

KRAKAUER–AUGSBURGER RECHTSSTUDIEN

NORMSCHAFFUNG

KRAKAUER–AUGSBURGER RECHTSSTUDIEN

NORMSCHAFFUNG

Herausgegeben von Jerzy Stelmach, Reiner Schmidt,
Phillip Hellwege und Marta Soniewicka

Zamów książkę w księgarni internetowej

proinfo.pl
księgarnia internetowa



Wolters Kluwer

Warszawa 2017

Publiziert in Zusammenarbeit mit:
Uniwersytet Jagielloński, Wydział Prawa i Administracji
Universität Augsburg, Juristische Fakultät

Rezensent:

Prof. dr hab. Bartosz Brożek

© Copyright by Wolters Kluwer Polska SA 2017

ISBN 978-83-8107-274-8

Wolters Kluwer Polska SA

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. +48 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

www.profinfo.pl

INHALTVERZEICHNIS

EINFÜHRUNG	7
Christoph Becker Systematische Anlage von Zivilgesetzbüchern	13
Wojciech Dajczak Rechtserfahrung als Quelle von Normen? – Eine Studie zur Unklarheitenregel.....	39
Phillip Hellwege Die historischen Wurzeln des Verbots der Kinderarbeit in Deutschland.....	57
Gregor Kirchhof Krisen normativer Ordnungen – Folgerungen für die Normschaffung	77
Fryderyk Zoll Die Normung im Bereich der Dienstleistungen als Zeichen des Versagens moderner Gesetzgeber? Auf dem Weg in ein modernes Mittelalter.....	89
Jerzy Pisuliński Das neue Zivilgesetzbuch – eine Herausforderung für den Gesetzgeber.....	99
Eike Michael Frenzel Gesetzgebungskompetenz und Gesetzesfolgenabschätzung: Zur Verantwortung bei der Normschöpfung	111
Dorota Miler Die Bedeutung empirischer Daten bei der Normschaffung am Beispiel aktueller Erbrechtsreformen in Deutschland und Polen	135
Raphael Koch Normschaffung und AGB – AGB als Normersatz?.....	149

Johannes Kaspar

Der Einfluss privater Akteure auf die Reichweite
strafrechtlicher Normen.....161

Thomas M.J. Möllers

Normschaffung und Normdurchsetzung im europäischen
Kapitalmarktrecht175

Stefan Lorenzmeier

Konsensuale versus gemeinschaftliche Normsetzung
und Normbindung im Völkerrecht.....195

Wojciech Załuski

Hayek's Critique of Legislation213

Katarzyna Eliaz

The Relevance of the Arendtian Critique of the 'Social Realm'
for the Question of the Limits of Legislation235

Wojciech Cyrul

Some Problems Concerning the Automatic Consolidation
of Legal Texts in Poland249

Marta Soniewicka

The Origins of the Normative Concept of Human Dignity
and Its Legal Applications.....263

Łukasz Kurek

Implicit Bias, Legal Ecology and Reason-Responsiveness283

AUTORENVERZEICHNIS.....299

EINFÜHRUNG

Der vorliegende, achte Band der Krakauer-Augsburger Rechtsstudien ist ein Ergebnis der langjährigen Zusammenarbeit und Freundschaft zwischen den juristischen Fakultäten der Universität Augsburg und der Jagiellonen-Universität Krakau. Er ist der im weiten Sinne verstandenen Problematik der juristischen Normsetzung gewidmet. Die Beiträge betrachten dieses Generalthema sowohl aus historischer und dogmatischer Perspektive als auch aus theoretisch-philosophischer Sicht. Phillip Hellwege und Marta Soniewicka, die das ganze Unterfangen mitorganisiert haben, sind bereits fest dem Redaktionsgremium beigetreten.

