

»Solange die sozialwissenschaftliche Ausbildung unserer Richter nicht auf ein höheres Niveau gehoben wird, [...] solange ferner die deutsche Rechtswissenschaft nicht mit gutem Beispiel vorangeht und durch eindringliche soziologische Untersuchungen dem Richter den Weg bahnt zur Erkenntnis, solange ist die Gefahr eines gewissen sozialen Dilettierens der Rechtsprechung nicht von der Hand zu weisen.« Und auch für die Praxis der Justiz: »Man Sorge nur zunächst für höchstrichterliche Erkenntnisse von sozialwissenschaftlicher Weisheit der Interessenwägung, für Erkenntnisse, die, wie man zu sagen pflegt, den Nagel auf den Kopf treffen.«<sup>36</sup>

Der Versuchung, zwischen der (meta-)theoretischen und der praktischen Arbeit in der Rechtswissenschaft zu trennen, erlag Wüstendörfer nicht. Auch in all seinen späteren Publikationen zum Handelsrecht hielt er an seiner Grundüberzeugung fest und machte »eigentlich jedes seiner Werke zu einem Prüfstein seiner Methode«.<sup>37</sup>

Was mit Wüstendörfers Ausarbeitung einer Methodik soziologischer Jurisprudenz geschah, spiegelt sich in den Artikeln, die in Hamburger Zeitungen zu den diversen Jubiläen des repräsentativen Seerechters der Hansestadt erschienen. 1919 wurde hier neben anderen seine Schrift zur »positiven Methode einer soziologischen Rechtsfindung« erwähnt. 1925 wurde er als »ein entschiedener Vertreter der modernen freirechtlichen Richtung« gepriesen. In der NS-Zeit unterblieb der Hinweis bzw. beschränkte sich auf die Aussage, er wende sich gegen ein nur dogmatisches Rechtsverständnis und sei schon früh für eine zweckmäßige Weiterbildung des Rechts eingetreten. In der ersten Nachkriegszeit fielen die Würdigungen, schon wegen der Papierknappheit, sehr kurz und unergiebig aus.<sup>38</sup>

Eine zum Doktorjubiläum 1948 maschinenschriftlich erstellte Festgabe, zu der auch prominente Juristen beitrugen, enthielt den Überschriften zufolge keinen methodologisch ausgerichteten Beitrag. Wüstendörfer galt längst nur noch als See- und Handelsrechtler. Selbst 1969, die Wiederbelebung der deutschen Rechtssoziologie hatte gerade begonnen, wurde Wüstendörfer noch so gewürdigt.<sup>39</sup>

Wüstendörfers Arbeiten zur soziologischen Jurisprudenz wurden vergessen. Er selber hatte sie keineswegs aufgegeben. Noch 1951, in seinen letzten Lebensmonaten, sprach er in südeuropäischen Universitäten über »Gesetzeszwang und Richterfreiheit«, offenbar ein Nachklang

36 Wüstendörfer 1913: 367 bzw. 369 f.

37 So die Einschätzung seines Fachkollegen Schmidt-Rimpler 1951: 494.

38 Vgl. die Sammlung von Zeitungsausschnitten in der DFG-Viewer Webseite (Zugriff 23. 8. 2022).

39 Vgl. Möller 1969.

seiner Studien aus der 1910er Zeit.<sup>40</sup> Der Zunft, nicht dem Autor, war die soziologische Seite der Rechtsfindung abhandengekommen.

## Sociological Jurisprudence

Während der hiesige Diskurs sich auf die Übertreibungen der freirechtlichen Provokation einschoss, sich darin verhedderte und ein produktives Weiterdenken versäumte, entwickelte sich zeitgleich in den Vereinigten Staaten von Amerika eine soziologisch inspirierte Denkschule. Die Idee des Sozialen traf dort auf eine andere Rechtskultur, weswegen die resultierende Debatte nicht auf die europäisch-kontinentalen Verhältnisse zurückübertragen werden kann, gleichwohl sie zu denken gibt.

Viel Gehalt verband sich mit dem Begriff der Soziologischen Jurisprudenz ja noch nicht, wie die amerikanischen Rechtstheoretiker durchaus bemerkten. Aber sie waren von der deutschsprachigen Methodendiskussion beeindruckt und versuchten, sie zu adaptieren. Der Import gebar bei Roscoe Pound das Projekt einer *sociological jurisprudence*, das für die Rechtsfakultäten und Ausbildungsformen relevant wurde. Man erkannte die Anregungskraft des Konzepts für eine Ablösung des Formalismus, für den Rechtsstreit als eines Instruments zum sozialen Wandel sowie für die Kluft zwischen geschriebenem und praktiziertem Recht als Forschungsagenda, um Recht und Sozialwissenschaft zu verknüpfen.<sup>41</sup>

Der Supreme Court der USA hatte 1905 im Fall *Lochner* – es ging hier um die tägliche Arbeitszeit – die von einem Arbeitgeber beanspruchte unbeschränkte Vertragsfreiheit bestätigt, wogegen der berühmt gewordene Dissens von O.W. Holmes sozialpolitische – oder waren es etwa soziologische? – Gesichtspunkte anführte.<sup>42</sup> Roscoe Pound (1870–1964), Rechtsprofessor mit fachlich weitem Hintergrund sowie mit richterlicher Erfahrung, hatte 1907 vom Bedarf nach einer *sociological jurisprudence* geschrieben. Er meinte die Rücksichtnahme auf Interessen und Bedürfnisse. Recht galt hier nicht als Selbstzweck, sondern als Mittel zum Zweck. 1912 entwickelte er dieses Konzept weiter. Dabei bezog er sich u.a. auf Gumpłowicz, Gnaeus Flavius, Kantorowicz und Ehrlich. Eine Soziologische Jurisprudenz achte mehr auf die Wirkungen

40 Vgl. Schmidt-Rimpler 1951: 481.

41 Vgl. Morag-Levine 2018: 439.

42 In dem berühmt gewordenen Fall ging es um die Arbeitszeiten von angestellten Bäckern; das Gericht hatte ein Schutzgesetz für ungültig erklärt, weil es die verfassungsmäßig garantierte Freiheit der Berufsausübung beschränke. Vom Standpunkt der Arbeitenden aus musste dies als widersinnig erscheinen, was zu der sozialwissenschaftlich argumentierenden Kritik führte und die rechtsdogmatische Abgeschlossenheit öffnete.

des Rechts als auf dessen abstrakten Inhalt, betone eher die sozialen Zwecke, die dem Recht unterliegen, als die Sanktionen.<sup>43</sup>

