass eine einseitig gesetzesorientierte Rechtswissenschaft ihrer Aufgabe kaum gerecht werde. Da nur ein Teil des Rechts in Schriftform gegossen sei, begeben sich eine so verstandene Rechtswissenschaft eines wesentlichen Teiles ihres Erkenntnisgegenstandes.³⁶ Aufgrund dieses blinden Flecks sei sie darüber hinaus nicht in der Lage, Ab-

²⁵ Ehrlich (1911/12) 273 f.

²⁶ Ehrlich (1911/12) 273 und (1913), 6. (Nußbaum (1955) 463 möchte diese Leistung Ehrlichs aber ohne nachvollziehbare Begründung schmälern.)

²⁷ Barta (2004) II 1064 f.

²⁸ Ehrlich (1911/12) 274.

²⁹ Barta (2004) II 1063.

³⁰ Ehrlich (1911/12) 275 f. Nußbaum (1955) 459 f. will darin aber einen Makel sehen.)

³¹ Diese Definition der Soziologie gibt Morel (1991) 41.

³² Ehrlich (1911a) 129 ff.

³³ Ehrlich (1911a) 132 hatte damit in juristischem Zusammenhang den Grundgedanken des Eisbergmodells vorgezeichnet. Später machten dieses hierzulande vor allem Ruch/Zimbardo (1974) 366 in der Psychologie sehr populär. Dabei stützten sie sich auf Freud, der – wie Ehrlich – ‚ein unermüdlicher Beobachter‘ war; (Ruch/Zimbardo (1974) 365).

³⁴ Ehrlich (1911a) 132.

³⁵ Ehrlich (1911a) 138.

³⁶ Ehrlich (1911a) 132 f.

weichungen der Realität vom Gesetz und damit Diskrepanzen zwischen ‚lebendem‘ und geschriebenem Recht zu erkennen.³⁷

Um diesen Gefahren zu begegnen, empfiehlt Ehrlich, das rechtswissenschaftliche Forschungsinteresse in folgende Bahnen zu lenken:

- Erstens böten Urkunden Aufschluss über tatsächlich relevante Regelungen des praktischen Lebens. Dabei sei aber zu bedenken, dass jene Rechtsgeschäfte außer Betracht bleiben, die mündlich abgeschlossen werden oder für die eine Beurkundung als überflüssig betrachtet wird.³⁸
- Zweitens gebe unter den Urkunden insbesondere das Gerichtsurteil wertvollen Aufschluss über das ‚lebende Recht‘.³⁹
- Drittens sei es erforderlich, das tatsächliche Rechtsleben eigenständig und direkt zu beobachten. Das Augenmerk habe dabei nicht nur rechtmäßigen, sondern auch rechtswidrigen Gewohnheiten und Bräuchen zu gelten.⁴⁰
- Viertens erkenne speziell das Handelsrecht Bräuche in Gestalt von Usancen an und ermögliche es auf diese Weise, stark auf die wirtschaftliche Realität und damit auf das ‚lebende Recht‘ Bedacht zu nehmen.⁴¹
- Schließlich befassen sich Juristen und Volkswirte weitgehend mit gleichen Gegenständen, wenngleich unter verschiedenen Aspekten. Dennoch – oder gerade deshalb – sei die Kenntnis volkswirtschaftlicher Grundlagen für den Juristen hilfreich, um das tatsächliche Leben in seiner Komplexität besser erfassen zu können.⁴²

Ein solcherart am ‚lebenden Recht‘ orientiertes Forschungskonzept bringe zum einen Vorteile für den Rechtsunterricht:

- Erstens gewährleiste es als Lehrgrundlage Lebensnähe;
- zweitens gebe es dem angehenden Juristen Methodenkompetenz. Die empirische Erforschung des ‚lebenden Rechts‘ müsse den Rück-

³⁷ *Ehrlich* (1911a) 136.

³⁸ *Ehrlich* (1911a) 132 f. Als Beispiele nennt Ehrlich Regelungen in der Familie, im (Klein-)Handel und zur Bodenverfassung.

³⁹ *Ehrlich* (1911a) 138 f.

⁴⁰ *Ehrlich* (1911a) 138.

⁴¹ *Ehrlich* (1911a) 136 f.

⁴² *Ehrlich* (1911a) 140 f.

griff auf geschriebene Quellen und auf Literatur in den Hintergrund treten lassen. Ins Zentrum rücke dagegen die selbständige und unmittelbare Beobachtung des menschlichen Sozialverhaltens und seiner tatsächlichen Regelung;

- drittens fördere es ganz allgemein die Persönlichkeitsentwicklung, rege selbständiges Denken an und erweitere den geistigen Horizont.⁴³

Die Erforschung des ‚lebenden Rechts‘ bereichere aber auch die Legislative entscheidend: Erkenntnisgewinne über das ‚lebende Recht‘ seien eine unverzichtbare Voraussetzung und Grundlage für die Gesetzgebung. Nur ein Gesetzgeber, der das vorhandene ‚lebende Recht‘ erforsche und daraus schöpfe, könne wirklichkeitsnahe Regelungen schaffen, die sich in der Rechtspraxis bewähren.⁴⁴

2. Kommentar

Ehrlichs Denken zur Erforschung des ‚lebenden Rechts‘ steht auf rechtsgeschichtlichem Fundament:

„Es gibt für den Juristen kaum etwas Belehrenderes als die Betrachtung der juristischen Wissensgebiete, wo der Umschwung bereits vollendet ist, etwa [...] der Rechtsgeschichte. [...] Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Rechtswissenschaft beruht aber nicht so sehr darauf, daß sie eine Geschichte, als darauf, daß sie eine reine Wissenschaft ist, fast die einzige Wissenschaft vom Rechte, die es heute gibt. Und welche unerschöpfliche Quelle von Anregung und Belehrung ist die Rechtsgeschichte [...] geworden!“⁴⁵

Auf diese wichtige Einsicht bezieht sich später Heinrich Mitteis und betont die Verdienste der Rechtsgeschichte: Sie zeige die Vielfalt der vorhandenen Gestaltungsmöglichkeiten auf, fördere damit eine gelungene rechtliche Terminologie, verhindere eine Erstarrung des Denkens und beziehe die Realität stets mit ein. Darüber hinaus hebe sie „den Gegensatz zwischen Sollen und Sein“ auf „und verhinder[e], daß eines von beiden absolut gesetzt w[e]rd[e]“. ⁴⁶ So erkennt Mitteis nicht nur die Vorzüge der Rechtsgeschichte, sondern zeichnet auch treffend einen Angelpunkt des forschersischen Denkens Ehrlichs nach. Dieser stellt dazu insbesondere fest:

⁴³ *Ehrlich* (1911a) 142 ff.

⁴⁴ *Ehrlich* (1911a) 141 f.

⁴⁵ *Ehrlich* (1913) 2.

⁴⁶ *Mitteis* (1947) 78 f.

„Die Rechtsgeschichte lehrt uns eine leider immer wieder vergessene Wahrheit: daß zu keiner Zeit das ganze Recht in den Gesetzbüchern und Rechtsbüchern enthalten war.“⁴⁷

Eine derartige rechtsgeschichtliche Einsicht kann die Rechtserkenntnis nach Mayer-Maly ganz allgemein auf drei Arten fördern:

- „1. Sie kann die Relativität der Rechtsordnung, in der man gerade lebt, bewußt machen.
2. Sie kann dazu helfen, das Normengeflecht, in dem man sich befindet, besser zu verstehen.
3. Sie hilft gegen die Wiederholung von Regelungsirrtümern.“⁴⁸

In diesem Rahmen legt Ehrlich ein Fundament für Erkenntnisgewinn: Dem ersten Punkt ist die Erforschung des ‚lebenden Rechts‘ in dreierlei Hinsicht verpflichtet. Aufgrund ihrer Entstehung in ethnisch heterogenem Umfeld folgt sie von Anfang an dem Relativitätsgedanken.⁴⁹ Weiters orientiert sie sich an Regelungen, die die Rechtspraxis tatsächlich beherrschen,⁵⁰ somit an einer normativen Ordnung, „in der man gerade *lebt*“.⁵¹ Zudem zielt sie darauf ab, die das tägliche Leben tatsächlich bestimmenden Normen ins Bewusstsein zu rücken.⁵²

Hinsichtlich des zweiten Punktes schafft die Erforschung des ‚lebenden Rechts‘ Verständnis für die tatsächlich wirksamen Regelungen des menschlichen Sozialverhaltens. Eine brauchbare Rechtswissenschaft darf nicht nur auf das geschriebene Recht, sondern muss auch auf das tatsächliche Geschehen in der Rechtspraxis Bedacht nehmen.⁵³ Dies setzt rechtssoziologische Forschung voraus, die die gesellschaftlichen Einflüsse auf das Recht klärt. Grundlage dafür ist das Erheben von Rechtstatsachen und das Heranziehen rechtsgeschichtlichen Materials.⁵⁴

Im dritten Punkt glänzt die Erforschung des ‚lebenden Rechts‘ durch ihre rechtspolitischen Erträge. Die Gesetzgebung gewinnt an Qualität, wenn sie auf die in der Gesellschaft tatsächlich wirkenden Kräfte und Regelungen Bedacht nimmt. Dafür ist eine gründliche Kenntnis des ‚lebenden Rechts‘ notwendig. So können realitätsnahe Gesetze entstehen, die frühere Fehlleistun-

⁴⁷ *Ehrlich* (1911a) 132.

⁴⁸ *Mayer-Maly* (2005) 14 f.

⁴⁹ *Ehrlich* (1911/12) 273.

⁵⁰ *Ehrlich* (1911a) 138.

⁵¹ *Ehrlich* (1911a) 138.

⁵² *Ehrlich* (1911a) 132.

⁵³ *Ehrlich* (1911a) 136.

⁵⁴ *Ehrlich* (1913) 382 f.

gen in Gestalt toten Rechts beseitigen und anstelle dessen ‚lebendes Recht‘ geben.⁵⁵

D. „Ein Institut für lebendes Recht“⁵⁶

1. Kernpunkte

α. Mit der Feststellung, dass „der juristische Unterricht ganz vom Stande der Rechtswissenschaft ab[hänge]“,⁵⁷ knüpft Ehrlich an seine pädagogischen Grundüberlegungen an, die er aus seinem Konzept zur Erforschung des ‚lebenden Rechts‘ ableitet und im hier behandelten Artikel präzisiert.⁵⁸

Ein Problem des traditionellen Rechtsunterrichts besteht – seiner Auffassung nach – darin, dass er sich auf einen kleinen Teil des gesamten Rechts, nämlich das gesetzte Recht, beschränkt. Grundsätzlich bleibe das ungleich größere Feld des ‚lebenden Rechts‘ außer Betracht. Finde es ausnahmsweise Eingang in die Lehre, werde es entweder als bloße Rechtsanwendung verkannt oder nur zur beispielhaften Illustration herangezogen. Eine solche Lehre bleibe zwangsläufig lebensfremd.⁵⁹ Vereinzelt fänden sich aber Keime für eine angemessene Lehre des ‚lebenden Rechts‘. Ein Teil des handelsrechtlichen Unterrichts widme sich den Usancen, die eine Quelle ‚lebenden Wirtschaftsrechts‘ seien. Daneben lasse auch die Behandlung der Schiedsgerichtsbarkeit Platz für ‚lebendes Recht‘.⁶⁰

Wolle man diese Ansätze zu einem voll entwickelten ‚lebendrechtlichen Unterricht‘ reifen lassen, müsse man Folgendes anstreben: Ziel einer dem ‚lebenden Recht‘ verpflichteten Lehre seien zu selbständiger Arbeit fähige Studierende. Ehrlich ahnt zwar den Einwand des zu hohen Schwierigkeitsgrades seines pädagogischen Ansatzes, erblickt darin aber eine Herausforderung, deren Erträge die Mühen eindeutig überwiegen. In inhaltlicher Hinsicht erfordere eine ‚lebendrechtliche Lehre‘ einschlägige Forschungsergebnisse, aus der sich der Lehrstoff schöpfen lasse. Gerade in dieser Hinsicht müsse aber noch ein weiter Weg zurückgelegt werden, da die notwendigen Erkenntnisse aus der Erforschung des ‚lebenden Rechts‘ noch nicht zur Verfügung stünden. Die Unterrichtsmethode schließlich habe die Selbständigkeit der Studierenden im Denken und in der Forschung zu fördern. Dafür seien eine Auseinander-

⁵⁵ *Ehrlich* (1911a) 141 f.

⁵⁶ *Ehrlich* (1911b) 229 ff und 241 ff.

⁵⁷ *Ehrlich* (1911b) 230. Hervorhebung von J. Schiechl.

⁵⁸ *Ehrlich* (1911a) 142 ff.

⁵⁹ *Ehrlich* (1911b) 230.

⁶⁰ *Ehrlich* (1911b) 230.

setzung mit direkt beobachteten und erhobenen Fakten aus der Rechtspraxis und eine gründliche Hinführung zu deren systematischer Analyse erforderlich.⁶¹

Ehrlich befürwortet zudem ein eigenes Institut zur Förderung einer so konzipierten Lehre. Dieses solle jedoch nicht der Rechtsanwendung, sondern explizit dem ‚lebenden Recht‘ gewidmet sein. Rechtsanwendung stelle bloß auf die Anwendung des geschriebenen Rechtes ab. Ein solcher Ansatz ließe aber jene Normen außer Betracht, die das tatsächliche Rechtsleben beherrschen. Um ein lohnenswertes Aufgabengebiet wahrzunehmen, habe ein Institut daher das ‚lebende Recht‘ ins Zentrum zu rücken. Auf diese Art lasse sich der pädagogische Ertrag steigern: Ein Institut für ‚lebendes Recht‘ beschränke sich aufgrund seiner Zielsetzung nicht bloß auf die Bereitstellung von Lehrmittelsammlungen; vielmehr lege es den Grundstein für eine Ausbildung, die zu selbständigem Denken und Arbeiten der Studierenden führe.⁶²

β. Die so entwickelten pädagogischen Richtlinien setzt Ehrlich in einem zweiten gedanklichen Schritt mit der *Rechtspraxis* in Verbindung, indem er feststellt, dass „Rechtspflege und Gesetzgebung [...] selbstverständlich überall durch den Rechtsunterricht [...] bestimmt [werden].“⁶³

Ein im ‚lebenden Recht‘ ausgebildeter Jurist müsse in seinem praktischen Handeln vor allem die ‚lebendrechtlichen Quellen‘ kennen. Dabei bestehe die Herausforderung vor allem darin, sich nicht bloß auf das in Paragraphen gegossene Recht zu beschränken, sondern auch eine selbständige Beobachtung des Rechtslebens zu wagen.⁶⁴

Auf zwei zeitliche Aspekte sei besonderes Augenmerk zu legen: Erstens müsse ein Jurist fähig sein, sich Kenntnis über altes ‚lebendes Recht‘ zu verschaffen, das sich auch nach Änderungen des geschriebenen Rechtes weiterhin behaupte. Zweitens habe er auf neu entstehendes ‚lebendes Recht‘ zu achten, das sich in der Rechtspraxis zu bewähren beginne.⁶⁵

Bei der Erfüllung dieser Aufgaben bedürfe ein Jurist einer ‚lebendrechtlichen Ausbildung‘, um insbesondere rechtsgeschichtliche Erkenntnisse richtig zu nutzen. Sein Interesse habe weniger der Abfolge geschriebener Gesetze zu gelten; vielmehr müsse er sich der Entwicklung von Rechtseinrichtungen

⁶¹ Ehrlich (1911b) 243.

⁶² Ehrlich (1911b) 229 f.

⁶³ Ehrlich (1911b) 230.

⁶⁴ Ehrlich (1911b) 242.

⁶⁵ Ehrlich (1911b) 242 f.

widmen.⁶⁶ Dies lohne sich, weil insbesondere „jede Organisation Recht ist, nicht immer geltendes, aber stets lebendes Recht.“⁶⁷ Nur eine solche, an der Entwicklung des ‚lebenden Rechts‘ orientierte Rechtsgeschichte könne für den gegenwärtig handelnden Juristen fruchtbringend sein.⁶⁸

Neben diesen allgemeinen Fähigkeiten, die ein angehender Jurist aufgrund einer ‚lebendrechtlichen Lehre‘ in der Praxis nutzen könne, betont Ehrlich auch einige besondere Aspekte. Diese betreffen insbesondere den richtigen Umgang mit Urkunden. Leitend sei hier zunächst die Einsicht, dass „das Rechtsleben [...] ganz überwiegend nicht vom Gesetze, sondern von der Urkunde beherrscht w[er]d[e].“⁶⁹

In der Folge sei es bedeutsam, die Urkunden als Erkenntnisquelle für ‚lebendes Recht‘ zu nutzen. Einerseits lasse sich das ‚lebende Recht‘ am Verhalten der Parteien erkennen. Das geltende Recht zeige sich im gesamten Inhalt einer Urkunde. Aus diesem steche das ‚lebende Recht‘ hervor, da es sich um jenen Regelungsausschnitt handle, den die Vertragsparteien auch tatsächlich einhalten. Um sich ein zutreffendes Bild des Rechtslebens zu machen, müsse der praktische Jurist daher sorgsam auf diese Unterscheidung achten.⁷⁰ Andererseits wisse der im ‚lebenden Recht‘ ausgebildete Jurist, dass Urkunden „neben dem individuellen, bloß dem einzelnen Geschäft geltenden, ihren typischen, immer wiederkehrenden Inhalt [haben].“⁷¹ Aus letzterem erkenne er das ‚lebende Recht‘. Für eine möglichst lebensnahe Betrachtung habe er zudem regionale Unterschiede im Urkundenwesen und ihre wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen.⁷²

Die ‚lebendrechtliche Lehre‘ befähige den praktisch handelnden Juristen auch zu einem kritischen Blick hinter die Justizstatistik. Diese stelle zwar eine Datenbasis zu Verfügung; was sie aber in der Rechtspraxis bedeute, können nur Erkenntnisse aus einer „Wissenschaft des lebenden Prozeßrechtes“ klären.⁷³ Weiters sei sich ein ‚lebendrechtlich‘ gebildeter Jurist bewusst, dass behördliche Entscheidungen nur einen beschränkten Ausschnitt des Rechtslebens geben. Er betrachte deshalb auch den großen Teil der unstreitigen Rechtsbezie-

⁶⁶ Ehrlich (1911b) 242 f.

⁶⁷ Ehrlich (1911b) 243.

⁶⁸ Ehrlich (1911b) 242 f.

⁶⁹ Ehrlich (1911b) 241.

⁷⁰ Ehrlich (1911b) 242.

⁷¹ Ehrlich (1911b) 241.

⁷² Ehrlich (1911b) 241.

⁷³ Ehrlich (1911b) 230 f.

hungen, die keiner Erledigung durch die Justiz bedürfen und sich nur durch selbständige Beobachtung erfassen lassen.⁷⁴

Aufgrund der so umrissenen eminenten Bedeutung der ‚lebendrechtlichen Lehre‘ für die Praxis betrachtet Ehrlich ein Institut für ‚lebendes Recht‘ als unverzichtbar. Ausbaufähig sei diese organisatorische Basis durch Kooperationen mit staatlichen Behörden und durch eigene, dem ‚lebenden Recht‘ gewidmete staatliche Forschungseinrichtungen. Die praktischen Erträge eines Institutes kämen der Gesetzgebung und der Rechtspflege zugute. In beiden Bereichen seien realistische Einschätzungen der gegenwärtigen Situation nötig. Diese erfordern aber eine fundierte ‚lebendrechtliche Forschung‘ und Juristen, die im ‚lebenden Recht‘ ausgebildet sind.⁷⁵

2. Kommentar

α. Ehrlich ist nicht nur in der Forschung, sondern auch in der *Lehre* ein Vorreiter. Sein Unterricht entspricht bereits den heute anerkannten didaktischen Prinzipien der Situationsbezogenheit, der Handlungsorientierung, der Wissenschaftsorientierung, des Exemplarischen und der Struktur.⁷⁶ Situationsbezogen ist Ehrlichs Lehre schon aufgrund ihres Gegenstandes, des ‚lebenden Rechts‘. Dieses erfordert Individualität, nicht Abstraktion. Die Studierenden sind zu einzelfallbezogener, nicht zusammenfassender Arbeit angehalten.⁷⁷ Auf die Bedeutung der Handlungsorientierung weist Ehrlich hin, wenn er feststellt:

„[O]hne werktätige Teilnahme des Schülers kann bekanntlich der beste Lehrer nicht viel leisten.“⁷⁸

Sein Unterricht soll die Studierenden deshalb zu Selbständigkeit im Denken und Forschen hinführen.⁷⁹ Die Wissenschaftsorientierung betont er explizit, indem er die Qualität der Lehre vom Stand der Forschung abhängig macht.⁸⁰ Dies ist ihm umso mehr ein Anliegen, als er die Weite des erst noch zu erforschenden ‚lebendrechtlichen Terrains‘ kennt.⁸¹ Eine erfolgreiche Auseinander-

⁷⁴ Ehrlich (1911b) 231.

⁷⁵ Ehrlich (1911b) 243 f.

⁷⁶ Dazu Raithel et al (2009) 75 ff.

⁷⁷ Ehrlich (1911/12) 274.

⁷⁸ Ehrlich (1911a) 130.

⁷⁹ Ehrlich (1911b) 243.

⁸⁰ Ehrlich (1911b) 230.

⁸¹ Ehrlich (1911b) 243.

setzung mit dem ‚lebenden Recht‘ muss zudem auf der Grundlage der Rechtssoziologie und der Rechtstatsachenforschung stehen.⁸²

Ehrlichs Unterricht ist exemplarisch, indem er den von den Studierenden zu erforschenden Bereich klar abgrenzt, zB nach geografischen Gesichtspunkten.⁸³ Die Gesamtergebnisse dieses exemplarischen Ansatzes sollen in weiterer Folge zu induktivem Lernen hinführen.⁸⁴

Struktur gibt Ehrlich seiner Lehre in zweierlei Hinsicht:⁸⁵ Inhaltlich führt er die Studierenden mittels vorgegebener Fragebögen,⁸⁶ methodisch strukturiert er seinen Unterricht durch die Grundsätze der direkten Beobachtung und der systematischen Analyse.⁸⁷

Für eine derart konzipierte Lehre betrachtet Ehrlich ein Institut für ‚lebendes Recht‘ als eine wünschenswerte Stütze, da dieses die erforderlichen Einrichtungen zur Verfügung stellen, als Ressource für geeignetes Forschungsmaterial dienen und die Archivierung der erhobenen Ergebnisse übernehmen kann.⁸⁸

β. Der im ‚lebenden Recht‘ ausgebildete Jurist steht in der *Praxis* insbesondere vor der Aufgabe, ‚die lebensfähigen Keime eines neuen Rechtes‘ zu erkennen; dabei hilft ihm die grundlegende rechtsgeschichtliche Erkenntnis, wonach „sich das Recht in einer ewigen Entwicklung befindet“.⁸⁹ Für Ehrlich ist diese gedankliche Richtschnur zentral; er sieht ihre Bedeutung aber gemindert durch die Tatsache, dass sich die neuere Rechtsgeschichte zu sehr der Gesetzgebung widmet und dabei die Entwicklung der Rechtseinrichtungen vernachlässigt. Dies ist für ihn problematisch, weil Rechtseinrichtungen im Allgemeinen und Organisationen im Besonderen Hauptquellen des ‚lebenden Rechts‘ sind.⁹⁰

⁸² Ehrlich (1913) 382 f (s auch Barta (2004) II 1064).

⁸³ Ehrlich (1911/12) 274.

⁸⁴ Ehrlich (1913) 6 und Barta (2004) II 1064. (Zum Zusammenhang zwischen dem Prinzip des Exemplarischen und dem induktiven Lernen s Raithel et al. (2009) 76).

⁸⁵ Strukturkomponenten nach Raithel et al. (2009) 76 f.

⁸⁶ Ehrlich (1911/12) 273 (samt Beispielen auf 276 ff und 322 ff).

⁸⁷ Ehrlich (1911b) 243.

⁸⁸ Ehrlich (1911b) 243.

⁸⁹ Ehrlich (1911b) 242.

⁹⁰ Ehrlich (1911b) 242 f.

Der Entwicklungsgedanke als Grundlage für Erkenntnisfortschritte findet sich schon bei Aristoteles. Demzufolge ist die Darstellung von Entwicklungen nur ein erster Schritt. Darauf muss notwendigerweise die kritische Betrachtung der festgestellten Entwicklungen bauen. Eine solche Forschungsmethode zielt einerseits darauf hin, bereits erfolgte Erkenntnisfortschritte aufzuzeigen; andererseits soll sie noch bestehende Verbesserungsmöglichkeiten offen legen. Kritische Reflexion wird damit zur Grundlage für Fortschritte im rechtlichen Gestalten und Handeln, nicht zuletzt in der Gesetzgebung und der praktischen Anwendung.⁹¹ Dies betont auch Mitteis, der die Rechtsgeschichte als „ein Vorbild für die Gestaltung des geltenden Rechtes in wissenschaftlicher Lehre wie in praktischem Gebrauch, in richterlicher Kognition wie in der Kautelarjurisprudenz, ja sogar für eine auf bestimmte Ziele gerichtete Rechtspolitik“ betrachtet.⁹²

In diesem Rahmen betont Ehrlich zwei Stoßrichtungen, die die Erkenntnissteigerung und Qualitätsverbesserung in der Rechtspraxis beflügeln sollen: Erstens seien in rechtssoziologischer Hinsicht Juristen nötig, die über eine gründliche Ausbildung im ‚lebenden Recht‘ verfügen.⁹³ Diese ermögliche, das Recht als in die Gesellschaft eingebettet zu betrachten, die Entwicklung der gesellschaftlichen Rechteinrichtungen zu verfolgen und dabei auf die Organisationen als Quellen ‚lebenden Rechts‘ zu blicken.⁹⁴

Zweitens erkennen ‚lebendrechtlich‘ gebildete Juristen die praktische Bedeutung der Rechtstatsachen,⁹⁵ sie sind fähig, einschlägige Quellen kompetent zu nutzen, diese in eigenständiger empirischer Arbeit auszuwerten, die aufgrund der Rechtstatsachen wirksamen Regelungen zu erkennen und dieses Wissen für die eigene Arbeit fruchtbar einzusetzen.⁹⁶ Dieses Kompetenzbündel als Ergebnis einer ‚lebendrechtlichen Lehre‘ böte für die Praxis reichlich Früchte, die aber meist ungeerntet bleiben. Vermeidbare Fehler und ungenutzte Möglichkeiten der Qualitätsverbesserung sind die Folge.⁹⁷

Einen besonderen Punkt berührt Ehrlich, wenn er mit Blick auf die Zivilprozessreform 1895 auf die Bedeutung einer „Wissenschaft des lebenden Prozeßrechtes“ hinweist.⁹⁸ Während das materielle Recht Ansprüche formuliert, hat

⁹¹ Barta (2011a) 35 ff und 42 ff.

⁹² Mitteis (1947) 80.

⁹³ Ehrlich (1911b) 230.

⁹⁴ Ehrlich (1911b) 242 f.

⁹⁵ Ehrlich (1911b) 230 und 243 f.

⁹⁶ Ehrlich (1911b) 243 f (dazu auch Barta (2004) II 1062).

⁹⁷ Barta (2004) II 1063 f.

⁹⁸ Ehrlich (1911b) 230 f.

das formelle Recht die Aufgabe, diese Ansprüche zu verwirklichen.⁹⁹ In diesem Sinne ist es ganz besonders ‚lebendes Recht‘; vor allem dann, wenn es der Mündlichkeit, Öffentlichkeit, Unmittelbarkeit, dem rechtlichen Gehör und der freien richterlichen Beweiswürdigung verpflichtet ist. Ehrlich weist in diesem Zusammenhang aber zutreffend auf die Bedeutung der Rechtstatsachenforschung hin, die erst einen umfassenden und kritischen Blick auf die Gesamtsituation im Allgemeinen und auf Statistiken im Besonderen ermöglicht.¹⁰⁰ So erkenne er aus den Justizstatistiken zwar eine Verfahrensbeschleunigung infolge der Zivilprozessreform 1895. Ein auf Rechtstatsachen abstellendes ‚lebendes Prozessrecht‘ müsse aber weiter gehen und auch auf die Folgen neuer Regelungen blicken, wie die missbräuchliche Ausnutzung von Verfahrensbestimmungen.¹⁰¹

Als organisatorische Grundlage für die genannten Fortschrittmöglichkeiten eignet sich ein Institut für ‚lebendes Recht‘ zweifellos; dies vor allem dann, wenn es über angemessene Forschungseinrichtungen verfügt und wenn ihm in der Verwaltung die erforderlichen Kooperationspartner zur Verfügung stehen.¹⁰²

E. „Über das ‚lebende Recht‘“¹⁰³

1. Kernpunkte

Wenn Ehrlich gegen Ende seines Wirkens „[ü]ber das ‚lebende Recht‘“ spricht, legt er sein Konzept noch einmal in voller Tragweite dar.¹⁰⁴ Er geht dabei von der Einsicht aus, dass Gesetzgeber ein rechtsvereinheitlichendes Ziel verfolgen. Dazu geschaffene Gesetzbücher blenden aber oft tatsächlich bestehende Regelungen des menschlichen Zusammenlebens aus. Diese lassen sich jedoch nicht oder nur kaum vereinheitlichen und geraten so in Konflikt mit dem geschriebenen Recht.¹⁰⁵

Den Gegensatz zwischen ‚lebendem‘ und gesetztem Recht sieht Ehrlich als Ergebnis folgenden Entwicklungsprozesses: Ursprünglich sei die Gerichtsbarkeit von gesellschaftlichen, nicht von staatlichen Organen wahrgenommen worden. In ihren Anfängen habe die Justiz auf Verlangen gesellschaftlicher

⁹⁹ *Fasching* (1990) Rz. 44.

¹⁰⁰ Dazu auch *Fuchs* (2012) 29 ff.

¹⁰¹ *Ehrlich* (1911b) 230 f.

¹⁰² *Ehrlich* (1911b) 243 f.

¹⁰³ *Ehrlich* (1920/2007) 191 ff.

¹⁰⁴ *Ehrlich* (1920/2007) 191 ff.

¹⁰⁵ *Ehrlich* (1920/2007) 196.

Verbände, insbesondere der Familien und Sippen, entschieden.¹⁰⁶ Sie habe dabei die herangezogenen Normen nicht in rechtliche, religiöse, sittliche, moralische oder bloß tatsächliche Verhaltensregelungen unterschieden.¹⁰⁷

Erst auf einer späteren Entwicklungsstufe der Rechtspflege sei der Staat in Erscheinung getreten. Ausgangspunkt seien Angelegenheiten gewesen, die ihn direkt betreffen: Verbrechen gegen das Staatsoberhaupt, Hoch- und Landesverrat sowie militärische Delikte. In der Folge habe er seine Rechtsprechungskompetenz über diese Kernbereiche ausgedehnt. Damit gleichlaufend sei die gesellschaftliche Rechtspflege zwar nicht vollständig, aber weitgehend verdrängt worden und bestehe nur noch in Gestalt der Schieds- und Vereinsgerichte fort.¹⁰⁸ Diese Entwicklung habe auch die entscheidungsrelevanten Normen verändert. Der ursprünglich weite Kreis an Regelungen sei auf Gesetzbücher verengt worden; nur mehr auf deren Bestimmungen dürfe sich seitdem eine Gerichtsentscheidung stützen. Ehrlich nennt diese Regelungen Entscheidungsnormen und betrachtet sie als eine „sekundäre, abgeleitete und späte Form des Rechts“; sie bilden bloß einen kleinen Ausschnitt des gesamten Regelungsbestandes, jedoch erfreuen nur sie sich des Interesses der Juristen.¹⁰⁹

Die Neigung der Juristen, ihren Blickwinkel auf kodifizierte Entscheidungsnormen zu reduzieren, erklärt Ehrlich mit der Tatsache, dass Gesetzbücher den praktischen Bedürfnissen der Rechtspflege entsprechen.¹¹⁰ Er sieht in dieser Tendenz aber eine Gefahr, da das geschriebene Recht nur einen kleinen Ausschnitt der komplexen wirtschaftlichen und sozialen Wirklichkeit erfassen könne.¹¹¹ Aufgrund dessen mahnt er dazu, das Augenmerk nicht nur auf die Entscheidungsnormen, sondern auch auf deren gesellschaftliches Fundament zu richten. Allein aufgrund der abstrakt formulierten Bestimmungen eines Gesetzbuches lasse sich keine Erkenntnis über die tatsächlichen, wirtschaftlich und sozial bestimmten Verhaltensregelungen einer Gesellschaft gewinnen.¹¹²

Obwohl Ehrlich der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis eine Einseitigkeit zugunsten geschriebener Entscheidungsnormen attestiert, erkennt er doch Einfallstore für das ‚lebende Recht‘, die insbesondere die Rechtspflege wirklichkeitsnah halten: Erstens erfreue sich das ‚lebende Recht‘ im Falle eines

¹⁰⁶ *Ehrlich* (1913) 97.

¹⁰⁷ *Ehrlich* (1913) 103.

¹⁰⁸ *Ehrlich* (1913) 97 f.

¹⁰⁹ *Ehrlich* (1920/2007) 192.

¹¹⁰ *Ehrlich* (1920/2007) 195.

¹¹¹ *Ehrlich* (1920/2007) 196 f.

¹¹² *Ehrlich* (1920/2007) 192.

Konfliktes mit dem geschriebenen zwar nicht dessen Schutzes; in der Rechtspflege lösten die Richter solche Widersprüche aber, indem sie das ‚lebende Recht‘ – etwa durch Rechtsvermutungen – dulden.¹¹³ Zweitens sieht Ehrlich Reibungsflächen zwischen ‚lebendem‘ und geschriebenem Recht unter einem zeitlichen Aspekt. Die Gesellschaft ändere sich laufend und mit ihr das ‚lebende‘ Recht. Diesen stetigen Wandel vollziehe das geschriebene Recht aber nicht (sofort) mit. Eine Überbrückung der sich daraus ergebenden Kluft ermöglichen jedoch „neue juristische Formen [...], andere Regelungen und Umgehungen“, die sich auf ein gründliches Studium des ‚lebenden Rechts‘ stützen.¹¹⁴

Ehrlich sieht sein Konzept des ‚lebenden Rechts‘ auf mehreren Ebenen als nutzbringend: Es könne in der Rechtswissenschaft Kenntnis über den Zustand der Gesellschaft eines Landes verschaffen, die sich aus Gesetzbüchern nicht schöpfen lasse (1), es stelle für den Rechtsunterricht eine Lernmethode bereit, die auf die Schwierigkeiten des Lebens vorbereite und die angehenden Juristen zu eigener und selbständiger Wahrnehmung des Rechtslebens hinführe (2), es unterstütze die Gesetzgebung, indem es ihr Rechtstatsachen liefere und sie so realitätsnah gestalte (3) und schließlich fördere es die Qualität der Rechtsprechung, da es Richtern helfe, einer weltfremden Perspektive zu entgehen (4).¹¹⁵

2. Kommentar

Ehrlichs Konzept des ‚lebenden Rechts‘ ruht auf einem festen Dreieck, an dessen Ecken die Rechtssoziologie, die Rechtstatsachenforschung und die Rechtsgeschichte stehen: Die Rechtssoziologie erforscht „die Zusammenhänge von Recht und Gesellschaft im Großen wie im Kleinen“.¹¹⁶ Sie findet sich empirisch ergänzt durch die Rechtstatsachenforschung, die nach den tatsächlichen Voraussetzungen des Rechts, seinem Verständnis, seiner Anwendung und nach den von ihm erzeugten gesellschaftlichen Tatsachen sucht.¹¹⁷ Auf die Rechtsgeschichte beziehen sich sowohl die Rechtssoziologie als auch die Rechtstatsachenforschung, die man als Weiterentwicklung und als „Anwendung rechtsgeschichtlicher Methoden auf die Gegenwart“ betrachten kann.¹¹⁸

¹¹³ *Ehrlich* (1920/2007) 196.

¹¹⁴ *Ehrlich* (1920/2007) 197.

¹¹⁵ *Ehrlich* (1920/2007) 197 ff.

¹¹⁶ *Barta* (2004) II 1062.

¹¹⁷ *Barta* (2004) II 1062 f.

¹¹⁸ *Mitteis* (1947) 80; s auch *Ehrlich* (1913) 382 ff.

Dank dieses Fundaments überwindet das Konzept des ‚lebenden Rechts‘ den Gegensatz zwischen Sollen und Sein, den die Reine Rechtslehre zugunsten des Sollens und die Lehre von der normativen Kraft des Faktischen zugunsten des Seins vertiefen.¹¹⁹

Auf dieser Grundlage unterscheidet Ehrlich drei Arten von Recht: gesellschaftliches Recht, Juristenrecht und staatliches Recht.¹²⁰ Das gesellschaftliche Recht ist ein ‚lebendes‘ und regelt die „Organisation des staatlichen, gesellschaftlichen [und] wirtschaftlichen Lebens. Das Recht organisiert (ordnet) den Staat, die Familie, den Verein, die wirtschaftliche Unternehmung, den Verkehr [...]“. ¹²¹ Juristenrecht ist jener kleine Ausschnitt des Rechts, der Gerichten als Entscheidungsgrundlage dient und für Juristen ausschließlich von Interesse ist (Entscheidungsnormen).¹²² Das staatliche Recht „geht nicht der Form, sondern dem Inhalte nach vom Staate aus; es ist ein Recht, das nur durch den Staat entstanden ist und ohne Staat nicht bestehen könnte.“¹²³ Sein geschichtlicher Keim sind militärische, steuerliche und polizeiliche Regelungen.¹²⁴

Obwohl in der Praxis meist das Juristenrecht im Vordergrund steht, erkennt Ehrlich trotzdem auch allgemeinere Faktoren zugunsten des ‚lebenden Rechts‘: eine lebensnahe Rechtsprechung und eine mittel- bis langfristige Veränderungskraft des ‚lebenden‘ auf das geschriebene Recht.¹²⁵

Die Rechtsprechung kann durch das ‚lebende Recht‘ sowohl absterbende als auch aufkeimende Teile des geschriebenen Rechts erkennen. Dies ist etwa bei der Auslegung einer Ausnahme hilfreich: Absterbende Ausnahmen legen eine einschränkende, aufkeimende eine großzügigere Auslegung nahe.¹²⁶ Der Gesetzgebung kann das ‚lebende Recht‘ viele kleine Anstöße geben. Einzelnen mögen sie zwar nur biologischen Mutationen oder Quanteneffekten gleichen, längerfristig können sie aber eine Entwicklungslinie sichtbar prägen.¹²⁷

Im österreichischen Recht zeigen sich insbesondere zwei konkrete Wirkungsfelder für das ‚lebende Recht‘: Die §§ 16 ff ABGB rücken die angeborenen

¹¹⁹ *Mitteis* (1947) 79; s auch *Barta* (2004) II 1063. *Nußbaum* (1955) 459 verkennt diese Leistung Ehrlichs hingegen als Mangel in seinem Werk.

¹²⁰ *Barta* (2004) II 1065. Diese Einteilung kritisiert *Nußbaum* (1955) 459 f.

¹²¹ *Ehrlich* (1911b) 243.

¹²² *Ehrlich* (1920/2007) 192 und (1913) 97 ff.

¹²³ *Ehrlich* (1913) 110.

¹²⁴ *Ehrlich* (1913) 110 f.

¹²⁵ *Ehrlich* (1920/2007) 196 f.

¹²⁶ *Gschmitzer* (1946) 506.

¹²⁷ *Gschmitzer* (1946) 505.

Rechte jedes Menschen lebensnah ins Zentrum und erlauben es der Rechtsprechung, der Natur des Menschen gerecht zu werden. Der Weg dahin war freilich dornig: Lange nur auf Papier geschrieben, erhielten die §§ 16 ff ABGB erst in den siebziger Jahren des 20. Jhs – vor allem durch das Wirken Gschnitzers¹²⁸ – tatsächlich Leben eingehaucht.¹²⁹ Auch Generalklauseln im Allgemeinen und § 879 ABGB im Besonderen machen das geschriebene Recht lebensnah. Sie geben einem Gesetzbuch die Flexibilität, die die Realität erfordert – sowohl im Zeitablauf als auch hinsichtlich der jeweiligen Einzelfälle.¹³⁰

Wenn Ehrlich die Vorzüge seines Konzeptes des ‚lebenden Rechts‘ nennt, folgt er einem gedanklichen Dreischritt: Forschung – Lehre – Praxis. Die Forschung lässt vor allem den Zustand einer Gesellschaft erkennen, der sich aus dem geschriebenen Recht nicht erschließt.¹³¹ Vom Stand der Forschung hängt in der Folge die Qualität einer lebensnahen Lehre ab, die den angehenden Juristen zu Selbständigkeit befähigt.¹³² Die Lehre wiederum fördert die Rechtspraxis, indem sie etwa die Gesetzgebung, die Rechtsprechung und die Kautelarjurisprudenz zu Wirklichkeitsnähe hinführt.¹³³ Dieser Dreischritt lässt sich allenfalls um eine Rückkopplung erweitern, zumal sich das Erkenntnisinteresse der ‚lebendrechtlichen Forschung‘ auf die Rechtspraxis richtet.¹³⁴

Ehrlichs Konzept des ‚lebenden Rechts‘ entspringt der Bukowina zur Zeit der späten österreichisch-ungarischen Monarchie,¹³⁵ ist aber geografisch nicht gebunden und zudem aktueller denn je. Gerade die Europäische Union würde sich als Nährboden für künftige Forschungen zum ‚lebenden Recht‘ eignen. Wie die frühere Bukowina ist sie heterogen; sie folgt dem Motto „In Vielfalt geeint“.¹³⁶ Insbesondere bei der Entstehung europäischen Zivilrechts zeigt sich der Einheitsgedanke des Mottos in den einschlägigen Richtlinien und

¹²⁸ *Gschnitzer* (1966) 10, 68 f und 70 ff.

¹²⁹ *Barta* (2004) I 249 f und (2004) II 1064.

¹³⁰ *Barta* (2004) II 750 f und 1064. Dazu auch *Voithofer* (2012) 54 f.

¹³¹ *Ehrlich* (1911a) 132 f und 136 und (1920/2007) 197 ff.

¹³² *Ehrlich* (1911a) 142 ff und (1911b) 230 und (1920/2007) 199 f.

¹³³ *Ehrlich* (1911a) 141 f und (1911b) 230 und (1920/2007) 199.

¹³⁴ *Ehrlich* (1911a) 138 f.

¹³⁵ *Ehrlich* (1911/12) 273.

¹³⁶ Diesen genauen Wortlaut sahen die Präambel und Art. I-8 des Vertrages über eine Verfassung für Europa, ABl C 310 vom 16. 12. 2004, vor. Trotz dessen Scheiterns verwendet insbesondere das Europäische Parlament dennoch das Motto in dieser Formulierung (Pressemitteilung des Europäischen Parlamentes vom 9. 10. 2008, Ref-Nr: 03A-DV-PRESSE_HPR[2008]10-08[39024]).

Verordnungen, in Zukunft möglicherweise auch in einem europäischen bürgerlichen Gesetzbuch. Ehrlichs Konzept des ‚lebenden Rechts‘ auf europäischer Ebene zu verankern hieße hingegen, auch dem Gedanken der Vielfalt gebührend Rechnung zu tragen.

F. Schluss

Das ‚lebende Recht‘ lässt sich unter folgenden Aspekten betrachten: Als ‚lebendes‘ Recht zeigt es sich in seinen Ursprüngen: Es ist individuelles, nicht abstraktes Recht und haftet daher an Personen.¹³⁷ Deshalb lässt es sich auch nicht lösen zu territorialer Vereinheitlichung.¹³⁸

Als ‚lebendes‘ Recht steigert es die Qualität in Forschung und Lehre: In der Forschung bereitet es die Grundlage für Erkenntnisfortschritte, indem es Verständnis für die tatsächlich wirksamen Regelungen des menschlichen Sozialverhaltens weckt und den Blick über das geschriebene Recht hinaus auf das tatsächliche Geschehen in der Rechtspraxis weitet.¹³⁹ Zudem bewirkt es eine Orientierung am realitätsnahen Relativitätsgedanken.¹⁴⁰ In der Lehre gewährleistet es Lebensnähe, regt selbständiges Denken an, erweitert den geistigen Horizont und fördert ganz allgemein die Persönlichkeitsentwicklung.¹⁴¹ Weiters stärkt es die Beobachtungsgabe und bringt damit Juristen mit „Augen, die sehen, und Ohren, die hören“ hervor.¹⁴²

Als ‚gebendes‘ Recht bereichert es die Legislative: Die Kenntnis des ‚lebenden Rechts‘ ist eine unverzichtbare Voraussetzung und Grundlage für die Gesetzgebung. Nur ein Gesetzgeber, der das vorhandene ‚lebende Recht‘ erforscht und daraus schöpft, kann wirklichkeitsnahe und taugliche Regelungen schaffen.¹⁴³

Als ‚bebendes‘ Recht kann es schließlich die Rechtspflege und Rechtspraxis erleben: Es fordert insbesondere die Richter, wenn es in Konflikt gerät mit dem geschriebenen Recht. Dieses kann insofern erschüttert werden, als die Justiz auftretende Widersprüche löst, indem sie das ‚lebende Recht‘ – etwa

¹³⁷ *Ehrlich* (1911/12) 273 f.

¹³⁸ *Ehrlich* (1911/12) 273 f und (1920/2007) 196.

¹³⁹ *Ehrlich* (1911a) 136.

¹⁴⁰ *Ehrlich* (1911/12) 273.

¹⁴¹ *Ehrlich* (1911a) 142 ff.

¹⁴² *Ehrlich* (1920/2007) 199 f.

¹⁴³ *Ehrlich* (1911a) 141 f.

durch Rechtsvermutungen – duldet.¹⁴⁴ Seine tektonische Kraft zeigt das ‚lebende Recht‘ auch ganz allgemein im Zeitablauf, indem es das geschriebene Recht durch „neue juristische Formen [...], andere Regelungen und Umgehungen“ verändert.¹⁴⁵

Literatur

- Barta Heinz*, Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken Bd I und Bd II (Wien, 2004²).
- Barta Heinz*, „Graeca non leguntur“? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland Bd I (Wiesbaden, 2010).
- Barta Heinz*, Die Entstehung der Rechtsgeschichte, in: *Harrer Friedrich/Honsell Heinrich/Mader Peter* [Hg], Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag (Wien-New York, 2011a) 35.
- Barta Heinz*, „Graeca non leguntur“? Zu den Ursprüngen des europäischen Rechts im antiken Griechenland Bd II/2 (Wiesbaden, 2011b).
- Barta Heinz/Ganner Michael/Voitbofer Caroline* [Hg], 200 Jahre ABGB 1811-2011. Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung IV (Innsbruck, 2012).
- Barta Heinz/Mayer-Maly Theo/Raber Fritz* [Hg], Lebend(ig)e Rechtsgeschichte. Beispiele antiker Rechtskulturen: Ägypten, Mesopotamien und Griechenland (Wien, 2005).
- Ehrlich Eugen*, Die Erforschung des lebenden Rechts, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich 1911a, 129.
- Ehrlich Eugen*, Ein Institut für lebendes Recht, Juristische Blätter 1911b, 229 und 241.
- Ehrlich Eugen*, Das lebende Recht der Völker der Bukowina, Recht und Wirtschaft 1911/12, 273 und 322.
- Ehrlich Eugen*, Grundlegung der Soziologie des Rechts (München-Leipzig, 1913).
- Ehrlich Eugen*, Über das „lebende Recht“, Vorträge vom 12. und 19. Dezember 1920, abgedruckt in: *Rehbinder Manfred* [Hg], Eugen Ehrlich. Politische Schriften (Berlin, 2007) 191.
- Fasching Hans*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis (Wien, 1990²).
- Fuchs Walter*, ABGB in action: Zivilprozesshäufigkeiten im regionalen Vergleich, in: *Barta Heinz/Ganner Michael/Voitbofer Caroline* [Hg], 200 Jahre ABGB 1811-2011. Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung IV (Innsbruck, 2012) 29.
- Gschnitzer Franz*, Lebt das Recht nach Naturgesetzen?, Vortrag in der Sitzung der Wiener Juristischen Gesellschaft vom 13. November 1946, Juristische Blätter 1946, 502.
- Gschnitzer Franz*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts (Wien-New York, 1966) 1.

¹⁴⁴ *Ehrlich* (1920/2007) 196.

¹⁴⁵ *Ehrlich* (1920/2007) 197.

- Harrer Friedrich/Honsell Heinrich/Mader Peter* [Hg], Gedächtnisschrift für Theo Mayer-Maly zum 80. Geburtstag (Wien-New York, 2011a).
- Mayer-Maly Theo*, Rechtsgeschichte als Weg zur Rechtserkenntnis. „Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte“, in: *Barta Heinz/Mayer-Maly Theo/Raber Fritz* [Hg], Lebend(ig)e Rechtsgeschichte. Beispiele antiker Rechtskulturen: Ägypten, Mesopotamien und Griechenland (Wien, 2005) 12.
- Mitteis Heinrich*, Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte (Weimar, 1947).
- Morel Julius*, Grundkurs der Soziologie (Innsbruck, 1991) 4.
- Nußbaum Arthur*, Die Rechtstatsachenforschung, Archiv für die civilistische Praxis 1955, 453.
- Raiser Thomas*, Rechtstatsachenforschung – heute, in: *Barta Heinz/Ganner Michael/Voithofer Caroline* [Hg], 200 Jahre ABGB 1811-2011. Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung IV (Innsbruck, 2012) 16.
- Raithele Jürgen/Dollinger Bernd/Hörmann Georg*, Einführung Pädagogik. Begriffe – Strömungen – Klassiker – Fachrichtungen (Wiesbaden, 2009) 3.
- Rebbinder Manfred* [Hg], Eugen Ehrlich. Politische Schriften (Berlin, 2007).
- Ruch Floyd/Zimbardo Philip*, Lehrbuch der Psychologie. Eine Einführung für Studenten der Psychologie, Medizin und Pädagogik (Berlin-Heidelberg-New York, 1974).
- Voithofer Caroline*, Das ABGB als law in books und law in action, in: *Barta Heinz/Ganner Michael/Voithofer Caroline* [Hg], 200 Jahre ABGB 1811-2011. Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung IV (Innsbruck, 2012) 210.

DDDr. Jakob Schiechtl
Institut für Römisches Recht und Rechtsgeschichte
Universität Innsbruck
Innrain 52, 6020 Innsbruck
0512/507-8036
jakob.schiechtl@uibk.ac.at

Michael Ganner

Die richterliche Rechtsfindung bei Eugen Ehrlich

Es wäre vermessen zu glauben, in einem Tagungsbeitrag das Werk *Ehrlichs* auch nur im Hinblick auf die richterliche Rechtsfindung einigermaßen vollständig und abschließend darstellen und bewerten zu können. Das ist daher auch gar nicht das Ziel dieses Aufsatzes. Vielmehr sollen die zentralen Aussagen *Ehrlichs*, die er dazu in seinem ca 90 Seiten umfassenden Beitrag ‚*Über Lücken im Rechte*‘¹ getätigt hat, dargestellt und aus heutiger Sicht beleuchtet werden. Wichtig erscheint mir, dabei schon im Vorhinein darauf hinzuweisen, dass die Aussagen *Ehrlichs* in Zusammenhang mit den gesellschaftlichen und kulturellen Verhältnissen jener Zeit in Verbindung gesetzt werden müssen, in der sein Beitrag entstanden ist. ‚*Über Lücken im Rechte*‘ erschien erstmals 1888 in den Juristischen Blättern.

A. Naturrecht

Zu Beginn des Beitrags geht *Ehrlich* grundsätzlich auf das ‚Naturrecht‘ ein und stellt fest, dass diesem gerade zu dieser Zeit – am Ende des 19. Jahrhunderts und kurz vor Inkrafttreten des neoliberalen deutschen BGB – starke Ablehnung entgegenschlägt. Er hingegen zeigt in vielfacher Weise seine Sympathien für das Naturrecht und belegt dessen Bedeutung gerade in den Ausführungen zur Rechtstatsachenforschung eindrucklich. Auf der anderen Seite lässt er aber nicht gelten, und das betrifft insb auch die Richter bei ihren weitreichenden Entscheidungen, dass man sich bloß allgemein und abstrakt auf die Vernunft, die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs und auf Treu und Glauben beruft, ohne dies im Detail näher zu begründen.

„Man kann doch billigerweise verlangen, dass ein [...] Gerichtshof, welcher Sätze von unermesslicher Tragweite mit einer derartigen Begründung als geltendes Recht ausgibt, sich auch darüber klar ausspreche, auf welcher Grundlage er diese Begründung für genügend halte. Dies geschieht jedoch äußerst selten.“²

¹ *Ehrlich* Recht und Leben – Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freiheitslehre, herausgegeben in der Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung der Freien Universität Berlin, VII (1967). Der Beitrag wurde dort im zweiten Teil ‚Schriften zur Freiheitslehre‘ abgedruckt.

² *Ehrlich* aaO 80.

Das ist also der erste wichtige Aspekt der Lehre Eugen *Ehrlichs*, dem auch für die heutige Rechtsfindung durch Richter Bedeutung beigemessen werden sollte: sachliche Argumentation auf der Basis klar beschriebener Rechtsgrundlagen.

Die derzeitige Rechtsentwicklung führt zu einer zunehmenden Zersplitterung des Rechts, wobei die Grundideen verloren zu gehen drohen. Eine feingliedrige einfachgesetzliche Normierung ist in einer Welt von Wohlstand und Rechtssicherheit durchaus erforderlich. Auf der anderen Seite dürfen der Bezug zu den Grundlagen und die möglichst weitgehende Erhaltung der Einheit der Rechtsordnung dabei nicht vergessen werden. Die Berufung auf zentrale Grundlagen des Rechts, also auf naturrechtliche Elemente und hier insb auf die natürlichen Rechtsgrundsätze (vgl § 7 ABGB) ist vielleicht nötiger denn je. Das führt dazu, dass Spezialnormen den Grundsätzen teilweise völlig zuwiderlaufen, ohne dass dies über längere Zeit so sehr stört, dass es zu einer Korrektur kommen würde. Ein Beispiel dafür ist § 141 AußStrG, wonach Auskünfte über die Einkommens- und Vermögensverhältnisse von Pflegebefohlenen vom Gericht nur dem betroffenen Pflegebefohlenen und seinen gesetzlichen Vertretern, nicht aber sonstigen Personen oder Stellen erteilt werden dürfen. Das führt bspw dazu, dass trotz verfassungsrechtlich garantierter umfassender Rechtshilfeverpflichtung gem Art 22 B-VG Amtshilfeersuchen von anderen Gerichten und Staatsanwaltschaften regelmäßig abgewiesen wurden, obwohl zum Teil beträchtliche öffentliche Interessen am Informationsfluss bestanden haben. Mit einer rein verfassungsrechtlich konformen Interpretation ist hier oft nicht mehr das Auslangen zu finden.³

B. Lücken im Recht

Wie nicht anders zu erwarten und im Titel ja schon angekündigt, befasst sich *Ehrlich* im gegenständlichen Beitrag mit der Frage der ‚Lücken im Recht‘ und zeigt – für uns heutzutage doch einigermaßen überraschend –, dass man damals ganz überwiegend davon ausgegangen ist, dass es gar keine Lücken in der Rechtsordnung gäbe. Für uns ist heute das Gegenteil selbstverständlich.

Der Unterschied ist allerdings zum Großteil bloß semantischer Natur. Eine Rechtslücke bestünde nach Meinung jener, die solche verneinen, nur dann,

³ Ausführlich dazu *Ganner* Amtshilfe im Sachwalterrecht – Ist § 141 AußStrG ein gerechtfertigter Schutz für Personen unter Sachwalterschaft oder ein unangemessener Störfaktor für Behörden und Gerichte?, iFamZ 2012, 295-301.

wenn ‚das Recht den Richter vollständig im Stiche lassé‘, wenn für bestimmte Fälle keine Lösung, also auch nicht mittels Analogie und dem Heranziehen der natürlichen Rechtsgrundsätze, gefunden werden könne. Das sei nicht der Fall.

Ehrlich hingegen vertritt die gegenteilige Position und führt als abschreckendes Beispiel das Preußische Landrecht an, welches gerade angetreten ist, Lücken zu vermeiden, aber vor allem durch seine kasuistische Fassung viele wichtige Fragen offen gelassen hat. Nur unter der Prämisse, dass es kein Naturrecht gibt und mit Hilfe der *exceptio doli generalis* konnte man und kann man auch heute den Standpunkt vertreten, dass keine Lücken im Recht bestehen. Die zentrale Regel lautet demnach, dass jeder Anspruch abzuweisen ist, wenn sich im positiven Recht keine Grundlage für die Stattgebung findet. Vor allem *Unger*⁴ vertrat diese Position, wenn er sagte:

„Wo die meisten eine Lücke im Rechte erblicken, besteht eigentlich nur eine Lücke auf Seite des Rechtssuchenden.“⁵

Eine Lücke sah *Ehrlich* aber auch in jenen Fällen, in denen eine Entscheidung auf der Grundlage allgemeiner Grundsätze gefällt werden muss, wo aber eine Spezialbestimmung vonnöten wäre. Als Beispiele für die damalige Zeit nannte er, insb für das österreichische Recht, das Fehlen eines Anfechtungsgesetzes und eines Wuchergesetzes.⁶

C. Richterliche Rechtsfortbildung

Die richterliche Rechtsfortbildung hat eine lange Geschichte, die auf die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung durch den Herrscher, den Fürsten, den Lehensherren, den *pater familias* etc zurückgeht. Aus der Rechtsprechung durch honorige und anerkannte Personen, die an kein Gesetz gebunden waren und die Entscheidungen rein nach ihrem (subjektiven) Rechtsbewusstsein getroffen haben, entwickelte sich im Laufe der Zeit Gewohnheitsrecht. Zudem führten Missstände, insb etwa nicht dem Rechtsbewusstsein der Menschen entsprechende Entscheidungen von ‚unverantwortlichen Priestern‘ – das Recht hatte lange Zeit einen starken sakralen Charakter – zu einem verstärkten Kontrollbedürfnis. In der Folge setzte sich vielfach die Überzeugung durch, dass Rechtssicherheit nur zu erzielen ist, wenn der Richter dem Gesetz vollständig unterworfen wird. Das Zwölfafelgesetz in Rom wurde etwa aus-

⁴ *Unger* System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I (1863²) 69 ff.

⁵ Zit aus *Ehrlich* aaO 82.

⁶ Der Wuchertatbestand des § 879 Abs 2 Z 4 ABGB wurde erst mit der III. Teilnovelle 1916 in das ABGB aufgenommen; RGBl 1916/69.

schließlich zu dem Zweck geschaffen, damit die Willkür und Macht der Pontifices eingeschränkt wird. Um dennoch richterliche Rechtsfortbildung in einem gewissen Ausmaß zuzulassen, wurde aber schon von den Römern das Case-Law-System geschaffen. Wie die Römer den Prätor diesbezüglich mit außerordentlicher Gewalt ausstatteten, machten das später die Engländer mit dem Chancellor.

Am europäischen Kontinent bildeten die Richter das Recht fort, obwohl ihnen diese Befugnis nicht verliehen wurde. Daher geschah es unter dem Deckmantel von ‚Treu und Glauben‘.

Die Zeit der großen Kodifikationen, die dann die richterliche Rechtsfortbildung weiter einschränkten, kam erst im 18. und 19. Jahrhundert. Aber gerade in schnelllebigen und sich schnell verändernden Rechtsbereichen, wie etwa im Handelsrecht, kommt der richterlichen Rechtsfortbildung bis heute große Bedeutung zu.⁷ Hier dienen nach wie vor die Grundsätze von Treu und Glauben sowie die bona fides als wertvolle Rechtsgrundlagen.

Diese zentralen Rechtsgrundsätze – also Treu und Glauben sowie bona fides – sind auf der einen Seite begrifflich weit genug gefasst, dass im Notfall alle möglichen Fragen damit entschieden werden können, auf der anderen, also der zweiten Seite der Medaille, bieten sie dadurch in gewissem Ausmaß aber auch die Möglichkeit der richterlichen Willkür. Und auch wenn sich der Richter die größte Mühe gibt, so ist es vielfach nicht leicht, im Einzelfall zu bestimmen, was den guten Sitten sowie Treu und Glauben entspricht.

„Ein Gewohnheitsrechtssatz springt eben nicht fertig wie einst Minerva aus Jupiters Haupte; bis es allgemein anerkannt wird, herrscht lange Zeit hindurch Schwanken und Ungewissheit über dessen Existenz. Man fühlt, dass man in einem gewissen Sinne entscheiden muss, dass jede andere Entscheidung das Rechtsbewusstsein verletzen würde, aber man sucht vergebens nach einer juristischen Begründung dieser Entscheidung; da ist es leicht zu verstehen, dass sich der Richter hinter allgemeinen Phrasen versteckt, welche alles und gar nichts bedeuten [...]“⁸

Nach dem Rechtsbewusstsein zu Zeiten von *Ebrlich* war richterliche Rechtsfortbildung grundsätzlich nicht vorgesehen. Dennoch hat sie vor allem in jenen Rechtsbereichen stattgefunden, die damals einer stürmischen Entwicklung ausgesetzt waren. Dazu zählt neben dem Handelsrecht regelmäßig auch das Familienrecht.

⁷ *Ebrlich* aaO 95.

⁸ *Ebrlich* aaO 100.

D. Schaffung von Gesetzen

Ehrlich setzt sich auch mit der Schwierigkeit auseinander, Gesetze so zu schaffen, dass sie für den Richter einwandfrei anwendbar sind. Als Beispiel nennt er die Schenkung: Wenn ein Gläubiger einem insolventen Schuldner 50 % der Forderungen erlässt, liegt dann eine Schenkung vor? Das ist insofern fraglich, als der *animus donandi* fehlt. § 938 ABGB passt aber – nach wie vor – genau für diesen Fall. Und § 1381 ABGB sagt dazu: Wer dem Verpflichteten mit dessen Einwilligung ein unstreitiges oder zweifelhaftes Recht unentgeltlich erlässt, macht eine Schenkung. Hat der Gläubiger dann aber das Recht, die Schenkung wegen Undanks oder wegen Dürftigkeit zu widerrufen (§§ 947 f ABGB)? Damit will *Ehrlich* zeigen, dass die Definition von Begriffen höchst schwierig und in vielen Bereichen nach wie vor nicht zufriedenstellend erfolgt ist. Er sagt sogar, eine richtige Definition sei ungleich schwieriger als eine richtige Norm zu konzipieren.

„Daher der billige, aber eigentlich nie befolgte Rat an den Gesetzgeber, er möge das Definieren überhaupt ganz der Wissenschaft überlassen, umso mehr, als er da eine Aufgabe freiwillig übernimmt, der er nicht gewachsen ist [...]“⁹

Die Rechtsverhältnisse werden nicht von Juristen geschaffen, sondern ergeben sich automatisch aus den Lebensumständen. Die wichtigsten Rechtsverhältnisse kommen demnach im Leben häufig vor und werden von jedermann intuitiv begriffen. Aufgabe des Juristen ist es nur, diese zu beobachten und in Worte zu fassen. Bei der juristischen, aber auch bei jeder anderen Art von Logik handelt es sich bloß um eine formale Wissenschaft, die nur die Methode des Denkens, nicht aber den Gegenstand des Denkens betrifft. *Ehrlich* kritisiert hier zu Recht den „ungeheuren Kultus der Logik, der bei Juristen überhaupt sich bemerkbar macht“. „In dem neuen Kodex mögen neue Rechtssätze enthalten sein, aber es ist darin nichts, was uns die Beobachtung der Vorgänge des wirklichen Lebens ersetzen könnte.“¹⁰

E. Experimentelle Rechtsfindung

Erwähnenswert erscheint auch der Vorschlag *Ehrlichs*, Rechtslücken dadurch zu schließen, dass mit dem positiven Recht nicht zu beantwortende Fragen urteilsfähigen Personen vorgelegt werden sollen, worauf diese nach ihrem Rechtsbewusstsein eine Entscheidung fällen sollten. Dabei sind Ähnlichkeiten mit dem römischen und anglikanischen Case-Law-System sowie etwa auch

⁹ *Ehrlich* aaO 130.

¹⁰ *Ehrlich* aaO 135.

mit der Schöffen- und Geschworenengerichtbarkeit festzustellen. In allen Fällen geht es um das natürliche Rechtsbewusstsein, zum Teil gerade um jenes des ‚normalen‘ Volkes und der nichtjuristischen Bevölkerung. Die Ergebnisse solcher experimentellen Befragungen sollten nach *Ehrlich* sowohl für den Gesetzgeber als auch für Richter und die Wissenschaft die Richtung vorgeben.

Anlässlich des diesem Beitrag zugrundeliegenden Vortrags wurde – im Bewusstsein, dass die hier gegenwärtigen Personen wegen jahrelanger juristischer ‚Gehirnwäsche‘ nicht dem *Ehrlichschen* Prototypen entsprechen – folgende Rechtsfrage an das Publikum gestellt:¹¹

Am Ende des Fußballspiels Deutschland gegen Holland tauschen Arjen Robben und Mario Gomez die Leibchen. Nach dem Abklingen der ersten Euphorie stellt Gomez jedoch fest, dass ihm das Leibchen von Robben viel zu klein ist.

Wurde ein Vertrag geschlossen?

Hat Gomez Gewährleistungsansprüche?

In der Folge kam es zu einer kontroversiellen Diskussion mit durchaus unterschiedlichen Rechtsansichten. Für *Ehrlich* wäre es jedenfalls nicht leicht gewesen, einen auf dem Rechtsbewusstsein der Probanden basierenden Rechtssatz zu formulieren.

F. Subjektive Interessen des Richters

„Auch der Richter ist und bleibt ein Mensch“.¹² Richterliche Entscheidungen werden nicht, wie es unsere Studierenden regelmäßig lernen, ausschließlich auf der Grundlage der gesetzlichen Anspruchskriterien gefällt, sondern es spielen auch persönliche Faktoren beim Richter eine oft nicht unwesentliche Rolle. Gerade die Tatsachenfeststellungen können leicht von persönlichen Vorlieben, von Vorurteilen und richterlichen Praktikabilitätserwägungen geprägt sein. In den meisten Fällen wird das auf Seiten des Richters unbewusst erfolgen.

Die ‚Freizeitmaximierung‘, wie ein Richter den Grund für die ohne Überprüfung der Voraussetzungen genehmigten Zwangsanhaltungen und -maßnahmen in Deutschland – zum Teil an schon verstorbenen Personen, weshalb seine Machenschaften aufflogen – nannte, wird hoffentlich die große Ausnahme sein.¹³ Aber Überforderung, Arbeitsunlust, politische und religiöse

¹¹ Im Rahmen der Europameisterschaft 2012 in Polen und der Ukraine trafen Deutschland und Holland am 12.6.2012 aufeinander, wobei Deutschland mit 2 zu 1 gewann.

¹² *Ehrlich* aaO 164.

¹³ *BGH* 24.6.2009, 1 StR 201/09 iFamZ 2009/240, 351 (Anm *Flora/Ganner*).