Rechtshistorisch sind die Beiträge von Christoph Becker, Wojciech Dajczak und Phillip Hellwege. Christoph Becker stellt die systematische Anlage von Zivilrechtskodifikationen vor. Er zeigt, wie sich die Systematik zahlreicher Gesetzbücher auf die von Gaius entworfene Ordnung in Personen, Sachen und Handlungen zurückführen lässt. Das galianische System wurde in vielen Rechten im 18. und 19. Jahrhundert rezipiert und hielt sich bis ins 20. und 21. Jahrhundert. Jedoch bedarf das europäische Recht nach Sicht des Autors einer neuen Systematik, die seiner Spezifik entspricht. Wojciech Dajczak konzentriert sich in seinem Beitrag auf die Frage nach dem Einfluss des Gerichtsverfahrens auf die Entstehung von Rechtsnormen. Er greift auf das römische Recht zurück und erörtert die Problematik der Anwendung allgemeiner Regeln zur Lösung konkreter Fälle. In der vom konkreten Fall ausgehenden Verallgemeinerung sieht der Autor eine Grundlage für systematisches Denken bei der Setzung und Anwendung von Normen und betrachtet dies sowohl aus historischer als auch rechtsphilosophischer Perspektive. Diesen Problemkreis greifen auch die letzten fünf Texte des Bandes wieder auf. Phillip Hellwege beleuchtet in seinem Beitrag die historischen Wurzeln des Verbots der Kinderarbeit in Deutschland. Er zeigt auf, dass die deutsche Gesetzgebung hinsichtlich dieses Verbots – entgegen der Annahme der meisten Forscher – weiter in die Vergangenheit zurückreicht als nur bis zum preußischen Regulativ von 1839 zum Schutz der jugendlichen Fabrikarbeiter. Hellwege legt dar, dass sich das Arbeitsverbot für Minderjährige aus den Regeln zur allgemeinen Schulpflicht im 18. Jahrhundert herleiten lässt.

An die historischen Ausführungen schließen Beiträge zur Rechtsdogmatik an, darunter Texte von Gregor Kirchhof, Fryderyk Zoll, Jerzy

Pisuliński, Eike Michael Frenzel, Dorota Miler, Raphael Koch, Johannes Kaspar, Thomas M.J. Möllers und Stefan Lorenzmeier. Gregor Kirchhof erörtert das Problem der momentanen Krise normativer Ordnungen und denkt über ihre Folgen für die nationale und europäische Normsetzung nach. Die Wirtschaftskrise in der Euro-Zone hat zu einer Verletzung des europäischen Rechts geführt, um so die Stabilität des Euro zu garantieren. Nach Ansicht des Autors hat Rechtsverletzung zum Zweck eines Auswegs aus der Krise lediglich eine Vertiefung dieser Krise zur Folge. Nur durch Setzung eindeutiger, hinreichend begründeter Rechtsnormen und Achtung des Rechts kann das Vertrauen in den Rechtsstaat wiederhergestellt werden, was wiederum bei der Bekämpfung von Krisensituationen behilflich sein kann. Fryderyk Zoll analysiert das Problem der Normierung von Dienstleistungen als Zeichen der Unzuverlässigkeit des Gesetzgebers. Der Untertitel seines Beitrags lautet: „Auf dem Weg in ein modernes Mittelalter“, was wohl eine Rückkehr zum Rechtspluralismus bedeutet, wo der Staat kein Gewaltmonopol mehr besitzt und diejenigen, die das Recht nicht einhalten, aus der Gemeinschaft ausgeschlossen werden. Überraschenderweise kehrt dieses Thema in den modernen, technologiegestützten Gesellschaften wieder, in denen Onlinenutzer aus bestimmten Distributionskanälen (z.B. Internetplattformen) ausgeschlossen werden können, falls sie deren Regeln missachten. Jerzy Pisuliński bespricht in seinem Text die Herausforderungen bei den Arbeiten am neuen polnischen Zivilgesetzbuch, die 2019 abgeschlossen sein sollen. Er stellt den Verlauf des Gesetzgebungsprozesses vor und denkt über Schritte nach, die nach der Verabschiedung des neuen Gesetzbuches ergriffen werden müssen, um die mit der Änderung einhergehende Unsicherheit zu minimieren. Eike Michael Frenzel behandelt die Gesetzgebungskompetenz und die Gesetzesfolgenabschätzung als Verantwortung bei der Normsetzung. Die Gesetzgebungskompetenz ist eine Voraussetzung der Gesetzgebung, die Gesetzesfolgenabschätzung ein Instrument der Gesetzgebung. Der Autor stellt die These auf, dass die Gesetzgebungskompetenz im weiten Sinne zu verstehen ist, die Gesetzesfolgenabschätzung hingegen eine dienstbare Rolle gegenüber dieser Kompetenz spielt. Dorota Miler behandelt die Bedeutung empirischer Daten bei der Normsetzung am Beispiel der von ihr untersuchten aktuellen Reformen des Erbrechts in Deutschland und Polen. Sie entwickelt dabei die These, dass auf der Grundlage der bisherigen Entwicklungen weitere Reformen im Erbrecht in Deutschland vorhersehbarer sein werden als die in Polen.

