

Berichte, an denen es nicht mangelte, als Ausweis eines Scheiterns. Das klang mehr nach Schadenfreude als nach Lernbereitschaft. Sie verkannnten die Strategie von *trial-and-error*, die bekanntlich beides verlangt – Erfolgs- ebenso wie Misserfolgsmeldungen, zumal im Prozess einer Reform, an deren Notwendigkeit kaum gezweifelt wurde.

Nach dem Schluss des Experimentierzeitraums konnten begonnene Ausbildungszüge noch zu Ende geführt werden, sogar mit der für die Einbeziehung erforderlichen Schwerpunktbildung. Danach freilich war es mit dem Integrationsprogramm vorbei – zum durchaus hörbaren Bedauern derjenigen, die sich ein Jahrzehnt und mehr darin engagiert hatten. Dauer erlangte vielleicht nur dieses Resultat der Experimentierphase: dass auch unter stark veränderten Bedingungen und Programmen, einschließlich der sozialwissenschaftlichen Orientierung, ›richtige‹ Jurist:innen ausgebildet worden waren.

In den sich periodisch wiederholenden Versuchen, die juristische Ausbildung zu reformieren, kam der Topos Sozialwissenschaften nicht mehr vor. Nunmehr ging es um Studienzeitverkürzung, Anerkennung universitär erbrachter Leistungen, Internationalisierung und Orientierung an Anwaltstätigkeiten. Die Reform von 2002 zielte mit dem Topos ›soziale Kompetenz‹ auf kommunikative Schlüsselqualifikationen; der universitäre Teil erhielt etwas mehr Raum für die Grundlagenfächer.<sup>145</sup>

\* \* \*

Hier schließt mein Bericht zur Diskursphase seit 1970, die mit den 1990er Jahren als endend angenommen wird. In diesen vier Jahrzehnten schwoll die Menge an Kommunikaten so sehr an, dass ich nur einen kleinen Teil davon zitieren oder wiedergeben konnte; zur Kenntnis habe ich weit mehr genommen, jedoch nicht alle, um nicht mehrere Recherchejahre damit zuzubringen. Die Auswahl geschah intuitiv, d.h. nach dem Einstieg über die vorab mir bekannten Orte wie Namen wurden die Fachmedien durchsucht und sämtliche relevant erscheinenden Hinweise aufgegriffen. Zu Archivbesuchen hat es nur ausnahmsweise gereicht. Eine Wiedergabe im Text erfuhren die für einen Gedanken charakteristischen Funde.

Die Überfülle des Stoffs habe ich in drei Kapiteln zu ordnen und einzugrenzen versucht: in Kap. 11 die drei erkennbaren Hauptlinien des Diskurses, in Kap. 12 den Streitverlauf und in Kap. 13 die ›Diskurseffekte‹, also den feststellbaren Niederschlag mit der Chance auf eine Nachwirkung. Zumal der Bericht über diese Effekte musste eine Auswahl treffen und viele Gebiete auslassen, selbst solche mit engem interdisziplinärem Austausch wie das Arbeits- und Sozialrecht.

<sup>145</sup> Vgl. Greßmann 2002: 32–34.

Zusammenfassend kann zu diesem Kapitel festgehalten werden, dass in den einzelnen Rechtsprovinzen unterschiedliche Ansätze der Sozialwissenschaften zum Zuge gekommen sind. Im Zivilrecht bildeten sich Kolonien der materialistischen Analyse, der Kritischen Theorie und der soziologischen Systemtheorie, teils auch in einer etwas seltsam anmutenden Kombination der beiden zuletzt Genannten. Kaum vertreten, abgesehen vom Strafrecht, war die Interpretative Soziologie, obwohl gerade diese Richtung mit ihrer Betonung auf Lebensweltanalysen als prädestiniert erscheint, die rechtlichen Beziehungen unter Privatleuten und mit Gruppen sozialtheoretisch und empirisch zu unterfüttern.

Das folgende, die Diskursanalyse abschließende Kapitel versucht sich an einigen Thesen, die sich aus der Betrachtung des Jahrhundertverlaufs aufdrängen. Danach wird noch ein Blick auf den juristischen Methodendiskurs der Gegenwart geworfen, innerhalb dessen die Gedankengänge des verflossenen Jahrhunderts nur noch rudimentär aufscheinen.



## FOLGERUNGEN UND PERSPEKTIVEN



## Kap. 14

# Fazit – Thesen zur Diskursgeschichte im 20. Jahrhundert

Statt einer Zusammenfassung wird eine Reihe von Thesen präsentiert, viele davon bloß als Gedankensplitter. Sie interpretieren den in den vorangegangenen Kapiteln geschilderten Diskursverlauf, daher könnten es auch mehr sein und vor allem: Auch ganz andere Schlüsse können aus der Diskursgeschichte gezogen werden. Deutlicher noch als die vorangegangenen Kapitel werden Auswahl und Formulierung der Thesen erkennen lassen, welche Erkenntnisinteressen und Wertpositionen den Verfasser geleitet haben – unvermeidlich, weil jede primärmotivierte Forschung auf einen solchen Kompass angewiesen ist. – Die folgenden *Thesen* erwuchsen aus der Beschäftigung mit den juristischen Methodendebatten. Die angefügten *Bemerkungen* sind nur skizzenhaft-kurze Einwürfe; sie dienen nicht der Begründung, sondern erläutern das Gemeinte und enthalten weiterführende Hinweise. In den Thesen und Glossen mischen sich, vielleicht irritierend, historisch-deskriptive mit präsentistisch-deliberativen Überlegungen. Das Changieren gehört anscheinend zu allen Betrachtungen der Geschichte: Sie werden im Lichte der Gegenwart unternommen.

### Zum Verlauf

- (1) *Zweimal ist im 20. Jahrhundert gezielt versucht worden, der Jurisprudenz eine sozialwissenschaftlich inspirierte Wende zu geben. Die Versuche waren weder erfolgreich (gemessen am Selbstverständnis), noch waren sie folgenlos (in der Außenbetrachtung gesehen).*

Im ersten Jahrzehnt war ein Kampf um die Rechtswissenschaft ausgerufen worden, und die Freirechtslehre versprach sich einen Fortschritt durch die damals neue Soziologie. Um 1970 wurden neue Rechtsfakultäten gegründet, einige davon mit dezidiertem Reformanspruch und Ausbildungsexperimenten. Aber alle Gründungseuphorie lief ins Leere. Wenn etwas geblieben ist, dann dieses: Im juristischen Feld begannen sich die Denk- und Handlungsweisen durchaus in eine Richtung zu wandeln, die Inhalt der vorangegangenen Auseinandersetzungen gewesen ist.

Bei aller Unübersichtlichkeit des vielstimmigen Diskurses, auch angesichts zahlloser Vermittlungsversuche, bleibt der Eindruck eines ungleichen Zweikampfs: Der kontinentale Stil des Rechtsdenkens veränderte

sich nur wenig. Trotz vieler Anläufe gelang nie ein großer Sprung: Die Idee des Sozialen drang nicht durch. Die Auseinandersetzung – so man hier eine Art Duell sehen möchte – erinnert an das Verhältnis zwischen Intellektuellen und Öffentlicher Meinung: Zahlreiche Einzelschlüsse, die meisten davon mit eigenem Konzept, rennen vergeblich gegen eine festgefügte Wand an. Das Lager der dogmatikkritischen Positionen einigte sich nie auf eine einheitliche Linie; erinnert sei an 1910, als die Freirechtler sich nicht zu einer Schule zusammenfügten, und an 1970, als Reform- und Fusionsdiskurs einander ablehnten. Die jeweils herrschenden Linien einer begrifflich-systematisierend orientierten Jurisprudenz blieben auf kurze Sicht unbeeindruckt. Langfristig durchaus feststellbare Wandlungen gaben nicht zu erkennen, inwieweit sie von den vorangegangenen Streitdiskursen ausgelöst waren.

- (2) *Der Diskurs zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften wurde fortlaufend geführt, obwohl nur die beiden Höhepunkte jeweils isoliert erinnert werden.*

In der zweiten Diskursperiode um 1970 ereignete sich mit 1910 Vergleichbares, ohne dass die beiden Debatten miteinander oder gar mit der Vorgeschichte verknüpft worden wären. Die da den Einbezug der Sozialwissenschaften forderten, hatten unterschiedliche und schwer vereinbare Teile davon im Sinn und konnten einander politisch oft nicht ausstehen. Sie bestanden auf der Alleineignung des jeweiligen Konzepts und verwarfen alternative Reformvorschläge. Das Lager der herrschenden Methodenmeinung hingegen publizierte in den breit rezipierten Fachmedien, sprach über die kleinen Unterschiede und wusste sich einig gegen Revoluzzer. Das politische Spektrum griff auch hier breit aus, die Positionen blieben aber unausgesprochen.

- (3) *Einige Protagonisten ragten im Stimmengewirr der Diskurse hervor und wurden stilbildend – andere gingen unter.*

Vor dem ersten Weltkrieg waren dies Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz und Ernst Fuchs mit spektakulären Schriften (Kap. 2 und 3). Um 1970 waren es die Stimmführer der drei Diskurslinien: Rudolf Wassermann, Rudolf Wiethölter und Helmut Schelsky (Kap. 12). Sie traten publizistisch und medial wirksam in Erscheinung, nutzten ihre institutionellen Ressourcen und setzten prononcierte Akzente.

Andere hier als Protagonisten gehandelte Personen sind in der Methodengeschichte (fast) vergessen worden. Zu Martin Drath (Kap. 9) hieß es später, er sei für die Geistesgeschichte »eine Figur aus der zweiten Reihe geblieben«.¹ So geht es, wenn nicht das Gewicht der Ideen, sondern

1 Bei dem Historiker van Laak 2009: 128.

der – vielleicht auch noch institutionell abgestützte – Einfluss bei Fachgenossen in der Bewertung den Ausschlag gibt. In die ›zweite Reihe‹ gerät, wer abseits des Hauptstroms denkt und seine abweichende Meinung nicht zu dramatisieren und nach vorn zu schieben versteht. Im Falle von Drath erklärten die Unebenheiten und Brüche einer akademischen Laufbahn, warum seine weiterweisenden Ideen nur wenig aufgegriffen worden sind. Der zitierte Historiker vermerkte wirkungsgeschichtlich kühl, verglichen mit Carl Schmitt stehe Drath für ein Talent, das wegen der Zeitumbrüche sich wohl nur eingeschränkt habe entfalten können. Ähnlich war es bereits Theodor Sternberg ergangen, als er nur in Japan auf eine Professur gelangen konnte. Sternberg (1878–1950) hatte eine antipositivistische Rechtslehre entworfen, zu der Kantorowicz/Gnaeus Flavius bemerkte, darin sei jene Juristenlogik, wie sie die traditionelle Hermeneutik bietet, so glücklich an den Pranger gestellt.<sup>2</sup>

(4) *Ofdmals waren es Einzelpersonen, die mit Produktivität und Perseveranz einen Integrationsdiskurs mobilisierten.*

Ihre Initiative und ihr Einfluss beschränkten sich auf das spezielle Rechtsfeld, in dem sie tätig und kompetent sind. Ohne die Teildiskurse wäre das Gesamtthema nicht zustande gekommen. Solche ›Diskursunternehmer‹ waren beispielsweise R. Wassermann (für die juristische Ausbildung), R. Wiethölter (für das Wirtschaftsrecht) und F. Sack (für die Strafverfolgung).

