

bestehende Arbeitsgruppen den Raum der Fabrik verlassen und sich genossenschaftlich selbst verwalten. Dazu wurde ein »Werkstattaussiedlungsvertrag« entworfen, der absichtlich »in einer vorjuristischen Sprache« gehalten war, wohl wissend, dass »die Formulierung selbst« noch folgen müsse. Rosenstock wusste indessen, jede der vorhandenen »Rechtsmasken würde den neuen Keim in einer anderen Richtung verrenken«; zu suchen war also nach einem »vielleicht gangbaren juristischen Ausweg«. Einen hinzugezogenen Juristen ließ Rosenstock ausführen: »Die positivistische, in der Dogmatik erstarrte Jurisprudenz aber hat hier stille zu stehen.« Da er von der Privatrechtswissenschaft keine Unterstützung erwartete, berief er sich auf Arbeitswissenschaft und Arbeitsrecht, in denen sich »vorjuristische Kräfte« geltend gemacht hätten.⁹²

Methodologisch verfuhr Rosenstock so, die einzelnen Rechtsgebiete – Erbrecht, Sachenrecht, Arbeitsrecht usw. – vor industriegeschichtlichem und klassentheoretischem Hintergrund zu betrachten; das gesellschaftliche Panorama enthielt Betrachtungen zu Familie, Religion und vielen anderen Dingen. Der Autor frönte hier bereits seinem Stil eines frei umherschweifenden Denkens, der sich um eine Einpassung in die laufenden Diskurse nur wenig scherte. Die Machart dieser Studie wies allerdings auf das voraus, was fünfzig Jahre später noch oftmals geschehen würde: eine gesellschaftlich relevante, weil massenhaft auftretende Situation samt ihrer ökonomisch-juristischen Rahmung wird historisch und machtstrategisch analysiert, um daraus rechtliche Konsequenzen zu ziehen.

Als nächstes, ein Jahr nach dem Akademie-Abenteuer, trat Rosenstock die Breslauer Professur für Deutsche Rechtsgeschichte, Bürgerliches, Handels- und Arbeitsrecht an. Was für andere ein Traum gewesen wäre, empfand er als Brotberuf. Zur Annahme dieses Rufes äußerte Rosenstock-Huessy 1964 gesprächsweise: »Ich bin hingegangen wie ins Grab. Ich hielt das eigentlich für mich nicht erlaubt, denn ich hatte der Universität gesagt: ihr seid veraltet, so geht das nicht.«⁹³ Hier versuchte er weiterhin, die außerakademische mit der fachwissenschaftlichen Welt zu verkoppeln.

Wieder reflektierte Rosenstock-Huessy seinen juristischen Forschungsgegenstand verbunden mit Wirtschaft und Arbeit. Als betrieblichen Ort, an dem die einwirkenden Kräfte damals ja hauptsächlich zusammentrafen, benannte er die Industrie und widmete dem Industrierecht eine Abhandlung, worin Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht ineinander aufgingen. Die einzelnen Rechtsgebiete, obwohl sie »gewiss ihren natürlichen Bereich« haben, hängen aufgrund »einer tieferliegenden

92 Zitate bei Rosenstock 1922: 174–177, 223, 268.

93 Thieme 1989 a: 4.

Entwicklung« zusammen. Hierfür will er »die Ordnung der Kräfte, ihre Zeitbahnen, Rechtslagen in den Vordergrund rücken«.⁹⁴ Rosenstock versuchte gar nicht erst eine Systematisierung des Normenbestands, sondern bearbeitete einzelne Problemfelder, beispielsweise den Betrieb, den Haushaltsvorstand oder die juristische Person. In Aufbau und Duktus glich ein solches Buch keiner üblichen juristischen Monographie, und der Verfasser – in einer damals noch stilistisch vielfältigen Rechtswissenschaft – setzte seine philosophischen Ausflüge unbefangen und selbstbewusst in den Text hinein. Er hielt es allerdings dann doch für geraten, die »dogmengeschichtlichen Fragen hier zum Schlusse hin aufzunehmen, um die bisherigen Ausführungen nach rückwärts abzusichern«.⁹⁵

Rosenstock spottete: »Der Jurist des mechanischen Weltbildes hält die Jurisprudenz, die Rechtswissenschaft für *Theorie*.« Richtigweise sei sie eine »soziologische Leistung« und »als wirkende Macht in die Privatrechtsdogmatik selbst einzubauen«. Dieser interessante Gedanke über eine reflexive Wissenschaft war damals absolut ungewöhnlich und selbst wissenssoziologisch neu. Die Funktion der Rechtswissenschaft, also deren Wirkung, lag für Rosenstock darin, dass die »Wessenvorstellungen der Juristen« von den Vertragsparteien studiert und in die Vertragstexte aufgenommen werden, um »Prozessgefahren zu bannen, die ihnen aus der Judikatur und Rechtswissenschaft drohen«. Zum Beleg, gültig noch heute, berief er sich auf die Mietvertragsformulare, Bankkredit- und Arbeitsverträge. Rosenstock erniedrigte hier die hehre Rechtswissenschaft zum bloßen Arbeitsmittel erfolgreicher Kau-telarjurisprudenz. In fast satirischer Schärfe kritisierte er »die rationale Rechtswissenschaft, die da glaubte und zeitweise glauben durfte, für alles und jedes Begriffe bereit zu halten«. Es sei dies eine »erträgliche Fiktion«; denn die Juristen glaubten sich selber im Besitze eines lückenlosen Definitionensystems [...] und durften sich von Schule wegen, wenn auch nicht von Amts wegen für feste Systembesitzer halten«. »Das Mittel, um den Praktiker im Banne der ›Theorie‹ zu halten« waren die beiden ›logischen‹ Schlüsse *e contrario* und *per analogiam*. »Sie sind aber keine logischen Schlüsse, sondern *Entscheidungen*.«⁹⁶

Zum Juristenstand meinte Rosenstock, was dieser leiste, sei eine »Funktion des gesellschaftlichen Lebens«. Die Rechtsbegriffe seien »nur eine Schul- und *Kunstsprache*«. Daher verliere das juristische Sprechen »den erhabenen Rang einer dem Sprechenden übergeordneten ›Denktätigkeit‹«. Die richterliche Funktion liege in der »Entleidenschaftlichung und Friedensstiftung«. »Die funktionelle Behandlung des Rechts als bloßen *Mitarbeiters* im Kräftespiel der Gesellschaft« beende die »Lehre

94 Rosenstock 1926: 11, 13.

95 Rosenstock 1926: 103–183 (103).

96 Zitate bei Rosenstock 1926: 146 f., 151 f.

von der Jurisprudenz als reiner Begriffswissenschaft«. Zu widmen habe sich die Rechtswissenschaft »nicht der Auslegung individueller Willenserklärungen, sondern dem vernünftigen Ablauf von Lebensverhältnissen«.⁹⁷