Angesichts der andersgearteten Argumentations- und Begründungskultur im Common-law-Bereich konnte die Zwanglosigkeit, mit der führende Juristen solche Methoden verkündeten, im kontinentalen Europa nicht zünden. Doch auch im Common-Law-Bereich wurde die *sociological jurisprudence* zunächst als eine Bedrohung der universitären Rechtsforschung wahrgenommen. So entfremdeten sich Soziologie und Jurisprudenz auch in den USA von damals bis in die 1960er Jahre, wozu beitrug, dass das Recht in der soziologischen Theorieentwicklung zunehmend zurückgetreten war. Das europäische Konzept einer *soziologischen Jurisprudenz* stieß schließlich auch wegen seiner (so wahrgenommenen) Verknüpfung mit sozialistischen Gedanken auf Ablehnung.<sup>44</sup>

»Die deutschen und amerikanischen Entwickler einer *Soziologischen Jurisprudenz* hatten vieles gemeinsam. Es störte sie die Diskrepanz zwischen der systematisch strukturierten Welt der Rechtswissenschaft und den ›realen‹ sozialen Funktionen des Rechts, der Widerspruch zwischen dem formalen Stil der juristischen Selbstbeschreibungen und der informellen materiell-rechtlichen Praxis des Entscheidens«, wie Christian Joerges resümiert.<sup>45</sup>

Der sich etwa gleichzeitig entwickelnde Rechtsrealismus in den Vereinigten Staaten wurde deutlicher und konkreter; hier wurde oft von *sociological jurisprudence* gesprochen und ein Methodenprogramm vorgelegt. Die korrespondierenden deutschsprachigen Schriften waren präsent und wurden zitiert – wohl nur in dieser *one way*-Richtung. Auch die amerikanische Soziologie besaß immer schon eine weniger aufs Grundsätzliche und vielmehr (auch) auf die soziale Praxis gerichtete Tendenz. So konnten in den überseeischen Gedankengängen rechts- und sozialwissenschaftliche Argumente sich viel unbefangener begegnen als auf dem europäischen Kontinent, wo eine andernorts unbekannte Rechtsdogmatik (engl. *legal doctrine*) enge Grenzen setzte. In der Konjunktur der Diskurse – so zeigt sich auch an diesem kurzen Ausflug in eine von der Philosophie des Pragmatismus geprägte Rechtskultur – hat es immer wieder Phasen gegeben, in denen an den Ketten des Normativismus gerüttelt wurde, wie eben im Jahrzehnt vor dem ersten Weltkrieg.

43 Pound 1912: 516.

44 Geis 1963: 284–289.

45 Joerges 2011: 14 (meine Übersetzung).

## Soziologische Jurisprudenz – ein unvollendetes Projekt

*Soziologische Jurisprudenz* war zunächst bloß eine Überschrift, unter der sich Inhalte hätten versammeln müssen. Einige der Protagonisten beließen es bei der Ankündigung, auch nach den Gründerjahren. Hermann Kantorowicz arbeitete nicht mit dem Konzept, das vor allem mit Eugen Ehrlich in Verbindung gebracht wurde. Heute wird verschiedentlich erwogen, ob die Freirechtler eine Gruppe oder gar eine Schule bildeten, wer nun dazu gehörte oder nur einige ihrer Positionen teilte.<sup>46</sup> Das mag hier auf sich beruhen; denn zweifellos forderte damals ein vielstimmiger Chor, die Jurisprudenz möge sich der ›soziologischen‹ Methoden zur Rechtsfindung bedienen. Die stark linksliberale Tendenz in der juristischen Reformfraktion und in der Soziologie schuf unausgesprochene Gemeinsamkeiten und erleichterte die Kommunikation. Auf den ersten Blick unterschieden sich die einzelnen Autoren stark, wie sie sich an eine ›soziologische Jurisprudenz‹ herantasteten. Heute würde man sie mit ihren Versuchen kaum ernstnehmen können; damals aber musste es als Pioniertat erscheinen, ohne dass damit etwas zum Gelingen gesagt wäre. Sowohl in der Vorstellung, worin eine Soziologie besteht und was sie leisten kann, als auch in der Verknüpfung mit den juristischen Denkweisen ging jeder Autor eigene Wege, auf die Kollegen nur manchmal Bezug nehmend.

Das Gemeinsame all dieser Versuche resümiert Doris Schweitzer so: Die neue Sozialwissenschaft wird relevant durch ihre Tatsachenorientierung (Beobachtung, Erfahrung, Kultur), womit sie sich von der deduktiv verfahrenen dogmatischen Arbeit der Rechtswissenschaft abhebt. Dies sei das *Proprium* einer wie auch immer gearteten ›soziologischen Rechtswissenschaft‹. Die Soziologie »soll ermöglichen, eine Tatsachenerkenntnis auf wissenschaftlich gesichertem Weg zu gewinnen und daher das unausweichliche Werturteil im Urteil entweder ganz, teilweise, vorbereitend oder ergänzend auf eine objektive Grundlage zu stellen«. <sup>47</sup>

Offen blieb stets die Frage, wieviel Empirie in einer Rechtsentscheidung steckt. Auch wenn Max Weber die juristische und die soziologische Rechtsbetrachtung allerschärfstens geschieden wissen wollte, zeigten seine Betrachtungen zur empirischen Geltung der Rechtsordnung, wie verführerisch nah die Disziplinen ursprünglich zueinander standen, und zwar trotz der vom Neukantianismus gezogenen roten Linie. Ein ›empirisches Gelten‹ – ein seiendes Sollen – bedeutete erkenntnistheoretisch ein grenzverwischendes Hybrid.

<sup>46</sup> Vgl. Boehncke 2021.

<sup>47</sup> Schweitzer 2021: 363 f.

Doris Schweitzer hat versucht, in den vielstimmigen Diskurs eine gewisse Ordnung zu bringen, und zwar im Muster juristischer Theoriebildung: allgemeine Begriffe bilden, Gemeinsames suchen, die Positionen zu Gruppen zuweisen usw. Interessant wird es dort, wo diese Diskursstrukturierung *nicht* gelingen will, weil die Texte nur teilweise in dem Schema aufgehen wollen. Das in ihnen verwendete Vokabular war nämlich vieldeutig; die Begriffe Norm, Recht, Zweck oder Soziologie beispielsweise wurden unterschiedlich verstanden. Zudem setzten sich die Sprecher nicht zueinander in Bezug, jeder verfolgte das Ziel auf eigene Faust. *Welches Ziel*, ist dann die Frage. Schweitzer antwortete, »die Normativität des Rechts bzw. des richterlichen Urteils ist das eigentliche Problem, an dem sich mit der Frage nach der Rolle der Soziologie in der Rechtswissenschaft abgearbeitet wird.«<sup>48</sup>

Zu einer den gesamten Diskurs grundierenden Frage – den Selbstzweifel, welchen Wissenschaftscharakter die Jurisprudenz trage – hat Eugen Ehrlich die deutlichste Antwort gegeben: Die praktische Jurisprudenz als »eine Lehre von der Anwendung des staatlichen Rechts« könne »kaum noch als wissenschaftlich bezeichnet werden: [...] Die Soziologie des Rechts ist die wissenschaftliche Lehre vom Rechte.«<sup>49</sup> Andere Stimmen, wie die von Ignatz Kornfeld, mochten radikaler klingen; aber wenn sie die Existenzberechtigung einer eigenständigen Jurisprudenz nicht anerkennen wollten und diese in einer allgemeinen Sozialwissenschaft aufgehen ließen, kämpften sie gegen Windmühlenflügel.