Raphael Koch beschäftigt sich mit der Frage der Normsetzung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB). Er beleuchtet anhand einzelner Beispiele, inwieweit AGB (Rechts-)Normen ersetzen. Johannes Kaspar stellt den Einfluss privater (im Sinne nicht-staatlicher) Akteure auf strafrechtliche Normen dar. Im Strafrecht kann ausschließlich der Gesetzgeber formal und direkt Rechtsnormen schaffen. Private Akteure beeinflussen allerdings den Umfang der Rechtsnormen im Bereich der Rechtsanwendung, was jedoch auch zum im weiten Sinne verstandenen Thema der Normsetzung passt. Auch im Strafrecht existiert nämlich eine Arbeitsteilung zwischen dem Gesetzgeber und dem Gesetzanwender, wie beispielsweise dem Gericht, das über die materielle Strafbarkeit entscheidet. Thomas M.J. Möllers analysiert die Frage der Setzung und Durchsetzung von Normen im europäischen Kapitalmarktrecht, wo der europäische Gesetzgeber weiterhin sehr aktiv ist und zahlreiche Richtlinien erlässt. Diese erfordern eine Implementierung. Das Problem der Angleichung und Vereinheitlichung des Rechts einerseits und der Konkurrenzfähigkeit einzelstaatlicher Rechtsordnungen andererseits erfordert eine dogmatische Vertiefung. Der europäische Gesetzgeber sollte dem Autor zufolge jeweils verdeutlichen, wann die Richtlinien eine völlige Angleichung verlangen und wann eine Teilangleichung des Rechts ausreichend ist. Stefan Lorenzmeier untersucht die Unterschiede zwischen konsensualer und gemeinschaftlicher Normsetzung und Normbindung im Völkerrecht. Er stellt die Frage nach der Normsetzung und -durchsetzung im internationalen Recht. Er nimmt dabei an, dass das Völkerrecht ausschließlich als Recht zu begreifen ist und nicht nur als eine Art von Politik, welche die Rechtsträger darauf hinweist, welche Rechtsnormen zu schaffen sind. Der Autor geht auch der Frage nach der Legitimierung des Völkerrechts und materieller Einschränkungen der Geltung des Völkerrechts nach.

Den Abschluss des Bandes bilden Beiträge, die das Generalthema aus theoretisch-philosophischer Perspektive beleuchten, darunter die Texte von Wojciech Załuski, Katarzyna Eliaasz, Wojciech Cyrul, Marta Soniewicka und Łukasz Kurek. Ersterer thematisiert die von Friedrich Hayek formulierten Vorwürfe gegenüber dem Rechtsetzungsverfahren und dem Prozess der Rechtschaffung. Nach Ansicht des Autors stellt Hayeks Kritik nach wie vor die raffinierteste und tiefgründigste Kritik der Gesetzgebung in demokratischen Ländern dar. Katarzyna Eliaasz bespricht die Relevanz der Kritik von Hannah Arendts Idee des *social realm* für die Gesetzgebung. Sie rekonstruiert den Begriff der Politik