Erkennbar war diese Dekonstruktion der Rechtswissenschaft eine Absage an deren Selbstbild und an den Istzustand der Methodologie; Rosenstock verweigerte sich jeder Selbstbeobachtung des Fachs und betrachtete dieses konsequent nur von außen. Er berief sich auf eine »Soziologie des Wissens und allen Schul- und Wissenschaftsbetriebs, die [...] die Art der Autorität des gesetzgeberischen Willens und die ›logische‹ Auslegung des Richters durchschaut«. Und er sprach von der »Rechtsmathematik der Neu-Wiener Schule« sowie von Kelsen als dem »Erfinder des inhaltlosen Rechts«.⁹⁸

Das »Industrierecht«, in dem sich die Regeln zu Arbeit, Handel und Wirtschaft vereinen, geht von den Mächten und Kräften aus. Das Industrierecht wird also »die Ordnung der Kräfte, ihre Zeitbahnen, Rechtslagen in den Vordergrund rücken«. Rosenstock entwickelte hier eine Sichtweise auf Recht und Rechtswissenschaft, die auf Kultur, Sprache und Kommunikation abstellte. Er sprach von Märkten, Funktionen und Mächten.⁹⁹ Das wurde erst viele Jahrzehnte später wieder so diskutiert. Ein Rechtsdenken in diesen Dimensionen verlangte, das Normative nicht abgelöst in sich selbst zu analysieren, sondern in sozialen Dimensionen. Der Autor schrieb hier, in heutiger Fächerbezeichnung, eine Soziologie und Rechtsdogmatik der betrieblichen Arbeit, und zwar nicht getrennt, sondern miteinander verwoben. Das war nichts anderes als eine der möglichen Versionen von »soziologischer Jurisprudenz«. Doch einer so geläufigen Strömung fügte sich Rosenstock »selbstverständlich« nicht ein, sondern fand seine eigenen Formulierungen – um den Preis, dass über der Originalität seine Zugehörigkeit unerkannt blieb.

Bereits 1925 hatte Rosenstock ein »Soziologie I« betiteltes Buch erscheinen lassen, dem später ein zweiter Band folgte. Seine Soziologie stand fernab der sich in diesem Fach entwickelnden Konzeptionen und fernab dem Blick auf Ordnung und Regelgebundenheit, wie er seit Durkheim und Weber auf das Gesellschaftliche geworfen wurde. Das Recht wurde hier nicht behandelt und fand sich bloß aufgezählt unter den vier »Geistesformen«.¹⁰⁰ Anstelle des Normativismus der Weber'schen Grundbegriffe sprach Rosenstock über die Kräfte, vulgo Faktoren des Sozialen. Ebenso wie andere Soziologen suchte er »nach Ordnung für die

97 Weitere Zitate ebd.: 154, 162, 166.

98 Weitere Zitate ebd.: 154 f.

99 Vgl. Rosenstock 1926: 13, 154–170. Vgl. a. Huppuch 2004: 88–101.

100 Rosenstock 1925: 160. Theodor Geiger (1926) ordnete in einer Rezension Rosenstocks Soziologie als ›Mystik‹ ein.

Gesellschaft«.¹⁰¹ Bei ihm wurde die Ordnung aber nicht, wie bei jenen anderen, durch Normen und Zwang erzeugt, sondern durch die »Kräfte der Gemeinschaft«, durch die Struktur der Räume und Zeiten. In Quelle und Form seiner Theorie folgte Rosenstock den Vorgaben aus Sprache und Grammatik, womit er beispielsweise die häufig verwendete Vierfeldertafel (das »Kreuz der Wirklichkeit«) begründete. Die Gedankenbahnen, Betrachtungsweisen und Stilarten von innen/außen (d.i. Raum) sowie rückwärts/vorwärts (d.i. Zeit) erzeugten ein Viererfeld. »Das Kreuz in dem Schema bezeichnet die Gegenwart. Nur von ihr aus kann die Wirklichkeit erschlossen werden.«¹⁰² Rosenstock-Huessy dachte hier in einem universalhistorischen Rahmen; in seiner Soziologie differenzierte er zwischen dem wirklichen (authentischen) und dem unwirklichen (unauthentischen) Menschen.¹⁰³ Von hier aus boten sich weit weniger Anschlüsse für das Rechtsdenken, nicht einmal bei ihm selber.

Wie war Rosenstock-Huessy zu dieser Art von Soziologie gekommen? Nach der Erschütterung durch den Kriegsdienst verabschiedete er sich von der damals wie heute maßgeblichen Grundfrage »Wie ist gesellschaftliche Ordnung möglich?«¹⁰⁴ Stattdessen richtete er sein Denken auf das Ziel »Wie tragen wir zu gesellschaftlichem Frieden bei?« Aus der pragmatischen Note verriet sich der Jurist. Die Absage an die Konfliktanalyse jedoch entfernte Rosenstock von der juristischen Episteme, die auf einen Streit mit einer binären Entscheidung antwortet. Hier lag vielleicht der tiefere Grund dafür, dass Rosenstock sich von der Jurisprudenz abwandte, ohne jedoch in der Soziologie heimisch zu werden. Aus sozialwissenschaftlicher Inspiration engagierte er sich sowohl in der Weimarer Zeit als auch im Exil mit der Gründung der freiwilligen Arbeitslager (1928 bzw. 1940), eines Friedensdienstes u.a. Mindestens eine weitere Differenz musste Rosenstock von der kritischen Soziologie entfernen: hie eine christliche Grundhaltung, die sein soziologisches Denken prägte, dort eine sozialistisch-atheistische Grundhaltung. Im Konflikt an der »Akademie der Arbeit« könnte das im Hintergrund gestanden haben.¹⁰⁵

Rosenstock-Huessy füllte die Position als juristischer Ordinarius bis 1933 aus, als er erst versetzt und danach beurlaubt wurde. In einer Rede zur Verfassungsfeier im Juli 1932, mit einer staatstragenden und republikfreundlichen Botschaft, trat auch sein damaliges Rechtsverständnis deutlich hervor. Angesichts der politisch wildbewegten Zeitläufte blickte er auf die vergangenen Kriege zurück und sprach »von der Lebensform und Lebenserfahrung des Krieges als der Basis der Rechtsgemeinschaft

¹⁰¹ Richter 2007: 75.

¹⁰² Rosenstock 1925: 125. Die Vierfeldertafeln traten von Anfang an auf, ebd.:

14 f., 58 f., 124 f., 160. Vgl. a. Richter 2007: 37–53, 142–144.

¹⁰³ Vgl. dazu Cristaudo u.a. 2015.

¹⁰⁴ Siehe dazu Girke/Germann-Thelen 2019: 53.

¹⁰⁵ Vgl. Jakobs 2001: 349, 375.

des Friedens«; dabei ging er »soziologisch von der Kriegsgemeinschaft als der Rechtsquelle des Friedens aus«.¹⁰⁶ Damit meinte er nicht nur die rechtspolitische Ebene, auf der soziologische Gedankengänge von der Methodenlehre ohnehin erlaubt sind, sondern auch das Verhältnis unter den Rechtsgenossen, Klägern und Beklagten, also den juristischen Alltag, wie die angeführten Beispiele zeigten.