So zahlreich die Namen, so vielfältig sind die Wege, auf denen eine Annäherung zwischen Rechtswissenschaft und Soziologie versucht wurde. Die Varianz ergab sich aus der Kreuzung zweier Dimensionen: zum einen die Verständnisse der Jurisprudenz und hier des Normkonzepts, zum anderen die Versionen der Sozialwissenschaften als entweder kausal-erklärend oder kultural-verstehend. Sie alle verfielen freilich dem Horror, den allein schon der Gedanke an eine Soziologisierung entfacht hatte, zumal nach den freirechtlichen Brandreden.

48 Schweitzer 2021: 366. Dort (2021: 499–574) wird auch ausführlich dargestellt, wie Max Weber Jurisprudenz und Soziologie gegeneinander abgrenzt, wobei er auf die begriffsjuristische Methodik baut und Fragen zur Normativität der Rechtswissenschaft zuweist.

49 Ehrlich 1913: 14, 19.

## Kap. 4

# Jurisprudenz und Soziologie nehmen letztlich ihre Wege

Den ihr von den juristischen Methodenrebellern zugedachten Part vermochte die Soziologie damals noch gar nicht auszuüben. Als Einzelwissenschaft befand sie sich gerade im Entstehen. Das Recht als Thema und die Jurisprudenz als etablierte Disziplin mischten hier mit, weswegen dieser um 1910 kulminierende Prozess noch betrachtet sei.

### Aufmerksamkeit für Recht und Jurisprudenz in der frühen Soziologie

Die Geburt der Soziologie aus dem Geiste der Jurisprudenz – so ließe sich nennen, was damals verhandelt wurde. Um 1900 begegneten sich zwei Wissenschaften, die eine uralt, die andere blutjung, in ihrem Herkommen eng miteinander verwandt. Der etwas inzestuöse Vorgang hatte weitreichende Folgen, die bis heute anhalten. Und zwar sowohl für die Jurisprudenz als auch für die Soziologie, beispielsweise im (aussichtslosen) Unterfangen, Gesellschaft als ein geschlossenes System beschreiben zu wollen oder soziale Prozesse mit logisch zusammenhängenden Gesetzen zu erklären.

Was konkret Recht ist, wird der Freirechtslehre zufolge nicht philosophisch, sondern von psychosozialen Faktoren bestimmt. So nahe beieinander, ja ineinander verschlungen waren die Denkweisen zum Rechtlichen und zum Sozialen nie wieder. Was aber bedeutete das damals für die Soziologie? Wohl einen gehörigen Schub für ihre Reputation; denn die jugendliche Wissenschaft wurde von einer klassischen Disziplin für erwachsen genommen. Wenn der Wissenschaftsminister Carl H. Becker nach dem Weltkrieg befand, jede Universität solle einen Lehrstuhl für Soziologie erhalten, ging das auf derartige Prestigezuwächse zurück.

Dass die Jurisprudenz hierzu etwas beitrug, schien Kantorowicz zu behaupten, als er 1910 sagte: »Dogmatik ohne Soziologie ist leer, Soziologie ohne Dogmatik ist blind.« Was mit dieser Erinnerung an Kant gemeint war, lag keineswegs auf der Hand, so oft der Satz auch zustimmend zitiert worden ist.<sup>1</sup> Eine soziologieferne, also ›leere‹ Dogmatik lebt bis heute munter weiter; so ganz ohne Inhalt und Sinn kann sie

1 Beispielsweise bei Raiser 2011: 30, 38.

also kaum sein. Und welche Dogmatik ermöglichte welches soziologische Sehen? Anscheinend wurde hier die Soziologie aufgefordert, das dogmatische Denken bei sich aufzunehmen; aber so konnte es Kantorowicz wieder nicht gemeint haben, als ein geschworener Feind der ›Wortwissenschaft‹ und ›alten Buchjurisprudenz‹.<sup>2</sup> Kantorowicz fand, wie der Zusammenhang ergibt, dass die Soziologie des Rechts dessen Dogmatik miterfassen müsse. Die Normen und sozialen Tatsachen des Rechts seien gemeinsam zu reflektieren. Davon versprach er sich Unterstützung beim ›Kampf um die Rechtswissenschaft‹. Kantorowicz wandte sich gegen eine Rechtssoziologie ohne Recht; keineswegs aber wies er an dieser Stelle der Allgemeinen Soziologie den Weg.

Das Recht, mit allen seinen Feldern, strahlte in die Entstehungszeit der Soziologie hell hinein. Neuerdings wird das Gewicht der eigentlichen Rechtswissenschaft als eine Ahnherrin der modernen Sozialwissenschaft anerkannt.<sup>3</sup> Sie wirkte schon deswegen am Aufkommen der Soziologie als Wissenschaft mit, weil das Recht bei den soziologischen Klassikern ein Kernbestandteil der Gesellschaftsstruktur war.

Émile Durkheim hat es unübersehbar herausgestellt. Religion, Moral und Recht konstituierten in seiner Theorie den gesellschaftlichen Zusammenhang – er nannte das die ›sozialen Tatsachen‹ (*faits sociaux*). Als solche Tatsachen, die in jeder Gesellschaft gegeben sind, benannte er gemeinsame Ideen und Gefühle, wovon einige als Maximen obligatorisch werden; zum Teil – je nach Wichtigkeit – werde ihre Befolgung durch Sanktionen für den Fall der Nichtachtung abgesichert. »Aus moralischen Regeln, durch die Gemeinschaft gesichert, werden rechtliche, für deren Durchsetzung es spezielle Sanktionsinstanzen gibt.«<sup>4</sup> Wenn dieses Theorem am Anfang der Soziologie stand, dann ist ihr die Nähe zur Jurisprudenz angeboren. – Ferdinand Tönnies entdeckte Übereinstimmungen zwischen dem Vertragsrecht und dem wirtschaftlichen Tausch.<sup>5</sup> – Die Meta-Analyse von Doris Schweitzer sieht drei Dispositive, wie das Recht in damaliger Sicht der Gesellschaft gegenüberstand: 1. repräsentierend, 2. ordnend, 3. wertend. Damit werde »das Recht für die Bestimmung der Gesellschaft maßgeblich, weil es diese repräsentiert, ihre Ordnung sichert oder aber als ihre abgesendete Wertsphäre erscheint«. Durkheim, Tönnies und Weber entwickelten ihre Soziologien unter anderem jeweils in Auseinandersetzung mit diesen drei rechtlichen Dispositiven, sodass man von ›juridischen Soziologien‹ sprechen könne.<sup>6</sup>