(5) *Es gab verschiedene Diskursszenen: Neuerer vs. Bewahrer, Neuerer untereinander.*

Mit besonderer Schärfe kritisierten einander Diskursteilnehmer, die sich in sehr vielen Hinsichten ›eigentlich‹ nahestanden, aber über Details verschiedener Meinung waren. Die Äußerungen fokussierten sich dann auf die Differenzen, statt erst einmal das Gemeinsame hervorzuheben und die Distanz zur überkommenen Meinung zu betonen. Beispiele dafür sind aus der Diskursperiode zu Jahrhundertanfang: H. Kelsen contra E. Ehrlich sowie auch die Freirechtler untereinander. So musste die Minderheit als zerstritten erscheinen und konnte dann im Einzelnen abgefertigt werden, ohne dass jemand dazwischenging. Mangels eines Binnendiskurses versäumten die Innovateure, einen Leitfaden zu spinnen, der ihre beachtlichen Gedanken zusammengefasst hätte. Jeder werkelte am eigenen Konzept, ohne dass sich eine Denkschule auftat.

In der späten Weimarer Zeit verkeilten sich H. Heller und H. Kelsen in einander.<sup>3</sup> Das Gemeinsame bestand in republikanischer Gesinnung

2 Vgl. Sternberg 1904; Kantorowicz 1906: 23; Bartels-Ishikawa 1998; Rehbinder 2000.

3 Vgl. Müller 2010: 69.



und Sympathie für eine gleichheitsorientierte Politik, ferner in der Aufgeschlossenheit für die Sozialwissenschaften. Zumal Hans Kelsen eignete sich als Gegenpol umso weniger, als auch er einen soziologischen Staatsbegriff vorschlug und andere Beiträge zur Soziologie leistete. Doch man schoss sich auf die Reine Rechtslehre ein, auf einen zugespitzten Idealtypus juristischen Denkens, der in der gegebenen Jurisprudenz kaum je verwirklicht war.

Ganz anders die Beiträge des Traditionslagers. Sie unterschieden sich untereinander mindestens ebenso stark, was sie aber als Ausdruck jeweiliger Individualität bestehen ließen und höflich diskutierten. Damit konnten sie sich der gemeinsamen Grundlage gewiss bleiben und die Große Koalition positivistischer Methodik aufrechterhalten.

- (6) *Die beteiligten Akteure blieben wissenschaftlich präsent, meist auf Feldern, die sie ohnehin schon beackert hatten.*

Für die erste Streitphase zeigte sich das an Hermann Kantorowicz, der bis zum letzten Buch unbeirrt, wenngleich modifiziert, an seiner freirechtlichen Einstellung festhielt; sein Arbeitsfeld war die Strafrechtsgeschichte. Nach der zweiten Streitphase scharte Rudolf Wiethölter über viele Jahrzehnte einen Kreis um sich; das Arbeitsfeld lag im Wirtschaftsrecht. Auch Wolfgang Hoffmann-Riem vertrat über Jahrzehnte die ›Neue Verwaltungsrechtswissenschaft‹.

- (7) *Stets versuchte die nächste rechtswissenschaftliche Generation, methodologische Innovationen der Vorgänger abzuwickeln und die Änderungen vergessen zu machen.*

Das Ziel scheint zu sein, das eventuell ramponierte Bild der Rechtsmethodik zu reparieren, indem rückwirkend ein einheitliches Agieren behauptet wird. Zum Streit um die Freirechtslehre hieß es in den 1920er Jahren wiederholt, inzwischen werde so verfahren, ja eigentlich habe man immer schon so judiziert. Ein anderer Fall: der ›Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft‹ der 1980er wurde später zwar ein Schub für die Verwissenschaftlichung der Dogmatik, insgesamt aber wenig Neues bescheinigt.<sup>4</sup>

- (8) *Das Diskursgedächtnis ist kurz.*

Die juristische Literaturproduktion hat meist eine begrenzte Haltbarkeit, nur wenig wird längerfristig verwertet. Schon deswegen gelten die Aufregungen von 1970 heute oft als überwundene Episode – wie eine überstandene Krankheit; die Infektion durch den sozialwissenschaftlichen Virus wurde abgewehrt. Innerhalb einer Diskursgeschichte des

4 Gärditz 2017: 123–144.

rechtsdogmatischen Denkens wurde als einziger Effekt vermerkt, »die klassisch juristische Arbeit am geltenden Recht [...] genauer zu definieren«.<sup>5</sup> Tatsächlich war damals ja das Primat dogmatischer Begründungen der Hauptstreitpunkt. Wenn es indessen an derselben Stelle kurz darauf heißt, nun werde »Rechtsdogmatik nicht mehr gleichbedeutend mit Rechtswissenschaft oder Jurisprudenz verstanden, dann hat die juristische Arbeit sich ja doch von der früheren Art entfernt.

## Die Identität der beteiligten Fächer

### (9) *Die Nachfrage nach sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen ging von der Jurisprudenz aus.*

Der Bedarf an zusätzlichen Erkenntnissen wurde von Jurist:innen angemeldet, die viel Sozialwissenschaftliches rezipiert hatten. Dafür gibt es viele Belege. Der Verfassungsrichter Konrad Hesse hatte die Forderung der einzigartigen ›Richtigkeit der Ergebnisse‹ juristischer Entscheidungen als ›Fiktion und Lebenslüge der Juristen‹ bezeichnet, Josef Esser 1970 sein einflussreiches Buch über »Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung« veröffentlicht. Hoffmann-Riem sah eine »Phase der Verunsicherung«, in der die Forderung nach Versozialwissenschaftlichung auf fruchtbaren Boden gefallen sei.<sup>6</sup> Letztendlich fehlte es der juristischen Denkweise an methodologisch ausgewiesenen Anknüpfungspunkten beim unausweichlichen Bezug auf die zu regelnden Wirklichkeiten.

### (10) *Der Abgrenzungsstreit zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften war kein Kampf zwischen den Fachinstitutionen, sondern eine innerdisziplinäre Auseinandersetzung unter Juristen.*

Diese These ergibt sich aus der vorangegangenen Feststellung zur Nachfrage. Bis zu einem gewissen Grade mag es sich auch um einen Konflikt zwischen Staat und Rechtseinrichtungen gehandelt haben. Sowohl das Fach Soziologie als auch die einzelnen beteiligten Soziolog:innen wurden hineingezogen.

### (11) *Das rechtswissenschaftliche Herkommen und die Kraft der Fachidentität haben die sozialwissenschaftliche Infiltration neutralisiert.*

In methodenhistorischer Perspektive schien es, dass die Reformversuche stets an der Beharrungskraft rechtswissenschaftlichen Herkommens abgeprallt sind. Der Rückblick bis ins 19. Jahrhundert zeigt, wie

<sup>5</sup> Sahm 2019: 38.

<sup>6</sup> Vgl. Hoffmann-Riem 1990: 79 f.

schon damals und seither immer wieder versucht worden ist, die dogmatische Rechtswissenschaft für Belange des ›Lebens‹ und zur Gesellschaft hin zu öffnen, und dass diese Versuche aber längerfristig leerließen.<sup>7</sup> Nur Partikel einer sozialwissenschaftlich informierten Sicht und auch nur dann, wenn sie von Juristen zu Juristen gesprochen wurden, gelangten in die Denk- und Redeweisen der Rechtsdogmatik. Um nur ein einziges Beispiel zu nennen: bereits in der Staatslehre des Lorenz von Stein (1815–1890), worin Staat und Recht die Einheit der Gesellschaft zu garantieren hatten, konnte die »Wissenschaft des positiven Rechts«, d.i. die heutige Rechtsdogmatik, »ohne die Wissenschaft der Gesellschaft nicht gefunden werden«.<sup>8</sup> Sowenig es damals schon eine Soziologie im heutigen Sinne gab, so deutlich wird hier ein analoger Gedanke formuliert.

(12) *Ein Abgrenzungskonflikt zwischen Rechts- und Sozialwissenschaften hat, außer auf rhetorischer Ebene, zu keiner Zeit bestanden.*

Was selten angesprochen wurde: die Soziologie ist eine theoriegenerierende, hingegen die Jurisprudenz eine anwendungsbezogene Wissenschaft. Die eine will erklärend verstehen, die andere Entscheidungen vorbereiten. In weiten Bereichen konnten sich die beiden Disziplinen gar nicht ins Gehege kommen, brauchten also um ihre Fachidentität nicht zu fürchten. In der Hitze des Diskursgefechts klang das manchmal anders. Der reformorientierte Verwaltungswissenschaftler Klaus Lenk formulierte es einmal so: Die Rechtswissenschaft betreibe in ihren (dominierenden) dogmatischen Teilen keine Grundlagenforschung, sondern sei eine »unentwickelte Entscheidungstheorie mit einigen Besonderheiten«.<sup>9</sup>

Im Rückblick ist die Radikalität der Integrationsidee entschärft worden. Wolfgang Hoffmann-Riem, einer der Akteure in Hamburg, hat sich zwischen 1977 und 2011 immer wieder kenntnisreich zu unserem Thema geäußert. Dabei akzeptierte er eine sozialwissenschaftliche Expertise, insoweit sie der »Ablösung unüberprüfter Alltagstheorien«, »der Anpassung an veränderte Verhältnisse und damit als Anpassung zur Lebensnähe des Rechts verstanden werden konnte«. Allerdings hätte man dazu nicht die ganze Affäre entfachen müssen. Rückblickend sagte er 2016: »Motiv der Reformen war nicht ein Angriff auf die Rechtswissenschaft als solche; ihr besonderer Status als normorientierte Wissenschaft stand nicht zur Disposition.«<sup>10</sup>

7 Vgl. Dubischar 1978: 86–86.

8 Vgl. v. Stein 1856: 228.

9 Lenk 1970: 277.

10 Hoffmann-Riem 1990: 81 sowie bei van de Loo 2016: 596.

(13) *Der Wunsch nach Integration bezog sich auf viele ›Nachbardisziplinen‹ und eher selten auf die Soziologie i.e.S.*

In der Frühzeit des Streitdiskurses war zwar viel von ›Soziologie‹ die Rede, aber in einem wenig konturierten Sinne. Um 1970 hatten die Mitglieder der Reformkommissionen eher die Politische Ökonomie vor Augen, wohingegen Soziologie i.e.S. als ›bürgerliche Wissenschaft‹ verachtet wurde und folglich beiseite blieb. Zu allen Zeiten hat sich freilich hinter der Tür mit der Aufschrift ›Soziologie‹ oder ›Sozialwissenschaften‹ ein weites und vielstimmiges Feld aufgetan. Das breite Etikett beantwortete nicht die Frage, *welche* Soziologie es denn für die Verwendung in der Jurisprudenz sein solle. Heute besänftigt dies die Idee einer ›multiparadigmatischen‹ Soziologie.

