

Schriftenreihe zur
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung

Band 48

Das Rechtssystem im Blickfeld der Sozialwissenschaften

Von

Lawrence M. Friedmann



Duncker & Humblot · Berlin

LAWRENCE M. FRIEDMAN

Das Rechtssystem im Blickfeld der Sozialwissenschaften

**Schriftenreihe zur
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung**

Herausgegeben von Ernst E. Hirsch und Manfred Rehbinder

Band 48

Das Rechtssystem im Blickfeld der Sozialwissenschaften

Von

Lawrence M. Friedman



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Die Originalausgabe „The Legal System. A Social Science Perspective“
erschien 1975 bei Russell Sage Foundation, New York, N. Y./U.S.A.

Alle Rechte der deutschen Ausgabe bei Duncker & Humblot, Berlin 41.

Alle Rechte vorbehalten

© 1981 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1981 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 04948 0

Vorwort zur deutschen Ausgabe

Von allen Fächern, die an den bedeutenden Universitäten der Welt gelehrt werden, ist die Rechtswissenschaft vielleicht das beschränkste. Medizin und Naturwissenschaften beanspruchen universelle Geltung; denselben Anspruch erheben die Sozialwissenschaften. Aber jedes Land hat sein eigenes Rechtssystem. Ein deutscher Mediziner oder Wirtschaftswissenschaftler könnte, sofern er die erforderlichen Sprachkenntnisse besitzt, ohne weiteres an einer Universität in Brasilien, Zambia oder gar Nepal lehren. Deutsches Recht hingegen wäre an den Rechtsfakultäten selbst so naher Länder wie England und Frankreich nur von begrenztem Interesse.

Was macht das Recht so spezifisch? Zum Teil ist es ein Bestandteil der Kultur, hauptsächlich aber ein Bestandteil der Souveränität. Jede autonome Gemeinschaft kann ihr eigenes Rechtssystem schaffen und tut es auch. Andererseits ist das Recht ein wichtiger Faktor im Leben einer Gesellschaft. Deshalb gibt es im Bereich der Geisteswissenschaften auch einen Platz für das Studium des Rechts schlechthin, des Rechts als eines Teilaspektes der Gesellschaft, der Art und Weise, wie Menschen denken und handeln. In der Tat ist die Tradition, das Recht von außerhalb zu sehen, vom Standpunkt der Sozialwissenschaften aus, mindestens ein Jahrhundert alt. Es genügt, hier den Namen Max Weber zu nennen.

Dieses Buch ist ein bescheidener Versuch, unser Verständnis des Rechts als soziales Phänomen zu fördern. Dies darf als gelungen gelten, wenn sich zeigt, daß das Buch nationale Grenzen überschreiten kann, ohne seinen Sinn zu verlieren. Aus diesem Grunde bin ich besonders glücklich, das Werk ins Deutsche übersetzt zu sehen, um so mehr als dies die Sprache Max Webers ist. Ich freue mich deshalb, dem deutschen Leser eine leicht gekürzte Fassung von *The Legal System* anbieten zu können.

Ich bin vielen für Anregung und Hilfe zu Dank verpflichtet. Doch möchte ich an dieser Stelle meinen besonderen Dank Herrn Professor

Dr. Manfred Rehbinder aussprechen, der für diese Ausgabe verantwortlich ist, sowie dem hingebungsvollen, fleißigen und kundigen Team*, das er zur Übersetzung dieses Buches eingesetzt hatte.

Stanford, California (USA), im Juni 1979

Lawrence M. Friedman

* Beteiligt waren die Lizentiaten des Rechts Rudolf Ackeret, Susanne Bernasconi-Aeppli, Angelika Bernhard, Urs Breiter, Otto Haus, Georges Huguenin, Marie-Louise Huguenin, Peter Köfer, Beat Schachenmann, Remo A. Schürmann, Regine Sträuli und Jürg Witmer. Gesamtedaktion: lic. iur. Harro Fehr.