2 Raiser: ebd.

3 Beispielsweise bei Spadafora 2013: 215 u.ö. Umfassend: Schweitzer 2021.

4 Schluchter 2006: 121.

5 Spadafora 2013: 182 f., 193.

6 Schweitzer 2021: 389; zu den drei ›juridischen Soziologien‹ vgl. ebd.: 391–574.

Das Recht bildet, wie Wirtschaft, Religion und andere, immer eine relevante Dimension in der Allgemeinen Soziologie, d.h. ein Querschnittsmerkmal der Sozialstruktur. Im Lager der Gründer zeigte man sich fasziniert von den starken Wissenschaften zum Recht und zur Religion. Dieses Interesse bezog sich aber nicht auf die Methoden jener Wissenschaften, von deren Vorgehensweisen man sich geradezu abgrenzte.

Im Dialog zwischen der juristischen und der sozialwissenschaftlichen Seite des Rechtsfeldes wurden damals viele Phänomene verhandelt, in denen Faktisches und Normatives als ineinander verwoben erschienen. Georg Jellinek hatte die Formel von der ›normativen Kraft des Faktischen‹ erfunden, was sich als Kritik am Naturrecht verstand, aber durchaus einen Übergang von vorgegebenen Merkmalen zu gesolltem Verhalten impliziert.<sup>7</sup> Das Problem war von alters her in anderen Figuren aufgehoben gewesen, so im Begriff des Gewohnheitsrechts, ebenfalls ein Übergang von empirisch ermittelbaren Tatsachen zu einer Vorschrift. Ähnliche Transitionen fanden sich in Begriffen wie ›Natur der Sache‹ oder ›Treu und Glauben‹. Die aus verschiedenen Richtungen einströmenden juristischen Methodenvorschläge, die dann als Freirechtslehre zusammengefasst wurden, knüpften hier an und verfielen so auf die Soziologie, von der neben Durkheim auch Georg Simmel (mit seinen Abhandlungen über den Streit bzw. den Dritten) und vor allem Max Weber beachtet wurde.

## Max Webers Rechtssoziologie

Die unaufhebbare Spannung zwischen formal-rationalem Recht und materialer Gerechtigkeit war um die Jahrhundertwende erneut ins öffentliche Bewusstsein getreten: Die bürgerlichen Schichten setzten in den dauerhaften Einrichtungen von Wirtschaft und Politik auf Rechtssicherheit und Berechenbarkeit, wohingegen die wenig besitzenden Unterschichten (für die sich Fürsprecher engagierten) auf eine bessere Güterverteilung pochten. Diesen Hintergrund sprach Max Weber als eine zunehmende Demokratisierung an; in den weniger privilegierten Schichten waren Zusammenschlüsse, ja Massenorganisationen entstanden, die oft von Juristen geführt wurden.<sup>8</sup> Unter den Freirechtlern sympathisierten viele mit sozialdemokratischen Gedanken und Politikern. Bei Weber war das nur kurzzeitig der Fall, und als Wissenschaftler war er erklärtermaßen kein Freund des Eindringens materialer Gedanken in das formal-rationale Recht.

7 Dass der Gedanke einer normativen Kraft des Faktischen etwas mit der Geltung des Rechts zu tun haben könnte, wird heute bestritten; vgl. Klatt 2019.

8 Vgl. Treiber 2017: 162 f.



Gleichwohl konnte seine (soziologische) Rechtstheorie als eine perfekte Vorlage für die Kritiker des (hyper-) rationalen Rechtsdenkens gelesen werden. Wolfgang Schluchter, als vielleicht bester Kenner der Weber'schen Soziologie, beide fern eines rechtstheoretischen Engagements, hat die Merkmale von dessen Rechtskonzeption zusammengefasst. Geschrieben um 1910 (und bis heute grundlegend in der sozialtheoretischen Rechtsbetrachtung) lassen sie mit einem entsprechenden Dreh erkennen, warum damals ein Gedankenkreislauf zwischen Jurisprudenz und Soziologie entstehen konnte.

Danach hat Weber sechs Merkmale einer empirischen (im Unterschied zur normativen) Rechtsordnung herausgestellt. Jedes davon lässt sich – durchaus gegen den Autor – als eine Anschlussstelle zwischen Soziologie und Jurisprudenz interpretieren.

1. Wenn jede empirische Rechtsordnung Lücken hat, während die Rechtsdogmatik das unerreichbare Ideal »eines logisch in sich widerspruchsfreien und geschlossenen Systems« verfolgt, dann hat eine reale Entscheidung auch außerrechtliche Gründe.
2. Wenn die Rechtssätze in jeder empirischen Ordnung »mehr oder weniger«, also nur graduell gelten, dann öffnen sich Spielräume für die Entscheidung.
3. Wenn der empirische Geltungsgrad einer Rechtsordnung »von der Geltung anderer Normordnungen abhängig« ist, dann treten außerjuridische Normen hinzu.
4. Wenn, wie meist, in einer Gesellschaft mehrere Ordnungen untereinander »in Konflikt liegen, sodass man vom Kampf der Ordnungen sprechen kann«, dann reguliert nicht das Recht allein das soziale Handeln.
5. Wenn Rechtsordnungen »nur einen kleinen Ausschnitt des Handelns« erfassen, dann öffnet sich ein größeres, extrajuridisches Feld.
6. Wenn die Marktentwicklung »ein nach rationalen Regeln *kalkulierbares* Funktionieren des Rechts« verlangt, dann ist die Kontinuität der Rationalitätskonzepte zu berücksichtigen.<sup>9</sup>

Schluchter muss zwar berichten, dass Weber für seine Modernisierungstheorie nur innerrechtliche Gerechtigkeitspostulate dem juristischen Rationalitätsimperativ genügen ließ. Aber er bricht dann eine Lanze für die »Menschenrechte als regulative Idee«, die er bereits bei Weber anerkannt findet; andernfalls könnten sich Rechtssicherheit und Zweckmäßigkeit verselbständigen und der Ausgleich Rechtsformalismus und Gerechtigkeit würde verfehlt.<sup>10</sup>