Unter der Integration von Rechts- und Sozialwissenschaften wurde um 1970 im Rechtsunterricht verstanden, »die historischen, politischen, gesellschaftlichen, technischen und ökonomischen Voraussetzungen und Folgen rechtlicher Regelungen zu verdeutlichen«. Hier ließ sich schon ahnen, dass nicht Soziologie i.e.S. gemeint war, sondern ein großer Kranz von Wissensbeständen. Leibfried sprach von einem »Wissenschaftshaufen«. Und bei Wiethölter hieß es: »Dabei ist völlig belanglos, ob etwa die Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft oder als Geisteswissenschaft, als empirische oder als normative rubriziert wird.«<sup>11</sup>

Nur selten wurde in der Jurisprudenz konkret geprüft, inwieweit Soziologisches in ihre Arbeit hineinragt und ob das mit dem eigenen Methodenverständnis vereinbart werden könne. Dann wurden positive Belege für eine punktuelle ›Integration‹ genannt. In zahlreichen Fällen habe der Bundesgerichtshof in Zivilsachen bisher schon Aussagen verwendet, »die das Einbringen sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse nötig oder jedenfalls möglich gemacht hätten, und zwar auch gerade in der ›typisch rechtlichen‹ Argumentation«.<sup>12</sup>

(14) *Die politische Verortung der Soziologie entsprach nicht dem Selbstverständnis des Fachs.*

Die Eignung der Soziologie, gesellschaftliche Ungleichheit anzusprechen, leitet sich nicht so sehr aus dem Selbstverständnis und Herkommen dieses Faches her, mit dem es in den 1960ern mit Ungleichheitsthemen prominent wurde und sich als ›die Soziologie‹ im linken Spektrum verortet fand. Als dann der damals geradezu modische Marxismus auch in der Wortwahl deutlich hervortrat, verfielen die Sozialwissenschaften zur Gänze der Ablehnung durch eine fast einmütige Majorität in der etablierten Jurisprudenz.

11 Zitate bei Enck u.a. 1978: 118; Leibfried 1973: 192; Wiethölter 1968 a: 40.

12 Jost 1979, S. 13, 160.

Für die Soziologie lässt sich aber keine partei- bzw. richtungspolitische Heimat feststellen. Als Beispiel seien einmal die drei Gründerfiguren genommen: Max Weber war bei der liberalen DDP, Georg Simmel nur ganz kurz in der SPD, Émile Durkheim galt zumindest passagenweise als konservativ. Fachintern kommunizieren die Mitglieder miteinander unabhängig davon, was über ihre politische Präferenz bekannt ist, ähnlich wie in der Jurisprudenz.

(15) *Nach einem Jahrhundert streitiger Diskurse hat sich das Verhältnis der Disziplinen beruhigt – spätestens um 2000 gab es keine Grenzdebatten mehr.*

Einige Jahrzehnte nach 1970 pflegten die beiden einst zerstrittenen Fächer ein freundliches Nebeneinander, d.h. sie kamen einander nicht mehr ins Gehege. Wie die Auseinandersetzung sich stillstellte, ließ sich am Betrieb zweier Fachvereinigungen beobachten. Die bereits im Jahre 1972 in der Soziologie-Fachgesellschaft DGS gegründete ›Sektion Rechtssoziologie‹, hervorgegangen aus dem seit 1970 bestehenden ›Arbeitskreis Rechtssoziologie‹, und die 1975 gegründete ›Vereinigung für Rechtssoziologie‹ (seit 2010: ›Vereinigung Recht und Gesellschaft‹) betrieben anfangs noch den Hader von 1970. Durch Doppelmitgliedschaften, wechselseitige Tagungsteilnahmen und vor allem: durch ihr identisches Thema und die gemeinsam beschickte *Zeitschrift für Rechtssoziologie* stellte sich ziemlich bald eine fruchtbare Zusammenarbeit ein.<sup>13</sup>

## An den Grenzstellen und die Arten der Verwendung

(16) *In weiten Bereichen des juristischen Denkens wurde methodologisch anerkannt, dass sozialwissenschaftliche Erkenntnisse einsetzbar sind.*

Als unproblematisch galt eine Verwendung in der Rechtspolitik und Gesetzgebung, ebenso die Rechtstatsachenforschung in der Sachverhaltsaufklärung und schließlich das allgemeine Nachdenken über den sozialen Charakter von Recht. In all diesen Situationen werden keine im engeren Sinne rechtswissenschaftlichen Entscheidungen getroffen. Schwierig und streitig wird es nur auf dem Feld der Rechtsdogmatik, denn dort werden die unmittelbar legitimierenden Grundlagen juristischer Akte erzeugt.

Für die Schaffung neuer Gesetzesnormen war stets unumstritten, dass die relevanten Erkenntnisse aus allen Wissenschaften heranzuziehen seien. Für Klaus Hopt bestand schon während der 1970er Jahre eine

13 Vgl. Wrase 2006.

Einigkeit, dass »die Sozialwissenschaften als für eine rationale Gesetzgebung unentbehrlich gelten. [...] Rechtspolitik und Gesetzgebungslehre waren keine juristischen Disziplinen.«<sup>14</sup> Soziologie und Politologie haben sich mit der, wie es dort genannt wurde, Genese von Recht beschäftigt und für eine Reihe spezieller Gesetze empirische Studien vorgelegt. Oft zielten diese darauf, die für illegitim gehaltenen Einflüsse der außerparlamentarischen Lobby und Interessenverbände aufzudecken. So wurde der Entstehungsprozess von Recht beschrieben und erklärt, nur wurden keine Konsequenzen für eine ›Gesetzgebungslehre‹, wie das in der Jurisprudenz genannt wird, gezogen. Beide Forschungsrichtungen – Genese und Methodik der Gesetzgebung – konnten sich rätselhafterweise nie stark entwickeln. Zusammenhängen dürfte es u.a. damit, dass die Praxis der Legislative bei uns in die Hände professioneller Jurist:innen gelegt ist, und zwar in der Ministerialbürokratie. Damit erhalten die Denkweisen der Rechtsdogmatik unausgewiesen einen verborgenen, aber kräftigen Einfluss auf die Textformulierung. Sprache, ›Systematik‹ und Hintergrundwissen der Jurisprudenz formen jedes neue Gesetzes- und Verordnungsrecht, wenn es nicht symbolhaft bleiben will.

(17) *Die Rezeption sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse wurde auf einzelnen Inseln im Rechtsdenken heimisch.*

Sozialwissenschaftliche Gedankengänge in erkennbarer Form haben in jedes dogmatische Rechtsgebiet Eingang gefunden. Sie bildeten hier kleine Siedlungen, aber nur selten feste Diskursgruppen, was schon aus ihrem marginalisierten Status innerhalb der Rechtswissenschaft folgte. Soweit ein organisierter Zusammenhang festzustellen war, blieben es lockere Zirkel teilweise geistesverwandter Leute, die nur temporär ein gemeinsames Ziel verfolgten. Für die Freirechtler um 1910, schon quantitativ Wenige, ist das öfter konstatiert worden. Die Reformbegeisterten um 1970 versammelten sich mehrheitlich an den Orten der experimentellen Ausbildung, und sie gründeten Vereinigungen. Aber kein Mitgliedschaftsregime veranlasste so etwas wie In- oder Exklusion. Mit dem Anstrich des Innovativen, Modernen, ›Interessanten‹, leicht Dissidenten ernteten sie Aufmerksamkeit, wurden skeptisch beäugt, manchmal auch diskutiert, aber nicht (mehr) stigmatisiert.

Diese Inseln können sich als ›Erben‹ der soziologischen Rechtsbewegungen des 20. Jahrhunderts betrachten. Doch die Vorläufer haben nicht aus eigener Kraft die Ansiedlung bewirkt. Stärker waren die aus der anglo-amerikanischen Rechtskultur kommenden Einflüsse. Viele juristisch-akademische Jüngere sind interkulturell erfahren (Studium, Praxisstationen, Forschungen); sie haben den Import sozialwissenschaftlicher Ideen mitbewirkt. Nur zu einem kleinen Teil handelt es sich auch

14 Hopt 1975: 341 f.

um Re-Importe der frühen Rechtssoziologie, deren Vertreter häufig haben emigrieren müssen. Das Beharrungsvermögen der überkommenen Dogmatik und ihres Denkstils ist weiterhin so hoch, dass kein Umbruch in neue Arbeitsweisen zu erkennen ist. Ob der schleichende Wandel anhält, liegt in den Händen des Nachwuchses.

(18) *Es fehlte an einer ›Theorie der Rechtspolitik‹.*

Sie war angedacht, konnte sich aber nicht etablieren. Spätestens seit den 1970er Jahren bestand Einigkeit darüber, dass jede Gesetzgebung der vorherigen sozialwissenschaftlichen Beratung über die zu regelnden gesellschaftlichen Verhältnisse bedarf. Die Rechtsdogmatik meldet für die Phase der Verrechtlichung allenfalls den Anspruch an, die kommenden Regeln sollten sich der ›Systematik‹ vorhandener Regeln einpassen. Darüber hinaus wird der normative Gehalt eines neuen Gesetzes nicht vorgegeben – es sei denn, die professionelle Vorprägung der das Gesetz formulierenden Personen, zumeist mit volljuristischer Vorbildung, übe einen Einfluss aus (das wurde noch nie untersucht). Die Legislative des Parlaments ist nicht rechtswissenschaftlich eingebunden (wiederum abgesehen davon, dass auch hier viele Jurist:innen sitzen und es einen Wissenschaftlichen Dienst gibt). Die Soziologie könnte dort unbehindert ihre Erkenntnisse einspeisen. Allerdings ist das weder vorgeschrieben, noch existiert eine elaborierte Methodik des Gesetzemachens. Die sozialwissenschaftliche Fundierung der Gesetzesvorlagen obliegt den Referaten der Fachministerien (die sich auf diesem Wege vielleicht der Beeinflussung durch die Lobbyisten erwehren könnten).

Das Methodenthema, wie die Gesetzgebung von den (Sozial-) Wissenschaften beraten wird bzw. werden kann, liegt bis heute weitgehend brach. Ein dünner Zweig der Rechtswissenschaften nennt sich ›Gesetzgebungslehre‹ und wird gelegentlich als Teil der juristischen Ausbildung genannt. Die hier aufzuwerfenden Fragen werden vor allem in politikwissenschaftlichen Fallstudien und in verfassungsrechtlichen Arbeiten behandelt und nicht in der Rechtssoziologie.<sup>15</sup>

(19) *Erst wenn die methodischen Möglichkeiten des sozialwissenschaftlichen Einsatzes genau bezeichnet sind, kann es zum konstruktiven Dialog kommen.*

Was Reform- und Fusionsdiskurs meinten, wurde erst sehr viel später klar formuliert. Dieter Simon kommentierte, »dass dies nicht durch eine Überführung der Jurisprudenz in Rechtstheorie oder Rechtssoziologie zu schaffen war, sondern dass das gesamte Fach sozialwissenschaftlich neu zu strukturieren gewesen wäre, wenn die sozialen, ethischen und

15 Vgl. Schulze-Fielitz 2000: 158.

politischen Bedingungen, die das Formalrecht systematisch aus dem Rechtshaushalt verbannt hatte, wieder integriert werden sollten«. Er hielt dies für eine gigantische Aufgabe mit dubiosen Erfolgchancen, weswegen man sich bald mit einem interdisziplinären Konzept ›Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften‹ (Dieter Grimm 1973/1976) zufriedengegeben habe, bei dem »die systematische Vermittlung eines solchen Konzepts teils wegen der Masse des Stoffes, teils wegen Dissenses über generalisierbare Exempel unterblieb«.<sup>16</sup>

(20) *Offen eingesetzt wurden Sozialwissenschaften juridisch nur dort, wo in der Rechtsnorm ein Anknüpfungspunkt für extrajuridische Aussagen vorhanden ist.*

Wie es einmal heißt, werden Sozialwissenschaften juridisch nur dort relevant, »wo eine Rechtsnorm eine ›Einbruchsstelle‹ bzw. einen Anknüpfungspunkt für das Einfließen extrajuridischer Aussagen enthält«. Sodann »können von der *Rechtswissenschaft* informiert und methodenbewusst dogmatisch rezipierte und für die Rechtsanwendung aufbereitete sozialwissenschaftliche Erkenntnisse« zur Verfügung gestellt werden.<sup>17</sup> Verräterisch ist das hier von dem Dogmatiker verwendete Bild einer »Einbruchsstelle«, das an ein Unglück oder Verbrechen denken lässt. Oder gibt es legitime, gar methodologisch geforderte ›Einbrüche‹?! Auf jeden Fall sehen wir ein Nadelöhr, durch welches sich nur wenig Sozialwissenschaft fädeln lässt.