bei Arendt sowie den Begriff „gesellschaftlich“, um zu zeigen, dass die amerikanische Philosophin behauptet hat, dass ökonomische Ansprüche weder Motivation noch Zweck der politischen Tätigkeit darstellen dürfen. Auf der Grundlage der Schriften von Hannah Arendt rekonstruiert die Autorin deren Haltung hinsichtlich des Problems der Gesetzgebung, die eines der Beispiele für politische Tätigkeit ist, und unterzieht manche Elemente ihrer Theorie einer Kritik. Wojciech Cyrul präsentiert in seinem Beitrag Probleme, die eine automatische Konsolidierung juristischer Texte in Polen betreffen. Die informatischen Werkzeuge zur Konsolidierung juristischer Texte wurden als Hilfe für den Gesetzgeber entwickelt als Reaktion auf das Problem des Zugangs zum Recht für seine Nutzer bei wachsender normbildender Aktivität. Die Regelungen bezüglich der Veröffentlichung und Konsolidierung juristischer Texte haben einen gesetzlichen Status und erlegen dem Gesetzgeber bestimmte Forderungen auf. Der Autor behauptet, dass allein schon die Konstruktion informatischer Systeme, die der Automatisierung des juristischen Textes dienen, eine Lösung der informatischen Krise im Rechtsbereich darstellt. Die traditionellen Zugangsweisen zu juristischen Informationen entsprechen nicht dem sich rasch verändernden und ständig wachsenden Recht, was die Annahme bestimmter informatischer Innovationen erfordert. Diese wiederum bedürfen der Annahme auf dem Weg der Regelungen entsprechender Anforderungen, welche die Sicherheit und Glaubwürdigkeit des automatisierten juristischen Textes gewährleisten. Marta Soniewicka untersucht die Frage der Herkunft des Begriffs der Menschenwürde, seiner Interpretation und Anwendung im Recht. Die Überlegungen der Verfasserin beginnen mit dem Verweis auf sprachliche Intuitionen bei der Verwendung des Begriffs „Würde“ gegenüber dem Menschen. Die Autorin macht auf die philosophischen und rechtlich-politischen Wurzeln des gegenwärtigen Begriffs der Menschenwürde aufmerksam, was für seine Interpretation und Anwendung in konkreten rechtlichen Kontexten von Bedeutung ist. Sie weist auch auf die mit der Verwendung dieses Begriffs in der Bioethik verbundenen Kontroversen (insbesondere hinsichtlich des Beginns und des Endes des Lebens) hin. Lukasz Kurek spricht den Einfluss angeborener menschlicher Vorurteile auf den Entscheidungsprozess und das Verhalten an, was eine Herausforderung für den Gesetzgeber auf solchen Gebieten wie der Schaffung von Regelungen zur Bekämpfung von Diskriminierung darstellt. Mit dem Fortschritt in den kognitiven Wissenschaften ist unser Wissen über die implizite Informationsverarbeitung gestiegen, die sich

im „intuitiven“ Modus der Hirntätigkeit offenbart, der einen vergleichsweise schnellen, automatischen und unbewussten Charakter aufweist. Aus diesen Gründen ist dieser Prozess introspektiv unzugänglich, kann aber mithilfe heutiger wissenschaftlicher Instrumente erforscht werden. Die moderne Forschung über angeborene und unbewusste menschliche Vorurteile ist eine Herausforderung für den Gesetzgeber, birgt aber auch die Hoffnung, mithilfe von ihnen ein besseres und wirksameres Recht zu schaffen in Anlehnung an das bereitstehende empirische Wissen über das menschliche Verhalten und das Treffen von Entscheidungen. Aufgabe des Gesetzgebers ist also die Schaffung solcher Normen, die den Einfluss angeborener Vorurteile auf das menschliche Verhalten effizient minimieren.

