

II. Theoretische Einbettung der Arbeit, Methode und Herangehensweise

A. Empirical Legal Research

Empirische Rechtswissenschaft beschäftigt sich mit dem systematischen Sammeln von Daten zur näheren Beschreibung von juristischen und gesellschaftlichen Phänomenen. Das Datenmaterial kann dabei sowohl über qualitative wie auch quantitative Wege generiert werden.³ Dabei handelt es sich um kein neues Phänomen. Vielmehr gilt es zu beachten, dass auch die Rechtswissenschaft im engen Sinne eine empirische Wissenschaft ist.⁴ Aber auch die Verbindung empirischer Sozial- und Wirtschaftswissenschaft mit Rechtswissenschaft ist im internationalen Kontext mittlerweile üblich.⁵

Die österreichische Rechtswissenschaft ist historisch von der Lehre *Hans Kelsens*, seiner Entwicklung der „Reinen Rechtslehre“ sowie von einem rechtspositivistischen Ansatz geprägt. Dies lässt einem empirischen Forschungszugang nur wenig Spielraum. Juristische Fragestellungen werden auch gegenwärtig primär rechtsdogmatisch bearbeitet. Die Rechtsdogmatik untersucht rechtliche Fragestellungen systematisch-begrifflich auf Basis der geltenden Rechtslage. Sie erhebt den Anspruch, objektiv zu sein, und wird zumeist als Konterpart einer rechtspolitischen Argumentation⁶ gesehen. Eine rechtsdogmatische Betrachtung ermöglicht das systematische Durchdringen von Rechtsfragen und kann notwendige Grundlage empirischer Überlegungen sein.

³ *Kritzner*, The (Nearly) Forgotten Early Empirical Legal Research, in *Cane/Kritzner*, The Oxford Handbook of Empirical Legal Research (2010), 883.

⁴ Vgl *Epstein/King*, The rules of inference, The University of Chicago Law Review, Vol. 69, 1, 2002, 1-133.

⁵ Vgl die Beiträge in *Cane/Kritzner*, The Oxford Handbook of Empirical Legal Research (2010).

⁶ Vgl *I. Rößl*, Die Rechtspolitik-Keule, vor.satz, juridikum 2013, 401.

Eine Ausnahme eines primär rechtsdogmatisch geprägten Zugangs ist traditionell das Fach der Kriminologie; der Austausch verschiedener Disziplinen wie Psychologie, Soziologie und Rechtswissenschaft führte dort zu einer „natürlichen“ Erweiterung des methodischen Ansatzes.⁷ Die Arbeit mit qualitativen und quantitativen Daten ist in der Kriminologie eine der wesentlichen Herangehensweisen zur Erforschung von gesellschaftlichen Phänomenen, wie zum Beispiel den Ursachen von Jugendkriminalität, und wird in weiterer Folge auch zur Erarbeitung geeigneter rechtlicher Rahmenbedingungen herangezogen.

Im Gegensatz zur österreichischen Tradition wird im angloamerikanischen Raum der *Empirical Legal Research*, also dem empirischen Zugang in der Rechtswissenschaft, ein großer Stellenwert zugemessen. Sie ist daher meist selbstverständlicher Bestandteil in der juristischen Ausbildung.⁸ Für Großbritannien konstatiert der sog *Nuffield Report*⁹ aus dem Jahr 2006, dass die Law Schools aus historischen Gründen von einer stark theoretischen und textbasierten Lehre dominiert werden; dies sei ein Grund, warum die empirische Forschung in Großbritannien im Vergleich zu den USA in den Curricula unterrepräsentiert ist. Teilweise bestehen in den Rechtswissenschaften immer noch Vorbehalte gegenüber einem sozialwissenschaftlichen Forschungszugang zur Bearbeitung juristischer Problemstellungen.¹⁰

Die ersten großen empirischen Untersuchungen im rechtswissenschaftlichen Bereich gehen auf die 1920er und 1930er Jahre zurück und fanden fast ausschließlich in den USA statt. Themen dieser Untersuchungen sind etwa die Entscheidungsfindung von Berufungsgerichten, Scheidungs- und Schuldrecht und Geschworenengerichte.¹¹

*Kritzner*¹² nennt drei Gründe, warum zu Beginn des 20. Jahrhunderts die empirische Forschung einen Aufschwung erlebte: Erstens standen immer mehr Informationen als notwendige Grundlage für empirisches Arbeiten zur Verfügung. Zweitens kam es zu einer verstärkten Auseinandersetzung mit sozialen Fragestellungen; drittens schließlich erwachte das

⁷ Vgl auch die Tätigkeit des in Wien beheimateten Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie (IRKS).