(21) *Sozialwissenschaftliche Theoreme wurden in der Rechtsdogmatik eher verwendet, wenn sie normative Anschlussstellen enthielten.*

Die Übervorsicht aus der Tradition der Wertfreiheitsdebatte und des Kritischen Rationalismus hat die Soziologie zurückhaltend und ertragsarm mit als normativ erkennbaren Aussagen werden lassen. Schon bei den ihrerseits normativ getränkten Konzepten der Steuerung, Governance oder der Ökonomischen Rechtsanalyse fiel der Transfer schwer.

(22) *Die Integration gelang dort am ehesten, wo in der Rechtswissenschaft Vorarbeit geleistet worden war oder eine gewisse Tradition bestand.*

Dies ist der Fall beispielsweise in der Verwaltungsrechtswissenschaft, wo derartige Debatten mit Otto Mayer und Otto von Gierke zur Vorgeschichte unseres Themas gehören. Einen Kontrastfall bildet das Privatrecht, dessen Dogmatik eine Integration immer schon heftig abgelehnt hat.

<sup>16</sup> Alle Zitate bei Simon 1990: 162.

<sup>17</sup> Kahl 2020: 147.



(23) *Die mittelbare und latente Rezeption ist nur aufwändig zu dokumentieren.*

Gemessen am Aufsehen, das die Konflikte um 1970 hervorriefen, nehmen sich die institutionell bleibenden Wirkungen vielleicht gering aus, sofern sie manifest ins Auge fallen. Die mittelbaren Wirkungen sind schwerer zu dokumentieren. Und wenn ein Rechtslehrer des Reformkreises schrieb, die Rechtswissenschaft habe mittlerweile »einen Grad von Interdisziplinarität erreicht, der 1968 unvorstellbar erschien«, dann dürfte das zutreffen.<sup>18</sup> Nur wurden und werden solche Veränderungen selten explizit ausgestellt, sodass offenbleibt, ob auch die *Old School* den Eindruck teilt.

Eine Rezeption der Sozialwissenschaft im juristischen Arbeiten geschieht auf diffuse und verkappte Weise im Zuge des allmählichen Wandels der methodischen Gepflogenheiten. Für den 1970er Diskurs wurde das 1980 so konstatiert: »Die mit dem Stichwort von der Integration der Sozialwissenschaften genannten Zielsetzungen der Reform sind heute eher akzeptiert und in die Rechtswissenschaft integriert.«<sup>19</sup> Eine Explizitheit wäre erst durch die Zitierung sozialwissenschaftlicher Literatur gegeben, was sehr selten vorkommt. Dies bedeutet nicht zwangsläufig, dass solche Literatur nicht gelesen wird – es mag inopportun sein, sich dazu zu bekennen. Mithin wären Art und Ausmaß einer Rezeption erst in Zeitvergleichen festzustellen, also durch eine empirisch-historische Analyse juristischer Texte – durch eine Inhaltsanalyse, die nicht lediglich Zitiertes aus zählt, sondern Argumentationen rekonstruiert.

(24) *Manche Reformforderungen wurden stillschweigend akzeptiert.*

Die zu den Diskurshöhepunkten mit Berufung auf die Sozialwissenschaften vehement eingeforderte Modifikation der juristischen Arbeitsweise wurde zunächst zurückgewiesen, fand sich aber später als akzeptiert. Das betraf um 1905 die Befreiung von Begrifflichkeits- und Konstruktionszwängen sowie nach 1970 die Öffnung zu den Sozialwissenschaften. Der Wandel vollzog sich fast unbemerkt und wurde im zeitlichen Abstand als vollzogen konstatiert. Oder es waren Neogesetze, zu denen kein dogmatisches Herkommen bestand, sodass sie mit sozialwissenschaftlicher Expertise interpretiert werden konnten. »Die neuen Gegenstände ließen sich nicht mehr mittels dogmatisch gespeicherter Erfahrungssätze bewältigen, sondern verlangten nach interdisziplinärer Aufklärung.«<sup>20</sup> Hoffmann-Riem hält die Forderung nach Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die rechtswissenschaftliche Arbeit heute für

18 Mückenberger 1989: 110.

19 Hart 1980: 420.

20 Lepsius 2022: 774 f.

weithin anerkannt, allerdings weniger »durch ausdrückliche Thematisierung als durch Nutzung der durch ›Versozialwissenschaftlichung‹ [...] veränderten Sichtweisen und Begriffe«. Die alten Abgrenzungstreitigkeiten seien beinahe überwunden. Und angesichts der mittlerweile erreichten ›Modernisierung‹ von Recht und Rechtswissenschaft »klingen die Inhalte gar nicht mehr so radikal und erst recht nicht so provozierend wie seinerzeit.«<sup>21</sup> Zu fragen ist: Waren die Reformer also ihrer Zeit *voraus*? Nein, ihre Versuche waren nicht *innerhalb* ihrer Zeit, und deswegen sind Reformer und Bewahrer gescheitert.

(25) *Das rechtsdogmatische Denken erfuhr einen allmählichen Wandel.*

Neben den expliziten Integrationsversuchen vollzog sich allgemein der allmähliche Wandel rechtsdogmatischen Denkens, ein Wandel, der ebenfalls von den Herausforderungen durch die Freirechtslehre und durch das Auftreten der Soziologie befördert wurde. Die hierdurch aufgenommenen Impulse gaben ihre Herkunft nicht zu erkennen und blieben im Schatten der spektakulären Entwürfe, die man kritisierte und zurückpiffte, nicht ohne ihnen später ein Stück weit zu folgen. An einer Beschreibung dieser Änderungsprozesse – die bereichsspezifisch vorzunehmen wäre – fehlt es bislang, und sie war auch in diesem Buch nicht zu leisten.

(26) *Der Import geschah in Grenzgängen, die von der Jurisprudenz aus unternommen worden sind.*

Erbracht wird die indirekte Art von Rezeption dann wohl von sozialwissenschaftlichen Dienstleistern oder besser noch durch die solche Erkenntnisse sich beschaffenden Jurist:innen.

(27) *Die ›Relevanz‹ sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse bestimmt die Jurisprudenz nach den eigenen Selektionskriterien.*

Nur nach der Anerkennung als ›relevant‹ werden die »nachbardisziplinären Erkenntnisse« in die Argumentation einbezogen. Ein Dogmatiker fasste das in den Satz, die Jurisprudenz verfüge über eine »disziplinäre Autonomie«, nicht aber über »Autarkie«.<sup>22</sup>

(28) *Juristische Erörterungen zur ›Natur der Sache‹ ersetzen den Rückgriff auf Grundlagenwissenschaften, darunter die Soziologie.*

Mit der Formel Natur-der-Sache wurde vermieden, empirische und theoretische Resultate der Soziologie heranzuziehen, die den *konstruierten* Charakter der Wirklichkeit herausgearbeitet hat. Die ›Natur der Sache‹

21 Hoffmann-Riem 2011: 173 bzw. 181.

22 Stark 2020: 321.

impliziert eine vorgegebene Ordnung und verbirgt ihren normativen Charakter. Um 1900 lagen solche Erkenntnisse auch kaum, vor; die damals entwickelte juristische Figur blieb aber erhalten.<sup>23</sup>

(29) *Das ›Gewohnheitsrecht‹ diente als Einfallstor.*

An der Figur des Gewohnheitsrechts machte sich eine Gedankenverbindung zwischen Rechtswissenschaft und Soziologie fest. Die sozialen Gebräuche und die Akzeptanz ihres normativen Gehalts festzustellen, konnte eine mit soziologischen Mitteln zu erfüllende Aufgabe sein, wie es die treibende Idee bei Eugen Ehrlich gewesen war.

(30) *Gibt es eine Juristensoziologie?*

Juristische Aussagen verwandten ständig und notwendig Annahmen zur Wirklichkeit; die jeweiligen Autoren folgten hier ihrem Vorwissen und ihren Gedanken. Soweit es die soziale Dimension betrifft, wäre von ›Juristensoziologie‹ zu sprechen, im Unterschied zur nicht bemühten wissenschaftlichen Soziologie. Um ein fachliches Zusammenwirken handelt es sich dabei nicht. Diskursanalysen juristischen Entscheidens – ansetzend an den Kammerberatungen und den Urteilsgründen – könnten dies abklären. Vielerorts im juristischen Methodendiskurs tauchte die Soziologie als notwendiges Argumentationsmaterial auf. Allzu oft jedoch verblieb es bei einer generellen Empfehlung bzw. der Bezug beschränkte sich auf eine Art von Erkenntnishaltung – der juristische Kopf versucht soziologisch zu denken. Dies führte dann zu der beklagten ›Juristen-Soziologie‹. Dahin konnte es kommen, weil die Fachsoziologie sich nur selten mit den Verfahrensweisen und Gegenständen der Jurisprudenz beschäftigt hat, also gegenüber rechtswissenschaftlichen Anfragen stumm geblieben ist.

(31) *Sozialwissenschaftliche Erkenntnisse wurden umetikettiert und fungierten als neues Alltagswissen.*

Die Integration der Sozialwissenschaften sei unter weniger plakativer Titulierung inzwischen vielfältige Praxis, bemerkte Alfred Rinken.<sup>24</sup> Wie diese ›Titulierung‹ aussieht, lässt sich in dem immer noch führenden Lehrbuch rechtswissenschaftlicher Methoden nachlesen. Zur Bestimmung des Sachverhalts werde das Erfahrungswissen herangezogen, heißt es. »Solche Erfahrungssätze findet der Richter aufgrund seiner eigenen sozialen Erfahrung und vielfach in den juristischen Erläuterungsbüchern.«<sup>25</sup> Im besseren Fall zählen Erkenntnisse der Soziologie – wie immer sie dem Publikum vermittelt worden sind – dann zu jener ›eigenen

23 Vgl. die dogmengeschichtliche Analyse bei Anter 2004.

24 Rinken 2015: 270 unter Verweis auf Hoffmann-Riem 2011.

25 Larenz/Canaris 2013: 109.

sozialen Erfahrung«, allerdings ohne dass die Lieferantin bewusst wird bzw. deren Seriosität geprüft wäre. Wenn sich einige Impulse der Soziologie gegenüber der Rechtswissenschaft langfristig durchgesetzt haben sollten, dann um den Preis, dass die Urheberschaft verborgen bleibt. Die Soziologie verschwindet; dieses Schicksal teilen so gut wie alle ihre Anwendungen. Warum das so ist und ob die These vom Erfolg überhaupt stimmt, das sind neue Themen.