Krakau–Augsburg, den 30. November 2016

*Jerzy Stelmach, Reiner Schmidt,
Phillip Hellwege, Marta Soniewicka*

CHRISTOPH BECKER

SYSTEMATISCHE ANLAGE VON ZIVILGESETZBÜCHERN

Die Krakau-Augsburger Symposien stellen rechtswissenschaftliche Fragen zur vergleichenden Diskussion aus den Blickwinkeln des deutschen und des polnischen Rechts im Zusammenhang der europäischen Entwicklung. Eine Erfahrung der Symposien kehrt zuverlässig immer wieder: Zu jedem in Vortrag und Aussprache behandelten Thema entsteht in kürzester Zeit ein gemeinsames Grundverständnis der Teilnehmer. Das liegt nicht allein an der oft langjährigen persönlichen Vertrautheit der Beteiligten, sondern hat auch eine wesentliche Ursache in dem Gegenstand der gemeinsamen Arbeit. Diese Ursache besteht in der Tradition, Recht als ein systematisches Denkgebäude zu pflegen. Staatsgrenzen sind dafür ohne Bedeutung. Die auf dem gegenwärtigen 9. Symposium bereits ausgetauschten Gedanken beschäftigten sich vielfältig mit systematischen Fragen, und die Kritik an Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung oder an Sichtweisen in der Rechtswissenschaft ging stets von der Frage aus, ob eine bestimmte Festlegung durch ihren Grad an Systemverträglichkeit zu überzeugen vermochte.

Mit den nachfolgenden Gedanken möchte ich die Damen und Herren Teilnehmer als meine Studenten ansprechen. Die Überlegungen stellen gewissermaßen eine Kurzfassung meiner Augsburger Vorlesung *Historische Grundlagen der Europäischen Rechtsordnungen* dar. Diese Vorlesung findet stets im Wintersemester statt und stellt vorgerückten Studenten das Phänomen der Kodifikation in historischer Vergleichung vor.¹

¹ Eine etwas breitere Darstellung findet sich als: C. B e c k e r, Systembildung in Europas Kodifikationen, in: M. A r m g a r d t / T. R e p g e n (Hrsg.), Naturrecht in Antike und früher Neuzeit. Symposium aus Anlass des 75. Geburtstages von Klaus Luig, 2014, S. 17–59. Über die Kodifikationsgeschichte Europas lies auch S. H ä h n c h e n, Rechtsgeschichte, 4. Aufl., 2012, § 8.IV und V, § 14.III; G. H a m z a, Entstehung und Entwicklung der modernen Privatrechtsordnungen und die römischrechtliche Tradition, 2009, III. Teil; S. M e d e r, Rechtsgeschichte, 5. Aufl., 2014, Kapitel 13, 16; H. S c h l o s s e r, Neuere Europäische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 2014, Kapitel 10, 12, 14; P. S t e i n, Römisches Recht und Europa, aus dem Englischen von K. L u i g, 1996, S. 169 ff.; F. W i e a c k e r, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, §§ 15 bis 19, 24 bis 26.

A. GESCHRIEBENE WORTE BLEIBEN STEHEN UND BLEIBEN NICHT STEHEN

Seit Jahrtausenden erleben Menschen Recht zwar nicht ausschließlich, aber zu einem sehr gewichtigen Teil als aufgeschriebene Regeln. Das in Gesetzen, Urteilen und Verwaltungsbescheiden niedergeschriebene Wort hat Beständigkeit im Sinne perpetuierter Existenz. Es bleibt sichtbar, obwohl die Zeit voranschreitet, die jeweils persönliche Erinnerung der Menschen sich verflüchtigt und eines Tages die Regelung vielleicht sogar aufgehoben wird. Zugleich ist das geschriebene Wort sehr beweglich. Es kann an andere Orte gelangen und hat dabei eine sehr viel größere Chance genauer Wiedergabe als das nur mündlich weitergegebene Wort. Das geschriebene Wort ist also im räumlichen Sinne mobil. Es bleibt nicht am Ort der Niederschrift stehen, sondern vermag unter guten Kommunikationsbedingungen ein Geltungsgebiet gleichmäßig zu durchdringen und sogar über das Geltungsgebiet hinaus wahrgenommen zu werden.

Besonders das geordnet aufgezeichnete Wort eignet sich zur Überlieferung. Regeln, welche ohne erkennbare Prinzipien aneinandergereiht sind, haben schlechtere Aussichten, dauerhaft bewusst zu bleiben, als Regeln, welche in einer Struktur erscheinen, die ein späterer Leser an einem anderen Ort auch ohne lange Erfahrung im Umgang mit dem Regelwerk zu entschlüsseln vermag. Die Fähigkeit zur Entschlüsselung eines geordneten Rechtstextes wiederum bezieht der Leser aus seiner Allgemeinbildung und Denkschulung. Diese Bildung ist ihrerseits ein Zeit und Raum übergreifendes Kulturgut. Die in der Antike geformten „freien Künste“ (*artes liberales*), die die Mußestunden eines freien Mannes zierenden Wissenschaften im Gegensatz zu dem auf Broterwerb gerichteten Fachwissen, prägen das Denken der Menschen bis in die Gegenwart und werden es auch künftig tun. Die Regeln der freien Künste zu Wissensaufbau und Wissensvermittlung beherrschen die sprachliche Ausdrückbarkeit und Rezipierbarkeit von Rechtsregeln.