9 Alle Zitate bei Schluchter 2000: 80 f., im Anschluss an Weber.

10 Schluchter 2000: 82 f.

Die Denkweise dogmatischen Rechtswissenschaft diente Weber als Modell für die Bildung der soziologischen Grundbegriffe; ihm imponierte das Bemühen um begriffliche Klarheit, Sinnverstehen und die Bildung typisierter Fälle. Die von ihm favorisierte Zweckrationalität hatte eine Parallele in der teleologischen Auslegung von Normtexten. Kehrseite dieser Genealogie war, dass Weber juristisches und soziologisches Denken strikt gegeneinander abgrenzen musste. Daher spaltete er die Arbeit an der Analyse rechtlicher Phänomene zwischen den vorhandenen Fächern auf, indem er normative und empirische Rechtsgeltung auseinanderhielt und die Normwissenschaft für den einen, die empirische Sozialwissenschaft für den anderen Aspekt als zuständig erklärte. Damit löste er den schwelenden Konflikt zwischen juristischer und soziologischer Analyse; aber eigentlich wich er ihm bloß aus, vermittels einer nominellen Operation. Über die Ertragskraft dieser Art von Begriffssoziologie lässt sich streiten.

Indem Weber in sein soziologisches Grundgerüst die Orientierung an ›normativen Ordnungen‹ eingebaut hatte, war eine Konkurrenzsituation zur Rechtswissenschaft geschaffen<sup>11</sup> – und zugleich der Anfang des später so genannten ›normativen Paradigmas‹, wie es der Strukturfunktionalismus etwa bei Talcott Parsons verkörperte, von dem sich die phänomenologisch-interpretativen Richtungen in der Soziologie erst mühsam wieder lösen mussten. Den Gegensatz zwischen normativer und empirischer Dimension der Rechtsgeltung baute auch der Versuch von Heinrich Popitz nicht ab, dessen soziologische Normanalyse mehrere Geltungsarten sah (in Kognition, Verhalten und Sanktionsgrad), allesamt der Faktizitäts-Seite angehörend.<sup>12</sup>

Bei Weber wandelte sich der Verbindlichkeitsgrad einer Norm von Gewohnheit und Sitte über die Konvention zum Recht – all dies nannte er ›legitime Ordnungen‹, an denen sich das Gemeinschaftshandeln orientiert und das Soziale konstituiert. Es waren sehr generelle, weitgehend auf Definitionen gestützte Aussagen, denen kaum zu widersprechen war, aus denen aber auch nicht allzu viel folgte. Weber wies dem staatlich gesetzten Recht herausgehobene Bedeutung zu, um so seine Theorie der Rationalisierung und Gesellschaftsentwicklung zu unterfüttern; dazu musste er die Ordnungen von Recht und Wirtschaft auseinanderziehen (sonst gäbe es keine kausale Beziehung). Ersichtlich befand man sich hier in einem anderen Denkkontext als bei den Fragen zur juristischen Lösung von Konflikten, bei denen das Soziale und das Normative vielleicht nicht so streng getrennt werden müssen. Es sind Diskurse, die in weitem Abstand voneinander ablaufen. Ein Bezug zwischen

11 Schweitzer 2021: 543.

12 Vgl. Popitz 1980: 35 f.

ihnen bestand allenfalls dort, wo Weber den »juridischen Rationalismus« so hoch wie möglich ansetzen musste, um den Einfluss des formalen Rechts auf das Wirtschaften plausibel zu machen. Nur der Okzident verfüge über eine rationale Rechtslehre, welche einen Prozess berechenbar macht und somit dem Betrieb die Kalkulation ermöglicht. Das rationale Recht prägt auch weitere Sphären.<sup>13</sup> – Nach alldem ist nicht zu sehen, wo die Weber'sche Rechtssoziologie für die soziologische Jurisprudenz hätte fruchtbar werden können.

Der Theoriebaustil M. Webers wirkt als deutlich vom damaligen Denkstil der Rechtsdogmatik beeinflusst. Die anbrandende Normenflut (Gesetze, Urteile, Gewohnheiten) wurde hier »systematisiert«, d.h. in eine begrifflich gesteuerte Ordnung von scheinbarer Geschlossenheit überführt – eine imponierende Leistung. Webers Klassifikationsschemata zum sozialen Handeln, zur Legitimation, zu den Normsorten usw. erinnern an die Einteilungen, wie sie juristische Lehrbücher vornehmen. In der Soziologie hat das Schule gemacht: zunächst bei T. Parsons, dann bei N. Luhmann und zahllosen anderen. Klassifizieren und Definieren tut gut; bedenklich wird es aber, wenn die nominalen Konzepte ontologisiert werden, untereinander zu Gesellschaftstheorien zusammengefügt werden, anstatt dass sie bloß als eine revidierbare Grundlage für empirisch orientierte Studien dienen (und dann beispielsweise bei Weber die Bildung von Idealtypen erlauben).

Beim ersten Soziologentag platzierte Max Weber einige Juristen im Tableau der neun Vorträge, darunter Kantorowicz. Wie kam es dazu? Am 24. Juli 1910 hatten sich einige Freirechtler bei Gustav Radbruch getroffen, der drei Tage darauf Kantorowicz mitteilte, Weber sei offen für die Idee, dass ein Freirechtler auf der Tagung spreche. Gegenüber Hermann Beck, dem Geschäftsführer der frisch gegründeten Deutschen Gesellschaft für Soziologie (DGS), nannte Weber Kantorowicz als möglichen Redner. Er würde sich »anheischig machen, Privatdozent Dr. H. Kantorowicz, zu jenem Referat zu gewinnen«. Und so geschah es.<sup>14</sup> Den Kontakt hatte zuerst Kantorowicz aufgenommen, der seine Stammler-Kritik an Weber sandte und eine Antwort erhielt.<sup>15</sup>

Angesichts der Kampf-Schrift hält es Gephart für »kaum verständlich, wie Weber sich überhaupt für Kantorowicz als Redner auf dem ersten Deutschen Soziologentag hat verwenden können«. Denn Freirecht und »Webers Ideal des formal rationalen Rechts« stünden einander diametral entgegen. Weber beruhigte sich damit, dass Kantorowicz wie er selber methodologisch zwischen faktischer und normativer Geltung eines Rechtssatzes unterscheide; denn er fand hierin die eigene

<sup>13</sup> Vgl. dazu Gephart 2010: 63–66.

<sup>14</sup> Vgl. Weber, MWG II/6: 423, 607, 613 f.

<sup>15</sup> MWG II/5: 690.