## Irritationen und Barrieren

(32) *Zum Topos ›Bindung ans Gesetz‹ entstand eine Sprachverwirrung.*

Nachdem einige freirechtliche Autoren, darunter Kantorowicz, zu weit gehende bzw. salopp formulierte Sätze von sich gegeben hatten, wurde die ganze Lehre als *Contra-legem* etikettiert und geriet damit in den Ruch, an den Festen der Rechtsstaatlichkeit zu rütteln. Selbstkorrekturen halfen nicht. Manche Stimme aus diesem Lager mit sozialwissenschaftlichen Argumenten wurde nicht mehr gehört. Auch das richtungweisende Buch von Rudolf Wiethölter (1968) wurde in Besprechungen als Wiederaufnahme der Programmschrift des *Gnaeus Flavius* (1906) gesehen, und zwar als »bei weitem radikaler und stärker politisch orientiert«. <sup>26</sup> Die Unklarheit des Sprechens, gewiss auch in diesbezüglichen sozialwissenschaftlichen Schriften, nährte ein Missverstehen und erlaubte vordergründige Abgrenzungen. Dabei setzte Kantorowicz nicht auf die Freiheit von positivem Recht, sondern auf dessen Neuauslegung mithilfe soziologischen Wissens. Hierin, und nicht in der Auflösung der Gesetzesbindung, lag das Neue.

(33) *Erst spät wurde geklärt, worin die ›politische‹ Substanz einer Soziologisierung des Rechtsdenkens besteht.*

Geblichen sei von dieser Art von Justizsoziologie ebenso wenig wie von den Auseinandersetzungen um die Politisierung der Justiz, schrieb Dieter Simon mehrdeutig. Was er meinte, steht gleich danach: Die Justiz habe in diesem Diskurs allmählich erreicht, »was unter ihren Mitgliedern und Kritikern noch umstritten war: demokratische Justiz in einem demokratischen Staat zu sein« – m.a.W. die demokratiepolitischen Implikationen der Justizforschung haben zum Erfolg geführt. <sup>27</sup>

(34) *›Ungleichzeitigkeit‹ als Disparität der Erkenntnisstände.*

Wenn Hermann Heller der Soziologie ein Primat vor der Jurisprudenz einräumte, dann nur der Idee dieser Wissenschaft nach, keinesfalls aber

<sup>26</sup> Kramer 1970: 82.

<sup>27</sup> Simon 1990: 161.

im Erkenntnisstand. Am Ende der 1920er Jahre befanden sich zwar die abstrakten Theorien der Soziologie auf einem Niveau, das orientierende Hypothesen erlaubte; aber empirisch war noch zu wenig geschehen, als dass die Staatsrechtswissenschaft damit hätte arbeiten können. Hellers überraschende Prioritätensetzung konnte daher nur als prototheoretische Behauptung für die interdisziplinäre Kooperation gelten.

(35) *Die kräftigste Rezeptionsbarriere war der Glaube an das Geschlossensein der Rechtsordnung, aus dem heraus sich alle Fragen beantworten lassen müssten.*

Gegen diesen Systemcharakter gingen die Freirechtler an; ihnen war das Recht eher Stückwerk, es bestand aus Einzelnormen und Gesetzbüchern. Indem Kantorowicz den voluntaristischen Charakter, also den subjektiven Gehalt juristischer Entscheidungen betonte, holte er diese aus dem Himmel der Begriffe auf die Erde von Individuen und Institutionen. Damit öffnete er einer soziologischen Herangehensweise die Tür. Mit dem oft beschworenen Bild der ›Lücken‹ malte er das Poröse aus. Das Gesetz enthalte mehr Lücken als Wörter, behauptete Gnaeus Flavius. Die Metapher schlug ein und erntete wütendes Kopfschütteln.

(36) *Die Rechtsdogmatik ist die Königsdisziplin der Jurisprudenz.*

Die Idee, alle geltenden Rechtsnormen seien in einem organisch-systematischen Zusammenhang abbildbar (C.H. v. Savigny), hat die Jurisprudenz von ihren empirischen Grundlagenfächern entkoppelt.

(37) *Die Barrieren durchlaufen in der Generationenfolge eine Metamorphose.*

Vieles im heutigen Denken und Mitteilen verdankt sich der Generationsdifferenz; die Jüngeren sind in Erfahrung und Sprache anders sozialisiert. Daher drückt der heutige Diskurs manches anders aus als der von 1970, ohne dass zugrundeliegende Muster sich geändert haben müssten.

## Der juristische Normativismus

(38) *In den Aussagen der Jurisprudenz werden die Normen, nicht aber die Fakten mit höchstem wissenschaftlichem Aufwand bearbeitet.*

In allen nachbarlichen Grenz- und Austauschdiskussionen tauchte beständig das Argument auf, in der Jurisprudenz gehe es um *normative* Urteile, die sich gegen das Eindringen empirisch begründeter Aussagen sperrten. Umgekehrt hatten die Sozialwissenschaften eine heftige Debatte über die Werturteilsfreiheit geführt, mit einem präzisen Aufsatz von

Max Weber aus dem Jahre 1914. Diese Position hat sich verstörend auf den Auftritt von Hermann Kantorowicz auf dem ersten Soziologiekongress ausgewirkt (Kap. 4). Für Weber bestand konkreter Anlass, der Politisierung der gerade entstehenden Soziologie einen Riegel vorzuschieben. Auch der Positivismusstreit in der Soziologie der 1960er Jahre (Popper vs. Adorno, Albert vs. Habermas) bewegte sich um den Topos einer Wertfreiheit. Inzwischen haben sich die Aufregungen gelegt, die Fronten beruhigt: Normative Prämissen wurden erkennbar gemacht, empirische Resultate wurden als auch normativ voraussetzungsvoll erkannt usw. Das Kultur- und Wertgeladene sozialwissenschaftlicher Erkenntnis und ihrer Anwendungen wird heute stillschweigend akzeptiert; die Differenzierung in Entstehungs- und Begründungszusammenhang schuf Frieden. Nur bei Übersteigerungen der Wertgebundenheit einerseits, der reinen Empirizität andererseits entsteht heute noch Streit. Die Jurisprudenz aber beharrt auf einer in Anspruch genommenen Besonderheit, die andere Fächer nicht kennen.

(39) *Die Annahme einer ›Geschlossenheit des Rechtssystems‹ lockerte sich und wurde überwunden.*

Beim interkulturellen Stilvergleich von Rechtswissenschaften stellte sich heraus, dass im deutschsprachigen Raum die Rechtsdogmatik sich in erster Linie mit der systemimmanenten Weiterentwicklung des Rechts befasst, während in den USA fast immer von einem externen Blickwinkel ausgegangen wird, vornehmlich unter Einbezug von Soziologie, Politikwissenschaft, Philosophie und Ökonomie.<sup>28</sup> Als für den Unterschied verantwortlich gelten der amerikanische Rechtsrealismus und der Utilitarismus. Während der zweite Faktor für eine Nutzenanalyse selbstverständlich ist, muss für den ersten an Kantorowicz und die Debatten um 1910 erinnert werden, die dem *Legal Realism* damals als verwandt erschienen.

Ein Kollateralkonzept zur Geschlossenheit des Rechtssystems war die Debatte zur Lückenlosigkeit, denn ›Lücken‹ können ja nur in einem Gebilde auftreten, das als Ganzes gedacht wird. Wird das Recht hingegen als ein Weg unter mehreren in der Konfliktbearbeitung gesehen und die Rechtsdogmatik als das juristische Fach zur zusammenfassenden Vorbereitung der Konfliktlösung, dann verschwindet das Lückenproblem zugunsten der Kooperation vieler Wissensbereiche.

(40) *Die Jurisprudenz hat eine eigene Erkenntnistheorie.*

Normativität, zumal wenn sie innerhalb der Rechtstheorie besprochen und als feststehender Begriff behandelt wird, fungierte als Hauptelement

<sup>28</sup> Grechenig u.a. 2008: 514 f.

in der Abwehr des Sozialen – dieses unterscheide sich essentiell und gehöre zum Bereich der Faktizität. So kam es zu den in vollster Überzeugung tausendfach wiederholten Behauptungen, normative Urteile ließen sich niemals auf soziale Fakten gründen. Wenn es denn so einfach wäre ... Der Neukantianismus, die analytische Philosophie, die Meta-Ethik unterhalten darüber ausgedehnte Diskurse, die demonstrieren, dass die Unterscheidungen Faktizität-Normativität, Sein-Sollen usw. metaphysische Setzungen sind, was bedeutet, dass sie axiomatisch als Erkenntnistheorie den Diskurs zu unserem Thema grundieren. In der aktuellen Rechtstheorie wird der Punkt manchmal behandelt, bislang ohne den Charakter des Selbstverständlichen und scheinbar Nichtbegründungsbedürftigen anzutasten.<sup>29</sup>

Wer auf den angestregten und ziemlich willkürlich anmutenden Versuch verzichtete, der Rechtsanalyse eine eigene Erkenntnistheorie zur Seite zu stellen, hatte es plötzlich ganz einfach mit den anderen (!) Sozialwissenschaften. *Allzu einfach*, wie zu befürchten stand, in den Augen der Bewacher der ›Zitadelle des Rechts‹, insofern sie das Verhältnis juristischer und soziologischer Denkweise gern hochkompliziert in unübersichtlichen Gedankengebäuden verschlüsselten.

Die vielbemühte Trennung zwischen Sein und Sollen ist ein Gebot der Logik, wurde aber wie eine ontologische Aussage behandelt. Auch bei Kelsen wurde das Verbot einer ›Vermischung‹, der sogenannte Naturalistische Fehlschluss, nicht begründet, sondern vorausgesetzt. Es hätte hinzugefügt werden können, dass das juristische Handeln neben der logischen Sauberkeit auch einer Sachangemessenheit genügen will, wofür die geeigneten logischen Mittel rechtstheoretisch aufzufinden sein müssten. Kelsen hat später seinen ›normativistischen Positivismus‹, der ursprünglich die Rechtsauslegung gegen das Eindringen von Politik, Religion und Moral abgesichert hatte, in voluntaristischer Richtung umgedeutet.<sup>30</sup>

Die Fragen zum Verhältnis der ›Sein und Sollen‹ genannten Gedankenfelder zueinander und in den Einzelwissenschaften waren von der Philosophie aufgeworfen worden. Hatte sich das bei Immanuel Kant noch auf die ethische Begründung begrenzt, war es in den neukantianischen Schulen auf alle Wissenschaften erstreckt worden, ohne dass hier die Reichweite der epistemologischen Unterscheidung bereits geklärt gewesen wäre. In den Methodenlehren sowohl der Jurisprudenz als auch der Soziologie erhielt diese Problematisierung um 1900 ein äußerst hohes Gewicht. So ging es in Webers rechtssoziologischen Fragmenten

29 Vgl. dazu Magen, der das Konzept der Normativität auf der Grundlage der angelsächsischen Philosophie analysiert und nach einer »naturalistischen Erklärung rechtlicher Normativität [aus] dem Fundus der empirischen Sozialwissenschaften« sucht (2018: 52).