In seinen autobiographischen Notizen rügte Rosenstock-Huessy später scharf die deutsche Rechtsgeschichtswissenschaft seines Jahrhunderts. Denn »ihre idealistische Sichtweise verweigerte allen *Konflikten* die Anerkennung«.¹⁰⁷ Einmal konzipierte er eine Rechtsgeschichte, die nicht wertfrei verfährt, sondern ein wirkliches, religiös, politisch oder wirtschaftlich motiviertes Recht darstellt, um nicht zum »Parteigänger der Reaktion« zu werden.¹⁰⁸ Mit einer Anrufung der Soziologie ging Rosenstock-Huessy gerne in die Themen anderer Fächer hinein, nicht nur gegenüber dem Industrierecht, auch gegenüber der Rechtsgeschichte. So ist er einer der Einzelkämpfer geblieben.

Gehört Eugen Rosenstock-Huessy nun in die Reihen derer, von denen die Idee des Sozialen in das Denken des Rechts eingebracht wurde? Der anfangs so brillant gestartete Jurist hat seine Disziplin in Richtung Soziologie verlassen, wie das auch andere getan haben und zu sozialwissenschaftlicher Größe aufstiegen, allerdings ohne dabei das Recht aus den Augen zu verlieren. Rosenstock-Huessy verkörperte auf eine eigene Weise die mögliche Offenheit und Anschlussbedürftigkeit der Jurisprudenz.

¹⁰⁶ Rosenstock-Huessy 1932: 239 f.

¹⁰⁷ Rosenstock-Huessy 1968: 120.

¹⁰⁸ Zitiert aus einem 1964 nur als Privatdruck erschienenen Beitrag bei Thieme 1989 b: 14 f.

Kap. 6

Eine Gruppe von Einzelkämpfern?

Es mag erstaunen, wie viele weitere Rechtswissenschaftler das ›Soziale‹ und die ›Gesellschaft‹ in ihre Gedankengänge einbauten, sich sogar auf die Rechtssoziologie beriefen. Bei einigen davon ging es nur um den Bezug auf ›die Wirklichkeit‹, andere hingegen erörterten explizit die methodologische bzw. wissenschaftstheoretische Herausforderung, mit der jene Bezugnahmen das juristische Denken konfrontierten. Im Folgenden wird eine Auswahl vorgestellt.

Die Protagonisten Ernst Fraenkel, Franz Neumann, Otto Kahn-Freund, Arthur Nußbaum und andere

Ernst Fraenkel (1898–1975) hatte eine volljuristische Ausbildung absolviert und bei Hugo Sinzheimer promoviert. Anfangs vertrat er ein marxistisch orientiertes Gesellschaftsbild und ging von einem Zweiklassenmodell aus. Niedergelassen als Rechtsanwalt engagierte er sich in der SPD und Gewerkschaft für die ›Klasse der Arbeiter‹. So geriet er in die gewerkschaftliche Betriebsrätebildung, wie auch Sinzheimer und Eugen Rosenstock, mit denen er bereits an der Frankfurter ›Akademie für Arbeit‹ zu tun gehabt hatte. In Herkunft und Entwicklung ähnelten die drei einander sehr, bevor sich ihre Lebenslinien trennten.

Fraenkel schrieb 1927 für eine jungsozialistische Schriftenreihe die Abhandlung »Zur Soziologie der Klassenjustiz«, ein Beispiel für kritische Rechtssoziologie, aber keines für Soziologie *im* Recht. Trotz der marxistischen Kategorien blieb er auf Distanz zu orthodoxem und KPD-gebundenem Denken.¹ Für die rechtstheoretische Grundhaltung war das hochrelevant: Nach dem von der Partei verordneten Klassenkonzept war die bürgerliche Staatsordnung in toto abzuschaffen, während andere sozialistische Positionen auf Reform setzen. Bei Fraenkel hielt die Figur ›Klassenjustiz‹ nicht zu einem vorwurfsvollen Rundumschlag her, sondern diente der Analyse. Rechtsbeugung liege nur dann vor, wenn der Richter bewusst vom Gesetz abweiche; bei Klassenjustiz werde nicht bezweifelt, dass das Urteil mit dem Gesetz formal vereinbar sei.² Die marxistische Soziologie ist für Fraenkel eine »Handlungswissenschaft«, d.h. sie war auf ein Aktionsziel ausgerichtet; der Ideologie

1 Ludwig-Winters 2009: 71 f.

2 Fraenkel 1927/1999: 207. Vgl. a. van Oooyen 2021: 78.

der Arbeiterbewegung sollte eine wissenschaftliche Systematik verschafft werden.³ Das musste damals in vielen Ohren anstößig klingen; die nicht so aggressive, aber auf etwas Ähnliches hinauslaufende Wissenschaftstheorie des Pragmatismus war noch nicht aus den USA herübergekommen.

In seinem Aufsatz »Rechtssoziologie als Wissenschaft« (1929) interessierte sich Fraenkel für den politischen Gebrauch der Sozialwissenschaften, behandelte also die Anwendungsseite einer Soziologie im Recht. Er sah die Rechtssoziologie als methodologisch gleichwertig zum konventionellen Ansatz der Rechtswissenschaft.⁴ Er untersuchte die »auf irrationaler Grundlage beruhenden Ordnungsregeln der Gesellschaft«, darunter das Recht. Als »analytische Rechtssoziologie«, im Unterschied zu einer »deskriptiven«, sah er die Klärung jener Faktoren, »die bei Schaffung der Rechtsregeln mitwirken«⁵, und zeigte damit einen methodologisch gangbaren Weg, um sozialwissenschaftliche Erkenntnisse in die Rechtsanwendung einzubringen. Der kommende Politologe Fraenkel kündigte sich in der abschließenden Bemerkung an, der Gegenstand der Rechtssoziologie sei politisch. Das war nicht als trivial-kategoriale Einordnung gemeint, sondern gewissermaßen aktionsforschend, also als Handlungsaufforderung an die praktizierenden Juristen.

Für Fraenkel waren nicht nur die Justizurteile klassengebunden, auch das Arbeitsrecht – zu Weimarer Zeiten primär richterlich erschaffen – war es ebenso wie die Rechtsordnung insgesamt. Die Erkenntnis dieses Zusammenhangs könnte eine gerechtere Beurteilung streitiger Sachverhalte ermöglichen, womit methodologisch der Weg soziologisierter Jurisprudenz eingeschlagen wurde. – Fraenkel, seit 1927 Syndikus des Metallarbeiterverbandes, war als heftig publizierender »politischer Jurist« noch nicht der profilierte Politikwissenschaftler der frühen Bundesrepublik. Auch betrachtete das Staatsrechtsschrifttum die Sozialwissenschaften damals nicht in Gestalt der Politologie, die noch ganz im Anfang steckte, sondern als Soziologie, sofern nicht ökonomisch-materialistische Bezeichnungen gewählt wurden.