Motive und nicht zuletzt eigene Haftungsängste führen regelmäßig dazu, dass nicht ausschließlich die gesetzlichen Kriterien das Sagen haben.

Auch wenn man das bedenkt, so bleiben dennoch zumeist einige entscheidungsrelevante Aspekte unerkannt. Das ist bei der Bewertung von Urteilen stets zu berücksichtigen. *Ehrlich* ist der Ansicht, dass die Entscheidungsgründe häufig trügerisch sind, denn sie sind nicht die wahren Gründe für die Entscheidung. Vielmehr werden die wirklichen Entscheidungsgründe von den im Urteil niedergeschriebenen Argumenten verdeckt. „Das wird jeder bestätigen, der in die Art, wie Urteile gemacht werden, Einblick nahm.“¹⁴

In meinem Forschungsbereich, im Altenrecht und hier insbesondere bei Freiheitsbeschränkungen, ist das besonders ausgeprägt feststellbar. Angehörige von betroffenen Personen fordern oft – zum vermeintlichen Schutz dieser Personen – Freiheitsbeschränkungen durch Einsperren, Bettgitter oder Fixierungen. Die gesetzlichen Grundlagen sind aber diesbezüglich zu Recht sehr restriktiv.

Hier stellt sich dann für den Entscheidungsträger und in der Folge für den Richter allenfalls durchaus die Frage, ist es einfacher, dem ‚lästigen‘ Angehörigen nachzugeben bzw sind (schwerwiegendere) Konsequenzen zu befürchten, wenn jemand zu Unrecht zwangsangehalten wird oder wenn jemand zu Unrecht nicht angehalten wird. Gerade bei Gefahrenprognosen, die nie mit Sicherheit getroffen werden können,¹⁵ sind die Folgen einer Fehlentscheidung, mit der die Notwendigkeit einer Freiheitsbeschränkung verneint wird, uU wesentlich schwerwiegender als die Folgen einer Fehlentscheidung, mit der eine Freiheitsbeschränkung zu Unrecht angeordnet wird. Hier steht die mögliche schwere Verletzung oder gar Tötung einer Person einer Bewegungsbeschränkung mit allenfalls (scheinbar) geringfügigen psychischen oder auch körperlichen Beeinträchtigungen gegenüber. Hier steht auch aus Sicht des Entscheidungsträgers die Möglichkeit der Ächtung durch Medien und allenfalls Berufskollegen einer allenfalls maßvollen Kritik durch Vertreter der betroffenen Person oder durch Berufskollegen (zB im Rahmen eines Sachverständigenutachtens oder durch Gerichtsentscheidung in höherer Instanz) gegenüber.

¹⁴ *Ehrlich* aaO 165.

¹⁵ In der Lit wird dabei von Fehlprognosen in 50 % der Fälle und mehr ausgegangen; *Volckart* in: *Marschner et al.* Freiheitsentziehung und Unterbringung (2010) 57 f. Gerechtfertigt wird das mit Sonderopfern zum Wohle der Allgemeinheit; *Kammeier* Maßregelvollzug (1995) Rn A 109; *Volckart* Maßregelvollzug (1998) 70.

Ehrlich geht auf diese Aspekte der richterlichen Rechtsfindung grundsätzlich sehr fundiert ein. Was er dabei nicht anspricht ist die – besonders für die damalige Zeit – von der Masse der Bevölkerung abgehobene gesellschaftliche Stellung der Richter. Auch Haftungsängste und medialer Druck, die heutzutage einen beträchtlichen Einfluss auf richterliche Entscheidungen haben können, scheinen damals unbekannt gewesen zu sein. Politische Einflussnahmen, die zu seiner Zeit wohl deutlich stärker gewesen sein dürften als heute, werden ebenfalls nicht erwähnt.

G. Resumee

Den Ausführungen Eugen *Ehrlichs* kann auch heute noch – in weiten Bereichen ohne Einschränkungen – gefolgt werden. Besonders wertvoll erscheint mir seine klare Aufgabenverteilung zwischen Gesetzgebung, Legislative und Jurisprudenz. Die Gesetzgebung schafft Normen auf der Basis bestehender Lebensverhältnisse und eines allgemein bestehenden Rechtsbewusstseins. Die Richter entscheiden auf der Grundlage bestehender Gesetze, füllen die Rechtslücken jedoch durch naturrechtliche Elemente, insb etwa auch durch das Gewohnheitsrecht. Und die Rechtswissenschaft ist zuständig für die Begriffsdefinitionen, was dabei wohl die schwierigste Aufgabe ist.

Literatur

BGH 24.6.2009, 1 StR 201/09 iFamZ 2009/240, 351 (Anm *Flora/Ganner*)

Ehrlich (1967): *Recht und Leben – Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre*, herausgegeben in der Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtsstatsachenforschung der Freien Universität Berlin, VII (1967). Der Beitrag wurde dort im zweiten Teil ‚Schriften zur Freirechtslehre‘ abgedruckt.

Ganner (2012): *Amtshilfe im Sachwalterrecht – Ist § 141 AußStrG ein gerechtfertigter Schutz für Personen unter Sachwalterschaft oder ein unangemessener Störfaktor für Behörden und Gerichte?*, iFamZ 2012, 295-301.

Kammeiern (1995): *Maßregelvollzug*.

Unger (1863²): *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I*.

Volckart (2010): in: *Marschner et al. Freiheitsentziehung und Unterbringung*.

Volckart (1998): *Maßregelvollzug*.

ao. Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
0512/507-8108
michael.ganner@uibk.ac.at

Miriam Broucek

Eugen Ehrlich und sein Vorwurf an die eigengesetzliche ‚juristische Logik‘ der Pandektistik und Begriffsjurisprudenz

A. Einleitung¹

In der *Grundlegung der Soziologie des Rechts* stellte Eugen Ehrlich sein Verständnis von Recht als einem ‚lebenden Recht‘², das sich so weit wie möglich an den Lebensrealitäten orientiert, erstmals umfassend vor. Er formulierte darin die Grundthesen seiner ‚soziologischen Rechtswissenschaft‘: Institutionen des Rechts sind in erster Linie Phänomene des menschlichen Gemeingefüges. Das Recht nimmt seinen Ursprung zum überwiegenden Teil weder in der Gesetzgebung, noch in Rechtsprechung oder Rechtslehre, sondern geht aus der Gesellschaft als deren ‚Ordnung‘³ hervor. Verwandt den Ideen der Interessensjurisprudenz steht bei Ehrlich der einer Rechtsstreitigkeit zugrundeliegende Interessenkonflikt im Vordergrund. Es gilt zu ermitteln, welche Interessen sich in einem Einzelfall gegenüberstehen und zu vergleichen, welchem dieser Interessen in ähnlich gelagerten, schon zuvor entschiedenen Fällen Rechtsschutz gewährt wurde.

Ehrlichs ambitioniertes Unterfangen, aus seinen Beobachtungen ein eigenes Rechtskonzept zu entwickeln, welches die zu seiner Zeit als ‚common sense‘ geltenden Ansichten der Jurisprudenz radikal hinterfragte, trug ihm von seinen Zeitgenossen (und auch in seiner Rezeption) zahlreiche Kritik ein:⁴ „[M]eine wissenschaftlichen und literarischen Arbeiten haben nichts eingetragen als Ärger und Verdruß“, notierte Ehrlich in einem Brief vom 26.6.1919.⁵ Hans Kelsen etwa sah seine Reine Rechtslehre in völligem Gegensatz zu Ehrlichs Überlegungen und widmete Ehrlichs Rechtssoziologie eine eigene Gegenschrift.⁶

¹ Anm der Autorin: Wie das Werk Eugen Ehrlichs insgesamt ist auch seine ‚Juristische Logik‘ in ihren Überlegungen so vielfältig, dass es nur schwer möglich ist, allen Gedanken nachzugehen. Ich habe daher jene Aspekte herausgegriffen, die mir für die Darstellung Ehrlichs Kritik an einer eigengesetzlichen juristischen Logik und der Rolle der Gerichtsbarkeit bei der Rechtsfortentwicklung am relevantesten erschienen.

² *Ehrlich Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1989) 409.

³ *Ehrlich Gesetz und lebendes Recht*. Vermischte kleinere Schriften (1986) 188.

⁴ Vgl. *Vogl Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich* (2003) 65 f sowie *Kelsen/Ehrlich Eine Kontroverse (1915-17/2003)* XVII f.

⁵ zit nach *Kelsen/Ehrlich* (2003) V.

⁶ *Kelsen/Ehrlich* (2003).

Trotz dieser Skepsis und Zweifel am eigenen Werk setzte Ehrlich seine Studien fort und ergänzte die *Grundlegung der Soziologie des Rechts* um ein zweites umfassendes Werk: *Die juristische Logik*. In diesem wendete er sich den juristischen Methoden zur Rechtsfindung zu und analysierte sie unter dem Aspekt der gesellschaftlichen Bedingtheit des Rechts. Zentrale Rolle seiner Untersuchungen nimmt dabei die richterliche Person und ihre Rolle bei der Rechtsfortbildung ein – die *juristische Logik* war eigentlich als Teil der Publikation *Richterliche Rechtsfindung* vorgesehen.⁷

Die gängige Rechtswissenschaftslehre kehrte nach Ehrlichs Ansicht in ihrem wissenschaftlichen Positivismus den gesellschaftlichen Ursprüngen des Rechts zunehmend den Rücken zu, statt sich dem Menschen zuzuneigen und seiner Lebenswirklichkeit gerecht zu werden. Insbesondere die damals führende Lehrmeinung der Pandektistik stand im Zentrum Ehrlichs Kritik. Motiv der *juristischen Logik* war es daher, deren Grundmethode der Entscheidungsfindung durch logische Ableitung als unzulänglich zu überführen.⁸ Die Pandektenlehre ist freilich differenzierter, als sie hier dargestellt werden kann.⁹ Es mag aber genügen, ihr Grundsystem an dieser Stelle zumindest in jenen wesentlichen Punkten wiederzugeben, an denen Ehrlich besonderen Anstoß nahm:

Aus den römischen Digesten hatte die Pandektenwissenschaft Mitte des 19. Jh eine Vielzahl abstrahierter Rechtssätze und Rechtsbegriffe destilliert. Aus diesen formte sie ein seinem Anspruch nach lückenloses, geschlossenes und widerspruchsfreies Rechtssystem. Die Entscheidungsfindung erfolgt im pandektistischen Rechtssystem durch eine Abfolge streng mathematisch-logischer Ableitungen. Der Obersatz muss dabei stets ein Rechtssatz sein. Aus der Vornahme von Deduktionen aus Ober- und Untersätzen erschließt sich die (gerechte) Fallentscheidung.¹⁰ Die richterliche Urteilsfällung reduziert sich nach diesem Verständnis auf die schlichte Ausführung von logischen Ableitungen. Dem Richter wird vom Gesetzgeber ein rationalisiertes Rechtssystem als eine Art Werkzeugkoffer bereitgestellt, aus dem er bloß aus einer Gesamtheit von Rechtssätzen den richtigen Rechtssatz und die richtige Deduktion zu treffen hat.

⁷ Brief an den Verlag J.C.B. Mohr vom 14.6.1917, zitiert in *Vogl* (2003) 168.

⁸ *Ehrlich Die juristische Logik* (1966) V.

⁹ Vgl. dazu *Haferkamp* Georg Friedrich Puchta und die ‚Begriffsjurisprudenz‘ (2004) sowie *Henkel* Begriffsjurisprudenz und Billigkeit. Zum Rechtsformalismus der Pandektistik nach G.F. Puchta (2004).

¹⁰ Diese Beschreibung der Pandektenlehre ist *Ehrlich* (1966), *Haferkamp* (2004), *Henkel* (2004) entnommen.

Im Ergebnis trieb die Pandektistik, insbesondere ihre Weiterentwicklung durch Georg Friedrich Puchta zu der unter dem Spottnamen Rudolf Jherings bekannt gewordenen ‚Begriffsjurisprudenz‘ die Abstrahierung und Systematisierung des Rechts auf die Spitze. Zu Recht warf Ehrlich ihr vor, die Jurisprudenz zu einer Expertenwissenschaft degradiert zu haben, in der ob der Komplexität des Systems die ausgebildeten Juristen ihre Zunftinteressen schamlos auszunutzen im Stande sind, steht ihnen doch der Rechtshilfesuchende in weitgehender Orientierungslosigkeit gegenüber.¹¹ Rudolf Jhering formulierte diesen Vorwurf treffend: *„[...] so ist damit jene Verirrung unserer heutigen Jurisprudenz gemeint, welche den praktischen Endzweck und die Bedingungen der Anwendbarkeit des Rechts außer Acht lassend, in demselben nur einen Gegenstand erblickt, an dem das sich selbst überlassene, seinen Reiz und Zweck in sich selbst tragende logische Denken sich erproben kann – eine Arena für logische Evolutionen, für die Gymnastik des Geistes, in der dem größten Denkvirtuoson die Palme zufällt.“*¹²

Eine derart von allen gesellschaftlichen Bezügen bereinigte Auffassung von Recht wie jene der Pandektenlehre und der Begriffsjurisprudenz musste Eugen Ehrlich schon aus biographischen Gründen widerstreben: In der Bukowina, einem Teil der heutigen Ukraine, geboren und aufgewachsen, hatte er das Nebeneinander dutzender Religionen, Völkergruppen und Kulturen verinnerlicht. Nach einem gründlichen Studium der Rechtspraxis der Völkerstämme sah er die formalistische Strenge des Habsburgerreiches mit seinem vorgeblich geeinten Recht mit anderen Augen. Ihm wollte er den gelebten rechtlichen Pluralismus der verschiedenen Völker der Bukowina entgegensetzen: *„[...] jeder dieser Stämme [beobachtet] in allen Rechtsverhältnissen des täglichen Lebens ganz andere Rechtsregeln.“*¹³

B. Eugen Ehrlichs Konzept des ‚lebenden Rechts‘

Um Eugen Ehrlichs Kritik an der von ihm sogenannten ‚juristischen Logik‘ und deren Methoden nachvollziehen zu können, ist es notwendig, mit seinem Grundverständnis von Recht vertraut zu sein.

Mit seinen Theorien griff Ehrlich weder eine rechtswissenschaftliche Dogmatik an, noch stand er in Fundamentalopposition mit dem Rechtssystem, wie ihm es von Kritikern vorgeworfen wurde.¹⁴ Auch die Kritik Hans Kelsens,

¹¹ Ehrlich (1966) 17.

¹² Haferkamp (2004) 29.

¹³ Rehbinder Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich (1967) 12.

¹⁴ Vgl. Eugen Ehrlich’s Linking of Sociology and Jurisprudence, in: Hertogh Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich (2009) 111.

Ehrlich verwechsle in gefährlicher Weise ‚Sein‘ und ‚Sollen‘, geht am Kern vorbei.¹⁵ Die Notwendigkeit der Transformation von sozialen Verhaltensnormen zu verbindlichen Rechtsnormen hatte Ehrlich nie bestritten, im Gegenteil, die Frage, wie tatsächliche soziale Beziehungen zu Rechtsverhältnissen werden, stand im Zentrum seiner Überlegungen.¹⁶ Ehrlich vertrat letztlich auf dogmatischer Ebene ebenfalls eine monistische Rechtsquellenlehre, auf soziologischer Ebene entwickelte er jedoch eine dreigeteilte Rechtsquellentheorie, die ihm geeigneter schien, die tatsächliche Rechtswirklichkeit zu beschreiben.¹⁷

So wandte sich Ehrlich mit Vehemenz gegen eine ‚staatliche Rechtsauffassung‘,¹⁸ die nur den Staat als alleinige rechtserzeugende Quelle im Sinne der gesellschaftlichen Wirklichkeit des Rechts¹⁹ anerkennt. Der Staat ist für Ehrlich nicht mehr als ein Organ der Gesellschaft, in welcher das Recht seinen Ursprung nimmt, und kann mit seiner Gesetzgebung nur einen winzigen Ausschnitt des tatsächlichen gesellschaftlichen Rechtslebens erfassen.²⁰ Er hinkt den gesellschaftlichen Entwicklungen und den aus ihr entstehenden neuen Rechtsbräuchen vielmehr hinterher: erst gesellschaftliche Umwälzungen wie etwa die Geldwirtschaft oder die Industrialisierung – schaffen den Bedarf an neuen Regelungen, wie im Falle der Geldwirtschaft etwa ein Börserecht. Der Staat als Gesetzgeber kann künftig notwendige Gesetze also immer erst *ex post* erlassen, niemals sie *a priori* voraussehen.²¹ Das staatliche Recht erscheint bei Ehrlich in der Form des ‚Rechtssatzes‘ (im Gegensatz zu den aus der Gesellschaft hervorkommenden ‚Rechtsnormen‘), der sich durch eine all-gemeinverbindliche Fassung einer Rechtsvorschrift in einem Gesetze oder Rechtsbuch definiert.²²

Für Ehrlich vollzieht sich der größte Teil der Rechtsentwicklung abseits vom Staat selbsttätig in den gesellschaftlichen Einrichtungen²³ wie Familie, Ehe und Besitz – das gesellschaftliche Gewohnheitsrecht ist für ihn eine eigenständige Rechtsquelle und primäre Erscheinungsform des Rechts.²⁴ Aus der Berührung von Rechtsgelehrten und Richtern mit den gesellschaftlichen Einrichtungen entsteht eine weitere Rechtsquelle – das Juristenrecht. Damit das

¹⁵ *Kelsen/Ehrlich* (2003) XVII, 8.

¹⁶ *Ehrlich* Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts (1907) 8 f.

¹⁷ *Vogl* (2003) 346 f.

¹⁸ *Ehrlich* (1966) 81 ff.

¹⁹ *Vogl* (2003) 259.

²⁰ *Ehrlich* (1966) 82.

²¹ *Ehrlich* (1966) 211.

²² *Rebbinder* (1967) 21.

²³ *Ehrlich* (1907) 28.

²⁴ *Raiser* Grundlagen der Rechtssoziologie (2010) 75.

gesellschaftliche Gewohnheitsrecht und das Juristenrecht rechtliche Qualität erlangen, bedarf es wie erwähnt auch bei Ehrlich einer Transformation.²⁵

Mit dieser um die Dynamik der gesellschaftlichen Entwicklungen erweiterten Rechtsquellenlehre suchte Ehrlich einer starren Rechtsauffassung entgegenzutreten, die Gefahr läuft, den aktuellen Bedürfnissen der Gesellschaft nicht mehr gerecht zu werden, da sie in historischen Vergangenheiten lebt.²⁶ Indem die überlieferten römischen Rechtssätze vom Staat als Gesetzgeber so abstrahiert werden, dass sie vorgeblich zeitlos jeder Gesellschaft angepasst sind, hätten sich diese von der Gesellschaft entfernt.²⁷ Damit seien sie aber nicht mehr in der Lage, die neuen Rechtsverhältnisse, welche sich aus gewachsenen Lebensformen ergäben, zu erkennen und ihnen den notwendigen Rechtsschutz zu gewähren. „*Selbst heute noch befindet sich alles im ewigen Fluße ... die heutige Familie ist nicht die, in der wir unsere Jugend verlebt [..] Handel und Wandel sind anders geworden ...*“ schrieb Ehrlich in seiner Inaugurationsrede als Rektor der k.k. Universität Czernowitz.²⁸ Ihm war es dabei keineswegs darum zu tun, die notwendige und gerechtfertigte Kontinuität und Stabilität des Rechtssystems anzugreifen – dessen Stetigkeit sollte nur nicht den Preis einer freien Rechtsfortbildung kosten.²⁹

C. Ehrlichs Vorwurf an eine eigengesetzliche ‚juristische Logik‘

Starrer Formalismus und Lebensfremde sind es auch, die Eugen Ehrlich den Methoden der Pandektistik zum Vorwurf machte. Dabei unterstrich er die missverständliche Begrifflichkeit: Bei der sogenannten ‚juristischen Logik‘ der gängigen Rechtslehre handelt es sich eben nicht um die Anwendung von allgemeinen logischen Regeln, die aus Naturgesetzen und Beobachtungen gewonnen werden, wie es etwa die formale Logik der Naturwissenschaften praktiziert.³⁰

Im Gegenteil hatte sich, so Ehrlich, in der Rechtswissenschaft – ausgehend von der staatlichen Rechtsauffassung – eine eigene Richtung der ‚juristischen

²⁵ Diese erfolgt bei Ehrlich im Wege der Anerkennung: von allen (sozialen) Normen, die die Gesellschaft erzeugt, erlangen jene den Status einer Rechtsnorm, welche von der Gesellschaft als zu befolgend anerkannt und auch tatsächlich befolgt würden. Der Mensch handelt nach Ansicht Ehrlichs deshalb rechtsnormenkonform, weil er einem gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Zwang ausgesetzt ist – dieser wirkt stärker noch als es der staatliche Zwang durch Sanktionen vermag; *Raiser* (2010) 75.

²⁶ *Ehrlich* (1966) 160 f.

²⁷ *Ehrlich* (1966) 184.

²⁸ *Ehrlich* (1907) 38.

²⁹ *Ehrlich* (1966) 118.

³⁰ *Ehrlich* (1966) 2.

Logik⁶ ausgebildet,³¹ welche sich erheblich von der herkömmlichen Logik abhebt. Diese sei gar keine Logik, sondern vielmehr eine Technik insbesondere der Begriffsjurisprudenz mit dem Ziel, jede Entscheidung logisch abgeleitet dem Gesetz zu entnehmen.³² Damit verfolge sie aber gänzlich eigene Ziele und verfüge auch über besondere Eigengesetzlichkeiten: Sie geht von der Prämisse aus, dass nur die auf den staatlichen Willen zurückgeführten und zu einer idealen Einheit verknüpften Rechtssätze als für den Richter maßgeblich anzusehen seien.³³ Für Eugen Ehrlich war eine derartige ‚juristische Logik‘ eine unzulässige Konstruktionsfigur, die die eben nicht geradlinige, sondern verschlungene, dynamische und spontane Entwicklung des Rechts in eine Einheit gegossen haben wollte, die dem Recht gar nicht entsprach.³⁴

Solcherart entlarvt, deckte Ehrlich die Schwachstellen in der positivistischen juristischen Methodenlehre auf. Wenn die Idee des Rechts an sich ihren Ursprung in der menschlichen Gesellschaft hat, können auch die Methoden zur Anwendung des Rechts nur der Gesellschaft entspringen.³⁵ Mit diesem Verweis auf den Charakter des Rechts als soziales Phänomen wollte Ehrlich dem Gedanken Georg Friedrich Puchtas, dem Recht müssten vernünftige und logische Strukturen immanent sein, ja es gäbe ein (Rechts-)System des Notwendigen,³⁶ die eigentliche Un-Notwendigkeit entgegenhalten. Die historische Bedingtheit des menschlichen Denkens verstelle die Sicht darauf, dass geschichtlich Gewachsenes nicht gleichbedeutend mit logisch Notwendigem sei.³⁷ Die Rechtsentwicklung schreite zwar nicht blindlings voran – der Gang den sie nimmt, bestimme sich aber hauptsächlich durch Machtverschiebungen und geänderte Gesellschaftsformen.

Um seine These zu belegen, zeichnete Ehrlich in der *juristischen Logik* in umfassender Weise den historischen Entwicklungsweg des Rechts in Mitteleuropa nach.

Das Moment der Geschichte macht die Veränderlichkeit und Abhängigkeit des Rechts von gesellschaftlichen Entwicklungen deutlich. Nicht eine innere a-priori-Struktur, sondern vielmehr die vielfältigen geschichtlichen Interessen haben den Gang der Rechtsfortbildung mal in die eine, mal in die andere Richtung, jedoch niemals, zufällig³⁸ beeinflusst: juristische Zunftinteressen,

³¹ Ehrlich (1966) 287.

³² Ehrlich (1966) 299.

³³ Ehrlich (1966) 3, 147.

³⁴ Ehrlich (1966) 180.

³⁵ Ehrlich (1966) V, *Bovensiepen* zit in *Vogl* (2003) 130.

³⁶ Bohner über Georg Friedrich Puchta, zitiert in *Haferkamp* (2004) 19.

³⁷ Ehrlich (1966) 5.

³⁸ Ehrlich (1966) 48.

Machterhaltung, aufkommende neue politische, philosophische oder staatsrechtliche Theorien. Untermauerung fand Ehrlich auch in der historisch gegenläufigen Entwicklung der kontinentalen und englischen Rechtsentwicklung.

Dem Recht kann nach Ehrlich also weder eine notwendige logische Entwicklungsgeschichte unterstellt werden, noch ist diesem eine bestimmte anfängliche Struktur gegeben. Diese Annahme ist eine Fiktion, eine Anpassung der wahren Gegebenheiten an eine gewollte Vorstellung von Recht. „[Die *Jurisprudenz*] erreicht mit der falschen Logik richtige Ergebnisse, weil sie mit der richtigen Logik zu den Ergebnissen, die sie braucht, von ihren Voraussetzungen aus nicht gelangen könnte.“³⁹

Auch eine weitere Hypothese der ‚juristischen Logik‘ erweist sich als reine Fiktion – das für den Rechtspositivismus unentbehrliche Dogma der Lückelosigkeit des Rechts.⁴⁰ Die Annahme eines lückenlos geschlossenen Rechtssystems sorgt zwar für eine wünschenswerte Rechtssicherheit, die das Recht vorhersehbar macht und vor Willkür schützt,⁴¹ sie ist aber nur schwer haltbar. Wenn die Juristen nun getreu dieser falschen Prämisse neu entstandene Rechtsverhältnisse und schutzwürdige Interessen in die überlieferten römischen Rechtsmittel hineinpressten, weil es ja sonst an den nötigen Rechtssätzen fehlen würde,⁴² wurde die aus diesen deduktiv abgeleitete Entscheidung beliebig manipulierbar: Denn die tradierte römische *actio* war ihrem Kern nach nur für bestimmte Rechtsstreitigkeiten vorgesehen, nicht aber für weitere Interessenwiderstreite. Diese Vorgangsweise der Auslegung bzw. juristischen Konstruktion war für Ehrlich nicht nur eine unzulässige, sondern auch eine unehrliche Methode – denn eine logische Ableitung in Fällen, in denen der herangezogene Rechtssatz den zu entscheidenden Sachverhalt nicht deckungsgleich widerspiegelt, ist nicht möglich, ohne dabei selbst rechtsfortbildend tätig zu werden.⁴³ Damit wendet sie sich aber gegen ihren eigenen Grundsatz, dass eine Entscheidung nur durch deduktives Ableiten aus einem Rechtssatz, nicht aber durch freie Rechtsschöpfung gewonnen werden dürfe. Zudem werden auch deren Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit in Frage gestellt. Auch die objektive und teleologische Auslegung verschleiern eine in Wahrheit stattfindende Abänderung des Rechtssatzes.⁴⁴

³⁹ Ehrlich (1966) 155.

⁴⁰ Riebschläger Die Freirechtsbewegung: Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule (1968) 27 f.

⁴¹ Rehbinder (1967) 78.

⁴² Ehrlich (1966) 72.

⁴³ Rehbinder (1967) 80, Vogl (2003) 250.

⁴⁴ Rehbinder (1967) 83.

Die einzig gültige und auch wissenschaftliche Methode, den Umfang der einem Rechtssatz zugrunde liegenden Interessenentscheidung zu ermitteln, ohne diesen gleichzeitig abzuändern oder zu erweitern, ist für Ehrlich die historische Auslegung, welche die gesamte Entstehungsgeschichte eines Rechtssatzes berücksichtigt.⁴⁵ Denn einem Gesetzgeber, so allgemein und abstrakt er seine Rechtssätze auch formulieren mag, könne es niemals möglich sein, mehr Interessengegensätze zu entscheiden, als sie ihm gegenwärtig waren.⁴⁶ Ehrlich geht es dabei nicht nur um die Erforschung des tatsächlichen Willens des Gesetzgebers, sondern vielmehr um alle Willen aller am Rechtssatz beteiligten Rechtsschöpfer und wie sie ihren jeweiligen Vorgänger verstehen mussten. Der Rechtssatz ist somit „*nicht bloß Stück eines Ganzen, sondern vor allem historische Einzelercheinung, die die Last ihrer Vergangenheit ewig mit sich trägt.*“⁴⁷ Um ausgehend von einem Rechtssatz eine gültige Entscheidung treffen zu können, müsse dieser vollständig im Sinne des Urhebers ausgelegt werden und darf nur auf die Fälle angewandt werden, für die der Urheber eine Entscheidung treffen wollte.⁴⁸ Sir Karl Popper kam in seiner ‚objektiven Erkenntnis‘ zu einer sehr ähnlichen Aussage über eine den Kriterien der Wissenschaft gerecht werdenden rechtswissenschaftlichen Auslegungsmethode: „*Um eine Handlung, eine Entscheidung und damit einen Willensakt zu verstehen, muß man die historische Problemsituation so rekonstruieren, wie sie dem Handelnden erschien, so daß seine Handlungen situationsangemessen werden.*“⁴⁹

Ehrlich stand mit seiner Kritik an der blinden Hörigkeit antiker römischer Rechtsquellen und der Zulässigkeit juristischer Fiktionen keineswegs alleine da. Bereits vor ihm hatte Rudolph Jhering, der sich ursprünglich durchaus der Pandektistik zugewandt hatte, ein Ableitungsverfahren, dem „*ewige Begriffe als ‚logische Wahrheiten‘ zugrunde liegen*“, kritisiert.⁵⁰ Philipp Heck strebte im Umgang mit den römischen Quellen danach, die verdeckende Ableitung neuer Rechtssätze aus dem System aus richterrechtlicher Perspektive aufzuzeigen.⁵¹ Dergleichen lehnte auch Hans Kelsens Reine Rechtslehre die in der juristischen Auslegungspraxis häufig angewendeten Methoden des Analogie – sowie des Größenschlusses ab. Wie Ehrlich bemängelte Kelsen in seinem Werk ‚Recht und Logik‘, dass die ‚juristische Logik‘ „*zumeist nur die Un-Logik von Trugschlüssen und logischen Erschleichungen, wie das argumentum e contrario, oder die Deduktion von Normen aus einem vorgefaßten Begriff, die Pseudo-Logik der Begriffsjurisprudenz, oder die*

⁴⁵ Ehrlich (1966) 137.

⁴⁶ Ehrlich (1966) 214.

⁴⁷ Ehrlich (1966) 138.

⁴⁸ Ehrlich (1966) 251.

⁴⁹ Ehrlich (1966) 289.

⁵⁰ Haferkamp (2004) 31.

⁵¹ Haferkamp (2004) 21.

Ableitung von Normen aus der „Natur der Sache“, die Selbsttäuschung der Naturrechtslehre“ sei.⁵²

D. Aufgabe und Verantwortung der Gerichtsbarkeit bei Ehrlich

Das Rechtskonzept von Ehrlich baut in hohem Maße auf die Gerichtsbarkeit als letztinstanzliche Schlichtungsstelle von Interessenkonflikten im gesellschaftlichen Gefüge. Der Richter trägt die beträchtliche Verantwortung dafür, das Recht ‚nach den Bedürfnissen der Gesellschaft‘⁵³ zu finden und die schutzwürdigen Interessen zu identifizieren. Seine Entscheidung darf dabei aber niemals reine Willkür sein – der Richter ist an den Willen des Gesetzgebers, welcher sich in dessen Rechtssätzen manifestiert, unbedingt gebunden.⁵⁴ An die Person des Richters stellt Ehrlich dabei äußerst hohe Ansprüche – der Richter muss über ein erhebliches Maß an Lebenserfahrung und ein breites Wissensspektrum weit über die Rechtswissenschaften hinaus verfügen, um seiner Aufgabe gerecht werden zu können. Insbesondere müssen ihm vor allem soziale und gesellschaftliche Realitäten gewahr sein. Ehrlich schwebte hier eine derart starke richterliche Einzelpersönlichkeit vor, dass sie in der Literatur nachgerade als ‚Richterkönig‘⁵⁵ bezeichnet wird.

Die ‚juristische Logik‘ der Pandektistik und der staatlichen Rechtsauffassung reduzierte entgegen diesen Idealvorstellungen für Ehrlich den Richter zu einem rein ausführenden Organ und degradierte ihn nachgerade zu einem ‚Verwaltungsbeamten‘.⁵⁶ Indem ihre Methodik alle gesellschaftlichen – rechtlich relevanten – Verhältnisse als bloße Tatsachen dem anzuwendenden Rechtssatz unterordnet, würde nicht nur ein großer Teil der gelebten Rechtswirklichkeit ausgeschaltet, sondern auch der Richter von der Gesellschaft separiert.⁵⁷ Ihre deduktive Ableitungsmethode ist nicht nur methodisch unehrlich, sondern führt im Ergebnis auch zu erheblichen Gerechtigkeitsdefiziten.⁵⁸ Erfolgt eine Entscheidungsfindung nämlich rein über juristische Konstruktion und Ableitung aus einem Rechtssatz, ohne dass dabei auch ein eigener Interessenvergleich des Richters stattfindet, besteht die Gefahr, dass dieser die Interessen nicht richtig erfasst und so dem wirklich schützenswerten Interesse der Rechtsschutz letztlich verwehrt bleibt.⁵⁹ Es ist daher eine der Aufgaben

⁵² Zit in *Fritzsche* Die Reine Rechtslehre im Lichte des Kritischen Rationalismus (2002) 11.

⁵³ *Ehrlich* (1966) 90.

⁵⁴ *Ehrlich* (1966) 192, *Vogl* (2003) 245.

⁵⁵ *Rehbinder* (1967) 87.

⁵⁶ *Ehrlich* (1966) 89.

⁵⁷ *Ehrlich* (1966) 193.

⁵⁸ *Vogl* (2003) 155.

⁵⁹ *Ehrlich* (1966) 245, *Rehbinder* (1967) 81.

des Richters bei Ehrlich, neben der Erschließung des wahren Willens des Gesetzgebers (im Wege der historischen Auslegung) auch eine eigene Interessenabwägung vorzunehmen, um zu verhindern, dass rechtliche Wertungen von ihrem ökonomischen Entstehungszusammenhang abgelöst Verwendung finden.⁶⁰

Die Hauptaufgabe der Gerichtsbarkeit besteht nach der Auffassung Ehrlichs jedoch darin, in besonderen Fällen selbst rechtschöpferisch tätig zu werden. In der *juristischen Logik* hatte Ehrlich ja die Fehlerhaftigkeit in den Prämissen der gängigen juristischen Methoden aufgezeigt. Insbesondere ist das Recht eben kein lückenlos geschlossenes System von Rechtssätzen, sondern vielmehr „*Stückwerk, wie jedes Menschenwerk*“⁶¹ – und damit notwendigerweise lückenhaft. Eine echte Gesetzeslücke erkannte Ehrlich in jenen Fällen, in denen auch durch (historische) Auslegung kein passender Rechtssatz für einen Interessenkonflikt gefunden werden kann⁶² – sprich offenkundig keine entsprechende Willensentscheidung des Gesetzgebers vorliegt.

Hier ist es nun am Richter, die nötige Interessenentscheidung so vorzunehmen, wie der Gesetzgeber selbst sie getroffen hätte.⁶³ Zu diesem Zweck muss er eine genaue Analyse des sozialen Sachverhalts, aufbauend auf den Normen des gesellschaftlichen Rechts, vornehmen.⁶⁴ Bei der Entwicklung der adäquaten Entscheidungsnorm soll der Richter nach den Vorstellungen Ehrlichs seine eigenen Erfahrungen und Kenntnisse der gesellschaftlichen Vorgänge miteinbeziehen und dabei auch die potentiellen sozialen Auswirkungen seines Urteils berücksichtigen.⁶⁵ Zusätzliche Schranken in der Freiheit der Rechtsfindung sind ihm weiters durch die Überlieferung, gesellschaftliche Anschauung und Verfahrensformen gesetzt.⁶⁶

Mit diesen Vorstellungen appellierte Ehrlich an das Selbstverständnis der Rechtspflege, nicht „*bei jeder Gelegenheit hilfeschend und hilfeseisend auf die Gesetzgebung zu schauen*“⁶⁷, sondern (wieder) eigene schöpferische Gedankenarbeit zu leisten. Er wollte den Richter offiziell zu einem eigenverantwortlichen Organ der Rechtsfortbildung machen, anstatt weiterhin die Fiktion aufrechtzuerhalten, dieser übe reine Gesetzesanwendung aus.⁶⁸

⁶⁰ *Vogl* (2003) 155.

⁶¹ *Ehrlich* (1966) 147.

⁶² *Vogl* 2009 110.

⁶³ *Rebbinder* (1967) 86.

⁶⁴ *Rebbinder* (1967) 87.

⁶⁵ *Rebbinder* zitiert in *Vogl* (2003) 64.

⁶⁶ *Ehrlich* (1966) 192.

⁶⁷ *Ehrlich* (1907) 39.

⁶⁸ *Raiser* (2010) 82.

E. Resümee

Die Leistungen von Eugen Ehrlich und das Gebiet der Rechtssoziologie sind heute unbestritten anerkannt. In seiner Rezeption muss Ehrlich sich dennoch den Vorwurf gefallen lassen, in seinen Arbeiten wissenschaftlich zu ungenau und zu widersprüchlich zu sein, um als Ausgangsbasis für ein satisfaktionsfähiges alternatives Rechtskonzept zu dienen. Der Rechtswissenschaftler CK Allen nennt Ehrlichs Unterfangen gar ‚*Megalomaniac Jurisprudence*‘,⁶⁹ ohne feste Abgrenzung eines speziellen Problembereiches. Mag sein, dass Ehrlich im Eifer seiner Attacken auf die damalige Rechtsauffassung von der Fülle der Argumente hinweggetragen wurde, bedauerlicherweise um den Preis von Widersprüchlichkeit und unpräzisen Generalisierungen. Die *juristische Logik* ist wie alle Texte Eugen Ehrlichs essayistisch gehalten und bisweilen in ihren rechtshistorischen Belegen äußerst ausufernd.⁷⁰ Gleichzeitig bleibt Ehrlich in der Verwendung von Begrifflichkeiten bisweilen unglücklich vage. Die heutige Rechtssoziologie vertritt demgegenüber wesentlich differenziertere Sichtweisen.⁷¹

Diese berechtigte Kritik soll aber nicht über die Leistung des Werks Eugen Ehrlichs hinwegtäuschen. Ohnehin mag es zweckdienlicher sein, seine Überlegungen nicht als ein abgeschlossenes Alternativkonzept, sondern als lohnende Reflexion und Ergänzung der Rechtslehre zu betrachten.⁷² Die *juristische Logik* trug mit ihrer Forderung nach einer Methodenehrlichkeit in der Rechtswissenschaft das ihrige zu deren verstärkter Wissenschaftlichkeit bei. Das Dogma der Lückenlosigkeit des Rechtssystems etwa ist durch die Entwicklungen in der Judikatur längst wiederlegt. Auch die richterliche Rechtsfortbildung ist ein fester Bestandteil der Rechtslehre geworden und steht an der Tagesordnung.⁷³

Abseits aller Methodenfragen bleibt es jedoch der wichtigste Verdienst Eugen Ehrlichs, als einer der ersten das Recht als gesellschaftliche Realität begriffen zu haben. Er erkannte, dass die empirische Erforschung des Rechtslebens ein Hilfsmittel zur Analyse seiner Gesetzmäßigkeiten in der Gegenwart sein und rechtspolitisch genutzt werden kann.⁷⁴ In seinen Schriften hatte er manche aktuelle Strömung in der Rechtstheorie bereits mehr als nur in Ansätzen vorweggenommen. So steht das Konzept seines ‚lebenden Rechts‘ generell, das

⁶⁹ Cotterell Ehrlich at the Edge of Empire, in: *Hertogh Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich* (2009) 86.

⁷⁰ *Rehbinder* (1967) 91f.

⁷¹ *Raiser* (2010) 84.

⁷² *Rehbinder* (1967) 91.

⁷³ *Vogl* (2003) 85.

⁷⁴ *Rehbinder* (1967) 13.

sich gegen die alleinige Deutungshoheit über das Recht von Staatsorganen und Juristen vehement verwehrt, ganz im Zeichen der rechtlichen Vielfalt und der Ideen des *legal pluralism*. Die Bedeutung von nichtstaatlichem Recht in unserer Zeit der politischen und wirtschaftlichen Globalisierung mit ihren neuen Rechtsinstituten der transnationalen Verträge, multinationalen Organisationen und Unternehmen⁷⁵ nimmt stetig zu. Nicht zuletzt besitzt sein Anspruch, dem Menschen das Recht so zugänglich wie möglich zu gestalten, hohe Aktualität.

Literatur

- Ehrlich* Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts (1907).
Ehrlich Die juristische Logik (1966).
Ehrlich Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften (1986).
Ehrlich Grundlegung der Soziologie des Rechts (1989).
Fritzsche Die Reine Rechtslehre im Lichte des Kritischen Rationalismus (2002).
Haferkamp Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“ (2004).
Henkel Begriffsjurisprudenz und Billigkeit (2004).
Hertogh (Hg): Living law: reconsidering Eugen Ehrlich (2009).
Holznagl, Schumacher, Ricke Juristische Arbeitstechniken und Methoden. Wissenschaftliches Arbeiten für Juristen in Zeiten des Internets (2012).
Kelsen, Ehrlich Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917) (2003).
Raiser Grundlagen der Rechtssoziologie (2010).
Rehbinder Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich (1967).
Rieschläger Die Freirechtsbewegung: Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule (1968).
Vogl Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich (2003).

Mag.^a Miriam Broucek
 Hippgasse 33/30, A-1160 Wien
 0664/91 53 741
 Miriam.Broucek@reflex.at

⁷⁵ *Vogl* (2003) 84.

Caroline Voithofer

Recht(squellen) bei Eugen Ehrlich

Die Rechtsordnung wächst aus den bewussten und halbunbewussten „Vorstellungen, Empfindungen und Gefühl[en] [...], die [...] dazu veranlassen, die Regeln zu befolgen.“

Eugen Ehrlich (1907) 5.

Mein Beitrag¹ beginnt mit einigen theoretischen Anmerkungen (A.), um auf diesem Hintergrund Ehrlichs Überlegungen zur Rechtsquellenlehre zu skizzieren (B.). Den Beitrag runden einige abschließende Bemerkungen (C.) ab.

A. Ausgangspunkte

Obwohl sich Ehrlich in seinem Werk gegenüber der Begriffsjurisprudenz kritisch positioniert,² ist es vor meiner eigenen wissenschaftstheoretischen Ausgangsbasis³ unverzichtbar, einige begriffliche Klärungen vorzunehmen, um Ehrlichs Ansichten über ‚Rechtsquellen‘ besser begreifen zu können. Das ist aber auch deswegen notwendig, weil die Antwort darauf, was als Rechtsquelle angesehen werden kann, untrennbar mit dem vertretenen Rechtsbegriff verknüpft ist.

Mehrere Beiträge in diesem Band⁴ beschäftigen sich mit Ehrlichs Konzept des ‚lebenden Rechts‘, sodass ich mich mit einer theoretischen Einordnung begnügen kann. In rechtssoziologischen Arbeiten ist es unabdingbar, offenzulegen, welcher Rechtsbegriff zugrundeliegt.⁵ Dadurch wird die Gefahr von kommunikativen Missverständnissen reduziert. Rechtsdogmatik und Rechtssoziologie teilen in Bezug auf ihr Verständnis von Recht, eine positivistische

¹ Teile dieses Beitrags habe ich aus meiner nicht veröffentlichten Diplomarbeit aus dem Jahr 2008 übernommen bzw. adaptiert.

² Etwa: „Gegenstand der Soziologie des Rechts ist nicht Terminologie, sondern das Verhältnis des Rechts zur Gesellschaft.“ Ehrlich (2003) 65. Oder: *Ehrlich* (1907) 3: „Recht und Rechtsverhältnis ist ein gedankliches Ding, das nicht in der greifbaren, sinnlich wahrnehmbaren Wirklichkeit, sondern in den Köpfen der Menschen lebt.“

³ Ein großer Teil meiner Forschungsarbeiten ist ‚der‘ Diskursforschung zuzurechnen. Damit geht die Ansicht einher, dass Begriffsverständnisse gerade im inter- und transdisziplinären Bereich offengelegt werden müssen, damit es möglich ist, sich zu verstehen. Schon allein dem Begriff ‚Recht‘ werden je nach (Teil-)Disziplin unterschiedliche Vorstellungen verbunden – die etwa auf Rechtssoziologie-Kongressen immer wieder zu Missverständnissen zwischen in der Rechtswissenschaft und in der Soziologie sozialisierten Forscher_inne_n führt.

⁴ *Hagen* 45-48; *Schiechl* 59-80, *Schmidt* 135-144, *Miribung* 207-218 .

⁵ *Rehbinder* (2009) 35-45.

Ausgangsbasis, die aber auf unterschiedliche Kriterien abstellt. Der Positivismus bewirkt im Recht, dass Recht nur sein kann, „[...] was gesetzt und/oder wirksam ist.“⁶ So wundert es nicht, dass auch innerhalb der Rechtswissenschaft – verstanden als jede methodisch und theoretisch reflektierte Beschäftigung mit ‚Recht‘, um ‚Recht‘ besser zu verstehen⁷ –, ein Positivismusstreit⁸ stattgefunden hat. Für ihn steht exemplarisch die im ARSP ausgetragene Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen.⁹ Geht Ehrlich davon aus, dass rechtliche Normen jene Normen sind, nach denen die Bevölkerung tatsächlich lebt – welche also wirken, stellt Kelsen darauf ab, wie Recht zustande gekommen ist – ob es korrekt gesetzt oder nicht korrekt gesetzt wurde. In Robert Alexys¹⁰ Terminologie lässt sich Ehrlichs Rechtsbegriff als ‚primär wirksamkeitsorientiert‘ und Kelsens als ‚primär setzungsorientiert‘ bezeichnen. Ob das so als Recht bezeichnete Recht inhaltlich richtig – also gerecht – ist, spielt für beide theoretisch keine Rolle.¹¹

Der Begriff der Rechtsquelle fragt nach dem Ursprung des Rechts.¹² Es ist jedoch erkenntnistheoretisch schwer möglich, diese Frage losgelöst vom jeweiligen Kontext zu beantworten. Denn wenn man die Frage nach dem Ursprung des Rechts stellt, befindet man sich bereits in einem Kontext, der ‚Recht‘ kennt und man selbst hat bereits ein durch Sozialisation geprägtes Vorverständnis vom Recht.¹³ Die ursprüngliche Entstehungsquelle von Recht ist daher ‚nur‘ theoretisch fassbar und kann auch nur theoretisch widerlegt werden. Jeder Streit um ‚die richtige‘ Quelle muss daher als nur begrenzt sinnvoll betrachtet werden. Jede Definition von ‚Recht‘ setzt in der Regel Recht als etwas Seiendes voraus.

⁶ Alexy (2002) 16 f und 29.

⁷ Vgl dazu die ‚Dreidimensionalität des Rechts‘ von Hermann Kantorowicz. Dazu: Rehbinder 2009, 1 und 3; Voithofer 2013, 91 f mwN.

⁸ Funk (2003) 4-5. Zum Positivismusstreit der Soziologie: Adorno et al (1991).

⁹ Dazu Dobler in diesem Band: 177-190.

¹⁰ Alexy (2002) 31 ff.

¹¹ Dass ein solcher Rechtsbegriff lediglich analytisch tauglich ist und dass Recht von Moral begrifflich nicht vollkommen losgelöst werden sollten, um sowohl das Recht als auch die Rechtsanwender_innen nicht von seiner/ihrer Verantwortung für seine/ihre Wirkungen zu befreien, sei nur kurz angemerkt. Dass Recht aber sowohl in der empirischen Rechtsforschung als auch in der Rechtsanwendung auf seine positivistischen Seiten im Alltag verkürzt werden muss, will damit nicht bestritten sein. Der Klassiker zu diesem Problemkreis: Radbruch (1946) 216.

¹² Gschmützer (1966), 17; F. Bydliński (2011) 213.

¹³ Ein ähnlicher Gedanke findet sich auch bei Ehrlich (1907) 26 f: „So verbinden sich in seiner [des Juristen] Gedankenwelt Rechtsordnung, Gericht und Rechtszwang zu einer Einheit, und da der Rechtszwang gerichtliche Entscheidung, und diese wieder feste Rechtsnormen voraussetzten, so pflegt er Gericht, Rechtszwang und feste, alle vorausbestimmende Rechtsnormen überall zu suchen, wo immer er eine Rechtsordnung findet.“

Von der Frage, wie/wo Recht entsteht und entstanden ist, ist die Frage wieso es gilt und wieso es wirkt analytisch scharf zu trennen. Und den Antworten darauf sind die Subfragen zu stellen: Was unterscheidet Rechtsnormen von anderen Normen? Wann werden Gewohnheiten zu Gewohnheitsrecht? Wie lässt sich all das feststellen? Und: was ist bloße – nicht überprüfbare – Annahme, die zum Dogma mutieren kann?

Vor diesem Hintergrund stellt sich mir nun die Aufgabe, Eugen Ehrlichs Überlegungen zu einer Rechtsquellenlehre zu skizzieren (B.) und zu zeigen, wie Ehrlich einige der aufgeworfenen Fragen beantwortet. Im Anschluss daran, komme ich nicht umhin zu Ehrlichs Überlegungen einige eigene Bemerkungen anzuführen (C.).

B. Rechtsquellen bei Eugen Ehrlich

Ehrlichs Antrittsvorlesung als Rektor der Universität Czernowitz vom 2.12.1906 mit dem Titel ‚*Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*‘¹⁴ widmet er Überlegungen zur Entstehung von Recht.¹⁵ Auch in der ‚Grundlegung‘¹⁶ finden sich Gedanken dazu. Es handelt sich dabei um Ansätze einer Rechtsquellenlehre, die erklären will, wie Recht entsteht.¹⁷ Da die Antworten darauf je nach vertretenem Rechtsbegriff divergieren, erstaunt es nicht, dass Ehrlich auch die Gesellschaft an sich als Rechtsquelle anerkennt. Er geht davon aus, dass die *Lebensverhältnisse* den Ausgangspunkt für eine Rechtsquellenlehre zu bilden haben und dass eine Rechtsquellenlehre beantworten muss, wie aus tatsächlichen Beziehungen Rechte und Rechtsverhältnisse entstehen.¹⁸ Denn in den Lebensverhältnissen liege „[...] die eigentliche Werkstätte der Rechtsbildung.“¹⁹ In der Grundlegung geht er davon aus, dass das Erforschen von Rechtsquellen bedeutet, die Entwicklung von Verbänden als Rechtseinrichtungen zu erforschen.²⁰ Das erklärt sich wiederum über seinen Rechtsbegriff:

„Recht, das sind die gesellschaftlichen Einrichtungen und Maßregeln, die von den in der Gesellschaft maßgebenden Kreisen als Grundlage der staatlichen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Ordnung empfunden werden. Es kommt nur darauf an, ob sie als Grundlage dieser Ordnung empfunden werden, nicht, ob sie es sind, und es

¹⁴ Publiziert 1907 im Eigenverlag der Czernowitzer Fakultät.

¹⁵ Dazu in diesem Band bereits eingehend in der Einleitung: *Barta* 22-25.

¹⁶ *Ehrlich* (1967) 68 und 368. Es war mir leider nicht möglich, Ehrlichs Überlegungen zu den Rechtsquellen des Römischen Rechts in diesem Beitrag zu berücksichtigen.

¹⁷ *Gschütz* (1966), 17; *F. Bydlinski* (2011) 213.

¹⁸ *Ehrlich* (1907) 9.

¹⁹ *Ehrlich* (1907) 9.

²⁰ *Ehrlich* (1967) 36 und 368.

kommt gar nicht auf den Schutzwall an, mit dem die in der Gesellschaft maßgebenden Kreise die grundlegenden Maßregeln und Einrichtungen umgeben.“²¹

Das Recht lebt für Ehrlich in Verbänden. Es regelt die innere Ordnung dieser Verbände. Ähnlichkeiten dieser Regelungen erklären sich aus den Ähnlichkeiten der Verbände und deren ähnlichen Regelungsbedarf. Um ein Beispiel zu nennen: Unternehmen vergleichbarer Größe und ähnlichen Alters geben sich unabhängig voneinander ähnliche Strukturen, die auch nicht primär von den gesatzten Normen bestimmt sein müssen, sondern sich in Unternehmensleitbildern, Organigrammen und den tatsächlichen Handlungs- und Entscheidungsstrategien verwirklichen. Die Gesamtheit der menschlichen Verbände bildet nach Ehrlich die Gesellschaft.²² Zum Schutz der Verbände sind wiederum andere Verbände erforderlich.²³ Die Verbände sind über ein System gegenseitiger Abhängigkeiten, die sich aus inhaltlichen und personellen Überschneidungen sowie aus der wechselseitigen Über- und Unterordnung ergeben, verknüpft.²⁴ Nach diesem Normenverständnis gehen die Verbände gesatzten Normen voraus. Was zugleich bedeutet, dass Rechtssätze keine Voraussetzung für Rechtsakte – wie das Abschließen von Verträgen – sind.²⁵

Die für eine Rechtsquellenlehre maßgebliche Frage, wodurch nach Eugen Ehrlich ein Lebensverhältnis zum Rechtsverhältnis oder Gelebtes zu Recht wird, habe ich bislang noch nicht beleuchtet. Eine Antwort Ehrlichs erstaunt auf den ersten Blick. Denn er geht davon aus, dass es nicht auf die Anerkennung durch Gesetz, Gerichte oder Behörden ankommt.²⁶ Er begründet diese Ansicht damit, dass nur wenige Lebensverhältnisse vor die Behörden gebracht werden.²⁷ Gerade in diesen, nicht vor die Behörden gebrachten, Lebensverhältnissen lässt sich aber sein ‚lebendes Recht‘ vermuten. Für das grundsätzliche Problem der Erkennbarkeit von Recht und seiner Abgrenzung gegenüber anderen sozialen Normen ist damit noch nicht viel gewonnen. Er schreibt:

²¹ *Ehrlich* (1907) 8. Hervorhebungen durch Voithofer. Er stellt wesentlich auf die ‚maßgebenden Kreise‘ ab, ohne diese aber explizit zu bezeichnen. Es handelt sich dabei also zwar – wie Barta in der Einleitung schreibt – um eine Anerkennungstheorie oder wie ich eingangs angeführt habe, um einen primär wirksamkeitsorientierten Rechtsbegriff. Dieser Rechtsbegriff knüpft aber nicht ausschließlich an alle Rechtsadressat_inn_en, sondern lediglich an die nicht näher definierten ‚maßgebende Kreise‘.

²² *Ehrlich* (1967) 20. Heute würde man anstelle von Verbänden von organisierten Gruppen und Institutionen sprechen.

²³ *Ehrlich* (1967) 25 und 44.

²⁴ *Ehrlich* (1967) 120.

²⁵ *Ehrlich* (1967) 28; entgegen *Kelsen* (2003) 52.

²⁶ *Ehrlich* (1907) 7.

²⁷ *Ehrlich* (1907) 7 und 35.

„Wie soll man es den Verhältnissen, die nie ein Gericht oder eine Behörde beschäftigt haben und beschäftigen werden, denn im vorhinein ansehen, welche Geltung ihnen Gericht und Behörden zuschreiben würden, zumal wenn dafür ein Anhaltspunkt in den Gesetzen und der bisherigen Rechtsprechung [...] nicht vorhanden ist?“²⁸

Damit beginnt er, den Gerichten und Behörden doch wieder eine gewisse Bedeutung bei der Entstehung von Recht zuzuschreiben. So radikal er ihnen zunächst ihre Bedeutung als Mitrechtsschöpfer_innen abspricht – was in der absoluten Radikalität auch den Grundgedanken der Freirechtsbewegung²⁹ widersprechen würde – so beschwichtigend ist seine ausdrückliche Nennung von drei möglichen Rechtsquellen.³⁰ Es handelt sich dabei um:

- 1) das *eigentliche Gesetz*: „[...] die nicht nur äußerlich vom Gesetzgeber ausgehende, sondern auch inhaltlich von ihm geschaffene, also im bisherigen Rechte noch nicht enthaltene obrigkeitliche Anordnung,“³¹
- 2) die *Entscheidungsnormen*: „[...] die von der Gesetzgebung, Rechtssprechung oder Rechtswissenschaft ausgehen [...],“³²
- 3) und „[...] das *eigentliche gesellschaftliche Gewohnheitsrecht*.“³³

Er stellt diese drei Rechtsquellen einander im Rang ausdrücklich gleich.³⁴ Damit spricht Ehrlich also weder dem Gesetzgeber noch den Behörden oder der Wissenschaft jede Relevanz ab. Vor dem Vorwurf der einseitigen Fokussierung seiner Rechtsquellenlehre auf die Lebensverhältnisse ist er dadurch gefeit.

Das hier als ‚*eigentliche Gesetz*‘ bezeichnete, wird mit seinem in der Grundlegung verwendeten Begriff des Rechtssatzes überwiegend gleichzuhalten sein. Denn als *Rechtssatz* definiert er in der Grundlegung: „[...] die zufällige allgemeinverbindliche Fassung einer Rechtsvorschrift in einem Gesetze oder ei-

²⁸ *Ehrlich* (1907) 7.

²⁹ „[...] eine im Wesen der richterlichen Tätigkeit begründete Forderung, daß jede richterliche Entscheidung eines Rechtsfalles sich mit bereits feststehenden Entscheidungsnormen abfinden müsse. Selbst wo dem Richter die freie Rechtsfindung gestattet ist, darf er von ihr, wenigstens grundsätzlich, nur Gebrauch machen, wenn sich der überlieferte Rechtsstoff als lückenhaft erweist [...].“ *Ehrlich* (1907) 39. Zur Freirechtsbewegung und Ehrlich näher: *Ganner* (81-88) und *Broncké* (89-100) in diesem Band.

³⁰ Dazu auch: *Ehrlich* (1986) 229 f.

³¹ *Ehrlich* (1907) 28.

³² Ebenda.

³³ Ebenda. Hervorhebung durch Voithofer.

³⁴ *Ehrlich* (1907) 41: „So tritt die Usance, die Regel des Lebens, den anderen Rechtsquellen gleichberechtigt zur Seite.“

nem Rechtsbuch.³⁵ Rechtssätze werden in autoritativer Weise verkündet, erheben Anspruch auf Allgemeingültigkeit und weisen keine Beziehung zu einem Rechtsfall auf – sind also abstrakt.³⁶ Rechtssätze sind für Gerichte zugleich ein Teil ihrer Entscheidungsnormen. Sie sind heute zumeist ein Instrument der versuchten Verhaltenssteuerung durch den Staat. Es handelt sich hierbei um den setzungsorientierten Aspekt von Ehrlichs Rechtsbegriff. Mit den Entscheidungsnormen und dem gesellschaftlichen Gewohnheitsrecht geht er aber weit darüber hinaus. Eine *Entscheidungsnorm* ist eine Norm, die von staatlichen Gerichten und Behörden zur Entscheidung herangezogen wird.³⁷ Die Entscheidungsnormen können damit in die heutige Terminologie als Gerichts- und Behördengebrauch übersetzt werden. Gerichte entscheiden bereits vor dem Bestehen von Rechtssätzen aufgrund der festgestellten Tatsachen des Rechts. Die konkrete Entscheidungsnorm kann folglich dem abstrakten Rechtssatz voraus gehen.³⁸ Entscheidungsnormen können kodifiziert sein oder werden:

„Denn der Gesetzgeber kann sowohl die Entscheidungsnormen, die die Rechtswissenschaft und Rechtspflege geschaffen hatte, ins Gesetz aufnehmen, als auch durch Befehle an Richter und andere Behörden neues Recht schaffen; er kann endlich neue staatliche und gesellschaftliche Einrichtungen begründen.“³⁹

Eine Entscheidungsnorm wird durch den Versuch, sie zu kodifizieren, geändert. Damit können positive Weiterentwicklungen verbunden sein.⁴⁰ Umgekehrt kann es notwendig werden, einen Rechtssatz anders zu formulieren und das nicht nur, wenn neue Sachverhalte auftauchen, die bei der Verschriftlichung der Norm nicht bedacht wurden,⁴¹ sondern auch wenn sich die gesellschaftlichen Verhältnisse und damit das Sprachverständnis geändert haben.⁴² Entscheidungsnormen und Rechtssätze stehen damit in einem wechselseitigen, untrennbaren Verhältnis zu- und miteinander.⁴³

³⁵ *Ehrlich* (1967) 29.

³⁶ *Ehrlich* (1967) 138 und 155.

³⁷ *Ehrlich* (1967) 365; *Ehrlich* (1903) 9.

³⁸ *Ehrlich* (1967) 141.

³⁹ *Ehrlich* (1907) 29.

⁴⁰ *Ehrlich* (1967) 48 f. Recht kann nach *Ehrlich* (1967, 164) ein „[...] Hebel der gesellschaftlichen Entwicklung [...]“ sein.

⁴¹ *Ehrlich* (1967) 350.

⁴² *Ehrlich* (1967) 328 und 354.

⁴³ Auch das ‚gesellschaftliche Gewohnheitsrecht‘ ist für Ehrlich mit den beiden anderen untrennbar verwoben. *Ehrlich* (1907) 35.

Sie unterscheiden sich primär darin, wer für ihr Entstehen sorgt. Hinter Rechtssätzen steht der Gesetzgeber, hinter Entscheidungsnormen die Gerichte und Behörden. Dazu wiederum Ehrlich:

„Nur das eigentliche Gesetz, die obrigkeitliche Anordnung, die materiell neues Recht schafft, ist immer herrschaftliches Recht. Das Gewohnheitsrecht, das aus selbsttätiger gesellschaftlicher Entwicklung hervorgeht, und die Entscheidungsnormen, die in Wissenschaft und Rechtsprechung entstanden, sind genossenschaftliches Recht im Gierkeschem Sinn.“⁴⁴

Normen, die von der Wissenschaft geschaffen wurden, zählt Ehrlich hier auch zu den Entscheidungsnormen. Das führt dazu, dass Ehrlich auch von ‚Juristenrecht‘ spricht. Jurist_inn_en_recht wird von Jurist_inn_en, die nicht zugleich der Gesetzgeber sind, geschaffen. Sie sind dann Entscheidungsnormen, wenn sie gerichtliche oder behördliche Entscheidungen tatsächlich beeinflussen, also wenn sie wirksam sind. Als Beispiele für Jurist_inn_en_recht nennt Ehrlich etwa das Erbrecht der Seitenverwandten und die Festsetzung des abstrakten Eigentumsbegriffs.⁴⁵

Die Gesellschaft an sich kommt über das *gesellschaftliche Gewohnheitsrecht* als Normsetzerin hinzu. Dabei will Ehrlich scharf zwischen Entscheidungsnormen und gesellschaftlichem Gewohnheitsrecht unterscheiden. Er schreibt, die herrschende Lehre vermenge zwei verschiedene Dinge: „[...] die gesellschaftlichen Einrichtungen einerseits und die aus ihnen gezogenen Entscheidungsnormen andererseits, die sie beide als Gewohnheitsrecht bezeichnete.“⁴⁶ Die Annahme das ‚eigentliche gesellschaftliche Gewohnheitsrecht‘ werde erst durch die Anerkennung von Rechtsprechung, Rechtswissenschaft oder vom Gesetzgeber zu Recht, bezeichnet Ehrlich als zu eng.⁴⁷ Er versteht demnach unter ‚gesellschaftlichen Gewohnheitsrecht‘:

„[D]ie Lebensformen, die ohne staatlichen Eingriff, nur durch die im Leben selbst wirkenden Kräfte zur Grundlage der staatlichen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Ordnung geworden sind [...]“⁴⁸

Als konkrete Beispiele nennt er die Lebensformen in Ehe, Familie, Handel und Wandel und stellt fest:

„Zu jeder Zeit haben die rechtlich anerkannten Geschäfte nur einen Bruchteil der im Verkehre wirklich vorkommenden Geschäfte ausgemacht. Aber nur langsam und zö-

⁴⁴ Ehrlich (1907) 29.

⁴⁵ Ehrlich (1907) 35-37.

⁴⁶ Ehrlich (1907) 28.

⁴⁷ Ehrlich (1907) 28.

⁴⁸ Ehrlich (1907) 38.

gernd, Schritt für Schritt zurückweichend, findet sich das Recht mit bisher unerhörten Geschäftsarten ab.“⁴⁹

Eine rechtsdogmatische Öffnung, die das Entstehen von Gewohnheitsrecht ermöglicht, stellt der Grundsatz der Vertragsfreiheit im Schuldrecht dar.⁵⁰ Durch das Einschreiben solcher Öffnungen in Gesetzesrecht, verschwimmen die Grenzen der Rechtsquellen. Gesetze können also die Entstehung von Gewohnheitsrecht befördern. Was das Gegenteil betrifft, kann kein Gesetz langfristig so mächtig sein, sein Entstehen zu unterbinden oder gar zu verbieten.⁵¹ Das zeigt auch das Beispiel von § 12 ABGB, der eine generelle Wirkung von Gerichtsentscheidungen sowie von § 10 ABGB, der versucht das Entstehen von Gewohnheiten nur in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen zuzulassen. Beide Bestimmungen konnten nicht verhindern, dass im Privatrecht Gerichtsgebräuche und dass in der Gesellschaft – nicht zuletzt durch die Privatautonomie – neues Gewohnheitsrecht wie zB der Eigentumsvorbehalt entstand.⁵²

Gesetze und Entscheidungsnormen lassen sich im Vergleich zum Gewohnheitsrecht leichter als solche erkennen. Die Schwierigkeit besteht beim Gewohnheitsrecht ja gerade darin, das bloße Lebensverhältnis vom Rechtsverhältnis abzugrenzen. Vielleicht kann dabei eine Klärung des Titels der Antrittsvorlesung *„die Tatsachen des Gewohnheitsrechts“* Hilfe leisten. Es handelt sich dabei um jene Tatsachen, die vorhanden sein müssen, bevor von Gewohnheitsrecht gesprochen werden kann. Diese sind für Ehrlich nicht mit Gewohnheitsrecht gleichzusetzen, sondern gehen ihm voraus. Verdeutlichen lässt sich dieser Gedanke am besten anhand von Beispielen:

„So verschiedenartig sind die Quellen, aus denen das gesellschaftliche Gewohnheitsrecht fließt. Die ursprünglichen Gemeinschaften beruhen auf den ursprünglichen gesellschaftlichen Trieben der menschlichen Seele, die Herrschaftsverhältnisse auf der Hilflosigkeit der Schwachen und Verlassenen; die Rechte an Grund und Boden werden durch die wirtschaftliche Bodenverfassung bestimmt, die Rechtsgeschäfte haben sich aus tatsächlichen Verfügungen entwickelt; das Erbrecht verdankt im Allgemeinen sein

⁴⁹ Ehrlich (1907) 20.

⁵⁰ Ehrlich (1907) 20. „[...] durch die Grundsätze der Vertragsfreiheit, Vereinsfreiheit und Testamentsfreiheit, die in das heutige Recht eingezogen sind. Sie bilden einen weiten Rahmen, der die ganze Fülle des modernen Lebens fast restlos aufzunehmen vermag.“ Ehrlich (1907), 40. Zur Vertragsfreiheit als Möglichkeit der Beseitigung der Differenz zwischen law in books und law in action: Voithofer (2012b) 53.