Inhalt

Kapitel I: <i>Das Rechtssystem</i>	11
Das Rechtssystem	16
Das Rechtssystem und seine Bestandteile	22
Die Funktionen des Rechtssystems	28
Recht als Zuteilungssystem	32
Kapitel II: <i>Über Rechtsakte</i>	38
Über das Ermessen im Recht	44
Über Ermächtigungen	52
Die Hierarchie der Normen	54
Über die Realität der Normen	55
Kapitel III: <i>Über die Wirkung des Rechts</i>	59
Wirkung und Begriff der Absicht	62
Das Messen der Wirkung	65
Wirkung: Einige Voraussetzungen	69
Verhaltenstheorien	76
Kapitel IV: <i>Wann ist Recht wirksam? (Teil I)</i>	81
Sanktionen	83
Prävention und Todesstrafe	87
Die Präventionskurve	88

Charakteristika der Drohung oder des Versprechens	90
Die Natur der Sanktionen	90
Belohnung contra Strafe	94
Die Wahrnehmung des Risikos	95
Der Zeitpunkt der Vollstreckung	97
Charakteristika der einer Sanktion unterworfenen Personen	98
Die Anzahl der Subjekte	98
Die Persönlichkeit der Subjekte	98
Charakteristika des zu kontrollierenden Verhaltens	99
Schwierigkeit der Ermittlung und Vollstreckung	99
Die Nachfrage nach dem zu kontrollierenden Verhalten	100
Techniken des Verhängens der Sanktion	104
Über die Nicht-Verwirklichung der Gesetze: Der Entscheid, in die Rechts- wirksamkeit zu investieren	106
Die Technologie der Vollstreckung	110
Eine Bemerkung zu Stigma und Scham	112
 Kapitel V: <i>Wann ist Recht wirksam? (Teil II)</i>	
Die Wirkung des Rechts: Peer Groups und Subkulturen	117
Der dritte Faktor: Der Einfluß der inneren Stimme	122
Legitimität und Kultur	125
Legitimität und Befolgung	127
Übereinstimmende und gegensätzliche Faktoren	132
Das Recht als Lernprozeß	136
Der dritte Faktor und der Staat	137
Abweichung und Interaktion	138
Der zivilrechtliche Aspekt	145
 Kapitel VI: <i>Über den Ursprung von Recht und Gesetzen</i>	
Die Quellen des Rechts im allgemeinen	156
Quellen des Rechts im besonderen	161

Ein Interessenkatalog 163

Die strukturelle Variable 167

Die soziologische Rechtstheorie: Einige Fragen und Antworten 171

Sind soziologische Theorien Tautologien? 173

Recht und öffentliche Meinung 175

Kapitel VII: *Recht, Macht und Sozialstruktur* 179

Verhalten der Justiz 181

Theorien der richterlichen Entscheidungsfindung 183

Recht und Klassenstruktur 189

Interesse und Gleichheit 190

Reform und Reforminteressen in der heutigen Welt 197

Kapitel VIII: *Über die Rechtskultur* 202

Über kulturelle Besonderheit 203

Rechtliche Subkulturen und rechtlicher Pluralismus 205

 Pluralismus von Status-Gruppen 207

 „Zwei-Nationen“-Pluralismus 207

Über die Einteilung von Rechtssystemen 208

Die Kultur der Modernität 213

Modernität im Recht und Modernität in der Gesellschaft: Ursache und Wirkung 216

Über nationale Rechtskultur: Mit spezieller Bezugnahme auf die USA und Großbritannien 218

Aspekte der modernen Rechtskultur 222

Pluralismus und die Modernisierung des Rechts 227

Kapitel IX: <i>Über die interne Rechtskultur</i>	233
Über die subjektiven Rechte	238
Über die rechtliche Begründung	245
Positivismus	259
Rechtsfiktionen	262
Begründung mittels Analogie und stufenweise Fortentwicklung (incrementalism)	265
Auslegungsregeln	267
Sprache und Stil	271
Die Rechtssprache	273
Kapitel X: <i>Sozialer Wandel und Rechtswandel</i>	280
Der formale Rechtswandel mit sozialen Folgen	285
Sozialer Wandel mit rein rechtstechnischen Wirkungen	286
Recht und bedeutender sozialer Wandel	286
Rechtswandel im Großen: Theorien über die Evolution des Rechts	290
Einige Probleme der Evolutionstheorien	296
Über die evolutionäre Entwicklung der Rechtsnormen	300
Regel-Systeme	314

Kapitel I

Das Rechtssystem

Thema dieses Buches ist das *Rechtssystem*. Bevor wir weitergehen, muß etwas über diesen Satz gesagt werden. Ein Rechtssystem ist keine Sache wie ein Stuhl, ein Pferd oder ein Buch; es ist auch kein exakt definierter Begriff in der sozialen Welt wie die Katholische Kirche oder die Kleinfamilie. Kurz, es gibt keine Definition, die von Wissenschaft und Öffentlichkeit allgemein akzeptiert wird.