Franz Leopold Neumann (1900–1954) hatte sich in jungen Jahren, bevor er zu den Themen Arbeit und Staat wechselte, mit dem Strafrecht befasst und eine juristische Dissertation zu dessen methodologisch-philosophischer Grundlegung geschrieben.⁶ Darin bezeichnete er das »soziologische Problem« als das »eigentliche, unerschöpfliche und völlig unausgeschöpfte Problem«. Dies bezog er auf die »Gestaltung des Rechts«.

3 Dorn 2010: 110 f.

4 Vgl. Meierhenrich 2018: 65 f.

5 Fraenkel 1929/1999: 374, das Folgende auf 379.

6 Die Dissertation ist ungedruckt geblieben; erst in neuerer Zeit wurde sie entdeckt und gründlich analysiert, so bei Schale 2012: 61–67.

Die Rechtswissenschaft bezeichnete er als eine empirische Kulturwissenschaft; das rechtliche Sollen gehöre »in die Sphäre des Seins. Denn die Norm ist eine Möglichkeit, die Wirklichkeit, das Sein, theoretisch zu erkennen.« In der Einführung des Zweckgedankens in die Rechtsphilosophie erblickte er »den Antritt der Herrschaft der Soziologie«.⁷

Hier wurde ein Rechtsdogmatik und Sozialhistorie verbindendes Rechtsdenken skizziert. »Neumann plädiert erkenntnistheoretisch-kritisch [...] für wissenschaftlich-systematisches Forschen nach Gesetzen, Prinzipien, Strukturen, Typen, originell für auch wertbeziehendes Forschen, mit besonderem Interesse an Soziologie, Geschichte und mit mutiger Suche nach Belegen für sinnvolle Werthaltungen«.⁸ Erst die Rückbindung an gesellschaftswissenschaftliche Erkenntnisse ermöglicht für ihn die angestrebte »Synthese von Individualzweck und Gemeinschaftszweck«; dafür steht die Untrennbarkeit des Werteduos von »Personnalismus« (d.i. Individuum) und »Transpersonalismus« (d.i. Gemeinschaft).⁹

Die dogmatische Arbeit erschien Neumann als Bollwerk gegen eine freie Handhabung von Gesetzestexten oder Bagatellisierung der verfassungsmäßigen Grundrechte seitens republikfeindlicher Richter und Regierungen. Daher bezeichnete er es als »die ureigenste Aufgabe des Juristen, aus scheinbar sich widersprechenden Rechtsnormen ein System zu schaffen, aufzuzeigen, dass und welcher gemeinsame Grundgedanke den Grundrechten zugrunde liegt«. Neben dem juristischen gebe es den »faktischen Geltungsgehalt der Grundrechtsnormen«, also ihren »politischen, sozialen und kulturellen Gehalt«.¹⁰

In der Emigration wandelte sich Neumann vom Rechts- zum Sozialwissenschaftler, sodass er seiner Version einer soziologischen Jurisprudenz treu bleiben konnte.¹¹ Eine weitere Dissertation schrieb er 1936 in London zur ›Herrschaft des Gesetzes‹ über Struktur und Funktion des Rechts in der bürgerlichen Gesellschaft. Neumann blieb weiterhin an der Rechtstheorie interessiert.¹² In der ausführlichsten Würdigung des Werks erscheint Neumann als ein Politik-, Sozial- und Rechtswissenschaftler, »der sich nicht mit dem knochigen Normengerüst zufriedengeben mag,

7 Zitate aus der unveröffentlichten Doktorarbeit von 1923: 6, 64, 68, 103.

8 Rückert 1993: 460.

9 Neumann 1923: 105 u.ö.; vgl. Rückert 1993: 456, 466.

10 Neumann 1930/1978: 57 f.

11 Neumanns Postulat einer Soziologisierung der Staatsrechtsrechtslehre sei unzureichend begründet, weil es sich auf eine unexplizierte Rechtsidee berufe und Neumann die neukantianische Rechtslehre nicht preisgegeben habe; so Schale 2020: 195 f., 206.

12 Vgl. Söllner 1978: 24–27.

sondern der immer auch den Maßstab der sozialen, politischen und ökonomischen Verhältnisse anlegt«.¹³

Otto Kahn-Freund (1900–1979) hatte wie Fraenkel bei Sinzheimer promoviert und war in der Arbeitsgerichtsbarkeit tätig; nach einem Zweitstudium in England erklimmte der Emigrant zuletzt den Lehrstuhl für Rechtsvergleichung in Oxford. Gegen Ende der Weimarer Republik war er mit soziologienahen Analysen zum Arbeitsrecht hervorgetreten. Wie die anderen Mitglieder des Kreises um Hugo Sinzheimer machte sich auch Kahn-Freund eine empirische Orientierung in der Rechtswissenschaft zu eigen.¹⁴ Er ging von dem Gedanken aus, das Recht sei »Ausdruck einer bestimmten gesellschaftlichen Machtlage«.¹⁵ Damit war zwar eine soziale Tatsache konstatiert, deren Kenntnisnahme die Rechtsanwendung beeinflussen musste; aber der Soziologiebezug war noch so allgemein und trivial wahr, dass daraus wenig Folgerungen abgeleitet werden konnten. Konkret wurde Kahn-Freund zum geltenden Arbeitsrecht; hier entdeckte und kritisierte er »die Unterwerfung und die Bindung, sowie die Verbindung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Interesse eines angeblich höheren Dritten«.¹⁶ Damit hob er auf eine Konstellation ab, die soziologisch zu analysieren war.

Kahn-Freund attestierte der arbeitsrechtlichen Judikatur seiner Zeit, »dass sie bewusst dazu übergegangen ist, rein soziale, moralische oder wirtschaftliche Normen selbst da anzuwenden, wo eine Lösung des Konflikts mittels ‚reiner Gesetzesanwendung‘ möglich gewesen wäre«. Damit besprach er das Verhältnis der soziologischen Konzepte ‚Betrieb‘ und ‚Unternehmer‘, auf die sich die Urteile stützen und dabei statt einer Definition eine Metapher verwenden. In der Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer untersuchte er die »soziologisch zu erörternde Seite« und wehrte sich gegen die militärisch-kleinbürgerliche, ja beamtenanaloge Interpretation mit Fürsorge- und Treuepflichten des einen bzw. anderen Teils.¹⁷ Dieses sozialwissenschaftliche Vorgehen behielt seine Aussagekraft auch unabhängig von Kahn-Freunds Versuch, die RAG-Judikatur als faschistoid zu charakterisieren – ein Versuch, der ihm eine nahezu einhellige Ablehnung einbrachte und seine anderen, weiterweisenden Einsichten verdeckte.

Das arbeitsrechtliche Leitbild der Kollektivpartner in den Betrieben war sowohl rechtspolitisch als auch rechtsdogmatisch von Belang. Das Reichsarbeitsgericht (RAG) verhüllte seine politischen Handlungen mit juristischen Schleieren; das Ziel dieser Beamtenrichter sei, »ihre

¹³ Intelmann 1996: 279.

¹⁴ Vgl. Ludyga 2016: 18–21.

¹⁵ Kahn-Freund 1930: 390.

¹⁶ Kahn-Freund 1931: 47 f.