⁵¹ Ehrlich (1907) 41-42: „Die jeweilige gesellschaftliche Ordnung ist ein Werk der großen gesellschaftlichen Kräfte, die vom Staate und seinem Recht geleitet und gebändigt, aber nicht unterdrückt oder vernichtet werden können.“

⁵² Dazu ausführlich: Voithofer (2012a) 88-93 mwN.

Dasein der räumlichen Nähe gewisser Personen zum Verstorbenen. Selbstverständlich kann davon keine Rede sein, diese Rechtsquellen hier irgendwie erschöpfend darzustellen: das Angeführte soll nur die Bedeutung eines Wegweisers haben.⁵³

„Die Tatsache des Gewohnheitsrechts an Grund und Boden ist [...] die Art der Bodenbewirtschaftung. Wenn es auch zweifellos ein Bodenrecht gibt, das mit der wirtschaftlichen Bodenverfassung nichts zu tun hat, so ist dieses nie gewohnheitsrechtlich entstanden, sondern verdankt ausschließlich staatlichen Eingriffen seinen Ursprung.“⁵⁴

Es bleibt noch zu klären, was Ehrlich generell unter ‚Tatsache‘ versteht: „[...] denn ‚Tatsache‘ ist dem Juristen alles was nicht oder noch nicht Recht und Rechtsverhältnis ist; aber diese Tatsachen sind bereits keimende und werdende Rechte und Rechtsverhältnisse, und als solche finden wir in etwas späterer Zeit gleichgeartete Tatbestände wieder.“⁵⁵ In der ‚Grundlegung‘ versteht er unter ‚Tatsachen des Rechts‘ ganz konkrete Tatsachen nämlich: Übung, Herrschaft, Besitz und Willenserklärung.⁵⁶ Die Übung beinhaltet eine ‚normative Kraft des Faktischen‘:⁵⁷ „[...] wie es bisher gehalten wurde, soll in Zukunft die Norm abgeben.“⁵⁸ Herrschaft „[...] ist ein geregeltes Verhältnis zwischen dem Herrschenden und dem Unterworfenen [...]“⁵⁹ und kann mit dem Besitz des/der Beherrschten zusammenfallen. Unter Besitz versteht Ehrlich, die tatsächliche Möglichkeit des Gebrauchs und der Verwertung von Sachen.⁶⁰ Erst durch die Eingliederung in die Wirtschaftsordnung wird der Besitz zum Rechtsverhältnis.⁶¹ Als wichtigste Formen der Willenserklärungen nennt Ehrlich den Vertrag, die Satzung sowie letztwillige Verfügungen.⁶² Bei Verträgen geht er davon aus, dass sie klagbar sind, weil sie in der Regel eingehalten werden.⁶³ Ehrlich merkt an, dass das Recht über den Wortsinn der Willenserklärungen hinausgehen kann, wie etwa entsprechend dem Verkehrsbrauch.⁶⁴ Diese Tatsachen sind für ihn geltendes Recht⁶⁵ und bestimmen die rechtliche Ordnung der Gesellschaft, das heißt, sie bestimmen die Regeln des Handelns

⁵³ *Ehrlich* (1907) 25.

⁵⁴ *Ehrlich* (1907) 17.

⁵⁵ *Ehrlich* (1907) 6.

⁵⁶ *Ehrlich* (1967) 68 f.

⁵⁷ *Jellinek* (1914) 338 ff; *Entgegen Kraft* (1931) 469.

⁵⁸ *Ehrlich* (1967) 69.

⁵⁹ *Ehrlich* (1967) 73.

⁶⁰ *Ehrlich* (1967) 75.

⁶¹ *Ehrlich* (1967) 82.

⁶² *Ehrlich* (1967) 84 und 155.

⁶³ *Ehrlich* (1967) 88.

⁶⁴ *Ehrlich* (1967) 323.

⁶⁵ *Ehrlich* (1967) 139.

der Menschen.⁶⁶ Recht wächst also aus den Tatsachen heraus. Die Tatsachen schaffen Recht und nicht umgekehrt:

„Wer aber wirkliche Uebung im Leben, Rechtssprechung und Gesetzgebung aufmerksam verfolgt, der weiß, daß sie aus solchen Tatsachen und Empfindungen herauswachsen, nicht aber sie erzeugen.“⁶⁷

Diese Tatsachen werden zum Recht, wenn sich die Gefühle der Rechtsadressat_inn_en bei einem Normbruch ändern. Ein Rechtsbruch löst nach Ehrlich Empörung aus. Ein Verfehlen des guten Tons löst hingegen lediglich ein Gefühl der Lächerlichkeit aus.⁶⁸ Er verdeutlicht das am Beispiel der Sitte:

„Die Sitte wird zum Recht, sobald sie als Grundlage der Stammes- und Staatsverfassung allgemein empfunden wird.“⁶⁹

Auf die Sanktionierung durch Gerichte oder Behörden kommt es ihm nicht an. Er grenzt sich damit eindeutig von jenen Ansichten ab, die den staatlichen Zwangsapparat und seine Sanktionsmöglichkeiten zur Abgrenzung von sozialen und rechtlichen Normen heranziehen.⁷⁰

„Ich bestreite nur, daß die vom Staate ausgehende Norm, der von den Gerichten oder andern Behörden gehandhabte Rechtszwang, ein wesentliches Merkmal des Rechts bilden.“⁷¹

Und weiter:

„Daß sich die Menschen im Allgemeinen darnach einrichten, wie ihre Lebensformen von den Behörden geschützt werden, ist den meisten so einleuchtend, daß man eher vor der Überschätzung dieser Wahrheit warnen muß, vor der Annahme, daß das immer und überall der Fall ist, und besonders davor, daß damit immer das erreicht wird, was dem, von dem die Norm ausging, vorgeschwebt hatte. Denn die Menschheit wird selbstverständlich noch von anderen Kräften beherrscht, als von den Verfügungen der Behörden.“⁷²

Sanktionen werden als Rechtsfolgen empfunden, sobald es der allgemeinen Anschauung entspricht, dass der, der gegen Rechtsnormen verstößt, einen

⁶⁶ Ehrlich (1967) 155.

⁶⁷ Ehrlich (1907) 21.

⁶⁸ Ehrlich (1967) 132 ff.

⁶⁹ Ehrlich (1907) 11. Hervorhebung durch Voithofer.

⁷⁰ So etwa Max Weber (1967) 72 und 77. Zu Unterschieden in den Rechtsbegriffen von Max Weber und Eugen Ehrlich: *Mirribung* in diesem Band 207-218. Einen umfassenden Überblick über Ansätze zur Abgrenzung von sozialen und rechtlichen Normen bieten Röhl/Röhl (2008) 204-217.

⁷¹ Ehrlich (1907) 8.

⁷² Ehrlich (1907) 35.

Friedensbruch begeht.⁷³ Durch das Akzeptieren der Sanktionen, die das Recht bei rechtlichen Normen bereitstellt, treten die faktischen Folgen in den Hintergrund.⁷⁴ Das entspricht der Einsicht Holzleithners, die auch davon ausgeht, dass sich durch eine neue rechtliche Regelung, die Form und Art ändert, in der ein Konflikt ausgetragen wird.⁷⁵

C. Abschließende Bemerkungen

Ehrlich nennt drei Rechtsquellen: das eigentliche Gesetz, Entscheidungsnormen und das eigentliche gesellschaftliche Gewohnheitsrecht. Das eigentliche Gesetz wird zum Recht durch die Setzung und seine faktische Wirksamkeit. Entscheidungsnormen werden zu Recht durch ihre Anwendung durch Gerichte und/oder Behörden oder durch die Akzeptanz der Wissenschaft. Gesellschaftliche Gewohnheiten werden zu Recht, wenn ein Zuwiderhandeln gegen sie bei den Rechtsgenoss_inn_en ‚Empörung‘ auslöst. Fällt das Rechtsempfinden der Rechtsgenoss_inn_en zu weit mit der Rechtsanwendung auseinander, riskiert das staatliche Rechtssystem seine Legitimation, denn:

„Eine Treulosigkeit, die vor Gericht nicht verfolgt werden kann, gilt auch in der Gegenwart noch als besonders arge Schelmerci.“⁷⁶

Es ist zu bedauern, dass Ehrlich keine Hinweise dazu anführt, wie die ‚Empörung‘ von anderen Gefühlstönen empirisch beobachtbar und damit nachvollziehbar abgegrenzt werden kann. Für die in der Rechtsquellenlehre zentrale Frage, wie rechtliche Normen von anderen sozialen Normen abgegrenzt werden können, wäre eine Antwort darauf wichtig gewesen. Zudem ist offen, wie die Abgrenzung erfolgt, wenn gar keine Abweichungen vorkommen, wenn es sich also um ‚lebendes Recht‘ im besten Sinne handelt. Wie kann man dann Recht von anderen Normen abgrenzen? Die bloße Beobachtung von Regelmäßigkeiten allein wird nicht ausreichen, weil sie ‚lediglich‘ etwas über die Wirksamkeit von Normen, aber nichts über die normative Qualität aussagt. Und genau diese Schwierigkeit hat andere Rechtssoziolog_inn_en dazu bewegt, auf den Zwangsapparat, der Normbrüche sanktioniert, abzustellen. Leider verliert Ehrlichs Lehre durch diese Schwäche an Kraft. Das ist insbesondere deswegen zu bedauern, weil seine Unterscheidung innerhalb des ‚Juristenrechts‘ zwischen jenen Normen, die durch die Gerichte oder Behörden und jenen, die durch die Rechtswissenschaft geschaffen werden, eine

⁷³ Ehrlich (1907) 19.

⁷⁴ Ehrlich (1907) 19.

⁷⁵ Holzleithner (2008) 256 und Holzleithner (2010) 14.

⁷⁶ Ehrlich (1907) 21.

wichtige Einsicht vermittelt. Ebenso beachtlich in seiner Rechtsquellenlehre ist, dass er theoretisch die drei Rechtsquellen als gleichwertig anerkennt. Dennoch bleibt aber die zentrale Frage offen: Wie wird eine Norm zu Recht? Die in der Rechtsdogmatik auffindbare Antwort lautet: Durch lang andauernde Übung, getragen von der Überzeugung, dass die Übung rechtens ist.⁷⁷ Überzeugungen lassen sich empirisch um einiges leichter erheben als unterschiedliche Abstufungen von Gefühlen. Unbefriedigend an dieser Lösung bleibt jedoch die Unsicherheit, wann eine Übung ‚lang andauernd‘ genug ist, um Gewohnheitsrecht zu sein. Doch ist dieses Problem vielleicht nur ein abstraktes, das sich im Konkreten gar nicht erst stellt, weil die Überzeugung schon derart ausgeprägt ist, dass Einhelligkeit über den Rechtscharakter besteht.

Literatur

- Adorno Theodor W./Darbendorf Ralf/Pilot Harald/Albert Hans/Habermas Jürgen/Popper Karl R.* 1991: Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie (1991¹⁴).
- Alexy Robert* 2003: Begriff und Geltung des Rechts.
- Barta Heinz* 2004: Zivilrecht. Grundriss und Einführung in das Rechtsdenken II (2004²).
- Barta Heinz* 2013: Einleitung in die 5. Tagung ‚Rechtstatsachenforschung – Heute‘, 14. und 15. Juni 2012, in diesem Band: 17-36.
- Bronck Miriam* 2013: Eugen Ehrlich und sein Vorwurf an die eigengesetzliche ‚juristische Logik‘ der Pandektistik und Begriffsjurisprudenz, in diesem Band: 89-100.
- Bydlinski Franz* 2011: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1991², Nachdruck: 2011²).
- Dobler Philipp* 2013: Die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen, in diesem Band: 177-190.
- Ehrlich Eugen* 1907: Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede gehalten am 2. Dezember.
- Ehrlich Eugen* 1967: Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913, Nachdruck: 1967³).
- Ehrlich Eugen* 1986: Gesetz und lebendes Recht, Rehbinder (Hg) Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 61 (1986) 228 f.
- Ehrlich Eugen* 2003: Replik, in: Vormbaum (Hg) 2003, 73–76.
- Funk Bernd-Christian* 2003: Rechtspositivismus und Wirklichkeit des Rechts, in: *juridikum* (2003) 4-5.
- Ganner Michael* 2013: Die richterliche Rechtsfindung bei Eugen Ehrlich, in diesem Band: 81-88.
- Gschnitzner Franz* 1966: Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts. Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts.
- Hagen Johann Josef* 2003: Eugen Ehrlich, der Begründer der Rechtssoziologie, in diesem Band: 45-45-58.
- Holzleithner Elisabeth* (2008): Emanzipation durch Recht?, in: *Kritische Justiz* (2008) 250-257.

⁷⁷ Etwa: *Gschnitzner* (1966) 20; *Barta* (2004) 742 f; *F. Bydlinski* (2011) 215.

- Holzleitner Elisabeth* (2010): Emanzipatorisches Recht. Über Chancen und Grenzen rechtlicher Geschlechtergleichstellung, in: *juridikum* (2010) 6-14.
- Jellinek Georg* 1914: Allgemeine Staatslehre (1914³).
- Kelsen Hans* 2003: Eine Grundlegung der Rechtssoziologie, in: Vormbaum (Hg) 2003, 1-54.
- Kraft Julius* 1931: Rechtssoziologie, in: Vierkandt (Hg) Handwörterbuch der Soziologie (1931) 466-479
- Miribung Georg* 2013: Alles was Recht ist – Überlegungen zu den Rechtsbegriffen von Eugen Ehrlich und Max Weber, in diesem Band: 207-218.
- Radbruch Gustav* 1946: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Dreier/Paulson (Hg) Gustav Radbruch. Rechtsphilosophie. Studienausgabe (1999) 211-21.
- Rehbinder Manfred* 2009: Rechtssoziologie (2009⁷).
- Röhl Klaus F./Röhl Hans Christian* (2008): Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch (2008³)
- Schiechtl Jakob* 2013: Aspekte des ‚lebenden Rechts‘ bei Eugen Ehrlich, in diesem Band: 59-80.
- Schmidt Hannelore* 2013: Eugen Ehrlichs Soziologie und Jurisprudenz, in diesem Band: 135-144.
- Voithofer Caroline* 2008: Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung. Entwicklung. Stand. Methoden. Bedeutung (unveröffentlichte Diplomarbeit, Innsbruck, 2008) 47-56.
- Voithofer Caroline* 2012a: Bemerkungen zum Zusammenhang von Gerichtsgebrauch und Zugang zum Recht, in: *juridikum* 1/2012, 86-96.
- Voithofer Caroline* 2012b: Das ABGB als law in books und law in action, in: Barta/Ganner/Voithofer (Hg.) 200 Jahre ABGB 1811 – 2011. Innsbrucker Beiträge zur Rechtstatsachenforschung IV (2012) 47-56.
- Voithofer Caroline* 2013: Frau & Mann im Recht. Eine Kritische Diskursanalyse zum Unterhalt während aufrechter Ehe.
- Vormbaum Thomas* (Hg) 2003: Juristische Zeitgeschichte. Kleine Reihe, VII Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917, Nachdruck 2003).
- Weber Max* 1967: Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen, in: Maus Heinz/Fürstenberg Friedrich (Hg) Soziologische Texte. Max Weber. Rechtssoziologie (1967²) 67-104.

Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer
Institut für Zivilrecht, Universität Innsbruck
Innrain 52, 6020 Innsbruck
0512/507-8113
caroline.voithofer@uibk.ac.at

Walter Fuchs

Eugen Ehrlich und der Rechtspluralismus

A. Einleitung

Was hat Eugen Ehrlich mit dem Rechtspluralismus zu tun? Als rechtspluralistisch wird in der sozialwissenschaftlichen Rechtsforschung ganz allgemein eine Situation bezeichnet, in der unterschiedliche rechtliche Normensysteme im selben sozialen Feld nebeneinander bestehen.¹ Genau eine solche Konstellation hat Ehrlich für seine Heimat und langjährige Wirkungsstätte beschrieben:

„Es leben im Herzogtum Bukowina gegenwärtig, zum Teile sogar noch immer ganz friedlich nebeneinander, neun Volksstämme: Armenier, Deutsche, Juden, Rumänen, Russen (Lipowaner), Rutenen, Slowaken (die oft zu den Polen gezählt werden), Ungarn, Zigeuner. Ein Jurist der hergebrachten Richtung würde zweifellos behaupten, alle diese Völker hätten nur ein einziges, und zwar genau dasselbe, das in ganz Österreich geltende österreichische Recht. Und doch könnte ihn schon ein flüchtiger Blick davon überzeugen, daß jeder dieser Stämme in allen Rechtsverhältnissen des täglichen Lebens ganz andere Rechtsregeln beobachtet. Der uralte Grundsatz der Personalität im Rechte wirkt daher tatsächlich weiter fort, nur auf dem Papier längst durch den Grundsatz der Territorialität ersetzt.“²

In dieser häufig zitierten Passage Ehrlichs kommt nicht nur die besondere multiethnische Verfasstheit des östlichen Randes der Donaumonarchie treffend zum Ausdruck – auch seine Idee eines ‚lebenden Rechts‘ ist angesprochen: Die Angehörigen der unterschiedlichen Volksstämme halten sich im Alltag nicht nur nicht an die Buchstaben des geschriebenen österreichischen Rechts, sondern folgen überhaupt *ganz anderen Rechtsnormen*. Ehrlichs Konzept geht daher über Roscoe Pounds bekannte Unterscheidung zwischen dem *law in the books* und dem *law in action*³, mit dem es nicht selten verwechselt wird, noch wesentlich hinaus: Lebendes Recht ist nicht nur ein in der Praxis uneinheitlich angewandtes Gesetzesrecht, sondern bezieht sich auf Regeln, die mit dem staatlich gesetzten, legitimierten und durchgesetzten Normenbestand gar nichts zu tun haben müssen. Auf diesen Aspekt möchte ich später noch zurückkommen. Zunächst seien in diesem Beitrag jedoch unterschiedliche Spiel-

¹ Vgl. Griffiths What is Legal Pluralism? Journal of Legal Pluralism 24 (1986) 2 und 38 f; Merry Legal Pluralism, Law & Society Review 22 (1985) 870.

² Ehrlich Das lebende Recht der Völker der Bukowina (1912), in ders. Recht und Leben (1967) 43.

³ Pound Law in Books and Law in Action, American Law Review 44 (1929) 12-36.

arten des Rechtspluralismus skizziert, die sich in Anlehnung an Ehrlich alle als unterschiedliche Ausprägungen einer ‚Bukowina‘ – verstanden als Metapher für ein Recht jenseits des Staates – bezeichnen lassen und in der rechtssoziologischen Literatur zum Teil auch ausdrücklich so bezeichnet werden. Ziel des Textes ist es zu zeigen, wie fruchtbar Ehrlichs Gedanken bis heute sind. Als eine ihrer besonders anregenden aktuellen Weiterentwicklungen wird mit Gunther Teubners Begriff der ‚globalen Bukowina‘ die neuere systemtheoretische Ehrlich-Rezeption vorgestellt. Vom Globalen wechselt der Beitrag abschließend ins Lokale, indem anhand eines empirischen Beispiels aus dem österreichischen Sachwalterrecht die Frage aufgeworfen wird, inwiefern sich regionale Disparitäten der Anwendung *staatlichen* Rechts, die durch unterschiedliche Muster der Justizmobilisierung zustande kommen, mit Ehrlich als Konsequenz eines unterschiedlichen *lebenden* Rechts begreifen lassen.

B. Ehrlichs ‚Bukowina‘ als Chiffre für Phänomene des Pluralismus im Recht

In einer Überblicksarbeit zum Phänomen ‚Recht ohne Staat‘, die im Rahmen des Frankfurter ‚Exzellenzclusters‘ zur *Herausbildung normativer Ordnungen* entstanden ist, unterscheiden Stefan Kadelbach und Klaus Günther drei Varianten der Normenpluralität, denen zugleich drei Phasen der Theorie des Rechtspluralismus entsprechen.⁴ Eingangs kommen sie auf die Schwierigkeit zu sprechen, ‚das Firmament des Rechtspluralismus zu verschiedenen Sternbildern‘ zuzuordnen, da es möglich sei, ganz unterschiedliche Zugänge zu wählen und etwa ‚altes und neues, eigenes und fremdes, autonomes und heteronomes, geistliches und weltliches, universelles und partikulares, geschriebenes und ungeschriebenes Recht zueinander in Beziehung‘ zu setzen. Da den Autoren zufolge jedoch ein Blickwinkel ‚so gut wie der andere‘⁵ wäre, nehmen sie interessanterweise auf Ehrlichs Bukowina Bezug. Um welche drei rechtspluralistischen Konstellationen bzw. Diskussionsstadien handelt es sich?

1. ‚Die Bukowina‘: Privatrecht ohne Staat im Staat

Ob es überhaupt sinnvoll ist, von einem Recht ohne Staat zu sprechen, ist eine alte und umstrittene Frage. Marx hätte sie wohl ebenso verneint wie Kelsen – diesbezüglich ‚in seltener und seltsamer Übereinstimmung‘, wie Mayer-Maly

⁴ Kadelbach/Günther, *Recht ohne Staat?* in *dies* (Hg) *Recht ohne Staat?* Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung (2011) 13 ff.

⁵ Kadelbach/Günther (2011) 13.

lakonisch festhält:⁶ Wenn Staat und Recht als identisch gedacht werden, so ist es tatsächlich wenig sinnvoll, von Rechtsnormen jenseits staatlicher Herrschaft und Legitimation zu sprechen. Diese Auffassung, die in der rechtspluralistischen Literatur etwas abwertend als ‚Ideologie des rechtlichen Zentralismus‘⁷ bezeichnet wird, muss im Lichte ethnologischer und historischer Befunde als überholt gelten. Relativ unstrittig dürfte heute sein, dass sich ‚Frühformen des Rechts‘⁸ bereits vor dem Entstehen staatsähnlicher sozialer Gebilde beobachten lassen.⁹ Hinzu kommt, dass es auch lange vor der Herausbildung moderner Staaten durchaus entwickelte und bedeutsame Rechtssysteme – wie etwa das katholische Kirchenrecht – gegeben hat, die parallel zu Ordnungen schwacher Staatlichkeit und zu den vielfältigen Rechten partikulärer Personenverbände bestanden haben. Eine rechtsgeschichtliche Perspektive zeigt, „dass ‚Recht‘ und ‚Staat‘ nicht nur unabhängig voneinander gedacht werden können, sondern dass man deren Verbundenheit geradezu für den historischen Ausnahme-, die Existenz von ‚Recht ohne Staat‘ dagegen sogar für den historischen Regelfall halten kann.“¹⁰

Spätestens seit dem Aufkommen von Nationalstaaten, die mehr oder weniger erfolgreich das Monopol der Rechtssetzung beanspruchen und mit deren kodifiziertem Recht in der Regel auch umfassende gesellschaftliche Steuerungsbemühungen einhergehen,¹¹ steht der Geltungsanspruch dezentraler, nicht-staatlicher rechtlicher Normierungen, die zunehmend als Ausnahme begriffen

⁶ *Mayer-Maly* Rechtsphilosophie (2001) 29.

⁷ *Griffiths* (1986) 3.

⁸ *Wesel* Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften (1985).

⁹ Das räumt etwa auch Trutz von Trotha ein, für den jede rechtspluralistische Situation mit dem erfolgreichen Etablieren eines Gewaltmonopols dem Ausschließlichkeitsanspruch der staatlichen Rechtsordnung weicht. Obwohl er vor allem den radikalen Bruch zwischen staatlichen und nicht-staatlichen Ordnungen der Streitregelung betont, lässt er das Recht als soziales Regelsystem nicht erst mit dem Staat, sondern mit dem institutionalisierten Auftritt Dritter beginnen, die sich in die Bewältigung normativer Konflikte einmischen. Siehe *Trotha* Was ist Recht? Von der gewalttätigen Selbsthilfe zur staatlichen Rechtsordnung, *ZfRS* 21 (2000) 327-354.

¹⁰ *Duwe* Katholisches Kirchenrecht und Moraltheologie im 16. Jahrhundert: Eine globale normative Ordnung im Schatten schwacher Staatlichkeit, in: *Kadelbach/Günther* (Hg), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung* (2011) 147.

¹¹ Es zählt zu den vergleichsweise neueren Einsichten der rechtssoziologischen und kriminologischen Literatur, dass Staaten auch auf dem Höhepunkt der ihnen zugeschriebenen Gestaltungsmacht faktisch nie in der Lage waren, tatsächlich alle Aspekte des sozialen Lebens im Sinne ihrer Gesetze wirksam zu beeinflussen. *David Garland* spricht im Hinblick auf Kriminalitätskontrolle vom ‚Mythos des souveränen Staates‘; *Garland* *The Culture of Control* (2001) 109. Zur bemerkenswert geringen Bedeutung des staatlichen Strafverfolgungsapparates für die Bewältigung kriminalisierbarer Konflikt- und Verletzungserfahrungen vgl. *Hanaka/Stebr/Steinert* Ärgernisse und Lebenskatastrophen – Über den alltäglichen Umgang mit Kriminalität (1989).

werden, ‚im Schatten des Leviathan¹² und seiner Anerkennung. So werden auch Denkrichtungen des ‚rechtlichen Zentralismus‘ – wie etwa der Rechtspositivismus Hans Kelsens oder Max Webers Konzept der legalen Herrschaft¹³– plausibel, für die plurale Rechtskonstellationen nichts anderes als einen Rest vormoderner Zustände darstellen. Solche monistischen Ansätze sind freilich nicht immer nur bloße Legitimationsideologien im Dienste der Mächtigen, die in straffer staatlicher Gewalt das Telos der Weltgeschichte erblicken. Die Vision eines einheitlichen Rechtes für die Vielfalt der Kulturen kann auch auf das Etablieren einheitlicher rechtsstaatlicher und menschenrechtlicher Standards gerichtet sein. Kadelbach und Günther weisen in diesem Zusammenhang darauf hin, dass Kelsens Reine Rechtslehre vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit dem Vielvölkerstaat des Habsburgerreiches „gerade wegen ihres Absehens von sozialen und ökonomischen Verhältnissen, Ethnien und Religionen eine liberale, demokratische und, ins Völkerrecht hinein erweitert, auch universell-pazifistische Alternative zu ideologischen, insbesondere nationalistischen Aufladungen des Staates“¹⁴ hätte bieten sollen.

Ohne den multikulturellen kakanischen Kosmos der Donaumonarchie ist indessen auch das Werk von Kelsens wissenschaftlichem Gegenspieler Ehrlich undenkbar.¹⁵ Wie das eingangs angeführte Zitat veranschaulicht, konnte Ehrlich in Czernowitz sozusagen vor der Haustüre vielfältige privatrechtliche Gepflogenheiten beobachten, die überhaupt nicht den Regeln des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches entsprachen, das in der 1775 zu Österreich gekommenen Bukowina schon über ein Jahrhundert in Geltung stand, als die ‚Grundlegung der Soziologie des Rechts‘ erschien:

„Das Familienrecht des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches ist bekanntlich streng individualistisch [...] Nur solange das Kind minderjährig ist, steht es unter väterlicher Gewalt; aber der Vater, der Inhaber dieser Gewalt, ist nicht viel mehr als ein Vormund [...] Aber in der Bukowina, die doch zu Österreich gehört und wo das Bürgerliche Gesetzbuch ganz so wie anderen Teilen Österreichs gilt, ist es mit der väterlichen Gewalt bitterer Ernst [...] Da gehören die Kinder wirklich noch dem Vater. [...] Man hat mir [...] immer erwidert, daß das, was hier dem bürgerlichen Gesetzbuch widerspreche, Sitte, nicht Recht sei. Das ist immer der alte Gedanke, daß es hier auf die terminologische Frage ankomme, was man gerade Recht nennen will. Es handelt sich

¹² Vgl. *Spittler* Streitregelung im Schatten des Leviathan – Eine Darstellung und Kritik rechtsethologischer Untersuchungen, *ZfRS* 1 (1980) 4-32.

¹³ Vgl. kritisch zu letzterem *Habermas* Faktizität und Geltung (1992) 541 ff.

¹⁴ Kadelbach/Günther (2011) 14.

¹⁵ Vgl. *Porsche-Ludwig* Eugen Ehrlich interkulturell gelesen (2011) 19; zur Dialektik von Peripherie und Zentrum in Ehrlichs Rechtssoziologie vgl. *Cotterrell* Ehrlich at the Edge of Empire: Centers and Peripheries in Legal Studies, in: Hertogh (Hg), *Living Law – Reconsidering Eugen Ehrlich* (2009) 75 ff.

jedoch an dieser Stelle um etwas anderes: nämlich um die Tatsache, daß das österreichische bürgerliche Gesetzbuch nicht imstande war, diese ihm so sehr widersprechende Übung, mag sie im übrigen Recht oder Sitte sein, aus dem Leben zu beseitigen.¹⁶

Hier geht Ehrlich explizit auf den oft erhobenen Vorwurf ein, dass es sich bei seinem ‚lebenden Recht‘ eigentlich gar nicht um Rechtsregeln, sondern um soziale Normen handle. Die Passage ist aufschlussreich, da sie zeigt, wie wenig ihn definitorisch-begriffliche Fragen interessiert haben. Was ihn offensichtlich umtrieb, war die Tatsache der äußerst begrenzten sozialen Gestaltungskraft staatlicher Rechtssätze auf genau den Gebieten, die sie doch zu regeln beanspruchen. Es waren indessen nicht etwa nur vereinzelte persönliche Wahrnehmungen des rechtlichen Lebens der Bukowiner Ethnien, die ihn zur Reflexion und Entwicklung einer soziologischen Rechtstheorie anspornten. Ehrlich bemühte sich auch um die empirische Erfassung dieser rechtlichen Praktiken: „Ich habe mich (daher) entschlossen, das lebende Rechte der neun Volksstämme der Bukowina in meinem Seminar für lebendes Recht zu erheben.“¹⁷ In diesem Seminar, das er an der Universität Czernowitz von 1909 bis zum Ausbruch des Ersten Weltkriegs abhielt, erforschte er mit seinen Studenten – unter anderem durch Exkursionen in Gewerbebetriebe und durch die Analyse von Urkunden – jene Normen, die im rechtlichen Verkehr tatsächlich bedeutsam waren.¹⁸ Er erkannte dabei, dass dies nicht einmal unbedingt die Regeln sein mussten, die in privaten Vertragsdokumenten festgelegt waren. Die Urkunde werde nämlich, so Ehrlich, überschätzt, wenn man aus ihr ohne weiteres das lebende Recht herauszulesen glaube:

„Liest man einen Pachtvertrag der preußischen Domänenverwaltung oder des Bukowiner griechisch-orientalischen Religionsfonds, so staunt man, wie der Pächter sich inmitten dieses engen Stachelzauns von Paragraphen überhaupt bewegen kann. Trotzdem steht der Pächter sehr gut dabei: von all diesen Vertragsstrafen, Terminklauseln, kurzfristigen Kündigungen, Kautionsverwirkungen, Schadenersätzen wird nie Gebrauch gemacht, solange nur mit dem Pächter irgendwie auszukommen ist. Wer im praktischen Leben steht, der will vor allem mit den Leuten in Frieden Geschäfte machen; es liegt ihm gar nichts daran, Prozesse zu führen, selbst wenn er sie gewinnen müßte.“¹⁹

¹⁶ *Ehrlich* Grundlegung der Soziologie des Rechts⁴ (1989) 314 f.

¹⁷ *Ehrlich* (1967) 43.

¹⁸ Vgl. dazu *Rebbinder* Die staats- und rechtswissenschaftliche Fakultät der Franz-Josephs-Universität in: Czernowitz. Ihr Beitrag zur Erforschung des Rechts in einer multikulturellen Gesellschaft, in: Hohloch/Frank/Schlechtriem (Hg), Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag (2001) 339 ff.

¹⁹ *Ehrlich* (1989) 419.

Nachdem Ehrlich lange nahezu in Vergessenheit geraten war, haben seine Ansätze in jüngerer Zeit wieder verstärkt Beachtung gefunden. In der rechtspluralistischen Diskussion geschah dies im Anschluss an die Erforschung der rechtlichen Situation in (post-)kolonialen Gesellschaften (2.) sowie im Hinblick auf das Entstehen autonomer, netzwerkartig wirksam werdender nicht-staatlicher Ordnungen funktional ausdifferenzierter Teilbereiche der Weltgesellschaft – eine Entwicklung, die als eine Art ‚Globalisierung der Bukowina‘ gedeutet wird (3.).²⁰

2. ‚Exotische Bukowina‘: Gesellschaftliches Recht ohne Staat im Staat

Parallel zu den kolonialen Eroberungen des 19. Jahrhunderts konstituierte sich die Disziplin der Ethnologie, die sich von Anfang an stark für rechtliche Fragen interessierte. Häufig wurde sie sogar von Juristen betrieben: etwa von Johann Jakob Bachofen (1815-1887), der Richter und Professor für Römisches Recht war, *bevor sich* der Erforschung ‚mutterrechtlicher‘ Sozialordnungen widmete; oder von Henry Sumner Maine (1822-1888), der als Lehrstuhlinhaber für vergleichende Rechtswissenschaft die britische Kolonialregierung in Indien beriet und auf den die berühmte Formel ‚from status to contract‘ zurückgeht.²¹ War die Rechtsethnologie in ihren Anfängen noch so stark evolutionistisch angelegt, dass sie die Normen der Stammesgesellschaften entweder als ‚primitiv‘ bezeichnete oder ihnen den Rechtscharakter schlechthin absprach, so erkannte man ab dem frühen 20. Jahrhundert die originellen ordnungs- und friedensstiftenden Qualitäten des Rechts indigener Völker. Exemplarisch dafür stehen die Studien von Bronislaw Malinowski, in denen er anhand der Praxis des Gabentausches der Bewohner der Trobriand-Inseln im Südpazifik Formen der Reziprozität untersuchte und diese als eine soziale Ordnung verstand, die weitgehend ohne Sanktionen auskommt²² – ein Aspekt, der noch viele spätere Ethnologen stark faszinieren sollte. Von da an war es nicht mehr weit zur Einsicht, dass für kolonisierte Ethnien nicht nur ihr eigenes Recht, sondern gleichzeitig auch das Recht der europäischen Kolonialmächte wirksam wurde, das in Folge das soziale Leben in den Stämmen und Dörfern indigener Gruppen auf vielfältige und oft subtile Weise beeinflusste. So begannen Ethnologie und Rechtssoziologie, den Gegensatz zwischen ursprünglichem und oktroyiertem Recht zu untersuchen. Das Stammes-

²⁰ Kadelbach/Günther (2011) 15.

²¹ Schröter Vom Naturrecht der Urgesellschaft zu den kulturellen Rechten indigener Völker: Rechtsethnologische Konstruktionen und Reflexionen, in: Kadelbach/Günther (Hg), Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung (2011) 205.

²² Malinowski Crime and Custom in Savage Society (1926); vgl. Kadelbach/Günther (2011) 16.

recht wurde in dieser kolonialen rechtspluralistischen Konstellation indessen einerseits zwar häufig als bloßes ‚Gewohnheitsrecht‘ abgewertet, andererseits von den europäischen Statthaltern aber auch akzeptiert und anerkannt, soweit es den kolonialen Gesetzen und Interessen nicht zuwiderlief. Nach der Dekolonisierung der 1960er Jahre wurde die Frage nach dem Verhältnis unterschiedlicher normativer Ordnungen – von Gesetzen aus der Kolonialzeit, tribalen Bräuchen und religiös konnotierten Regeln – aus einer wiederum neuen Perspektive heraus relevant.²³

Rechtsethnologische Begriffe wie ‚primitives Recht‘ oder ‚Gewohnheitsrecht‘ sind in der Regel umstritten, voraussetzungsreich und mit einer gewissen Zwangsläufigkeit überdies stets normativ aufgeladen. Das trifft auch auf die Bezeichnung ‚Recht ohne Staat‘ zu, die in den 1970er Jahren aufkam, als das Streben nach Alternativen zum bürgerlich-kapitalistischen Staats- und Gesellschaftsmodell für viele Forschende ein wichtiges persönliches Motiv war. Terminologische Festlegungen sagen daher oft ‚mehr über die Vorstellungswelten der Wissenschaftler als über die Realität der Bezeichneten‘²⁴ aus. Vor diesem Hintergrund ist es bemerkenswert, dass Ehrlichs ‚lebendes Recht‘ in der rechtspluralistischen Diskussion als ein wichtiger Baustein zu einer *deskriptiven* Theorie des Rechts rezipiert wurde, mit der auch das Zusammenspiel unterschiedlicher normativer Ordnungen in Gesellschaften ohne koloniale Vergangenheit analysiert werden kann.²⁵

3. ‚Globale Bukowina‘: Recht ohne Staat außerhalb des Staates

Eine besonders kreative rechtssoziologische Neuinterpretation Ehrlichs findet sich in der neueren systemtheoretischen Literatur – und zwar prominent vor allem bei Gunther Teubner. Dass ein explizites Anknüpfen an das ‚lebende Recht‘ gerade von einem Vertreter dieser Denkrichtung kommt, entbehrt nicht einer gewissen Ironie. Niklas Luhmann selbst hat sich nämlich eher abfällig über Ehrlich geäußert: In seiner ‚Rechtssoziologie‘ von 1972 heißt es, Ehrlichs Vorstoß, die Rechtswissenschaft soziologisch zu begründen und das in der Gesellschaft faktisch gelebte Recht zu erforschen habe

„Juristen alarmiert und Soziologen nicht besonders beeindruckt. Soziologisch versteht es sich von selbst, daß das Recht Recht der Gesellschaft ist und sich mit ihr verändert. Damit läßt sich keine Frontstellung gegen das Juristenrecht und gegen das Staatsrecht aufbauen, die als Rechtsbildungen in der Gesellschaft, nicht außerhalb ihrer zu begrei-

²³ Vgl. Merry (1988) 870 ff; Kadelbach/Günther (2011) 15 f.

²⁴ Schröter (2011) 201.

²⁵ Vgl. Griffiths (1986) 23; Merry (1985) 873.

fen sind. Was Ehrlich unter dem überholten Gesichtspunkt einer Trennung von Staat und Gesellschaft behandelt, ist in Wahrheit eine Rollen- und Systemdifferenzierung in der Gesellschaft. Die soziologisch gemeinte Intention Ehrlichs, seine Forschung über die ‚Rechtstatsachen‘ des vorjuristischen gesellschaftlichen Lebens, bleibt theoretisch unzulänglich begründet und relativ unergiebig und sein Rechtsbegriff unklar.²⁶

Die Prämisse einer Dichotomie von Staat und Gesellschaft, die *Luhmann* hier *Ehrlich* unterstellt, wird diesem allerdings insofern nicht gerecht, als für ihn der Staat nichts anderes als ein *gesellschaftlicher* Verband ist:

„[...] alles, was vom Staate ausgeht, die Tätigkeit der staatlichen Behörden und besonders auch die staatliche Gesetzgebung, sind ein Werk der Gesellschaft, vollbracht durch ihren dafür geschaffenen Verband, den Staat“.²⁷

Eine ganz bestimmte Qualität der Verflochtenheit von Staat, Recht und Gesellschaft ist denn auch der Ausgangspunkt von Teubners These von der Entstehung eines transnationalen Rechtspluralismus – einen Zustand, den er in offener Anlehnung an die untergegangene Welt Ehrlichs ‚globale Bukowina‘ nennt. Für das Verständnis dieses Ansatzes ist es hilfreich, sich zwei systemtheoretische Postulate zu vergegenwärtigen, nämlich die Begriffe der Weltgesellschaft und der funktionalen Differenzierung. ‚Die Gesellschaft‘ ist heute demnach einerseits unweigerlich eine Weltgesellschaft: Da Gesellschaft der Systemtheorie zufolge aus Kommunikation besteht und sich Kommunikation – auch Rechtskommunikation – in der globalisierten Gegenwart nicht mehr durch nationalstaatliche Grenzen aufhalten lässt, gibt es nur mehr eine einzige Gesellschaft ‚als das umfassende Sozialsystem‘²⁸: eben die Weltgesellschaft. Andererseits ist diese Gesellschaft funktional differenziert: Sie gliedert sich in autonome Teilsysteme (Recht, Politik, Wirtschaft, Wissenschaft, Kunst, Religion, Erziehung, Medien etc.), die sich durch bestimmte Funktionen und Pro-

²⁶ *Luhmann* Rechtssoziologie (1972) 22; am bemerkenswertesten an Ehrlichs Werk findet Luhmann noch den Versuch, ‚das Spezifische des Rechts vom Enttäuschungserlebnis, das heißt von den psychischen und gesellschaftlichen Reaktionen auf Verstöße her zu bestimmen‘. Tatsächlich weist Ehrlichs Ansatz, Rechtsnormen von anderen Normen im Wege einer ‚gesellschaftlichen Psychologie‘ durch die Art und Stärke der Empfindungen bei Übertretungen zu unterscheiden, Parallelen zu Luhmanns Bestimmung der Funktion des Rechts auf, die dieser – freilich nicht auf einer psychologischen Ebene – im kontrafaktischen Stabilisieren enttäuschter Erwartungen sieht. Erwartungen sind demnach *normative* Erwartungen, wenn trotz ihrer Enttäuschung an ihnen festgehalten und dies im Modus des binären Codes Recht/Unrecht kommuniziert wird. Solche Kommunikationen grenzen das Rechtssystem von seiner Umwelt ab – etwa von Kommunikationen über *kognitive* Erwartungen, bei denen Enttäuschungen zu Lernbereitschaft und Anpassungen der Erwartungen führen, sodass an ihnen gerade nicht im Gegensatz zum tatsächlich Geschehen festgehalten wird. Vgl. *Ehrlich* (1989) 146; *Luhmann* Das Recht der Gesellschaft (1993) 134 f.

²⁷ *Ehrlich* (1989) 47.

²⁸ *Luhmann* Die Gesellschaft der Gesellschaft (1997) 145.

gramme konstituieren. Beobachtungen und Kommunikationen gehören zu einer dieser spezifischen gesellschaftlichen Sphären, wenn sie auf deren charakteristischen binären Code bezogen sind (z.B. Recht/Unrecht für das Rechtssystem oder Zahlung/Nicht-Zahlung für das Wirtschaftssystem). In dem Ausmaß, in dem systemische Kommunikationen nationalstaatlich verfasste Strukturen transzendieren, kommt es auch zu einer Globalisierung gesellschaftlicher Teilbereiche.

Genau solche Globalisierungsprozesse untersucht Teubner für das Recht. Dabei macht er die Beobachtung, dass weltweit wirksam werdende Rechtsnormen zunehmend „unabhängig von nationalen Rechten und unabhängig vom klassischen Völkerrecht entstehen.“²⁹ Die globalisierte Rechtsproduktion finde somit jenseits staatlicher Arenen und auch jenseits der Weltbühne internationaler Politik statt – etwa in Nichtregierungsorganisationen oder weltumspannend agierenden multinationalen Anwaltskanzleien. Der entscheidende Grund dafür sei, dass – wiederum mit Luhmann selbst gesprochen – „die strukturelle Kopplung des politischen Systems und des Rechtssystems über Verfassungen auf der Ebene der Weltgesellschaft keine Entsprechung hat“.³⁰ Angesichts der Staats- und Politikferne³¹ rechtlicher Globalisierungsphänomene gewinne Ehrlichs ‚lebendes Recht‘ eine neue und dramatische Bedeutung:

„Es beruht auf kühlen technischen gesellschaftlichen Prozessen, nicht auf heimeligen Gemeinschaftsbanden. Da es nicht die Politik ist, sondern die Zivilgesellschaft selbst, die eine Globalisierung ihrer verschiedenen fragmentierten Diskurse vorantreibt, wird sich auch die Rechtsglobalisierung im Wege des spill-over-Effekts diesen Entwicklungen anschließen. Hieraus ergibt sich unsere Hauptthese: Das Weltrecht entwickelt sich von den gesellschaftlichen Peripherien, von den Kontaktzonen zu anderen Sozialsystemen, her und nicht im Zentrum nationalstaatlicher oder internationaler Institutionen. Die ‚global villages‘ autonomer gesellschaftlicher Teilbereiche bilden die neue Bukowina der Weltgesellschaft, in der Eugen Ehrlichs ‚lebendes Recht‘ in unserer Zeit neu

²⁹ Teubner *Globale Bukowina – Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996) 256.

³⁰ Luhmann (1993) 582; Teubner (1996) 260.

³¹ ‚Politik‘ bezieht sich hier auf politische Systeme; ‚Politikferne‘ bedeutet nicht, dass es sich bei den Materien, um die es geht, nicht auch um potenziell hochpolitische Angelegenheiten handeln würde. Teubner selbst hat eine Repolitisierung des globalen lebenden Rechts vorhergesagt, die sich jedoch voraussichtlich in neuen und bisher wenig bekannten Formen abspielen werde; Teubner (1996) 257. Es wäre eine Untersuchung wert, inwiefern es sich etwa bei aktuell beobachtbaren globalen Protestformen wie der Occupy-Bewegung tatsächlich um solch neue Formen handelt. Zur Möglichkeit der Politisierung gesellschaftlicher Teilbereiche durch Konstitutionalisierung jenseits der institutionalisierten Politik vgl. jüngst Teubner *Verfassungsfragmente – Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung* (2012) 175 ff.

entsteht. Hier liegt der tiefere Grund dafür, daß weder politische noch institutionelle Theorien des Rechts angemessene Erklärungen für die Globalisierung des Rechts liefern können, sondern nur eine – erneuerte – Theorie des Rechtspluralismus³².

Was sind nun die angesprochenen weltweit entstehenden Normen der autonomen gesellschaftlichen Teilbereiche – die ‚Dörfer‘ der globalen Bukowina? Als den bisher erfolgreichsten – wenngleich nicht unumstrittenen³³ – Fall eines globalen Weltrechts ohne Staat nennt Teubner die transnationale Rechtsordnung der Weltmärkte, die *lex mercatoria*, für die es im Gewohnheitsrecht der Kaufmannsgilden auch historische Vorläufer gibt. Andere Beispiele sind die internen Rechtsregeln multinationaler Konzerne, die Regelwerke internationaler Sportverbände (die als *lex sportiva* bezeichnet werden) oder technische Normsetzungen durch private Sachverständige (*lex tecnica*).³⁴ Besonders interessante Materien grenzüberschreitenden ‚lebenden Rechts‘, die sich mit dem theoretischen Werkzeug des globalen Rechtspluralismus analysieren lassen, sind der weltweit geführte zivilgesellschaftliche Menschenrechtsdiskurs³⁵ sowie die Normen des Internets und die Standards informationstechnischer Programmierungen, die als *lex digitalis* oder *lex informatica* in den Blick genommen werden.³⁶ Angesichts der normativen Kraft von Computeralgorithmen hat der US-amerikanische Rechtstheoretiker und Netzaktivist Lawrence Lessig – in gewisser Weise wohl durchaus im Sinne Ehrlichs – das bezeichnende Diktum ‚Code ist Law‘ geprägt.³⁷

Die Gleichsetzung all dieser sozialen und technischen Normen mit verfassungsgemäß zustande gekommenen und demokratisch-parlamentarisch legitimierten Rechtsnormen mag für ein traditionell orientiertes juristisches Denken – so wie seinerzeit Ehrlichs Rechtsbegriff – eine Provokation darstellen. Alle Einwände, die gegen rechtspluralistische theoretische Konzeptionen üblicherweise erhoben werden, lassen sich auch hier vorbringen: es handle sich gar nicht um rechtliche Normen; wenn man den genannten Regeln schon unbedingt Rechtscharakter zusprechen wolle, so sei es doch kein Recht *ohne*

³² Teubner (1996) 261.

³³ Vgl. Stein *Lex mercatoria: Realität und Theorie* (1995) 203 ff.

³⁴ Teubner (1996) 256; Kadelbach/Günther (2011) 19.

³⁵ Vgl. dazu Fischer-Lessano *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte* (2005); im Hinblick auf Korruption als Staatskriminalität vgl. Fuchs/Kretschmann *Zwischen Wirtschaftsrisiko und Menschheitsverbrechen – Zum analytischen Zusammenhang von Staatskriminalität, Korruption und Menschenrechten*, in: Kliche/Thiel (Hg.), *Korruption: Forschungsstand, Prävention, Probleme* (2011) 152 ff.

³⁶ Vgl. Michaels *Global Legal Pluralism*, *Annual Review of Law and Social Science* 5 (2009) 247; Reidenberg *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, *Texas Law Review* 76 (1998) 553-584.

³⁷ Lessig *Code and other Laws of Cyberspace* (1999).

Staat,³⁸ sondern ein Recht ‚im Schatten des Leviathan‘,³⁹ den Regeln des lebenden Rechts komme keine Legitimität zu⁴⁰ etc. Ohne hier wirklich eine Diskussion über diese Kritikpunkte führen zu können, meine ich, dass in einigen von ihnen ein allzu schnell wertendes juristisches Normverständnis zum Ausdruck kommt, das das genuin (sozial-)wissenschaftliche Anliegen rechtspluralistischer Ansätze missversteht. Rechtssoziologisch-heuristisch ist ein Blick durch die pluralistische Brille jedenfalls allemal fruchtbar, um neue Phänomene normativer Ordnungen verstehen und theoretisch einordnen zu können.⁴¹

C. ‚Lokale Bukowina‘: ein empirisches Beispiel aus dem österreichischen Sachwalterrecht

Abschließend möchte ich nach den bisher besprochenen, durchwegs eher bunten, ausgefallenen, exotischen, historisch überholten oder möglicherweise erst zukünftig relevant werdenden Fällen ‚lebenden Rechts‘ noch auf ein vergleichsweise unspektakuläres, im Rechtsalltag jedoch bedeutsames Themengebiet zu sprechen kommen, für dessen rechtssoziologische Erforschung, so meine These, Ehrlichs Konzepte ebenfalls sinnvoll benutzt werden können. Dafür unternehme ich eine geistige Reise vom Globalen ins Lokale, von der – tatsächlich existiert habenden oder metaphorisch so bezeichneten – östlichen Peripherie des alten Österreich in die Republik Österreich der Gegenwart, indem ich lokal unterschiedliche Anwendungsmuster im Sachwalterrecht betrachte.⁴² Die thematische Karte in Abbildung 1 veranschaulicht den Bestand

³⁸ Vgl. *Benda-Beckmann* Recht ohne Staat im Staat: Eine rechtsethnologische Betrachtung, in: Kadelbach/Günther (Hg.), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung* (2011) 175 ff.

³⁹ Vgl. *Spittler* (1980) 23 ff, *Trotha* (2000) 352.

⁴⁰ *Kadelbach/Günther* (2011) 35 ff.

⁴¹ So mag es etwa auf den ersten Blick wie eine überdrehte Science-Fiction-Vision klingen, Computerprogramme als ‚Recht‘ zu bezeichnen. Im Hinblick auf die stürmische Entwicklung intelligenter Umgebungstechnologien – etwa im Bereich der Pflege gebrechlicher Menschen – ist eine solche Perspektive indes alles andere als abwegig; vgl. *Bachinger/Fuchs* Rechtliche Herausforderungen des Technikeinsatzes in der Altenpflege – Eine rechtssoziologische Perspektive auf Ambient Assisted Living, *SWS-Rundschau* 53 (2013) 73-94; *Hillebrandt/Koops* The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era, *The Modern Law Review* 3 (2010) 428-460.

⁴² Dieser Themenkreis wurde in mehreren Projekten am Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie in Wien erforscht. Der Verfasser beschäftigt sich damit aktuell im Rahmen eines Habilitationsvorhabens, das von der Österreichischen Akademie der Wissenschaften gefördert wird (APART-Stipendium). Datengrundlagen für alle hier wiedergegebenen Befunde: *Pilgram/Hanak/Kreissl/Neumann* Entwicklung von Kennzahlen für die gerichtliche Sachwalterrechtspraxis als Grundlage für die Abschätzung des Bedarfs an Vereinskawalterschaft (2009); *Pilg-*

an aufrechten Sachwalterschaften pro 100.000 Einwohner im Vergleich der österreichischen Bezirksgerichtssprengel für die Jahre 2008 und 2009 (Mittelwerte der Stichtagsprävalenz am Ende des Jahres).

- [167,364)
- [364,427)
- [427,472)
- [472,512)
- [512,589)
- [589,643)
- [643,731)
- [731,901)
- [901,2698]

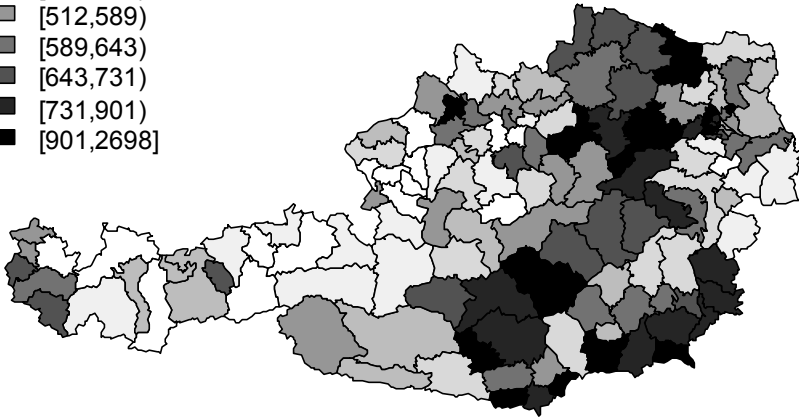


Abbildung 1: Bestand an Sachwalterschaften pro 100.000 Einwohner im regionalen Vergleich, 2008/09

Zu erkennen sind deutliche Unterschiede zwischen West- und Ostösterreich. Im Gebiet der Oberlandesgerichtssprengel Wien und Graz stehen im Durchschnitt wesentlich mehr Personen unter Sachwalterschaft als in Oberösterreich, Salzburg, Tirol und Vorarlberg. Die Zahl der Menschen, denen das Gericht zur Besorgung ihrer Angelegenheiten einen Sachwalter bestellt hat, ist im Osten nicht nur in Wien relativ hoch, sondern auch in weiten Teilen des ländlichen Niederösterreichs, der Steiermark und Kärntens. Diese – im Zeitverlauf über die Jahre stabilen – räumlichen Disparitäten kommen vor allem durch eine regional verschieden ausgeprägte Justizmobilisierung zustande. Dies zeigt das Streudiagramm in Abbildung 2, in dem ein sehr starker Zusammenhang

zwischen dem Bestand an Sachwalterschaften und der Zahl der Anregungen von Sachwalterschaft in einem Gerichtsbezirk deutlich wird.⁴³

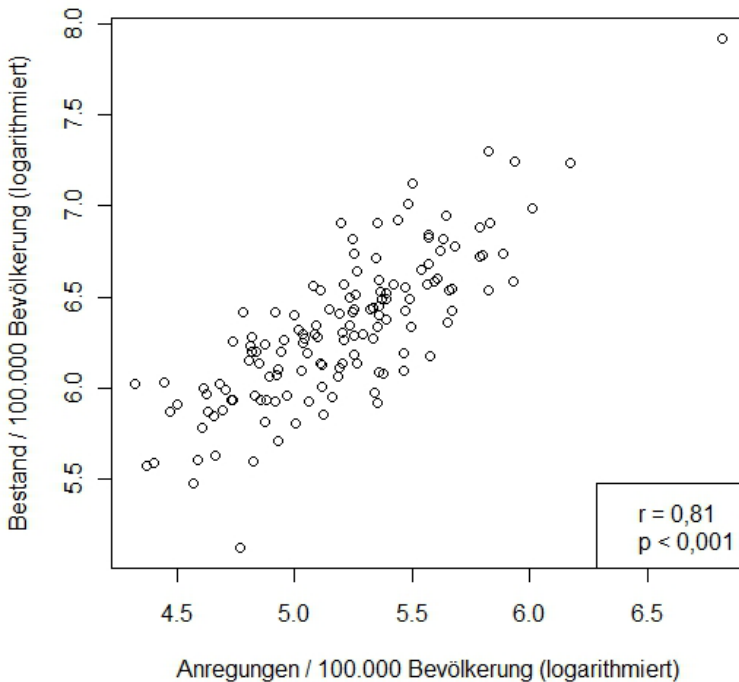


Abbildung 2: Zusammenhang zwischen der Zahl der Anregungen von Sachwalterschaft und dem Bestand an Sachwalterschaften in den österreichischen Bezirksgerichtssprengeln, 2008/09

Diese – statistisch hochsignifikante – Korrelation lässt sich so interpretieren, dass die österreichische Richterschaft bei der Entscheidung, ob für hilfebedürftige Personen eine Sachwalterschaft eingerichtet wird, im Wesentlichen dem ‚Input‘ folgt, der aus der Bevölkerung und von bestimmten Institutionen (Krankenanstalten, Sozialbehörden, Altenpflege- und Behindertenheime) an die Gerichte herangetragen wird. Das heißt aber auch, dass der regional unterschiedlich ausgeprägte *Bestand* an Sachwalterschaften ganz überwiegend mit der jeweiligen *Nachfrage* nach diesem Rechtsinstitut zu tun hat.

⁴³ Die beiden Größen sind aus Gründen der Anschaulichkeit und des statistisch korrekten Vorgehens logarithmiert, da zwei Gerichtsbezirke jeweils starke Ausreißerwerte nach oben aufweisen, wodurch der Zusammenhang überschätzt werden könnte. Die Rangreihenfolge der BG-Sprengel bleibt davon völlig unberührt.

Doch wodurch kommen diese unterschiedlichen Justizmobilisierungsmuster zustande? Sind sie durch *demographische und sozioökonomische Kontextfaktoren* erklärbar? Dies erscheint auf den ersten Blick plausibel, da es im – mit Ausnahme Wiens wirtschaftlich gesehen generell strukturschwächeren – Osten des Landes mehr hochaltrige Menschen gibt. Der Anteil an sehr alten Menschen hängt wiederum stark mit dem Anteil der Personen zusammen, die von dementiellen Syndromen betroffen sind – ein Krankheitsbild, das sehr häufig den Anlass für eine Sachwalterbestellung bietet. In der Großstadt Wien dürften zudem schwächere Familien- und Nachbarschaftsstrukturen einen sachwalterschaftsfördernden Effekt nach sich ziehen. Eine gänzlich andere Erklärung könnte hingegen die *Existenz unterschiedlicher lokaler Rechtskulturen* sein, also bestimmter Einstellungen und eingespielter Praktiken, die relativ unabhängig von sozialstrukturellen Bedingungen für ein höheres oder niedrigeres Ausmaß der Nachfrage nach dauerhafter rechtlicher Stellvertretung Erwachsener sorgen.

Eine Methode, solche (konkurrierenden oder komplementären) Hypothesen zu testen, ist die multivariate Regressionsanalyse. Tabelle 1 gibt das Ergebnis einer solchen Analyse wieder. Als ‚abhängige‘ Variable dient die Zahl an Sachwalteranregungen, wie sie auch in Abbildung 2 zum Ausdruck kommt. ‚Unabhängige‘ Variablen stellen der Hochaltrigenanteil und die Zahl an Plätzen in Altenpflege- und Behindertenheimen (Geltungsbereich des Heimaufenthaltsgesetzes) sowie die Gebiete der Oberlandesgerichtssprengel dar. Als sozioökonomische Kontrollvariablen sind in alle Modelle zusätzlich die Urbanität (als binäre Größe) und das Bruttoregionalprodukt (das ist das regionale Äquivalent zum Bruttoinlandsprodukt) eines Gerichtsbezirks aufgenommen. Genauere Variablenbeschreibungen und deskriptive Ergebnisse können aus Platzgründen leider nicht berichtet werden.⁴⁴ Für die hier interessierende Frage reicht es aus, die Signifikanzen (angezeigt durch Sternchen) und Effektstärken der ‚standardisierten Regressionskoeffizienten‘ (beta)⁴⁵ sowie die Erklärungskraft der Modelle insgesamt (Prozentsatz der ‚erklärten Varianz‘) nachzuvollziehen.

⁴⁴ Der Autor erteilt auf Nachfrage gerne Auskunft. Detaillierte Beschreibungen finden sich auch in einer früheren Studie, in der allerdings mit zum Teil etwas anderen Datengrundlagen und Operationalisierungen gearbeitet wurde; siehe *Fuchs Lokale Rechtskulturen im Sachwalterrecht – Eine multivariate Analyse*, *Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht* 5 (2010) 318-323.

⁴⁵ Grobe Faustregel zur Interpretation: ab 0,1 wahrnehmbarer bis schwacher Effekt, ab 0,2 schwacher bis mittlerer, ab 0,3 mittelstarker, ab 0,4 starker Effekt. Weder Effektstärke noch Signifikanz sagen allerdings für sich genommen schon etwas über die inhaltliche Bedeutsamkeit eines Zusammenhangs aus.

	Modell 1		Modell 2		Modell 3	
	b	beta	b	beta	b	beta
OLG-Sprengel (Referenz: Wien)						
Graz	-0,08	-0,08			-0,15	-0,15*
Linz	-0,50	-0,55***			-0,49	-0,54***
Innsbruck	-0,48	-0,42***			-0,36	-0,31***
Anteil Bevölkerung 80+ (log)			0,89	0,44***	0,29	0,14
Heimplätze pro Einwohner (log)			0,20	0,24**	0,33	0,41***
Urbanität (1=ja, 0=nein)	0,22	0,22*	0,19	0,19*	0,05	0,05
Bruttoregionalprodukt	0,00	-0,13	0,00	-0,20*	0,00	-0,11
Konstante	5,56		3,33		2,94	
Erklärte Varianz (adjustiertes R ²)	39,6 %		44,0 %		59,8 %	

Tabelle 1: Regressionsmodelle für Anregungen von Sachwalterschaften, N = 139 (b = Regressionskoeffizienten; beta = standardisierte Regressionskoeffizienten; log = Variable logarithmiert; *p < 0,05; **p < 0,01; ***p < 0,001)

In Modell 1 spiegelt sich ganz deutlich das ‚Ost-West-Gefälle‘ im Bereich der Sachwalterschaft wider, das auch in der thematischen Karte von Abbildung 1 zu sehen ist. Zusätzlich zeigt sich ein Effekt der Urbanität: In städtischen Gerichtsbezirken werden vergleichsweise mehr Sachwalterschaften angeregt. Statt den Regionenvariablen sind in Modell 2 der Altenanteil und die Dichte der Heimplätze enthalten. Beide Größen zeigen ebenso eine signifikante Wirkung wie die Kontrollvariablen Urbanität und Bruttoregionalprodukt. Dieses Modell ist dem ersten an Erklärungskraft überlegen. Es scheint sich zunächst also die Vermutung zu bestätigen, dass die regionalen Unterschiede nichts anderes als eine Funktion demographischer und sozioökonomischer Kontextfaktoren sind. Werden nun die Regionenvariablen jedoch wieder miteinbezogen (Modell 3), so verschwinden – bis auf die Heimplatzquote – diese sozialstrukturellen Effekte, während sich die Unterschiede nach OLG-Sprengeln wiederum sehr klar abzeichnen. Gleichzeitig steigt der Prozentsatz der erklärten Varianz noch einmal sprunghaft an. Bei aller angebrachten Vorsicht bei der Interpretation solcher quantitativen Modellrechnungen muss dies als ein starkes Indiz für das Vorhandensein ‚lokaler Rechtskulturen‘ betrachtet werden: Wären die regionalen Disparitäten nichts anderes als ein ‚Artefakt‘, das mehr oder weniger direkt auf Stadt-Land-Unterschiede oder auf die jeweilige demographische Situation zurückzuführen ist, so müsste das Ergebnis des dritten Modells ganz ähnlich wie das des zweiten aussehen. Hinzu kommt, dass diese Befunde gut im Einklang mit früheren – auch qualitativen – For-

schungsergebnissen stehen, die ebenfalls die Existenz unterschiedlicher Kulturen der Rechtsanwendung nahelegen.⁴⁶

Was hat all das nun mit Eugen Ehrlich und dem Rechtspluralismus zu tun? Zunächst bedeuten die hier referierten unterschiedlichen Muster der Rechtsanwendung nichts anderes als ein verschieden ausgeprägtes Sachwalterrecht *in action*. Die Begriffe des *law in action* (im Gegensatz zum *law in the books*) und des *lebenden Rechts* (im Gegensatz zu den staatlichen Rechtssätzen und Entscheidungsnormen) sollten freilich auseinandergehalten werden:⁴⁷ Uneinheitlich angewandtes Gesetzesrecht ist für sich genommen noch kein Hinweis auf eine gesellschaftlich gelebte Rechtspraxis, die von staatlichen Normen und ihrer Umsetzung durch den offiziellen Rechtsstab unabhängig wäre. Wie jedoch der enge Zusammenhang zwischen den Anregungen und dem Bestand an Sachwalterschaften (vgl. Abbildung 2) zeigt, handelt es sich bei den lokalen Rechtskulturen des Sachwalterrechts – im Gegensatz zu den vieldiskutierten ‚Gerichtskulturen‘ der Strafrechtspflege⁴⁸ – weniger um intern eingespielte Praktiken des Stabes der professionellen Rechtsanwender, sondern vor allem um *external legal cultures*.⁴⁹ „der verschiedenen anregenden Personen und Institutionen und Personen aus der Umwelt des Justizsystems, also um sachwalterrechtlich relevante Einstellungs- und Verhaltensmuster der Bevölkerung, der Angehörigen, Heime, Banken, Sozialbehörden etc.“⁵⁰.

Je eher die Angelegenheiten kognitiv beeinträchtigter oder auf sonstige Weise rechtlich unterstützungsbedürftiger Personen in der Wahrnehmung ihrer unmittelbar betroffenen Interaktionspartner informell erledigt werden können, umso eher werden diese darauf verzichten, eine formelle dauerhafte Rechtsvertretung in die Wege zu leiten. Die Summe der Entscheidungen über das Unterlassen oder Unternehmen einer Anregung von Sachwalterschaft ergibt dann die hier gezeigten empirisch fassbaren Muster. Die Gründe für diese Entscheidungen haben aber wiederum mit den ‚Entscheidungsnormen‘ des Sachwalterrechts selbst nichts zu tun, sondern können – ohne Ehrlichs Be-

⁴⁶ Siehe *Kreissl/Pilgram/Hanak/Neumann* Auswirkungen des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2006 (SWRÄG) unter Berücksichtigung der neuen Alternativen zur Sachwalterschaft auf die Betroffenen und ihr Umfeld, auf die Praxis der Gerichte und den Bedarf an Sachwalterschaft (2009); *Fuchs* (2010).

⁴⁷ Vgl. *Nelken* Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law, *Legal Studies* 4 (1984) 157-174; *Nimaga* Pounding on Ehrlich. Again?, in: Hertogh (Hg), *Living Law – Reconsidering Eugen Ehrlich* (2009) 157-175; zu einer möglichen konstruktiven Verbindung der beiden Konzepte vgl. *Hertogh* A ‚European‘ Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich, *Journal of Law and Society* 31 (2004) 457-481.

⁴⁸ Vgl. *Hirtenleibner/Birklbauer* Lokale Gerichtskulturen – die vernachlässigte Perspektive zur Erklärung regionaler Strafdisparitäten, *Journal für Rechtspolitik* 14 (2006) 287-298.

⁴⁹ *Friedman* The legal system: a social science perspective (1975) 223.