30 Vosgerau 2010: 74.

vorrangig darum, »nicht unzulässigerweise vom Seinsollenden ins Sein zu gleiten«, <sup>31</sup> Als »der letzte Schrei« auf dem Markt philosophischer Ideen wurde die Vergänglichkeit des Zeitgeistes übersehen. So schlossen selbst so souveräne Köpfe wie Gustav Radbruch, Hans Kelsen und Max Ernst Mayer wie fast alle anderen zu Beginn des 20. Jahrhunderts bei der Bestimmung ihres Rechtsbegriffs ein soziales Element aus. Die neu geformten Selbstbilder verliehen ein Bewusstsein zu disziplinärer Eigenart und Selbständigkeit, womit sie die Fächer auseinandertrieben.

Andere Rechtskulturen haben diese Grundhaltung längst aufgegeben bzw. nie gekannt. <sup>32</sup> Es fiel und fällt schwer, sich von der strikten Trennung Fakt/Norm, Sein/Sollen fernzuhalten, ohne auf platte Weise in entweder Materialismus oder Idealismus zu verfallen. Zu eingewöhnt waren die Sprechweisen und Sätze wie »Aus Faktischem kann niemals Normatives folgen«. Gesucht wurde nach Erkenntnisformen, die Soziales und Recht verschieden analysieren, aber ohne die beiden Bereiche gänzlich voneinander abzukoppeln. Eindringlich hatte sich hier Hermann Heller hervorgetan; seine langen Ausführungen ließen erkennen, wie er um eine Lösung kämpfte und dabei die gängige neukantianische Rede-weise vermied. <sup>33</sup>

#### (41) *Die Reinheit der Rechtslehre*

Eine seltsame Rolle nahm der Normativismus von Hans Kelsen ein, erstmals in der Auseinandersetzung mit Eugen Ehrlich formuliert, in der Staatstheorie der Weimarer Zeit in herausgehobener Position und 1934 als »Reine Rechtslehre« vollendet. Danach konnten, verkürzt gesagt, Rechtssätze allein aus Rechtsnormen und keinesfalls aus sozialwissenschaftlichen Erkenntnissen hergeleitet werden. Die Theorie beeindruckte durch logische Konsistenz und Schlüssigkeit; nur vermochten ihre Folgerungen nicht zu überzeugen, angefangen bei der imaginären »Grundnorm«. So wurde sie einerseits verworfen und andererseits als Abwehr gegen die Invasion des Sozialen in die Rechtstheorie benutzt. Der Glanz von Kelsens Texten verdeckte gewisse Mängel in der erkenntnistheoretischen Begründung. <sup>34</sup> Heute würde die Wahl zwischen Neukantianismus und Phänomenologie nicht mehr so selbstverständlich zugunsten der Sein-oder-Sollen-Dichotomie fallen, die das Praxispotenzial juristischen Handelns ignoriert. Beide, sowohl der juristische wie der soziologische Zugriff auf das Geschehen, werden immer davon ausgehen, dass Rechtsnormen vorhanden sind und das Handeln der Konfliktparteien durchdringen, sowie auch davon, dass Inhalt und Geltungsgrad

31 Schweitzer 2021: 536.

32 Vgl. dazu Wrase 2016, S. 474–485.

33 Beispielsweise Heller 1934: 41–48.

34 Dazu vgl. Funke 2010: 30–35.



der behaupteten Normen vom lebensweltlichen Alltag mitbestimmt sind. Das wechselseitige Aufeinanderverwiesensein lässt sich nur dann auflösen und in säuberlich getrennten Diskursen untersuchen, wenn man die Folgekosten veranschlagt, die eine solche Artifizialität verursacht.

(42) *Die Abwehr der Sozialwissenschaften diente dem Eigensinn der Rechtswissenschaft.*

Zur Rhetorik der Abschließung gehört auch eine Fülle von Bezeichnungen, die einen theoretisch belangvollen Gehalt versprechen, sich bei näherem Zusehen aber als Pleonasmen für ebendiese Abschließung entpuppen: Selbststand, Autarkie, Geschlossenheit, Proprium u. dgl. Man könnte darin einen Trick sehen, aus der intellektuell schwer zugänglichen Dogmatik eine Profession zu schmieden, die Laien vom Rechtsbetrieb fernhält. Die Resilienz einer auf Dogmatik gestimmten Rechtswissenschaft gegenüber den Zuflüssen aus der Soziologie hat mehrfache Wurzeln. Die durch eine lange Tradition gefestigte Fachidentität wird in den Öffnungsdiskursen ständig beschworen. Die juristische Profession verspricht eine sechsstellige Zahl an Berufspositionen mit hohem Status und einem Einkommen im obersten Quintil für viele. Wer teilt schon freiwillig? Bereits Max Weber hat auf Standesideologie als Quelle des Methodenstreits verwiesen.

(43) *Alles, was sich ›soziologisch‹ nannte, geriet durch die Diskurshitze um 1970 ins Abseits.*

Für eine Pauschalablehnung verantwortlich war die teils offene, teils unterstellte Politisierung der Rechtssoziologie. Diese habe sich nicht davon erholen können, dass sie damals »nicht nur als eine spezifische Gussform unseres wissenschaftlichen Zugriffs auf die Welt aufgetreten ist, sondern sich in großen Teilen zugleich so offensiv mit bestimmten politischen Ideen verbunden hat, dass sie dadurch unwiederbringlich ein Stück ihrer Seriosität eingebüßt hat«. <sup>35</sup> Interessanterweise entwickelte die juristische Fachdisziplin weit weniger Widerstand, als eine Öffnung zu nichtsoziologischen Nachbardisziplinen anstand. Über eine ›Ökonomisierung des Rechts‹ wird unverkrampft diskutiert. <sup>36</sup>

(44) *Der explizite Bezug auf ›Soziologie‹ verschwand zugunsten bloßer ›Empirie‹.*

Empirische Fakten, wie sie die Rechtsstatsachenforschung bereitstellt, treten als sozialwissenschaftlich uninterpretierte Informationen auf. Das

35 So Lüdemann 2015: 9.

36 Beispielsweise bei Stefan Magen 2015: 110–112, bezogen auf das Verwaltungsrecht und das Zivilrecht.

macht sie für den Rückbezug auf Wirklichkeit attraktiv und lässt sie methodologisch als harmlos erscheinen. Dass in Vorauswahl, Erhebungsart und Präsentation auch wertende Entscheidungen stecken, bleibt im Hintergrund. – Unter der neuen Bezeichnung ›Empirische Rechtswissenschaft‹ erlebt die entsoziologisierte Faktensuche jetzt einen Aufschwung. Die gesellschaftliche Seite des Rechts wird hier als das ›Reale‹ gesehen, und zwischen der empirischen Rechtswissenschaft einerseits und den Sozialwissenschaften andererseits besteht ein Konkurrenzverhältnis.<sup>37</sup>

## Wege aus dem Normativismus

### (45) Die ›Rechtsquellen‹ diversifizierten sich.

Mit dem Konzept der Rechtsquelle wurde eine Metapher geschaffen, notwendig, wenn das positive Recht der einzige Fluss bleiben sollte, aus dem eine juristische Entscheidung schöpfen darf. Als Wissensstrom für Recht lassen sich außerjuridische Erkenntnisse kaum vorstellen, schon *ex definitione* nicht, woraus dem Methodendiskurs ein handliches Gegenargument erwuchs, wie vordergründig immer, um den Gedanken des Sozialen fernzuhalten. Der Verwaltungsrechtler Schuppert unterschied bezüglich der normativen Situation drei Regelungsschichten: das staatliche Gesetzesrecht, ein reichhaltiges, privat gestaltetes *soft law* sowie eine Vielzahl sozialer Normen. Diese »Pluralität rechtlicher Regelungen« sei rechtsdogmatisch zu bewältigen. »Eine nur auf das staatliche Recht fixierte Rechtswissenschaft kann dieser Aufgabe nicht gerecht werden.«<sup>38</sup>

### (46) Der ›freiere‹ Umgang mit dem Gesetzesrecht stützte sich auf Generalklauseln.

Nach dem ersten Weltkrieg hatte sich so vieles einschneidend geändert, dass wirtschaftliche Vereinbarungen sich kaum noch wortwörtlich umsetzen ließen, dem Grundsatz *pacta sunt servanda* zum Trotz. Das Reichsgericht sprang über seinen Schatten und erklärte 1920, die erste und vornehmste Aufgabe des Richters gehe dahin, den unabweislichen Bedürfnissen des Lebens gerecht zu werden und sich in dieser Beziehung von den Erfahrungen des Lebens leiten zu lassen.<sup>39</sup> Das Urteil nannte zur Begründung die bekannten Generalklauseln des BGB; darin liege »der als wünschenswert oder nötig erachtete Anhalt im positiven Recht«. Das war offenbar der Formelkompromiss eines nur im

<sup>37</sup> Vgl. Engert 2022: 6.

<sup>38</sup> Schuppert 2018: 200.

<sup>39</sup> RGZ 100: 129.

Ergebnis einigen Zivilsenats. Es wurde nur eine lockere Anbindung an das Gesetz, aber keine logisch zwingende Folgerung benannt. Was höchste Richter sich hier gegenüber einem im Wortlaut nicht umzubiegenden Gesetz herausgenommen hatten, wurde weithin als freirechtliches Denken verstanden. Der Staatsrechtslehre gelang es freilich, die ›Abweichler‹ einzufangen, sodass die innovativen Entscheidungen eine Ausnahme blieben.

Wie verhielt sich dieser Vorgang zur Frage, in welcher Weise sozialwissenschaftliche Argumente sich in einer juristischen Argumentation nützlich machen könnten? Die Problematiken deckten sich nicht, hatten aber miteinander zu tun. Ob in juristischen Entscheidungen auch sozialwissenschaftlich argumentiert werden darf, verlängert die Reihe der diskutierten Fragen um Freiräume, subjektives Dafürhalten und Contra-legen-Urteile. Es ging auch nicht unmittelbar um Rechtsfortbildung, wie von der herrschenden Methodenlehre geargwöhnt wird und mit der ›unbegrenzten Auslegung‹ der NS-Justiz gleichgesetzt wird.

(47) *Mit dem Aufkommen einer ›Rechtsfortbildung‹ lockerte sich der Normativismus.*

Eine Urteile des Reichsgerichts zeigten »eine besondere Lebens-Betonung« und nahmen damit freirechtliche oder soziologische Topoi auf.<sup>40</sup> Die Kommentatoren waren sich uneins, ob das eine Bestätigung des freirechtlichen Ansinnens war, das sie ja meist zurückwiesen. Nun war ja die Übernahme soziologischer Überlegungen keineswegs ein Reservat eines freirechtlichen Denkens, und sie musste auch keineswegs im Widerspruch zur Gesetzesbindung stehen. Begriffe wie ›Leben‹ und ›Wirklichkeit‹ ermöglichten Urteilssprüche, die in der Sache überzeugten, auch wenn ihre Begründung von dogmatischen Traditionen abwich und sich auf im Gesetz angelegte Spielräume berief. Richterliche Rechtsänderung, in der Normauslegung sowie in den befolgten Methoden, hatte immer schon ihre Innovativität verborgen und sich als ›Entdeckung‹ von bereits vorhandenem Normsinn verkleidet.