⁸ Vgl *Bradney*, *The Place of Empirical Legal Research in the Law School Curriculum*, in *Cane/Kritzner* (2010), 1025–1043.

⁹ *Genn/Partington/Wheeler*, *Law in the real world: Improving our understanding of how law works: Final Report and Recommendations* (2006).

¹⁰ Vgl *Genn/Partington/Wheeler* (2006), 29; *Cane/Kritzner*, *Introduction*, in *Cane/Kritzner* (2010), 3.

¹¹ Vgl *Kritzner* (2010), 876.

¹² *Kritzner* (2010), 877.

Interesse von akademischen Institutionen, sich über diesen neuen Forschungszugang von den Mitbewerbern abzuheben. Die Einrichtung von eigenen empirischen Forschungseinrichtungen an der Yale, Johns Hopkins und Wisconsin Universität trugen zu einer zusätzlichen Verankerung des neuen Forschungszugangs bei. Obwohl eine Basisfinanzierung durch die jeweilige Universität gewährleistet war, trug die Einwerbung von Drittmittel zu einer weiteren Etablierung des neuen Forschungsstrangs bei.¹³ Immer wieder wurden Forschungsprojekte von der Praxis an die Wissenschaft (etwa von Sozialarbeiter_innen an den Bereich der Kriminologie) herangetragen; praktische gesellschaftliche Fragestellungen sollten mithilfe (rechts-)wissenschaftlicher Methoden gelöst werden.¹⁴

In den frühen Jahren der empirischen Rechtswissenschaft wurde vergleichsweise wenig interdisziplinär gearbeitet: Eine Zusammenarbeit fand vor allem mit Soziolog_innen statt, die ein breites Wissen über quantitative und qualitative Methoden mitbrachten und so maßgeblich zur Entwicklung von statistischen Modellen beitrugen.¹⁵ Die Anwendung quantitativer Methoden war in 1920er und 1930er Jahren aufgrund des Fehlens von Computerprogrammen sehr kosten- und vor allem auch zeitintensiv. Für die Rechtswissenschaftler_innen war das Erlernen der „neuen“ Forschungsmethoden folglich mit viel Aufwand verbunden. *Kritzner* formuliert den dadurch entstandenen Zwiespalt einiger Jurist_innen wie folgt: „*they probably discovered that the work was a lot more tedious and time consuming than the traditional legal scholarship that most had previously undertaken (and which was probably adequate to secure and maintain their academic positions).*“¹⁶

Zwischen 1935 und 1950 kam es schließlich zu einem Stillstand in der empirischen Rechtswissenschaft. *Kritzner* macht dafür insb die fehlenden technologischen Voraussetzungen und schwierigen Rahmenbedingungen verantwortlich.¹⁷ Die Weltwirtschaftskrise 1929 und der Zweite Weltkrieg wirkten sich zusätzlich hemmend auf die Forschungsleistungen aus.

Ab den 1950er Jahren erlebt die *Empirical Legal Research* einen neuen Aufschwung; es entstehen wichtige Studien wie „*The American Jury*“ von

¹³ *Kritzner* (2010), 880 f.

¹⁴ *Kritzner* (2010), 883.

¹⁵ *Kritzner* (2010), 884. Das anfänglich geringere Wissen über die Auswahl eines geeigneten Samples führte damals etwa zu enorm großen Stichproben. Dies hatte wiederum sehr hohe Erhebungskosten zur Folge. *Kritzner* (2010), 895.

¹⁶ *Kritzner* (2010), 896.

¹⁷ *Kritzner* (2010), 895.

Harry Kalven und *Hans Zeisel*.¹⁸ 1964 wurde die *Law and Society Association* ins Leben gerufen, 1967 erschien schließlich die „*Law & Society Review*“. Der intensivierte Austausch zwischen Sozial- und Rechtswissenschaftler_innen trug maßgeblich zur Weiterentwicklung der *Empirical Legal Research* bei. 1972 wurde in Oxford das „*Centre for Socio-Legal Studies*“ gegründet, das maßgeblich am interdisziplinären Austausch beteiligt war und auch heute noch eine wichtige Rolle spielt.¹⁹

Neben der rasanten technologischen Entwicklung (wie Computer, Statistikprogrammen, Rechtsdatenbanken, Internet) kann der intensive und auch institutionalisierte Austausch zwischen den Disziplinen der Sozial- und Rechtswissenschaft daher als Erfolgsrezept der US-amerikanischen *Empirical Legal Research* ausgemacht werden.