Unterscheidung zwischen juristischer und soziologischer Rechtsbeurteilung wieder.<sup>16</sup>

Was versprach Weber sich von der Einladung? Zum einen wollte er einige Vertreter der Freirechtsbewegung zur Teilnahme verlocken, indem einer von ihnen dort zu Wort käme; unter ihnen vermutete er »heute zweifellos die besten Köpfe der jüngeren soziologisch-philosophisch interessierten Juristen«.<sup>17</sup> Zum anderen sollte der »Jungtürke«, so ist zu vermuten, die Beschäftigung mit dem Recht zu einem Arbeitsfeld des neuen Fachs machen. In der DGS sollte »eine Abteilung für Philosophie oder Soziologie des Rechtes« eingerichtet werden.<sup>18</sup> So mischte die Jurisprudenz mit im institutionellen Gründungsprozess der Soziologie.

Auf Kantorowicz' Vortrag folgte eine lärmige Debatte, die Webers Absichten zunichtemachte, wie dieser es empfand.<sup>19</sup> Im Hintergrund stand eine andere Methodendebatte als das Hauptthema in der Gründungsphase. Die Frage der Wertfreiheit strapazierte damals die neue Soziologie, und der Diskurs um das Freirecht wurde als ein wichtiges Teilfeld in der deutschen sozialwissenschaftlichen Methodenkontroverse vor dem ersten Weltkrieg wahrgenommen.<sup>20</sup> Kantorowicz' Kongressvortrag reizte den Diskussionsleiter Tönnies zu einer Rüge, was wiederum im Anschluss eine erregte Debatte hervorrief. Dem Freirechtsdenken musste das Weber'sche Postulat schon deswegen fernliegen, weil juristische Urteile naturgemäß Werturteile sind bzw. enthalten.

Ferdinand Tönnies hatte bereits in seinem Eröffnungsvortrag angekündigt, die Soziologie werde alle Forschungen unterlassen, die normative und politische Ziele verfolgen, beispielsweise die eines »Wissenschaftlichen Sozialismus«. Tönnies propagierte neben der Wertfreiheit auch die Trennung zwischen Theorie und Praxis. Wissenschaften entfalten sich umso kräftiger, »je mehr sie von allen unmittelbaren und mittelbaren Einflüssen der Willenstendenzen, der praktischen Interessen sich ablösen und befreien«.<sup>21</sup> Kantorowicz' Anliegen entsprach dem nicht, sodass Tönnies mit ihm aneinandergeriet. Eingedenk der kürzlich entstandenen Aufregungen um die Freirechtslehre und im Wissen um die Personengleichheit Gnaeus Flavius/Kantorowicz glaubte er nun intervenieren zu müssen. Tönnies unterbrach Kantorowicz' Vortrag, in dem er eine Werbung (für das Freirecht) vermutete. Er verstand Kantorowicz also wissenschaftspolitisch, was in der Diskussion von Max Weber zurechtgerückt wurde. Tönnies' Skandalisierung signalisierte,

16 Vgl. Gephart 2010: 17, 19.

17 Weber, MWG II/6: 606 f.

18 Weber, MWG II/6: 622.

19 Vgl. Lepsius 2011: 11–16.

20 Spadafora 2013: 215.

21 Tönnies 1911: 19.

dass man den Juristenstreit nicht in die eigenen Hallen getragen haben wollte.

Dies war ein interessanter Diskursmoment: Tönnies und Kantorowicz missverstanden einander, weil sie verschiedene Agenden verfolgten. Tönnies wollte eine engagierte, aber nicht marxistische Soziologie; Kantorowicz arbeitete an seiner Doppelexistenz in Rechtswissenschaft *und* Soziologie, um die juristische Methodik zu reformieren.

Weber berichtete brieflich an Franz Eulenburg: »Kantorowicz: sehr gut. Debatte skandalös infolge der ganz unfähigen Leitung von Tönnies einerseits, des Betragens von Goldscheid und anderen andererseits: thörichte Debatten zur Geschäftsordnung über Werturteile, schulmeisterliche Unterbrechungen von Tönnies, Protest dagegen usw.«<sup>22</sup> Die tumultuarische (nicht überlieferte, im Protokoll durch Weber stark gekürzte) Diskussion nach dem Kantorowicz-Vortrag sei zu sehr um Fragen der Geschäftsordnung und (damit zusammenhängend) Werturteilsfreiheit gegangen. Die anwesenden (hauptberuflichen) Juristen sagten etwas zu den Weisen der Rechtsfindung statt zu den Aufgaben der Soziologie. Selbst Weber tappte in diese Falle, als er sich zum Streitpunkt der Werturteilsfreiheit äußerte und insistierte, dass die DGS sich der »praktischen, rechtspolitischen Wertungen enthalte«.<sup>23</sup> Sodann trennte er scharf zwischen dogmatischen und soziologischen Aussagen zum Recht. Keineswegs könne »auf dem Gebiet des Soziologischen das Rechnen durch das ›Werten‹ ersetzt werden«; das haben wir ja »gerade von den Naturwissenschaften gelernt«. Damit zerschnitt Weber das im Freirechtsdenken vorgesehene Band zwischen Rechts- und Sozialwissenschaft. Ja, er ridikülisierte es mit der Bemerkung, ein juristisches Urteil hänge »unter Umständen« auch davon ab, »ob der Richter etwa einen sehr starken Frühschoppen hinter sich hat«.

Andere Soziologen schwiegen einfach. – Dass von der Soziologie keine Einmischung in den juristischen Diskurs zu erwarten war (eher ein Gegenwind wie von Weber), muss Kantorowicz klar gewesen sein. Was also war der Sinn eines Auftritts beim DGS-Kongress? Bei Kantorowicz ging es um das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Soziologie, nicht um das der Soziologie zur Rechtswissenschaft; er sah die Bezüge wohl nur in der einen Richtung und versuchte die Außenansicht des Methodenstreits zu beeinflussen. In der Folge wurde auf die Einrichtung einer Abt. für Rechtssoziologie verzichtet. Vielleicht aber hatte die ärgerliche Diskussion gar nicht das falsche Thema, denn hier entschied sich die Neigung und Eignung damaliger Soziologie, etwas für die Rechtswissenschaft Brauchbares zu liefern – als Verzicht.

<sup>22</sup> MWG 6: 655 f.

<sup>23</sup> Weber MWG I/12: 280; folgende Zitate 282.