Die Jurisprudenz besprach die Fälle eigenständiger, nicht aus einem Gesetz begründbarer Normsetzung als ›Rechtsfortbildung‹. Dies zu erkennen war das Hauptanliegen der Freirechtslehre. Der Begriff einer ›Fortbildung‹ unterstellt eine Entwicklung nach Art organischen Wachstums – eine Pflanze dehnt sich aus, ein Mensch erwirbt neues Wissen, der ›Stamm‹ bleibt erhalten und treibt neue Äste. Wer die rechtliche Reaktion auf neue Herausforderungen und Problemlagen so verstand, versteckte die Einflüsse auf die getroffene Entscheidung. Eine verbergende Umschreibung lautete das Zu-Ende-Denken von Gesetzen unter gewandelten Umständen, zugehörig »zum Bereich legitimer richterlicher

40 Klemmer 1996: 95–102.

Rechtserzeugung«.<sup>41</sup> Heute wird zugestanden, dass in einer juristischen Entscheidung die Rechtsfortbildung neben die Normauslegung tritt und somit über die gesetzgeberische Vorgabe hinausgeht.<sup>42</sup>

(48) *Wenn schon nicht die Idee des Sozialen, so erbot sich die Kategorie der Kultur dazu, den Normativismus zu relativieren.*

Die methodologischen Probleme, wenn die Soziologie dem Rechtsdenken aufzuhelfen versucht, waren schon von Kantorowicz erörtert worden. Die Jurisprudenz als ›analytische‹ Wissenschaft verfüge über »die weitaus größere Strenge, Sicherheit, Abgeschlossenheit gegenüber der ›synthetischen‹ Soziologie, die immer einen gewissen Mut zur Oberflächlichkeit voraussetzt«. Aber die Jurisprudenz bezahle diese Vorteile mit Formalismus, Einseitigkeit und Lebensfremdheit. Deshalb verlange »sie nach einer synthetischen Ergänzung durch die Soziologie, nach einer Anwendung der soziologischen Methode auf die eigenen Probleme derart, dass ihre Gegenstände nicht isoliert, sondern als Ergebnisse und Erzeuger der jeweiligen gesellschaftlichen Kultur betrachtet werden, also in ihren Wechselbeziehungen zu allen anderen Kulturgütern.«<sup>43</sup> Diese Idee ist lebendig geblieben.<sup>44</sup>

## Zum Verbleib der Idee vom Sozialen

(49) *Die Wirkungslinien der Sozialidee im Diskurs um die juristische Methodik sind vielfach gebrochen.*

Eine direkte und ununterbrochene Wirkungslinie von 1900 bis zur Gegenwart dürfte sich nicht ziehen lassen; dafür weist schon die Rechtsgeschichte des Jahrhunderts zu viele Brüche und Transformationen auf. Die Weitergabe von Ideen verläuft ohnehin nicht in einem geradlinigen Kausalmodell. Wohl aber sind zahlreiche Veränderungen eingetreten, die sich als Versozialwissenschaftlichung deuten lassen, ohne dass die Soziologie dabei unmittelbar mitgewirkt hätte. Das juristische Denken hat soziologische Denkfiguren nach Bedarf ausgewählt, in seiner Sprache rekonstruiert und damit rechtsdogmatisch verwertbar gemacht. Die beiden Wissensgebiete haben sich dabei entkoppelt; es fällt sogar schwer, die quasi-soziologischen Argumente der Rechtswissenschaft als aus der Soziologie kommend zu erkennen.

41 Bumke 2012: 41.

42 Vgl. Fischer 2007: 134.

43 Kantorowicz 1923: Teil III, H.i.O.

44 Vgl. Duve 2015: 181; Krüper 2015: 143–150.

(50) *Spuren der Freirechtsbewegung ziehen sich durch die Methodengeschichte.*

Die von einigen der ursprünglichen Freirechtlern erhobene Forderung, soziologische Gesichtspunkte müssten bei der Rechtsauslegung berücksichtigt werden (Kap. 2 und 3), ist aus der rechtstheoretischen Reflexion nicht mehr verschwunden. Schon die ein Jahrzehnt jüngeren Autoren griffen sie damals auf, etwa Hermann Heller. Wahrnehmung und Würdigung der Freirechtslehre schwankten in allen Jahrzehnten nach dem ersten Weltkrieg. Die Volatilität folgte den Konjunkturen der Rechtstheorie. Zeitweise, etwa in der frühen Bundesrepublik, zu schweigen von der NS-Zeit, wurde kaum Notiz von ihr genommen. Als Beispiel für Opposition, ja eine Art von Aufstand gegen das Vorherrschen einer Meinung bei moderater Detaildiskussion, erhielten die Freirechtsideen immer dann eine gewisse Aufmerksamkeit, wenn in der ansonsten konsensbildenden Szene der Jurisprudenz Unruhe aufkam. Einschätzungen aus den letzten Jahrzehnten sahen die damalige Bewegung meistens aber als weniger bedeutsam und innovativ, als diese sich selbst gesehen hatte.

Eine Ausnahme machte der Privatrechtsgeschichtler Knut Wolfgang Nörr, als er das Aufwertungsurteil des Reichsgerichts von 1923 untersuchte, die wohl politisch bedeutsamste Gerichtsentscheidung der Weimarer Zeit. In ihr war entgegen dem Gesetzeswortlaut die Regel Markgleich-Mark wegen der Inflation aufgegeben worden (Kap. 5). Das Reichsgericht nutzte für seine ›innovativen‹ Sprüche nicht die nahezu unbegrenzten Spielräume der Generalklauseln, sondern nahm die Verfassung zum Maßstab und rettete so das Prinzip der Gesetzesbindung. »So hat die Freirechtsbewegung und mehr noch der Schock des Weltkriegs und der Inflation [...] die Richter zur Weimarer Verfassung, zum Grundgesetz der ersten deutschen Republik geführt.«<sup>45</sup> Eine derartige Deutung wurde eher in den Schriften der Rechtsgeschichte als in denen der Dogmatik und Methodenlehre vertreten. »Die ›Einheit der Rechtsordnung‹ und die Herrschaft des Gesetzes hatten mit der Freirechtsbewegung, mit der vom Krieg ausgelösten Regelungsflut und mit dem breiten Einbruch von Zwecken und Interessen in die Rechtsanwendung ihre Steuerungsfunktion verloren.« Das schrieb Michael Stolleis und meinte weiterhin, die alte Aufgabe juristischer Arbeit, nämlich die Konstruktion der Rechtsinstitute, »war ohnehin längst durch Freirechtsschule, Interessenjurisprudenz und generelles Vordringen des teleologischen Denkens verändert worden«.<sup>46</sup> Offenbar sorgen sich Historiker weniger als Dogmatiker um den Eigenwert eines Juridismus.

Wie aber waren die Freirechtler zwei Jahrzehnte vor 1923 dazu gekommen, der richterlichen Tätigkeit eine »größere Beweglichkeit« zu

45 Nörr 1996: 31.

46 Stolleis 1999: 169, 373.

verschaffen? Der Freiraum sollte nicht mit Willkür gestaltet werden, sondern in Anlehnung an die gesellschaftlichen Lebens- und Rechtsverhältnisse, wie es seit 1903 von Eugen Ehrlich u.a. propagiert worden war. Kantorowicz hatte das ›Soziologie‹ genannt – in dem Sinne, wie damals davon zu sprechen war – und damit eine interdisziplinäre Brücke gebaut. Spätere Rechtswissenschaftler bemerkten zwar die Brücke, nicht aber die Steine, mit denen sie errichtet war.

(51) *Von der Soziologie kamen zwiespältige Botschaften, jedenfalls keine wirksame Unterstützung für eine Verwendung ihrer Resultate in der Jurisprudenz.*

Wenn juristische Neugier sich auf die Soziologie richtete und dann, wie zumeist, bei Max Weber oder Niklas Luhmann einstieg, dann wurde sie entmutigt. Beide Klassiker hielten nichts davon, Rechtsdogmatik an ihre Wissenschaft anzuschließen.

Die soziologische Systemtheorie konnte in der Rechtswissenschaft so erfolgreich werden, weil sie Argumente für die innere Abgeschlossenheit juristischen Denkens lieferte. Sie sprach von der Selbstreferenz des rechtlichen Diskurses und von der Autopoiesis des Rechts; das Recht wurde als weitgehend autonomes gesellschaftliches Teilsystem angesehen, dessen Anpassung und Weiterentwicklung mit systeminternen (also rechtlichen) Operationen bewerkstelligt werde.<sup>47</sup> Mit diesem Import wurde – gewiss unbeabsichtigt, aber vielleicht nicht unwillkommen – der Bezug auf andere soziologische Theorien und Resultate der Feldforschung unterbunden. Im Hintergrund stand wohl die traumatische Erfahrung des nationalsozialistischen Rechtsmissbrauchs; mit einer Systemgeschlossenheit vermag das juristische Handeln sich gegen autoritäre Einflussnahme abzuschirmen, jedenfalls eine Zeitlang.<sup>48</sup>

(52) *Die Innen-Außen-Differenz behinderte die Kenntnisnahme der Sozialwissenschaften.*

Meist stellte man sich vor, die Erkenntnisse zum Sozialen würden vom juristischen Denken ›importiert‹. Dergestalt unterschieden sich die Prämissen einer juristischen Entscheidung nach ihrer Herkunft von innen oder außen. ›Innen‹ lagert das Recht, ›außen‹ lauert die Umwelt. Das Recht ist schon da, die Umwelt wird bedarfsweise hinzugenommen – ›inkorporiert‹, wie es auch heißt.<sup>49</sup> Die Crux lag dann in der Frage, ob die vorgefundenen Rechtstexte prinzipiell *ohne* oder *mit* Außenreferenz aufbereitet werden. Daraus ergaben sich zwei sehr verschiedene

47 Vgl. Grechenig u.a. 2008: 544.

48 Vgl. Grimm 1982: 475.

49 So z.B. bei Bumke 2017: 157.

Arbeitsweisen. Ohne Außenbezug traten soziale Bezüge nur selektiv und additiv hinzu. Mit Außenbezug waren sie von Anfang dabei und beeinflussten das Verständnis des Rechtstextes.

- (53) *Auch in den Sozialwissenschaften umstrittene Aussagen sind juristisch verwendbar, ebenso Wahrscheinlichkeitsaussagen.*

Entgegen landläufiger Meinung in der juristischen Methodenlehre war zu betonen: Kontroverse Meinungen sind sowohl in der Soziologie als auch in der Jurisprudenz an der Tagesordnung (und vielleicht gerade deswegen auch im Verhältnis zwischen den beiden Disziplinen). Ferner sind stochastische Aussagen in den empirisch forschenden Wissenschaften unvermeidlich, denn hier gibt es schlicht keine Einhundert-Prozent-Gesetze.<sup>50</sup> Auch das kann die juristische Methodenlehre nicht erschrecken; das hier meist zur Anwendung empfohlene ›Erfahrungswissen‹ verfügt ja über keinerlei Wahrscheinlichkeitsangaben.