⁵⁰ *Fuchs* (2010) 323.

griffligkeit dabei allzu frei interpretieren zu müssen⁵¹ – als Effekte unterschiedlicher Praxisformen eines ‚lebenden Rechts‘ verstanden werden. Der sich dabei abzeichnende Pluralismus im Recht ist allerdings insofern ein ‚schwacher‘ Pluralismus,⁵² als dieses lebende Recht nicht unbedingt im Widerspruch zu staatlichen Rechtsnormen steht. Die unterschiedlichen Justizmobilisierungsmuster sind rechtspolitisch gesehen dennoch brisant – nicht nur angesichts der hohen Belastung des immer stärker in Anspruch genommenen Systems der Sachwalterschaft, das vor dem Hintergrund der UN-Behindertenrechtskommission gegenwärtig zunehmend als (erneut) reformbedürftig wahrgenommen wird, sondern auch im Lichte des Grundsatzes der Subsidiarität dieses Rechtsinstituts. Zur theoretischen Durchdringung solcher Praktiken, die sich zu ziemlich stabilen ‚sozialen Tatsachen‘ verdichten, liefern Eugen Ehrlichs Konzepte jedenfalls einen wichtigen Beitrag, indem sie aufzeigen, wie sehr – um auf das wohl berühmteste Zitat dieses innovativen Rechtsgelehrten anzuspielden⁵³ – ‚der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung‘ tatsächlich ‚in der Gesellschaft‘ liegt.⁵⁴

⁵¹ Zur Frage der Aneignung und Weitentwicklung von Ehrlichs Gedanken unter veränderten gesellschaftlichen Bedingungen vgl. *Nelken* Ehrlich's Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law, in: Hertogh (Hg), *Living Law – Reconsidering Eugen Ehrlich* (2009) 237-272.

⁵² Zum Unterschied zwischen ‚starken‘ und ‚schwachen‘ Rechtspluralismen siehe *Griffiths* (1986) 5.

⁵³ ‚[D]er Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liegt auch in unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst.‘; *Ehrlich* (1989) 12.

⁵⁴ Der Fokus auf gesellschaftliche Praktiken des (lebenden) Rechts ist indessen anschlussfähig an aktuelle praxistheoretische Denkfiguren (etwa im Gefolge Pierre Bourdieus), die auch in der Rechtssoziologie zunehmend an Bedeutung gewinnen; vgl. *Wrase* Recht und soziale Praxis – Überlegungen für eine soziologische Rechtstheorie, in: *Cottier/Estermann/Wrase* (Hg), *Wie wirkt Recht?* (2010) 113-145.

Literatur

- Bachinger Leo Matteo/Fuchs Walter* (2013): Rechtliche Herausforderungen des Technikeinsatzes in der Altenpflege – Eine rechtssoziologische Perspektive auf Ambient Assisted Living, SWS-Rundschau 53: 73-94.
- Benda-Beckmann Franz von* (2011): Recht ohne Staat im Staat: Eine rechtsethnologische Betrachtung, in: Kadelbach, Stefan/Günther, Klaus (Hg), Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung, Frankfurt am Main, 175-200.
- Cotterrell Roger* (2009): Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies, in: Hertogh, Marc (Hg), Living Law – Reconsidering Eugen Ehrlich, Oxford, 75-94.
- Duwe Thomas* (2011): Katholisches Kirchenrecht und Moralthologie im 16. Jahrhundert: Eine globale normative Ordnung im Schatten schwacher Staatlichkeit, in: Kadelbach, Stefan/Günther, Klaus (Hg), Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung, Frankfurt am Main, 147-174.
- Ehrlich Eugen* (1967): Recht und Leben – Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und Freirechtslehre, Berlin.
- Ehrlich Eugen* (1989): Grundlegung der Soziologie des Rechts, 4. Auflage, Berlin.
- Fischer-Lescano Andreas* (2005): Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte, Göttingen.
- Friedman Lawrence* (1975): The legal system: a social science perspective, New York.
- Fuchs Walter* (2010): Lokale Rechtskulturen im Sachwalterrecht – Eine multivariate Analyse, Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht 5: 318-323.
- Fuchs, Walter/Kretschmann Andrea* (2011): Zwischen Wirtschaftsrisiko und Menschheitsverbrechen – Zum analytischen Zusammenhang von Staatskriminalität, Korruption und Menschenrechten, in: Kliche, Thomas/Thiel, Stephanie (Hg), Korruption: Forschungsstand, Prävention, Probleme, Lengerich, 152-176.
- Garland David* (2001): The Culture of Control – Crime and Social Order in Contemporary Society, Oxford.
- Griffiths John* (1986): What is Legal Pluralism? Journal of Legal Pluralism 24: 1-55.
- Habermas Jürgen* (1992): Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt am Main.
- Hanak Gerhard/Stebr Johannes/Steinert Heinz* (1989): Ärgernisse und Lebenskatastrophen – Über den alltäglichen Umgang mit Kriminalität, Bielefeld.
- Hertogh Marc* (2004): A ‚European‘ Conception of Legal Consciouness: Rediscovering Eugen Ehrlich, Journal of Law and Society 31: 457-481.
- Hillebrandt Mireille/Koops Bert-Jap* (2010): The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era, The Modern Law Review 3: 428-460.
- Hirtenlehner Helmut/Birkelbauer Alois* (2006): Lokale Gerichtskulturen – die vernachlässigte Perspektive zur Erklärung regionaler Strafdisparitäten, Journal für Rechtspolitik 14: 287-298.
- Kadelbach Stefan/Günther Klaus* (2011): Recht ohne Staat?, in: Kadelbach, Stefan/Günther, Klaus (Hg), Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung, Frankfurt am Main, 9-48.

- Kreissl Reinhard/Pilgram Arno/Hanak Gerhard/Neumann Alexander* (2009): Auswirkungen des Sachwalterrechtsänderungsgesetzes 2006 (SWRÄG) unter Berücksichtigung der neuen Alternativen zur Sachwalterschaft auf die Betroffenen und ihr Umfeld, auf die Praxis der Gerichte und den Bedarf an Sachwalterschaft, Wien.
- Lessig Lawrence* (1999): Code and other Laws of Cyberspace, New York.
- Lubmann Niklas* (1972): Rechtssoziologie, Reinbek bei Hamburg.
- Lubmann Niklas* (1993): Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main.
- Lubmann Niklas* (1997): Die Gesellschaft der Gesellschaft, Frankfurt am Main.
- Malinowski Bronislaw* (1926): Crime and Custom in Savage Society, London.
- Mayer-Maly Theo* (2001): Rechtsphilosophie, Wien.
- Merry Sally Engle* (1988): Legal Pluralism, *Law & Society Review* 22: 869-896.
- Michaels Ralf* (2009): Global Legal Pluralism, *Annual Review of Law and Social Science* 5: 243-262.
- Nelken David* (1984): Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law, *Legal Studies* 4: 157-174.
- Nelken David* (2009): Ehrlich's Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law, in: Hertogh Marc (Hg), *Living Law – Reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford, 237-272.
- Nimaga Salif* (2009): Pounding on Ehrlich. Again?, in: Hertogh, Marc (Hg), *Living Law – Reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford, 157-175.
- Pilgram Arno/Hanak Gerhard/Kreissl Reinhard/Neumann Alexander* (2009): Entwicklung von Kennzahlen für die gerichtliche Sachwalterrechtspraxis als Grundlage für die Abschätzung des Bedarfs an Vereinsachwalterschaft, Wien.
- Pilgram Arno/Neumann Alexander* (2011): Justizbericht Rechtsfürsorge – Modul 1, Wien.
- Porsche-Ludwig Markus* (2011): Eugen Ehrlich interkulturell gelesen, Nordhausen.
- Pound Roscoe* (1910): Law in Books and Law in Action, *American Law Review* 44: 12-36.
- Reidenberg Joel R.* (1998): Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology, *Texas Law Review* 76: 553-584.
- Rehbinder Manfred* (2001): Die staats- und rechtswissenschaftliche Fakultät der Franz-Josephs-Universität in Czernowitz. Ihr Beitrag zur Erforschung des Rechts in einer multikulturellen Gesellschaft, in: Hohloch, Gerhard/Frank, Rainer/Schlechtriem, Peter (Hg), *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübingen, 327-344.
- Schröter Susanne* (2011): Vom Naturrecht der Urgesellschaft zu den kulturellen Rechten indigener Völker: Rechtsethnologische Konstruktionen und Reflexionen, in: Kadelbach, Stefan/Günther, Klaus (Hg), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt am Main, 201-228.
- Spittler Gerd* (1980): Streitregelung im Schatten des Leviathan – Eine Darstellung und Kritik rechtsethnologischer Untersuchungen, *ZfRS* 1: 4-32.
- Stein Ursula* (1995): *Lex mercatoria: Realität und Theorie*, Frankfurt am Main.
- Teubner Gunther* (1996): Globale Bukowina – Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal* 15: 255-290.
- Teubner Gunther* (2012): *Verfassungsfragmente – Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin.

-
- Trotha Trutz von* (2000): Was ist Recht? Von der gewalttätigen Selbsthilfe zur staatlichen Rechtsordnung, ZfRS 21: 327-354.
- Wesel Uwe* (1985): Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften, Frankfurt am Main.
- Wrase Michael* (2010): Recht und soziale Praxis – Überlegungen für eine soziologische Rechtstheorie, in: Cottier, Michelle/Estermann, Josef/Wrase, Michael (Hg), Wie wirkt Recht? (2010) 113-145.

Dr. MA Walter Fuchs
Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie
Telefon: 01/526 15 16-32
walter.fuchs@irks.at

Hannelore Schmidt

Eugen Ehrlichs Soziologie und Jurisprudenz

A. Einleitung

Eugen Ehrlich gilt als ein Begründer der Rechtssoziologie. Die Rechtssoziologie ist ein Versuch durch die Zusammenhänge von Recht und Gesellschaft ein besseres und gerechteres Recht zu schaffen. Seine ersten Schritte als Rechtstatsachenforscher unternahm *Ehrlich* für einige in den ‚Wiener Juristischen Blättern‘ veröffentlichte Aufsätze über die stillschweigende Willenserklärung. Auf die Problematik der stillschweigenden Willenserklärung stieß *Ehrlich*, als in Frankreich eine Rechtsprechung übernommen wurde, nachdem eine nachträgliche Änderung des Zahlungsortes eines bereits abgeschlossenen Kaufvertrages eine Änderung des allgemeinen Gerichtsstandes herbeiführen sollte.¹ Für diese Arbeit untersuchte *Ehrlich* mehr als 600 Bände österreichischer, deutscher und französischer Entscheidungssammlungen.²

Rechtssoziologie, sagt *Eugen Ehrlich*, ist eine Beobachtungswissenschaft und die eigentliche Wissenschaft vom Recht. *Ehrlichs* Ziel war das Erforschen der Rechtswirklichkeit, also des gelebten und lebenden Rechts, weshalb er auch im Juli 1909 das Unterrichtsministerium um Genehmigung eines Seminars für das lebende Recht ansuchte. *Ehrlich* wollte im Rahmen dieses Seminars eine umfassende Sammlung für die Rechtsanwendung anlegen, erhielt aber, bis auf eine einmalige Zahlung von 400 Kronen (das entspricht ca 1.700 Euro), keine finanzielle Unterstützung.³ Für *Ehrlich* war die Rechtstatsachenforschung eine notwendige Methode der juristischen Wissenschaft um herauszufinden, welches Recht das Leben einer bestimmten Gesellschaft beherrscht und sich in ihr entwickelt, wobei er nicht das gesetzte und in Paragraphen gefasste Recht meinte.

Um die Rechtswirklichkeit und das lebende Recht zu erforschen stellt sich *Ehrlich* die Frage, wie sich die Rechtswissenschaft zu anderen Wissenschaften verhält.⁴ *Ehrlich* versteht unter Jurisprudenz die Lehre der praktischen Rechts-

¹ *Rebbinder* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, *Hirsch* Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung der Freien Universität Berlin VI (1967) 21.

² *Rebbinder* (1967) 23.

³ *Ehrlich* Recht und Leben, *Hirsch* Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung der Freien Universität Berlin VII (1967) 28.

⁴ *Ehrlich* Soziologie und Jurisprudenz (1906) 18.

anwendung, also des Rechts als gesellschaftliche Erscheinung, weshalb die Rechtswissenschaft in diesem Sinne ein Teil der Soziologie ist.⁵

B. Organisationsform und Entscheidungsnorm

Ehrlich unterscheidet zwischen Rechtsnormen, die als Gesetz oder sonst in einer Form erlassen werden oder durch Übung und Rechtsüberzeugung entstehen und den Regeln die das Leben beherrschen. Um diese Unterscheidung zu veranschaulichen, führt *Ehrlich* ein Beispiel über das in der Bukowina⁶ geltende Familienrecht des ABGB an.

Das damals schon als äußerst individualistisch geltende Familienrecht des ABGB stellt die Familienmitglieder (Mann, Frau, Kind) einander völlig selbstständig gegenüber. Kinder können beispielsweise über ihr eigenes und aus eigenem Erwerb erworbenes Vermögen frei verfügen. Die Aufgabe des gesetzlichen Vertreters besteht in dieser Hinsicht lediglich darin, das minderjährige Kind vor Übervorteilung zu schützen.⁷ Nun galt zwar in der Bukowina das Familienrecht des ABGB, das Leben einer Familie in der Bukowina gestaltete sich allerdings nach anderen Regeln. Das Familienleben in der Bukowina war nämlich nach der aus dem Römischen Recht rezipierten ‚patria potestas‘ organisiert. Die tatsächliche Familiensituation sah so aus, dass die Kinder bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres mit ihrem Leib, ihrem Vermögen und ihrer Arbeitskraft dem Vater gehörten. *Ehrlich* beschrieb die Familienstruktur als derart hierarchisch und streng, indem er schrieb, dass der rumänische Bauer vielleicht als einziger echter Römer erhalten geblieben ist.⁸

Was *Ehrlich* damit veranschaulichen wollte, ist, dass die sehr eindeutig formulierten Rechtsregeln des ABGB zwar in Kraft sind und formal gelten, aber mit den Regeln des faktischen Lebens nicht übereinstimmen. Die Wirkung des ABGB hat sich in der Bukowina im Bereich des Familienrechts nicht durchgesetzt. Was aber, wenn doch ein Kind von seinem Recht erfährt über eigenes Vermögen frei verfügen zu dürfen und gegen seine Eltern Klage erhebt? Die Wahrscheinlichkeit wäre zu dieser Zeit wohl nicht besonders hoch gewesen, da ein derartiger Widerstand in solch einer Familienstruktur etwas Unerhörtes gewesen wäre. Dennoch wären als Entscheidungsgrundlage einer solchen

⁵ *Ehrlich* (1906) 19.

⁶ Die Bukowina ist ein Landschaftsgebiet in Osteuropa, das zu Lebzeiten von *Ehrlich* ein Teil Österreichs war. Heute gehört der nördlich Teil der Bukowina zur Ukraine und die südliche Hälfte zu Rumänien.

⁷ *Ehrlich* (1906) 4 f.

⁸ *Ehrlich* (1906) 5.

Klage nur die familienrechtlichen Regeln des ABGB in Frage gekommen. *Ehrlich* spricht im Zusammenhang mit dem Auseinanderklaffen der Regeln des Lebens und der Rechtsregeln des ABGB von einer doppelten Funktion des Rechts, nämlich der Funktion des Rechts als Organisationsform und der Funktion des Rechts als richterliche Entscheidungsnorm.⁹ Auch in der heutigen Zeit treten immer wieder Konflikte zwischen der Familienstruktur des ABGB – welches grundsätzlich von Eheleuten, Vater, Mutter und Kind ausgeht – mit den gelebten Tatsachen auf. Das Familienbild des ABGB findet auch in anderen Gesetzen, wie zB dem Familienbesteuerungsgesetz Niederschlag. Erst 1992 wurde im Familienbesteuerungsgesetz¹⁰ eine Gleichstellung der Lebensgemeinschaft mit zumindest einem Kind mit der ehelichen Gemeinschaft herbeigeführt. Obwohl es durchaus üblich war, dass nicht verheiratete Paare zusammenleben und gemeinsame Kinder haben. Die Lebensgemeinschaft wurde gesetzlich lange nicht berücksichtigt, obwohl sie schon seit Jahrzehnten gelebter Alltag war und eine dementsprechende rechtliche Deckung brauchte. Organisationsform und richterliche Entscheidungsnorm waren im Bereich der Lebensgemeinschaft oftmals völlig verschieden und sind es auch heute noch, bedenkt man die gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaft.

Eine Frage, die sich *Ehrlich* berechtigterweise stellt ist, womit sich nun die Rechtswissenschaft beschäftigt: mit den Organisationsformen oder mit den Entscheidungsnormen?¹¹ *Ehrlich* unterschied zwischen zwei Arten von Entscheidungsnormen und zwar Entscheidungsnormen, die sich aus der Natur der Sache unmittelbar ergeben und Entscheidungsnormen die der Gesellschaft durch Gesetz oder Wissenschaft aufgedrängt werden.¹² Die Jurisprudenz hat also zweifellos die Entscheidungsnormen zum Gegenstand, da die Entscheidungsnormen in Form von Gesetzen und Gewohnheitsrecht die Grundlage einer jeden richterlichen Entscheidung ist, um Interessenkonflikte zu regeln. Die Rechtswissenschaft jedoch, die nach *Ehrlich* ein Zweig der Soziologie ist, untersucht das Recht als Organisationsform. Die Rechtswissenschaft ist also eine Lehre vom Recht als gesellschaftliche Erscheinungsform und untersucht das Wesen der Entscheidungsnormen und deren Wirkung auf die Gesellschaft.¹³

⁹ *Ehrlich* (1906) 7.

¹⁰ BGBl 1992/312.

¹¹ *Ehrlich* (1906) 10.

¹² *Ehrlich* (1906) 12.

¹³ *Ehrlich* (1906) 19.

C. Das lebende Recht

Die Familienstruktur des ABGB ist eine völlig andere als sie in der damaligen Bukowina gelebt wurde. Die Stellung des Familienvaters etwa einer Familie in Wien war nicht annähernd so patriarchisch und starr wie in einer rumänischen Familie. *Ehrlich* meinte zu diesen sozialen Unterschieden der Familienstruktur, dass das Familienrecht völlig andere Rechtsregeln enthielte, wäre die Bukowina ein selbständiges Rechtsgebiet, nämlich angepasst an das gelebte und vorherrschende Familienleben in diesem Landschaftsgebiet.¹⁴ Im Falle eines gerichtlichen Rechtsstreits könnten auf die strukturellen Unterschiede zwischen dem individualistisch angelegten und durchaus fortschrittlichen ABGB und der gelebten ‚patria potestas‘ einer bukowinischen Familie keine Rücksicht genommen werden, denn als richterliche Entscheidungsnorm gilt eben das ABGB.

Eine berechtigte Frage, mit der sich *Ehrlich* eingehend beschäftigte ist welchen Gebrauch die Gerichte und Behörden der Bukowina von den Regeln des ABGB gemacht haben. Aus diesem Grund hat sich *Ehrlich* dazu entschlossen, das lebende Recht der Bukowina im Rahmen seines Seminars über lebendes Recht zu erheben und dazu einen sehr umfassenden Fragebogen verfasst.¹⁵ Der Fragebogen berücksichtigte in erster Linie den bukowinischen Bauern und nicht die Vielfalt des städtischen Lebens, da *Ehrlich* in Bezug auf die Städte in der Bukowina der Meinung war, dass der Fragebogen zu kurz sei. *Ehrlich* erwartete sich keine abstrahierten und kurzen Antworten, sondern er wollte Vorfälle und Geschichten über die Rechtsauffassungen der Leute haben und schrieb dazu:

„Ich hätte sogar dagegen nichts einzuwenden, wenn einzelne Antworten zu ganzen Abhandlungen ausgewachsen würden.“¹⁶

Die Seminararbeit seiner Studenten im Rahmen des Seminars für lebendes Recht sollte so aussehen, dass jeder Student einen Volksstamm in ca. drei Dörfern übernimmt, um dort die Antworten auf die Fragen zu erhalten. *Ehrlich* hatte eine sehr konkrete, detaillierte und durchdachte Vorstellung davon, wie die Befragung der Volksstämme ablaufen sollte, weshalb die Teilnehmer seines Seminars zunächst mit dem Ausfragen alter und erfahrener Leute be-

¹⁴ *Ehrlich* (1906) 7.

¹⁵ *Ehrlich* (1967) 43.

¹⁶ *Ehrlich* (1967) 44.

ginnen sollten.¹⁷ Die Ergebnisse dieser Arbeiten hat *Ehrlich* 1912 in seinem Werk ‚Das lebende Recht der Völker der Bukowina‘ veröffentlicht.

D. Gesetz und lebendes Recht

Savigny und *Puchta* gehen vom nationalen Ursprung des Rechts aus, weshalb das Gewohnheitsrecht und nicht das Gesetz die eigentliche Quelle des Rechts sei, da Recht aus der Gesellschaft entstehe und nicht durch den Staat. Auch das Römische Recht wurde auf der Basis des Gewohnheitsrechts übernommen und später kodifiziert. *Ehrlich* stimmte dieser Ansicht in seinem Werk ‚Gesetz und lebendes Recht‘ zu, baute die Lehre von *Savigny* und *Puchta* aber aus.¹⁸ Nach *Ehrlich* entsteht das Recht nämlich nicht alleine in der Gesellschaft durch eine lang andauernde Übung, die von Rechtsüberzeugung getragen ist, sondern auch in der Jurisprudenz als Juristenrecht und der Gesetzgebung, die vom Staate ausgeht, wobei die Bildung des Rechts in der Gesellschaft dabei nicht aufhört.¹⁹

Auch heute noch sind von staatlicher Hoheit erlassene Gesetze oft eine Reaktion auf Änderungen des gesellschaftlichen Lebenswandels und des gesellschaftlichen und technischen Fortschritts. Mit dem Wandel der Zeit wachsen neue Herausforderungen die einer rechtlichen Regelung bedürfen. Oft geschieht das in der Praxis zunächst durch Rechtssätze des OGH, deren abstrahierter Inhalt später vom Gesetzgeber als Gesetz oder sonst in einer Form erlassen wird. In diesem Sinne kann die Ansicht von *Savigny* und *Puchta* und später von *Ehrlich* nur befürwortet werden. Als Beispiel kann angeführt werden, dass sich der Gesetzgeber den rechtlichen Herausforderungen des Internets in all seinen Facetten stellen musste und immer noch muss, da die Anwendung des World Wide Web im täglichen Leben der Gesellschaft nicht mehr wegzudenken ist. Die Angelegenheiten, die übers Internet geregelt werden können, werden täglich mehr, womit auch die rechtlichen Anforderungen an die Juristen und den Gesetzgeber steigen. Fakt ist aber, dass der Gesetzgeber nicht alle möglichen Fälle und Fallkonstellationen vorhersehen kann, weshalb die Jurisprudenz mit ihren Rechtssätzen eine bedeutende Rolle einnimmt, um das Gesetzesrecht an die Realität anzupassen.

Was daraus eindeutig hervorgeht, ist, dass das Gewohnheitsrecht, das vom Staat erlassene Recht und die Jurisprudenz ineinander verzahnt sind. Der Ge-

¹⁷ *Ehrlich* (1967) 45.

¹⁸ *Ehrlich* Gesetz und lebendes Recht, *Rehbinder* (Hg) Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtsstatsachenforschung, Band 61 (1986) 228 f.

¹⁹ *Ehrlich* (1986) 229 f.

setzgeber reagiert auf rechtliche Probleme der Gesellschaft mit abstrakten Gesetzen, die oft schon in Rechtssätzen der Höchstgerichte Niederschlag gefunden haben. Die Gerichte aber sind wieder an die abstrakten Rechtsregeln des Staates gebunden und weisen den Richter in seiner Entscheidung und Entscheidungsbegründung an. Jedoch hat nicht nur das lebende Recht Auswirkungen auf die Jurisprudenz und das Gesetzesrecht, sondern auch umgekehrt. Die vom Staat erlassenen Gesetze und die gerichtlichen Entscheidungen haben auf Dauer eine nicht zu vernachlässigende verhaltensorientierte Lenkungsfunction in der Gesellschaft.

E. Die Soziologie des Rechts

Ehrlich beginnt seinen Aufsatz über ‚Die Soziologie des Rechts‘ mit der Frage, ob es ein Recht oder mehrere Rechte gibt.²⁰ Zunächst tendiert man dazu letzteres zu bejahen, denn in verschiedenen Ländern gibt es verschiedene Rechtsordnungen. Sogar in jeder innerstaatlichen Rechtsordnung gibt es unterschiedliche Rechtsgebiete, die auf differierenden Theorien basieren und von verschiedenen Rechtsdurchsetzungsorganen entschieden werden. Man denke beispielsweise an die grundsätzliche Gliederung der österreichischen Rechtsordnung in öffentliches Recht und Privatrecht mit all seinen Sonderdisziplinen. *Ehrlich* hält der überwiegenden Meinung vom Bestand mehrerer Rechte allerdings entgegen, dass jede Rechtsordnung von ‚allen gesitteten Völkern, in allen gesitteten Staaten‘ auf den gleichen rechtlichen Dingen beruhen, ohne die ein Recht undenkbar sei: Ehe, Familie, Besitz, Verträge und Erbgang.²¹ Diese fünf rechtlichen Dinge – wobei *Ehrlich* hier nicht körperliche, sondern sinnlich wahrnehmbare Dinge meint – bezeichnet *Ehrlich* als grundlegende gesellschaftliche Einrichtungen. Im Sinne des gelebten Rechts sei aber angemerkt, dass aus heutiger Sicht die Einrichtung der Ehe wohl durch die Einrichtung der Lebensgemeinschaft zu ersetzen wäre.

Um seine Meinung von einem Recht zu veranschaulichen, führt *Ehrlich* aus, dass man als Reisender in einem fremden Land von gewissen Umständen als gegeben ausgeht. Beispielsweise wird man davon ausgehen auch in einem fremden Staat Ware gegen Geld zu erhalten und das in völliger Unkenntnis der jeweiligen Rechtsordnung. Kaum einer würde sich über diesen Umstand rechtskundig machen, weil gewisse gesellschaftliche Einrichtungen heute wie damals nicht anders denkbar sind.

²⁰ *Ehrlich* (1986) 241.

²¹ *Ehrlich* (1986) 241.

In weiterer Folge stellte sich *Ehrlich* berechtigt die Frage, ob das Recht der gesellschaftlichen Einrichtungen auch ohne Rechtssätze also ohne Entscheidungs- bzw. Verwaltungsnormen bestanden hatte. *Ehrlich* bejahte diese Frage und begründete dies mit dem Bestand einer gesellschaftlichen Ordnung lange bevor richterliche Entscheidungsnormen entstanden sind.²² Die Ordnung im gesellschaftlichen Zusammenleben von Menschen war ein lang entwickeltes und gelebtes Recht, ehe man diese Regeln als Rechtssätze in Worte fasste. Wobei die ersten Rechtssätze in ihrer Entstehung mit einem heutigen Rechtsatz zunächst nicht annähernd vergleichbar sind. Rechtssätze in ihrer Urform sind nämlich gerichtliche Entscheidungen gewesen.²³ Erst mit dem Sammeln von Gerichtsentscheidungen hat man langsam begonnen die Sprüche zu objektivieren und zu abstrahieren, wodurch in weiterer Folge Rechtssätze entstanden sind, die den Heutigen nahe kommen.

Ehrlich will mit seinem Werk über ‚Die Soziologie des Rechts‘ zum Ausdruck bringen, dass die gesellschaftlichen Einrichtungen Ehe, Familie, Besitz, Verträge und Erbgang nicht durch Rechtssätze, Gesetze oder sonst durch staatlich erlassenes Recht entstanden sind, sondern umgekehrt. Das Recht hat seinen Ursprung in der Gesellschaft und deren Einrichtungen. Um dies zu untermauern führt *Ehrlich* als Beispiel an, dass Rechtssätze des Ehe- und Familienrechts erst dann möglich und sinnvoll sind, wenn die Einrichtungen Ehe und Familie überhaupt bestehen.²⁴ Wo kein Problem ist, bedarf es keiner Lösung durch Recht und Gerichte, weshalb es nur selten der Fall war, dass Juristen Rechtssätze für mögliche, aber noch nicht aufgetretene rechtliche Probleme schafften.

Aus diesen Gründen ist es auch unmöglich, dass Rechtssätze das gesamte Recht umfassen, denn gerichtliche Entscheidungen ergehen nur dann, wenn sie einem Gericht zur Entscheidung vorgelegt wurden.²⁵ So wie sich die Gesellschaft in einem stetigen Wandel befindet, so ist es auch mit den Rechtssätzen. Viele rechtliche Institutionen, die einst von großer Bedeutung waren, spielen heute keine Rolle mehr und umgekehrt. Vor weniger als hundert Jahren war eine Einrichtung wie das Internet undenkbar. Erfunden wurde das Internet erst Ende der 1960er Jahre, wobei es diesbezüglich noch lange keine Verrechtlichung gab, denn dieser Schritt folgte erst durch den kommerziellen Einsatz des Internets zu Beginn der 1990er Jahre. Erst durch die gesellschaftliche Nutzung des Internets traten Probleme auf, die eines Rechtssatzes durch gerichtliche Entscheidungen und in weiterer Folge eines Gesetzes bedurften.

²² *Ehrlich* (1986) 242.

²³ *Ehrlich* (1986) 244.

²⁴ *Ehrlich* (1986) 248.

²⁵ *Ehrlich* (1986) 249.

Man denke beispielsweise an das E-Commerce-Gesetz²⁶, mit dem seit dem Jahre 2001 bestimmte rechtliche Aspekte des elektronischen Geschäfts- und Rechtsverkehrs geregelt werden. Damit soll zum Ausdruck gebracht und untermauert werden, dass eine Verrechtlichung durch Rechtssätze und Gesetze erst dann zustande kommt und sinnvoll ist, wenn die jeweilige Einrichtung – wie in diesem Fall das Internet – in der Gesellschaft bereits vorhanden ist und Interessengegensätze auftauchen.²⁷

Der Rechtssatz ist eine Entscheidungsnorm, die nicht unmittelbar in der Gesellschaft entsteht. Rechtssätze werden von Juristen aus gerichtlichen Entscheidungen gewonnen, wobei die gerichtliche Entscheidung wiederum auf eine Störung in der gesellschaftlichen Ordnung zurückzuführen ist. Das heißt, es gibt Streitigkeiten zwischen den einzelnen Mitgliedern in der Gesellschaft, die einem Gericht zur Entscheidung vorgelegt werden. Die Aufgabe des Juristen ist es, aus diesen gerichtlichen Entscheidungen einen abstrakten und allgemeinen Rechtssatz zu ziehen. Die Abstraktheit des Rechtssatzes dient zur Vereinheitlichung der Entscheidungsnormen, damit diese auch für ähnliche Fälle anwendbar ist.²⁸

F. Zur Rezeption Eugen Ehrlichs

Rebbinder stellt in seinem bibliografischen Werk über die Entwicklung der Rechtstatsachenforschung in den USA dar, was alles von *Ehrlich* übernommen wurde.²⁹ Zunächst ist aber festzuhalten, dass es zwischen dem kontinentaleuropäischen und dem US-amerikanischen Rechtssystem grundlegende Unterschiede gibt, da in Europa (mit Ausnahme von Großbritannien) das auf kodifiziertem Recht basierende ‚Civil Law System‘ vertreten ist, während in den USA das sog. ‚Common Law‘ oder auch ‚Case Law‘³⁰ übernommen wurde.

Die erste große US-amerikanische Unternehmung im Bereich der Rechtstatsachenforschung war das sog. ‚Columbia-Experiment‘ an der *Columbia-University* in New York. Um modernere Rechtsgebiete und Rechtstatsachen in den Rechtsunterricht einzubinden, musste der Studienplan völlig geändert

²⁶ BGBl I 2001/152.

²⁷ *Ehrlich* (1986) 250.

²⁸ *Rebbinder* (1967) 44.

²⁹ *Rebbinder* Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Rechtstatsachenforschung in den USA (1970).

³⁰ Das ‚Case Law‘ ist im Gegensatz zum ‚Civil Law‘ kein für eine bestimmte Region einheitlich geregeltes und kodifiziertes Recht, sondern es basiert auf höchstrichterlichen Entscheidungen (Präzedenzfälle), die für die Gerichte bindend sind. Vgl *Tangl*, English for Lawyers and Law Students² (2007) 11 f.

werden, weshalb sich ein Team von Wissenschaftlern in einem mehrjährigen Experiment dazu bereit erklärten, den Lehrplan nach funktionellen Gesichtspunkten zu gliedern.³¹ Auch *Ehrlich* hatte versucht mit seinem Seminar über lebendes Recht die Rechtstatsachen und die Rechtstatsachenforschung in den Lehrplan zu integrieren. Im Laufe des Experiments entstanden insgesamt 36 neue Casebooks, die bis dahin nur selten zur Anwendung kamen. Nach knapp zehn Jahren musste das Experiment jedoch aufgrund der zu hohen Kosten wieder eingestellt werden.³²

Einige der wichtigsten Köpfe des ‚Columbia Experiment‘ wechselten nach dessen Stillstand in das *Johns Hopkins Institute of Law*, wo die eigentliche Arbeit der amerikanischen Rechtstatsachenforschung begann. Die Ziele dieses Instituts waren unter anderem die wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen des Rechts und die Bereinigung und Vereinfachung des Rechts, weshalb man die begann die Arbeit der Gerichte zu untersuchen.³³ Die damals geplanten Ziele und Untersuchungen waren bereits Jahre zuvor von *Ehrlich* in zahlreichen Publikationen gefordert und ausführlich begründet, scheiterten jedoch immer an der mangelnden Förderung und Finanzierung. Auch diesmal wurde aus Geldmangel das *Johns Hopkins Institute of Law* nach nur vier Jahren geschlossen. Dennoch konnten die Wissenschaftler innerhalb dieser recht kurzen Zeit zahlreiche Publikationen, Statistiken und Ergebnisse liefern.³⁴

Während die Rechtstatsachenforschung in der Zeit des Zweiten Weltkriegs nahezu einen Stillstand erlitten hat, brachte die zunehmende Beteiligung von Sozialwissenschaftlern, Politikwissenschaftlern, Soziologen, Historikern, Ökonomen und Psychologen nach dem zweiten Weltkrieg den entscheidenden Aufschwung und unterstrich damit die Interdisziplinarität dieser Disziplin.³⁵ Auch *Ehrlich* beschäftigte sich intensiv mit dem Zusammenhang der Rechtswissenschaft mit anderen Wissenschaften und betrachtete die Rechtswissenschaft als einen Zweig der Soziologie, weshalb für ihn die Rechtssoziologie die eigentliche Wissenschaft des Rechts darstellte.³⁶

Abschließend kann wohl gesagt werden, dass alle Ziele der amerikanischen Rechtstatsachenforschung bereits in zahlreichen Publikationen von *Ehrlich* manifestiert waren und von ihm übernommen wurden. Sogar *Arthur Nußbaum* gestand – trotz der offen ausgetragenen Meinungsverschiedenheiten zwischen *Ehrlich* und *Nußbaum* – dass *Ehrlich* wohl das wichtigste Verbindungsmitglied zwi-

³¹ *Rehbinder* (1970) 13 f.

³² *Rehbinder* (1970) 15.

³³ *Rehbinder* (1970) 18.

³⁴ *Rehbinder* (1970) 21.

³⁵ *Rehbinder*, *Entwicklung* (1970) 30.

³⁶ *Ehrlich*, (1906) 18 ff; *Rehbinder*, *Entwicklung* (1970) 9.

schen der amerikanischen und der deutschen Rechtstatsachenforschung sei, da die zahlreichen Publikationen *Ehrlichs* die amerikanischen Wissenschaftler stark beeinflussten.

Literatur

Ehrlich Soziologie und Jurisprudenz (1906).

Ehrlich Recht und Leben, in: *Hirsch* (Hg.) Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung der Freien Universität Berlin VII (1967).

Ehrlich Gesetz und lebendes Recht, in: *Rehbinder* (Hg.) Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 61 (1986).

Rehbinder Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, in: *Hirsch* (Hg.) Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung der Freien Universität Berlin VI (1967)

Rehbinder Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Rechtstatsachenforschung in den USA (1970).

Tangl English for Lawyers and Law Students² (2007).

Mag.^a Hannelore Schmidt
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
0512/507-8107
hannelore.schmidt@uibk.ac.at

Simon Laimer

Eugen Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung

„Daraus, dass bei jeder rechtswirksamen Willenserklärung die Erklärung ein Indiz des inneren Willens ist, kann man nicht schliessen, dass jedes Indiz des inneren Willen dieselbe Wirkung nach sich ziehe, wie die Erklärung.“¹

A. Einleitung

Im Mittelpunkt der diesem Beitrag zugrunde liegenden Tagung stand das Werk *Eugen Ehrlichs* – eines Mannes, der im Jahr 1862, also vor genau 150 Jahren in (dem damals der österreichischen Monarchie und heute der Ukraine zugehörigen) Czernowitz geboren und vor 90 Jahren gestorben ist,² und von dessen wissenschaftlichem Schaffen vor allem auf dem Gebiet der Grundlagen der Rechtswissenschaft³ über den deutschen Sprachraum hinaus nachhaltige Einflüsse ausgegangen sind.⁴

In seiner im Jahr 1893 veröffentlichten Habilitationsschrift beschäftigte sich *Eugen Ehrlich* mit dem Schweigen im Rechtsverkehr.⁵ Er ging der Frage nach, ob ein passives Verhalten oder Stillschweigen einem Vertragspartner als Erklärung zugerechnet werden darf, und nahm sich damit einer klassischen Problemstellung der Rechtsgeschäftslehre an,⁶ die mindestens⁷ schon seit den Zeiten des Römischen Rechts kontrovers diskutiert wird.⁸

Im Folgenden werden zunächst methodische Aspekte in *Ehrlichs* Werk angesprochen (B.) und einige seiner inhaltlichen Grundlegungen herausgestrichen (C.). Sodann sollen einzelne Gedanken zu der Schrift aus heutiger Sicht angeführt und – wie bei *Ehrlich* selbst⁹ – rechtsvergleichende Bezüge hergestellt

¹ *Ehrlich* Die stillschweigende Willenserklärung (1893; ND 1970) 290.

² *Raiser* Grundlagen der Rechtssoziologie⁵ (2009) 71; *Rebbinder* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich (1967) 10 ff.

³ S ua *Ehrlich* Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen (1902); *Ehrlich* Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903); *Ehrlich* Soziologie und Jurisprudenz (1906); *Ehrlich* Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913). Vgl *Rebbinder* (1967) 13 f; *Vogl* Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich (2003) 143 ff.

⁴ *Pound* An Appreciation of Eugen Ehrlich, Harvard L. Rev. 36-2 (1922) 129; *Rebbinder* (1967) 16 f; *Nelken* Pound and Ehrlich on the Living Law, RT Beiheft 9 (1986) 175; *Barta* Zivilrecht II² (2004) 1067.

⁵ *Ehrlich* (ND 1970).

⁶ *Ramieri* Europäisches Obligationenrecht³ (2009) 151.

⁷ Zum Vertrag im antiken Griechenland *Barta* Graeca non leguntur? Bd II/1 (2011) 374 ff (insbes 422).

⁸ *Kramer* Schweigen als Annahme eines Antrags, Jura 1984 235.

⁹ *Ehrlich* (ND 1970) V f.

werden (D.). Eine abschließende Bemerkung rundet den Beitrag ab (E.). Angesichts der Breite der Thematik kann das alles im vorgegebenen Rahmen natürlich nicht mehr als ein grobkörniger Überblick anhand von einigen ausgewählten Fragen sein.

B. Die methodische Herangehensweise Eugen Ehrlichs

Schon in seiner ‚Vorrede‘ sprach *Eugen Ehrlich* an, dass – damals wie heute¹⁰ – eine genaue Bestimmung des Begriffs einer ‚stillschweigenden Willenserklärung‘ fehlte.¹¹ Sein Anliegen bestand aber nicht darin, den Ausgang bei diesem Begriff zu nehmen. Vielmehr wollte er – schon 20 Jahre vor seiner ‚Grundlegung der Soziologie des Rechts‘¹² – anhand konkreter Gerichtsentscheidungen die Bedeutung ‚stillschweigender Willenserklärungen‘ im ‚Rechtsleben‘ herausarbeiten.¹³ So lässt sich schon seine später niedergeschriebene Ansicht erahnen, dass auch Gerichtsentscheidungen, die Ausdruck der Rechtsüberzeugung der Richter_innen sind, analysiert gehören, da sie die Fälle der Abweichungen vom geschriebenen Recht behandeln (können).¹⁴ Nicht Dogmatik und Dogmengeschichte waren ihm wichtig, sondern die Darstellung und Kritik des ‚wirklich als Recht Geübten‘.¹⁵

Das ‚Durchforsten des Quellenmaterials‘, mithin von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur, unternahm er vor allem mittels Sichtung von mehr als 600 Bänden deutscher, österreichischer und französischer Spruchsammlungen.¹⁶ Er bezog überdies die sächsische Rechtsprechung sowie vor allem die gemeinrechtliche Literatur mit ein, während er den Entwurf zum deutschen BGB bewusst außen vor ließ.¹⁷

Eugen Ehrlich verfasste die Arbeit somit noch bevor die Rechtsvergleichung mit dem ersten ihr gewidmeten internationalen Kongress, der 1900 anlässlich

¹⁰ Vgl. auch etwa *Canaris* Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund, FS Wilburg (1975) 77 ff.; *Kramer* 1984 235 ff.; *Krampe* Qui tacet consentire videtur. Über die Herkunft einer Rechtsregel, Schwab/Giesen (Hg) Staat – Kirche – Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft (1989) 367 ff.; *Owisa* Silence: Efficacy in Contract Formation, A Comparative Review of French and English Law, Int. Comp. L. Q. 40 (1991) 784 ff.

¹¹ *Ehrlich* (ND 1970) V.

¹² *Ehrlich* (1913).

¹³ *Ehrlich* (ND 1970) V.

¹⁴ *Ehrlich* (1913) 399 f. Vgl. *Losch/Schwartzke* Rechtswissenschaft für Gesellschaftswissenschaften (2006) Rz 21.

¹⁵ *Ehrlich* (ND 1970) VI, unter Verweis auf *Ehrlich* Über Lücken im Rechte, JBl 1888 447 ff. S. zu *Ehrlichs* Konzept des ‚lebenden Rechts‘ auch *Barta* (2004) 1062.

¹⁶ *Ehrlich* (ND 1970) V f.

¹⁷ *Ehrlich* (ND 1970) VI.

der Weltausstellung in Paris stattfand, aus ihrem Schattendasein herausgehoben wurde.¹⁸ Aus heutiger Sicht ging er dabei dennoch bemerkenswert modern vor. Er bearbeitete sein Thema anhand des gemeinen Rechts als Ausgangspunkt (unter Einschluss des Handelsrechts), sowie anhand des preußischen, des französischen und des österreichischen Rechts. Neben dem *Corpus Iuris* bezog er somit das Allgemeine Landrecht (ALR), den *Code civil* und das ABGB ein.¹⁹ Dabei reihte *Ehrlich* freilich nicht bloß Länderberichte aneinander.²⁰ Vielmehr löste er in fortschrittlicher Weise die einzelnen Problemfragen heraus und verschränkte sodann die Behandlung der verschiedenen einbezogenen Rechtsordnungen.²¹ In seiner ‚Vorrede‘ vermutete er damals, dass seine der Zeit vorauseilende Herangehensweise, nämlich ‚die unvermittelte Nebeneinanderstellung von Judikaten, die unter der Herrschaft verschiedener Rechtssysteme erflossen sind‘ bei seinen Zeitgenossen ‚Anstoß erregen‘ könnte.²²

C. Inhaltliche Grundlegungen Eugen Ehrlichs

Inhaltlich fällt auf, dass *Ehrlich* den jeweiligen Sachverhalt der untersuchten Entscheidungen durchaus eingehend behandelte. Es scheint somit seine später dargelegte Sicht bereits durch, wonach die Gerichte aufgrund von festgestellten Tatsachen entscheiden und damit Tatfrage und Rechtsfrage untrennbar miteinander verbunden sind.²³ Er ging induktiv vor und stellte die Entscheidung des Richters in den Mittelpunkt. Er schickte allerdings voraus, dass seines Erachtens ‚die Annahme eines rechtsgeschäftlichen Willens, wenn

¹⁸ Vgl. *Fauvarque-Cosson* Comparative Law in France, Reimann/Zimmermann (Hg) The Oxford Handbook of Comparative Law (2006) 35 ff (42 f); *Rainer* Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung² (2007) 41 f.

¹⁹ *Ehrlich* (ND 1970) V f.

²⁰ Zu verschiedenen „Arbeitsprogrammen“ in der Rechtsvergleichung s. *Wendehorst* Von Arbeit im Recht, am Recht und über Recht – Konsequenzen für das Lückenproblem in der Rechtsvergleichung, FS Canaris II (2007) 1414 ff.

²¹ S. zur funktional-rechtsvergleichenden Methode etwa *Koch et al.* IPR und Rechtsvergleichung⁴ (2010) § 13 Rz 11 ff; *Michaels* The Functional Method of Comparative Law, Reimann/Zimmermann (Hg) The Oxford Handbook of Comparative Law (2006) 367; *Gordley* Is Comparative Law a Distinct Discipline?, 46 Am. J. Comp. L. 1998, 607; *Zweigert/Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts³ (1996) 34; s. auch *De Coninck* The Functional Method of Comparative Law: Quo Vadis?, *RabelsZ.* 74 (2010) 318; *Schwartz* Die Rechtsvergleichung, Riesenhuber (Hg) Europäische Methodenlehre (2006) § 4 Rz 1; *Kischel* Vorsicht, Rechtsvergleichung!, *ZVglRWiss* 104 (2005) 11 (15 f).

²² *Ehrlich* (ND 1970) VI.

²³ *Ehrlich* (1913) 139 f, 286.

dieser weder erklärt noch sonst erwiesen ist, eine für die juristische Konstruktion unbrauchbare Fiktion' sei.²⁴

Dabei sah er den Vertragsschluss nicht als juristischen, sondern als natürlichen sozialen Vorgang, der unabhängig von jedem staatlichen Vertragsrecht eine gewisse natürliche Verbindlichkeit habe.²⁵ Das staatliche Recht verleihe dem Vertrag nur die Anerkennung dieser Verbindlichkeit und in der Folge die ‚Erzwingbarkeit‘ mit Hilfe der staatlichen Organe. So bestimme das Recht die formellen und materiellen Voraussetzungen, die es verlangt, um einem Vertrag zur Durchsetzung zu verhelfen.²⁶ Der Vertrag werde dadurch etwas Wirksames, aber nichts anderes, als er sonst wäre.²⁷ Dabei sei es die Aufgabe der Vertragsinterpretation, dafür Sorge zu tragen, dass der Vertrag Rechtsfolgen nach sich ziehe, die sich mit der wirtschaftlichen Parteiabsicht möglichst genau decken. Was durch den Arm des Staates erzwungen wird, müsse nämlich so weit möglich dem entsprechen, was die Parteien durch den Vertrag ökonomisch zu erreichen beabsichtigen.²⁸

Scharfsichtig erkannte er jedoch, dass (ergänzende) Vertragsauslegung nichts mit einer ‚stillschweigenden Willenserklärung‘ zu tun hat.²⁹ Damit kann seine Arbeit auch heute – wie sich zeigen wird – noch fruchtbar gemacht werden, obwohl nur noch § 863 Abs 1 ABGB inhaltlich gleich lautet wie zu der Zeit als *Ebrlich* seine hier behandelte Schrift verfasste, während § 863 Abs 2 ABGB und der nunmehrige § 864 Abs 1 ABGB erst mit der sog dritten Teilnovelle³⁰ eingeführt wurden. So verweisen auch noch etwa *Franz Gschnitzer*³¹ oder *Ernst A. Kramer*³² auf die Thesen *Eugen Ehrlichs* zur stillschweigenden Willenserklärung.

²⁴ *Ebrlich* (ND 1970) VII f.

²⁵ *Ebrlich* (ND 1970) 4.

²⁶ S zu den Gedanken zum „Vertrag“ später auch *Ebrlich* (1913) 88.

²⁷ *Ebrlich* (ND 1970) 4.

²⁸ *Ebrlich* (ND 1970) 5.

²⁹ S *Ebrlich* (ND 1970) 291 f.

³⁰ RGBl 69/1916.

³¹ *Gschnitzer* in Klang/Gschnitzer (Hg) Kommentar zum ABGB IV/1² (1968) zu § 863, 74 FN 11, 81 FN 82.

³² *Kramer* 1984 236 FN 3 und 15, 240 FN 55.

D. Einige Gedanken zu Eugen Ehrlichs Schrift aus heutiger Sicht

1. Die Unterscheidung zwischen ausdrücklichen und konkludenten Willenserklärungen

Aus heutiger Sicht darf man weitgehende Einigkeit darüber annehmen, dass zwischen ausdrücklicher Willenserklärung einerseits und konkludenter bzw schlüssiger oder terminologisch eben ‚stillschweigender‘ Willenserklärung andererseits zu unterscheiden ist.³³ Während Österreich mit § 863 Abs 1 ABGB³⁴ oder die Schweiz mit Art 1 Abs 2 OR³⁵ eine allgemeine Vorschrift haben, wonach Willenserklärungen ausdrücklich oder konkludent (bzw stillschweigend) erfolgen können, kennen der italienische Codice civile (Cc)³⁶ oder das deutsche BGB³⁷ – im Unterschied zu dessen Erstentwurf (§ 72)³⁸ – keine derartige Bestimmung. Eigene Regelungen zum Schweigen als Annahme eines Vertragsantrages enthalten Art 18 Abs 1 des UN-Kaufrechts³⁹ und der von einem Konsortium⁴⁰ aus Wissenschaftlergruppen⁴¹ entwickelte und jüngst publizierte akademische Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens (oder Draft Common Frame of Reference [DCFR])⁴² in seinem Art II.-4:204

³³ S Kramer 1984 236; Pinto Über Willensmängel bei schlüssigem Verhalten, FS Canaris I (2007) 871; vgl auch *v.Bar/Clive* (Hg) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition (2009) zu Art II.-4:204, 311 Note I.1.

³⁴ Dazu etwa *Bollenberger* in KBB³ § 863 Rz 2.

³⁵ Vgl hierzu *Kren Kostkiewicz* in Kren Kostkiewicz et al (Hg) OR Kommentar. Schweizerisches Obligationenrecht² (2009) Art 1 Rz 16 ff.

³⁶ Vgl *Zaccaria* in Cian/Trabucchi, Commentario breve al codice civile¹⁰ (2011) Art 1326 Anm IV/13.

³⁷ Kramer 1984 236.

³⁸ Dazu *Flume* Das Rechtsgeschäft³ (1979) 63.

³⁹ Vgl etwa *Dornis* in Honsell (Hg) Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)² (2010) Art 18 Rz 21 ff.

⁴⁰ Für eine Übersicht über Vorarbeiten, Arbeitsgruppen und die Zusammensetzung des mit der Erstellung des DCFR betrauten europäischen Forschungsnetzwerks (CFR-Net) vgl etwa *Prisching* Der Gemeinsame Referenzrahmen (GRR) – ein Begriff in aller Munde, ZfRV 2007 12 (13 f).

⁴¹ „Study Group on a European Civil Code“ sowie „European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)“, vgl dazu etwa *v.Bar* Die Study Group on a European Civil Code, FS Henrich (2000) 1; *McGuire* Ziel und Methode der Study Group on a European Civil Code, ZfRV 2006 163; *Jansen/Zimmermann* Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts, JZ 2007 1113.

⁴² Vgl zum DCFR etwa *Jansen/Zimmermann* Was ist und wozu der DCFR?, NJW 2009 3401; *Eidenmüller et al* Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008 529; *dies* The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems, 28 Oxford J. Leg. Stud. 2008 659; *Laimer* „Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung – Inhalte – Anwendung“. Ein Tagungsbericht, JBl 2008 605.

Abs 1.⁴³ In Deutschland hatte man hingegen bewusst keine Norm in das BGB aufgenommen, da man diesbezüglich auf die Wissenschaft vertraute.⁴⁴

Sehr wohl findet sich im deutschen Recht in § 151 BGB aber eine Bestimmung speziell zum Vertragsschluss, der nicht mittels Annahmeerklärung, sondern durch positives Handeln, durch ‚Willensbetätigung‘ erfolgt⁴⁵ – wie auch schon *Ehrlich* zu dem Themenfeld herausgearbeitet hatte.⁴⁶ Der deutschen Regelung stehen Art 18 Abs 3 CISG⁴⁷ und Art 1327 Abs 1 Cc,⁴⁸ aber auch Art II.-4:205 Abs 3 DCFR⁴⁹ gleich.⁵⁰ Ebenso trifft dies – zumindest nach der heute herrschenden Auffassung – auf § 864 Abs 1 ABGB zu.⁵¹ *Gschnitzer* hatte – entsprechend der Meinung der Gesetzesverfasser⁵² – noch argumentiert, dass ein Verzicht des Antragstellers auf die Annahmeerklärung – abweichend von § 151 BGB – nicht möglich sei, da ‚der Parteiendisposition entzogen‘ sei, ‚was zum Tatbestande des Vertragsschlusses gehört‘.⁵³ Mittlerweile lässt die herrschende Lehre in Österreich den Verzicht des Offerenten auf die Annahmeerklärung ausreichen, um eine Annahmehandlung zu ermöglichen.⁵⁴

Eine ausdrückliche Willenserklärung liegt jedenfalls dann vor, wenn der Erklärende seinen Geschäftswillen durch förmliche Erklärung, etwa durch die Worte ‚ich bestelle verbindlich‘ oder Ähnliches ausdrückt, sodass für das Verständnis kein Rückgriff auf die Begleitumstände notwendig ist.⁵⁵ Dabei bleibt das ‚Gesamtverhalten‘ der Parteien aber trotzdem für die Auslegung der Willenserklärung relevant,⁵⁶ welche doch ‚nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks‘ haften bleiben darf.⁵⁷

Allerdings müssen auch jene Willenserklärungen als ausdrückliche bezeichnet werden, deren Bedeutung die Parteien individuell vereinbart haben oder die

⁴³ S *v.Bar/Clive* (2009) zu Art II.-4:204, 310 Anm A.

⁴⁴ S Motive I 154; als „zu optimistisch“ bezeichnet von *Kramer* 1984 236.

⁴⁵ Dazu etwa *Jauernig* in *Jauernig* (Hg) Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar¹⁴ (2011) § 151 Rz 1 f. Rvgl *Kötz* Europäisches Vertragsrecht I (1996) 40 f.

⁴⁶ *Ehrlich* (ND 1970) 172.

⁴⁷ *Dornis* (2010) Art 18 Rz 33 ff.

⁴⁸ Dazu *Zaccaria* (2011) Art 1327 Anm I/1 ff; vgl *Trabucchi* Istituzioni di diritto civile⁴³ (2007) 173; *Schurr* in *Eccher et al* (Hg) Handbuch italienisches Zivilrecht (2009) Rz 2/226.

⁴⁹ S *v.Bar/Clive* (2009) zu Art II.-4:205, 315 Anm D.

⁵⁰ Zum schweizerischen Recht s *Kren Kostkiewicz* (2009) Art 1 Rz 18.

⁵¹ Hierzu etwa *Wiebe* in *Kletečka/Schauer* (Hg) ABGB-ON 1.00 § 864 Rz 1.

⁵² Vgl HHB 255.

⁵³ *Gschnitzer* (1968) zu § 864, 86.

⁵⁴ *Rummel* in *Rummel I* § 864 Rz 3.

⁵⁵ *Kramer* 1984 236.

⁵⁶ *Mayer-Maly* in *MünchKomm-BGB* § 133 Rz 48.

⁵⁷ S etwa § 914 ABGB oder § 133 BGB.

verkehrsmäßig eindeutig typisiert sind,⁵⁸ so durch ‚allgemein angenommene Zeichen‘ nach § 863 Abs 1 ABGB,⁵⁹ was ebenfalls schon von *Ehrlich* erkannt worden war.⁶⁰

2. ‚Reines‘ Stillschweigen

Davon abzugrenzen ist allerdings das ‚reine Stillschweigen‘, wobei also zwischen (aktivem) konkludentem Verhalten und eben bloßem Stillschweigen zu differenzieren ist,⁶¹ wie dies auch schon im ALR (1. Teil, IV. Titel, §§ 58, 61) erfolgte. Insofern kann jedoch jedes menschliche Verhalten, grundsätzlich auch eine Unterlassung, dazu geeignet sein, als Erklärungsmittel zu dienen.⁶² *Gerhard Frotz* formuliert diesbezüglich eine Unterscheidung zwischen ‚nacktem Schweigen‘ und ‚beredtem Schweigen‘.⁶³ Während das schweizerische Recht in Art 6 OR vorsieht, dass der Angebotsempfänger dem Angebot nach den Geboten der Redlichkeit bzw der praktischen Vernunft widersprechen muss, wenn nach der Natur des Geschäfts oder den Umständen eine ausdrückliche Annahme nicht zu erwarten ist,⁶⁴ gilt reines Stillschweigen in seiner Eigenschaft als ‚Nicht-Erklärung‘, ansonsten grundsätzlich weder als Ablehnung noch als Zustimmung, ist also gerade das Gegenteil einer Erklärung,⁶⁵ was sich in Art 18 Abs 1 S 2 CISG⁶⁶ und in Art II.-4:204 Abs 2 DCFR⁶⁷ explizit normiert findet. Aus den begleitenden Umständen kann Stillschweigen jedoch zum Erklärungsmittel werden.⁶⁸ Es handelt sich aber gerade um keine Erklärung, wenn sich selbst bei Heranziehung aller Begleitumstände, die es doch immer geben wird, kein Erklärungswert gewinnen lässt.⁶⁹ Dabei gilt es auch zu bedenken, dass § 863 Abs 1 ABGB mit der Wendung: „[...] kein ver-

⁵⁸ *Kramer* 1984 236 FN 15, 238.

⁵⁹ S *Bollenberger* in *KBB*³ § 863 Rz 2.

⁶⁰ *Ehrlich* (ND 1970) 52. Zu Ausnahmen von der Gleichstellung ausdrücklicher und konkludenter Willenserklärungen *Kramer* 1984 237; *Brox/Walker* Allgemeiner Teil des BGB⁵⁵ (2011) Rz 195; für Österreich s dazu etwa *Rummel* in *Rummel I*³ § 863 Rz 9.

⁶¹ *Kramer* 1984 238.

⁶² *Gschnitzer* (1968) zu § 863, 75.

⁶³ *Frotz* Schweigen als Zustimmung, FS Ostheim (1990) 75 (78).

⁶⁴ *Kren Kostkiewicz* (2009) Art 6 OR Rz 1; s auch *Illmer* Vertragsschluss, Basedow et al (Hg) Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009) 1700.

⁶⁵ *Kramer* 1984 238.

⁶⁶ Vgl dazu *Dornis* (2010) Art 18 Rz 25.

⁶⁷ S *v.Bar/Clive* (2009) zu Art II.-4:204, 310 Anm B.

⁶⁸ Vgl etwa *Bollenberger* in *KBB*³ § 863 Rz 8.

⁶⁹ *Frotz* (1990) 79.

nünftiger Grund daran zu zweifeln [...]“⁶⁹, einen strengen Maßstab an die Schlüssigkeit eines Verhaltens anlegt.⁷⁰

3. Stillschweigen als Willenserklärung trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins?

Streit entfacht hat allerdings die Frage, ob stillschweigendes Verhalten auch dann eine rechtsgeschäftliche Erklärung darstellen kann, wenn das Erklärungsbewusstsein (der Erklärungswille) überhaupt fehlt.⁷¹ *Kramer* argumentiert auf der Grundlage von § 863 Abs 1 ABGB: Wenn mit Überlegung aller Umstände kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln übrig bleibt, wird aus der Sicht des Empfängerhorizonts das Verhalten dem sich konkludent Verhalten- den grundsätzlich auch ohne Erklärungswillen rechtsgeschäftlich zugerechnet.⁷² Diese Ansicht teilt auch die in Österreich herrschende Lehre für den Bereich des § 863 ABGB,⁷³ nicht aber für eine ‚stille Annahme‘ nach § 864 Abs 1 ABGB, bei der es sich eben gerade nicht um eine Erklärung an den Offere- nten handelt.⁷⁴ *Ebrlich* hingegen sah den Rechtssatz des § 863 Abs 1 ABGB überhaupt bloß als bequemes ‚Mittel, das geltende Recht mit den Bedürf- nissen der Rechtsentwicklung in Einklang zu bringen‘.⁷⁵ Das führt *Kramer* jedoch vor allem darauf zurück, dass der Satz nicht immer ernst genommen wurde und vielfach konkludente Willenserklärungen fingiert wurden.⁷⁶

4. Sonderfälle

Zuweilen ist es aber auch das Gesetz selbst, das dem Schweigen einen be- stimmten Erklärungswert beilegt. Aus deutscher Sicht könnte man § 516 Abs 2 S 2 BGB nennen, nach dem eine Schenkung als angenommen gilt, wenn sie der Beschenkte nicht innerhalb einer vom Zuwendenden bestimm- ten Frist ablehnt.⁷⁷ Dieser Regelung liegt die allgemeinere Ansicht zugrunde,

⁶⁹ *Rummel* in *Rummel* I³ § 863 Rz 14.

⁷¹ S etwa *Jauernig* (2011) Vor § 116 Rz 5 mwN; *F. Bydliński* Erklärungsbewußtsein und Rechtsge- schäft, JZ 1975, 1 ff.

⁷² *Kramer* 1984 240.

⁷³ Wenn der Erklärende den Erklärungstatbestand fahrlässig verursacht oder das Risiko seines Entstehens unnötigerweise erhöht hat, *Rummel* Zu OGH 1 Ob 205/06p, JBl 2007 532 (535).

⁷⁴ S *Bollenberger* in *KBB*³ § 864 Rz 3. Vgl *P. Bydliński* Zum Vertragsschluß durch „stille Annahme“ (§ 864 ABGB), JBl 1983 169 ff.

⁷⁵ *Ebrlich* (ND 1970) 291.

⁷⁶ *Kramer* 1984 240.

⁷⁷ S hierzu *Koch* in *MünchKomm-BGB* § 516 Rz. 47 ff.

dass das Schweigen auf einen Vertragsantrag, der dem Erklärungsempfänger nur Vorteile bringt, anders zu behandeln ist als ein verpflichtendes Still-schweigen,⁷⁸ was etwa in Art 1333 Abs 2 Cc,⁷⁹ aber auch in der österreichischen Rechtsprechung⁸⁰ seinen Niederschlag gefunden hat.⁸¹ Anführen könnte man in diesem Zusammenhang etwa auch die Genehmigungsfiktion nach § 1081 ABGB, dem Kauf auf Belieben, wie ihn *Larenz* einmal bezeichnet hat.⁸² Schließlich sollte der – in Österreich mit in Kraft treten des UGB aufgehobene⁸³ – § 362 Abs 1 des deutschen HGB zum Schweigen eines Kaufmanns auf einen Antrag auf Geschäftsbesorgung Erwähnung finden.⁸⁴ Dagegen betrifft § 1003 ABGB eine vorvertragliche Äußerungspflicht bei öffentlich bekannt gemachter Berufsausübung (zB Rechtsanwälte, Notare, Banken oder Zivilttechniker), deren bloße Nichtbeachtung aber nicht zum Vertragsabschluss führt, sondern unter Umständen zum Ersatz des Vertrauensschadens verpflichten kann.⁸⁵ Auch nach § 5i KSchG kommt durch das Schweigen des Unternehmers kein Vertrag zustande.⁸⁶

Schweigen als Annahme aufgrund typisierender Verkehrssitte in Form des in Deutschland,⁸⁷ aber auch in der Schweiz⁸⁸ – nicht jedoch in Österreich⁸⁹ – anerkannten kaufmännischen Bestätigungsschreibens,⁹⁰ hat im Übrigen auch Eingang in Art 2.1.12 der UNIDROIT Grundregeln der Internationalen Handelsverträge (oder UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts [PICC])⁹¹ sowie in Art II.-4:210 DCFR gefunden,⁹² die es bei un-

⁷⁸ So *Gschütz* (1968) zu § 863, 80.

⁷⁹ Dazu etwa *Rolli* in Galgano (Hg) *Commentario compatto al codice civile*³ (2010) Art. 1333.

⁸⁰ OGH 4 Ob 2330/96t ÖBA 1997, 482. S *Bollenberger* in KBB³ § 863 Rz 8.

⁸¹ Zum schweizerischen Recht etwa *Romelli* in Kren *Kostkiewicz et al* (Hg) OR Kommentar. Schweizerisches Obligationenrecht² (2009) Art 244 Rz 1 f.

⁸² *Frotz* (1990) 81 f.

⁸³ Dazu ErläutRV zum HaRÄG in 1058 BlgNR XXII. GP zu § 362, abgedruckt etwa bei *Dehn* UGB. Das neue Unternehmensgesetzbuch (2006) 211 f. S noch *Rummel* in *Rummel I*³ § 863 Rz 15.

⁸⁴ S *Kramer* 1984 244 f.

⁸⁵ *P. Bydlinski* in KBB³ § 1003 Rz 1.

⁸⁶ *Schurr* in Fenyves et al (Hg) *Klang*³ § 5i KSchG Rz 8.

⁸⁷ Vgl *Busche* in *MünchKomm-BGB* § 147 Rz 9 ff.

⁸⁸ S *Kren Kostkiewicz* (2009) Art 6 Rz 7 f.

⁸⁹ S *P. Bydlinski* *Bürgerliches Recht I: Allgemeiner Teil*⁵ (2010) Rz 6/20; *Kramer* 1984 246.

⁹⁰ Ablehnend zu einer Anerkennung im Rahmen des UN-Kaufrechts etwa *Dornis* (2010) Art 18 Rz 28. Zum italienischen Recht *Zaccaria* (2011) Art 1326 Anm IV/13.

⁹¹ Erarbeitet vom Internationalen Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts (abgekürzt UNIDROIT) – <http://www.unidroit.org/>. Vgl allgemein etwa *Heidemann* *Methodology of Uniform Contract Law – The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice* (2007) 1 ff; *Bonell* *Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?*, *Uniform L. Rev.* 2007 233 ff.

richtig wiedergegebenem Inhalt allerdings gleich wie eine modifizierende Annahme (Art 2.1.11 Abs 2 PICC, Art II.-4:208 DCFR) behandeln.⁹³

E. Abschließende Bemerkung

Zum Abschluss sei jedoch noch erwähnt, dass nach *Frotz*⁹⁴ ohnehin kein einheitliches rechtsdogmatisches Konzept des Gesetzgebers hinter den staatlichen Bestimmungen steht, die das Schweigen im Rechtsverkehr betreffen. Vielmehr erschienen ihm die Normen gelegentlich eher zufällig zu sein. Er hegt deshalb Zweifel daran, ob man rechtswissenschaftlich überhaupt zu einem solchen Gesamtkonzept vorzudringen vermag. In jedem Fall sollte aus der Sicht des hier behandelten Textes mE hervorgehoben werden, dass ein solcher Versuch – auch und gerade wegen der zugrunde liegenden Fragen – die induktive und vergleichende methodische Herangehensweise *Eugen Ehrlichs* an die Problematik notwendigerweise zu berücksichtigen hätte.

Literatur

Barta Graeca non leguntur? II/1 (2011).

Barta Zivilrecht II² (2004).