Ein schönes Beispiel für die Erinnerbarkeit der aufgeschriebenen Rechtsregel bietet das Zeugnis Ciceros. Er berichtet davon, dass in seiner Kindheit die Schulkinder die Zwölftafeln auswendig lernten.² Die aus der Mitte des fünften vorchristlichen Jahrhunderts stammenden Regeln

² M.T. Cicero, De legibus, 2,8, 2,9, 2,59; Ausgabe in: Cicero, De Legibus. Paradoxa Stoicorum. Über die Gesetze. Stoische Paradoxien. Lateinisch und deutsch. Herausgegeben, übersetzt und erläutert von R. Nickel, 3. Auflage, 2004, S. 6 ff.

standen damals noch aufgezeichnet zur Verfügung, obgleich sie durch die Rechtsentwicklung in vielerlei Hinsicht obsolet waren. Es hatte neue Gesetze gegeben, die Prätores hatten neue Klagen zugelassen, Senatsbeschlüsse gaben den Magistraten nachdrückliche Empfehlungen und schufen so mittelbar ebenfalls neues Recht. Die Zwölf tafeln waren also – wenngleich nie insgesamt durch einen Rechtsakt aufgehoben – schon zu Zeiten Ciceros ganz überwiegend nur noch Antiquität. Und doch stellten sie ein zentrales Monument im Selbstverständnis der römischen Gesellschaft (oder zumindest ihrer gebildeten Teile) dar. Permanenz des geschriebenen Rechtssatzes bringt also nicht notwendig ununterbrochene Geltung mit sich, wohl jedoch ununterbrochene Auffindbarkeit.

B. PERMANENZ DES GAIUS-SCHEMAS

Die Konservierung insbesondere der in einer Struktur geschriebenen Rechtssätze über Zeit und Raum hinweg lässt sich am deutlichsten an dem Gaius-Schema erfahren. Die Ordnung, welche der römische Autor Gaius in der Mitte des zweiten Jahrhunderts nach Christi Geburt seinem Anfängerlehrbuch *Institutiones*³ für das juristische Studium gab, wurde das wichtigste Muster für die Anlage von Gesetzbüchern. Gaius führte vor, wie Recht sich zu einem Sprachwerk formen lässt. Er erfüllt die zwei Jahrhunderte zuvor von Cicero formulierte Vision, Recht als Kunst neu zu gestalten – *ius in artem redigi*.⁴

Das Aufbauprinzip der gaianischen Institutionen lautete, nach einigen Sätzen über das Recht überhaupt und seine Quellen⁵ die Rechtsteilnehmer (*personae*) vorzustellen, dann die Rechtsgegenstände (*res*) und schließlich die Klagen (*actiones*). Denn alle Rechtssätze behandeln Personen, die um irgendeines Gegenstandes willen miteinander in einer Beziehung stehen, welche potentiell gerichtlich geklärt werden

³ Ausgaben: M. David (Hrsg.), *Gai institutiones secundum codicis veronensis apographum studemundianum et reliquias in Aegypto repertas*. Editio minor, 1964; Gaius, *Institutiones*. Die Institutionen des Gaius, Herausgegeben, übersetzt und kommentiert von U. Manthe, 2. Aufl., 2010.

⁴ Siehe M.T. Cicero, *De oratore* 1.185 f.; Ausgabe: A.S. Wilkins (Hrsg.), *M. Tulli Ciceronis rhetorica*, Tomus I, *Libros de oratore tres continens*, 1961. Siehe auch M. Herberger, *Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz*, 1981, S. 46 ff.

⁵ Gaius, *Institutiones* 1.1–1.7.

Preis: 59 zł

ISBN 978-83-8107-274-8



9 788381 107274 8



9 788381 107274 8 W01P01