¹⁷ Ebd.: 1, 14, 43.

Ideologie, ihr bürokratisch-disziplinäres und fürsorgerisches Ideal durchzusetzen gegenüber den ringenden Gewalten der Gesellschaft«.¹⁸ Kahn-Freund hatte hier einen Nerv getroffen, wie die erregten Reaktionen auf seine Schrift bewiesen.

Bei dem jungen, für die Interessen der Arbeiter:innen eintretenden Juristen stand die Kritik an der Judikatur im Vordergrund. Erst rückblickend bezeichnete der Autor als das Wesentliche seiner Schrift die Methode. Mochte die Polemik gegen das Reichsgericht auch überspitzt gewesen sein, gegen seine Methodenkritik habe er auch heute nichts einzuwenden. Damit meinte er seine damalige »Polemik gegen die Art und Weise, wie die herrschende Rechtswissenschaft sich mit dem Recht befasst hatte. Nämlich ohne jeden Versuch der Herausarbeitung der ideo-logischen Hintergründe der Rechtsprechung.«¹⁹ Kahn-Freund verlangte, den gesellschaftlichen Kontext einer Norm und ihrer Anwendung in die Urteilsfindung einzubeziehen. Anders ausgedrückt, zur richterlichen Tätigkeit gehöre die wissenssoziologische Reflexion.

In einer Abhandlung von 1932 untersuchte Kahn-Freund den Einfluss der ökonomischen und politischen Verhältnisse auf das Arbeitsrecht seiner Zeit. Er schilderte, wie die verschiedenen Interessen von Großgrundbesitz und Industriekapital sich über ihre politischen Vertretungen in Gesetzen niederschlugen; beispielsweise landeten fürsorgerische Bestimmungen in der Gewerbeordnung, die auf landwirtschaftliche Betriebe nicht anwendbar ist. Die resultierende »Zersplitterung des Arbeitsrechts« stamme aus der Verschiedenheit des Anteils der einzelnen Wirtschaftszweige an der politischen Macht. Damit lieferte Kahn-Freund der Dogmatik eine Anregung, der sie folgen konnte oder nicht.

Eine genuin soziologische Analyse allein hätte für die Methodik der Auslegung noch keine Relevanz gehabt, so aufwühlend man die geschilderten Konflikte auch empfinden möchte. Da Kahn-Freund seine Analyse um den Faktor Ideologie erweiterte und diesen auf die Gegenwart bezog,²⁰ gewann die Genese des Arbeitsrechts eine praktische Bedeutung für anstehende Auseinandersetzungen um Tarifverträge, Verbindlichkeitserklärungen und Betriebsräte. Kahn-Freund zog aus der soziologischen Erklärung unmittelbare Konsequenzen für die Anwendung dieses Rechts. Da er hier wie sonst ausdrücklich mit Blick auf die Arbeitnehmerinteressen argumentierte, ließen sich seine Argumente als advokatorisch abtun, obwohl sie auf empirischen Analysen beruhten.

Kahn-Freund bewunderte Karl Renner, der 1904 und nochmals 1928 eine an Karl Marx angelehnte Kritik des bürgerlichen Eigentumsrechts

¹⁸ Ebd.: 63.

¹⁹ Kahn-Freund 1981: 193.

²⁰ Kahn-Freund 1932: 151 ff.

vorgelegt hatte. Diese Studie brachte Kahn-Freund 1949 in seiner neuen Heimatsprache heraus, versehen mit Einleitung und Anmerkungen von erheblichem Umfang, sodass zusammengenommen eine eigene Abhandlung entstanden war.

Darin kam nicht nur seine in England erworbene Erfahrung mit dem *Common law* zum Ausdruck, auch seine immer schon vorhandene rechtstheoretische Grundeinstellung trat klarer denn je hervor. Er schrieb: »Das lebende Recht in England kennt keine abstrakte Definition in Begriffen einer Beziehung zwischen persona und res. Es bietet den Begriffsjuristen keine Angriffsfläche für eine Attacke wegen etwaigen Vermischens von juristischen und soziologischen Methoden.« Kahn-Freund verglich nun die Nuancen und Bestandteile der Eigentumsfigur zwischen Kontinent und England, worauf er resümierte, dass »das englische Recht einen ›property‹-Begriff entwickeln konnte, der den modernen wirtschaftlichen Tatsachen so viel näherkommt als das ›dominium‹ der kontinentalen Rechte«.²¹ Auch ohne einen Bezug auf den damals umstrittenen Marx erbrachte die sozialwissenschaftlich orientierte Analyse hier Einsichten für die (heute wieder hochaktuelle) Debatte zur Eigentumsfigur.

Viele der weiteren Passagen in dieser Einleitung widmeten sich dem Stilvergleich zwischen englischem und kontinentalem Recht, wobei Kahn-Freund jenem eine besondere Elastizität zuschrieb. Er beobachtete eine »unmerkliche und graduelle Umwandlung von Instituten ohne Änderung ihrer Namen [...], ein Vorgang, bei dem es schwierig ist, Substrat und Norm auseinanderzuhalten«.²² Da war sie wieder, die soziale Wirklichkeit innerhalb der Rechtsanalyse. Für Kahn-Freund bot wohl die doppelte Ausbildung und berufliche Erfahrung in zwei sehr unterschiedlichen Rechtskulturen die heuristische Brücke zu der Einsicht, wo genau die methodologische Barriere zwischen Jurisprudenz und Soziologie zu lokalisieren war: in den Gesetzen der Logik und in den Geschlossenheitszwängen des Systemdenkens. Wenn hingegen Rechtsvorschriften in »elastischer« Weise galten und angewandt werden konnten, dann verhinderte das die Starrheit, der die kontinentale Jurisprudenz sich ausliefert.

Für eine ganze Reihe von Rechtsproblemen forschte Kahn-Freund danach, wie »eine Veränderung des sozialen Substrats« den Inhalt der Norm beeinflusst, und fand, »die soziale und politische Stellung des Richterstandes hat es ermöglicht, manche Änderungen in das Recht zu übertragen, die auf dem Kontinent auf den Eingriff der Gesetzgebung warten mussten«. Damit legte er auch nahe, dass die nur dort so

²¹ Kahn-Freund 1949, zitiert nach der deutschen Übersetzung von 1965: 18 f., 21 f.