Bonell Towards a Legislative Codification of the UNIDROIT Principles?, Uniform L. Rev. 2007 233.

Bonell An International Restatement of Contract Law² (1997).

Brox/Walker Allgemeiner Teil des BGB³⁵ (2011).

Canaris Schweigen im Rechtsverkehr als Verpflichtungsgrund, FS Wilburg (1975) 77.

Cian/Trabucchi Commentario breve al codice civile¹⁰ (2011).

De Coninck The Functional Method of Comparative Law: Quo Vadis?, *RabelsZ.* 74 (2010) 318.

Dehn UGB. Das neue Unternehmensgesetzbuch (2006).

Eccher et al (Hg) Handbuch italienisches Zivilrecht (2009).

Ehrlich Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen (1902).

Ehrlich Die stillschweigende Willenserklärung (1893; ND 1970).

⁹² S. v. *Bar/Clive* (2009) zu Art II.-4:210, 334 Anm A f. Im Vorschlag für ein „Gemeinsames Europäisches Kaufrecht“ (KOM [2011] 635 endg; dazu etwa *Zimmermann* Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, JBl 2012 2; *Laimer* Wird das Kaufrecht nun europäisch? Gedanken zum vorliegenden Entwurf, *juridikum* 2012 17) fehlt jedoch eine derartige Regel, kritisiert *Terryn* in *Schulze* (Hg) *Common European Sales Law (CESL) – Commentary* (2012) Art 38 Rz 12 f.

⁹³ *Illmer* (2009) 1700 f. *Bonell* An International Restatement of Contract Law² (1997) 121 (zur in der PICC-Erstaufgabe mit Art 2.12 nummerierten Bestimmung).

⁹⁴ *Frotz* (1990) 91.

- Ehrlich* Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903).
- Ehrlich* Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913).
- Ehrlich* Soziologie und Jurisprudenz (1906).
- Ehrlich* Über Lücken im Rechte, JBl 1888 447.
- Eidenmüller et al* Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht – Wertungsfragen und Kodifikationsprobleme, JZ 2008 529.
- Eidenmüller et al* The Common Frame of Reference for European Private Law – Policy Choices and Codification Problems, 28 Oxford J. Leg. Stud. 2008 659.
- F. Bydlinski* Erklärungsbewußtsein und Rechtsgeschäft, JZ 1975 1.
- Fauvarque-Cosson* Comparative Law in France, Reimann/Zimmermann (Hg) The Oxford Handbook of Comparative Law (2006) 35.
- Fenyves et al* (Hg) Klang³ KSchG (2006).
- Flume* Das Rechtsgeschäft³ (1979).
- Frotz* Schweigen als Zustimmung, FS Ostheim (1990) 75.
- Galgano* (Hg) Commentario compatto al codice civile³ (2010).
- Gordley* Is Comparative Law a Distinct Discipline?, 46 Am. J. Comp. L. 1998 607.
- Heidemann* Methodology of Uniform Contract Law – The UNIDORIT Principles in International Legal Doctrine and Practice (2007).
- Honsell* (Hg) Kommentar zum UN-Kaufrecht. Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den Internationalen Warenkauf (CISG)² (2010).
- Illmer* Vertragsschluss, Basedow et al (Hg) Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (2009) 1696.
- Jansen/Zimmermann* Grundregeln des bestehenden Gemeinschaftsprivatrechts, JZ 2007 1113.
- Jansen/Zimmermann* Was ist und wozu der DCFR?, NJW 2009 3401.
- Jaernig* (Hg) Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar¹⁴ (2011).
- Kischel* Vorsicht, Rechtsvergleichung!, ZVgRWiss 104 (2005) 11.
- Klang/Gschmitzer* (Hg) Kommentar zum ABGB IV/1² (1968).
- Kletečka/Schauer* (Hg) ABGB-ON 1.00.
- Koch et al.* IPR und Rechtsvergleichung⁴ (2010).
- Kötz* Europäisches Vertragsrecht I (1996).
- Koziol/Bydlinski/Bollenberger* Kurzkommentar zum ABGB³ (2010).
- Kramer* Schweigen als Annahme eines Antrags, Jura 1984 235.
- Krampe* Qui tacet consentire videtur. Über die Herkunft einer Rechtsregel, Schwab/Giesen (Hg) Staat – Kirche – Wissenschaft in einer pluralistischen Gesellschaft (1989) 367.
- Kren Kostkiewicz et al* (Hg) OR Kommentar. Schweizerisches Obligationenrecht² (2009).
- Laimer* ‚Der Gemeinsame Referenzrahmen: Entstehung – Inhalte – Anwendung‘. Ein Tätungsbericht, JBl 2008 605.
- Laimer* Wird das Kaufrecht nun europäisch? Gedanken zum vorliegenden Entwurf, juridikum 2012 17.
- Losch/Schwartzg* Rechtswissenschaft für Gesellschaftswissenschaften (2006).
- McGuire* Ziel und Methode der Study Group on a European Civil Code, ZfRV 2006 163.

- Michaels* The Functional Method of Comparative Law, Reimann/Zimmermann (Hg) The Oxford Handbook of Comparative Law (2006) 367.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*: BGB, Bd. 1⁶, Bd. 2⁶ (2012).
- Nelken* Pound and Ehrlich on the Living Law, RT Beiheft 9 (1986) 175.
- Onisa* Silence: Efficacy in Contract Formation, A Comparative Review of French and English Law, Int. Comp. L. Q. 40 (1991) 784.
- P. Bydlinski* Bürgerliches Recht I: Allgemeiner Teil⁵ (2010).
- P. Bydlinski* Zum Vertragsschluß durch "stille Annahme" (§ 864 ABGB), JBl 1983 169.
- Pinto* Über Willensmängel bei schlüssigem Verhalten, FS Canaris I (2007) 871.
- Pound* An Appreciation of Eugen Ehrlich, Harvard L. Rev. 36-2 (1922) 129.
- Prisching* Der Gemeinsame Referenzrahmen (GRR) – ein Begriff in aller Munde, ZfRV 2007 12.
- Rainer* Europäisches Privatrecht. Die Rechtsvergleichung² (2007).
- Raiser* Grundlagen der Rechtssoziologie⁵ (2009).
- Ranieri* Europäisches Obligationenrecht³ (2009).
- Rebbinder* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich (1967).
- Rummel* (Hg) Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch I³ (2000).
- Rummel* Zu OGH 1 Ob 205/06p, JBl 2007 532.
- Schulze* (Hg) Common European Sales Law (CESL) – Commentary (2012).
- Schwartz* Die Rechtsvergleichung, Riesenhuber (Hg) Europäische Methodenlehre (2006) § 4.
- Trabucchi* Istituzioni di diritto civile⁴³ (2007).
- V. Bar* Die Study Group on a European Civil Code, FS Henrich (2000) 1.
- V. Bar/Clive* (Hg) Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition (2009).
- Vogl* Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich (2003).
- Wendeborst* Von Arbeit im Recht, am Recht und über Recht – Konsequenzen für das Lückenproblem in der Rechtsvergleichung, FS Canaris II (2007) 1414.
- Zimmermann* Perspektiven des künftigen österreichischen und europäischen Zivilrechts. Zum Verordnungsvorschlag über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, JBl 2012 2.
- Zweigert/Kötz* Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts³ (1996).

Ass.-Prof. Dr. Simon Laimer, LL.M.
 Institut für Zivilrecht
 Universität Innsbruck
 Innrain 52, A-6020 Innsbruck
 0512/507-8132
 simon.laimer@uibk.ac.at

Özlem Taban

Zur Lehre der Rechtsfähigkeit bei Eugen Ehrlich

A. Der Begriff der Rechtsfähigkeit

Die Rechtsfähigkeit ist die Fähigkeit, in die durch das geltende Recht gewährleisteten Verhältnisse einzutreten und die dadurch gewährte Möglichkeit, die damit verbundenen rechtlich geschützten Vorteile zu genießen. Nach Ansicht von *Ehrlich* stellt das eine nichts aussagende und schwammige Begriffsbestimmung dar. Seiner Meinung nach ist das aber bei vielen juristischen Begriffen der Fall (zB Eigentum, Familie, Freiheit und Bürgerrechte). Das resultiere daraus, dass es sich bei diesen Begriffen um gesellschaftliche Einrichtungen handle, welche nicht auf einmal geschaffen worden seien, sondern eine tausendjährige Geschichte hinter sich hätten.¹

Nach *Ehrlich* muss der Begriff ‚Rechtsfähigkeit‘ in seine Bestandteile zerlegt werden, um diesen präziser bestimmen zu können. Somit bedeutet ‚Rechtsfähigkeit‘ für ihn, die Fähigkeit politische Rechte zu besitzen und auszuüben, in rechtlich anerkannte und geschützte Familienverhältnisse einzutreten, Vermögensrechte zu erwerben und zu besitzen. Hinzukommen würde auch noch der Anspruch auf rechtlichen Schutz der Persönlichkeit, der Freiheit, des Lebens und des Körpers. Diese Aufzählung alleine zeigt schon, dass die Rechtsfähigkeit keine einheitliche Bestimmung ist. Jede dieser vier Fähigkeiten kann beschränkt werden, sodass einigen nur gewisse politische Rechte, Familien- oder Vermögensrechte oder überhaupt keine zustehen.²

Als Beispiel nennt er den römischen Sklaven, der vollkommen rechtsunfähig war oder den Haussohn, die zwar politische- und familiäre Rechte besaß, aber im Grunde keine Vermögensrechte. Vor allem hatte er gegenüber seinem Gewalthaber keinen Anspruch auf Schutz der Persönlichkeit, des Lebens, der Freiheit oder der körperlichen Unversehrtheit. Der russische Leibeigene hingegen hatte zwar gewisse Familienrechte, sonst war er aber nicht rechtsfähig.³

Ehrlich geht davon aus, dass es keine Rechtsfähigkeit geben kann, wenn der Mensch nicht zumindest in einem bescheidenen Maße geschützt wird. Es ist seiner Meinung nach sinnlos, wenn Vermögens- oder Familienrechte jemandem zugesprochen werden, der ohne Probleme des Lebens und der Freiheit

¹ *Ehrlich* Die Rechtsfähigkeit (1973) 1.

² *Ehrlich* (1973) 2.

³ *Ehrlich* (1973) 2.

beraubt werden kann. Er ist der Ansicht, wenn das Recht die Menschen nicht vor Angriffen dieser Art bewahren will, gesteht es ihnen auch keine anderen Rechte zu.⁴

Beispielsweise befindet sich im klassischen Altertum und bei den germanischen Völkern des Mittelalters der Fremde in diesem Zustand. Den Fremden wird aber Schutz in der Hinsicht gewährt, dass sie der Gewalt einer rechtsfähigen Person unterworfen sind. Der Gewalthaber erhält aus der Tötung, Beschädigung und Freiheitsentziehung Ansprüche aus Schadenersatz. Der Gewaltunterworfenen ist somit einem Tier oder einer Sache gleichgestellt. Es gibt aber Konstellationen, in denen der Gewaltunterworfenen nicht allgemein schutzlos ist, sondern nur einer bestimmten Person gegenüber. Als Beispiel nennt *Ebrlich* den römischen Haussohn. Dieser konnte zwar keinen Schutz der Persönlichkeit vor seinem Gewalthaber, jedoch vor Dritten erwarten. Seine Schlussfolgerung ist, dass wer in dieser Weise der Gewalt einer anderen Person unterworfen ist, dieser gegenüber auch keine Vermögens-, Familien- und öffentlichen Rechte hat, weil die ihm zukommenden Rechte nur als Rechte seines Gewalthabers gelten.⁵

Im Bereich des Familienrechts war der Haussohn im römischen Recht rechtsfähig. Der Hörige aus England und der russische Leibeigene hatten sogar einige Vermögensrechte. Das bedeutet, dass sie im eigenen Namen klagen, Rechtsgeschäfte abschließen und selbst geklagt werden konnten. Somit war der römische Haussohn im Familienrecht und der englische Hörige im Vermögensrecht als rechtsfähig anerkannt.⁶

Ebrlich beobachtet, dass im Falle eines Streites zwischen zwei Gewaltunterworfenen deren Gewalthaber dem einen sein Vermögen nehmen und dem anderen geben konnte. Jedoch übte der Gewalthaber in der Regel keine Selbsthilfe aus, sondern wandte sich an ein Sondergericht und hielt sich an dessen Spruch. Das Vermögen des Gewaltunterworfenen wurde somit durch diese Gerichte, gleich wie die Habe der Rechtsfähigen durch die allgemeinen Gerichte geschützt. Folglich war der Gewaltunterworfenen teilrechtsfähig.⁷ In den meisten Fällen war es auch so, dass die Untertanen im Besitz ihres Vermögens waren und darüber verfügten. Demzufolge traten sie auch im Geschäftsleben selbst als Eigentümer auf.⁸

⁴ *Ebrlich* (1973) 4.

⁵ *Ebrlich* (1973) 4.

⁶ *Ebrlich* (1973) 5.

⁷ *Ebrlich* (1973) 6.

⁸ *Ebrlich* (1973) 7.

B. Die wirtschaftlichen Grundlagen der Rechtsfähigkeit

Mit dem Hausvorstand an der Spitze und der Entstehung des Eigentums an Haus, Hof, Vieh, Ackergerätschaften und Sklaven bildete sich die wirtschaftliche Grundlage der Rechtsordnung der Völker in Europa. Das Haus ist als wirtschaftliche Einheit nach außen fast komplett abgeschlossen und in ihm wird alles erzeugt, was man braucht.⁹ Der Reichtum wurde durch die Kriegsbeute vergrößert, indem sich der Bestand an Sklaven und Vieh vermehrte.¹⁰

Die Hausgenossenschaft der Bauern kannte kein individuelles Eigentum, sondern allen gehörte alles gemeinsam – sogar die Kriegsbeute. *Ehrlich* beobachtet, dass im Laufe der Zeit die alte Sippenverfassung durch die Hausgemeinschaften ersetzt wurde, sodass die Beziehungen der Häuser zueinander geordnet werden mussten.¹¹

Es stellte sich die Frage, wie ein Angreifer von außen zu büßen hat, wenn er eine Hausgenossenschaft angreift?

In so einem Fall kann die Buße nur die geschädigte Hausgenossenschaft von der schädigenden Hausgenossenschaft verlangen. Wenn der Schaden nicht freiwillig beglichen wird, kommt es zur Fehde. Die Fehde ist ein privater Krieg des Verletzten und seiner Sippe gegen den Täter und dessen Sippe – jedoch ist es kein Völkerkrieg. *Ehrlich* meint, dass die Tötung und Körperverletzung, die im Zuge der rechten Fehde ausgeübt wird, keine Verantwortung nach sich zieht. Jedoch stellt jede weitere Tötung und Körperverletzung, welche in Abwehr der rechten Fehde geschieht, eine neue Schuld dar. Demzufolge ist die Fehde eine rechtlich anerkannte Art der Rechtsverfolgung.¹²

Ehrlich stellt fest, dass es zwei verschiedene Arten von Normen gibt. Einerseits existieren Normen, die die Beziehungen der Häuser zu einander regeln, andererseits Normen, die im Inneren des Hauses für die Hausgenossen gelten.¹³

Der jungen Gesellschaft gelingt es, das Fehderecht zu verdrängen und stattdessen ein geordnetes Gerichtsverfahren einzuführen. Denn solange das Fehderecht in der Gesellschaft in Geltung stand, konnten die einzelnen Häuser selbst entscheiden, wen sie in den Kampf schickten um ihr Haus zu verteidigen.

⁹ *Ehrlich* (1973) 7.

¹⁰ *Ehrlich* (1973) 8.

¹¹ *Ehrlich* (1973) 8.

¹² *Ehrlich* (1973) 9.

¹³ *Ehrlich* (1973) 9.

gen. *Ebrlich* geht davon aus, dass das ursprüngliche Recht auch Regelungen über die Verfassung des Hauses enthielt, denn Entscheidungen wurden nicht willkürlich getroffen. Er ist der Meinung, dass die alten Regelungen religiösen Ursprungs waren – insbesondere wie der Vorstand bestimmt wurde und wie er im Haus zu regieren hatte. Bei den meisten Völkern war der Stammvater der Hausvorstand der Hausgenossen und er herrschte patriarchisch. Im Falle des Todes des Hausvaters, ging die Gewalt auf seinen ältesten Sohn über. Ganz selten gab es gewählte Vorstände. Daraus leitet *Ebrlich* ab, dass das Recht im Grunde keine andere Aufgabe hatte, als die bereits geltenden Regeln der inneren Hausverfassung zu übernehmen und vor den Gerichten anzuwenden.¹⁴ Hingegen war die Macht des Hausvorstandes nicht uneingeschränkt, denn oftmals benötigte er die Zustimmung der erwachsenen männlichen Familienmitglieder für eine wirksame Entscheidung.¹⁵

Als Gegenbeispiel nennt *Ebrlich* die Römer, bei denen der *pater familias* eine uneingeschränkte Macht über seine Familie hatte. Das bedeutete, dass er über Leben und Tod seiner Hausgenossen entscheiden konnte. Er alleine hatte das Recht, seine Familie vor Gericht zu vertreten und nur er verfügte über das Familiengut.¹⁶

Die Macht des römischen Hausvorstands stieg zunehmend mit den aufkeimenden Kreditgeschäften. Der Hausvorstand konnte damit eine Gesamthaftung des Hauses verursachen, wie sie bisher nur für schädigende Handlungen bestanden hatte.¹⁷ Der Hausvorstand konnte über seine Hausgenossen frei bestimmen und diese an andere weitergeben, jedoch blieb er ihr Herr – sein Leben lang.¹⁸

Der gewaltunterworfenen Hausgenosse war dem Hausvorstand gegenüber fast rechtlos. Der Hausgenosse konnte sich aber durch Verträge verpflichten. Jedoch konnte er keinen Kredit aufnehmen, denn er hatte kein Vermögen, aus dem sich der Gläubiger befriedigen konnte. Eine Zwangsvollstreckung war somit gegenüber dem Hauskind und Hausgut bei Ansprüchen aus schädigenden Handlungen nicht möglich, sondern nur bei solchen aus Rechtsgeschäften. In römischer Zeit war die Stellung des Haussohnes mit der eines rechtlosen Sklaven gleichgestellt.¹⁹

¹⁴ *Ebrlich* (1973) 10.

¹⁵ *Ebrlich* (1973) 10.

¹⁶ *Ebrlich* (1973) 11.

¹⁷ *Ebrlich* (1973) 11.

¹⁸ *Ebrlich* (1973) 12.

¹⁹ *Ebrlich* (1973) 12.

Im Altertum gab es zwei Arten von Normen, die vergleichbar mit zwei Rechtssystemen waren. Einerseits existierte das Völkerrecht, das die Beziehungen der einzelnen Häuser zu einander regelte und andererseits die innere Verfassung der Häuser. Vor Gericht wurden hingegen nur die Angelegenheiten zwischen den selbständigen Häusern geregelt. Diese Angelegenheiten bezeichneten die römischen Juristen als ‚ius‘.

Nach Ansicht der neuen Völker und von manchen römischen Juristen war nur der Hausvorstand vermögensfähig. Daraus zieht *Ehrlich* den Schluss, dass allein der Hausvorstand wegen des Hausguts klagen und geklagt werden konnte. Des Weiteren konnte nur er durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden und auf den Todesfall verfügen.²⁰

Eine noch größere Rolle spielte das Hausgut im wirtschaftlichen Leben, denn es lieferte den Ertrag, von dem die Hausgenossen lebten. Wirtschaftlich gesehen diente das Hausgut aber allen Hausgenossen gemeinsam.²¹

Anhand des römischen Erbrechts erklärt *Ehrlich* die ausschließliche Vermögensfähigkeit des römischen Hausvorstandes im römischen Bauernstaat. Sobald ein gewaltfreier Römer starb, ging sein Vermögen auf den männlichen Hausgenossen über. Dies geschah ohne jegliche Erklärung oder Erwerbshandlung.

Folglich gab es kein Sondervermögen der einzelnen Hausgenossen, über das sie verfügen konnten. Wenn ein Hausgenosse etwas erwarb, wurde das Erworbenene Teil des Hausguts. Die Hausgenossenschaft wurde nach außen nur durch den Vorstand vertreten. Daher galt er als Eigentümer des Hausguts. Er verfügte alleine darüber und haftete dafür. Nach *Ehrlich* war die rechtliche Einheit des römischen Hauses nur Ausdruck seiner wirtschaftlichen Einheit und die Vermögensunfähigkeit der Hausgenossen die juristische Bezeichnung dafür, dass sie tatsächlich kein eigenes Vermögen hatten und keine wirtschaftlichen Tätigkeiten entfalteten.²²

²⁰ *Ehrlich* (1973) 13.

²¹ *Ehrlich* (1973) 14.

²² *Ehrlich* (1973) 15.

Wie konnte sich diese Hausordnung der bäuerlichen Verhältnisse im späten Rom erhalten?²³

Ehrlich nennt als Beispiel den römischen Bauern, der seinem Sklaven einige Vermögensstücke (z.B. Vieh und Grundstücke) zur Benutzung und Verwertung überließ, damit er daraus Erträge ziehen konnte. Das überlassene Vermögen bildete sein *peculium*. Auch die Großgrundbesitzer und Kapitalisten in der späteren republikanischen Epoche und Kaiserzeit handelten ähnlich bei ihren Sklaven und Haussöhnen. Die rechtliche Folge war, dass die Gewaltunterworfenen über dieses Vermögen wirksam verfügen und sich verpflichten konnten. Daher haftete der Hausvorstand für die Verbindlichkeiten seines Gewaltunterworfenen bis zur Höhe des *peculium*. Dem Gewaltunterworfenen fehlte aber die Gerichtsfähigkeit, um vollständig vermögensfähig zu sein.²⁴ Falls ein Gläubiger sich aus dem *peculium* befriedigen wollte, nützte es ihm nichts, wenn er den Gewaltunterworfenen klagte, sondern musste dieser den Hausvorstand klagen, denn das *peculium* fiel unter dessen Vermögen. Die Gerichtsunfähigkeit des Gewaltunterworfenen spielte im Geschäftsleben keine so große Rolle, denn er war aufgrund seines *peculium*s verfügungs- und kreditfähig. Jedoch war das Vermögen des Gewaltunterworfenen immer etwas unsicher, da der Hausvorstand es ihm jederzeit entziehen konnte.²⁵

Das *peculium* war somit nur Betriebskapital für den Handel und das Gewerbe. Der Inhaber des *peculium* verwendete den Gewinn entweder für sich selbst oder er vergrößerte sein *peculium*, solange er es nicht an den Hausvorstand zurückstellen musste. Solch ein *peculium* stellte ein Unternehmen und damit eine wirtschaftliche Einheit dar. Der Inhaber eines solchen *peculium* war tatsächlich vermögensfähig.²⁶ Er hatte die gleiche Stellung wie ein *pater familias*. Nach *Ehrlich* war diese Einheit nicht wie bei der römischen Hausgenossenschaft eine gütererzeugende und in gleicher Weise eine güterverzehrende Wirtschaft, sondern ein selbständiges wirtschaftliches Unternehmen, welches bloß auf Güterumsatz oder Gütererzeugung ausgerichtet war. Daraus schließt *Ehrlich*, dass es auf der Organisation der bäuerlichen Hausgenossenschaft beruhte, dass allein der *pater familias* und somit der Hausvorstand vermögensfähig war. Daher konnte die Hausgenossenschaft bloß durch den *pater familias* nach außen treten und nur er wurde als vermögensfähig angesehen. Trat hingegen ein Gewaltunterworfener aufgrund seines *peculium* im

²³ *Ehrlich* (1973) 16.

²⁴ *Ehrlich* (1973) 16.

²⁵ *Ehrlich* (1973) 17.

²⁶ *Ehrlich* (1973) 17.

Verkehr auf, so musste zumindest seine Teilrechtsfähigkeit anerkannt werden.²⁷

Ehrlich beobachtet, dass ab der Kaiserzeit diese Familienverfassung zu verfallen begann. Denn schon Kaiser Augustus ordnete an, dass alles, was der Haussohn als Soldat erwarb, auch ihm gehörte – das sogenannte *peculium castrense*. Über dieses *peculium* konnte er frei verfügen und zwar sowohl zu Lebzeiten als auch darüber hinaus durch Testament. Hatte er kein Testament verfasst, fiel es in das Eigentum seines Vaters. Diese Regelung blieb in der nachdiokletianischen Zeit erhalten und wurde erweitert. Auch alles, was der Haussohn als Beamter oder Geistlicher erwarb, fiel von da an in sein *peculium castrense*. Bereits im zweiten Jahrhundert hatten die Kinder ein Erbrecht an dem Vermögen ihrer – ohne Testament – verstorbenen Mutter. Dieses Recht wurde in der letzten Kaiserzeit erweitert. Damit musste Eigentum der Kinder an dem, was sie erworben hatten, einhergehen, andernfalls wäre ihr Erbrecht wertlos gewesen. Dem Hausvorstand verblieb ein Nießbrauchrecht am Vermögen des Hauskindes.²⁸

Wie kam es zu dieser Veränderung in der Familie?

Nach *Ehrlich* kam es zu dieser veränderten Familienordnung aufgrund der divergenten Zusammensetzung der römischen Gesellschaft. Denn vor allem das römische Bürgertum in den Provinzen gewann immer mehr an Bedeutung. Seiner Meinung nach ging mit dem römischen Bürgerstatus die Einflussnahme auf das römische Recht einher. Römische Bürger waren vermögensfähig.²⁹

Zudem wurde auch den Hausgenossen die Rechtsfähigkeit – vor allem im Familienrecht – zugesprochen. Der Haussohn hatte zwar innerhalb der Familie keine Gewalt über seine Frau und sein Kind, da dies ein Vermögensrecht darstellte, hingegen hatte er aber andere Verwandtschaftsrechte.³⁰

Der Fremde war rechtlos. Er erlangte die Rechtsfähigkeit aufgrund eines von der römischen Völkerschaft mit seinem Volk abgeschlossenen Staatsvertrags.³¹ Auch der römische Sklave hatte keine Rechte, da er zunächst ein Fremder war. Deshalb wurde der Sklave in das römische Wirtschaftsleben als passive Sache eingeordnet. Nur als Inhaber eines *peculium* war er Mittelpunkt einer eigenen aktiven Wirtschaft. Kam es jedoch zum Entzug des *peculium*,

²⁷ *Ehrlich* (1973) 18.

²⁸ *Ehrlich* (1973) 19.

²⁹ *Ehrlich* (1973) 20.

³⁰ *Ehrlich* (1973) 20.

³¹ *Ehrlich* (1973) 21.

so wurde er wieder zur Sache.³² *Ebrlich* sieht eine gewisse Ähnlichkeit zwischen der Stellung des Sklaven und der des Haussohnes. Er bemerkt aber einen Unterschied und zwar dann, wenn der pater familias stirbt. Dann wurden die unmittelbar unter seiner Gewalt stehenden Hausgenossen vermögensfähig. Der Sklave erlangte trotzdem keine Rechtsfähigkeit und blieb weiterhin passiver Angehöriger der Wirtschaft der Hausgenossen.³³

Wie entstand überhaupt die überragende Stellung des Hausvorstandes in Rom?

Ebrlichs Meinung nach war das ein Werk des Juristenrechts. In Rom hatte keiner – außer dem Hausvorstand – so viel Macht innerhalb der Familie, denn nur der Stammvater der Hausgenossen konnte – solange er lebte – Hausvorstand sein. Weiters hatte er die Befugnis über Leben und Tod der Hausgenossen zu entscheiden.³⁴

Mit der Zeit schieden die Hausgenossen unter bestimmten Umständen aus der Hausgenossenschaft aus und traten im wirtschaftlichen Leben sichtbar hervor. Als Beispiel nennt *Ebrlich* unter anderem, dass sie das Haus vor Gericht vertreten konnten. Er vergleicht dieses System mit dem Gesamthandmodell. In diesem Verhältnis war jeder Hausgenosse vermögensfähig, weil er nach außen als sichtbarer Teilhaber am Hausgut auftrat.³⁵

Ebrlich sieht einen noch größeren Unterschied bei den germanischen Völkern im Mittelalter. In dieser Zeit war es üblich, dass die männlichen Hausgenossen ab einem bestimmten Alter aus der Hausgenossenschaft austraten und spätestens mit der Eheschließung einen eigenen Hausstand gründeten. Die Hauskinder waren vermögensfähig und erwarben das, was ihnen durch Erbschaft oder Geschenk zufiel. Bis dahin hatte der Vater am Vermögen der Kinder ein Nießbrauchrecht. Somit zählte das Vermögen zu der väterlichen Wirtschaft, solange die Kinder noch zuhause lebten.³⁶

Denselben Zusammenhang findet *Ebrlich* zwischen Recht und Wirtschaft bei der Unfreiheit. Es gibt zwei Arten von Unfreiheiten, nämlich die Sklaverei und die Hörigkeit. In diesen Fällen sind die Unfreien der Gewalt des Hausvorstandes unterworfen. Dabei ist die Gewalt aber kaum unbeschränkt.³⁷ Der

³² *Ebrlich* (1973) 22.

³³ *Ebrlich* (1973) 23.

³⁴ *Ebrlich* (1973) 23.

³⁵ *Ebrlich* (1973) 25.

³⁶ *Ebrlich* (1973) 26.

³⁷ *Ebrlich* (1973) 27.

Sklave war im Grunde nicht rechtsfähig, falls ihm nicht innerhalb seiner Familie Rechte zugestanden wurden. Im Vergleich dazu war der Hörige vermögens- und familienfähig. Er hatte eine eigene Wirtschaft und konnte selbst Gewinne schöpfen.³⁸

Das klassische römische Recht kannte nur die Sklaverei. Der Sklave hatte in Rom keinen eigenen Hausstand. Erst später in der nachklassischen Zeit entwickelte sich die Hörigkeit im römischen Recht unter dem Namen Kolonat.³⁹

Ehrlich schreibt, dass der Unfreie in England in der Theorie rechtlich gesehen dem Sklaven gleichgestellt war, aber in der wirklichen Rechtsausübung ein Höriger war. Er hatte gegenüber seinem Herren kein Recht auf eigenes Vermögen oder Rechtsschutz. Sein Besitz konnte ihm auch jederzeit entzogen werden. Der Unfreie war jedem Dritten gegenüber aber ein freier Mann. Das bedeutete, dass er rechts- und vermögensfähig war. Zudem konnte er über sein Vermögen verfügen und gegen Dritte klagen, solange sein Herr ihm sein Eigentum nicht entzog.⁴⁰

Des Weiteren vergleicht *Ehrlich* die Situation mit Russland und schreibt, dass man bis ins 17. Jahrhundert zwischen Sklaven und Hörigen unterschied.⁴¹ Die Sklaven waren rechtlos und daher auch vermögensunfähig, jedoch frohndienst- und abgabepflichtig. Erst ab dem Moskauer Zartum erlangte der Sklave die Vermögensfähigkeit, indem er sich z.B. im Handel betätigte und man ihm ein Darlehen gewährte.⁴² Jedoch verschlechterte sich diese Stellung im 16. Jahrhundert. Der Rang des Hörigen wurde dem des Sklaven angeglichen. Es wurden ganze Klassen willkürlich dem großgrundbesitzenden Adel ausgeliefert. Es kam so weit, dass sich Anfang des 19. Jahrhunderts die rechtliche Lage des Leibeigenen von dem des römischen Sklaven kaum mehr unterschied.⁴³ Nur in zwei Fällen konnte der Leibeigene gegen seinen Herren vor einer Behörde auftreten und zwar bei Hochverrat oder wenn sein Leben durch seinen Herren bedroht war. Abgesehen von diesen Fällen war jede Anzeige gegen den eigenen Herren strafbar. Zudem waren die Leibeigenen vermögensunfähig. Die Leibeigenen waren jedoch ehefähig und hatten andere Familienrechte. Wohingegen Rechtsunfähigkeit beim Erbfall bestand. Dem Leibeigenen konnte sein Herr alles wegnehmen. Er hatte nur Schutz gegenüber Dritten, wenn sich diese widerrechtlich das Vermögen aneigneten. Dieses Vermögen war nichts anderes als ein *peculium*. Der einzige Unterschied

³⁸ *Ehrlich* (1973) 28.

³⁹ *Ehrlich* (1973) 29.

⁴⁰ *Ehrlich* (1973) 30.

⁴¹ *Ehrlich* (1973) 31.

⁴² *Ehrlich* (1973) 32.

⁴³ *Ehrlich* (1973) 33.

bestand darin, dass nicht nur der Herr, sondern auch der Leibeigene selbst das Vermögen Dritten gegenüber herausklagen konnte.⁴⁴

Ehrlich erkennt, dass das russische Recht eine dem englischen Recht entgegengesetzte Entwicklung eingeschlagen hatte. Zusammengefasst war der englische Sklave dem Hörigenrecht unterstellt und der russische Hörige dem Sklavenrecht.⁴⁵

Bei den Großgrundbesitzern gab es eine eigene Bewirtschaftungsart – das sogenannte Obrok – bei der der Leibeigene einen Grundbesitz zur Verfügung gestellt bekam und an seinen Herren nur einen bestimmten Zins in Geld zu entrichten hatte. Dadurch erlangten die Leibeigenen eine gewisse Bewegungsfreiheit und konnten sich in den Handel miteinbringen. Das war der Grund, warum sie in die Städte zogen.⁴⁶

An diesem Beispiel zeigt *Ehrlich*, dass der Mensch es zu einer eigenen Wirtschaft bringen und trotz aller Schwierigkeiten die Vermögens- und Geschäftsfähigkeit erlangen konnte.⁴⁷ Dadurch verschwand auch in den westlichen Ländern Europas die Sklaverei, denn durch die eigene Wirtschaft der Sklaven wurden sie den Hörigen gleichgestellt. Nur diejenigen, die dem Herren auf seinem Hof persönliche Dienste leisteten, blieben noch Sklaven. In diesem Fall trug eine andere Entwicklung zum Ende der Sklaverei bei. Im Laufe der Zeit erlangten die Diener entweder eine angesehenere Stellung bei ihrem Herren und damit starb die bisher bekannte Form der Dienerschaft aus. Sodann gelangten die Nachkommen zu einem besserem Ansehen und die Kindeskin- der der Sklaven stiegen in einen angeseheneren gesellschaftlichen Stand auf.⁴⁸

Auch wenn es in der Neuzeit kaum noch Unfreie gab, existierten trotzdem viele Unterschiede in der Rechtsfähigkeit. Laut *Ehrlich* hängt das einerseits mit der Hausverfassung und andererseits mit der Stände- verfassung zusammen.⁴⁹

⁴⁴ *Ehrlich* (1973) 35.

⁴⁵ *Ehrlich* (1973) 36.

⁴⁶ *Ehrlich* (1973) 37.

⁴⁷ *Ehrlich* (1973) 38.

⁴⁸ *Ehrlich* (1973) 39.

⁴⁹ *Ehrlich* (1973) 40.

C. Die wirtschaftlichen Grundlagen der beschränkten Rechtsfähigkeit

Ehrlich erkennt, dass es bei den germanischen Völkern viele Abstufungen der Rechtsfähigkeit gab.⁵⁰

Der Hausvorstand hatte zwar nicht die Befugnis über Leben und Tod zu entscheiden, jedoch oblag ihm eine große Macht über Person und Vermögen der Hausgenossen. Zum Beispiel konnte der Hausvorstand alleine die Hausgenossenschaft vor Gericht vertreten und war der alleinige Verfügungsberechtigte über das Hausgut. Der Hausgenosse konnte nur durch Erbanfall oder durch Schenkung selbst Vermögen erwerben. Ansonsten fielen die Gewinne aus seinen Tätigkeiten dem Hausgut zu. Der Erwerb des Hausgenossen unterlag dem Nießbrauchrecht des Hausvorstandes und dieser konnte alleine darüber verfügen.⁵¹ Auch die freien Dienstboten zählten zu den Hausgenossen, sodass sie vollständig rechtsunfähig waren und der Gewalt des Hausvorstandes unterlagen.⁵²

In Rom gab es kein eigenes Ständerecht. Hingegen hatte man im Mittelalter eine eigene Ständeordnung, die sich auch auf die Rechtsfähigkeit auswirkte. Diese Stände waren vor allem wirtschaftliche Gruppen:

- der ackerbautreibende Bauer,
- der handels- und gewerbetreibende Bürger,
- Adelige und
- daneben noch besitzlose Arbeiterstände.⁵³

Diese Ständeordnung führte zur Verteilung der politischen Macht. Der Adel hatte die Macht im Staat und die Bürger in den Städten. Dies wiederum führte zu genossenschaftlichen Organisationen und verschiedenen Interessensgruppen. Die genossenschaftlichen Organisationen stellten zugleich rechtsbildende Körper dar. Daher konnten sie auch Rechte für ihre Interessensgruppen schaffen und erzeugten dadurch für sich selbst die eigene Rechtsfähigkeit. Alle diejenigen, die außerhalb dieser genossenschaftlichen Organisationen standen, waren rechtsunfähig und gleichzeitig Fremde.⁵⁴

⁵⁰ *Ehrlich* (1973) 41.

⁵¹ *Ehrlich* (1973) 41.

⁵² *Ehrlich* (1973) 42.

⁵³ *Ehrlich* (1973) 43.

⁵⁴ *Ehrlich* (1973) 44.

D. Die Zersetzung der alten Ordnung

Nach Ansicht von *Ehrlich* hatte die Zersetzung der alten Ordnung politische, wirtschaftliche und gesellschaftliche Gründe.⁵⁵

Seiner Meinung nach war der wichtigste politische Grund ‚das Verstärken‘ der Staatsgewalt. Im Mittelalter beschränkte sich der Staat nur auf wenige militärische und finanzielle Ziele. Der Staat kümmerte sich nicht um das Bildungswesen, die öffentliche Sicherheit oder die Sozialpolitik. Diese Aufgaben wurden von verschiedenen Verbänden, Gesellschaften und Hausgenossenschaften übernommen. Dadurch verkümmerten die staatliche Rechtspflege, die Gerichtsorganisation und die staatliche Rechtsbildung.⁵⁶

Ehrlich sieht, je weniger der Staat sich um diese Angelegenheiten kümmerte, desto mehr musste der Einzelne Wege finden um diese Probleme zu regeln. So schaffte der Einzelne Gesetze, die kein Völkerrecht zwischen den Menschengruppen darstellte, sondern sich mit jedem Einzelnen befasste. Der Einzelne war gezwungen, Behörden zu organisieren, die sich mit dem Einzelnen selbst und nicht mit dem Haus oder der Genossenschaft befassten.⁵⁷

In Rom kümmerte sich niemand um die öffentlichen Rechte der Hausgemeinschaft.⁵⁸ Erst im 13. Jahrhundert beginnt in England der Staat zu wachsen, in Frankreich im 14. Jahrhundert. Aufgrund dessen, dass der Staat seit dem Ende des Mittelalters dem Einzelnen mehr Rechte gab, kam es zur Auflösung der alten Verbände. Des Weiteren wurde das Volk aufgrund des wirtschaftlichen Handels immer reicher. Daher musste auch der Staat auf diese Entwicklung reagieren.⁵⁹

Ehrlich erkennt aber noch eine andere Seite an wirtschaftlichen Kräften, die die alte Ordnung auflöste. Er beobachtet, dass die geschlossenen Hausgenossenschaften immer weniger wurden, welche bis zum Ende des Mittelalters große Bereiche der Städte und der Länder beherrschten. Die wirtschaftliche Grundlage der Hausgenossenschaften war ursprünglich die Autarkie des Hauses. Die Hausgenossenschaften erzeugten all das selbst, was das Haus benötigte. Jedoch entwickelte sich im Laufe der Zeit der Handel und das Gewerbe in den Städten. Dies führte dazu, dass der Bauer immer mehr produzieren muss-

⁵⁵ *Ehrlich* (1973) 51.

⁵⁶ *Ehrlich* (1973) 51.

⁵⁷ *Ehrlich* (1973) 52.

⁵⁸ *Ehrlich* (1973) 53.

⁵⁹ *Ehrlich* (1973) 52.

te. Er konnte irgendwann jedoch diese großen Mengen nicht mehr in seinem Haus herstellen, sodass man vom Kaufmann zukaufen musste.⁶⁰

Dafür benötigte er aber Geld. Des Weiteren benötigte er Geld, da die Steuern ständig stiegen, die er dem Landesherrn zu zahlen hatte. Aus diesem Grund musste er seine landwirtschaftlichen Erzeugnisse verkaufen. Dadurch war die bäuerliche Hausgenossenschaft keine gütererzeugende und güterverzehrende Einheit mehr, sondern nur mehr eine güterverzehrende Einheit geworden. Es entstanden gewerbliche Unternehmen, deren Erträge die Familien ernährten. Als nächsten Schritt der Rechtsbildung musste man versuchen dies rechtlich auszugestalten.⁶¹

Aufgrund des Gewerbes und Handels wurde das handels- und gewerbetreibende Bürgertum immer wohlhabender. Diese wirtschaftliche Macht führte dazu, dass gegen den grundbesitzenden Adel vorgegangen wurde. Das Ergebnis dieses Kampfes war, dass die ständische Verfassung gestürzt wurde. Stattdessen kam es zu einer verfassungsmäßigen Regierungsform. Auch versuchte man die Bauern vom Adel unabhängig zu machen und sie politisch und wirtschaftlich dem Bürgertum gleichzustellen.⁶²

Nach *Ehrlich* spielte selbstverständlich auch die Großindustrie im 17. und 18. Jahrhundert eine bedeutende Rolle. Durch die Industrialisierung wurden Massengüter produziert, was dazu führte, dass die bäuerliche Wirtschaft allmählich verschwand. Durch diese Entwicklung wurde eine neue Schicht geschaffen – der moderne Arbeiterstand. Der Reichtum in den Städten führte dazu, dass die Unterworfenen von der Hörigkeit befreit wurden und sich dem städtischen Gewerbe oder Handel widmeten. Es gab viele Arbeiter in Fabriken. Die Arbeiter schlossen sich nicht zu Genossenschaften zusammen, denn es gab zu wenig Zeit, da der Austausch von Menschen von Ort zu Ort zu schnell geschah. Dadurch änderte sich auch die Familienstruktur, sodass von der Gemeinschaft als Familie nicht mehr viel übrig blieb.⁶³

Diese gesellschaftliche Änderung bezeichnet *Ehrlich* als den Individualismus, der sich über mehrere Jahrhunderte entwickelt hatte. Genauer gesagt, handelt es sich hierbei um das Streben des Einzelnen zur Selbständigkeit und Ungebundenheit. Der Individualismus stellt den Einzelnen unmittelbar dem Staat gegenüber.⁶⁴

⁶⁰ *Ehrlich* (1973) 54.

⁶¹ *Ehrlich* (1973) 54.

⁶² *Ehrlich* (1973) 55.

⁶³ *Ehrlich* (1973) 56.

⁶⁴ *Ehrlich* (1973) 57.

Im rechtlichen Sinn bedeutet der Individualismus, dass das Recht jeden Menschen als Einzelnen gelten lässt, nicht nur als Angehörigen einer Menschengruppe. Daraus zieht *Ehrlich* die Schlussfolgerung, dass es darum notwendig sei, den Menschen als solchen als rechtsfähig anzusehen.⁶⁵

Seines Erachtens war das eine neue Auffassung der Rechtsfähigkeit, da beim Individualismus nicht bloß der Einzelne, sondern jeder Einzelne als rechtsfähig anerkannt wurde. Vor allem wurde jeder Einzelne rechtsfähig, weil er es selbst wollte. Bis zu diesem Zeitpunkt waren einzelne Menschen zwar als rechtsfähig behandelt worden, jedoch nur, weil sie einer bestimmten Gruppe angehörten. Die Rechtsfähigkeit wurde zu einer persönlichen Eigenschaft.⁶⁶

E. Die moderne Entwicklung

Im BGB wird gleich am Beginn geregelt, dass die Rechtsfähigkeit des Menschen mit der Geburt beginnt. Nachdem endlich feststand, dass jeder Mensch Rechtsfähigkeit besitzt, galt es noch zu klären, ab welchem Zeitpunkt der Mensch rechtsfähig ist. *Ehrlich* bezeichnet die Rechtsfähigkeit aller Menschen als das letzte Wort des Individualismus.⁶⁷

Im ABGB wird die Rechtsfähigkeit in den §§ 16⁶⁸ und 18⁶⁹ geregelt. Im Jahre 1826 erklärte ein Justizdekret, dass jeder Sklave frei wurde, wenn er das kais. kön. Gebiet oder ein österreichisches Schiff betrat, oder einem österreichischen Untertan als Sklave überlassen wurde. Auch wenn die Rechtsfähigkeit gesetzlich festgeschrieben war, gab es trotzdem immanente Unterschiede:⁷⁰

Ehrlich schreibt, dass die beschränkte Rechtsfähigkeit von den individualistischen und politischen Parteien bekämpft wurde – vor allem von den liberalen und sozialpolitischen Parteien. Im Grunde strebte man die Verwirklichung der Forderung der gleichen Rechtsfähigkeit an. Jedoch traf ein Rechtssatz den Armen viel härter als den Reichen oder die Frau härter als den Mann. Somit

⁶⁵ *Ehrlich* (1973) 59.

⁶⁶ *Ehrlich* (1973) 59.

⁶⁷ *Ehrlich* (1973) 62.

⁶⁸ Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte und ist daher als eine Person zu betrachten. Sklaverei oder Leibeigenschaften und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht wird in diesen Ländern nicht gestattet.

⁶⁹ Jedermann ist unter den von den Gesetzen vorgeschriebenen Bedingungen fähig, Rechte zu erwerben.

⁷⁰ *Ehrlich* (1973) 62.

stellte sich die Forderung der gleichen Rechtsfähigkeit für *Ehrlich* als eine individualistische Forderung dar und nicht als eine sozialpolitische.⁷¹

Er sieht aber, dass in der Gesellschaft diese ‚gleiche Rechtsfähigkeit‘ aller Menschen auf keinen Fall durchgesetzt worden war. Als Beispiel zieht er das öffentliche Recht heran und erklärt die Ungleichheit der Rechtsfähigkeit anhand des Stimmrechts.⁷² Er schreibt, dass nur in den Vereinigten Staaten das Haupt der Regierung direkt vom Volk gewählt werde. Wohingegen in Österreich und Deutschland zwar ein Zweikammersystem bestehe, welches jedoch von ständischem Recht geprägt sei und sehr wenig individualistische Elemente aufweise.⁷³

Zudem verfüge der Adel über bestimmte Vorrechte im öffentlichen Recht. Der Adel habe z.B. das Recht einen Titel und ein Wappen zu führen. Des Weiteren könne er durch eigene Hausgesetze seine Rechtsverhältnisse von staatlichen Rechtsbildungen unabhängig gestalten. Auch in steuerrechtlicher Sicht habe der Adel Vorteile. Im Vergleich dazu habe der Bauern- und Bürgerstand keine besonderen Rechte. Außerdem würden im öffentlichen Recht im Bereich des Gewerberechts, Strafrechts und Strafprozessrechts die Frauen und Fremden weiterhin benachteiligt.⁷⁴

Man sehe erst im Jahre 1688 nach der großen Revolution eine Entwicklung – in Österreich während der Regierung von Kaiserin Maria Theresia und Kaiser Joseph II und in Frankreich 1848 nach der Revolution.⁷⁵

Ehrlich verdeutlicht auch anhand des Privatrechts die Entwicklung der Rechtsfähigkeit. Einer der größten Entwicklungen in dieser Hinsicht war die Französische Revolution. Das größte Ideal war vor allem Gleichheit zu schaffen – primär eine gleiche Rechtsfähigkeit. Zudem wollte man eine gleichmäßige Verteilung des Vermögens, was auch ein individualistischer Gedanke war. Die Revolution führte weiters dazu, dass Unterschiede in Abkunft, Religion und des Standes aufgehoben wurden. Somit verschwand auch jeder Einfluss der ständischen Verfassung auf die Rechtsfähigkeit.⁷⁶

Hinzukommend wurde die Ehe als ein bürgerlicher und in freier Form eingetragener Vertrag angesehen. Sie konnte durch gegenseitiges Einverständnis

⁷¹ *Ehrlich* (1973) 63.

⁷² *Ehrlich* (1973) 63.

⁷³ *Ehrlich* (1973) 64.

⁷⁴ *Ehrlich* (1973) 65.

⁷⁵ *Ehrlich* (1973) 65.

⁷⁶ *Ehrlich* (1973) 66.

der Ehepartner getrennt werden oder auf Antrag eines der beiden Eheleute. Es bestand während aufrechter Ehe Gütergemeinschaft.⁷⁷

Als eine weitere Entwicklung erkennt *Ebrlich*, dass die väterliche Gewalt in der Hausgenossenschaft nicht mehr bestand. Neben dem Vater war auch die Mutter das Haupt der Familie. Die Eltern konnten ihre Kinder nicht enterben.⁷⁸ Das Vermögen musste unter allen Kindern gleichermaßen aufgeteilt werden. Auch die Stellung der unehelichen Kinder wurde fast den ehelichen Kindern gleichgestellt und die Adoption wurde erleichtert.⁷⁹

Durch diese Entwicklung wurden die Unterschiede der Nationalität und Staatsangehörigkeit aufgehoben. Das galt auch für den Fremden, denn alle Menschen waren jetzt Bürger.⁸⁰

Ebrlich vergleicht die drei großen, damals geltenden privatrechtlichen Gesetzbücher, um den Rechtszustand zu erklären. Er erkennt, dass der Code Napoleon am wenigsten individualistisch geprägt ist. Am meisten individualistisch scheint ihm das ABGB. Das BGB, welches fast 100 Jahre jünger als die beiden anderen Gesetzbücher ist, liegt seines Erachtens in der Mitte.⁸¹

Seiner Meinung nach ist beim Vergleich dieser Gesetzesbücher nicht nur entscheidend, was sie regeln, sondern zu prüfen, was sie nicht enthalten. Er bemerkt, dass im Code alle Ungleichheiten, Vorrechte und Zurücksetzungen beseitigt wurden. Hingegen hat sich im ABGB nichts an der ständischen und feudalen Staats- und Rechtsverfassung geändert. Das BGB ist ähnlich dem ABGB. Im ABGB sind vor allem zwei Reste des ständischen Rechts verblieben: Das nach Religionsbekenntnis unterscheidende Eherecht und das Recht der Fideikommisse.⁸²

Es bestehen auch weiterhin noch Beschränkungen der Rechtsfähigkeit bei den geistlichen Orden. Die Mitglieder verlieren zwar nicht ihr Vermögen durch Eintritt in den Orden, aber das Recht Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen oder es zu erwerben. Des Weiteren steht es ihnen nicht zu, Testamente zu errichten. Eine beschränkte Rechtsfähigkeit haben weiterhin die Dienstboten. Auch in der Gewerbeordnung gibt es zahlreiche Ungleichheiten und Nachteile für Lehrlinge und Arbeiter.⁸³

⁷⁷ *Ebrlich* (1973) 67.

⁷⁸ *Ebrlich* (1973) 68.

⁷⁹ *Ebrlich* (1973) 68.

⁸⁰ *Ebrlich* (1973) 68.

⁸¹ *Ebrlich* (1973) 69.

⁸² *Ebrlich* (1973) 70.

⁸³ *Ebrlich* (1973) 71.

Im Familienrecht des Code ist die Person des Vaters ähnlich gestellt wie im römischen Recht. Die erleichterte Adoption, welche während der Revolution bestand, wird wieder erschwert, damit Fremde von der Familie fern gehalten werden. Zudem werden die Rechte der unehelichen Kinder gegenüber ihrem Vater durch das Verbot der Nachforschung der Vaterschaft wieder reduziert.⁸⁴

Darüber hinaus wird auch die Rechtsfähigkeit der Frau sehr beschränkt, was bedeutet, dass sie nicht mehr Vormund, nicht Mitglied eines Familienrats oder nicht Zeuge bei einem feierlichen Geschäft sein darf. Die verheiratete Frau ist somit fast entmündigt. Der Ehemann bestimmt den gemeinsamen Wohnsitz. Die Ehefrau benötigt die Ermächtigung von ihrem Gatten um vor Gericht zu erscheinen, zu schenken, zu veräußern oder zu erwerben. Somit verliert die Frau durch die Ehe fast alle privatrechtlichen Handlungsfähigkeiten und dadurch ein Stück ihrer Rechtsfähigkeit. Der Code stellt das gesamte bewegliche Vermögen unter den Ehegatten. Dadurch benötigt die Frau die Zustimmung ihres Gatten, damit sie über ihr eigenes Vermögen verfügen kann. Eine große Ungleichbehandlung besteht beim Ehebruch. Ein Ehebruch der Frau ist unbedingt strafbar und mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 2 Jahren bedroht. Wogegen der Ehebruch des Mannes nur dann strafbar ist, wenn er die Geliebte mit ins gemeinsame Haus nimmt. Er hat nur eine Geldstrafe zu bezahlen. Zudem ist es entschuldbar, wenn der Ehemann seine Ehefrau tötet, falls er sie auf frischer Tat ertappt. Der Ehefrau steht kein vergleichbares Recht zu.⁸⁵

Die französische Gesetzgebung wollte aber eine neue Umgestaltung im Familienrecht mit individualistischem Einfluss. Man erleichterte z.B. die Eingehung des Ehevertrages, stellte die Frau dem Mann gleich und machte Ehefrauen und Kinder selbständiger.⁸⁶

Ehrlich sieht den Unterschied zum Code Civile darin, dass es im BGB keine Beschränkung der Rechtsfähigkeit als solche gibt. Des Weiteren kennt das BGB keine eheherrliche Gewalt. Jedoch steht dem Ehemann die Entscheidung in allen Angelegenheiten, die das gemeinschaftliche eheliche Leben betreffen, zu. Insbesondere bestimmt der Ehegatte den Wohnort und die Frau hat ihm zu folgen. Die Ehefrau ist verpflichtet das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten und sie braucht die Zustimmung ihres Mannes zur Übernahme einer Vormundschaft. Die Frau kann aber den Richter aufsuchen, wenn der Gatte seine Rechte missbraucht. ‚Schlüsselgewalt‘ wird dieses Recht der Frau im Haus bezeichnet. Das BGB berechtigt sodann die Ehefrau, Geschäfte für

⁸⁴ *Ehrlich* (1973) 71.

⁸⁵ *Ehrlich* (1973) 72 f.

⁸⁶ *Ehrlich* (1973) 75.

ihren Mann abzuschließen und ihn zu vertreten. Jedoch ist sie nicht berechtigt ihr Kind in Rechtsangelegenheiten zu vertreten. Dies obliegt dem Vater. Gibt es Meinungsverschiedenheiten, gilt die Meinung des Mannes.⁸⁷

Bezüglich des ehelichen Güterrechts sind sich das BGB und der Code sehr ähnlich. Es gilt zunächst Vertragsfreiheit. Falls nichts bestimmt ist, dann gilt der gesetzliche Güterstand – die sogenannte Verwaltungsgemeinschaft. Nach dieser Bestimmung darf der Mann alleine das gemeinsame Ehevermögen verwalten.⁸⁸ Grundgedanke der Verwaltungsgemeinschaft ist, dass bei aufrechter Ehe der Ehemann über das eingebrachte Vermögen verfügen und dieses verwalten kann und es wie ein Nutznießer nutzen darf. Hingegen kann er seine Frau nicht durch Rechtsgeschäfte verpflichten oder über ihr Gut ohne Zustimmung verfügen. Somit bedeutet der Güterstand dieser Gemeinschaft eine weitgehende Beschränkung der Rechtsfähigkeit der Frau. Der Ehefrau steht das Vorbehaltsgut zur Verwaltung zu. Das sind Gegenstände, die ihrem persönlichen Gebrauch dienen (Kleider, Schmuck etc).⁸⁹

Eine weitere Beschränkung der Rechtsfähigkeit stellt die vertragsmäßige Gütergemeinschaft dar – die sogenannte Errungenschaftsgemeinschaft. Hierbei wird das, was die Frau in die Ehe einbringt und was sie während der Ehe erwirbt zum Gesamtgut. Der Ehemann verwaltet diese Gemeinschaft und verfügt darüber, als wäre es sein Alleineigentum. Nur bei der vertragsmäßigen Gütertrennung ist die Frau im gleichen Maße geschäftsfähig wie ihr Mann. Hier ist das gesamte Vermögen der Frau ‚Vorbehaltsgut‘.⁹⁰

Im ABGB wird die Rechtsfähigkeit der Frau in zweierlei Richtungen beschränkt. Einerseits verweigert es das ABGB der Frau als Zeugin bei Testamenten und Grundbuchsbeurkunden aufzutreten. Andererseits kann sie nicht als Vormund oder Kuratel bestellt werden.⁹¹

Das Familienrecht des ABGB ist streng individualistisch geprägt. Die Frau steht dem Mann, die Kinder den Eltern selbständig gegenüber. Der Mann wird als Haupt der Familie anerkannt und hat als solcher das Recht, das Haus zu leiten. Die Frau muss dem Wohnsitz ihres Ehemannes folgen. Haben die Ehegatten nichts vereinbart, dann gilt Gütertrennung und die Rechte der Frau sind nur durch zwei Vermutungen beschränkt: Zum einen, dass jeder Erwerb

⁸⁷ *Ebrlich* (1973) 76 f.

⁸⁸ *Ebrlich* (1973) 78.

⁸⁹ *Ebrlich* (1973) 79.

⁹⁰ *Ebrlich* (1973) 80 f.

⁹¹ *Ebrlich* (1973) 82.

vom Mann stammt; zum anderen, dass die Frau dem Mann als ihren gesetzlichen Vertreter die Verwaltung ihres freien Vermögens anvertraut hat.⁹²

Im Falle einer Scheidung der Ehe kommt es vor allem auf die Einigung der Eltern darüber an, welcher Teil die Kinder erziehen soll. Falls Uneinigkeit herrscht, dann entscheidet das Gericht.⁹³

F. Conclusio

Ehrlich kommt zum Schluss, dass von den alten gesellschaftlichen Verbänden eigentlich nur die Familie aufrecht geblieben ist. Als Verband galten nur mehr der Vater, seine Frau und die minderjährigen, unverheirateten und im väterlichen Haushalt lebenden Kinder.⁹⁴

Eine eheherrliche Gewalt kannte dem Namen nach nur der Code Civile. Der Sache nach kannte sie das BGB, aber nicht das ABGB. Rechte über die Frau und ihr Vermögen gewährte im größeren Umfang nur der Code dem Mann. Das BGB gab dem Mann nur wenige Rechte über die Person der Frau, aber viele Rechte über ihr Vermögen. Nach dem ABGB waren die Rechtsunterschiede zwischen Mann und Frau betreffend die Personen- und die Vermögensrechte unwesentlich.⁹⁵

Sowohl der Code als auch das BGB erlaubten zum Teil dem Mann die alleinige Verfügung über das eheliche Vermögen. Nach dem ABGB musste das durch Vertrag erst begründet werden. Die Ehescheidung war überall anerkannt. Außer in Österreich für Ehen, bei denen zur Zeit der Eheschließung zumindest ein Teil katholisch gewesen ist.⁹⁶

Darüber hinaus gaben der Code und das BGB dem Mann ein Nießbrauchrecht am Vermögen der Kinder und ein Recht auf die Arbeit der Kinder im Haus. Im ABGB war das so nicht ausdrücklich geregelt. Also auch im Bereich des Familienrechts war der Individualismus im ABGB ersichtlich.⁹⁷

Das BGB war der individualistischen Entwicklung zu Zeiten Eugen Ehrlichs nicht gefolgt. Im Unterschied zu Österreich – wo es im Gesetz geregelt war – musste in Deutschland die Frau ihre Selbstständigkeit vor Gericht erkämpfen oder durch Ehevertrag festhalten. Sowohl in Österreich als auch in Frankreich

⁹² *Ehrlich* (1973) 82 f.

⁹³ *Ehrlich* (1973) 85.

⁹⁴ *Ehrlich* (1973) 87.

⁹⁵ *Ehrlich* (1973) 88.

⁹⁶ *Ehrlich* (1973) 88.

⁹⁷ *Ehrlich* (1973) 88.

begann man das Eherecht im individualistischen Sinn auszugestalten, wohingegen es in Deutschland reduziert wurde. Nach *Ebrlich* ist dieser Weg, den das BGB einschlug, bedenklich. Denn seiner Meinung nach benötigt die Familie kein Gesetzbuch oder Gericht.⁹⁸ Der Gesetzgeber hat für die Ehen und Familien zu sorgen, die sich selbst nicht helfen können und die daher der Hilfe des Richters bedürfen.⁹⁹

Seines Erachtens überlässt in einer aufrechten Ehe die Frau die Verwaltung ihres Vermögens dem Ehemann. Wenn aber das BGB dies für jeden Fall vorschrieb, so bedeutete das für *Ebrlich*, dass es auch dann galt, wenn die Frau ihrem Mann nicht trauen konnte. *Ebrlich* fragt sich auch, ob es einen Sinn haben kann, durch richterliches Urteil zu veranlassen, dass die Frau dem Mann in seinen Wohnsitz zu folgen hat. Die Frau, die sich diesem Urteil nicht fügte, wurde aus ihrem Verschulden geschieden.¹⁰⁰

Zusammenfassend ist *Ebrlich* der Meinung, dass im BGB dem Mann zu viel Macht eingeräumt wurde. Darum findet *Ebrlich* die Entwicklung in Österreich und Frankreich vorbildlicher.¹⁰¹

Literatur

Ebrlich Die Rechtsfähigkeit (1973).

Mag.^a Özlem Taban
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
0512/507-8105
oetzlem.taban@uibk.ac.at

⁹⁸ *Ebrlich* (1973) 89.

⁹⁹ *Ebrlich* (1973) 89.

¹⁰⁰ *Ebrlich* (1973) 90.

¹⁰¹ *Ebrlich* (1973) 91.

Philipp Dobler

Die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen

A. Einleitung

Die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen entzündet sich an der Rezension von Ehrlichs ‚Grundlegung der Soziologie des Rechts‘ aus dem Jahre 1913 durch Kelsen, welche im Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik publiziert wurde. Auf eine diesbezügliche Entgegnung Ehrlichs replizierte Kelsen, woraufhin jener wiederum eine Replik verfasste; die heftig geführte Debatte beendete ein Schlusswort, welches Kelsen in dem genannten Publikationsorgan veröffentlichte.¹

Wenngleich somit letztlich eine (bloße) Buchrezension den Ausgangspunkt und Kern der eigentlichen Debatte darstellt, weist der daraus resultierende Konflikt zahlreiche Facetten auf, die über den konkreten Anlassfall hinaus reichen und eine Beschäftigung mit der geführten Auseinandersetzung rechtfertigen.

Unter Außerachtlassung des vorherrschenden Zeitgeistes, alles unter dem Gesichtspunkt einer potentiellen Verwertbarkeit zu betrachten, lässt sich die Beschäftigung mit zwei herausragenden Vertretern der Rechtswissenschaft ihrer Zeit auch aus rein akademischem Interesse begründen; dies nicht zuletzt deshalb, weil die Sprache und der damit verbundene Stil der Texte besondere Beachtung verdienen. Einerseits orientieren sich die Autoren² – in Abkehr vom romantisch bzw idealistisch geprägten Stil (auch wissenschaftlicher Publikationen) des 19. Jahrhunderts – an einer klaren Linie, die bereits bei Goethe vorgezeichnet ist, andererseits bestehen sie durch starke, individuelle Ausdrucksmittel, deren Sprachgewalt an Nietzsche erinnert.³

Darüber hinaus sollte jedoch nicht vergessen werden, dass die heutige Methodenlehre keineswegs auf einer unumstößlichen Grundlage errichtet wurde. Zu Recht hat Krawietz auf die noch fehlende Auseinandersetzung mit den Fun-

¹ *Lüderssen* hat die verdienstvolle Aufgabe besorgt, die erwähnten Schriften neu aufzulegen; auf der Grundlage dieser Edition erfolgt die Zitierung der Beiträge von Ehrlich und Kelsen: *Lüderssen Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17)* (2003); nachstehend zitiert als *Kelsen/Ehrlich in Lüderssen* (2003).

² Man muss hinsichtlich der sprachlichen Beherrschung und Meisterschaft sowohl Kelsen als auch Ehrlich hervorheben, wenngleich deren Stilmittel mitunter stark voneinander abweichen.

³ Vgl auch *Lüderssen* (2003) XI. Ähnlich *derselbe* Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (2005) 268.

damenten der heute herrschenden Methodik hingewiesen und Bezug nehmend auf den juristischen Methodenstreit⁴, in welchem auch die Kontroverse zwischen Ehrlich und Kelsen verortet werden muss, nachstehende Feststellung getroffen:

„Eine adäquate Erörterung der im juristischen Methodenstreit deutlich zutage tretenden, die Grundlagen des Rechts und der Rechtswissenschaft betreffenden Probleme ist vor allem durch die folgenreiche Entwicklung der Interessen- und Wertungsjurisprudenz verzögert worden [...]. So unangefochten die juristische Methodenlehre der Interessen- und Wertungsjurisprudenz seit langem in der Rechtspraxis dominiert, [...] so wenig wissenschaftlich gesichert sind jedoch heute [...] ihre methodologischen, rechtstheoretischen und philosophischen Voraussetzungen und Implikationen.“⁵

Einen kleinen Beitrag zu diesem Anliegen, einen – wenngleich sehr eingeschränkten und dadurch perspektivisch verzerrten – Ausgangspunkt dieser Diskussion in den Mittelpunkt zu rücken, möchte dieser Beitrag leisten.

B. Die Kontroverse

1. Der Dualismus von Sein und Sollen als Grundlage der materiellen Kritik Kelsens

Ganz im Sinne eines neukantianischen Grundverständnisses definiert sich jede Wissenschaft – in diesem Punkt wohl nicht zu Unrecht – nach der ihr zu Grunde liegenden Methode. So kann es nicht verwundern, dass Kelsen methodische Überlegungen an den Anfang seiner Kritik an Ehrlichs Grundlegung der Soziologie des Rechts stellt und faktisch das gesamte Werk unter diesem Gesichtspunkt gewichtet – und letztlich für zu leicht befindet.

Kelsens Kritik fußt maßgeblich auf dem Vorwurf der unzulässigen Vermengung „der Methoden normativer Jurisprudenz und explikativer Rechtssoziologie“⁶, wobei er – die grundlegenden Positionen und Argumente der ‚Reinen Rechtslehre‘ vorwegnehmend – den „fundamentalen Gegensatz, der die Rechtswissenschaft in Bezug auf Gegenstand und Methode in zwei von Grund aus verschiedene Richtungen zu spalten droht“, betont, welcher sich aus der doppelten Betrachtungsweise des Rechts ergebe.⁷ Dem liegt die seiner

⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Schulte* Hans Kelsens Beitrag zum Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre (2005) 248 ff.

⁵ *Krawietz* Einleitung, in: *derselbe* (Hg), *Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz* (1976) 4.

⁶ *Kelsen* in *Lüderssen* (2003) 5.