Tatsächlich gibt es zahlreiche Wege, um an das Recht oder das Rechtssystem heranzugehen. „Das Recht“ bedeutet zunächst eine Reihe von geschriebenen oder ungeschriebenen Regeln oder Normen über richtiges und falsches Verhalten, über Pflichten und Rechte. Das ist die allgemein gebräuchliche Bedeutung des Begriffs Recht. So fragen wir uns z. B., ob uns das Recht die Möglichkeit gibt, in der Steuererklärung die Kosten für Mahlzeiten vom Einkommen abzuziehen, oder so stellen wir fest, daß es gegen das Recht verstößt, ein Stoppsignal zu überfahren oder eine Bank auszurauben. In diesem Sinn gebrauchen oft auch Rechtsgelehrte den Begriff Recht. John Chipman Gray definierte das Recht als Regeln, welche die Gerichte zur Bestimmung von Rechten und Pflichten festlegen¹. Es gibt viele ähnliche Definitionen. Obwohl Gray nur die Gerichte erwähnt, kann das Recht sowohl die Regeln als auch die Strukturen umfassen, die sie (auf dem Papier) schaffen oder anwenden.

Die Schwierigkeit bei dieser Sicht des Rechtes liegt darin, daß sie dem Recht in gewisser Weise eine unabhängige, meta-soziale Existenz zuerkennt; sie übersieht leicht die Tatsache, daß Strukturen und Regeln sich auf dem Papier und im wirklichen Leben verschieden verhalten. Beinahe jedermann ist bereit anzuerkennen, daß das Recht in einem bestimmten Ausmaß ein Ergebnis des gesellschaftlichen Prozesses ist und daß das Recht in der Theorie und das Recht in der Praxis nicht immer dasselbe sind. Regeln und Strukturen allein sagen uns noch nicht, wie der Mechanismus wirklich arbeitet. Sie geben keinen Anhaltspunkt für die Unterscheidung von totem und lebendigem Recht. Sie sagen uns nicht, wie und warum Regeln gemacht werden und welche Wirkung sie auf das Leben der Rechtsunterworfenen haben.

¹ John Chipman Gray: *The Nature and Sources of the Law*, 1909, S. 82.

„Das Recht“ — im Sinne von Strukturen und Regeln — ist nur eine von drei Erscheinungsformen, die alle gleichermaßen real sind. Zunächst gibt es gesellschaftliche und rechtliche Kräfte, die in gewisser Weise das Recht prägen oder schaffen. Dann kommt „das Recht“ selbst, d. h. die Regeln und Strukturen. Schließlich folgt die Wirkung des Rechts auf das Verhalten der Menschen nach außen. Woher das Recht kommt und was es erreicht, also die erste und dritte der erwähnten Erscheinungsformen, sind wesentlich für eine soziale Studie des Rechts.

Die Rechtslehre hat seit jeher die erste Erscheinung, d. h. die input-Seite des Rechts, vernachlässigt. Diese Vernachlässigung wiegt gleich schwer wie die Auslassung von Nahrung, Wasser und Luft in der Untersuchung eines Organismus. Üblicherweise wurden Prozeßparteien, pressure groups und soziale Hintergründe von der Rechtslehre kaum beachtet. Die Juristen betrachteten die Rechtsentwicklung aus interner Sicht. In der Diskussion, wie eine Gesetzesregel entstand, wurden äußere Einflüsse beiseite gelassen. Amerikanische und britische Juristen verhielten sich, als ob die Gerichte allein die ganze Sache erfunden hätten. Das führende Lehrbuch des Schadenersatzrechts in den Vereinigten Staaten stellt kurz und bündig fest, „das Produkthaftpflichtrecht begann mit dem Fall Winterbottom gegen Wrioth (ein englischer Fall aus dem Jahr 1842)“; die Gerichte hätten daraufhin die allgemeine Regel dieses Falles beschnitten, bis schließlich im Jahr 1916 das Problem in die Hände von Richter Cardozo gefallen sei, welcher den Nebel gelichtet hätte und im berühmten Fall MacPherson gegen Buick Motor Co. ein Urteil erließ, welches von anderen Gerichten so gleich übernommen worden sei².