²² Kahn-Freund 1949/1965: Ebd.: 43.

ausdifferenzierte Rechtswissenschaft es der Justiz erschwert hat, flexibel zu reagieren. Mit Berufung auf Oliver W. Holmes favorisierte er »Erwägungen dessen, was zweckmäßig für die betreffende Gesellschaft ist«.²³

Schon das zugrundeliegende Buch von Karl Renner bestand aus einer, wie sich ohne Übertreibung sagen lässt, ausschließlich sozialwissenschaftlich und -historisch angeleiteten Rechtsanalyse. Die für die Sozial- und Wirtschaftsverhältnisse unzweifelhaft zentrale Rechtsfigur des Eigentums wurde hierin nach ihren gesamtgesellschaftlichen Funktionen befragt, etwa wie sie eine Güter- und Gewaltenordnung schafft, aber in der Arbeitsordnung versagt. Die erst in jüngerer Zeit erschienene Rechtsfigur des Vertrages habe mit ihrer Inhaltsleere ein Übriges geleistet, sodass das Eigentumsrecht im Bündnis mit dem Vertrag die Arbeitskräfte der Gesellschaft organisieren konnte.²⁴ Sozialtheoretisch brauchte sich Renner nicht zu erklären; die Wahl marxistischer Kategorien war da ganz unmissverständlich – und einer unvoreingenommenen Rezeption und Diskuseinfügung leider abträglich. Hinzukam, dass Renner (1870–1950) sich politisch engagierte, und zwar seit 1918 und wieder 1945 für die SPÖ im Nationalrat, als Staatskanzler und als Bundespräsident der Republik Österreich. Seine bedeutende Schrift musste trotz Kahn-Freunds Einsatz im Diskurs von Rechtstheorie und -soziologie eine Randstellung fristen.

Kahn-Freund hatte dem Rennerschen Text Anmerkungen hinzugefügt, eigentlich Erläuterungen, die auch einige methodologische Aussagen enthielten. Er distanzierte sich von dem kruden Gesetzespositivismus, dem Renner als der 1904 noch herrschenden Lehre anhing, und zeigte an Beispielen aus England, dass »die soziale Wirksamkeit der Rechtsnorm nicht immer außerhalb ihrer juristischen Struktur bleibt«.²⁵ Wie Kahn-Freund für den Gedanken des Sozialen im Rechtsdenken eintrat, zeigte sich später in seiner zustimmenden Darstellung der arbeitsrechtlichen und methodologischen Positionen von Hugo Sinzheimer.²⁶ Und in einem 1978 geführten Interview meinte Kahn-Freund, dass seine in England entwickelten Ideen »im Grund genommen von Sinzheimer herkommen«; dessen Methode sei ihm wesentlich erschienen.²⁷

Arthur Nußbaum (1877–1964) hatte noch zum Ende der Diskurswelle vor dem ersten Weltkrieg einen eigenen Zugang zur sozialen Wirklichkeit geöffnet: das Konzept der Rechtstatsachen. Es sei »zu erforschen, wie die Formen der tatsächlichen Anwendung des Gesetzes beschaffen sind, insbesondere in welcher Weise das Gesetz von den Gerichten und

²³ Ebd.: 43.

²⁴ Vgl. Kahn-Freund 1949/1965: 27–29.

²⁵ Ebd.: 209.

²⁶ Kahn-Freund in Sinzheimer 1976: 1–31.

²⁷ Kahn-Freund 1981: 187, 193.

dem Publikum tatsächlich angewendet wird, ferner welche Zwecke mit den Normen verfolgt werden und welche Wirkungen sie äußern«. Da die sozialen Daten unter dem Gesichtspunkt des Rechtsverständnisses zu erheben waren, bekamen sie eine »spezifisch juristische Färbung«, und deswegen nannte Nußbaum sie ›Rechtstatsachen‹.²⁸

Der gerade in Berlin habilitierte Wirtschaftsrechtsanwalt resümierte den Stand der Diskussion; ein »neuer Geist« habe sich bemerkbar gemacht, »man ist der leeren Dogmatik überdrüssig geworden«.²⁹ Verpackt in Empfehlungen zum Rechtsunterricht wollte er Forschung und Lehre der Jurisprudenz erweitern, weil »die für das Verständnis des Rechts zu berücksichtigenden Tatsachen großenteils rein politischer, gesellschaftlicher und psychologischer Natur sind«. Von dem Versuch, Soziologie in die Rechtsdogmatik einzubringen, distanzierte er sich ausdrücklich; doch hatte dies mehr mit der nominalen Bezeichnung sowie mit einer Abgrenzung gegenüber Kollegen zu tun. Durch diese Abage suchte Nußbaum wohl auch dem herrschenden Verdikt gegen die Freirechtslehre zu entkommen. Doch konnte er sich nicht im Methodeninventar der Jurisprudenz dauerhaft etablieren; denn er blieb mit seinem Konzept der Rechtstatsachen allein und untermauerte es auch nicht weiter.

Nußbaum zielte also nicht auf eine Veränderung der Rechtsdogmatik, nur hielt er einen beträchtlichen Teil dessen, was in Lehrbüchern und Kommentaren stand, für gegenstandslos und überflüssig, während die für das Leben wirklich wichtigen Dinge zu kurz kämen. »Tatsächlich ist ein ganz gewaltiger Teil der juristischen Literatur schon wegen verfehlter Problemstellung vollständig unnütz.« Es bedürfe »durchaus keiner soziologischen Jurisprudenz im Sinne von Ehrlich oder Ernst Fuchs«, schrieb er; im Mittelpunkt der Jurisprudenz ständen »immer nur die Normen als solche«, wobei »in die Jurisprudenz und Lehre auch ein bestimmter Komplex von induktiv zu erforschenden Tatsachen hineingehört«.³⁰

Da Nußbaum zwar den Rechtsunterricht reformieren wollte und hier die Theorie näher an die Praxis heranrückte, nicht aber die juristische Methodik veränderte, entschlüpfte er dem Schussfeld der tradierten Rechtsdogmatik.³¹ Im Rückblick ordnete er seine Idee nunmehr gemeinsam mit den anderen Reformideen von 1910 bei der »realistischen Bewegung« ein.³² Auch später konnte eine ›Rechtstatsachenforschung‹ der Dogmatik

28 Nußbaum 1914: 1, 8.

29 Nußbaum 1914: 1.

30 Zitate bei Nußbaum 1914: 13, 5 f., 11.

31 Yashiki 2010: 28.

32 Nußbaum 1955: 453–457 (ursprgl. engl. 1940).

nicht mehr gefährlich werden, galt sie doch nur als allgemeines Symbol für die Heranziehung empirischer Methoden (quantitativer und qualitativer Daten) im Zivilrecht.³³ Danach taugte sie nicht einmal mehr zur Reduzierung der noch von Nußbaum getadelten unnützen Stoffmassen.

Positionen in der Soziologie

Auch von Seiten der Soziologie wurde eine eigene Interpretation der verrechtlichten Begriffe des gesellschaftlichen Lebens fortgesetzt. *Siegfried Kracauer* (1889–1966) schrieb in seiner programmatischen Schrift »Soziologie als Wissenschaft«, die Soziologie erforsche am Leben der Menschen alle Wesenszüge, »die mit der Tatsache und Art der Vergesellschaftung irgendwie einsichtig zusammenhängen«, und plädierte dafür, »die Entrollung der soziologischen Mannigfaltigkeit von politischen oder juristischen Kategorien aus zu unternehmen«.³⁴ Da wurden die beiden Fächer in der Selbstbeschreibung durch einen Soziologen noch eng beisammen gesehen; es blieb aber ein Wunschbild.