⁷ *Kelsen* in *Lüderssen* (2003) 4. Unverkennbar sind Kelsens rhetorische Fertigkeiten: Kelsen leitet die Darstellung seiner methodischen Position mit der Betonung des Ansatzes von Ehrlich ein, eine „Grundlegung“ der Rechtssoziologie vornehmen zu wollen, und verknüpft in unmittelbarer

Ansicht nach kategoriell notwendig zu unterscheidende Betrachtungsweise des Rechts als Sollensregel (Norm) einerseits und als Seinsregel bestimmten menschlichen Verhaltens andererseits zu Grunde. Neben der Auffassung der Rechtswissenschaft als einer normativen und deduktiven Wertwissenschaft gleichsam der Ethik oder Logik, die das Recht als spezifische Form des Sollens betrachtet, ‚versucht‘ man, ‚das Recht als einen Teil der sozialen Wirklichkeit zu begreifen‘.⁸ Zwar billigt Kelsen soziologischen Überlegungen grundsätzlich eine gewisse Eigenberechtigung zu – wenngleich er sich geradezu streibt, diese als Rechtswissenschaft anzuerkennen – doch betont er vehement die Notwendigkeit der methodischen und damit auch aus dem Selbstverständnis des Neukantianismus heraus qualitativen Trennung der Soziologie von der Rechtswissenschaft. Eine Zusammenfassung dieser Kritik formuliert Kelsen selbst, in dem er festhält:

„Es muss als ein schwerer Mangel des Ehrlich'schen Werks empfunden werden, daß seine Grundlegung der Rechtssoziologie von allem Anfang an die klare und deutliche Scheidung von Wert- und Wirklichkeitsbetrachtung vermissen läßt.“⁹

Die von Kelsen eingeforderte ‚klare und deutliche Scheidung‘ – unverkennbar schimmert noch die bei Leibnitz so zentrale Begriffsabgrenzung des ‚clare et distincte‘ durch – bildet das Richtmaß, an dem er das Werk von Ehrlich misst und dabei über die säuberliche Scheidung, die Aufgliederung und Zergliederung letztlich das Werk im Ganzen verkennt.

Die Ausführungen Kelsens müssen hinsichtlich Form und Inhalt als Reaktion auf den von Ehrlich geführten Angriff gegen den Wissenschaftsbegriff der herrschenden Lehre verstanden werden. Ehrlich stellt an den Anfang seiner Grundlegung das Ziel und Ideal einer selbständigen Rechtswissenschaft, „die nicht praktischen Zwecken dienen will, sondern der reinen Erkenntnis, die nicht von Worten handelt, sondern von Tatsachen.“¹⁰ Sein Vorwurf richtet

Folge durch das Postulat des ‚fundamentalen Gegensatzes‘ zwischen der Betrachtung des Rechts als Seins- oder Sollensordnung bereits sprachlich den Versuch einer wissenschaftlichen Grundlegung der Rechtssoziologie mit seiner eigenen methodischen Grundüberzeugung als notwendigem ‚Fundament‘ eines entsprechenden Projekts.

⁸ Kelsen in Lüderssen (2003) 4. Die kritische Haltung Kelsens gegenüber der Etablierung eines rechtssoziologischen Ansatzes zeigt sich nicht zuletzt an sprachlichen Seitenhieben – die Quasi-Gleichstellung von Logik und normativer Rechtswissenschaft hebt diese qualitativ deutlich ab vom bloßen ‚Versuch‘ der Rechtssoziologie.

⁹ Kelsen in Lüderssen (2003) 7.

¹⁰ Ehrlich Grundlegung der Soziologie des Rechts² (1929) 1. Auch Ehrlich beherrscht einen rhetorisch dominierenden Stil, der zuvor bereits bei Kelsen hervorgehoben wurde, meisterlich: Einerseits verknüpft er das Projekt einer Scheidung von praktischer Technik und Wissenschaft mit der Entwicklung im Bereich der Medizin, deren Fortschritte sich kaum leugnen lassen, andererseits postuliert er als Gegenstand der selbständigen Wissenschaft ‚Tatsachen‘ und nicht Worte; so ver-

sich im Kern gegen die universitären rechtswissenschaftlichen Einrichtungen seiner Zeit, „deren ganzer Inhalt ziemlich erschöpfend bezeichnet werden kann als praktische Anleitung, wie der Richter sein Amt auszuüben habe“.¹¹ Nach der Ansicht Ehrlichs bleibt die Jurisprudenz aus diesem Grund dem Primat der praktischen Verwertbarkeit – eingeschränkt auf die Tätigkeit der Richter und Beamten – verhaftet und vermag den Schritt zur eigentlichen Wissenschaft nicht zu vollziehen.

Die zweckgerichtete Einschränkung führe darüber hinaus auch zur methodischen Begrenztheit der Rechtswissenschaft: Insoweit die Jurisprudenz geradezu ausschließlich zu einer praktischen Lehre für den richterlichen Gebrauch verkümmere, erkläre sich nämlich auch deren Hang zur bloßen Abstraktion und Deduktion als Vorbereitung der richterlichen Subsumtionstätigkeit. Demgegenüber liege der „echten Wissenschaft“ maßgeblich die induktive Methode zu Grunde, deren Basis Tatsachenbeobachtungen und Erfahrungssammlungen bilden.¹²

Ausgehend von der Entwicklung und Fundierung des positivistischen Wissenschaftsbegriffs (insbesondere des 19. Jahrhunderts) positioniert Ehrlich somit die Rechtssoziologie als konsequente Durchsetzung dieser Wissenschaftlichkeit im Bereich der Jurisprudenz und spricht der herrschenden Rechtslehre im Gegenzug diesen Anspruch bzw diese Stellung ab. Dieser Ansatz musste vor dem Hintergrund des Selbstverständnisses der neukantianischen Strömung als direkter Affront gewertet werden, sodass die Reaktion Kelsens (oder jedenfalls eines sonstigen Vertreters) zu erwarten war.

Kelsen greift die Unterscheidung von praktischer Rechtslehre und echter, theoretischer Rechtswissenschaft auf und wirft Ehrlich – ausgehend von der Abgrenzung der induktiven und deduktiven Methode vor – er sei „offenbar der naiven Meinung, daß alle Wissenschaft nur induktiv verfahren könne“.¹³ Ehrlich verkenne nicht nur den Wert sondern vielmehr die Notwendigkeit begrifflicher Abstraktion als Grundlage jeglicher wissenschaftlichen Erkenntnis, die über die Beobachtung eines konkreten Einzelphänomens hinausgeht. Den darüber hinaus erhobenen Vorwurf der mangelnden ‚Fühlung mit der Wirklichkeit‘, den Ehrlich der Rechtswissenschaft vorhält, wischt Kelsen in bestimmtem Stil mit der Begründung vom Tisch, dass die Rechtswissenschaft als normative Wissenschaft überhaupt keine Erklärung der Wirklichkeit bieten

bindet er zugleich die Kritik an der Begriffsjurisprudenz mit der Vorausschau auf die von ihm ins Zentrum gestellten Rechtstatsachen.

¹¹ *Ehrlich* (1929) 4.

¹² *Ehrlich* (1929) 6.

¹³ *Kelsen in Lüderssen* (2003) 8.

wolle, weshalb die fehlende Fühlung nicht vorwerfbar da nicht relevant sei.¹⁴ Einen derartigen kausal erklärenden Ansatz müsste nach Kelsen vielmehr eine (richtig verstandene und wissenschaftstheoretisch akzeptable) Rechtssoziologie vertreten, die dadurch tatsächlich als Kontrapunkt der Rechtswissenschaft betrachtet werden könnte; allerdings verfolge Ehrlich fälschlicherweise gerade nicht die genannte Abgrenzung zur normativen Rechtswissenschaft, sondern wie der Rechtssoziologie generell die Funktion der Betrachtung des Rechts ‚als einer Regel des allgemeinen menschlichen Handelns‘ zu.

Auf der Grundlage des in seiner grundlegenden Bedeutung hervorgehobenen Dualismus von Sein und Sollen versucht Kelsen im Rahmen seiner Rezension die Inkonsistenz der Begrifflichkeit bei Ehrlich herauszuarbeiten, wobei er zentrale Positionen herausgreift und aus seinem eigenen Verständnishorizont kritisch würdigt. Bereits die geschilderte Auseinandersetzung Kelsens mit dem Begriff der Rechtswissenschaft bei Ehrlich zeigt jedoch, dass die Positionen beider Parteien so festgefahren waren, dass sich ein produktiver Diskurs überhaupt nicht entwickeln konnte. An der Unterscheidung von Recht als Seinsregel und als Sollensregel unverbrüchlich festhaltend lehnt Kelsen einen ‚Synkretismus der Methoden normativer Jurisprudenz und explikativer Rechtssoziologie‘ kategorisch ab und konstatiert abschließend – wenngleich bereits zu Beginn seiner Rezension:

„Ob es unter solchen Umständen noch einen Sinn haben kann, beide Arten wissenschaftlicher Erkenntnisrichtung gemeinsam Rechtswissenschaft zu bezeichnen und so den Schein eines gemeinsamen Objektes zu erwecken muß fraglich sein.“

Vor diesem Hintergrund konnte sich eine fruchtbare Diskussion kaum entwickeln. Rottleuthner hat die einzelnen Punkte der gegenständlichen Kontroverse detailliert dargestellt und aufgeschlüsselt; diese Aufgabe soll an dieser Stelle nicht nachgezeichnet werden, da einerseits die meisten Themenkreise im Rahmen der Tagungsvorträge gesondert dargestellt wurden und andererseits Ehrlich kaum die Vorwürfe Kelsens inhaltlich erwiderte. Im Ergebnis ist mit Rottleuthner festzustellen, dass es Kelsen ‚vor allem um Begriffsklärungen im Rahmen eines rechtstheoretischen, vor allem vom Neukantianismus her übernommenen Konzepts‘ ging¹⁵; Ehrlich lehnte es demgegenüber ausdrücklich ab, den Diskurs bloß auf der terminologischen Ebene zu führen. Die inhaltliche Auseinandersetzung beschränkt sich letztlich auf die Darlegung des Ver-

¹⁴ Geht man auf die Argumentation *Kelsens* ein, wonach der fehlende Bezug zur Wirklichkeit darin begründet ist, dass die Rechtswissenschaft keinen Bezug zur Wirklichkeit haben will, verdeutlicht sich die argumentative Unzulässigkeit dieser *petitio principii*, die jeden Diskurs *ex ante* abschneidet.

¹⁵ *Rottleuthner* Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (1915/1917)(1984) 522.

ständnisses von Rechtsnorm und Rechtssatz bei Ehrlich, die jedoch hier nicht wiederholt werden soll, da die Kontroverse selbst weder für das Verständnis der Position Ehrlichs noch der Meinung Kelsens besondere Bedeutung hätte.

2. Systematisch-formelle Kritik

Selbst wohlwollend gesinnte Rezensenten können nicht umhin, dem Werk Ehrlichs einen gewissen ‚essayistischen Charakter‘ zuzuschreiben.¹⁶ Kelsen fasst diesen Vorwurf noch schärfer, indem er festhält: „Es ist nicht leicht, die *systematische* Kritik eines Werkes zu schreiben, das, wie Ehrlichs Grundlegung der Soziologie, so ganz *systemlos*, eigentlich nur die äußerliche Zusammenfassung einiger Essays ist.“¹⁷ Ein Werk, welches den Anspruch erhebt, die Grundlegung einer neuen Wissenschaft zu bilden, setze die Schaffung einer klaren und eindeutigen Terminologie geradezu voraus, denn „bei der Grundlegung einer neuen Wissenschaft wird man kaum auf einen planmäßigen Aufbau, gewiß nicht auf eine solide Fundierung der wichtigsten Begriffe und Lehrsätze verzichten können, ohne die ja von einem *Fundament* keine Rede sein kann.“¹⁸ Deutlich tritt hier der wissenschaftstheoretische Ansatz Kelsens zu Tage, wonach einzig und allein die Klärung fundamentaler Begrifflichkeiten im Rahmen eines gesamttheoretischen Konzepts Wissenschaftlichkeit verbürgen kann.¹⁹

Zum Vorwurf der Verwendung ungenauer Begrifflichkeiten nimmt Ehrlich nur am Rande Stellung, indem er festhält, dass er in seiner Arbeit ‚oft wissenschaftliches Neuland betreten habe‘ und aus diesem Grund mitunter eine eigene wissenschaftliche Terminologie schaffen musste.²⁰ Darüber hinaus lehnt Ehrlich eine allzu intensive Beschäftigung mit terminologischen Fragen ohne materiellen Gehalt grundsätzlich ab; vielmehr dient ihm die Sprache lediglich als Instrument der wissenschaftlichen Kommunikation, dem kein besonderer Eigenwert an sich zuzusprechen ist.²¹

Vor diesem Hintergrund weist Ehrlich die Kritik Kelsens in zweierlei Hinsicht zurück:

Einerseits wirft er Kelsen konkret vor, ihm „seine eigene Terminologie zu unterschieben, [und seine – das heißt Ehrlichs Aussagen] als Unsinn zu bezeich-

¹⁶ zB *Rehbinder* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich (1967) 90 ff.

¹⁷ *Kelsen in Lüderssen* (2003) 11.

¹⁸ Ebendort.

¹⁹ Vgl diesbezüglich auch *Rottenthalner* (1984) 522.

²⁰ *Ehrlich in Lüderssen* (2003) 59.

²¹ *Ehrlich in Lüderssen* (2003) 65.

nen, weil es zum Kelsenschen terminologischen Eigenbau nicht stimme.²² Seine ganze Kritik beschränke sich auf die terminologische Zerpflückung einzelner von Ehrlich geprägter Begrifflichkeiten, die durch ‚irgendeine Kelsenerie‘²³ ersetzt würden; eine inhaltliche Bearbeitung des dargebotenen Stoffs fehle vollständig.

Andererseits erscheint in prinzipieller Betrachtung eine rein auf terminologischer Ebene geführte Auseinandersetzung als unzureichend, da er selbst die bloß abstrahierende, falsche Rechtswissenschaft in seinen Schriften scharf angegriffen hat. Der Vorwurf der Bedienung eines unergiebigem ‚Begriffsfetischs‘ schwingt bei Ehrlich in der Auseinandersetzung mit Kelsen – oder losgelöst von der dargestellten Kontroverse mit den Vertretern der sogenannten Begriffsjurisprudenz – stets mit, wobei die Abneigung Ehrlichs deutlich zu Tage tritt, um Begrifflichkeiten in ihren unterschiedlichen Schattierungen quasi zu feilschen. Pointiert fasst Ehrlich seine diesbezügliche Einstellung und sein wissenschaftliches Ansinnen in seiner Entgegnung zusammen, indem er festhält:

„Gegenstand der Soziologie des Rechts ist nicht Terminologie, sondern das Verhältnis des Rechts zur Gesellschaft.“²⁴

Meines Erachtens kann insbesondere die Formalkritik an Ehrlichs Werk nur im kontextuellen Bezug auf sein Gesamtwerk und dessen Verortung im aktuellen wissenschaftlichen Diskurs seiner Zeit erfolgen. In diesem Zusammenhang ist zunächst hervorzuheben, dass Ehrlichs wissenschaftliche Stellungnahmen nicht nur als positiver Beitrag zur Begründung und Festigung der ‚neuen‘ Rechtssoziologie sondern über weite Strecken als Kritik an der damals wohl noch herrschenden Begriffsjurisprudenz zu verstehen sind. Einzelne Formulierungen und Aussagen bei Ehrlich zielen wohl weniger auf die Präzisierung der eigenen Position als vielmehr auf die Abgrenzung zur herrschenden Lehrmeinung; vereinzelt unscharf gebliebene Definitionen bleiben dabei dem rhetorisch kämpferischen Stil geschuldet.²⁵

Darüber hinaus bedingt die von Ehrlich in den Fokus der wissenschaftlichen Aufmerksamkeit gerückte Betrachtung der Rechtstatsachen an sich einen Stil, der auch wirklich von den Tatsachen ausgeht und – hierauf legt Ehrlich besonderen Wert – induktiv zu den allgemeinen Rechtssätzen voranschreitet.

²² Ehrlich in Lüderssen (2003) 61.

²³ Ehrlich in Lüderssen (2003) 64.

²⁴ Ehrlich in Lüderssen (2003) 65.

²⁵ In Anlehnung an Nietzsche könnte Ehrlich somit als Jurist mit dem Hammer bezeichnet werden, der die herrschenden Meinungen einreißt und eigene Akzente setzt. Ähnlich auch *Rebinder* (1967) 91.

Die ausführliche Beschäftigung mit den Tatsachen umfasst dabei auch die Genese der einzelnen Rechtsinstitute, sodass insbesondere Ehrlichs Grundlegung der Rechtssoziologie über weite Strecken rechtshistorisches Material bietet.

Die heftig geführte Diskussion um – hinsichtlich des Gesamtwerks – relativ belanglose begriffliche Probleme spiegelt letztlich das gespannte Verhältnis zwischen Ehrlich und Kelsen wider, welches auf die gesamte Kontroverse zurück wirkt. Die von Baumgarten im Zusammenhang mit dem grundsätzlichen Streit mit und um die Begriffsjurisprudenz getätigte Aussage scheint sich auch hinsichtlich der Auseinandersetzung zwischen Kelsen und Ehrlich zu bewahrheiten und bringt die Problematik der Kontroverse auf den Punkt:

„Zuzugeben ist, dass unendlich oft die Hartnäckigkeit, mit der der Streit geführt wird, zu der Bedeutung seines offen zutage tretenden Gegenstands in auffälligem Mißverhältnis steht. Das liegt aber in der Mehrzahl der Fälle nicht an der kleinlichen Rechthaberei der Streitenden, sondern daran, dass die tiefen Wurzeln des Streits in der Diskussion nicht aufgedeckt werden und den Beteiligten selbst nicht deutlich ins Bewußtsein treten.“²⁶

Das ‚Aneinandervorbeireden‘ der Kontrahenten verhinderte über weite Strecken eine echte und fruchtbringende Auseinandersetzung mit den vorgebrachten Argumenten, die sowohl der Rechtssoziologie als auch der – zukünftigen – Reinen Rechtslehre reiche Impulse hätte bieten können.

C. Die unterbliebene Debatte – zur aktuellen Bedeutung der Kontroverse

Insoweit die Kontroverse zwischen Kelsen und Ehrlich inhaltlich an der Oberfläche der Grundlegung der Soziologie des Rechts blieb und sich auf die terminologische Ebene beschränkte, blieb der inhaltliche Kern des Werks letztlich unbeachtet. In nuce hatte bereits Ehrlich den Sinn der Grundlegung in seiner viel beachteten Vorrede zusammengefasst wie folgt:

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

²⁶ Baumgarten, Die Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz (1932), in: *Krawietz* (Hg.) Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz (1976) 4.

1. Das Eindringen der Wirklichkeit in das Werk Kelsens

Die inhaltliche Diskussion der von Ehrlich ins Zentrum seines Werks gestellten Frage hätte sich wohl für beide Seiten als fruchtbar erwiesen: Zwar verhinderte Ehrlichs früher Tod eine entsprechende Entwicklung seines eigenen Werks, doch zeigt sich bei Kelsen in der Bearbeitung der Reinen Rechtslehre eine Tendenz, die vielleicht als Eindringen der Wirklichkeit in dieses geschlossene System bezeichnet werden könnte.

Als Ausgangspunkt kann dabei die neu bearbeitete, zweite Auflage der Reinen Rechtslehre von Kelsen und die darin getroffene Bestimmung des Verhältnisses zwischen Geltung und Wirksamkeit des Rechts herangezogen werden, wobei Kelsen selbst diese Thematik als ‚eines der wichtigsten und zugleich schwierigsten Probleme einer positivistischen Rechtstheorie‘ bezeichnete, da es ‚nur ein Spezialfall des Verhältnisses zwischen dem Sollen der Rechtsnorm und dem Sein der Naturwirklichkeit‘ sei.²⁷ In Abkehr von seiner früheren Position²⁸ lehnt Kelsen in diesem Zusammenhang die kategorische Scheidung von Geltung als einem Sollen und Wirksamkeit als einem Sein ausdrücklich ab und bestätigt vielmehr die notwendige Beziehung zwischen Wirksamkeit und Normgeltung, „denn es kann nicht geleugnet werden, daß eine Rechtsordnung als Ganzes ebenso wie eine einzelne Rechtsordnung ihre Geltung verliert, wenn sie aufhört wirksam zu sein; und daß auch insofern eine Beziehung zwischen dem Sollen der Rechtsnorm und dem Sein der Naturwirklichkeit besteht, als die positive Rechtsnorm, um zu gelten, durch einen Seinsakt gesetzt werden muß.“²⁹ Die relative Öffnung³⁰ seiner Theorie gegenüber der

²⁷ Kelsen *Reine Rechtslehre*² (1960) 215; vgl dazu auch *Ott*, *Der Rechtspositivismus*² (1992) 50 ff.

²⁸ Vgl auch *Kramer* Kelsens ‚Reine Rechtslehre‘ und die ‚Anerkennungstheorie‘ (1970) 187 f.

²⁹ Kelsen (1960) 215 f. Eine Gleichsetzung von Wirksamkeit und Geltung lehnt Kelsen jedoch weiterhin ab. Sein Lösungsansatz lautet: „Ebenso wie die Sollnorm als Sinn des sie setzenden Seinsaktes nicht mit diesem Akte, ist die Soll-Geltung einer Rechtsnorm nicht mit ihrer Seins-Wirksamkeit identisch; die Wirksamkeit der Rechtsordnung als Ganzes und die Wirksamkeit einer einzelnen Rechtsnorm sind – ebenso wie der Normsetzungsakt – Bedingung der Geltung, und zwar Wirksamkeit in dem Sinne Bedingung, daß eine Rechtsordnung als Ganzes und eine einzelne Rechtsnorm nicht mehr als gültig angesehen werden, wenn sie aufhören wirksam zu sein.“ – Kelsen (1960) 218.

³⁰ Ganz wohl scheint Kelsen jedoch mit dem Bezug zur Wirklichkeit und Wirksamkeit nicht gewesen zu sein; die entsprechende Einschränkung folgte umgehend, wenngleich wenig konsistent: „Die Normen einer positiven Rechtsordnung gelten, weil die die Grundregel ihrer Erzeugung bildende Grundnorm als gültig vorausgesetzt wird, nicht weil sie wirksam sind; aber sie gelten nur, wenn, das heißt solange als diese Rechtsordnung wirksam ist. [...] Eine Rechtsordnung verliert aber nicht dadurch ihre Geltung, daß eine einzelne Rechtsnorm ihre Wirksamkeit verliert [...]. Eine Rechtsordnung wird als gültig angesehen, wenn ihre Normen im großen und ganzen wirksam sind“ (Kelsen (1960) 219). Köchler führt zutreffend aus, dass diese These vom Zusammenhang zwischen Geltung und Wirksamkeit eine fundamentale Inkonsistenz seines systematisch-rechtstheoretischen Entwurfs darstellt. „Hat er nämlich mit seinem Postulat der Grund-

Wirklichkeit tritt in der Gegenüberstellung mit dem Kelsen der Kontroverse deutlich zu Tage, anlässlich derer Kelsen die ‚Führung mit der Wirklichkeit‘ als irrelevantes Ansinnen rechtswissenschaftlichen Strebens abtat.³¹

2. Rechtsentwicklung und aktuelle Methodenprobleme

Vergleicht man Ehrlichs Anspruch der Rückführung der Rechtsentwicklung auf die Gesellschaft mit aktuellen methodischen Diskussionen sticht der Streit um die Reichweite zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung ins Auge; der diesbezügliche Diskurs deckt sich – wenngleich dies zumeist nicht bedacht wird – über weite Strecken mit dem von Ehrlich bearbeiteten Fragenkomplex. Im Zentrum steht auch hier neben der Rolle des Richters und der Bedeutung des geschriebenen Rechts insbesondere die Frage nach geeigneten Maßstäben zur Beurteilung der Zulässigkeit der Rechtsfortbildung.³²

Die Bindung der Gerichte an das Gesetz als Ausdruck und tragender Bestandteil des Gewaltenteilungsprinzips prägt auch in Österreich das Grundverständnis richterlicher Tätigkeit, die sich grundsätzlich auf die Anwendung bestehender Gesetze beschäftigen soll.³³ Allerdings hat sich die moderne Methodenlehre längst vom Bild des Richters als bloßem Subsumtionsautomaten verabschiedet, der die konkreten Rechtsfolgen streng logisch aus der gesetzlich positivierten Norm und den getroffenen Sachverhaltsfeststellungen ableitet (und ist somit inhaltlich Ehrlich gefolgt). Vielmehr begreift die hM die Rechtsanwendung prinzipiell als wertenden Konkretisierungsprozess, der in den meisten Fällen den reinen Subsumtionsvorgang übersteigt. Die Unzulänglichkeit des Subsumtionsmodells als alleiniger Methode der Rechtsanwendung folgt bereits augenscheinlich aus der weitgehenden Relativität und Mehrdeutigkeit des anzuwendenden Normtextes; über einen uU ermittelbaren Be-

norm eine quasi-apriorische Fundierung einer ‚reinen‘ Rechtswissenschaft versucht, [...] so widerspricht er diesem logisch-systematischen Anspruch [...] durch das die Geltung der Norm einschränkende Prinzip der Effektivität.“ Darüber hinaus ist (mit Köchler) eine weitere Inkonsistenz bei Kelsen festzustellen: In methodischer Hinsicht widerspricht Kelsen durch die Aussage, dass eine Rechtsordnung dann gelte, wenn sie ‚im großen und ganzen‘ wirksam sei, seinem methodischen bzw. wissenschaftstheoretischen Grundpostulat, wonach vage und undefinierte Begriffe im Kontext einer rationalen wissenschaftlichen Systematik nicht verwendet werden dürfen. Es zeigt sich somit auch hier, dass die Reine Rechtslehre über weite Strecken mit Voraussetzungen arbeitet, die sie selbst nicht einzulösen vermag; ähnlich kritisch auch Kramer (1970) 191 f.

³¹ Vgl oben unter II.A. bzw. *Kelsen in Lüderssen* (2003) 8. Nicht behandelt werden soll an dieser Stelle die noch weitergehende Entwicklung, die Kelsen in seinem Spätwerk vollzog – vgl hierzu *Ott* (1992) 53 ff.

³² Vgl dazu auch *Ehrlich* (1903) III ff.

³³ Vgl die diesbezügliche Judikatur des OGH RIS-Justiz, RS 0008880.

griffskern hinaus verschwimmt der Bedeutungsgehalt einer Norm im begrifflich unscharfen Randbereich (Begriffshof).³⁴ Darüber hinaus kann nach dem heutigen Stand methodischer Überlegungen auch in dem zumindest einigermaßen objektivierbaren Kriterium des äußersten möglichen Wortsinnes keine starre Grenze richterlicher Wertungs- bzw. Entscheidungstätigkeit gesehen werden. Mit der in der Theorie mehrheitlich vollzogenen Abkehr vom Dogma der Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung ging in gesteigertem Maße die Ablehnung der Qualifikation des Richters als bloßem Sprachrohr des Gesetzes – als ‚bouche qui prononce la parole‘ – einher und wurde der Rsp verstärkt die Aufgabe zugewiesen, den immanenten Wertvorstellungen der Rechtsordnung auch jenseits des reinen Wortlauts des Gesetzestextes Geltung zu verschaffen.³⁵ Die in diesem Zusammenhang – zumindest in der deutschsprachigen Lehre – vorherrschende strenge terminologische Trennung zwischen Auslegung einer Norm innerhalb der Grenze des äußersten noch möglichen Wortsinns und der darüber hinausgehenden Rechtsfortbildung, deren Ergebnisse im Wortlaut der Bestimmung keine Deckung mehr finden, darf jedoch nicht als kategorische Trennung dieser Interpretationsschritte verstanden werden; vielmehr stellen Auslegung und Rechtsfortbildung unterschiedliche Intensitätsstufen eines einheitlichen Prozesses der wertenden Rechtsfindung dar.³⁶

Wenngleich gewisse dezisionistische Elemente im Prozess der Rechtsfindung stets bestehen bleiben, darf die Notwendigkeit wertender Entscheidung keineswegs als Freiheit zu willkürlicher Rechtsschöpfung missverstanden werden. Vielmehr hat sich das entscheidende Organ an jenen Wertungen zu orientieren, die zum einen in der bestehenden rechtlichen Ordnung Ausdruck finden oder allgemeinen gesellschaftlichen Gerechtigkeitsvorstellungen entsprechen.³⁷ Angesichts der weitgehenden Unbestimmtheit abstrakter Gerechtigkeits- und Wertvorstellungen und der Heterogenität der bestehenden Gesellschaft, in der ein Wertkonsens nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden kann, muss jedoch auch die damit verbundene Bindungswirkung relativiert werden. Denn letztlich stellt die Freilegung entsprechender Werte selbst einen Entscheidungsakt dar, der von der Person des Richters vollzogen wird.

³⁴ Das österreichische Recht unterstreicht dies bereits unmissverständlich durch die §§ 6 und 7 ABGB.

³⁵ *Dobler* Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH (2008) 512 ff mwN.

³⁶ Ähnlich *Hergenröder* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995) 137 f; *Larenz* Methodenlehre (1991) 366 f.

³⁷ Insofern wurde *Ehrlich* oftmals als strenger Verfechter der Freirechtslehre missverstanden; vgl diesbezüglich aber *Ehrlich* (1903) 3.

Auf der anderen Seite darf trotz dieser subjektiven Komponente nicht übersehen werden, dass der Richter seine Entscheidung keineswegs isoliert trifft, sondern auf vielfältige Weise in den gesellschaftlichen Rahmen eingebunden ist. In soziologischer Betrachtung prägt ihn als Person – wenngleich nicht ohne weiteres unmittelbar begrifflich fassbar oder wissenschaftlich quantifizierbar – sein gesellschaftliches Umfeld maßgeblich durch Erziehung, Ausbildung und alltägliche Praxis, sodass er sich den gestellten Rechtsproblemen mit einem gewissen Vorverständnis nähert. Entscheidend ist jedoch, dass sich die Konkretisierung ausfüllungsbedürftiger Wertungsmaßstäbe – wie etwa der Verweis auf ‚die guten Sitten‘ und ‚Treu und Glauben‘ oder ‚Angemessenheit‘ – nicht in einem einzigen Schritt, in einem isolierten Urteil vollzieht, sondern ihre inhaltliche Fortbestimmung sich an ähnlichen Fällen zu orientieren hat. Die Art und Weise der Gerichtsorganisation, in die der Richter rechtlich und faktisch eingebunden wird, wirkt in beträchtlichem Umfang auf die Entscheidungstätigkeit zurück und begrenzt das subjektive Ermessen der Entscheidungsträger insb durch deren Eingliederung in ein institutionelles Gefüge und die Festlegung vorgegebener Verfahrensabläufe. Der Effekt der Zurückdrängung persönlicher Entscheidungsräume durch Organisationsregeln verdeutlicht sich geradezu augenscheinlich an der Einrichtung von Kollegialorganen, bei denen die subjektiven Wertungen des Einzelnen in der Auseinandersetzung mit den Stellungnahmen der übrigen Mitglieder ergänzt bzw auf eine breitere Basis gestellt werden und letztlich im Konsens der Beteiligten münden müssen. Nicht zuletzt die verfahrensrechtliche Festsetzung eines Rechtsmittelverfahrens und der damit verbundene Instanzenzug, in dem eine getroffene Entscheidung selbst zum maßgeblichen Beurteilungsobjekt wird, bewirkt eine Verstärkung dieser diskursiven und konsensorientierten Struktur der Rsp über den Einzelfall hinaus.

Auf europäischer Ebene kommt der Frage der Rechtsfortbildung noch gesteigerte Bedeutung zu.³⁸ An der grundsätzlichen Rechtsfortbildungsbefugnis des Europäischen Gerichtshofes besteht weder im Schrifttum noch in der Rsp der nationalen Gerichte der geringste Zweifel. Unstrittig ist weiters, dass dem Gerichtshof weder eine primäre Rechtsetzungskompetenz noch die Befugnis zur unbegrenzten oder gar willkürlichen Rechtsfortbildung übertragen wurde; vielmehr kommt auch auf der unionsrechtlichen Ebene – wenngleich mit unterschiedlicher Akzentuierung – der Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz zentrale Bedeutung zu. Die Intensität dieser Bindung, die mit der Frage nach der Reichweite zulässiger Rechtsfortbildung korreliert, bleibt jedoch trotz wiederholter Thematisierung im Schrifttum weiterhin unklar.

³⁸ Vgl *Dobler* (2008) 521 f.

Gradmesser gelungener richterlicher Fortbildung bietet dabei sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene die Akzeptanz der Entscheidung, wobei wiederum die Frage der Wirksamkeit ins Zentrum rückt.³⁹

D. Abschließende Bemerkungen

Die Entwicklung zeigt, was Ehrlich bereits gesehen und deutlich herausgestrichen hat: Dass nämlich eine Theorie, die die Wirklichkeit auszuschließen versucht, zum Scheitern verurteilt ist – die Lückenlosigkeit der Rechtsordnung als Fiktion lässt sich nicht durchhalten. Wenngleich die Kontroverse zwischen Ehrlich und Kelsen in historischer Sicht als Sieg Kelsens gewertet wurde, hat sich der Ansatz von Ehrlich zu Recht Geltung verschafft. Vielleicht ist auch die Äußerung Kelsens aus dem Jahre 1965 vor diesem Hintergrund zu sehen, wonach er Ehrlich seinerzeit Unrecht getan habe und er bedauere, falls er Ehrlich und der Rechtssoziologie damals mit seiner scharfen Polemik den Weg zu allgemeiner Anerkennung versperrt habe.⁴⁰

Nachdem der von Ehrlich vertretene Grundsatz weite Verbreitung gefunden hat, scheint es nur billig, auch dem Autor die ihm gebührende Anerkennung zukommen zu lassen; die vorliegende Arbeit möchte ein kleines Stück dazu beitragen.

Literatur

- Baumgarten* Die Begriffsjurisprudenz und Interessenjurisprudenz (1932), in: Krawietz (Hg), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz (1976).
- Dobler* Legitimation und Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH, in: Roth/Hilpold (Hg) Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten. Eine kritische Analyse richterlicher Rechtsschöpfung auf ausgewählten Rechtsgebieten (2008).
- Ehrlich* Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft (1903).
- Ehrlich* Grundlegung der Soziologie des Rechts² (1929).
- Hergenröder* Zivilprozessuale Grundlagen richterlicher Rechtsfortbildung (1995).
- Kelsen* Reine Rechtslehre² (1960).
- Kramer* Kelsens ‚Reine Rechtslehre‘ und die ‚Anerkennungstheorie‘, in: Imboden/Koja/Marcic/Ringhofer/Walter (Hg) Festschrift für Adolf J. Merk (1970).
- Krawietz* (Hg) Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz (1976).
- Larenz* Methodenlehre⁶ (1991).

³⁹ Vgl zur herausragenden Bedeutung der Akzeptanz auf europäischer Ebene *Dobler* (2008) 550 ff. mwN.

⁴⁰ Vgl *Rebbinder* (1967) 101.

- Lüderssen* (Hg) Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft (2003).
- Lüderssen* Hans Kelsen und Eugen Ehrlich, in: Paulson/Stolleis (Hg) Hans Kelsen, Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts (2005).
- Ott* Der Rechtspositivismus² (1992).
- Rebbinder* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich (1967).
- Rottleuthner* Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich (1915/1917), in: Krawietz/Schelsky (Hg) Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Rechtstheorie Beiheft 5 (1984).
- Schulte* Hans Kelsens Beitrag zum Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre, in: Paulson/Stolleis (Hg) Hans Kelsen, Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts (2005).

Mag. Philipp Dobler, Bakk. phil.
c/o Notariat Dr. Philipp Schwarz
Bozner Platz 4, A-6020 Innsbruck
philipp.dobler@chello.at

Derya Trentinaglia

Arthur Nußbaum und ‚Die Rechtstatsachenforschung‘¹

A. Zur Person Arthur Nußbaum

Arthur Nußbaum wurde am 31.01.1877 in Berlin geboren und verstarb am 22.11.1964 in New York. Er promovierte am 01.03.1898 mit der Dissertation ‚Haftung für Hülfspersonen nach gemeinem und Landesrecht‘ und war ab 1903 als Rechtsanwalt tätig. 1913 publizierte Nußbaum das Lehrbuch ‚Deutsches Hypothekewesen‘, in welchem er von der konventionellen Denkweise abweichend im Vorwort festhielt, dass

„Die Dogmatik [...] nicht [ausreicht]“ und es der „Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse [bedarf], soweit sie das Recht berührt“.

Nach Erhalt der *venia legendi* im Jahr 1914 lehrte Nußbaum an der Universität Berlin Handels-, Bank- und Börsenrecht; seine Tätigkeit als Rechtsanwalt musste er deshalb aufgeben.² 1917 begründete Nußbaum die Schriftenreihe ‚Beiträge zur Kenntnis des Rechtslebens‘, in welcher bis 1933 bemerkenswerte Arbeiten³ publiziert wurden.

Nußbaum wurde 1921 zum ao Professor ernannt, außerdem war er von 1921 bis 1934 Mitherausgeber der Fachzeitschrift *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP).

1933 hielt Nußbaum die erste Spezialvorlesung über die Rechtstatsachenforschung.⁴ Unter dem Druck des nationalsozialistischen Regimes in Deutschland emigrierte Nußbaum im Jahr 1934 in die Vereinigten Staaten von Amerika. An der New York Columbia University erhielt er zunächst eine Gast- und im Jahr 1939 eine Forschungsprofessur.⁵ Er war dort bis 1951 tätig. Im Rahmen seiner Tätigkeit stellte Nußbaum fest, dass die amerikanischen Autoren

¹ Der Aufsatz beruht auf Bd 12 der Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, herausgegeben von E. Hirsch: *Die Rechtstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele von Arthur Nußbaum* (1968), in welchem Programmschriften und praktische Beispiele von Arthur Nußbaum gesammelt sind.

² *Rebinder* Arthur Nußbaum, in: Hirsch (Hg) *Die Rechtstatsachenforschung* 13.

³ *Rebinder* Arthur Nußbaum, in: Hirsch (Hg) *Die Rechtstatsachenforschung* 13.

⁴ *Rebinder* Arthur Nußbaum, in: Hirsch (Hg) *Die Rechtstatsachenforschung* 14.

⁵ *Stolberg-Wernigerode/Otto zu* (Hg) *Neue deutsche Biographie*, Bd 19 (1999) 376 f.

durch den ‚Glanz und [die] Suggestionskraft‘ von Eugen Ehrlichs Publikation ‚Fundamental Principles of Sociology of Law‘⁶ ‚stark beeinflusst‘ waren.⁷

Arthur Nußbaum legte sehr viel Wert auf eine sich an den Rechtstatsachen orientierende rechtswissenschaftliche Arbeit. Nachdem seine Spezialgebiete das Handels-, Bank- und Börsenrecht waren, forschte Nußbaum vermehrt in diesen Bereichen, sodass sich seine wesentlichen Publikationen auf das Hypothekenwesen und auf die Rechtsnatur des Geldes bezogen. Er befasste sich aber auch mit den Lehren des Bürgerlichen Rechts.

Innerhalb seiner Forschungsthemen war Nußbaum bestrebt, nicht nur bereits in den Lehrbüchern Festgehaltenes wiederzugeben. Vielmehr wollte er anhand einer rechtstatsächlichen Aufarbeitung der Themen – im Sinne der Rechtstatsachenforschung nach Eugen Ehrlich – die Entwicklung und Bedeutung dieser Themen für Gesellschaft und Rechtswissenschaft aufzeigen.⁸ Dadurch wurde die Entwicklung dieser Bereiche – weit über die bereits bekannte Dogmatik hinaus – ermöglicht.⁹

Die Forschungsgebiete von Arthur Nußbaum zeigen auf, dass die einfachsten Fragen des (wirtschaftlichen) Lebens ein breites Spektrum an rechtstatsächlichen Forschungsfragen mit sich bringen, deren Beantwortung für die Rechtswissenschaft und in weiterer Folge für die Gesellschaft von innovativer Bedeutung ist.

In diesem Sinne dienen die in weiterer Folge in den einzelnen Kapiteln vorgestellten Beispiele der Veranschaulichung, dass rechtstatsächliches wissenschaftliches Arbeiten für die Weiterentwicklung der Rechtswissenschaften unumgänglich ist. Die Beispiele wurden aus dem Unternehmens-, Bank- und Börsenrecht gewählt, um zu zeigen, dass in diesen Bereichen – obwohl bereits auffällig viel rechtswissenschaftliche Literatur publiziert wird – vor allem auch ein rechtstatsächliches Arbeiten (seitens der Wissenschaft) von wesentlicher Bedeutung sein kann.

Die gewählten Beispiele sollen zeigen, dass die Rechtswissenschaft damals wie heute ihre Aufgabe nicht nur darin sehen sollte, kodifiziertes und altbewährtes Wissen zu repetieren, sondern vielmehr ihre eigentliche Aufgabe wahrnehmen

⁶ Grundlegung der Soziologie des Rechts (1936).

⁷ Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft und Unterricht (1914), in: Hirsch (Hg) Die Rechtstatsachenforschung (1955) 63.

⁸ Die Rechtstatsachenforschung darf nicht mit der Ermittlung von Gewohnheitsrechts verwechselt werden; bei letzterem handelt es sich um einen ‚untergeordneten Faktor der Rechtsbildung‘; vgl dazu Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 27.

⁹ Vgl dazu etwa Nußbaum Ziele der Rechtstatsachenforschung (1920), in: Hirsch (Hg) Die Rechtstatsachenforschung 55.

sollte, der Gesellschaft zu dienen, indem aktuelle Themen aufgegriffen und rechtstatsächlich bearbeitet bzw. ausgearbeitet werden. Erst dann kann es möglich sein, theoretisches Wissen sinnhaft anzuwenden.

B. Notwendigkeit einer lebensnahen rechtswissenschaftlichen Lehre und Forschung

Das Recht deckt sich nicht immer mit dem Recht, das in den Lehrbüchern gelehrt wird – weil jeder Sachverhalt komplexer sein kann als in den Lehrbüchern dargestellt und in der Praxis auch andere Faktoren die rechtliche Entscheidung beeinflussen. Zu denken wäre etwa an das Risiko des Abbruchs von Vertragsverhandlungen, wenn auf ein bestimmtes Recht gepocht wird. Im Leben werden ‚Kompromisse‘ gefunden, wirtschaftliche Kriterien, wie beispielsweise Risiken, fließen in die Entscheidung von Rechtsgeschäften mit ein. Umso wichtiger ist es, Studierenden, die später RechtsanwenderInnen sind, auch die Rechtswirklichkeit zu lehren.¹⁰

In diesem Sinne weist Nußbaum auf Folgendes hin: Wer „in das Rechtsleben der Gegenwart tieferen Einblick gewinnen will, darf sich nicht auf die Bücher beschränken.“¹¹ Schließlich kann der universitäre Lehrstoff durch die Berücksichtigung der Rechtstatsachenforschung belebt und bereichert werden.¹²

Nußbaum, der sowohl die praxisbezogene Arbeit, als auch die Lehre kannte, ging vor allem der Frage nach, was an den Universitäten ‚Praxistaugliches‘ gelehrt wird. Die Konditionierung der Studierenden zum rein normativ orientierten Arbeiten kritisierend, implementierte Nußbaum nicht nur seine persönlichen Praxiserfahrungen in seine wissenschaftlichen Arbeiten. Er sah die Notwendigkeit einer lebensnahen Ausbildung für künftige Rechtsanwender, indem die Ergebnisse der systematisch erforschten Rechtstatsachen im Rechtsunterricht Verwendung finden.¹³

Dem Beispiel Eugen Ehrlichs folgend, versuchte er in seiner Arbeit das theoretische Wissen mit der praktischen Erfahrung zu verbinden, um daraus neue wissenschaftliche Erkenntnisse zu gewinnen. Schließlich bedarf es der „Erforschung der tatsächlichen Gesetzesgeltung und Anwendung nicht nur um ihrer selbst willen [...]“, vielmehr sei die Rechtstatsachenforschung „für die Dogmatik ein unentbehrlicher Wegweiser. Denn sie leitet zu fruchtbaren Probleme-

¹⁰ Vgl. Nußbaum Ziele Der Rechtstatsachenforschung 48.

¹¹ Nußbaum Ziele der Rechtstatsachenforschung 37.

¹² Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 22.

¹³ Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 61.

men und eröffnet die Möglichkeit, gegenstandslose Probleme als solche zu erkennen.“¹⁴

Nußbaum sah wie bereits Eugen Ehrlich in den Tatsachen die Quellen des Rechts. So sah er auch die Notwendigkeit, künftigen Rechtsanwendern, wie RichterInnen, RechtsberaterInnen etc, eine möglichst lebensnahe Ausbildung zu ermöglichen.¹⁵

In diesem Zusammenhang können auch wir uns die Frage stellen, was uns die Universitäten heute Nützliches für die Praxis lehren.

C. Was lehrt uns die Universität Nützliches für die Praxis?

Wenn man die Botschaften und wichtigen Vorarbeiten von Eugen Ehrlich und ihm folgend Arthur Nußbaum kennen gelernt hat, stellt sich unausweichlich die Frage, aus welchem Grund Studierende der Rechtswissenschaften für das positive Absolvieren ihres Studiums heute immer noch nur Lehrbücher studieren und bei den Prüfungen lediglich dieses Wissen repetieren müssen.

Das rechtswissenschaftliche Studium könnte mit der von Eugen Ehrlich vorgesehenen seminaristischen Heranziehung der Rechtstatsachenforschung die rechtswissenschaftliche Ausbildung qualitativ steigern und interessanter gestalten. Eine weitere Konsequenz dieser didaktischen Vorgehensweise könnte sein, dass Talente einzelner Studierender wahrgenommen und entsprechend gefördert werden könnten.

Nußbaum betont daher, dass der juristische Lehrstoff derart erweitert werden müsste, als die Rechtstatsachenforschung als unentbehrliche Erkenntnisquelle im Sinne einer Grundlage in die Ausbildung der Studierenden mit einbezogen wird. Der Effekt einer solchen Ausbildung würde nicht nur dem einzelnen Studierenden zu gute kommen, sondern auch die Entwicklung der Rechtswissenschaft forcieren, sodass ihre Ergebnisse für den Gesetzgeber nützlich wären.¹⁶

Die juristische Ausbildung an den Universitäten könnten durch eine an (der) Rechtstatsachen(forschung) orientierten Lehre durchaus interessanter gestaltet

¹⁴ Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 24.

¹⁵ Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 19.

¹⁶ Nußbaum betont die Notwendigkeit einer vielseitigen juristischen Bildung, wozu es wohl keiner soziologischen Jurisprudenz im Sinne von Eugen Ehrlich und Ernst Fuchs bedarf (Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 20), was mE verfehlt ist, zumal soziologische Aspekte die Qualität und Aussagekraft einer rechtstatsächlichen Forschung wesentlich steigern.

werden, schließlich soll „Die juristische Bildung [...] nicht dürftiger, sondern vielseitiger werden“¹⁷.

D. Wesen der Rechtstatsachenforschung nach Arthur Nußbaum

Die theoretischen Grundlagen Arthur Nußbaums sind auf Eugen Ehrlich zurückzuführen. Nußbaum akzentuiert lediglich, dass eine systematische Untersuchung und Prüfung der „sozialen, politischen und anderen tatsächlichen Bedingungen“ und „sonstigen Wirkungen“¹⁸ [von] Normen“¹⁹ die „schmutzige Wirklichkeit“²⁰ ist. Diese schmutzige Wirklichkeit ist der Nährboden für das rechtswissenschaftliche Arbeiten. Aktuell zeigt uns diese Wirklichkeit auch, dass Korruption und Lobbyismus in Österreich weit um sich greifen, sodass vermehrt Hintergründe von Gesetzesvorhaben und -werdung hinterfragt werden sollten. Schließlich sind „für das Verständnis des Rechts zu berücksichtigende[n] Tatsachen großenteils rein politischer, gesellschaftlicher und psychologischer Natur“²¹.

Nußbaum betont, dass das juristische Arbeiten aus der induktiven Rechtstatsachenforschung und dem juristischen Denken besteht.²²

Als Beispiel zur Veranschaulichung der Möglichkeit, ein gesellschaftlich aktuelles Thema rechtswissenschaftlich im Sinne von rechtstatsächlich zu erörtern, wird an dieser Stelle die Möglichkeit einer systematischen Untersuchung und Prüfung des § 243b UGB aufgezeigt.

§ 243b UGB regelt, dass bestimmte Aktiengesellschaften einen Corporate Governance Bericht (in der Folge: CGB) aufzustellen haben und dieser auch Maßnahmen zur Förderung von Frauen in Führungspositionen anzugeben hat (Abs 2 Z 2 leg cit):

„§ 243b. (1) Eine Aktiengesellschaft, deren Aktien zum Handel auf einem geregelten Markt im Sinn des § 1 Abs. 2 BörseG zugelassen sind oder die ausschließlich andere Wertpapiere als Aktien auf einem solchen Markt emittiert und deren Aktien mit Wissen der Gesellschaft über ein multilaterales Handelssystem im Sinn des § 1 Z. 9

¹⁷ Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 20.

¹⁸ Zu untersuchen sind zB Geschäftsbräuche, typische Bestimmungen in Verträgen, andere rechtliche Urkunden, mündliche Rechtsgeschäfte etc; siehe Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 67.

¹⁹ Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 67.

²⁰ Reh binder Arthur Nußbaum, in: Hirsch (Hg) Die Rechtstatsachenforschung 10.

²¹ Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 21.

²² Vgl Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 21.

WAG 2007 gehandelt werden, hat einen Corporate Governance Bericht aufzustellen, [...]

(2) In diesem Bericht sind anzugeben: [...] 2. welche *Maßnahmen zur Förderung von Frauen* im Vorstand, im Aufsichtsrat und in leitenden Stellungen (§ 80 AktG) der Gesellschaft gesetzt wurden.“

Der CGB ist Inhalt des jährlichen Geschäftsberichtes einer börsennotierten Aktiengesellschaft und gewährt Einblicke in die Unternehmensführung und -kontrolle. Die Grundlage eines CGB nach § 243b UGB ist der Corporate Governance Kodex²³ (in der Folge: CGK). Dieser sieht unter Punkt sechstens ‚Transparenz und Prüfung‘ die Regel L60 vor, wonach der CGB die von der Aktiengesellschaft gesetzten Maßnahmen zur Förderung von Frauen im Vorstand, im Aufsichtsrat und in leitenden Stellen anzugeben hat.

Der CGK verpflichtet die Unternehmen nicht – etwa unter Androhung einer Sanktion – zu einem bestimmten Verhalten. Vielmehr soll mit dem CGB (aufgrund der Offenlegung der Einhaltung des CGK) für Transparenz gesorgt werden, sodass auch (potentielle) Aktionäre oder Investoren Einblick in das Unternehmen bekommen.

Der Gesetzgeber war (aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben) dennoch an einer normativen Kraft der Bestimmung betreffend die Förderung von Frauen interessiert, weshalb auch die Angabe der Maßnahmen zur Förderung von Frauen im Geschäftsbericht per Gesetz in § 243b UGB geregelt wurde. Diese Regelung ist deshalb notwendig, weil Frauen immer noch in einer männerdominierten Wirtschaftswelt tätig sind. Zu diesem Ergebnis kommt etwa eine Erhebung der Arbeiterkammer Wien: An der Wiener Börse waren Mitte des Jahres 2011 nur zwei Frauen als Vorstandsmitglieder börsennotierter Aktiengesellschaften vertreten, während die Anzahl der männlichen Vorstandsmitglieder bei 232 lag. Im Aufsichtsrat börsennotierter Aktiengesellschaften sind lediglich 7,2 % Frauen vertreten, wobei die Hälfte dieser von den Betriebsräten entsandt wurden.²⁴

Vergleicht man etwa Geschäftsberichte von Kreditinstituten, fällt auf, dass mehr oder weniger kreative Formulierungen gewählt wurden, um der Verpflichtung nach § 243b UGB, nämlich der Mitteilung, welche konkreten Maßnahmen zur Förderung von Frauen in Führungspositionen gesetzt wurden, nachzukommen: Während das eine Kreditinstitut festhält, dass Frauen nunmehr auch die Möglichkeit geboten wird, von zu Hause aus zu arbeiten,

²³ Details siehe <http://www.corporate-governance.at> (29.11.2012).

²⁴ <http://wien.arbeiterkammer.at/online/corporate-governance-und-frauenfoerderung-65853.html> (28.11.2012).

rühmt sich ein anderes Kreditinstitut damit, dass bei sämtlichen personalpolitischen Entscheidungen Diskriminierungstendenzen außer Acht gelassen werden. Mit diesen Floskeln sehen die jeweiligen Kreditinstitute ihre Aufgabe nach § 243b Abs 2 Z 2 UGB erfüllt. Nachdem keine Sanktionen vorgesehen sind, wenn Unternehmen, die verpflichtet sind, in ihrem CGB über Maßnahmen zur Frauenförderung in Führungspositionen zu berichten, und auch die männerdominierte Wirtschaft nur punktuell ein Interesse an der Förderung von Frauen in Führungspositionen hat, wird sich an der Situation, dass im CGB lapidare Floskeln festgehalten werden, nichts ändern.

Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber lediglich die Berichterstattung über solche Maßnahmen vorgesehen hat, nicht aber, dass solche Maßnahmen auch umgesetzt werden müssen.

Dieses einfache Beispiel zeigt auf, dass eine induktive Tatsachenforschung, wie sie etwa von der Arbeiterkammer Wien betrieben wurde, von der Wissenschaft und/oder vom Gesetzgeber betrieben bzw gefördert und forciert werden sollte. Derartige Untersuchungen zeigen auf, dass nicht die Mitteilung, welche Maßnahmen zur Frauenförderung gesetzt wurden, notwendig ist, sondern vielmehr eine normative Regelung, dass solche Maßnahmen von bestimmten Unternehmen zu setzen sind.²⁵ Schließlich ist das Ziel des § 243b UGB Frauen zu fördern, und nicht herauszufinden, welche Maßnahmen hierfür vorgesehen sind. Außerdem verlangt das Gesetz keine konkreten Förderungskonzepte und/oder Zeit- und Zielvorgaben, was ein weiteres Manko der Regelung des § 243b Abs 2 Z 2 UGB darstellt.²⁶

E. Wozu Rechtstatsachenforschung?

Es hat den Anschein, die Rechtstatsachenforschung würde von der heutigen Rechtswissenschaft nicht ernst genommen; andernfalls würde die Forschung an den Universitäten den Fokus mehr bzw überhaupt auf das Sammeln und Verarbeiten von Rechtstatsachen legen. Darüber hinaus würde man in der Lehre den Studierenden die Bedeutung der Rechtstatsachenforschung näher bringen.

²⁵ Zu aktuelleren Bestrebungen vgl Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung einer ausgewogeneren Vertretung von Frauen und Männern unter den nicht geschäftsführenden Direktoren/Aufsichtsratsmitgliedern börsennotierter Gesellschaften und über damit zusammenhängende Maßnahmen, COM (2012) 614/5, wonach die Europäische Kommission als Zielvorgabe eine Frauenquote von 40% vorsieht.

²⁶ Vgl <http://wien.arbeiterkammer.at/online/corporate-governance-und-frauenfoerderung-65853.html> (28.11.2012).

Schließlich bieten die Themen aus den Bereichen Recht und Gesellschaft wesentliche neue Impulse, sowohl für die Wissenschaft als auch für die Lehre. Denn: „Was wir in Lehrbüchern, Kommentaren, Monographien [...] finden, ist zu einem sehr beträchtlichen Teile gegenstandslos und überflüssig, während die für das Leben wirklich wichtigen Dinge durchweg zu kurz kommen“²⁷, so Nußbaum.

Nach Arthur Nußbaum ist es das Ziel der Rechtswissenschaft für die Gesellschaft zu arbeiten. Dazu ist es notwendig, aktuelle gesellschaftspolitische Fragen aufzugreifen und diese – bestenfalls noch vor einer Verrechtlichung (= Kodifizierung) – rechtstatsächlich aufzuarbeiten. Nur dann ist es möglich, Normen zu finden, die von der Gesellschaft angenommen und gelebt werden.

Arthur Nußbaum betont außerdem, dass die Rechtswissenschaft immer wieder bereits kodifiziertes und dogmatisch (bis ins kleinste Detail) Ausgearbeitetes erneut aufgreift, ohne jedoch die Rechtstatsachen zu berücksichtigen. Gerade im Wirtschaftsbereich gibt es etliche aktuelle Themen, die nicht von den Universitäten aufgegriffen werden, sondern von Praktikern, die im Rahmen ihrer – insbesondere anwaltlichen – Tätigkeit auch rechtstatsächlich handeln müssen.

Beispielsweise sind Konsortial(kredit)verträge seit Jahrzehnten ‚am Markt‘. Bei Konsortialkreditverträgen handelt es sich um Kreditverträge, bei welchen sich mehrere Kreditinstitute als Kreditgeber (offen oder nur im Innenverhältnis) zusammenschließen, um einen Kreditnehmer (in der Regel ein Unternehmen) zu finanzieren. Der Konsortialkreditvertrag ist der Kreditvertrag zwischen Kreditnehmer und (bei einem Innenkonsortium) des finanzierenden Kreditinstitutes bzw (bei einem Außenkonsortium) der finanzierenden Kreditinstitute.

Aufgrund der aktuellen wirtschaftlichen Entwicklungen und den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für Kreditvergaben kommen Konsortialfinanzierungen vermehrt vor. Bis vor kurzem war österreichische rechtswissenschaftliche Literatur, die sich mit praxisnahen Fragen betreffend die Konsortialfinanzierung befasst, rudimentär vorhanden; man musste auf die deutsche Literatur zurückgreifen und sich den Unterschieden zum österreichischen Recht bewusst werden. Hier haben die Universitäten ihre Aufgabe, lebendes Recht zu analysieren und seine rechtlich geordnete Handhabung zu

²⁷ Nußbaum Das Nießbrauchsrecht des BGB unter den Gesichtspunkten der Rechtstatsachenforschung (1919), Vorwort.

verifizieren bzw Handlungsalternativen anzubieten oder die Vorgehensweise zu perfektionieren, verabsäumt.²⁸

Eine weitere im wirtschaftlichen Bereich bemerkenswerte Entwicklung ist die Emission von so genannten Schuldscheindarlehen nach deutschem Recht.²⁹ Nach dieser – nunmehr vermehrt vorkommenden – Finanzierungsmöglichkeit gewährt ein Kreditgeber einem Unternehmen einen Kredit (idR) in Millionenhöhe. Andere Kreditinstitute können sich an dieser Finanzierung beteiligen, indem sie Anteile an dieser Finanzierung kaufen; das Kreditverhältnis besteht jedoch weiterhin zwischen Kreditgeber und Kreditnehmer (die anderen Kreditinstitute stehen nicht in Beziehung zum Kreditnehmer). Rechtlich gesehen handelt es sich bei letzterem Rechtsakt (= Kauf von Anteilen an dieser Finanzierung) um einen Kaufvertrag; die Dokumentation dient nur zu Beweis Zwecken, sie ist kein Wertpapier.

Seit einigen Monaten kommen auch vermehrt Unternehmensanleihen als Finanzierungsmöglichkeit für Unternehmen in Frage. Nachdem die Möglichkeiten für Unternehmen von Kreditinstituten finanziert zu werden restriktiver geworden sind, finanzieren sich diese Unternehmen vermehrt durch den Verkauf selbst emittierter Wertpapiere (Unternehmensanleihen).³⁰ Somit wird das Ausfallrisiko des Unternehmens von der Bank auf private Anleger überwältigt.

Diese drei Finanzierungsmodelle kommen aktuell deshalb vermehrt vor, weil die bisher übliche Unternehmensfinanzierung durch die Hausbank aufgrund gemeinschaftsrechtlicher Regulierungen erschwert wurde. Wenngleich diese Finanzierungsmodelle nichts Neues und auf im ABGB geregelte Rechtsgeschäfte zurückzuführen sind, ist deren rechtswissenschaftliche Ausarbeitung unter Berücksichtigung der Rechtstatsachen gerade jetzt wichtig, zumal sie vermehrt vorkommen.

²⁸ Bis zum Juni 2012 waren lediglich im Wiener Vertragshandbuch und im Band IX des Österreichischen Bankvertragsrechts (*Riedler in Apathy/Iro/Kozjól* (Hg) Österreichisches Bankvertragsrecht: Band IX: Kreditsicherheiten (2012)) Beiträge zu Konsortialfinanzierungen zu finden (mit etlichen Verweisen auf das deutsche Recht). Bemerkenswert ist, dass – nach dem Vortrag im Juni 2012 zu wesentlichen Fragen der Konsortialfinanzierung, nämlich auch wie mit bestellten Sicherheiten (zB Pfandrechten) bei Auflösung des Konsortiums umzugehen ist, drei Aufsätze publiziert wurden, nämlich *Fellner* Konsortialkredite: Ausgestaltung, Haftung, Kündigung, RdW 2012 582; *Riedler* Konsortialkredite: Konsortial-Kreditvertrag, Sicherheitenbestellung, RdW 2012 586; *Rabl* Die Parallelschuld (Parallel Debt), ÖBA 2012 674.

²⁹ Vgl dazu <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/anleihen-zinsen/kredite-unternehmen-entdecken-den-schuldschein-neu-1606315.html> (28.11.2012).

³⁰ Vgl dazu *Format*, Der sagenhafte Boom bei Unternehmensanleihen; <http://www.format.at/articles/1241/526/343751/der-boom-unternehmensanleihen> (30.11.2012).

F. Ziele und Methoden der Rechtstatsachenforschung

Nach Arthur Nußbaum ist es ein Ziel der Rechtstatsachenforschung, ein Wegweiser für die Dogmatik zu sein. Die Rechtstatsachenforschung dient nämlich dazu, neu geschaffene Rechtsformen und Institutionen zu erkennen und somit die ‚gegenstandslosen‘ Probleme von den ‚fruchtbaren‘ Fragen differenzieren zu können.³¹ Schließlich haben Gesetze neben einem Inhalt auch Ziele, Anwendungsformen und Wirkungen, die untersucht werden sollten. Dazu bedarf es der Beobachtung der Praxis.

Die Erstellung einer Statistik ist nach Arthur Nußbaum nur dann sinnvoll, wenn sie sinnhaft, effizient und effektiv ist.³² Die Ermittlung von statistischen Daten und deren Auswertung ist keine Methode, die stets angewandt werden kann. Vielmehr ist es allenfalls sinnvoll, Interviews mit Sachverständigen durchzuführen und diese auszuwerten. Die Interview-Methode ist eine taugliche Alternative zur Statistik.³³

Außerdem ist für eine rechtstatsächliche Arbeit team-work unumgänglich, zumal eine rechtstatsächliche wissenschaftliche Arbeit sehr zeitintensiv ist.³⁴ Überdies tendiert man als WissenschaftlerIn in der Regel (unbewusst) regelmäßig dazu die eigenen Erkenntnisse verifizieren zu wollen, wodurch die wissenschaftliche Arbeit verfälscht werden kann. Um eine rechtswissenschaftliche Arbeit, die auf rechtstatsächlichen Erkenntnissen fußt, hinreichend sachlich durchzuführen, bedarf es KollegInnen, mit welchen man nicht nur die Arbeit teilt, sondern die auch unsachliche Tendenzen aufzeigen.

Die Rechtstatsachenforschung orientiert sich neben diesen oben dargestellten Methoden auch an den Geschäftsbräuchen sowie den typischen Rechtsge-
schäften und deren Zustandekommen.³⁵

Außerdem darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Rechtstatsachenforschung interdisziplinär ist: sie bedarf der Erkenntnisse anderer Disziplinen, wie etwa der Soziologie und Psychologie.

³¹ Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 24.

³² Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 76 ff.

³³ Vgl. Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 80 f.

³⁴ Vgl. Rehbinder Arthur Nußbaum, in: Hirsch (Hg) Die Rechtstatsachenforschung 17.

³⁵ Vgl. Nußbaum Ziele der Rechtstatsachenforschung 49.

G. Rechtstatsächliche Rechtswissenschaft – konkrete Anwendungsmöglichkeiten

In weiterer Folge werden konkrete Anwendungsmöglichkeiten anhand der erwähnten Beispiele aufgezeigt:

1. Beispiel ‚Frauenförderung nach § 243b Abs 2 Z 2 UGB‘

Zunächst wäre hier zu erörtern, welche Ziele, Anwendungsformen und Wirkungen § 243b Abs 2 Z 2 UGB hat.

Dazu müssten einerseits die Gesetzesmaterialien (die nicht viel Rechtstatsächliches anzubieten haben) berücksichtigt werden. Andererseits könnten Geschäftsberichte von börsennotierten und nicht-börsennotierten Unternehmen hinsichtlich der von ihnen gesetzten Frauenförderungsmaßnahmen einem Branchenvergleich unterworfen werden.

Dieses Beispiel erlaubt es auch statistisch zu arbeiten, zumal aus den Daten und Fakten durchaus interessante Schlüsse gezogen werden könnten.³⁶ Eine weitere sinnhafte Arbeitsmethode wäre die Durchführung von Interviews mit Vorstandsmitgliedern, mit Frauen, die bereits Führungspositionen bekleiden, und mit BetriebsrätInnen und den von diesen für ein Interview genannten MitarbeiterInnen.

Nachdem die Erhebung dieser Daten und Fakten mit erheblichem Aufwand verbunden ist, empfiehlt es sich hier in einem Team zusammen zu arbeiten.

Die erhobenen Daten und Fakten können aufzeigen,

- ob sich die Unternehmen von sich aus der Notwendigkeit der Förderung von Frauen in Führungspositionen bewusst sind (das Gesetz sieht ja keine Sanktion vor)
- dass die gesetzliche Vorgabe der Mitteilung von Maßnahmen jedenfalls nicht genügt, um das angestrebte Ziel, nämlich Führungspositionen vermehrt Frauen zu besetzen, zu erreichen
- welche konkreten Maßnahmen erforderlich wären, um Unternehmen dazu zu motivieren, Frauen vermehrt in Führungspositionen einzusetzen
- welche positiven und negativen Erfahrungen in Unternehmen, in welchen Frauen Führungspositionen bekleiden, gesammelt werden konnten

³⁶ Vgl etwa Erhebung der *Arbeiterkammer Wien*, Kapitel IV 157.

Schlussendlich wäre es auch möglich eine konkrete Fragestellung rechtswissenschaftlich auszuarbeiten, wie etwa: Welche Maßnahmen müsste der Gesetzgeber setzen, um das verfolgte Ziel tatsächlich zu erreichen?

2. Beispiel ‚Neue Finanzierungsmodelle für Unternehmen‘

Nachdem nunmehr aufgrund von Regulierungsmaßnahmen des (europäischen) Gesetzgebers am Finanzmarkt die im Punkt V. skizzierten Rechtsgeschäfte (Konsortialkreditverträge, Unternehmensanleihen und Schuldscheindarlehen nach deutschem Recht) vermehrt vorkommen und deren Dokumentation (= vertragliche Gestaltung) durch vermehrte und individuelle Anwendung abgeändert, wenn nicht sogar perfektioniert wird, bedarf es mE einer entsprechenden Beachtung durch die Rechtswissenschaft.