Was an diesen Sätzen sofort auffällt — und dies ist typisch — ist die Tatsache, daß der soziale Hintergrund kaum erwähnt wird. Alles wird den Richtern zugeschrieben. Jedes Lob und jeder Tadel trifft sie³. Rechtsgrundsätze stammen jedoch nicht aus der dünnen Luft. Nicht geistige Debatten machen das Fallrecht aus; Fälle sind Kontroversen und setzen Konfliktsituationen voraus, aber auch Personen und Gruppen, die Schritte unternehmen, um ein rechtliches Verfahren in Gang zu setzen. Heute bauen Gerichte und Gesetzgeber in den Vereinigten Staaten ein ganzes Gerüst des Umweltschutzrechts auf. Noch 1950 hat

² MacPherson v. Buick Motor Co., 217 N. Y. 382, 111 N. E. 1050 (1916). William L. Prosser: Handbook of the Law of Torts, 4. Auflage, 1971, S. 641 - 643.

³ Nur gelegentlich finden auch Rechtsanwälte Erwähnung, die etwa die richterliche Entscheidung beeinflussen haben. Vgl. z. B. Benjamin Twiss: Lawyers and the Constitution, 1942, der die Anwälte für die „Laissez-faire-Doktrin“ des 19. Jahrhunderts verantwortlich macht. In der Literatur des kontinentalen Rechtskreises buchen die Rechtsgelehrten einige der Verdienste, die im common-law-Rechtskreis den Richtern zugeschrieben werden, auf ihr eigenes Konto.

kein Mensch davon gesprochen. Die Änderung wäre undenkbar ohne eine Massenbewegung, die Ansprüche an das Recht stellt. Die Gerichte hätten dieses rechtliche Gerüst nicht von sich aus erfinden können. Desgleichen hat seit 1950 das Problem der Pornographie die Gerichte ständig beschäftigt: Was darunter fällt, in wie weit sie von der Regierung kontrolliert und in welcher Form sie in Filmen, Theaterstücken und Büchern zugelassen werden kann. Gehört die Pornographie zur freien Meinungsäußerung, welche den Schutz des Ersten Amendments der amerikanischen Verfassung genießt? Das Erste Amendment ist gegen Ende des 18. Jahrhunderts in die Verfassung aufgenommen worden; seither hat sein sprachlicher Gehalt nicht geändert. Dennoch war die Pornographie während Generationen keine Streitfrage. Die Sexliteratur wurde unter dem Ladentisch gehandelt. Der Supreme Court hat sich erst 1957 im Fall Roth gegen die Vereinigten Staaten abschließend dazu geäußert⁴.

Warum ist die Frage in jenem Jahr zur Entscheidung gekommen? Die Streitfrage in rechtlichem Sinn gab es schon lange, den Begriff der Pornographie und die pornographischen Bücher ebenfalls, auch den Wortlaut des Ersten Amendments. Die gesellschaftlichen Maßstäbe haben sich indessen irgendwie verändert. Die viktorianische Moral verlor an Boden, die Pornographie erwies sich als einträglich; einige Leute verlangten Legitimation. Der Druck führte zu Aktion und Reaktion, ohne welche dieses Pornographierecht nie zustande gekommen wäre. Was für die Pornographie gilt, gilt wahrscheinlich auch für alle anderen rechtlichen Entwicklungen. Es wäre zweifellos möglich, ein Buch über die Rechtsgeschichte zu schreiben, in welchem rechtliche Institute keine Rolle spielten. Ein solches Buch würde Prozeßparteien, gesellschaftliche Bewegungen und pressure groups und nicht Richter und Gerichte behandeln. Diese Betrachtungsweise mag für manche seltsam oder sogar lächerlich erscheinen. Dennoch könnte sie ein wahreres Bild des Rechts aufzeichnen als die zahlreichen Bücher, die auslassen, was in diesem Buch behandelt würde.

Die Rechtslehre hat die outputs des Rechtssystems nicht so sehr vernachlässigt wie die inputs. Regeln und Entscheide sind outputs, die im größten Teil der Rechtsliteratur behandelt werden. Die dritte Erscheinung indessen, nämlich die Wirkung des outputs auf die Außenwelt, wird gemeinhin übersehen, vorausgesetzt oder nicht beachtet. Die wachsende Literatur über das Verhältnis zwischen Recht und Gesellschaft versucht, diese Lücke auszufüllen. Der größte Teil dieses

⁴ 354 U.S. 476 (1957). Das Urteil hielt im wesentlichen fest, daß die Pornographie keinen verfassungsrechtlichen Schutz genieße, ein Gegenstand aber erst dann als pornographisch gelte, wenn er „gänzlich ohne ausgleichenden sozialen Wert“ sei.