## Die Kräfte einer weiteren Öffnung

- (54) *Erst mit einem Befremden gegenüber der pur rechtsdogmatischen Arbeitsweise öffnete sich das Interesse an den Sozialwissenschaften.*

Um sich aus dem Zirkel rechtsdogmatischen Denkens – aus Allgemeinem wird etwas Besonderes logisch abgeleitet – hinauszuwagen, bedurfte es eines Anlasses. Oft wird dies ein Erlebnis des Befremdens gewesen sein, beispielsweise selber der kognitiv-sozialen Ordnung der Jurisprudenz nicht richtig anzugehören. Eher vom Rande als von der Mitte einer kommunikativen Gemeinschaft her fiel auf, wie kontingent deren Selbstverständlichkeiten sind und welchen stillen Prinzipien sie gehorchen. Und die Marginalität des Beobachters ermutigte zur Dissidenz. Warum standen die Akteure des Sozialen im Recht an der Peripherie der Jurisprudenz?

Um als Rechtswissenschaftler an der Universität arbeiten zu können, muss hierzulande das Lehren der Dogmatik übernommen werden – was aber, wenn die eigenen Interessen einem der juristischen Seitenfächer gelten? In diesem Zwiespalt steckten unsere Akteure fast alle. Es war der Fall bei Hermann Kantorowicz (der vor allem Rechtsgeschichte betrieb), bei Hugo Sinzheimer (politisch engagiert für die Verrechtlichung der Lohnarbeitsbeziehungen) oder Hermann Heller (in der Staatslehre). Hier zu erwähnen ist auch Carl Schmitt, der nicht unbedingt in diese Reihe gehört; er räsonierte vor allem politikphilosophisch statt rechtsdogmatisch. Eine Distanz zum Fokus auf rechtswissenschaftliche ›Theorie‹ schuf es auch, in der juristischen Praxis an Gerichten, in Verwaltung oder

50 S. Augsberg 2009: 166.

Anwaltschaft tätig zu sein. Das entsprach oft nicht dem Berufsziel. Kaum einer der Dissidenten befand sich auf einem glatten *tenure track* hin zum Ordinariat. So war es bei Kantorowicz, Sinzheimer, Kahn-Freund u.a.

Noch andere Wege in die Distanznahme sind gut vorstellbar. So verhielt es sich bei Ernst E. Hirsch, der, 1933 aus Richteramt und Privatdozentur vertrieben, in die Türkei exilierte und erst hier die Rechtssoziologie für sich entdeckte. Als er nämlich an der Universität Istanbul das rezipierte mitteleuropäische Recht zu lehren begann, bemerkte er, dass dieses Recht das soziale Leben in der Türkei an denjenigen Stellen nicht erreichen konnte, wo die traditionellen Bräuche weiter herrschten. Daraufhin widmete er sich dem »Grundproblem des Auseinanderfallens von Sein und rechtlichem Sollen«. Nach der Rückkehr war Hirsch der Erste in der Bundesrepublik, der die Rechtssoziologie institutionell wieder eingerichtet hat. (Ein Kuriosum: Mit dem doch zeitweise stürmischen Erfolg des neuen Fachs zeigte sich Hirsch später unzufrieden. In einem Brief an Krüger überlegte er 1979, »ob ich mit der Neuerweckung der Rechtssoziologie bei meiner Rückkehr nach Deutschland nicht eine große Dummheit begangen habe«.)<sup>51</sup>

(55) *Die beiden Integrationsziele von Theorie-und-Praxis sowie der Rechts- und Sozialwissenschaften waren stets verbunden.*

In dem Reformziel, Theorie und Praxis enger miteinander zu verbinden, steckte auch das Interesse an soziologischem Denken. Dass die juristischen Theorien den Bezug zur Wirklichkeit ausweisen sollten, entsprang einem Wunsch nach sozial-empirisch abgesicherten Erkenntnissen. Und das Ziel, die Praxis aus ihrer Entfremdung gegenüber juristischer Theorie zu lösen, beschränkte sich nicht auf Rechtsdogmatik, sondern bezog die Sozialwissenschaften mit ein. Die praxisorientierten Engagements, über Generationen beherrschend in den Theorieauseinandersetzungen, hatten schon seit Mitte des 19. Jahrhunderts auf die Hinwendung zum »Leben« gezielt.<sup>52</sup> Man wollte sich von den Schulweisheiten abwenden, Empirie im Sinne erfahrungswissenschaftlicher Methoden war gefragt.

Häufig wurde eine Praxisnähe der akademischen Rechtswissenschaft behauptet. Zur Begründung hieß es, die Universitäten hätten seit jeher »an ihren höheren Fakultäten (Medizin, Jurisprudenz und Theologie) auf außerwissenschaftliche Berufe vorbereitet«. Zugleich wurde erkannt, wie sehr diese Art von Praxisorientierung das juristische Denken gegen sozialwissenschaftliche Einflüsse imprägniert.<sup>53</sup> Damit war die Jurisprudenz als Praxis- und Anwendungswissenschaft eingeordnet. Übergangen bzw. übersehen wurde, dass die Integration der Soziologie die Jurisprudenz

51 Krüger 1986: 148.

52 Dubischar 1978: 83–86.

53 Vgl. Schulze-Fielitz 2015: 170–176.



mit einer grundwissenschaftlichen Qualität ausstatten könnte, was den wissenschaftlichen Anspruch der juristischen Profession untermauern könnte.

(56) *Verändert ›Modernisierung‹ die Jurisprudenz?*

Modernisierung hieß, zumal zur Mitte des 20. Jahrhunderts, ein epochaler Trend, und der Aufstieg der Soziologie war ein Teil davon. Manche Reformakteure beriefen sich auf diesen Topos, der im letzten Drittel des 20. Jahrhunderts weithin propagiert und studiert worden ist. Wie es hieß, zielte die Forderung nach Einbeziehung der Sozialwissenschaften »auf eine Modernisierung der Rechtswissenschaft«.<sup>54</sup> Noch 2006 sagte Hoffmann-Riem zurückblickend, der Rechtswissenschaft sei fortwährend ihre Modernisierung aufgegeben, nämlich »das Ringen um Antworten auf jeweils neue Entwicklungen«. Und später nochmals in diesem Sinne: »Diejenigen, die eine Reform der Ausbildung forderten, hatten dabei auch Änderungen in der Rechtswissenschaft selbst und die Modernisierung des Rechts zur Bewältigung gesellschaftlicher Probleme in einer sich wandelnden Welt im Blick.«<sup>55</sup> Auch für Rinken blieben von der Reformphase »wesentliche Impulse zur Modernisierung der Rechtswissenschaft«.<sup>56</sup> Wer nun genauer wissen wollte, was ›Modernisierung‹ über ›sozialen Wandel‹ hinaus im Einzelnen bedeutet, bekam es mit einer unübersichtlichen und widersprüchlichen Literatur zu tun. Zudem nahm die Prominenz des Topos ab; in der Postkolonialismus-Debatte wurde die Universalität der Modernisierung in Zweifel gezogen.

(57) *›Interdisziplinarität‹ des Rechtsdenkens verließ allmählich den Status des Abseitigen.*

In der Spätzeit des Diskurses wurde mehr und mehr die Überwindung disziplinärer Grenzen gefordert. Schon früh wies der von Dieter Grimm herausgegebene Sammelband (1973) die Richtung. Fraglich blieb, wie und inwieweit die Rechtswissenschaft für sich *interdisziplinär* betrieben werden könne. Deutlicher gefragt, ob sie offenlegen und eine Methodik entwickeln könne, dass sie sich häufig und unvermeidlich bei außerrechtlichen Wissensfeldern bedient. Hans Kelsen hatte das noch als einen ›Methodensynkretismus‹ gescholten, der dem damals von ihm vertretenen Prinzip logischer Reinheit zuwiderlief, und dafür Anerkennung gefunden.<sup>57</sup> Das wurde später nicht mehr so gesehen, und ein interdisziplinäres Miteinander wurde ernsthaft in Betracht gezogen.<sup>58</sup> Anscheinend

54 Hoffmann-Riem 1990: 80.

55 Zitate bei Hoffmann-Riem 2011: 157 sowie ders in: van de Loo 2016: 591.

56 Rinken 2015: 270.

57 Kelsen 1934: 2, 9–11.

58 Vgl. Stark 2020: 323–329.

haben auch pragmatische Gründe den Wandel mit herbeigeführt, zu nennen etwa die Wünsche, ›zeitgemäß‹ zu sein sowie im Trend zur Internationalität mitzutun.

Beispielsweise in dem Konzept der ›Verfassungsentwicklung‹ manifestierte sich eine gewisse Offenheit des Staatsrechtsdenkens, die ehrlicher Weise nicht durch dogmatische Mittel zu überdecken war und anderem Wissen (nicht nur aus der Soziologie) eine Tür aufmachte.<sup>59</sup> Woher konnten jene Veränderungen gekommen sein, wenn nicht von ›außen‹? Aus dem positiven Recht, das ja feststand, konnte der Antrieb nicht stammen. Die Staatsrechtslehre musste extrajuridische Faktoren ins Auge fassen, was bewahrenden Gemütern nicht gefallen konnte. So blieb es nicht aus, dass das Konzept Verfassungswandel bezweifelt wurde.<sup>60</sup>

Der Herausgeber des bis heute zitierten Doppelbandes »Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften« von 1973 erinnerte sich 2016, man habe »sich damals auf vermintes Gebiet« begeben. Er fügte hinzu, das interdisziplinäre Arbeiten in der Dogmatik sei berechtigt, aber nur begrenzt möglich.<sup>61</sup> Wahrscheinlich werden die Grenzen durch den Mangel an Übung gezogen. Und wenn die Einübung als lästig oder überflüssig gilt, dann verweist dies nur erneut auf die Widerstände.

*(58) Interdisziplinarität blieb in der Rechtswissenschaft prekär.*

Bis in die Gegenwart beeindruckte die Gründlichkeit und gedankliche Tiefe, mit der die Methodenthematik behandelt wird. Nur am Rande wurde erwogen, ob die Art der Fragestellung einer Lösung vielleicht im Wege stehen könne. Ein Rechtstheoretiker schrieb über den von ihm organisierten gehaltvollen Dialog, Interdisziplinarität sei notwendig und schwierig, aber möglich; zuvor jedoch müssten die erkenntnistheoretischen Fragen geklärt werden.<sup>62</sup> Durch diesen Vorbehalt geriet der Diskurs immer wieder auf das Glatteis einer Prinzipiendiskussion, deren Pirouetten naturgemäß die Beteiligten auseinanderdriften lassen mussten. Indem die Rechtstheorie ihre Eigenheit beschwor und dazu den Normcharakter ihres Gegenstands hypostasierte, erschien alles andere als ein Außen und damit als rechtsfremd; Grenzen wurden gezogen, die vormalis einheitliche Aufgabe (der friedlichen Lösung von Konflikten) spaltete sich auf und verteilte sich auf verschiedene Professionen – das Problem einer Kooperation war in die Welt getreten. Der Fokus verlagerte sich auf Meta-Ebenen wie die neue ›Rechtswissenschaftstheorie‹, die als intellektuell feinsinnig sowie aufwändig und zeitintensiv nachzuvollziehen

59 Vgl. Bryde 1982: 23–26, 111–115, der mehrfach auf Hermann Kantorowicz 1911 Bezug nahm.

60 Voßkuhle 2004: 458.

61 Grimm 2016: 21, 23.

62 Vgl. Kirste 2016: 37.