Die Anwendungspraxis zeigt uns, dass die Wirtschaft im Wandel ist. Durch die Regulierung des Finanzmarktes ändert sich auch der Wirtschaftsmarkt. Ein Eingriff des Gesetzgebers in die Finanzierungsmodelle der Konsortialfinanzierung und der Schuldscheindarlehen, die nur zwischen Kreditinstitut(en) und Unternehmer eine Rechtsbeziehung begründen, ist mE nicht erforderlich, weil die aus diesen Rechtsgeschäften resultierenden Rechtsfragen mit dem ABGB bzw dem dBGB hinreichend lösbar sind. Sind auch Verbraucher an dieser Rechtsbeziehung beteiligt, ist zu prüfen, ob der Verbraucherschutz gewährleistet ist, denn die Schutzbestimmungen des ABGB (zB §§ 879, 864a leg cit) sind erst nach „vollendeten Tatsachen“ (≙ Schaden ist allenfalls schon eingetreten) anwendbar.

Außerdem stellen sich in der Textierung/Prüfung solcher Verträge bei gründlichem Nachdenken vermehrt Fragen, wie etwa zum Treuhandverhältnis des Konsortialführers gegenüber dem (den) Konsortialpartner(n) (= der Finanzierung beitretende Kreditinstitute), die Kündigungsmöglichkeiten und deren Auswirkungen (insbesondere auf das Treuhandverhältnis), die sachenrechtliche Abgrenzung der bereits zuvor den jeweiligen Kreditinstituten bestellten Sicherheiten (Sicherheitenpool, parallel dept).

Hier sind mE vor allem die juristischen Fakultäten angehalten, entsprechende (auch rechtsvergleichende) Forschungsarbeit zu betreiben. Selbstverständlich ist eine sinnvolle rechtswissenschaftliche Arbeit in Bereichen, die – wie immer – von der Praxis geprägt werden, auch von entsprechenden Informationen aus der Praxis abhängig. Gerade deswegen sollten die unter Punkt VI. aufgezeigten Arbeitsmethoden als Möglichkeit für eine rechtswissenschaftliche Arbeit wahrgenommen und angewandt werden.

Neben der Durchführung einer statistischen Erhebung könnten bei rechtstatsächlicher Erarbeitung dieser Themen auch Interviews mit Sachverständigen, wie beispielsweise zuständigen Mitarbeitern von Kreditinstituten und von Unternehmen durchgeführt werden.

Man könnte etwa die Möglichkeit der Erstellung einer Checkliste für die Textierung/Prüfung dieser komplexen Finanzierungsverträge (nach LMA-Muster) als Forschungsfrage aufgreifen.³⁷

Betreffend die Unternehmensanleihen wäre nicht nur die unterschiedliche Textierung von Dokumentationen (unter Berücksichtigung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften) als Forschungsthema interessant. Viel wichtiger ist mE die Frage, ob und inwieweit Verbraucher vor dem Kauf tatsächlich Kenntnis über die Rechtsfolgen eines Kaufes solcher Unternehmensanleihen haben und was sie sich davon erwarten. Diese Frage ist deshalb von Bedeutung, weil deren Beantwortung auch soziologische Verhaltensmuster aufzeigen kann. Aus einem solchen Verhaltensmuster könnte dann die Notwendigkeit eines Handelns durch den Gesetzgeber abgeleitet werden, nämlich dann, wenn negative Auswirkungen auf Verbraucher zum Massenphänomen werden könnten. Dann wäre der Gesetzgeber angehalten, entsprechende Gesetze zu schaffen, die den einzelnen Verbraucher schützen. Hier bietet sich etwa eine enge Zusammenarbeit mit der Finanzwissenschaft an, die bereits Theorien zu diesen und ähnlichen Fragen entwickelt hat (zB Portfoliotheorie).

Eine seriöse rechtstatsächliche Arbeit wird hier wohl ohne eine statistische Vorgehensweise nicht möglich sein. Vereinzelt können Interviews mit geschädigten Verbrauchern durchgeführt werden, um herauszufinden, was sie dazu bewogen hat, diese ‚Papiere‘ zu kaufen.

H. Zusammenfassung und Kritik an der Rechtstatsachenforschung nach Arthur Nußbaum

Arthur Nußbaum betonte – was Eugen Ehrlich bereits festgestellt hatte –, dass eine kontinuierliche und systematische Rechtstatsachenforschung der Rechtswissenschaft neue Möglichkeiten bietet.

Woran es mE an den Ausführungen Nußbaums betreffend die Notwendigkeit einer Rechtstatsachenforschung und die Akzentuierung der möglichen Me-

³⁷ Vgl dazu etwa Europäische Kommission, Checklist for a Consortium Agreement for Fuel Cells and Hydrogen Joint Undertaking projects; ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/fp7/docs/fch-ju-consortium-agreement-checklist_en.pdf (30.11.2012).

thoden fehlt, ist die Vorgabe einer Struktur in der methodischen Vorgehensweise. Soweit für mich überblickbar, erwähnt Nußbaum bloß punktuell aus welchen Gründen eine Rechtstatsachenforschung wichtig ist; vereinzelt spricht er ausführlich mögliche Arbeitsmethoden an. Der/Die LeserIn ist angehalten, sich selbst die jeweiligen Methoden zu exerzieren und eine strukturierte Vorgehensweise anzueignen.

Was Arthur Nußbaum mE verkannt hat, ist die Verneinung der Relevanz der Soziologie für die Rechtswissenschaft.³⁸ Schließlich sollte gerade die Soziologie, wie auch die Wirtschafts- und Politikwissenschaften, als Grundlage für die Schaffung und Änderung unserer Gesetze dienen. Das oben genannte Beispiel betreffend den Kauf von Unternehmensanleihen durch Verbraucher zeigt, dass der Gesetzgeber dann angehalten ist, rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, wenn das ‚Normale‘ in einer Gesellschaft von einem Massenphänomen (das als Misstand oder Fehlentwicklung gesehen wird) verdrängt wird und dieses sich für eine bestimmte – nämlich faktisch wirtschaftlich schwächere – Gruppe von Menschen negativ auswirkt. Um dies festzustellen, bedarf es eben neben der Statistik auch der Soziologie. Andernfalls kann der Gesetzgeber nur dann reagieren, wenn es immer mehr Geschädigte gibt, die vor lauter Wut (medial) aufschreien. Gerade um den Schadenseintritt in dieser Gesellschaftsgruppe zu verhindern muss der Gesetzgeber handeln. Handlungsgrundlage kann nur das frühzeitige Erkennen der Rechtstatsachen sein. Denn „[...] wer in das Rechtsleben der Gegenwart tieferen Einblick gewinnen will, darf sich nicht auf die Bücher beschränken“³⁹.

Aus dem bisher Gesagten kann abgeleitet werden, dass die Rechtstatsachenforschung auch der Organisation bedarf.⁴⁰ Das ist mE derzeit insofern nicht der Fall, als vereinzelt talentierte JuristInnen, meist auf sich alleine gestellt, mit rechtstatsächlichen Arbeitsmethoden wissenschaftlich zeitintensiv arbeiten. Eine Organisationsstruktur ist für mich nicht ersichtlich; vielmehr habe ich den Eindruck, dass juristische Fakultäten in Österreich nicht einmal hinter diesen JuristInnen und deren rechtstatsächlichen Arbeitsmethoden stehen. Ein Indiz für eine entsprechende Wertschätzung wäre etwa die Förderung rechtstatsächlicher wissenschaftlicher Bestrebungen. Ich hoffe aber im Unrecht zu sein und eines Besseren belehrt zu werden!

³⁸ Vgl. Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 20.

³⁹ Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 37.

⁴⁰ Vgl. dazu auch Nußbaum Die Rechtstatsachenforschung 29.

Unabhängig davon, ob die Voraussetzungen für eine Rechtstatsachenforschung in organisierten Strukturen gegeben sind oder nicht:

„Es würde schon genügen, wenn jeder einen kleinen Beitrag liefert.“ (M. Rehbinder)

Literatur

Fellner Konsortialkredite: Ausgestaltung, Haftung, Kündigung, RdW 2012, 582.

Hirsch (Hg) Die Rechtstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele von Arthur Nußbaum (1968).

Nußbaum Das Nießbrauchsrecht des BGB unter den Gesichtspunkten der Rechtstatsachenforschung (1919).

Rabl Die Parallelschuld (Parallel Debt), ÖBA 2012, 674.

Riedler in Apathy/Iro/Koziol (Hg) Österreichisches Bankvertragsrecht: IX: Kreditsicherheiten (2012).

Riedler Konsortialkredite: Konsortial-Kreditvertrag, Sicherheitenbestellung, RdW 2012, 586.

Stolberg-Wernigerode/Otto zu (Hg) Neue deutsche Biographie, Bd 19 (1999).

Dr.ⁱⁿ Derya Trentinaglia

A-4040 Linz

0699/117 121 30

derya.altinisik@live.at

Georg Miribung

Alles was Recht ist – Überlegungen zu den Rechtsbegriffen von Eugen Ehrlich und Max Weber

A. Einleitung

Was ist Recht? Im Lauf der Geschichte haben sich zahlreiche Rechtsgelehrte mit der Konzeption eines Rechtsbegriffes auseinandergesetzt und ähnliche aber oft auch sehr verschiedene Begrifflichkeiten entwickelt. Allgemein jedenfalls kann Recht als „ein spezieller Typ von Normen, der in bestimmten Verfahren und Prozessen hergestellt und auch immer wieder verändert wird,“¹ beschrieben werden. Recht ist somit nichts Statisches und wird auf unterschiedliche Art und Weise hergestellt, gefasst, interpretiert und genutzt.²

Dieser Beitrag betrachtet die jeweiligen soziologischen Rechtsbegriffe von Eugen Ehrlich und Max Weber und geht der Frage nach, was ihnen zu folge wesentlich für die Bestimmung von Recht ist und worin sich die beiden Konzepte unterscheiden. Die Kapitel B und C skizzieren die jeweiligen Begrifflichkeiten; Kapitel D vergleicht und bewertet diese. Ein Fazit führt die wesentlichen Erkenntnisse zusammen.

B. Der Rechtsbegriff nach Eugen Ehrlich

Theoretischer Ausgangspunkt von Eugen Ehrlichs soziologischem Rechtsbegriff ist die Gesellschaft, worunter er alle menschlich organisierten Verbände bzw. Gruppen versteht.³ Derlei Verbände beinhalten alle möglichen, relativ stabilen Muster oder Netzwerke von sozialen Beziehungen,⁴ und reichen von der Familie, zu religiösen oder wirtschaftlichen Organisationen, Unternehmen, sozialen Schichten bzw Klassen hin zu Nationen oder Staaten. Hierunter subsumiert er somit nicht nur Verbände, die seit alters her bestanden, wie Familien, sondern auch neuere Verbände wie zum Beispiel Vereine.⁵

Ein jeder Verband hat alle voneinander abgrenzbarer Lebensverhältnisse zum Inhalt und organisiert sich entsprechend seiner inneren Ordnung. Hieraus re-

¹ *Baer* Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung (2011) 82.

² *Baer* (2011) 82.

³ *Ehrlich* Grundlegung der Rechtssoziologie (1967) 20 f.

⁴ *Hertogh/ Catterell* Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich (2009) 89.

⁵ *Ehrlich* (1967) 51 ff. und 20 ff.

sultieren Regeln, die dem gesellschaftlichen Recht entsprechen und das Organisationsrecht eines Verbandes darstellen. Das gesellschaftliche Recht befasst sich somit mit der inneren Ordnung von menschlichen Verbänden, d.h. mit der Organisation des täglichen Lebens.⁶ Ehrlich bezeichnet diese innere Ordnung auch als lebendes Recht.⁷

Soziale Verbände entwickeln ihre innere Ordnung vorwiegend selbst und passen diese fortlaufend an den gesellschaftlichen Wandel an. Diese Normen wirken aufgrund von Traditionen und fortdauernder Übung vordergründig im Bewusstsein der jeweiligen Verbandsmitglieder. Nach Ehrlich sind Organisationsnormen vielfach gar nicht schriftlich festgelegt und werden durch außerrechtliche Normen wie zB Sittlichkeit, Religion, guter Ton, Mode, usw ergänzt.⁸

Die Befolgung dieser Normen wird jedoch nicht durch die staatliche Macht bzw deren Zwangsmittel erreicht, sondern durch einen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Zwang. Menschen beachten und erfüllen diese Rechtsvorschriften, weil gesellschaftliche Zusammenhänge dies erfordern.⁹ Dieser von Kind auf eingeübte Gruppenzwang wird zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr bewusst wahrgenommen.¹⁰

Für die Bestimmung des Rechtsbegriffes nach Eugen Ehrlich folgt hieraus, dass diesbezüglich nicht auf staatliche Sanktionen oder das Gewaltmonopol des Staates abgestellt werden kann. Vielmehr ist die Reaktion der Gruppenmitglieder zu beachten, die sich beim Bruch einer Rechtsnorm einstellt und über ein Gefühl der Empörung oder des Ärgernisses hinausgeht. Der Bruch einer Rechtsnorm erzeugt ein Gefühl der *opinio necessitatis*, wodurch zum Ausdruck kommt, dass hierdurch das friedliche Zusammenleben der Menschen und der funktionsgerechte Ablauf von gesellschaftlichen Prozessen gestört wird. Die Intensität des Gefühls dient als Unterscheidungsmerkmal zu anderen sozialen Normen, die, ebenso wie Rechtsnormen, helfen das gesellschaftliche Leben zu organisieren.¹¹

Recht entsteht demzufolge nicht durch rechtssetzende Akten, sondern findet seinen Ursprung in der Gesellschaft selbst. Es leitet sich aus Tatsachen ab, die

⁶ Raiser Grundlagen der Rechtssoziologie (2009) 75.

⁷ Ehrlich (1967) 399 ff und (2007).

⁸ Ehrlich (1967) 44 ff.

⁹ zB: Ein Arbeiter erfüllt seine Pflichten, weil er Angst hat seine Stellung zu verlieren und nicht, weil berufliche Pflichten dies erfordern.

¹⁰ Ehrlich (1967) 63 f.

¹¹ Ehrlich (1967) 132 ff.

sich aus der Stellung des einzelnen in seinem Verband ergeben. Dabei unterscheidet Ehrlich vier Grundtypen von rechtserzeugenden Tatsachen.¹²

- Die Gleichartigkeit sozialen Verhaltens und die gesellschaftliche Übung (dies sind die ältesten Rechtstatsachen),
- Herrschaftsbeziehungen (der Verband beschützt den hilfsbedürftigen Einzelnen),
- Besitzverhältnisse (hier wird auf die faktische Verfügungsmöglichkeit von Gütern abgestellt, die wirtschaftlich von Bedeutung sind) und
- Willenserklärungen (ein geordneter Wirtschaftsablauf durch Vertrag).

Aus diesen Tatsachen kann Recht werden, wenn sie sich in die Verfassung eines Verbandes eingliedern und dadurch der Anspruch entsteht, dass der Zustand, den diese Tatsachen schaffen, geachtet wird.

Neben diesem gesellschaftlichen Recht gibt es Entscheidungsnormen bzw. Rechtssätze die Gerichten helfen, Streitigkeiten zu schlichten. Dies ist notwendig da oftmals das Organisationsrecht nicht ausreicht, Konflikte zwischen Verbandsmitgliedern oder verschiedenen Verbänden untereinander zu klären oder für neue Situationen passende Lösungen zu finden. Als Ergebnis bildet die Gesellschaft – und nicht der Staat – Gerichte, um derlei Konflikte zu lösen.¹³ Dieser Begriff umfasst jedoch nicht nur staatliche Gerichte sondern auch Schiedsgerichte, Vereinsgerichte, Ehrengerichte usw. Um zu verhindern, dass diese Gerichte nach Willkür oder Gutdünken handeln, werden Entscheidungsnormen gebildet, die das Handeln der Gerichte bestimmen. Dementsprechend muss ein Richterspruch aus allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden, die über eine höhere Kraft verfügen.¹⁴ Entscheidungsnormen stellen die innere Ordnung der Gesellschaft sicher. Sie sind Juristenrecht und für längere Zeit auf eine Vielzahl von Personen und ähnliche Fälle gleichmäßig anzuwenden. Mittels dieser Stetigkeit werden letztlich im Rahmen eines sozialen Prozesses Entscheidungsnormen zu schriftlich fixierten Rechtssätzen verarbeitet.¹⁵

Der dritte Teilbereich des Rechts ist jener des staatlichen Rechts. Diese Vorschriften entstehen durch den Staat und können nur durch ihn weiterbeste-

¹² *Ehrlich* (1967) 92 ff.

¹³ *Ehrlich* (1967) 97 ff und 100 ff.

¹⁴ *Ehrlich* (1967) 98 ff.

¹⁵ *Ehrlich* (1967) 107 ff.

hen.¹⁶ Hierunter fallen beispielsweise die Steuergesetzgebung, Organisationsvorschriften des Militärs und der Polizei, ebenso wie das Recht der gestalten- den Leistungsverwaltung.

C. Der Rechtsbegriff nach Max Weber

In seinen Studien hat Max Weber festgehalten, dass soziales Handeln¹⁷ rein faktisch oder normativ sein kann. Ersteres bezieht sich auf ein Verhalten, das tatsächlich und regelmäßig geschieht und auf Gewohnheiten basiert (Brauch, Sitte). Hingegen werden nur normative soziale Handlungen durch eine Ordnung vorgegeben und als verbindlich (legitim) betrachtet. In diesem Fall wird die vorgegebene Ordnung befolgt, weil an ihre Legitimität geglaubt wird.¹⁸

Diesem Legitimitätsglauben können vier mögliche Ursachen zu Grunde liegen:

- Tradition: der Handelnde glaubt an die Heiligkeit der Tradition und sieht das immer Gewesene als verbindlich an.
- Affekt: Glaube an ein Orakel, eine religiöse Offenbarung.
- Wertrational: ursächlich sind absolute ethische, ästhetische oder religiöse Werte.
- Legalität einer Ordnung: die Legitimität ergibt sich aus einer Anordnung durch einen legitimen Herrscher oder aus Vereinbarungen zwischen den Interessierten.

Diese als Idealtypen konzipierten Ursachen sind in der Realität selten in ihrer Reinform zu finden, sondern in verschiedenen Kombinationen untereinander. Der Legitimitätsglaube bewirkt, dass sich der Handelnde freiwillig anpasst.¹⁹

Neben diesem Legitimitätsglauben muss eine soziale Ordnung jedoch zusätzlich durch äußere Faktoren ergänzt werden, womit der Handelnde gezwungen wird, sie einzuhalten. Nach Weber gibt es hierfür zwei Fälle, nämlich Konvention und Recht. Wird von der sozialen Ordnung abgewichen und führt dies

¹⁶ Ehrlich (1967) 110. Der Begriff des staatlichen Rechts ist zu unterscheiden vom Gesetzesrecht, da der Gesetzgeber bei vielen Gesetzen nur Volks- oder Juristenrecht rezipiert hat. Raiser (2009) 79.

¹⁷ Soziales Handeln kann zweckrational (ausgerichtet auf die Verwirklichung eines bestimmten Zweckes), wertrational (bestimmt durch den bewussten Glauben an den Wert eines bestimmten Sachverhaltes), affektuell (soziales Handeln wird bestimmt durch Gefühle und Affekte) und traditional (eingelebte Gewohnheit) sein. Weber *Wirtschaft und Gesellschaft* (1972) 12.

¹⁸ Weber (1972) 14 ff.

¹⁹ Weber (1972) 16 ff.

lediglich zu einer allgemeinen und praktisch fühlbaren Missbilligung durch einen bestimmten Menschenkreis, so spricht man von Konvention. Wird die Einhaltung der sozialen Ordnung jedoch durch die Chance eines physischen oder psychischen Zwanges garantiert, so spricht Weber von Recht.²⁰ In diesem zweiten Fall überwacht und ahndet ein eigens durch den Staat eingestellter Rechtsstab (Sanktionsapparat) die Einhaltung der sozialen Ordnung. Bei diesem Rechtsstab (wesentliches Merkmal des soziologischen Rechtsbegriffes) handelt es sich um eine auf die Rechtspflege spezialisierte Personengruppe, welcher es ausschließlich obliegt, die Durchsetzung der sozialen Ordnung zu erzwingen und Verstöße dagegen zu verfolgen (weiteres wesentliches Merkmal des Rechtsbegriffes nach Weber).²¹

D. Vergleich und Bewertung

Im nun folgenden Abschnitt werden wesentliche Punkte, die die beiden Rechtsbegriffe bestimmen, herausgearbeitet und mit der jeweils anderen Konzeption verglichen.

Ein, wenn nicht der wesentlichste Unterschied zwischen den hier betrachteten Rechtsbegriffen, liegt in der Art und Weise, wie Recht entsteht bzw. welche Merkmale eine Rechtsnorm nach den jeweiligen Autoren aufweisen muss.

Als Entstehungsgründe für Recht bestimmt Ehrlich vier verschiedene beobachtbare Tatsachen, welche die Organisationstruktur der menschlichen Verbände beeinflussen und somit der Rechtsquellenlehre von Eugen Ehrlich entsprechen.²² Da nun das konkrete Handeln der Verbände vor allem in der

²⁰ Weber (1972) 17.

²¹ Raiser (2009) 90.

²² Weber hat zwar keine so begrifflich ausgearbeitete Rechtsquellenlehre hinterlassen, er verwendet aber im Rahmen seiner Studien 5 verschiedene Rechtsquellen. Als primäre Rechtsquelle finden sich bei Weber Verträge, als Verhaltensregeln und Vereinbarungen von Privatpersonen. Als zweite Rechtsquelle kann die Kautelarjurisprudenz genannt werden, gemäß welcher Juristen als spezialisierte Rechtskundige an der Entstehung von Recht teilhaben, wie es eine entwickelte Gesellschaft mit ihren komplexen ökonomischen und sozialen Verhältnissen erfordert. Dritte eigenständige Rechtsquelle sind mit Rechtszwang ausgestattete Gerichtsurteile, die die Einhaltung von andernfalls ungesicherten Verträgen garantieren. Vierte Rechtsquelle sind charismatische Offenbarungen von Seiten von Orakeln oder Propheten und als fünfte Quelle können Vereinbarungen zwischen Stammes- und Sippenhäuptlingen genannt werden, die im Zuge ihrer Entwicklungsgeschichte in die moderne Gesetzgebung münden. Weber entwickelt somit ein komplexes System der Entstehung von Recht, welches im Unterschied zur juristischen Rechtsquellenlehre über das Gesetz als wesentliche Rechtsquelle hinausgeht. Raiser (2009) 100.

Bei Weber wie auch bei Ehrlich ist der Vertrag eine der zentralen Rechtsquellen. Vergleiche in diesem Zusammenhang auch Ehrlich Politische Schriften (2007) 195.

Rechtsnorm (lebendes Recht) seinen Ausdruck findet und dieses zu dem die als Rechtssätze erlassenen Normen in Menge erheblich übersteigt, kann nach Ehrlich das lebende Recht nicht in einem Gesetzbuch zu finden sein.²³

Bezogen auf das von ihm definierte staatliche Recht hat Ehrlich festgestellt, dass dieses zwar stark zugenommen hat, jedoch noch einen kleinen und nicht zu wichtigen Teil des geltenden Rechts ausmacht. In der Art und Weise wie sich eine homogenere gesellschaftliche Ordnung herausbildet, wird dieses staatliche Recht in seiner Bedeutung wieder abnehmen.²⁴

Um Recht im sozialen Kontext zu identifizieren, benutzt Ehrlich einen soziologischen und einen psychologischen Ansatz.²⁵ Der erste setzt sich mit den vier rechtserzeugenden Tatsachen auseinander.²⁶ Nach Ehrlich entsteht Recht also als innere Ordnung von Verbänden aus den vier rechtserzeugenden Tatsachen, welche eine Mischung aus sozialen Handlungen und sozialen Beziehungen darstellen. Der Zeitpunkt jedoch, an welchem Rechtsnormen entstehen, kann nicht genau festgelegt werden. Ehrlich scheint Recht so zu verstehen, dass dieses Aspekte von gesellschaftlichen Organisationen betrifft, welche sich auf Tatsachen des Rechts beziehen und von allgemeiner, vor allem wirtschaftlicher, gesellschaftlicher Bedeutung sind. Recht ergibt sich somit immer aus diesen Rechtstatsachen und kann in den erwähnten Formen des gesellschaftlichen Rechts, der Entscheidungsnormen oder des staatlichen Rechts in Erscheinung treten.²⁷

Neben diesem soziologischen Aspekt, verwendet Ehrlich zusätzlich einen psychologischen Ansatz zur Bestimmung von Recht (*opinio necessitatis*). Er gibt zu, dass es schwierig sei, eine genaue Grenze zwischen Rechts- und anderen sozialen Normen zu ziehen. Er verweist aber darauf, dass dieser unmissverständliche Unterschied besteht und durch Gefühle gegenüber den verschiedenen Normen aufgezeigt wird. Die Verletzung einer Rechtsnorm führe zu einem Gefühl der Empörung (feelings of revolt). Der in diesem Zusammenhang zu verwendende Begriff der *opinio necessitatis* wird von Ehr-

²³ Ehrlich (1967) 42 ff. Im Zuge seiner Beobachtungen stellte er fest, dass ein staatliches Gesetzbuch nicht einer gelebten Ordnung entspricht. In diesem Zusammenhang zeigte er den Unterschied zwischen Rechtssatz („zufällige allgemeinverbindliche Fassung einer Rechtsvorschrift in einem Gesetzbuch oder Rechtsbuch“) und Rechtsnorm („jeder innerhalb eines Verbandes ins Handeln umgesetzter Rechtsbefehl“) auf. Ehrlich (1967) 29 f.

²⁴ Ehrlich (1967) 60 f und 312 ff.

²⁵ Cotterrell (2009) 89.

²⁶ Dabei ist Übung nur ein Übrigbleibsel (residual fact) des Rechts. Herrschaft und Besitz sind rechtlich deshalb von Wichtigkeit, da sie von allgemeiner wirtschaftlicher gesellschaftlicher Wichtigkeit sind. Die Willenserklärung wiederum kann in zwei Formen von rechtlichem Belang sein: dem Vertrag und dem Testament/testamentarische Verfügung. Cotterrell (2009) 90.

²⁷ Cotterrell (2009) 90.

lich nicht näher erklärt, von anderen jedoch als Gefühl oder Impuls des Gehorsams gegenüber einer gesellschaftlichen Notwendigkeit definiert.²⁸ Im Gegenzug spielt der von staatlichem Recht ausgeübte Zwang nur eine untergeordnete Rolle.²⁹

In diesem Zusammenhang schreibt Ehrlich:

„So schwierig es aber auch ist, wissenschaftlich die Grenze zwischen der Rechtsnorm und anderen Arten der Norm zu ziehen, so praktisch besteht diese Schwierigkeit nur selten.“ Und weiter: „Die verschiedenen Arten von Normen lösen verschiedene Gefühle aus, und wir antworten auf Übertretung verschiedener Normen nach ihrer Art mit verschiedenen Empfindungen. Man vergleiche das Gefühl der Empörung, das einem Rechtsbruch folgt, mit der Entrüstung gegenüber einer Verletzung des Sittengebotes, ... Der Rechtsnorm ist eigentümlich das Gefühl, für das schon die gemeinrechtlichen Juristen den so bezeichnenden Namen *opinio necessitatis* gefunden haben. Danach muss man die Rechtsnorm erkennen.“³⁰

Nach Ehrlich ist die Macht des Staates gering, wenn es darum geht, die von ihm gesetzten Regeln durchzusetzen. Vielmehr dient der Staat der Gesellschaft, um dem gesellschaftlichen Recht einen entsprechenden starken Rückhalt zu geben.³¹ Dieser Geringschätzung stellt er die Funktion der Juristen gegenüber, die als Mittler zwischen den genannten Arten des Rechts auftreten, um diese zu verflechten und auch umzuformen.³²

Wenn nun bei Ehrlich der Staat bei der Schaffung und Sicherung von Recht nur eine untergeordnete Rolle spielt, überträgt Weber bei der Bestimmung seines Rechtsbegriffes diesem eine zentrale Aufgabe. Ausgangspunkt ist die Beschreibung von Idealtypen als innere Gründe, um Rechtsnormen zu befolgen. Neben diesem inneren Aspekt tritt die Notwendigkeit der äußeren Sicherung einer Ordnung durch Recht (Recht als äußerer Ordnungsfaktor von Gesellschaften³³). Eine Ordnung wird somit zu Recht, „wenn sie äußerlich garantiert ist 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.“³⁴

²⁸ Cotterrell (2009) 90.

²⁹ Ehrlich (1967) 57.

³⁰ Ehrlich (1967) 132.

³¹ Ehrlich (1967) 123 f.

³² Hierauf beruht die Rationalität des Rechts, die zum Erhalt der modernen Zivilisation beiträgt. Raiser (2009) 80.

³³ Baer (2011) 120.

³⁴ Weber (1972) 17.

Recht im Weberschen Sinn wird durch einen Rechtsstab professionell gesichert und dient der Einhaltung von Vorgaben und der Sanktionierung ihrer Verletzung.³⁵ Dieses Merkmal der professionellen Sicherung ist von zentraler Bedeutung für die Bestimmung des Rechtsbegriffes nach Weber. Regeln des Verhaltens, die nur durch die öffentliche Meinung oder gesellschaftlichen Druck aufrechterhalten werden können, sind somit nicht als Recht zu verstehen. Gefühle der Empörung und Missbilligung zur Rechtssicherung, so wie von Eugen Ehrlich konzipiert hat, sind also nicht Teil des Rechtsbegriffes von Max Weber.³⁶

Der von Eugen Ehrlich entwickelte Rechtsbegriff hängt mit seinen Erfahrungen in der Bukowina zusammen. Beobachtungen von in diesem Gebiet lebenden Volksstämmen ließ ihn die Frage aufwerfen, ob denn Gesetzesrecht und Regeln, welche das Verhalten von Menschen tatsächlich bestimmen, letztlich übereinstimmen. So konnte er feststellen, dass sich das tatsächliche Verhalten von Menschen nicht vordergründig an den Regeln orientiert, wie sie das Gesetz vorsieht. Diese bilden die Wirklichkeit nicht vollkommen ab und beinhalten Lücken.³⁷ Die für das menschliche Verhalten maßgebliche innere Ordnung eines Verbandes ist historisch viel früher in Erscheinung getreten als verschriftlichte Rechtssätze.³⁸ Recht diene der Organisation solcher menschlicher Verbände, es stellt somit ein Ordnungssystem dar.³⁹

Weber hingegen stellt die Entwicklung von Recht in Zusammenhang mit einem Rationalisierungsprozesses, an dessen Ende abstrakte Rechtsbegriffe stehen, die durch logische Sinndeutung zugänglich gemacht werden.⁴⁰ Diese Konzeption ist in den Kodifikationsbestrebungen des ausgehenden 19. Jhdts. und in der Begriffsjurisprudenz am reinsten entwickelt.⁴¹ Nach Weber wird

³⁵ Webers Rechtsbegriff ist auch auf anderes Recht wie Kirchenrecht oder Vereinsrecht anwendbar. Auch hier gibt es professionelle Sicherungsmethoden. *Baer* (2011) 120.

³⁶ *Baer* (2011) 120. Zwangstheorie des Rechts zum Unterschied von Anerkennungstheorie nach Eugen Ehrlich. *Raiser* (2009) 77. Weber bezieht aber auch gefühlsmäßige und nicht-formelle Strömungen in seine Überlegungen mit ein, wenn er in seiner Rechtssoziologie feststellt, dass in Bezug auf eine bessere Geschäftsmoral das Recht nur einen Minimumstandard garantieren kann. Alles andere widerspräche einem Grundgedanken abendländischen Rechts, gemäß welchem Recht dazu dient, die Effizienz des Kapitalismus und seine technische Überlegenheit zu sichern. *Ghosh* Max Weber and Georg Jellinek: two divergent conceptions of law, *Seaculum: Jahrbuch für Universalgeschichte* (2008) 326 ff.

³⁷ *Baer* (2011) 88. In diesem Zusammenhang kritisiert er auch die positivistische Jurisprudenz und wirft ihr vor, dass sie sich ausschließlich mit dem staatlichen Recht auseinandersetze. *Raiser* (2009) 73. Vergleiche auch *Ehrlich* (2007) 196 f.

³⁸ *Ehrlich* (1967) 29 f.

³⁹ *Baer* (2011) 88.

⁴⁰ *Weber* (1972) 396 f.

⁴¹ *Raiser* (2009) 98.

dieses sich über die Jahrhunderte entwickelte, rationale und formale abendländische Recht sich auch zukünftig in dieselbe Richtung weiterentwickeln.⁴² Diese Konzeption geht einher mit seinem Verständnis des modernen Staates, dessen Entwicklung sich in einem evolutiven Rationalisierungsprozess vollzogen hat und der sich automatisch zu einem von Arbeitsteilung und Bürokratie geprägten Staat entwickelt hat.⁴³

Weber bettet seinen Anspruch an die Rechtswissenschaft bzw seine rechtssoziologischen Gedanken in eine universell orientierte Gesellschaftstheorie ein, die sich mit menschlichem Handeln, mit der Idee des Menschen und seiner Art und Weise das eigene Leben zu führen, sowie einem Rationalisierungsprozess dieser Lebensführung auseinandersetzt.⁴⁴ Demgegenüber ist für Eugen Ehrlich die Funktion eines Theoriebeginnes unwichtig. Auch sein rechtssoziologisches Werk ist nicht einheitlich, sondern in viele Teilstücke gegliedert. Sein Interesse am Recht ist verbunden mit der Idee des ‚lebenden Rechts‘. Nicht die Begründung einer Theorie steht im Vordergrund. Von zentraler Bedeutung ist die Erforschung des Rechts, wie es in der Gesellschaft praktiziert wird.⁴⁵

Dies zeigt sich auch in Überlegungen, in denen sich Eugen Ehrlich mit der Rechtswissenschaft auseinandersetzt, der er vorwirft, sie sei als Disziplin zu theoretisch ausgerichtet und wirke auf die Handlungsnorm/Rechtsnorm nur ein, indem sie auf die staatliche oder juristische Ebene einwirkt. Er wirft der auf Rechtstexte fixierten Begriffsjurisprudenz vor, sie sei aufgrund ihres dogmatischen Ansatzes zu abstrakt.⁴⁶ Die eigentliche Wissenschaft vom Recht jedoch sei die Rechtssoziologie, die das lebende Recht untersucht. Er fordert daher eine Rechtswissenschaft, dessen Ziel es ist, den Entstehungs- und Entwicklungsprozess des Rechts zu erforschen und sieht das Recht als eine gesellschaftliche Erscheinung.⁴⁷ Die Rechtswissenschaft müsse somit in einem demokratischen Sinne eine Öffnung zur Basis vornehmen um eine Rechtswissenschaft ‚von unten‘ zu werden.⁴⁸ Als Methode soll eine induktive zur Verwendung kommen und die sozialen Gegebenheiten empirisch erforscht werden.⁴⁹

⁴² *Gbosh* (2008) 326.

⁴³ *Baer* (2011) 122.

⁴⁴ *Ludwig* Sein und Sollen. Eine Untersuchung zur Abgrenzung der Rechtsnormen von den sozialen Normen bei Max Weber und Eugen Ehrlich (1999) 17.

⁴⁵ *Ludwig* (1999) 28.

⁴⁶ *Baer* (2011) 89.

⁴⁷ *Ehrlich* (1967) 19 und 405 ff.

⁴⁸ *Baer* (2011) 89.

⁴⁹ *Raiser* (2009) 74.

Weber hingegen skizziert eine Rechtswissenschaft als ‚Dogmatik des Sinns‘,⁵⁰ deren Aufgabe es sei zu erfragen, „welcher normative Sinn einem als Rechtsnorm auftretenden sprachlichen Gebilde logisch richtigerweise zukommen sollte.“⁵¹ Das geltende Recht beschäftigt sich somit mit dem positiven Recht. Eine soziologische Betrachtung von Recht hingegen untersucht, „was innerhalb einer Gemeinschaft faktisch und deswillen geschieht, weil die Chance besteht, dass am Gemeinschaftshandeln beteiligte Menschen, darunter insbesondere solche, in deren Händen ein sozial relevantes Maß von faktischem Einfluss auf dieses Gemeinschaftshandeln liegt, bestimmte Ordnungen als geltend subjektiv ansehen und praktisch behandeln, also ihr eigenes Handeln an ihnen orientieren.“⁵² Weber trennt somit die Rechtswissenschaft von der Soziologie, also der soziologischen Betrachtung von Recht. Zwar hat Weber Recht in diesem Sinne in eine umfassende Gesellschaftstheorie eingebunden, wodurch Recht mit den politischen Strukturen von Herrschaft verknüpft wird, trotzdem kann es unabhängig hiervon erforscht werden. Dies zeigt sich auch in der getrennten Darstellung seiner ‚Soziologie des Rechts‘ innerhalb seines Werkes ‚Wirtschaft und Gesellschaft.‘ Dadurch gelingt es ihm eine Konzeption eines abendländischen Rechtsbegriffes zu formulieren, der technisch, logisch und rational in sich abgeschlossen besteht. Dies jedoch nicht, da Weber die gesellschaftliche Dimension vom Studium des Rechts verneint; vielmehr konzentriert sich Weber in diesem Zusammenhang auf die Rechtsgemeinschaft selbst, das sind: die Rechtsanwender, deren Institutionen und Ausbildungsstätten, sowie alle jene materiellen Interessen, welche sich des Rechts bedienen.⁵³

E. Fazit

In meinem Beitrag habe ich die doch sehr unterschiedlichen Rechtsbegriffe von Eugen Ehrlich und Max Weber untersucht und bestimmte Wesensmerkmale – auch im weiteren Kontext – verglichen. Die Unterschiede reichen von der Entstehung von Recht bis hin zum Vollzug von Recht und prägen dementsprechend die Vorstellungen, wie und mithilfe welcher wissenschaftlicher Disziplinen Recht untersucht werden kann bzw. soll. Ein wesentlicher Grund dürfte im Anspruch der beiden Rechtsgelehrten hinsichtlich ihrer eigenen Tätigkeit sein: während Ehrlich vor allem die Erforschung der Realität also des

⁵⁰ *Ludwig* (1999) 73.

⁵¹ *Weber* (1972) 181.

⁵² *Weber* (1972) 181.

⁵³ *Ghosh* (2008) 326.

lebenden Rechts in den Mittelpunkt stellt,⁵⁴ ist Webers Rechtsbegriff wesentlich von seiner umfangreichen Gesellschaftstheorie geprägt.

Literatur

- Baer* Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung (2011).
- Cotterrell* Ehrlich at the Edge of Empire: Centres and Peripheries in Legal Studies, in: Hertogh (Hg) Living Law: reconsidering Eugen Ehrlich (2009).
- Ghosh* Max Weber and Georg Jellinek: two divergent conceptions of law, *Saeculum: Jahrbuch für Universalgeschichte* 59 (2008), 299 ff.
- Ehrlich* Grundlegung der Soziologie des Rechts (1967).
- Ehrlich* Politische Schriften (2007).
- Ludwig* Sein und Sollen. Eine Untersuchung zur Abgrenzung der Rechtsnormen von den sozialen Normen bei Max Weber und Eugen Ehrlich (1999)
- Nelken* Ehrlich's Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law? in: Hertogh (Hg) Living Law: reconsidering Eugen Ehrlich (2009)
- Raiser* Grundlagen der Rechtssoziologie (2009).
- Raiser* Grundlagen der Rechtssoziologie (2009).
- Weber* Wirtschaft und Gesellschaft (1972).

Dr. Georg Miribung, LL.M.
Institut für Italienisches Recht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
0512/507-96109
georg.miribung@uibk.ac.at

⁵⁴ *Ehrlich* (2007) 199 f. Nelken spricht in diesem Zusammenhang von einem Hinweis auf eine (Forschungs-) Methode. „It tells us where to look (and how to look) for something, but the existence of that something is predicated on unspecified theoretical grounds.“ *Nelken* Ehrlich's Legacies: Back to the Future in the Sociology of Law? in: Hertogh (Hg) Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich (2009) 243.

Eugen Ehrlichs Politische Schriften

A. Einleitung

Der folgende Beitrag soll sich mit Eugen Ehrlichs Beiträgen zum politischen Diskurs seiner Zeit beschäftigen. Ein Aspekt dieser vielseitigen Persönlichkeit, der für gewöhnlich nicht im Zentrum der Betrachtungen steht, da die Aktualität seines Wirkens als Jurist und (Rechts-)Soziologe uns heute noch zugänglich erscheint, während die Zeitgeschichte des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts nur mehr Stoff historischer Betrachtungen ist.

Zu diesem Zweck sollen die von Manfred Rehbinder in dem Sammelband *Politische Schriften*¹ aufbereiteten Beiträge von Ehrlich betrachtet und im Kontext ihrer Zeit beleuchtet werden.

Der Sammelband folgt dabei einer Dreiteilung der Politischen Schriften², und stellt Ehrlichs Publikationen zur Zeitgeschichte des Ersten Weltkriegs ebenso dar wie Beiträge zur Sozialpolitik und zu Fragen der Friedensbewegung. Waren die publizierten Beiträge Ehrlichs vor dem Ersten Weltkrieg überwiegend juristischer (bzw auch rechtspolitischer) Natur, so folgten in den Jahren nach Beginn des Ersten Weltkriegs zahlreiche Schriften zu politischen und ökonomischen Fragen.

Ganz dürfte die Selbsteinschätzung Ehrlichs, dass er vor dem Krieg „mit anderen Arbeiten vollauf beschäftigt“ gewesen sei und daher „keine politischen Artikel schrieb“³ nicht zutreffen. Seine späteren Arbeiten mögen vielleicht nur explizierter gewesen sein, als seine Bearbeitung von gesellschaftlichen Fragen aus dem Blickwinkel des Rechts, die am Anfang seines Schaffens stehen.

Zunächst muss man bei der Betrachtung der politischen Schriften des Eugen Ehrlich jenen Teil seiner Biographie berücksichtigen, der relativ lang vor seinem Wirken als Rechtssoziologe lag. Nach seiner Promotion 1886 in Wien wirkte Ehrlich zunächst in Wien und Schwechat, wo er Ende der 1880er Jahre in das Umfeld zweier studentisch-akademischer Diskussionsgruppen geriet,

¹ *Rehbinder* Eugen Ehrlich: Politische Schriften, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtswissenschaftsforschung (2007a) 165 ff.

² Vgl auch *Rehbinder* Die politischen Schriften des Rechtssoziologen Eugen Ehrlich auf dem Hintergrund seines bewegten Lebens, in: *Anuarul Institutului de Istorie G. Barițiu din Cluj-Napoca* (2007b) 269 ff, 278.

³ Zitiert nach *Rehbinder* (2007b) 273.

der ‚Freien Vereinigung sozialistischer Studenten‘ und des ‚Sozialwissenschaftlichen Bildungsvereins‘. Deren Mitglieder umfasste eine Vielzahl heute noch prominenter Namen wie Alfred Adler, Max Adler, Rudolf Hilferding, Käthe Leichter, Engelbert Pernerstorfer oder Karl Renner aus dem Umfeld der Sozialdemokratie, aber auch zahlreiche liberale und konservative Politik- und Geistesgrößen wie Karl Grünberg, Ludo Hartmann, Julius Ofner oder auch Eugen von Philippovich. Ehrlich publiziert in Folge Aufsätze rechtspolitischer Natur in der Zeitschrift ‚Unsere Zeit. Deutsche Revue der Gegenwart, dem Jahrbuch zum Conversations-Lexikon des Brockhaus Verlags‘ – wobei er sich mit Fragen der Sozialpolitik im Rahmen des Rechtsstaates beschäftigt. Ebenso erscheinen Aufsätze von ihm in der von Pernerstorfer veröffentlichten Zeitschrift ‚Deutsche Worte‘.⁴

Großen Einfluss muss auch die Bekanntschaft mit Anton Menger, dem weniger bekannten aber dafür umso radikaleren Bruder des Carl Menger gehabt haben, der als Professor des Zivilgerichtlichen Verfahrens in Wien wirkte. Während Carl Mengers Beitrag zur Ökonomie in Form der Grenznutzentheorie Bedeutung hat, bleibt Anton Menger für seine Sammlung sozialistischer Originalliteratur und seinen Streit mit Engels und Kautsky in Erinnerung⁵. Die Bekanntschaft dieser beiden Männer entstammt ebenso den 1880er Jahren, muss sich aber über viele Jahre fortgesetzt haben, war es doch Ehrlich, der Menger 1906 mit der Veröffentlichung einer umfassenden Monografie⁶ ehrte in welcher er Menger als demokratischen Sozialisten bezeichnete und zu den größten Ethikern aller Zeiten zählte.

Nicht unerwähnt bleiben kann der zweite große Namen der Czernowitzer Fakultät, Joseph Schumpeter⁷, der gemeinsam mit Ehrlich die Einrichtung der ‚Sozialwissenschaftlichen Ecke‘ in der Czernowitzer Allgemeinen Zeitung betrieb, für deren Redaktion beide names des Sozialwissenschaftlichen Akademischen Vereins Czernowitz verantwortlich zeichneten.⁸ Der anschließend besprochene Beitrag ‚Die Aufgaben der Sozialpolitik im österreichischen Osten‘ war das Ergebnis eines Vortrags für den Verein und zeigt, dass Ehrlich

⁴ *Vogel* Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich (2003) 86 ff.

⁵ Weiterführend *Johnston* Österreichische Kultur- und Geistesgeschichte (2006) 105 ff; *Grebing* Geschichte der sozialen Ideen in Deutschland: Sozialismus – Katholische Soziallehre – Protestantische Sozialethik. (2005²) 180 ff.

⁶ *Vogel* (2003) 86 ff. *Ehrlich* Anton Menger, in: Süddeutsche Monatshefte (1906) 285 ff.

⁷ Der Ökonom Joseph Alois Schumpeter wirkte zwischen 1909 und 1911 in Czernowitz, bevor er an die Universität Graz berufen wurde.

⁸ Czernowitzer Allgemeine Zeitung, 13.11.1910, abgedruckt in *Hedtke* Czernowitzer Angelegenheiten, Dokumentation zu Schumpeters Vorträgen und Aktivitäten an der Universität Czernowitz, <http://www.schumpeter.info/Czernowitzer%20Angelegenheiten.pdf> (Stand: 10.11.2012).

sich wohl während seiner ganzen wissenschaftlichen Laufbahn nebst juristischen immer auch sozialen, politischen und ökonomischen Fragen widmete.

Welchen Eindruck er mit seinen Beiträgen auf seine Zeitgenoss_Innen gemacht hat, lässt sich vielleicht daran erkennen, was Karl Renner in einer Rezension des Nachdrucks der Grundlegung der Soziologie des Rechts 1930 geschrieben hat:

„Eugen Ehrlich hatte in den Neuzigerjahren als Dozent des Privatrechtes an der Wiener Universität von der stürmischen Aufwärtsbewegung der österreichischen Sozialdemokratie mächtigen Eindruck empfangen und [...] mit uns manchen leidenschaftlichen Strauß um die materialistische Geschichtsauffassung durchgefochten. [...] Es ist ein trauriges Denkmal deutscher Universitätsverfassung, daß Ehrlich als Jude über Czernowitz nicht hinauskam, obschon seine Forschungen die Berufung an eine erste Hochschule gerechtfertigt hätten.“⁹

Die sehr stark auf den Zeitpunkt ihres Erscheinens bezogenen Beiträge zur Zeitgeschichte des Ersten Weltkriegs (Das Ende eines großen Reiches, Die Memoirenmanie der Generäle, Bismarck und der Weltkrieg, Die Schuldfrage, Die Amnestie) sollen hier außen vor bleiben. Stattdessen soll zunächst eine kurze geschichtliche Einleitung Hintergrundwissen zur Bukowina und ihrer Hauptstadt Czernowitz vermitteln und somit einen Zusammenhang mit dem Wirken von Eugen Ehrlich schaffen. Daran anschließend werden die Beiträge zur Friedenspolitik und zur Sozialpolitik zusammengefasst und kommentiert.

Die Bukowina als melting pot des Ostens

Czernowitz, als Geburtsort und Stätte seines späteren Wirkens bilden den Rahmen für ein vertieftes Verständnis von Ehrlich und seinem Werk. Dort fand er eine Art Freiluft-Laboratorium vor, wo auf engstem Raum nicht nur unterschiedliche Volksgruppen lebten sondern diese auch noch ihre tradierten Rechtsregeln anwendeten.

Czernowitz, in der heutigen Ukraine gelegen, verrät schon durch die Vielzahl seiner Namen etwas über seine bewegte Geschichte. Während es im Deutschen als Czernowitz bekannt ist, benennen es die RumänInnen als Cernăuți. Im Jiddischen als Tshernovits bezeichnet, lautet sein polnischer Name Czerniowce. Wer sich heute auf die Suche nach einem Weg dorthin macht, wird auf die ukrainische Stadt Чернівці (translit. Chernivtsi) stoßen.

⁹ Zitiert nach *Rebbinder* Neues über Leben und Werk von Eugen Ehrlich, in: Kaulbach/Krawietz (Hg) Recht und Gesellschaft FS Helmut Schelsky (1978) 405.

Czernowitz, Teil des Fürstentums Moldau, welches selbst der Hohen Pforte seit 1512 tributpflichtig war, gelangte 1775¹⁰ unter österreichische Kontrolle. Damit einher ging eine völlige geographische Neuausrichtung der durch die Stadt verlaufenden Handelsrouten und Geschäftsbeziehungen. Die historisch gewachsenen Nord-Süd-Verbindungen zwischen Konstantinopel und Moskau waren auf einmal nicht mehr zugänglich, eine wirtschaftliche Anbindung an das neue Zentrum Wien musste erst gefunden werden, ein wesentlicher Grund für die stockende Entwicklung. Anfänglich bestand eine österreichische Militärverwaltung (bis 1786), die den Grundstein legen sollte für eine liberale und ‚Untertanen-freundliche‘ Verwaltung (im Unterschied zu Transylvanien, wo die Diskriminierung der lokalen Bevölkerung 1784 in einem Aufstand münden sollte¹¹). Exemplarisch für die liberale Verwaltung war ua, dass 1777 der Treueid auf Österreich auf Deutsch und Rumänisch abgelegt wurde.

Auch an anderer Stelle profitierte die Bukowina und mit ihr Czernowitz, dass es unter der Verwaltung Cisleithaniens stand, fern von Wien war und zumindest anfangs recht dünn besiedelt. Befördert durch eine strategische Siedlungspolitik entwickelte sich rasch ein Völkergemisch aus PolInnen, UkrainerInnen, Huzulen (nomadisch lebende UkrainerInnen), JüdInnen, ArmenierInnen, UngarInnen, SlowakInnen, LipowanerInnen (eine russischsprachige religiöse Minderheit), Roma und Sinti, Griechen_Innen, Türk_Innen und auch Deutschsprachigen.¹² Bis 1811 galten noch die alten Steuergesetze, die einen starken Zuzug der jüdischen Bevölkerungsgruppe beförderten, waren sie doch hier vor der diskriminierenden Steuerpraxis in anderen Teilen des Reiches geschützt.¹³

Wie sehr sich die Gestalt der Bukowina veränderte, zeigt die Bevölkerungsentwicklung: Eine erste, zur Zeit der Militärverwaltung vorgenommene Volkszählung gibt an, dass demnach rund 11.000 rumänische Familien, nebst 1.261 ruthenischen¹⁴, 526 jüdischen, 58 armenischen und 294 Roma- und Sinti-Familien¹⁵ lebten. Bis zur Volkszählung von 1910 entwickelte sich daraus eine Bevölkerung von 794.924 Menschen, davon 305.101 mit ukrainischer

¹⁰ Hofbauer/Roman Bukowina, Bessarabien, Moldawien (1993) 24 ff.

¹¹ Bogar Das Verhältnis zwischen Ungarn und Rumänien, Ost-West Perspektiven 4/2004, <http://www.owep.de/artikel/429/verhaeltnis-zwischen-ungarn-und-rumaenien> (Stand: 05.12.2012)

¹² Hofbauer/Roman (1993) 32.

¹³ Hofbauer/Roman (1993) 32.

¹⁴ Als Ruthenen wurden in der Habsburgermonarchie vielfach generell alle ostslawischen BewohnerInnen bezeichnet, konkret gemeint waren damit bei Ehrlich aber die Vorfahren der heutigen UkrainerInnen.

¹⁵ Nistor Istioia Bucovinei (Die Geschichte der Bukowina) (1991), zit nach Hofbauer/Roman (1993) 27.

und 273.924 mit rumänischer Abstammung. Der übrige Teil bestand aus JüdInnen, Deutschen, UngarInnen sowie Roma und Sinti.¹⁶ Czernowitz als einzige nennenswerte Stadt war dabei ein Schwerpunkt der Ansiedlung von jüdischen BürgerInnen. Die Größe der jüdischen Gemeinschaft kann unter anderem daran bemessen werden, dass sie nach 1900 mit Eduard Reiss und Salo Weisselberger zweimal den Bürgermeister¹⁷ von Czernowitz stellte, wohl auch weil sie (im Jahr 1910) mit 32,8% die größte Bevölkerungsgruppe in der Stadt umfasste.¹⁸ Ehrlich hatte zu diesem Zeitpunkt, wohl um die Professorenstelle zu erhalten, zum katholischen Glauben gewechselt.¹⁹ Dennoch mag der Umstand eine blühende Geisteskultur vorgefunden zu haben nützlich für seine Entfaltung gewesen sein und wohl keiner der rund 41% StudentInnen jüdischen Glaubens wird Ehrlich seine Herkunft zum Vorwurf gemacht haben.²⁰

Schon 1840 schrieb der deutsche Reisende Johann Georg Kohl über seinen Besuch in Czernowitz:

„Wir glaubten, aus den Niederungen Bessarabiens und den gestalt- und ordnungslosen Ortschaften Podoliens kommend, bei diesem Anblick uns in eine andere Welt versetzt, und allerdings war es auch so. Bei dem Anblicke von Czernowitz schien uns der ganze europäische Westen nahe vor Augen gestellt zu sein, und wir glaubten Deutschland deutlich durchzufühlen.“²¹

Als Ehrlich 1896 seine Tätigkeit an der Universität Czernowitz aufnahm, war schon über ein halbes Jahrhundert seit diesen Worten vergangen und Czernowitz hat eine dynamische Entwicklung durchlaufen. Die Bukowina hatte sich erfolgreich gegen eine versuchte Eingliederung in Galizien widersetzt, der Landtag ermöglichte erste Formen der politischen Partizipation und Czernowitz als Hauptstadt war ein etabliertes regionales Zentrum geworden.

Hier fand sich also eine Basis für ein produktives Schaffen, sodass der Verlust dieser Heimstätte in den Wirren des Ersten Weltkriegs Ehrlich schwer getroffen haben muss, dennoch sind seine späteren, nun anschließend vorgestellten Schriften nicht von Bitterkeit erfüllt. Stattdessen legt er mit durchaus spitzer

¹⁶ Hofbauer/Roman (1993) 46.

¹⁷ *Corbea-Hoşie* Czernowitzer Geschichten: Über eine städtische Kultur in Mittelosteuropa (2003) 40.

¹⁸ *Hausleitner* Die Rumänisierung der Bukowina: Durchsetzung des nationalstaatlichen Anspruchs Großrumäniens 1918-1944 (2001) 74.

¹⁹ *Rebbinder* (2007b) 271. *Rebbinder* Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Franz-Josephs-Universität, in: Czernowitz, in: Hohloch/Frank/Schlechtriem (Hg) FS Stoll (2001) 327 ff und 330.

²⁰ *Hausleitner* (2001) 74.

²¹ Abgedruckt in *Hausleitner* Eine wechselvolle Geschichte, in: Braun (Hg) Czernowitz: Die Geschichte einer untergegangenen Kulturmetropole (2005) 35.

Feder seine Argumente dar und bereitet den Leser_Innen akademische wie politische Unterhaltung auf höchstem Niveau.

B. Die politischen Schriften Eugen Ehrlichs zur Friedensbewegung²²

Dieser Teil handelt von den politischen Schriften des Eugen Ehrlich zur Friedensbewegung. Alle zugrundeliegenden Aufsätze wurden durch den Ersten Weltkrieg beeinflusst und in den Jahren 1918/19 verfasst als auch publiziert.²³ Das Ziel dieses Beitrags ist es, eine zusammenhängende Darstellung von Ehrlichs Arbeiten zur Friedensbewegung zu schaffen – unter Berücksichtigung des geschichtlichen Kontexts.

Zu jener Zeit hält sich Ehrlich in Wien und in der Schweiz auf und verfolgt fern von seiner Heimat die Umwälzungen in Europa und folglich auch der Eingliederung der Bukowina in das Königreich Rumänien. Da 1914 wegen des Einmarsches der russischen Truppen die Franz-Josephs-Universität in Czernowitz zum ersten Mal geschlossen wurde, floh Ehrlich nach Wien und ging dort seiner wissenschaftlichen Arbeit nach. Während des Ersten Weltkrieges begann Ehrlich sein Engagement für die Friedensbewegung und daraus folgend verfasste er auch die politischen Schriften zu diesem Thema.²⁴

Mit einem Blick in die Geschichte spricht sich Ehrlich vehement gegen die These aus, dass Krieg dem Menschen immanent wäre und es somit immer Kriege geben müsse. Noch im Mittelalter gab es kein Jahr ohne Krieg, selbst im 16. Jahrhundert kennen die historischen Aufzeichnungen kein Jahrzehnt ohne Krieg in Europa, jedoch zeichnet sich in den darauffolgenden Jahrhunderten ab, dass die Friedensperioden länger werden würden. Dies bedeutet noch nicht selbstverständlich eine Verbesserung. Auch wenn die Häufigkeit

²² *Rebbinder* (2007a) 165 ff.

²³ *Ehrlich* Die historischen Grundlagen der Friedensbewegung, in: *Der Friede: Wochenzeitschrift für Politik, Volkswirtschaft und Literatur*, I (1918) 467 ff; *Ehrlich* Die sittlichen Voraussetzungen der Friedensbewegung, in: *Der Friede: Wochenzeitschrift für Politik, Volkswirtschaft und Literatur* I 1 (1918) 515 ff, 541 ff; *Ehrlich* Von der Zukunft des Völkerbundes, in: *Die Friedens-Warte: Blätter für zwischenstaatliche Organisation* XXI/1 (1919) 89 ff; ‚Der Friede‘ ist eine Wiener Wochenzeitschrift, welche sich insbesondere mit der Gestaltung Österreichs nach dem Ersten Weltkrieg beschäftigt und von Jänner 1918 bis August 1919 erscheint. *Amann* Staatsfiktionen, Bilder eines künftigen Österreichs in der Wiener Wochenzeitschrift *Der Friede* (1918/1919), in: *Amann* (Hg) *Die Dichter und die Politik* (1992) 15 ff. Die auch heute noch existierende Zeitschrift ‚Die Friedens-Warte‘ wurde bereits im Jahr 1899 herausgegeben und stellt damit das älteste deutschsprachige Magazin dar, welches sich mit Fragen der Friedenssicherung beschäftigt. *Die Friedens-Warte*. Journal of Peace and Organization <http://www.friedens-warte.de> (Stand: 31.08.2012).

²⁴ *Porsche-Ludwig* Eugen Ehrlich interkulturell gelesen (2011) 11 f.

kriegerischer Auseinandersetzungen in Teilen der Welt zurückgeht, verweist Ehrlich auf die Gefahr, welche von der technischen Weiterentwicklung der Waffensysteme ausgeht. Wie auch Bertha von Suttner stellt Ehrlich fest, dass die Wucht von kriegerischen Auseinandersetzungen steigen wird.²⁵

Nach Ehrlichs Ansicht existieren Kriege mangels Regelungen, welche eine friedliche Lösung der zwischenstaatlichen Streitigkeiten möglich machen. Es gilt ein Schiedsgericht zu schaffen, die Rüstung zu beschränken, die Freiheit der Meere zu sichern und einen Staatenbund zu schaffen, welcher alle diese Maßnahmen durchsetzt und überwacht. Aus heutiger Sicht kann festgestellt werden, dass sowohl ein Internationaler Gerichtshof als auch zahlreiche andere Schiedsgerichtseinrichtungen²⁶ existieren. Da heute Rüstungsabkommen vorhanden sind, die Freiheit der Hohen See durch Abkommen²⁷ gesichert ist und die Vereinten Nationen geschaffen wurden, ist ein großer Schritt in die richtige Richtung gemacht worden. Doch sowohl 1919 als auch im Jahr 2012 gilt, dass noch kein weltumspannender Frieden erreicht ist, und es ist auch nicht davon auszugehen, dass dies in näherer Zukunft der Fall sein wird. Gerade dies bringt die Wichtigkeit einer Friedensbewegung sowohl heute als auch damals in selber Weise zum Ausdruck. Ihr Auftrag, Staaten zur Schaffung und Anwendung von friedlichen Streitbeilegungseinrichtungen zu bewegen, divergiert heute nicht von früher. Um es zusammenfassend in Victor Hugos Worten zu sagen, hat sie die Aufgabe „die öffentliche Meinung zu beeinflussen“.²⁸

Im 19. Jahrhundert löste sich die internationale Bewegung von ihren säkularen Wurzeln und erfuhr einen deutlichen Aufschwung. Die Entwicklung unterschied sich von Land zu Land stark. Speziell in Deutschland unterlag der Gedanke eines Friedensbündnisses erst nach dem Abzeichnen einer Niederlage im Ersten Weltkrieg einer ernstzunehmenden öffentlichen Diskussion. Hingegen konnten in Großbritannien und in den USA die zahlreichen Vereinigungen schon früher einen erhöhten Zulauf verzeichnen.²⁹ Durch gut besuchte Konferenzen und durch mediale Veröffentlichungen wurden ihre

²⁵ Johnston (2006) 320.

²⁶ Beispielsweise der Internationale Seegerichtshof (ISGH) in Hamburg oder der *Dispute Settlement Body* der Welthandelsorganisation.

²⁷ UN-Seerechtsübereinkommen v 1982 (SRÜ). Nach diesem Übereinkommen zählt zur Hohen See, was nicht als ausschließliche Wirtschaftszone, Küstenmeer oder innere Gewässer eines Staates sowie Archipelgewässer zu qualifizieren ist. Wie auch bereits 1609 von Hugo Grotius gefordert, ist das küstenferne Meer der Ausübung von Hoheitsgewalt durch einen Staat entzogen. *Proelß* Raum und Umwelt im Völkerrecht, in: Vitzthum (Hg) *Völkerrecht* (2010) 435 ff.

²⁸ *Schlochauer* Die Idee des ewigen Friedens (1953) 35.

²⁹ *Pfeil* Der Völkerbund (1976) 37.

Gedanken in der Öffentlichkeit verbreitet, jedoch war der faktische Einfluss auf die Geschehnisse begrenzt.³⁰

Durch die öffentliche Auseinandersetzung mit dem Thema Frieden kann unter anderem die Einstellung der Zivilbevölkerung verändert werden, folgert Ehrlich. Nach der Meinung von Anthropologen – die er für seinen Aufsatz heranzieht – soll sich die Natur des Menschen geändert haben und somit soll die Gewaltbereitschaft zurückgegangen sein. Folter, Hexenprozesse und Grausamkeiten der alten Strafrechtspflege – wie beispielsweise Verstümmelungen im Mittelalter – würden nun von den Menschen des 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts als unrecht angesehen werden.

Nicht nur die Einstellung der Bevölkerung hätte sich verändert, sondern auch das Wesen des Staats. Sobald der Staat eine Schutzfunktion übernahm, verschwanden Kriege, die nur zur Beschaffung von Land, Sklaven und Waren geführt wurden, schreibt Ehrlich. Die Aufgaben des Staats entwickelten sich weg von einem militärischen Machtzentrum hin zu einer wirtschaftlichen und kulturellen Verwaltung innerhalb des Staatsgebiets. Der Verwaltungsstaat hat im Interesse der Gesellschaft zu handeln und das bringt unter anderem mit sich, dass zwischenstaatliche Konflikte ohne Waffengewalt gelöst werden sollen. Das Herbeiführen einer friedlichen Lösung beispielsweise durch das Heranziehen von Schiedsgerichten führt zu einer Umwandlung von militärischen Machtfragen³¹ zu gewaltlosen Rechtsfragen. Das Ziel einer Friedensbewegung wäre erreicht, wenn Machtfragen ausnahmslos zu Rechtsfragen werden.

Ein Zusammenschluss der Staaten könne sicherstellen, dass Streitigkeiten nicht auf dem Schlachtfeld, sondern friedlich geklärt würden. Ehrlich sieht diesen Fortschritt bereits in der Urzeit gegeben. Die Bildung von Sippen unterband Kämpfe zwischen den Angehörigen dieser Gruppe. Später entstanden aus diesen Sippen Sippenbündnisse, welche Frieden für eine noch größere Zahl an Menschen brachten, indem gewalttätige Auseinandersetzungen zwischen den Mitgliedern der Bünde verboten wurden. Diese Darstellung ist sicherlich nicht in allen Fällen zutreffend gewesen, doch unterstreicht Ehrlich damit den Gedanken, dass Kriege durch Zusammenschlüsse verhindert werden können.

Ein derartiger Friedenspakt kann allerdings nur von „gesitteten Völkern“³² abgeschlossen werden. Bei der Befassung mit den sittlichen Voraussetzungen

³⁰ Pfeil (1976) 35.

³¹ Ehrlich verwendet den Begriff ‚Machtfragen‘ iZm militärischer Stärke, dennoch kann es sich auch bei friedlichen zu lösenden Rechtsfragen um Machtfragen handeln.

³² Sittlichkeit kann einerseits verstanden werden als die ‚Gesamtheit der in einer bestimmten Gesellschaft gültigen moralischen Anschauungen und Verhaltensregeln‘ und würde somit sowohl,

geht Ehrlich von zwei gegensätzlichen Weltanschauungen aus. Dabei handelt es sich einerseits um die Anhänger der Friedensbewegung, die den kriegsaffinen ImperialistInnen³³ – auch als NationalistInnen bezeichnet – gegenüberstehen. Bei diesen Einstellungen besteht nur schwer die Möglichkeit, beiden gleichzeitig anzugehören oder auch nur sie miteinander zu vereinen. Die Angehörigkeit zu einer dieser Gruppen hat einen entscheidenden Einfluss auf die Möglichkeit des Zustandekommens einer friedlichen Einigung und die Schaffung einer dauerhaften Friedensordnung.

Diese Weltanschauungen stehen für Ehrlich in engem Zusammenhang mit der Frage der Sittlichkeit des wirtschaftlichen und unwirtschaftlichen Erwerbs. Unter wirtschaftlich ist wenig überraschend der Tausch von Waren zwischen Individuen zu verstehen. Im Falle des unwirtschaftlichen Erwerbes verschaffen sich Menschen das Hab und Gut von anderen Personen heimlich, listig oder gewaltsam. Wobei Ehrlich die unwirtschaftliche Methode als die ursprüngliche und mächtigere ansieht. Noch in der Antike war diese vorherrschend. Allerdings haben bereits phönizische und griechische Seeräuber erkannt, dass es sinnvoller war Kaufleute zu werden: „[...] denn handeln kann man mit den Fremden zweimal, zehnmal, hundertmal, berauben kann man sie aber nur einmal.“³⁴

Die wirtschaftliche Sittlichkeit erlangt nach Ehrlichs Überzeugung die Oberhand, sobald Menschen erkennen, dass sie sich als ‚sinnvoller‘ erweist. Im bürgerlichen Leben hat sich folglich der friedliche Handel durchgesetzt und damit fand auch eine Loslösung der Diskussion von einer metaphysischen Frage über die Sittlichkeit des Erwerbes hin zu einer mit empirischen Methoden nachweisbaren Theorie statt. Daraus folgt, dass festgestellt wurde, dass Tauschen sich als eindeutig dauerhafter erweist als eine Art des unwirtschaftlichen Erwerbs.