Heute gibt es drei große Stränge in der (US-amerikanischen) empirischen Rechtswissenschaft: (1) *socio-legal/law and society*, mit starken Wurzeln in der Soziologie, (2) *law and economics*, mit einer vor allem quantitativen Ausrichtung der Datenanalyse, und (3) *judicial behavior/politics*, mit einem Fokus auf die Entscheidungsprozesse und Abläufe bei Gerichtsverfahren.

In Österreich hat sich die empirische Rechtswissenschaft im Vergleich anders – und insgesamt gesehen deutlich weniger stark – entwickelt. Dies lässt sich vor allem mit der kontinentaleuropäischen Rechtstradition kodifizierten Rechts (*civil law*) erklären. Das *common law* des anglo-amerikanischen Rechtsraums zeichnet sich im Gegensatz dazu durch die Anwendung von *case law* aus, wobei die Analyse von Datenmaterial und Interpretation ständiger Bestandteil der juristischen Arbeit ist. Dies führt dazu, dass „*the common-law, English-Speaking world has so far produced much more empirical legal research than the civil law world; and within the common law world, much more empirical research has been produced in the United States than anywhere else.*“²⁰

In Österreich gilt *Eugen Ehrlich* als der Begründer der sog *Rechtstatsachenforschung*. Er verstand seine theoretischen und methodischen Überlegungen als Kritik an *Kelsens* „Reiner Rechtslehre“ und grenzte sei-

¹⁸ Vgl *Kalven/Ziesel*, *The American Jury*, 1966. Die Studie beschäftigt sich mit den unterschiedlichen Entscheidungsmechanismen zwischen Richter_innen und Geschworenen. Sie gilt als eine der wichtigsten Studien im Bereich der Geschworenengerichtsbarkeit und wurde mehrfach repliziert. Vgl etwa *Gastwirth/Sinclair*, *A re-examination of the 1966 Kalven-Ziesel study of judge-jury agreements and disagreements and their causes*, *Journal of Law, Probability and Risk* (2004) 3, 169–191.

¹⁹ *Kritzner* (2010), 897.

²⁰ *Canel/Kritzner* (2010), 5.

nen Ansatz auch bewusst vom Rechtspositivismus ab. Dies mündete schließlich in einer viel beachteten Kontroverse zwischen *Ehrlich* und *Kelsen*.²¹ Die Vertreter_innen der Rechtstatsachenforschung und auch der Rechtssoziologie verstehen Recht als soziales Konstrukt; sie stehen daher einem empirischen Zugang viel näher als Vertreter_innen des Rechtspositivismus. Recht stellt für sie keine statische normative Größe dar, sondern sie betrachten es als einen grundsätzlich gestaltbaren Gegenstand.

Der Beginn der empirischen Rechtswissenschaft liegt in Österreich viele Jahre zurück; die oftmals empirisch arbeitende Rechtstatsachenforschung hat ihren Beginn zu Anfang des 20. Jahrhunderts.²² Trotzdem steht die Forschung in einzelnen Rechtsgebieten (wie etwa auch dem Gesellschaftsrecht) noch am Beginn. Das immer stärkere Ineinandergreifen der verschiedenen rechtlichen Disziplinen sowie vor allem die im Wirtschaftsrecht – zumeist aus rechtspolitischen Anlässen – neu geschaffenen Regelungen (wie etwa das Lobbying- und Interessenvertretungs-Transparenz-Gesetz/LobbyG²³) unterstreichen die Notwendigkeit einer interdisziplinären Betrachtungsweise sowie der Anwendung empirischer Methoden. Dadurch soll ein besseres Verständnis gesellschaftlicher Phänomene erlangt werden, was insb im Vorfeld der Gestaltung neuer gesetzlicher Regelungen hilfreich sein kann.

Die Freien Berufe (*Liberal Professions*²⁴) sind aus mehreren Gründen ein ergiebiges Feld für empirische Forschung. Gegenstand bisheriger Untersuchungen in diesem Bereich sind vor allem Selbstverwaltung (*Self-regulation*), Marktzugang (*Market closure*) sowie Qualität der angebotenen Dienstleistung (*Quality*) und bestehende Berufsausübungsbeschränkungen (*Professional boundaries*).²⁵

Von besonderer Bedeutung ist, dass die freiberufliche Tätigkeit immer wieder ins Spannungsfeld von Öffentlichem und Privatem Recht gerät, was in vielen Punkten zu Kontroversen und Fragen führt.²⁶ Mit der starken

²¹ Vgl Text von *Barta*, abzurufen unter www.uibk.ac.at/rtf/#Recht (3.12.2013): ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialpolitik) 1915, 839 (*Kelsen*); ARSP 1916, 844 (*Ehrlich*); ARSP 1916, 850 (*Kelsen-Replik*); ARSP 1916/17, 609 (*Ehrlich-Duplik*) und ARSP 1916/17, 611 (*Kelsen-Schlusswort*).