So gedieh in der frühen Soziologie die Frage der Werturteilsfreiheit sowohl zum einigenden als auch zum spaltenden Punkt. Das mutet heute kurios an, denn das soziologische Denken geht stets von Standpunkten aus (›Haltung‹ heißt das gegenwärtig) und baut seine Analysen mit evaluativen Prämissen auf, mögen diese auch meist im Hintergrund bleiben. 1909, bei Gründung der DGS, besaß die »Ausschließung von Werturteilen« noch höchste Priorität, und zwar um sozialpolitische Streitigkeiten außen vor halten zu können. Darauf bestand Max Weber und zog sich dann aus Enttäuschung über mangelnde Enthaltensamkeit aus der DGS zurück. Für Georg Simmel, als anderen Gründungsakteur, war die Frage bei weitem nicht so belangvoll, und für Kantorowicz schon gar nicht. In der Kontroverse nach seinem Vortrag mochte er das Sprechverbot nicht akzeptieren.<sup>24</sup> Eine wertungsneutrale Soziologie hätte schwerlich juristisches Entscheiden instruieren können, wie es ihm wohl noch vorschwebte. So wirkte Kantorowicz in dieser Phase daran mit, dass die sich etablierende Soziologie auf methodologisch ungeklärte Weise wertensibel blieb.

Multiple Sprecherkompetenzen bildeten ein besonderes Merkmal damaliger Diskurse. Manche der tonangebenden Teilnehmer waren auf mehreren Denkfeldern unterwegs: Kantorowicz neben der Jurisprudenz in der Soziologie, Zeitgeschichte und Literaturwissenschaft; Siegfried Kracauer als promovierter Architekt befasste sich mit Soziologie, Psychologie und empirischer Kulturforschung. Ihr Vorbild Georg Simmel wechselte zwischen Philosophie und Soziologie. Max Weber hatte sich als Jurist, Ökonom und Soziologe profiliert, allerdings sukzessive. Nicht selten blieb unklar, mit welcher seiner wissenschaftlichen *personae* jemand gerade sprach. Tönnies bemerkte nicht, dass Kantorowicz auf der Gründungstagung als Soziologe (und nicht als Freirechtler) auftrat. Webers Kritik an Gnaeus Flavius geschah als Soziologe und nicht als Jurist. Oder doch nicht? Webers vehementes Eintreten für den Formalismus in der Rechtsdogmatik hätte das Wertfreiheitspostulat verletzt, wenn er es soziologisch gemeint hätte; eher vertrat er hier eine rechtsmethodologische oder auch eine modernisierungspolitische Position. Die unangekündigten Spurwechsel stifteten Verwirrnis.

Max Weber hatte einen Teil seiner ›Kategorien‹ in der Auseinandersetzung mit dem Juristen Rudolf Stammler entwickelt. Aus diesem Zusammenhang entsprang sein Interesse an der Kommunikation mit Kantorowicz – nicht aber war die Freirechtslehre eine Ideengeberin für Weber. Ganz im Sinne seiner theoretischen Anliegen – der Einfluss des Rechts auf das Wirtschaften –, interessierte er sich nur für die empirische Geltung des Rechts, nicht für dessen normative Geltung, die Rechtsquellenlehre usw.

24 Kantorowicz 1911 a: 314.

Das war der Grund für seinen Wunsch, in der DGS eine »Rechtssoziologische Sektion« einzurichten,<sup>25</sup> und deswegen drehten sich drei der auf dem ersten Kongress gehaltenen Vorträge (auch) um das Recht. Weber hätte eine Rechtssoziologie gefallen, die sich mit der fortschreitenden Rationalisierung, und das war die formallogische Dogmatisierung, beschäftigt. Nicht schätzen konnte er das Erkenntnisziel, den Zusammenhang zwischen Recht und den »Bedürfnissen des Lebens« zu erforschen und nach den Resultaten den Rechtsbetrieb zu gestalten. Die starke Perseveranz, mit der Weber die Durchsetzung seiner Rationalitätsannahmen verfolgte, störte seine Versuche, Soziologie und Jurisprudenz in Kontakt zu bringen. Merkwürdig, wie er sich hier selbst im Wege stand.

Weber versuchte gar nicht erst, das von den Freirechtlern Gemeinte zu verstehen, leistete also keinen Beitrag zum Diskurs. Er nahm die Rechtswissenschaft so, wie sie damals war, und machte sie in dieser Gestalt zum Baustein seiner sozialökonomischen Theorie. Die Rechtswissenschaft zu verändern lag außerhalb seines Interesses, auch eine sozialistische Politikneigung lag ihm fern. Wie nur konnte er dann Kantorowicz so akzeptierend begegnen? Die vorliegenden Briefe bezeugen allerdings keine tiefergehende Bekanntschaft, als die berufliche Kooperation es gerade erforderte. Ganz anders verlief Webers Kontakt zu dem Staatsrechtler Georg Jellinek, mit dem er in Heidelberg befreundet war und in regem Gedankenaustausch stand.

Unter den Fragmenten, die Webers Rechtssoziologie ausmachen, findet sich auch eine ganz anders zu lesende Passage. Aller theoriegeleiteten Sympathie für eine formal rationalisierende Jurisprudenz zum Trotz geißelte Weber dort die »Konsequenzen der sich selbst überschlagenden wissenschaftlichen Rationalisierung und voraussetzungslosen Selbstbesinnung des Rechtsdenkens«; einer von irrationalen Kräften und Kontingenzen durchströmten Realität sei damit nicht beizukommen. Stattdessen favorisiert Weber es, wenn die Rationalisierung des Rechts von Praktikern ausgeht, wie beispielsweise im Common Law und im deutschen Handelsrecht. »Das englische Rechtsdenken ist [...] in weitestgehendem Maße eine empirische Kunst, [...] der Grad der Rationalität des Rechts ein wesentlich geringerer«. Und dieser Umstand bedinge die »praktische« Anpassungsfähigkeit des englischen Rechts.<sup>26</sup> Aus diesem Lobpreis folgt zwar für Weber keine Soziologisierung des Rechtsdenkens, aber einer Kampfschrift für Freies Recht würde in der Rechtskultur des Common Law das Angriffsziel fehlen.