Die ImperialistInnen würden aus Souveränitätsüberlegungen einen Ausschluss des unwirtschaftlichen Erwerbes auf zwischenstaatlicher Ebene nicht zulassen und folglich sollen ihrer Ansicht nach Machtfragen weiterhin durch Kriege

die von Ehrlich beschriebene, unwirtschaftliche als auch wirtschaftliche Sittlichkeit umfassen, andererseits bezeichnet der Begriff auch die Prinzipien oder den Zustand ‚des sittlich Guten‘, was wiederum auf den Begriff der ‚gesitteten Völker‘ zutreffen würde. Artikel ‚Sittlichkeit‘, in: Klappenbach/Steinitz (Hg), Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache Bd 5 (1976) 3432. Artikel ‚Sittlichkeit‘, in: Mittelstraß (Hg) Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie III (1995) 819.

³³ Im 19. Jahrhundert wurde unter Imperialismus die Regierungsweise einer absoluten Monarchie, die sich vorzugsweise auf das Militär stützt, verstanden. Artikel ‚Imperialismus‘, in: Brockhaus' Konversations-Lexikon IX (1898) 543.

³⁴ Rehbinder (2007a) 178.

gelöst werden können, kritisiert Ehrlich. Folglich ist die Einstellung der ImperialistInnen als unrichtig zu qualifizieren. Wie bereits die zivile Gesellschaft bemerkt hat, ist die wirtschaftliche Sittlichkeit für Staaten wesentlich sinnvoller. Deshalb geht Ehrlich davon aus, dass auch Staaten zu dieser Erkenntnis gelangen würden und in Folge ein weltumspannendes Friedensbündnis errichten würden.

Mit der Schaffung des Völkerbundes wurde somit ein „Traum der modernen Menschheit“³⁵ verwirklicht, allerdings kann im Rückblick gesagt werden, dass es sich dabei um einen ungenügenden Versuch gehandelt hat. Nach den vier-einhalb Kriegsjahren hätte ein Gleichgewicht in der Welt hergestellt werden können um Kriege zu verhindern, wobei das mit den demütigenden Pariser Vorortverträgen nicht realisiert werden konnte.³⁶ Diese wurden von den gleichen Personen verhandelt – besser gesagt oktroyiert –, welche leitende Positionen in den kriegerischen Zeiten einnahmen und daher das „Gift des Krieges“³⁷ in ihren Adern zirkulierte und sie somit wohl kaum geeignet waren, den Grundstein für eine gesittete Weltordnung zu schaffen, schreibt Ehrlich.

Ehrlich steht mit seinem Vorschlag für eine Friedensordnung in einer langen Tradition. Zu den frühen Denkern über die Schaffung einer Friedensorganisation kann schon Pierre Dubois gezählt werden. Bereits im 13. Jahrhundert schrieb dieser von der Schaffung einer Versammlung aller christlichen Fürsten, und diese sollten eine internationale Organisation gründen, um Kriege verhindern zu können. Weiterführend sollte eine dem staatlichen Recht übergeordnete Schiedsgerichtsbarkeit für die Erhaltung des Friedens sorgen.³⁸

Nach dem Ersten Weltkrieg sollte mit dem Völkerbund diese Idee verwirklicht werden, spätestens im Jahre 1917 war dieser ein zentrales Element der politischen Debatte geworden. Ursprünglich gedacht als Zusammenschluss von gleichberechtigten Staaten, was sich in der Realität aufgrund der veränderten Machtverhältnisse als schwierig herausstellen sollte.

Noch zwei Jahre nach Kriegsbeginn wurde es nicht für möglich gehalten, dass es zu einer derartigen Verschiebung der Machtverhältnisse in der Welt kommen würde. Für Ehrlich bestand zu diesem Zeitpunkt kein Zweifel am Weiterbestand des Einflusses des Deutschen Kaiserreichs sowie des österreichisch-ungarischen und russischen Kaiserreichs. Nach Kriegsende muss auch er erkennen, dass die Vernichtung ihrer militärischen Macht zu einer Vorherr-

³⁵ *Rebbinder* (2007a) 183.

³⁶ *Müller* Europa zwischen den Weltkriegen (1998) 18.

³⁷ *Rebbinder* (2007a) 183.

³⁸ *Dickmann* Friedensrecht und Friedenssicherung (1971) 112 f.

schaft der Vereinigten Staaten von Amerika und des Britischen Weltreichs führte.

Zusammengefasst bedeckten die Staatsgebiete der beiden Reiche ein Drittel der Landmasse der Erde, sie hatten weniger Blutverluste zu überwinden und vor allem keine Verwüstung auf dem eigenen Boden hinnehmen müssen, so dass die beiden Weltmächte wesentlich gefestigter aus dem Krieg hervorgingen, als sie es zuvor gewesen waren, stellt Ehrlich fest. Aus diesem Grund sieht er die Entwicklung der Welt in den Händen von Art David Loyd George und Woodrow Wilson. Fraglich sei nur, wie die beiden Herren ihren weltpolitischen Einfluss ausüben werden. Ehrlich hofft, dass die Basis des Handelns deren eigene Entwicklung sein wird und somit geleitet von einem demokratischen Grundgedanken, dass auch deren außenpolitisches Agieren davon geprägt sein wird.

Somit sieht Ehrlich die nationale Regierungsform als Grundlage für das überstaatliche Handeln an. In den Kriegsjahren prasselte es nur so an Kritik gegen die Autokratien, die ohne Berücksichtigung der öffentlichen Meinung regiert wurden. Ehrlich sieht daher die Demokratie zumindest als Versuch, einen Staat im Einklang mit den gesellschaftlichen Kräften zu leiten. Die autokratischen Systeme verschwenden ihre Energie im Kampf gegen die eigene Bevölkerung und dies führt zur Unterdrückung der öffentlichen Meinung. Zu gesellschaftlichen Kräften zählen die Religion, Nationalität, soziale Gerechtigkeit, Wissenschaft und Kunst. Durch sie wird die Haltung einer Gesellschaft zum Ausdruck gebracht, deren Maß an Sittlichkeit sich – wie bereits erwähnt – im Laufe der Jahrhunderte zumindest spürbar erhöht hat. Diese anthropologische Veränderung sollte sich in der Volksmeinung widerspiegeln und schlussendlich zu einer Basis werden, um eine demokratisch legitimierte Weltordnung zu schaffen.

Da beim demokratischen Regierungssystem auf innerstaatliche Kämpfe verzichtet werden kann und sie daher stabiler und im Grunde genommen gefestigter sein können, sollte sich die Führung der Weltgemeinschaft von diesen Prinzipien leiten lassen und die gesellschaftlichen und moralischen Kräfte der Welt als Handlungsmaxime für die beiden handelnden Nationen dienen. Ehrlich sieht die Leitung des Völkerbundes bei den Staatsführenden der Vereinigten Staaten und des damaligen britischen Reiches. Der Lauf der Geschichte soll dieser These im Wege stehen. Obwohl für Wilson der Völkerbund einen Eckstein für die Friedensentwicklung darstellt, führte die Ablehnung des Versailler-Vertrags und der darin enthaltenen Völkerbundsatzung durch den ame-

rikanischen Senat zu einem Rückzug aus der Völkerbunddiskussion von Seiten der USA.³⁹

Es bleibt dennoch kritisch anzumerken, dass Ehrlich den politischen Einfluss anderer Staaten vollkommen außer Acht lässt. Speziell bei der Ausarbeitung der Völkerbundsatzung waren Frankreich, Japan und auch Südafrika gemeinsam mit einigen anderen kleineren Staaten beteiligt.⁴⁰

Ehrlich beruft sich auf eine erhöhte Bereitschaft bei gesitteten Völkern, ein Friedensbündnis zu schaffen, dennoch sieht er es als unmöglich an, dass es sich dabei um einen Zusammenschluss von gleichberechtigten Staaten handeln wird. Er war sich der Möglichkeit, dass dieses Bündnis am Anfang wohl schlecht arbeiten werde oder sogar in vielen Fällen scheitern könnte, bewusst. Dennoch glaubt Ehrlich, dass auch Rückschläge dem langfristigen Erfolg nicht im Wege stehen werden.

Trotz der Führung durch die Vereinigten Staaten und des Britischen Empires sieht Ehrlich die gesellschaftlichen Kräfte als ausschlaggebend für den Gang des Völkerbundes an. Die durch Krieg und Elend veränderte Gesellschaft wird mehr darüber aussagen als Protokolle und Entwürfe der Friedenskonferenzen selbst.

Die Bedeutung des Völkerbundes im Zusammenhang mit der Wandlung von Machtfragen zu Rechtsfragen soll durch das gestaltete Schiedsgericht erfolgen. Das Rechtspflegeorgan wird wohl zu Beginn beschränkte Befugnisse haben, aber mit der Zeit zu einer zentralen Einrichtung werden. Die Entwicklung von staatlichen Gerichten führt nach Ehrlichs Erfahrung zu einer Erweiterung ihrer Kompetenzen und diese Regel wird wohl auch für ein internationales Gericht gelten. Die Problematik bei der Errichtung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs 1922 war, dass kein Konsens für eine obligatorische Zuständigkeit erzielt werden konnte und damit die Lösung von Konflikten durch Schiedsgerichte immer noch in der Hand der Parteien lag.⁴¹

Zusammenfassend schreibt Ehrlich über die Entwicklung des Staates von einem militärischen Machtzentrum hin zu einem Verwaltungskörper, der sich von einer wirtschaftlichen Sittlichkeit leiten lässt und damit auch im außenpolitischen Handeln Frieden vor Krieg stellt. Der Völkerbund wird als demokratisches Staatenparlament dienen und auf Basis der Meinung der Weltgemeinschaft Entscheidungen in deren Interesse fällen.

³⁹ *Bierling* Geschichte der amerikanischen Außenpolitik (2003) 74 f.

⁴⁰ *Pfeil* (1976) 38 ff.

⁴¹ *Schröder* Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktion, in: Vitzthum (Hg) Völkerrecht (2010) 623.

Noch nicht einmal 100 Jahre nachdem Eugen Ehrlich diese Gedanken zu Papier gebracht hat, ist ein Frieden nach seinen Wünschen nicht erreicht worden. Ganz im Gegenteil, Messungen des Heidelberger Instituts für Internationale Konfliktforschung zeigen, dass es im Jahr 2011 20 Konflikte mit Einsatz von organisierter Gewalt, welche die Intensität eines Krieges erreichte, gegeben hat und somit im Jahr 2011 die meisten Kriege seit 1945 gezählt wurden.⁴² In den kriegerischen Auseinandersetzungen sind auch Demokratien involviert, somit greifen nicht nur Autokratien zu den Waffen. Kritische Untersuchung zur ‚Theorie des Demokratischen Friedens‘ haben in zahlreichen Fällen Kriege zwischen Demokratien auflisten können und damit auch widerlegt, dass Demokratien keine Kriege gegeneinander führen.⁴³ Historische Ereignisse bei denen die Meinung der Bevölkerung das außenpolitische Verhalten eines Staats beeinflusst hat – wie der Vietnamkrieg – hat es zwar gegeben, können allerdings nicht als Regel angesehen werden.⁴⁴ Selbst durch die Ausweitung der Zuständigkeit und die Schaffung von internationalen Gerichten und Schiedseinrichtungen werden immer noch zahlreiche zwischenstaatliche Streitigkeiten mit Waffen ausgefochten, statt mit Worten friedlich gelöst zu werden.⁴⁵ Nur weil die Schutzfunktion des Staates gegenüber seinem Volk von kriegerischen Auseinandersetzungen abhalten kann, heißt dies noch nicht, dass Staaten nicht in den Krieg ziehen. Auch eine internationale Organisation mit Friedenssicherungsauftrag vermag es nicht Kriege ausnahmslos zu verhindern. Trotz des absoluten Gewaltverbotes gibt es heute noch Wege, Kriege völkerrechtskonform zu führen. Zumindes auf regionaler Ebene scheinen Bündnisse ihren Erfolg zu haben. Als jüngeres Beispiel kann die Europäische Union, welche zumindest militärische Auseinandersetzungen zwischen den Mitgliedstaaten in den letzten 60 Jahren verhindert konnte, genannt werden. Trotz mancher unzutreffender Einschätzungen Ehrlichs treffen seine Ausführung auch heute noch den Zahn der Zeit und es bleibt nur noch abzuwarten, wann der große Traum des Weltfriedens in Erfüllung gehen mag.

⁴² Heidelberg Institut for International Conflict Research Conflict Barometer 2011, (2012) 2.

⁴³ *Layne* Kant or Cant. The Myth of the Democratic Peach, in: *Brown Theories of War and Peace: An International Security Reader*, (1998) 219.

⁴⁴ *D'Anieri* International Politics: Power and Purpose in Global Affairs²(2012) 136.

⁴⁵ *Ipsen* (2004) 1065 ff.

C. Die Aufgaben der Sozialpolitik im österreichischen Osten (Juden- und Bauernfrage)⁴⁶

Die folgende Darstellung bezieht sich auf die 1916 veröffentlichte vierte Auflage des Textes. Zunächst als Heft eins der Schriften des Sozialwissenschaftlichen Akademischen Vereins Czernowitz publiziert, baut der Text auf einen früheren Vortrag Ehrlichs auf und legt die Notwendigkeit einer Sozialpolitik in der Bukowina dar, die der Entwicklung dieses – im Vergleich zum westlichen Teil des Reiches – rückständigen und verarmten Landstriches dienen sollte.

Der bei Rehbinder abgedruckten vierten Auflage stellt Ehrlich ein Vorwort voran, in welchem er indirekt auf die kriegerischen Auseinandersetzungen des Ersten Weltkriegs Bezug nimmt. Der Teilung Polens durch die europäischen Mächte zu Zeiten Maria Theresias gibt Ehrlich zumindest teilweise die Schuld am Krieg, da durch die teilweise Einverleibung Polens in das russische Zarenreich eine Destabilisierung des europäischen Mächtegleichgewichts erfolgt sei, welche am Ende im Ersten Weltkrieg kumulierte. Ziel müsse sein, die Ausdehnung der „asiatischen Macht“⁴⁷ Russlands nach Westen zu beenden oder zu mindestens zu beschränken. Hierfür bedarf es, so Ehrlich, eines Brückenschlags zwischen den katholischen Bauern und Bäuerinnen am Land und den städtischen JüdInnen, der diese beiden Gruppen an den Westen binden würde und folglich eine Verankerung dieses östlichen Randes des Kontinents im westlichen Gefüge sicherstellen würde.

Zu erreichen sei dies durch eine Sozialpolitik, welche Lösungen für die soziale Misere der beiden genannten Gruppen liefert. Aufgabe sei es im Hinblick auf die Bauernschaft die Konsequenzen des Erbrechts in Form der Kleinstlandwirtschaften zu beenden, welches, gemeinsam mit der Konzentration der urbaren Fläche in den Händen weniger GroßgrundbesitzerInnen, zu Verarmung und Verelendung führte. Im Hinblick auf die jüdische Bevölkerung Osteuropas – er bezieht sich dabei auf JüdInnen sowohl im österreichischen Osten wie auch auf jene auf russisch-polnischem Territorium – schlägt er eine Einbeziehung in eine zu schaffende Industrialisierung vor.

Sozialpolitik bedeutet für Ehrlich somit etwas anderes als das heutige Verständnis des Begriffes. Auch Ehrlich suchte in seinem Vortrag eine Antwort auf jene gesellschaftlichen Herausforderungen des 19. Jahrhunderts die Industrialisierung, Aufhebung der Grundherrschaft – allgemeiner gesagt, die

⁴⁶ *Ehrlich* Die Aufgaben der Sozialpolitik im österreichischen Osten (Juden- und Bauernfrage), Schriften des Sozialwissenschaftlichen Akademischen Vereins in Czernowitz⁴ (1916).

⁴⁷ *Rehbinder* (2007a) 131.

Ankunft des modernen Kapitalismus – mit sich brachten. All das bezeichneten spätestens schon die ZeitgenossInnen von Heinrich Heine als ‚Soziale Frage‘. Ehrlich führte diese Soziale Frage aber nicht zu einer Sozialpolitik im Sinne eines Sozialstaatsprinzips, heute gedacht als System zur Herstellung eines sozialen Ausgleichs durch staatliche Maßnahmen im Steuervesen oder der Daseinsvorsorge, sondern aus seiner Sicht ging es darum, Mittel und Wege zu finden, um die soziale Lücke zwischen dem Osten und dem Westen des Reiches zu schließen. An Formen der Umverteilung dachte Ehrlich dabei nicht, sondern er strebte danach „den Reichtum des Volkes, den Reichtum des Landes zu heben“ durch „Verwertung aller Kräfte, die im Land vorhanden sind“⁴⁸.

Ehrlich leitete den Begriff der Sozialpolitik – wie er selbst schreibt – aus der Wirtschaftspolitik und hier insb aus der klassischen Nationalökonomie ab. Versteckt, aber für seine Zeitgenossen vermutlich doch deutlich genug, klärt Ehrlich zu Anfang seiner Ausführungen gleich sein Verhältnis zu den geschmähten Kathedersozialisten⁴⁹ wie z.B. Gustav Schmoller oder Werner Sombart, in dem er festhält, dass er ein „Gegner der nationalökonomischen Richtung“ ist „[welche] bestrebt ist, Sozialpolitik zu treiben hauptsächlich mit Hilfe staatlicher Maßregeln, also vor allem mit Hilfe der Gesetzgebung und der Verwaltung“⁵⁰.

Für Ehrlich ist Sozialpolitik erst möglich, wenn die wirtschaftlichen Voraussetzungen geschaffen worden sind, was für ihn wiederum bedeutet, dass durch Industrialisierung zuerst eine steuerbare Grundlage geschaffen werden muss. Doch genau daran mangelte es der Bukowina, war es hier doch in Folge des Rückfalls in die Knechtschaft (2nd Serfdom⁵¹) und bedingt durch die geostrategische Randlage an der vom wirtschaftlichen und politischen Zentrum der Monarchie weit entfernten Grenze zu Zarenreich und Osmanischem Reich nie zur Entwicklung einer industriellen Basis gekommen oder wie Ehrlich es formulierte: „Die Arbeiterschaft fehlt also bei uns zum großen Teile [...]“⁵²

⁴⁸ *Rehbinder* (2007a) 135.

⁴⁹ Der Begriff des Kathedersozialismus, von seinem Schöpfer Heinrich Bernhard Oppenheim als Schmähebezeichnung geschaffen, bezeichnete jene Professoren der Nationalökonomie, die sich seinerzeit vehement für eine staatliche Sozialpolitik einsetzten, unter anderem auch um der radikalen ArbeiterInnenbewegung den Wind aus den Segeln zu nehmen. Vgl auch *Grebing* (2005²) 925 ff.

⁵⁰ *Rehbinder* (2007a) 134.

⁵¹ *Bidelenx/Jefferies* A History of Eastern Europe (1998) 21 ff, 148 f.

⁵² *Rehbinder* (2007a) 138.

Auch ist die Bauernschaft für Ehrlich zwischen Ost und West nicht vergleichbar, führte doch das lokale Erbrecht zu Zwergwirtschaften, die kaum zu bewirtschaften waren⁵³, und folglich zu einer Subsistenzwirtschaft zwang, ohne Chance auf ökonomische Besserung mangels Kapital und technischer Möglichkeiten. Deutlich nimmt Ehrlich dabei aber gleichzeitig die ruthenischen BäuerInnen vor eventuellen KritikerInnen in Schutz, in dem er auf die erfolgreichen AuswanderInnen nach Kanada verweist, die dort maßgeblich am Aufbau einer modernen Landwirtschaft mitwirkten.⁵⁴ An gleicher Stelle verweist er auch auf Dänemark, wo durch den Volkspädagogen und Sozialreformer N. F. S. Grundtvig ein umfassendes System der Volkshochschulen geschaffen wurde, welches allgemeine und landwirtschaftliche Bildung vermittelte und gemeinsam mit einem funktionierenden Genossenschaftswesen in Produktion und Absatz für einen wirtschaftlichen Aufschwung auf dem Lande sorgte, und preist dieses als Vorbild für die Entwicklung der Bukowina.

Dem aufmerksamen Leser wird in Ehrlichs abschließenden Worten zur Bauernfrage schon die Vorwegnahme seiner späteren Position im Hinblick auf die Verlegung der Universität Czernowitz in den Westen des Reiches im Jahr 1916 auffallen. So kritisiert er im Text das Streben der RumänInnen und RuthenInnen nach Gymnasien und Beamtenstellen, in einer Weise, die den Keim des Arguments, welches Ehrlich später in der Auseinandersetzung um die Zukunft der Universität Czernowitz verwenden wird⁵⁵, in sich trägt. Fortschritt geschehe durch jene „[...] die Güter erzeugen, aber nicht durch diejenigen, welche sich von den von anderen erzeugten Gütern ernähren. Hofräte sind sehr gut, aber zunächst müssen Bauern sein.“⁵⁶

Ähnlich viel Platz in seiner Abhandlung wie der Bauernfrage räumte Ehrlich auch der – von ihm so bezeichneten – Judenfrage ein. Dabei stellt Ehrlich gleich zu Anfang fest, dass aus seiner Sicht keine andere Lösung möglich sei, „[...] als das vollständige Aufgehen der Juden im Deutschtum“⁵⁷. Doch benennt er gleich klar das Problem, das diesem Vorschlag entgegensteht, der „Antisemitismus, der das deutsche Volk ergriffen hat“⁵⁸. In Ehrlichs Betrachtung

⁵³ *Rebbinder* (2007a) 132, 138.

⁵⁴ *Rebbinder* (2007a) 140.

⁵⁵ *Uray* Czernowitz – Salzburg. Die Idee zum Transfer einer Universität, in: Schübl/Hepner (Hg), *Universitäten in Zeiten des Umbruchs: Fallstudien über das mittlere und östliche Europa im 20. Jahrhundert* (2011) 69 ff, konkret Fn 16. Er argumentierte 1917 für die Verlegung der Universität Czernowitz nach Salzburg, da sie die Jugend davon abhielte technisch-wissenschaftliche Berufe zu ergreifen und somit den wirtschaftlichen Fortschritt behindern würde.

⁵⁶ *Rebbinder* (2007a) 142.

⁵⁷ Eine Position die sicherlich Teil des Mainstreams des jüdischen Bürgertums war, vgl bspw *Jacobs* *On Socialists and The Jewish Question After Marx* (1992) 90 ff.

⁵⁸ *Rebbinder* (2007a) 142.

tungen stellen die JüdInnen einen Vorposten der deutschen Kultur im Osten dar und sind TrägerInnen der deutschen politischen und wirtschaftlichen Interessen.

Ansatzlos bricht er sogleich mit diesem Wunschdenken, auch wenn er versucht mit einer Trennung in östliche und westliche Juden sich eine argumentative Hintertür offen zu lassen, bevor er sich in der Ausbreitung der sozialen Probleme ergeht. Die ‚Judenfrage‘ als Problem, sei nämlich ein Problem des europäischen Ostens von Südrussland bis Rumänien, so Ehrlich und betreffe den Westen nur deswegen weil „[...] durch wilde Stürme aus [führen] bisherigen Sitzen aufgeschreckte Jude[n] des Ostens [...] jeden Augenblick ein neues, unbequemes Problem nach dem Westen tragen“⁵⁹.

Ein sich im 19. Jahrhundert in ganz Osteuropa verstärkender Antisemitismus gepaart mit einer nicht mehr tragfähigen wirtschaftlichen Basis führten zu einem hohen Migrationsdruck jüdischer Gemeinden Richtung Westen, nachdem zuvor eine massive Verarmung eingetreten war. Ehrlich legt in seiner Argumentation Wert darauf, dass es sich dabei um Folgen einer wirtschaftlichen Entwicklung handeln würde und er keine „unsinnige Rassenpolitik und auch keine konfessionelle Politik“⁶⁰ betreiben wolle. Anders als manche seiner ZeitgenossInnen, wie Victor Adler und Otto Bauer, die prominente Stellungnahmen zur Rolle der JüdInnen abgaben und dabei die Frage der JüdInnen als Frage von Nation und Nationalität behandelten⁶¹, spricht Ehrlich von den JüdInnen der Bukowina als Stand aufgrund der sozialen Lage eines Großteils der Betroffenen.

Dabei skizziert er die Mehrzahl der JüdInnen als einfache HandwerkerInnen, ArbeiterInnen, TagelöhnerInnen ebenso wie Kaufleute und Angestellte, deren wirtschaftliche Grundlage in 90 % der Fälle in Auflösung begriffen sei oder in Bälde sein werde. Ehrlich erwähnt dabei die historischen Hintergründe, die dazu führten, dass JüdInnen vielfach als ‚Wucherer, Schanker und Geschäftsvermittler im ganzen europäischen Osten‘ tätig waren, dass diese jedoch nie repräsentativ für die Mehrheit ihrer GlaubensgenossInnen gewesen wären. Die wirtschaftlich als potent wahrgenommenen JüdInnen waren dafür umso exponierter. Als Wirtschaftstreibende kontrollierten sie rund 98% der Schankstuben und profitierten vom Alkoholmissbrauch der Bauernschaft. Ebenso kam ihnen eine wahrnehmbare Rolle im Handel und bei der Verwaltung des Großgrundbesitzes zu.⁶²

⁵⁹ *Rehbinder* (2007a) 144.

⁶⁰ *Rehbinder* (2007a) 145.

⁶¹ *Jacobs* (1992) 105 ff.

⁶² *Hausleitner* (2001) 73.

Als Lösungsoption wird in Folge der Zionismus erwähnt, aber sogleich wieder verworfen. Ehrlich schlägt vielmehr die Schaffung einer Industrie vor, auch wenn diese nur mittelfristig zu realisieren sei. Wie überzeugt er dabei von seinem eigenen Vorschlag der industriellen Verwertung der Obstplantagen zur Marmeladeproduktion (neben einer ebenso zu entwickelnden Holzindustrie) gewesen ist, lässt sich nicht ermitteln, doch schien ihm die Herstellung von Konfekt und Kompott immer noch sinnvoller als das Studium der Rechtswissenschaften und Philosophie, weil dies dazu führe, dass „[...] unsere Juden sich raufen um die Konzipienten- und Supplentenstellen“⁶³.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass Ehrlich die Probleme seines Landesteiles wohl richtig erkannt hat. Die fehlende industrielle Grundlage gepaart mit archaischen Traditionen und Produktionsmethoden haben die Bukowina immer weiter zurückfallen lassen, während der Westen des Reiches – spät aber immerhin – in das industrielle Zeitalter einstieg. Sozialreformerisches oder gar revolutionäres Gedankengut weckt dies bei Ehrlich jedoch keinesfalls, trotz der seinerzeitigen Verbindungen in Wiener Kreisen. Er redet weder einer staatlichen Industrialisierungspolitik das Wort, noch fordert er Umverteilungen oder Enteignungen der Bojaren und der Kirche. Inwieweit dafür sein professoraler Kollege Joseph A. Schumpeter verantwortlich zeichnete, wird wohl im Dunkeln der Geschichte verbleiben. Was die beiden aber in der Sozialwissenschaftlichen Ecke der Czernowitzer Allgemeinen Zeitung geschrieben haben, wird vielleicht dafür noch zukünftige Generationen von JuristInnen und ÖkonomInnen interessieren.

D. Karl Marx und die soziale Frage⁶⁴

Zwischen der Erstpublikation von „Die Aufgaben der Sozialpolitik im Osten“ und diesem, erst posthum, von Dimitrie Gusti⁶⁵ 1922 in Bukarest publizierten Aufsatz sind 13 Jahre vergangen. Ehrlich erlebte epochale Umwälzungen mit, verlor seine Heimat wie auch die Stätte seines Wirkens und wurde zum Flüchtling zwischen Wien, Bern, Neapel, Czernowitz und Bukarest. Dort, in Bukarest, hielt und veröffentlichte er im Rahmen des Südost-Europäischen

⁶³ *Rebbinder* (2007a) 149.

⁶⁴ *Ehrlich* Karl Marx si chestia sociala, in: Arhiva pentru Stiinta si Reforma sociala IV (1922) 651 ff.

⁶⁵ Dimitrie Gusti gilt als bedeutender Ethnologe und Soziologe durch seine Rolle als Begründer der Bukarester Schule der Soziologie.

Institut mehrere Vorträge, unter anderem die vorstehend genannten Beiträge zur Zeitgeschichte des Ersten Weltkriegs⁶⁶.

Der Aufsatz über das Werk von Karl Marx mag für Ehrlich so etwas wie eine Rückkehr zu den Diskussionen seiner Wiener Studentenzeit gewesen sein, auch wenn sie vor allem das Ergebnis von Auseinandersetzungen mit sozialdemokratischen PolitikerInnen und Intellektuellen in einem rumänischen Kurort waren⁶⁷.

Ehrlich nimmt sich Zeit seine LeserInnen umfassend mit den Grundlagen vertraut zu machen, und leitet Marxs Werk aus den Grundlagen der klassischen Englischen Wirtschaftswissenschaften ab, um somit die Marxsche Trennung von Tausch- und Nutzwert nachvollziehbar zu machen. Güter seien demnach nur materialisierte Formen der menschlichen Arbeit, deren Wert sich daran bemisst, wie viel Zeit nötig war diese Ware zu erzeugen. Da Waren aber neben dem Faktor Arbeit zu ihrer Entstehung auch immer Maschinen, also Produktionsmittel, letztendlich also Kapital benötigen, entstehen zwei Klassen: KapitalistInnen und ArbeiterInnen. In der Produktion werden nun konstantes und variables Kapital mit der Arbeitskraft kombiniert, um neue Güter zu schaffen.

Soweit folgt Ehrlich Marx noch ohne Einschränkungen, Differenzen treten dann jedoch im Hinblick auf die Einschätzung des Mehrwerts auf. Diesen Mehrwert leiten beide aus der geleisteten, aber nicht vergüteten Arbeit derer ohne Produktionsmittel her. In der Analyse von Marx verblieben die ArbeiterInnen trotz steigender Produktion darauf beschränkt, nur so viel zu erhalten, dass ihre Arbeitskraft nicht verloren ginge. Ehrlich stellt dem den – auch zu seiner Zeit schon erkennbaren – sozialen Fortschritt gegenüber. Ärmere Bevölkerungsschichten, so Ehrlich, sind dadurch, dass die Produktivitätsfortschritte zu einem Sinken der Kosten der Produkte geführt haben, in die Lage versetzt worden zu konsumieren, als wenn sie selbst Teil der herrschenden Klasse wären:

„Wenn die Fabriken zehnmahl mehr Schuhe als früher erzeugen, so ziehen zehnmahl mehr Menschen als früher Schuhe an, und es ist unmöglich, dass diese sämtlich Kapitalisten sind.“⁶⁸

Ehrlich thematisiert in Folge nicht die verteilungspolitischen Kämpfe, die den Hintergrund der wissenschaftlichen Betrachtungen von Marx zum Kapital

⁶⁶ Weiterführend hierzu *Rebbinder* (2007a) 9 f und *Rebinder* (2007b) 276 f.

⁶⁷ *Rebbinder* (2007a) 10.

⁶⁸ *Rebbinder* (2007a) 157.

bilden, sondern wirft Marx vor vulgär-ökonomisch abzugleiten, während er selbst nicht davor gefeit ist, ähnliche Verkürzungen vorzunehmen.

Die Forderung nach der Kollektivierung der Produktionsmittel, die Expropriation der Expropriateure, im Marxschen Sinne verwirft Ehrlich mit Hinweis auf die Folgen der Revolution in Sowjetrussland und anderen polemischen Vergleichen. Stattdessen bemüht er das historische Beispiel, dass Luxusaufwendungen im Sinne adeliger Prunk- und Verschwendungssucht zur Blütezeit des Kapitalismus im 19. und 20. Jahrhundert einen viel geringeren Teil des Nationalvermögens konsumiert hätten, als in vorindustrieller Zeit. Die kapitalistische Produktionsweise hätte somit den Kuchen so weit vergrößert, dass nach Sättigung der herrschenden Klassen genug übrig bliebe, um dem gemeinen Volke größere Brotkrumen als bisher abzugeben.

Diese Wortwahl mag vielleicht polemisch erscheinen, doch Ehrlich war sicherlich mehr Verteidiger des sozialen Status quo, als radikaler Reformier, wie auch seine Verteidigung des Luxus zeigt:

„Es ist eine andere Frage, ob eine Beseitigung des Luxus wünschenswert wäre. Ein Teil des Luxus ist selbstverständlich eine verurteilungswürdige Verschwendung des Nationaleinkommens. Ein anderer Teil hingegen bedeutet Kunst, Wissenschaft, gesellschaftliches Leben, alles, was dem Leben einen Wert gibt.“⁶⁹

Als Ehrlich diesen Text verfasste, war Europa nach dem Ersten Weltkrieg politisch, wirtschaftlich und sozial ausgezehrt. Dies mag der Grund gewesen sein, warum er sich gegen jegliche distributive Maßnahmen aussprach, galt es doch in seinen Augen zunächst einmal wieder auf den alten Wachstumspfad zurückzukehren, der vor dem Ersten Weltkrieg Träger der wirtschaftlichen Entwicklung war. Bis dahin wäre kein Platz für sozial-politische Maßnahmen wie in der Vorkriegszeit, als es um die Einführung von Mindestlöhnen, ArbeitnehmerInnenschutz oder Altersversorgung ging. Ehrlich stand also für eine angebotsorientierte Wirtschaftspolitik, ohne diese Bezeichnung zu kennen. Er war mit dieser Auffassung sicherlich Teil des geistigen Mainstreams seiner Zeit, denn erst die Weltwirtschaftskrise der 1920er und 1930er Jahre und die 1936 von Keynes vorgelegte *General Theory of Employment, Interest and Money* machten deutlich, dass ohne Nachfrage ein Wirtschaftskreislauf nicht funktionieren kann.

⁶⁹ Rebbinder (2007a) 190.

E. Schlussbemerkungen

Ob Ehrlich nun als sozial-konservativ gelten kann oder nicht, eine Fragestellung die Manfred Rehbinder aufwirft in Folge des Einspruchs von Stefan Vogl⁷⁰, soll an dieser Stelle nicht beantwortet werden. Dazu scheint der anhand der vorliegenden Materialien gewonnene Eindruck doch zu oberflächlich zu sein. Anhand der bearbeiteten Texte lässt sich aber jedenfalls sagen, dass auch Ehrlich das Produkt seiner Zeit war. Er erlebte tiefgreifende politische und wirtschaftliche Veränderungen mit – das Ende des 19. Jahrhunderts mit all der transformativen Kraft und Zerstörung die dieses Ende verursachte. Sein Wirken als Rechtssoziologe stellt einen uneingeschränkten Verdienst dar. Ebenso zeigen seine Appelle in den friedenspolitischen Schriften von Klarheit und Verständnis, doch bewahrte ihn dies nicht davor den sozialen Sprengstoff, der auf den Zündfunken des Nationalismus und Faschismus wartete, zu unterschätzen.

Literatur

- Amann* Staatsfiktion. Bilder eines künftigen Österreichs in der Wiener Wochenzeitschrift *Der Friede* (1918/1919), in: Amann (Hg) *Die Dichter und die Politik. Essays zur österreichischen Literatur nach 1918* (1992).
- Bideleux/Jeffries* *A History of Eastern Europe* (1998).
- Bierling* *Geschichte der amerikanischen Außenpolitik. Von 1917 bis zur Gegenwart* (2003).
- Corbea-Hoizsie* *Czernowitzer Geschichten: Über eine städtische Kultur in Mitteleuropa* (2003).
- D'Anieri* *International Politics: Power and Purpose in Global Affairs*² (2012) 136.
- Dickmann* *Friedensrecht und Friedenssicherung* (1971).
- Ehrlich* Anton Menger, *Süddeutsche Monatshefte* (1906) 285 ff.
- Ehrlich* Die Aufgaben der Sozialpolitik im österreichischen Osten (Juden- und Bauernfrage), *Schriften des Sozialwissenschaftlichen Akademischen Vereins in Czernowitz*⁴ (1916).
- Ehrlich* Die historischen Grundlagen der Friedensbewegung, in: *Der Friede: Wochenzeitschrift für Politik, Volkswirtschaft und Literatur I* (1918) 467 ff.
- Ehrlich* Die sittlichen Voraussetzungen der Friedensbewegung, in: *Der Friede: Wochenzeitschrift für Politik, Volkswirtschaft und Literatur I* (1918) 515 ff, 541 ff.
- Ehrlich* Karl Marx si chestia sociala, in: *Arhiva pentru Știința și Reforma sociala IV* (1922) 651 ff.
- Ehrlich* Von der Zukunft des Völkerbundes, in: *Die Friedens-Warte: Blätter für zwischenstaatliche Organisation XXI/1* (1919) 89 ff.
- Grebing* *Geschichte der sozialen Ideen in Deutschland* (2005²).

⁷⁰ *Rehbinder* (2007a) 13.

- Hausleitner* Die Rumänisierung der Bukowina: Durchsetzung des nationalstaatlichen Anspruchs Grossrumäniens 1918-1944 (2001).
- Hausleitner* Eine wechselvolle Geschichte, in: Braun (Hg) Czernowitz: Die Geschichte einer untergegangenen Kulturmetropole (2005).
- Heidelberg Institut for International Conflict Research* Conflict Barometer 2011, (2012).
- Hofbauer/Roman* Bukowina, Bessarabien, Moldawien (1993).
- Ipsen* Völkerrecht (2004).
- Jacobs* On Socialists and The Jewish Question After Marx (1992).
- Johnston* Österreichische Kultur- und Geistesgeschichte. Gesellschaft und Ideen im Donauraum 1848 bis 1938 (2006).
- Layne* Kant or Cant. The Myth of the Democratic Peach, in: Brown Theories of War and Peace: An International Security Reader, (1998) 219.
- Möller* Europa zwischen den Weltkriegen (1998).
- Pfeil* Der Völkerbund (1976).
- Porsche-Ludwig* Eugen Ehrlich interkulturell gelesen (2011).
- Proelß* Raum und Umwelt im Völkerrecht, in: Vitzthum (Hg) Völkerrecht (2010).
- Rebbinder* Eugen Ehrlich: Politische Schriften, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung (2007a).
- Rebbinder* Die politischen Schriften des Rechtssoziologen Eugen Ehrlich auf dem Hintergrund seines bewegten Lebens: Anuarul Institutului de Istorie G. Barițiu din Cluj-Napoca (2007b).
- Rebbinder* Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Franz-Josephs-Universität in Czernowitz, in: Hohloch/Frank/Schlechtriem (Hg) FS Stoll (2001).
- Rebbinder* Neues über Leben und Werk von Eugen Ehrlich, in: Kaulbach/Krawitz (Hg), Recht und Gesellschaft FS Helmut Schelsky (1978).
- Schlochauer* Die Idee des ewigen Friedens. Ein Überblick und Gestaltung des Friedenssicherungsgedankens auf der Grundlage einer Quellenauswahl (1953).
- Schröder* Verantwortlichkeit, Völkerstrafrecht, Streitbeilegung und Sanktion, in: Vitzthum (Hg) Völkerrecht (2010).
- Uray* Czernowitz – Salzburg. Die Idee zum Transfer einer Universität, in: Schübl/Hepner (Hg), Universitäten in Zeiten des Umbruchs: Fallstudien über das mittlere und östliche Europa im 20. Jahrhundert (2011).
- Vogl* Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich (2003).

Nachschlagewerke:

- Artikel ‚*Imperialismus*‘, in: Brockhaus’ Konversations-Lexikon, IX (1898).
- Artikel ‚*Sittlichkeit*‘, in Klappenbach/Steinitz (Hg), Wörterbuch der deutschen Gegenwartsprache V (1976).
- Artikel ‚*Sittlichkeit*‘, in Mittelstraß (Hg) Enzyklopädie Philosophie und Wissenschaftstheorie III (1995).

Internetquellen:

Die Friedens-Warte. Journal of Peace and Organization <http://www.friedens-warte.de> (Stand: 31.08.2012).

Bognar Das Verhältnis zwischen Ungarn und Rumänien, Ost-West Perspektiven 4/2004, <http://www.owep.de/artikel/429/verhaeltnis-zwischen-ungarn-und-rumaenien> (Stand: 05.12.2012).

Hedtke Czernowitzer Angelegenheiten, Dokumentation zu Schumpeters Vorträgen und Aktivitäten an der Universität Czernowitz, <http://www.schumpeter.info/Czernowitzer%20Angelegenheiten.pdf> (Stand: 10.11.2012).

Torsten Engelage
Klosterneuburger Strasse 98/43, 1200 Wien
0664 242 80 86
torsten.engelage@student.uibk.ac.at

Ada Sporer
Seilergasse 3, 6020 Innsbruck
0699 10 40 85 22
ada.sporer@student.uibk.ac.at

Tagungsprogramm

Rechtswissenschaftliche Fakultät



© IHO 2012

Einladung

„Fünfte Tagung Rechtstatsachenforschung – Heute“ In Erinnerung an Eugen Ehrlich: 150. Geburtstag, 90. Todestag



Donnerstag, 14. Juni 2012
Freitag, 15. Juni 2012 (bis Mittag)

Universität Innsbruck
Hauptgebäude, 1. Stock
Saal New Orleans, Raum Nr 1119
Christoph-Probst-Platz
Innrain 52

Programm

Donnerstag

- 09:00 Uhr s.t. **Begrüßung** – Dekan Bernhard Eccher und
Institutsvorstand Andreas Schwartze
Heinz Barta, **Einführung**
- 09:30 Uhr Johann Josef Hagen/Salzburg, **Eugen Ehrlich als Begründer der
Rechtstatsachenforschung und Rechtssoziologie**
- 10:15 Uhr Jakob Schiechl, **Aspekte des ‚lebenden Rechts‘ bei Eugen Ehrlich**
- Diskussion & Kaffeepause
- 11:15 Uhr Michael Ganner, **Die richterliche Rechtsfindung bei Eugen Ehrlich**
- 11:45 Uhr Miriam Broucek/Wien, **Eugen Ehrlichs Logik der
richterlichen Entscheidung**
- 12:15 Uhr Caroline Voithofer, **Zur Rechtsquellenlehre Eugen Ehrlichs**
- 12:45 Uhr Diskussion
- 13:00 Uhr Mittagspause
- 15:00 Uhr s.t. Walter Fuchs/Wien, **Eugen Ehrlich & der Rechtspluralismus**
- 15:30 Uhr Hannelore Schmidt, **Soziologie & Jurisprudenz:
Zur Rezeption E. Ehrlichs**
- 16:00 Uhr Simon Laimer, **Die stillschweigende Willenserklärung**
- Diskussion & Kaffeepause
- 17:30 Uhr Josef Lercher/Dornbirn, **Zu Ehrlichs Lehre von der juristischen Person**
- 18:00 Uhr Özlem Taban, **Zur Lehre der Rechtsfähigkeit bei Eugen Ehrlich**
- 18:30 Uhr Diskussion
- 19:00 Uhr Brot und Wein

Freitag

- 09:00 Uhr s.t. *Philipp Dobler*, **Zur Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen**
- 09:30 Uhr *Derya Trentinaglia/Linz*, **Arthur Nußbaum und ‚Die Rechtstatsachenforschung‘**
- 10:00 Uhr *Georg Miribung*, **E. Ehrlich und Max Weber: Der ‚Rechtsbegriff‘ im Vergleich**
- Diskussion & Kaffeepause
- 11:00 Uhr *Ada Sporer/Torsten Engelage*, **Eugen Ehrlichs politische Schriften**
- 11:30 Uhr Diskussion

Im September dieses Jahres jährt sich zum 150. Mal der Geburtstag Eugen Ehrlichs; vor neunzig Jahren, im Mai 1922 ist er in Wien gestorben. – Ehrlich ist Begründer der Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung im deutschen Sprachraum. Mit diesen Disziplinen hat er sich das Ziel gesetzt, die gesellschaftlichen Grundlagen des Rechts bewusster zu machen. Für ihn liegt „[...] der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung [...] weder in der Gesetzgebung, noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst.“

– Wir erinnern an diesen großen Alt-Österreicher und widmen ihm die Fünfte Tagung „Rechtstatsachenforschung – Heute“. Ehrlichs Werk steht im Mittelpunkt.

Johann Josef Hagen eröffnet die Tagung mit einem Referat über Eugen Ehrlich und seine Rechtssoziologie. Hagen ist Professor an der juristischen Fakultät der Universität Salzburg (Bereich Grundlagenwissenschaften mit dem Schwerpunkt der Rechtssoziologie).

– Die Vortragenden sind vornehmlich an der Universität Innsbruck tätig oder haben hier studiert. Die Vorträge gehen vom Werk Ehrlichs aus und behandeln es aus heutiger Sicht. Auch auf die Arbeit von Arthur Nußbaum, der Ehrlichs Werk fortgeführt hat, wird eingegangen.

www.rechtstatsachenforschung.at

Normen und Stichworte

1. Normen

ABGB.....	118
§ 10	38, 108
§ 1003	153
§ 12	108
§ 1381	85
§ 16	76, 170
§ 18	170
§ 428	25
§ 6	187
§ 7	25, 82, 187
§ 863	148, 149
§ 864	148, 150
§ 879	77, 202
§ 879 (2) Z 4.....	83
§ 938	85
§§ 947 f.....	85
ALR	83, 151
AußStrG § 141.....	82
BGB.....	81, 172
§ 151	150
§ 516 (2) S 2.....	152
B-VG Art 22.....	82
Cc Art 1333 (2).....	153

CISG	
Art 18 (1) S 2.....	151
Art 18(3)	150
Code Civil Art 4	26, 173
DCFR	
Art II.-4.204 (1)	149
Art II.-4 204 (2)	151
Gemeinsames Europäisches Kaufrecht.....	14
Heimaufenthaltsgesetzes	128
HGB § 362 (1)	153
KSchG § 5i.....	153
OR	
Art 1 (2)	149
Art 6	151
PICC.....	153
UGB.....	153
§ 243b.....	195, 201
UNIDROIT.....	153
UN-Kaufrechts Art 18 (1)	149
ZGB Art 1	26
Zwölftafelgesetz	83

2. Stichworte

Abstraktion.....	180	Bevölkerung.....	127
Abteilung für Rechtstatsachen- forschung.....	30	Bevölkerungsentwicklung.....	222
Adler, Alfred.....	220	Bewusstsein.....	208
Adler, Max.....	220	Biographie.....	219
Adler, Victor.....	235	Blankenburg, Erhard.....	52
Aktiengesellschaft.....	196	Bogišić, Valtazar.....	37
Akzeptanz.....	111	bona fides.....	84
Alexy, Robert.....	102	Bourdieu, Pierre.....	131
Allen, C. K.....	99	Brauch.....	92
Allgemeine Rechtslehre.....	47	Bukowina, globale.....	116
Alltag.....	115	Bürokratie.....	215
Alltagstheorien.....	48	Bydliniski, Franz.....	20, 25
Altenrecht.....	87	case law.....	84
Analogie.....	83, 96	Checkliste.....	203
Analyse.....	71	cic.....	21, 25
Anerkennung.....	104	Code.....	122
Ansichten.....	89	Code, binär.....	123
Antisemitismus.....	235	Columbia-Experiment.....	142
Anwendung.....	93	Corporate Governance.....	195
Arbeit.....	237	Czernowitz.....	221
Arbeiter.....	172, 233	Deduktion.....	90, 95, 179, 180
Ausbildung.....	67, 194	Definition.....	85
Ausbildung, juristische.....	14, 28	Dekolonisierung.....	121
Auslegung.....	25, 95, 148	Denken, juristisches.....	124
Bachofen, Johann Jakob.....	120	Digesten.....	90
Bauer, Otto.....	235	Dogmatik.....	146, 191, 192, 200
Bauernfrage.....	234	Dubois, Pierre.....	228
Bauernschaft.....	234	Durchsetzung.....	148
Befragung.....	86	Durkheim, Emile.....	46, 51
Begriff.....	146, 157, 187	Dux, Günter.....	54
Begriffsjurisprudenz.....	90, 91, 94, 101, 183, 184, 215	Ehebruch.....	173
Beobachtung.....	37, 63, 68, 71, 93, 123, 214	Eigentum.....	157
Beobachtungswissenschaft.....	135	Eigentumsvorbehalt.....	25
Berichterstattung.....	197	Einheit der Rechtsordnung.....	82
Beseler, Georg.....	37	Empirie.....	99
Besitz.....	92	empirisch.....	75, 112
Besitzanweisung.....	25	Empörung.....	111
Bestätigungsschreiben, kaufmännisches.....	153	Engels, Friedrich.....	51, 220
		Entscheidung.....	86, 90, 94, 96, 97, 141, 188, 193
		Entscheidung, Fehl-.....	87
		Entscheidungsanalyse.....	135
		Entscheidungsgründe.....	87

Entscheidungsnorm	24, 49, 52, 98, 106, 130, 137, 209	Gesellschaftswissenschaft	46
Erbrecht	23, 25, 28, 38	Gesetz	105
Erfahrung	193	Gesetzesmaterialien	201
Erhebung	61	Gesetzgeber.....	73, 90, 97, 139, 194, 196, 202
Erhebung, statistisch.....	203	Gesetzgebung	65, 71, 75, 88, 92, 146
Erkenntnisinteresse	62	Gewalt.....	118, 158, 173
Erklärung	145, 151	Gewaltenteilung.....	186
Ermessen	188	Gewohnheit	64, 210
Ethnologie	120	Gewohnheitsrecht.....	20, 22, 23, 25, 38, 39, 51, 83, 92, 107, 108, 112, 121, 124, 137
faits sociaux	51	Globalisierung.....	123
Familie.....	74, 76, 92, 157, 175, 207	Goethe, Johann Wolfgang v.....	177
Familienleben.....	136	Grenznutzentheorie	220
Familienrecht. 38, 84, 136, 163, 173, 175		Größenschluss	96
Familienstruktur.....	169	Großgrundbesitz	232, 235
Fedynskij, Jurij.....	28	Grünberg, Karl	220
Fiktion	98, 148	Grundherrschaft.....	232
Finanzierungsmodelle	202	Grundlegung 45, 103, 118, 146, 177, 221	
Finanzmarkt	202	Grundsätze, allgemeine	209
Forderungen.....	31	Gruppe.....	226, 232
Formalismus	93	Gruppen	207
Fragebogen	42, 61, 71, 138	Gschnitzer, Franz.....	19, 28, 148, 150
Französische Revolution	171	Günther, Klaus	116
Frauen	196	Gusti, Dimitrie.....	236
Frauenförderung.....	201	Gutachten.....	87
Freiheit	187, 225	gute Sitten.....	188
Freiheitsbeschränkungen.....	87	Handeln, sozial	210
Freirechtsbewegung	26, 46, 95	Handelsrecht	84, 147
Freirechtslehre	25, 187	Hart, H. L. A.	52
Fremder.....	158, 167, 171	Hartmann, Ludo.....	220
Friedensbewegung.....	219, 224	Hausgenossenschaft.....	159
Friedenspolitik	221	Hausgut.....	161
Frotz, Gerhard	151, 154	Heck, Philipp	22, 96
Fuchs, Ernst	194	Heimaufenthaltsgesetzes	128
Funktion	137, 213	Heine, Heinrich	233
Gefühl	213	Herrschaft.....	117, 118, 216
Geld.....	192	Herrschaftsverhältnis.....	23, 52
Geltung	103, 185, 189	Hertogh, Marc.....	45
Gerechtigkeit.....	187	Heuristik.....	125
Gericht	127, 209	Hilferding, Rudolf.....	220
Gerichtsbarkeit.....	73, 97	Hilfsdisziplin	47
Gerichtsentscheidung	74	Hirsch, Ernst.....	21
Gerichtsgebrauch.....	108	historische Rechtsschule	51
Geschichte	221	Hugo, Viktor.....	225
Geschworene	86		
Gesellschaftsvertrag	53		

Idealtypen	210, 213	Krankheitsbild	128
Idee des Rechts	94	Kreditverträge	198
Ihering, Rudolph von	21	Krieg	224
indigen	120	Kritik	89, 91, 99
Individualismus	169	Kritik an Ehrlich	50
induktiv	63, 147, 183, 195, 215	Kuhn, Thomas	45
Institut für ‚lebendes Recht‘	70	Larenz, Karl	153, 187
Interdisziplinarität	33, 143	law in action	21, 115, 130
Interesse	86	law in the books	21, 115, 130
öffentliches	82	Leben	92, 192, 208
Interessen	95, 167, 235	Lebensform	107
Interessenkonflikt	89, 97, 137	Lebensverhältnis	103
Interessensjurisprudenz	89	Lebenswirklichkeit	90
Internet	124, 139, 141	legal pluralism	100
Interpretation	129, 148, 187	legal realism	14
Interview	200, 203	Legistik	30, 85
Jhering, Rudolf von	91, 96	Legitimation	117
Joseph II	171	Legitimität	125
Judenfrage	234	Legitimitätsglauben	210
Jurisprudenz	88	Lehre	193
Juristenrecht	92, 164	Leibnitz	179
juristische Aufnahme	29	Leichter, Käthe	220
Justinian	33	Lessig, Lawrence	124
Justizmobilisierung	116, 126, 131	Leviathan	118, 125
Kadelbach, Stefan	116	lex digitalis	124
Kantorowicz, Hermann	22	lex informatica	124
Kapital	237	lex mercatoria	124
Kautelarjurisprudenz	13, 25, 77, 211	lex sportiva	124
Kautelarpraxis	24	lex tecnica	124
Kelsen, Hans	20, 40, 89, 91, 116, 118, 177	Living Law	45
Keynes, John M.	238	Logik	85, 94, 179
Klasse	207	Lücke	98
Klassenspaltung	52	Lückenfüllung	25, 26, 82
Kodifikation	84, 106	lückenlos, Rechtsordnung	26
Kollektivierung	238	Lückenlosigkeit	90, 95, 98, 187, 189
Kolonialmacht	120	Lüderssen, Klaus	47
Kommunikation	123	Luhmann, Niklas	121, 123
Konstruktion	95, 97	Macht	94, 160, 169, 213, 226, 228
Konstruktion, juristische	148	Machura, Stefan	46
Kontrolle	83	Maine, Henry Sumner	120
Kontrollvariablen	128	Malinowski, Bronislaw	120
Kopplung, strukturell	123	Maria Theresia	171, 232
Kraft, Julius	26	Marx, Karl	51, 116, 237
Kraft, normative	124	Mayer-Maly, Theo	26, 66, 116
Kramer, Ernst A.	148, 152	Mehrwert	237
		Menger, Anton	220

Menger, Carl.....	220	Positivismus	90, 102
Methode	13, 85, 90, 135, 200	Positivismusstreit.....	102
Methodenlehre.....	94, 177, 186	Pound, Roscoe.....	21, 45, 46, 115
Methodenstreit.....	178	Praxis.....	139, 193
Mitteis, Heinrich	65, 72	Produktionsmethoden.....	236
Montesquieu.....	53, 62	Produktionsmittel.....	238
Nationalökonomie.....	233	Puchta, Georg Friedrich..	90, 91, 94, 139
Natur der Sache	46, 137	Quellen.....	68
Natur des Geschäfts.....	151	Quellenmaterial.....	146
Natur des Menschen.....	226	Rationalisierungsprozess	215
Naturgesetze.....	93	Recht, bei Eugen Ehrlich.....	91
Naturrecht	55, 81	Recht, bewusstes	63
Neuinterpretation	121	Recht, gesatztes	60, 63, 85, 130, 213
Neukantianismus	179	Recht, gesellschaftliches	49, 76, 209
Nietzsche, Friedrich.....	177	Recht, Gesetzes-.....	21
Norm, gesatzte.....	104, 186	Recht, Juristenrecht.....	76, 164, 209
Norm, rechtliche.....	92, 111, 136, 208	Recht, kodifiziertes.....	117
Norm, soziale.....	49, 111, 119, 124	Recht, lebendes.....	13, 21, 37, 40, 48, 49, 59, 63, 89, 99, 101, 115, 119, 124, 125, 131, 138, 146, 212
Norm, technische	124	Recht, positives.....	216
Normen.....	74	Recht, primäres.....	54
Normen, Organisations-.....	208	Recht, primitives.....	121
Normen, staatliche	130	Recht, sakrales	83
Normen, Verhaltens-	92	Recht, staatliches ...	49, 76, 116, 209, 212
Normenpluralität	116	Recht, Stammes-.....	121
Normverständnis.....	125	Recht, totes.....	21
Nußbaum, Arthur.....	21, 46, 143	Recht, traditionales.....	51
Nutzwert.....	237	Recht, unbewusstes.....	63
Ofner, Julius	220	Recht, wirksamkeitsorientiertes.....	102
Ökonomie.....	64, 148, 220	Rechtsanwendung	130, 186
Ökonomische Theorie des Rechts.....	14	Rechtsbegriff.....	47, 102, 124, 207, 211
opinio necessitatis.....	212	Rechtsbegriff, soziologisch.....	46
Ordnung ...	121, 125, 141, 207, 209, 210	Rechtsbewusstsein	83, 84, 85, 88
Ordnung, soziale.....	89, 120	Rechtsdogmatik ..	19, 22, 30, 46, 101, 112
Organisation.....	214	Rechtsfähigkeit	37, 157
Organisationsrecht	209	Rechtsfähigkeit der Frau	173, 174
Pandektistik	90, 93	Rechtsfindung.....	26, 82, 85, 88, 90, 187
Paradigmenwechsel.....	45	Rechtsfindung, richterliche	81
pater familias	160	Rechtsfortbildung.....	83, 90, 93, 94, 98, 186, 188
patria potestas	136	Rechtsfrage.....	147
peculium.....	162, 167	Rechtsgeschäft	23, 64, 145, 193, 199
Pernerstorfer, Engelbert.....	220	Rechtsgeschichte ...	14, 37, 52, 65, 72, 75
Persönlichkeit.....	157	Rechtsgrundsätze	82
Pflegebefohlene	82	Rechtsgrundsätze, natürliche.....	83
Philippovich, Eugen von.....	220		
Pluralismus	91, 140		
Popper, Karl.....	96		

- Rechtskultur, lokale 130
 Rechtskulturen 129
 Rechtsleben 64, 146
 Rechtslücke 82
 Rechtsökonomik 14
 Rechtsordnung, lückenlose 90
 Rechtsordnung, transnationale 124
 Rechtspflege 74
 Rechtsphilosophie 47
 Rechtspluralismus 14, 115, 122
 Rechtspolitik 30
 Rechtspositivismus 26, 95
 Rechtspraxis 78, 91
 Rechtsprechung 75, 107, 146
 Rechtsquelle 139, 194, 211
 Dreiteilung 24
 Rechtsquellenlehre 24, 92, 101
 Rechtsregel, interne 124
 Rechtsregel, tradierte 221
 Rechtsregeln 136
 Rechtssatz 90, 92, 95, 104, 141, 182, 209
 Rechtsschöpfung 95, 187
 Rechtsschutz 89
 Rechtssetzung 117
 Rechtssicherheit 83, 95
 Rechtssoziologie 75, 135
 Rechtsstab 214
 Rechtsstatsachen 62, 75, 135, 183, 192, 204, 212
 Rechtsstatsachenforschung 46, 75, 81, 142, 191, 197
 Rechtslehre 42, 43, 47, 99, 119, 121, 124
 Rechtsüberzeugung 139, 146
 Rechtsunterricht 64, 67, 142
 Rechtsvereinheitlichung 73
 Rechtsverfolgung 159
 Rechtsvergleichung 14, 146
 Rechtsverhältnis 85, 103
 Rechtsverweigerungsverbot 26
 Rechtswirklichkeit 97, 135, 193
 Rechtswissenschaft 43, 46, 74, 75, 88, 99, 102, 137, 145, 192, 197, 215
 Reduktionismus, soziologischer 55
 Regeln, informelle 49
 Regeln, primäre 52
 Regeln, sekundäre 52
 Regressionsanalyse 128
 Regressionskoeffizient 128
 Rehbinder, Manfred. 21, 45, 26, 27, 219, 239
 Reine Rechtslehre 89, 96, 178, 184
 Renner, Karl 220, 221
 Revolution 171
 Reziprozität 120
 Richter 88, 90, 97
 Richterrecht 25
 Röhl, Klaus 47
 Roth, Joseph 33
 Rottleuthner, Hubert 181
 Sachverständiger 124
 Sachwalter 126
 Sachwalterrecht 116, 125
 Sanktion 110, 120, 197, 208
 Sanktionsapparat 211
 Savigny, Friedrich Carl von 40, 139
 Schenkung 23, 85
 Schicht 207
 Schmoller, Gustav 233
 Schmollers Jahrbuch 37
 Schöffen 86
 Schumpeter, Joseph 220, 236
 Schweigen 145, 149, 153
 Sein und Sollen 54, 62, 92, 178, 181
 Selbstregulierung 49
 Selektivität 53
 Selektivität von Recht 49
 Seminar für lebendes Recht 43, 119
 Sicherheit 168
 Sklave 164
 socio-legal studies 13
 Sombart, Werner 233
 Soziale Frage 233
 Sozialpolitik 219, 220, 221, 232
 Sozialwissenschaft 19
 splendid isolation 20
 Staat 92, 117, 139, 168, 207, 213, 229, 231
 Ständeordnung 167
 Statistik 204
 Stillschweigen 145

Streudiagramm	126	Vermögensrecht	163
Struktur	95	Vernunft	81
Subsumtion.....	186	Vertrag	148, 209
Subsumtionsautomaten	186	Vielfalt.....	77
Suttner, Bertha von	225	Vielvölkerstaat	118
Systemtheorie.....	116, 121, 122	Vogl, Stefan.....	45, 239
Tatfrage.....	147	Völkerbund	228, 230
Tatsache, soziale	131	Volkszählung	222
Tatsachen....	97, 108, 109, 137, 147, 179, 208, 211	Vorverständnis.....	102, 188
Tatsachen des Gewohnheitsrechts....	103	Wandel.....	208
Tausch	23, 227	Weber, Max.....	21, 46, 51, 118, 207, 210
Tauschwert	237	Wegfall oder Störung der Geschäftsgrundlage.....	25
Testament	172	Weltanschauung	51
Teubner, Gunther.....	116, 121, 123, 124	Weltgesellschaft	122
Theorie.....	189	Wilburg, Walter	20
Transformation.....	93	Wille	150
Transylvanien	222	Wille des Gesetzgebers.....	96, 98
Treu und Glauben	81, 84, 188	Willenserklärung.....	135, 149, 209
Überbau	52	Wirken.....	239
Übung.....	139, 208	Wirklichkeit	180, 189
UN-Behindertenrechtskommission..	131	Wirksamkeit	102, 185, 189
Unger, Josef.....	83	Wirkung	136, 137, 195, 201
Unterricht, Rechts-.....	28	Wirkungsanalyse.....	13
Urkunden.....	64	Wirtschaft	164, 202
Varianz	128	Wirtschaftsrecht	67
Verband	122, 209	Wissen.....	193, 194
Verbände... 104, 168, 175, 207, 209, 211, 214		Wissenschaft ..85, 96, 135, 150, 178, 182	
Verein	76, 207	Wissenschaftsbegriff.....	45, 50
Vereinheitlichung.....	78	Wissenschaftstheorie	45
Vereinte Nationen	225	Wortlaut.....	187
Verhalten	196	Wucher.....	83
Verhaltensnormen	52, 92	Zeitgeist	177
Verhaltensorientierung	140	Zionismus.....	236
Verhaltenswissenschaft.....	48	Zusammenleben	73
Verkehrsbräuche.....	200	Zwang	213
Verkehrssitte	153	Zwangsgapparat.....	110, 111

Autorinnen und Autoren

Univ.-Prof. Dr. Heinz Barta

Institut für Zivilrecht

Universität Innsbruck

Innrain 52, A-6020 Innsbruck

E-Mail: heinz.barta@uibk.ac.at

Homepage: <http://www.rechtstatsachenforschung.at/>

Mag.^a Miriam Broucek

Hippgasse 33/30, A-1160 Wien

Miriam.Broucek@reflex.at

Mag. Philipp Dobler, Bakk. phil.

c/o Notariat Dr. Philipp Schwarz

Bozner Platz 4, A-6020 Innsbruck,

philipp.dobler@chello.at

Univ.-Prof. Dr. Bernhard Eccher

Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät

Institut für Italienisches Recht

Universität Innsbruck

Innrain 52, A-6020 Innsbruck

E-Mail: bernhard.eccher@uibk.ac.at

Torsten Engelage

Klosterneuburger Straße 98/43, A-1200 Wien

E-Mail: torsten.engelage@student.uibk.ac.at

Dr. MA Walter Fuchs

Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie

Museumstraße 5/12, A-1070 Wien

E-Mail: walter.fuchs@irks.at

Univ.-Prof. Dr. Michael Ganner

Institut für Zivilrecht

Universität Innsbruck

Innrain 52, A-6020 Innsbruck

E-Mail: michael.ganner@uibk.ac.at

Homepage: <http://www.rechtstatsachenforschung.at/>

Univ. Prof. Dr. Johann Josef Hagen
FB Sozial- und Wirtschaftswissenschaften
Universität Salzburg
Churfürststraße 1, A-5020 Salzburg
E-Mail: johann.hagen@sbg.ac.at

Ass.-Prof. Dr. Simon Laimer LL.M.
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
E-Mail: simon.laimer@uibk.ac.at

Dr. Georg Miribung, LL.M.
Institut für Italienisches Recht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
E-Mail: georg.miribung@uibk.ac.at

em. Univ. Prof. Dr. Manfred Rehbinder
Europäisches Institut für Rechtspsychologie
Universität Zürich
Kirchgasse 42, CH-8001 Zürich
E-Mail: manfred.rehbinder@gmail.com

DDDr. Jakob Schiechl
Institut für Römisches Recht und Rechtsgeschichte
Universität Innsbruck
Innrain 52, 6020 Innsbruck
E-Mail: jakob.schiechl@uibk.ac.at

Mag.^a Hannelore Schmidt
Institut für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
E-Mail: hannelore.schmidt@uibk.ac.at

Univ.-Prof. Dr. Andreas Schwartz LL.M. (EHI)
Institutsleiter des Instituts für Zivilrecht
Universität Innsbruck
Innrain 52, A-6020 Innsbruck
E-Mail: andreas.schwartz@uibk.ac.at

Ada Sporer
Seilergasse 3, A-6020 Innsbruck
E-Mail: ada.sporer@student.uibk.ac.at

Mag.^a Özlem Taban

Institut für Zivilrecht

Universität Innsbruck

Innrain 52, A-6020 Innsbruck

E-Mail: oezlem.taban@uibk.ac.at

Dr.ⁱⁿ Derya Trentinaglia

4040 Linz

derya.altinisik@live.at

Dr.ⁱⁿ Caroline Voithofer

Institut für Zivilrecht

Universität Innsbruck

Innrain 52, A-6020 Innsbruck

E-Mail: caroline.voithofer@uibk.ac.at

Homepage: <http://www.rechtstatsachenforschung.at/>