Der altgewordene *Ferdinand Tönnies* (1855–1936) setzte die soziale Bedeutung des Eigentums neben das »strenge Privatrecht«, und zwar »in wirklich herrschender Geltung«. Die verschiedenen Geltungsgründe des Eigentums hielt er indessen alle für »miteinander vereinbar«, nur sei »eine Übereinstimmung darüber unwahrscheinlich und schwer zu erzielen«. Tönnies wollte es daher wagen, »ihnen eine im Begriffe der *Gemeinschaft* verankerte Begründung entgegenzusetzen«. Allerdings sagte er nicht, wie eine juristische Entscheidung mit seiner Konzeption umzugehen hätte.

Immerhin meinte er, die »Staatsklugheit« werde nun »ausschließlich nach dem wohlverstandenen Sinne eines solchen Rechtes, also nach der bestmöglichen Erkenntnis des Gemeinwohles« entscheiden. Dem Sachenrechtler *Justus Hedemann* stimmte Tönnies darin zu, dass das Eigentum nicht Ruhelage und Besitzen bedeute, sondern eine lebendige Funktion; dies zeige, »wie die ökonomische Entwicklung die juristischen Begriffe sprengt«. Zu den Instrumenten der Eigentumslenkung zählte Tönnies vor allem die Enteignung und berief sich hierfür auf *Jhering*. An dieser Stelle überschritt er freilich die Grenze von der Auslegung zur Rechtspolitik, sodass die Anwendung soziologischer Erkenntnis unproblematisch wurde.³⁵

Franz Oppenheimer (1864–1943), ein von der Medizin herkommender Soziologe, ist heute weitgehend vergessen, obwohl er als einer der

33 Vgl. *Hamann* 2014: 14.

34 *Kracauer* 1922: 18, 34.

35 Zitate von Tönnies 1926: 10, 15 f., 27, 32, 49.

Ersten in Deutschland ein Ordinariat für Soziologie erhielt. Zu seinen Themen zählten Staat und Politik, und hier gelegentliche Bemerkungen über das Recht.

Zur Frage, woher die Verbindlichkeit des Rechts stamme, verwies Oppenheimer auf das »Wir-Bewusstsein«, das »dem Genossen das gleiche Recht wie sich selber zugestehen muss, und aus diesem Recht des andern die eigene Pflicht notwendig ableitet«. Als einfache naturrechtliche These konnte sie sich nicht in den differenzierten juristischen Methodendiskurs einschalten, wiewohl sie jedem Gesetzespositivismus widersprach. Oppenheimer schob noch nach, »dass jede Rechtsphilosophie, die das Apriori des Rechtsbewusstseins nicht anerkennt, nichts anderes sein kann als eine ›Rechtswissenschaft ohne Recht‹, eine ›rechtsleere Rechtslehre‹«, und wandte sich damit erkennbar gegen Kelsen.³⁶

Emil Lederer (1882–1939) ein von der Jurisprudenz herkommender Ökonom und Soziologe, der 1931 Werner Sombart in Berlin nachfolgte und 1933 emigrierte, sah die Soziologie allenfalls mit den gesellschaftlichen Rahmenbedingungen eines Rechtssystems befasst; aber was ein Rechtssatz bedeutet, könne »nicht aus den sozialen Tatsachen allein schon erschlossen werden, sondern nur aus dem Rechtssystem folgen [...]. Man wird also nicht zu voreilig jede einzelne Norm als soziologisch deuten dürfen, wenngleich für das Rechtssystem als Ganzes diese Deutungsmethode die fruchtbarste ist.«³⁷ – Zu sehen ist, dass die Soziologie damals im juristischen Methodendiskurs nicht mitmischt. Weder zeigte sie ein beachtliches Interesse, noch hatte sie viel anzubieten.

Viele weitere Namen wären zum Diskurs über die juristischen Methoden zu erwähnen, etwa Ludwig Bendix, Karl Löwenstein und Rudolf Smend. Die Stimmführer des Methodenstreits von 1910 äußerten sich weiterhin, so Hermann Kantorowicz, Ernst Fuchs und Hans Wüstendorfer.

Das Wirken von *Gustav Radbruch* (1878–1949) überspannte die Diskursphasen vom späten Kaiserreich bis in die frühe Bundesrepublik. Bei ihm in Heidelberg versammelten sich die Akteure des Freirechts, nachdem er bereits Kantorowicz zum Gnaeus-Flavius-Manifest beraten hatte. Mein erstes juristisches Lehrbuch, 1955 gekauft, stammte aus seiner Feder. Bei der Recherche zu allen sechs Jahrzehnten begegnet der Name immer wieder, ohne dass Radbruch je eine dezidierte Position zur Idee des Sozialen im Rechtsdenken vorgelegt hätte. Er sympathisierte mit den Protagonisten, förderte ihr Vorankommen und wahrte doch eine

36 Zitate bei Oppenheimer 1929: 188 f.

37 Lederer 1923: 160. Vgl. a. Stachels 2022: 384.

›philosophische‹ Distanz. Auch so und vielleicht gerade damit erzielte er Wirkungen, die – so mittelbar sie auch waren – aus der Geschichte dieses Diskurses nicht wegzudenken sind.

Für Radbruch standen andere Themen im Vordergrund, vor allem Rechtsphilosophie und Kriminalpolitik. Seiner Persönlichkeit und Politikerfahrung entsprechend äußerte er sich in verbindlicherem Tone als die kämpferischen Dissidenten, auf deren Seite er in der Methodenfrage stand. Nur die radikal klingenden Forderungen der Freirechtler teilte er nicht, verhielt sich taktisch geschickter. Seine Position drückte er durch aktive Kooperation und in kürzeren Bemerkungen aus.

Das Hindernis, das eine simplifizierende Rechtsmethodik errichtet hatte, löste Radbruch mit einfachen Überlegungen zum Verhältnis von »Rechtsidee und Rechtsstoff« auf. Zunächst stellte er ganz neukantianisch klar, dass die Stoffbestimmtheit der Idee nicht in der soziologischen, historischen, psychologischen Welt spielt, sondern in der logischen. Die Erkenntnisebene sei die transzendentale Logik, wo auch die Beurteilungen des Sozialen in eine juristische Argumentation einbezogen werden können. Radbruch sagte nun, Privatrecht und öffentliches Recht setzen die Gleichheit der Individuen voraus. »Demgegenüber zeigt die soziologische Betrachtung der demokratischen Gesellschaft *Ungleichheit* des Besitzes, der Bildung, der Anlagen, Führer und Geführte«. Derartige Befunde bilden »das Substrat, auf das Recht und Rechtsidee Anwendung finden wollen«. »Bei der Rechtsanwendung wird die mittels sozialer Begriffe vorgeformte Gegebenheit den diesen Begriffen nachgebildeten Tatbestandsbegriffen subsumiert.«³⁸ Wenn Radbruch seinen Rechtsbegriff bestimmte, bildete die ›Sozialität‹ stets eine der Dimensionen, neben Positivität, Normativität und Generalität.³⁹

In dieselbe Richtung wie die Überlegung zur Stoffbestimmtheit des Rechts zielte Radbruchs Auffassung zum gewohnten Methodendualismus (Sein vs. Sollen), den er mit dem Kulturbezug zu einem Trialismus erweiterte. Danach stand das Recht als eine wertbeziehende Haltung zwischen Sein und Sollen; »die Rechtsidee ist Wert, das Recht aber wertbezogene Wirklichkeit, Kulturerscheinung. So wird der Übergang vollzogen von einem Dualismus zu einem Trialismus der Betrachtungsweisen«.⁴⁰ Der unnachgiebige Gegensatz zwischen Sein und Sollen wurde gelockert; es öffnete sich ein erkenntnistheoretischer Raum, um wirklichkeitswissenschaftliche Gedanken in juristische Argumentationen einfließen zu lassen.