²² Als Grundlagenwerk gilt das 1913 erschienene „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ von *Eugen Ehrlich*.

²³ Bundesgesetz zur Sicherung der Transparenz bei der Wahrnehmung politischer und wirtschaftlicher Interessen, BGBl I 64/2012.

²⁴ Neben dem Begriff „*Liberal Profession*“ ist auch der Begriff „*Profession*“ eine geläufige englische Bezeichnung für die Berufsgruppe der Freien Berufe.

²⁵ Vgl *Haller*, *Regulating the Professions*, in *Cane/Kritzner* (2010), 218 ff.

²⁶ Vgl bspw die Regelungen und Rechtsprechung zur Werbung von freiberuflich Tätigen. Hat früher sogar ein freiberufliches Werbeverbot bestanden, wurde

öffentlichen Komponente geht ein striktes Regulierungsregime (wie Berufsrecht, Disziplinarstatut, Konsumentenschutz)²⁷ einher, welches in einem potenziellen Konflikt mit unternehmerischen und wettbewerbspolitischen Interessen steht.²⁸ Die Berufsausübungsregeln müssen daher einen Ausgleich zwischen den Interessen der Berufsausübenden und den Konsument_innen der betreffenden Dienstleistungen finden.

Die berufliche Selbstverwaltung gilt, wie im Folgenden theoretischen Teil der Arbeit ausgeführt wird, als eines der Schlüsselemente der Freien Berufe.²⁹ Die jeweilige gesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaft (wie der Österreichische Rechtsanwaltskammertag – ÖRAK) erfüllt hier eine Doppelfunktion: Einerseits repräsentiert sie die Freiberufler_innen nach außen, andererseits ist sie aber auch gleichzeitig für ihre Reglementierung nach innen verantwortlich, da sie die gesetzlichen Regelungen maßgeblich mitgestaltet. Deren notwendige Einrichtung wird meist mit dem Schutz freiberuflicher Werte (wie Unabhängigkeit, Verschwiegenheit, Verbot von Interessenskollisionen) begründet, die letzten Endes den Konsument_innen der entsprechenden Dienstleistung, aber auch der nachhaltigen Entwicklung des Berufsstandes dienen sollen. Diese unterschiedlichen Interessen sind immer wieder Untersuchungsgegenstand empirischer Arbeiten.³⁰ *Larson* bezweifelt etwa in ihrer Monographie von 1977 grundsätzlich die altruistischen Motive der Freien Berufe und fragt daher: „*did regulation work more to the benefit of members of the professions or to those they claimed to serve?*“³¹

dieses in den letzten Jahren doch massiv gelockert. Vgl dazu etwa *Gebauer*, „Wer nicht wirbt – stirbt“. Zur „Werbung“ im Standesrecht der österreichischen Rechtsanwälte, *AnwBl* 1987, 503; *Mayer*, Die Bezeichnung von Anwaltssozietäten, das Werbeverbot für Rechtsanwälte und die Grundrechte, *ÖJZ* 1988, 292; *Faseth*, Die Werbung im Spiegel des Disziplinarrechtes, *AnwBl* 1987, 7; *Stolzlechner*, Die Werbung der freien Berufe, insb des Anwalts, *AnwBl* 1991, 513.

²⁷ *Haller* macht einerseits normative Regulierungen (wie beispielsweise gesetzliche Regelungen des Berufsrechts), aber auch „soft/informal regulations“ aus. Darunter versteht sie etwa die Einflüsse, die in der beruflichen Praxis durch Kolleg_innen und Konsument_innen ausgeübt werden. Vgl *Haller* (2010), 217.

²⁸ Vgl dazu *Heremans*, *Professional Services in the EU Internal Market: Quality Regulation and Self-Regulation* (2012); *M. Schmidt*, *Standesrecht und Standesmoral: Ein Beitrag zu den rechtlichen Grenzen der Wettbewerbsregulierung durch Standesorganisationen* (1993).

²⁹ *Haller* (2010), 218 f, mit Verweis auf mehrere Studien im Bereich der beruflichen Selbstverwaltung.

³⁰ *Haller* (2010), 218.

³¹ Vgl *Haller* (2010), 218. Mit Verweis auf *Larson*, *The Rise of Professionalism: A Sociological Analysis* (1977).