38 Radbruch 1923: 346 f., 349.

39 Dreier 2011: 36.

40 Radbruch 1932: 25.

Gegenstimmen

So zahlreich die neuen Anläufe zu einer neuen Methodik auch anmuten, so wenig darf übersehen werden, dass es nur eine Minderheit war. Die Mehrheit in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft dürfte von den Vorschlägen gehört, einiges davon auch gelesen haben, aber ohne die Denkgewohnheiten zu ändern. Orientieren konnte sich die herrschende Meinung an zwei Autoren, die das ganze 20. Jahrhundert hindurch einflussreich geblieben sind. Gemeinsam ist ihnen, dass sie aus der Ablehnung der Freirechtslehre entsprangen; ansonsten argumentierten die beiden Positionen auf getrennten Wegen: Interessenjurisprudenz und Reine Rechtslehre.

Philipp Heck (1858–1943) entwickelte das äußerst wirkmächtig gewordene Auslegungskonzept einer ›Interessenjurisprudenz‹, die gelegentlich als Variante der soziologischen Jurisprudenz geführt wird, dort aber nicht hingehört. Als der die Dogmatik leitende Gesichtspunkt dient die dem Gesetzestext zu entnehmende Würdigung der Interessenlage. Damit konnte sich Heck von der verpönten ›Begriffsjurisprudenz‹ distanzieren, sodass er teilweise gemeinsam mit der Freirechtslehre vor dem Kriege für eine Methodenreform eintrat.

Heck hatte die Debatte zum Verhältnis zwischen Soziologie und Jurisprudenz von Anfang an mitverfolgt, erkennbar in seinen Aufsätzen um 1910 sowie an der Anwesenheit auf dem ersten Soziologentag. Sein Biograph meint, er habe den Bestrebungen der Soziologie immer offen gegenübergestanden; die Aufbruchstimmung zu Beginn des 20. Jahrhunderts habe auch ihn erfasst.⁴¹ Heck trennte nicht nur generationell, sondern auch politisch eine große Distanz zu den Neuerern – kurz gesagt: er rechts, sie links. Beispielsweise schrieb er 1923, in einer Rezension zum (jüdischen) Rechtsphilosophen Max Ernst Mayer, es sei nicht verboten, ›den Volksgenossen vor dem Volksfremden zu bevorzugen‹, ja es bestehe ›in vielen Fällen eine starke ethische Pflicht zu diesem Verhalten‹.⁴²

Heck berief sich oft auf ›das Leben‹, zog aber nicht die sich mit dem Leben beschäftigenden Wissenschaften heran. In der Konfrontation zwischen Rechts- und Sozialwissenschaft mochte er keine Stellung beziehen, sondern verfolgte sein eigenes Projekt. Mit der ›Interessenjurisprudenz‹ gelang ihm der Wurf. Dabei wird weniger die faktische Interessenlage zwischen den Konfliktbeteiligten analysiert, sondern »die gesetzgeberische Wertung eines Konflikts mehrerer Interessen«. Es handelt sich um eine »rechtspositivistische Theorie«.⁴³ Der zwischen Wertung und

41 Schoppmeyer 2001: 65.

42 Heck 1923: 137.

43 Schulz 2022: 286, 489, 494.

Empirie schillernde Begriff des Interesses erlaubte der Rechtsdogmatik eine moderate Anpassung an die sich ändernden Denkweisen, ohne die Erkenntnisse anderer Disziplinen aufnehmen zu müssen.

Hans Kelsen (1881–1973) war dem Kreis der Neuerer in seltsamer Ambivalenz verbunden. Soziologische Argumente in juristischen Begründungen schloss er zwar *strictissime* aus, wurde aber selbst zeitweise als Soziologe gesehen.⁴⁴ In Zuspritzung der herrschenden Lehre zur Autonomie der Rechtswissenschaft trennte er scharf zwischen Genese und Geltung von Recht. Bei der Rechtsetzung durfte, ja musste Soziologie dabei sein; bei der Auslegung vorhandener Normen hingegen keinesfalls. Seine überzogene Auseinandersetzung mit Eugen Ehrlich war zunächst eine innerösterreichische Angelegenheit gewesen. Hier verwies der Übergang des Habsburger Reichs von einem absolutistischen zu einem liberalen Staat auf den förderlichen Beitrag der Rechtsdogmatik, während die Vielzahl der Reichsländer den soziologisch zu bewältigenden Rechtspluralismus herausstellte.⁴⁵ Die Kontroverse zwischen Kelsen und Ehrlich hatte sich vor dem Krieg aufgebaut und lief in der Sache danach weiter. Ehrlich, keineswegs den Sinn, sondern nur die Wissenschaftlichkeit dogmatischen Denkens anzweifelnd, wurde von Kelsen attackiert, um eben diese Wissenschaftlichkeit begründen zu können. Ehrlich starb 1922; der zwei Jahrzehnte jüngere Kelsen fand zunehmend Beachtung, vollendete sein Buch zur Reinen Rechtslehre aber erst in der Emigration.

1919 erhielt Kelsen das Ordinariat in Wien und avancierte dort seitdem zum führenden Verfassungsjuristen. Mit Hermann Heller geriet er in eine neue Kontroverse, die erst nachließ, als die Prominenz des Neukantianismus abklang. Hingewiesen wurde auf beiderseitige Missverständnisse und Mängel in der Formulierung der jeweiligen Position sowie auf Kelsens beachtliche Beiträge zur Soziologie der Verfassung.⁴⁶ Es verhielt sich wohl so, dass jeder der Kontrahenten einen lebenden Gegner gesucht hatte, um eine überkommene Position zu widerlegen, ohne sich allzu tief in dessen Schriften vertiefen zu wollen und damit die Polemik verpuffen zu lassen.

Das Verhältnis von Normativität und Faktizität hatte Kelsen 1922 als ein klares Getrenntsein beschrieben. Die Geltung gründe nicht in realen Vorgängen, »sondern in irgendwelchen letzten Axiomen. So findet auch die als ›Staat‹ bezeichnete Zwangsordnung den Grund ihrer

44 In seinen Büchern der 1920er Jahre analysierte Kelsen den Staat auch soziologisch. Und 1929 wollte Kelsen Professor für Soziologie werden (vgl. Feldmann 2021: 318).

45 Vgl. Konzen u.a. 2019 310 f.

46 Vgl. Müller 1984: 694 f. sowie die Aufsätze von Paulson und Schefold in Müller/Staff 1984.