25 So an Tönnies, MWG II/6: 687.

26 Zitate bei Weber 1922/1964: 651 f.; vgl. dazu Dilcher 2016: 472–474.

Weber blickte als Soziologe auf den Rechtsbetrieb und fand eine Entformalisierung schädlich, weil sie den Beitrag des Rechts zur Modernisierung beeinträchtigte. Mit einem Werturteil(!) bezog er eine Position im Streit um das Freirecht. Die Literatur zu Max Weber meint heute einhellig, der Klassiker habe das Methodenideal der Begriffsjurisprudenz hochgeschätzt, ja dieses Ideal noch idealisiert, sodass »im Schlusskapitel seiner Rechtssoziologie Erkenntnis vom Bekenntnis überschattet wird.«<sup>27</sup> Die Avancen der Freirechtler stießen also in Webers Soziologie auf keinerlei Gegenliebe. Eine heftigere Abfuhr als die durch Weber konnten sie nicht erfahren.<sup>28</sup> Wenn Weber in der Freirechtslehre nur »interne Standesideologien der Rechtspraktiker« hat sehen wollen,<sup>29</sup> dann deswegen, weil ihm die ›Materialisierung‹ des Rechts zuwider war, zumal sie nicht zu seinen Rationalisierungsannahmen passte. Auf Kantorowicz konnte eine derartige Kritik schon deswegen nicht zutreffen, weil der sichtlich keine Professionsinteressen verfolgte. Weber konfrontierte die Rationalität formaler Rechtsgesetze mit der ›Irrationalität der Tatsachen‹, wobei er ausblendete, dass die Tatsachenwissenschaften, um deren Einbezug es ja ging, ebenso rationale Aussagen produzieren. Weber fürchtete um »die juristische Präzision der Arbeit, [...] wenn soziologische und ökonomische oder ethische Räsonnements an die Stelle juristischer Begriffe treten«. Präzision, Fachmenschentum, Rationalismus und geschäftliche Verkehrssicherheit galten ihm mehr als die materiale Gerechtigkeit, wie sie der Freirechtsschule vorschwebte. Weber nannte sie abfällig ein »Produkt intellektualistischer Desillusionierung«.<sup>30</sup>

Wenn Weber Kantorowicz hochschätzte, dann eben nicht den *Gnaeus Flavius*, sondern weil der Jüngere historisch bewandert war, rechtshistorisch zumal, und ein intellektuell ebenbürtiger Gesprächspartner gewesen sein wird. Weber sah durchaus die Unterschiede; an Kantorowicz schrieb er: »Wir stehen – da Sie sich als ›Positivisten‹ bekennen – in mancher Hinsicht auf verschiedenem Standpunkt.« Aber gegenüber Stammler stimme er Kantorowicz zu, der hierzu »die gründliche Arbeit eines Berufeneren« geleistet habe.<sup>31</sup> Kantorowicz, der gerne auf fremden Äckern pflügte, hielt sich aus Webers Domäne heraus. In dem Kongressvortrag über ›Rechtswissenschaft und Soziologie‹ beschränkte er

27 Treiber 2017: 166.

28 Bei Weber zu besichtigen etwa im Stammler-Aufsatz. Zur »Parallelisierung der juristischen und kulturwissenschaftlichen Betrachtungsweise« bei Weber, für dessen Frühzeit und am Beispiel der Kausalität vgl. Nollmann 2006: 96 f., 103. Die Schärfe, mit der Weber die Freirechtslehre ablehnte, wird von Michel Coutu (2018: Nr. 2.3) mit einem Verweis auf die Jurisprudenz um 1910 relativiert; Kantorowicz antizipierte die anbrechende Entwicklung besser.

29 Weber, 1922/1964: 649, dort auch das folgende Zitat.

30 1922/1964: 655.

31 Brief v. 30.10.1908, MWG II/5: 690.



sich auf die Rechtssoziologie und behandelte diese im Hinblick auf ihren Verwendungsnutzen in der Rechtsfindung – was Weber nun gar nicht interessierte, ja von ihm abgelehnt wurde. Gegenüber Weber, als dem Älteren, Etablierteren und ›Deutschen‹ der beiden, dürfte sich Kantorowicz bewusst zurückgehalten haben. Erst in der Gedächtnisschrift für Weber platzierte er einen Aufsatz, in dem er Luft abließ und pluripotent den ›Aufbau der Soziologie‹ umriss, dabei einige Abweichungen zu Weber hervorhebend. Bei dem bleibe vieles »dunkel«.<sup>32</sup> Und er rügte Webers grauenhaften Schreibstil, also die dem Ansturm der Gedanken geschuldeten Schachtelsätze.

Wer die Nähe zwischen Jurisprudenz und Soziologie suchte, konnte damals bei Rudolf Stammler fündig werden, der selbst als Neukantianer zwischen empirischem und normativem Gelten nicht so rigoros trennte, wie Weber es tat. Stammler hatte Wirtschaft und Recht in ein Verhältnis gesetzt, das Webers soziologischem Programm zuwiderlief. In Webers Sicht war das Wirtschaftliche nicht der alleinige empirische Grund alles Geschehens und Recht bloß dessen Form; sondern für ihn standen Wirtschaft und Recht in einem komplexen Kausalzusammenhang, innerhalb dessen weitere Kulturfaktoren wirkten (Religion!). Die Kulturbedeutung rechtlicher Institutionen könne sich ändern, ganz ohne ökonomische Determinanz.

Kantorowicz teilte Webers Kritik am Rechtstheoretiker Rudolf Stammler und nannte sie die (sozio-) ökonomische Hälfte, der er nun die andere, »philosophische Hälfte« hinzufügte. So kamen sich die beiden nicht ins Gehege: Weber argumentierte soziologisch, Kantorowicz erkenntnistheoretisch. Ob die Arbeitsteilung der beiden im Diskurs tatsächlich so beschaffen war, steht auf einem anderen Blatt – Kantorowicz postulierte es so, Weber scheint es akzeptiert zu haben. Sie hätten in Konflikt geraten können; Weber nannte Stammler als Juristen »hervorragend«;<sup>33</sup> Kantorowicz hingegen nahm Stammler auch rechtsphilosophisch auseinander. All dies ereignete sich nach Webers Objektivitätsaufsatz von 1904, vor allem zwischen Sommer 1907 (Stammler-Aufsatz) und Frühjahr 1908 (Kantorowicz' Habilitationsvortrag, publiziert 1909). Bei dieser Thematik war man, selbst in der Aggressivität gegenüber Stammler, weit entfernt von den Kämpfen um das Freirecht. Auch verfolgte man verschiedene theoriestrategische Ziele: Weber entwickelte seinen soziologischen Begriffsapparat, Kantorowicz seine relativistische Rechtskonzeption, die weder auf einer Realdefinition noch auf einem ›richtigen‹ Recht aufbaute.<sup>34</sup>

32 Kantorowicz 1923: Nr. 5.

33 Weber 1922: 427.

34 Vgl. Kantorowicz 1909: 23 f.

Wenn doch Weber die freirechtliche Grenzverwischung à la Gnaeus Flavius nicht goutierte – wie konnte er dann mit Kantorowicz gewinnend kommunizieren? Von ganz unerwarteter Seite kam bei ihm ein Gedanke, der soziologisches und juristisches Denken verbinden könnte – nicht als Soziologie in der Jurisprudenz, sondern umgekehrt: normatives Raisonement in der Sozialtheorie.

Innerhalb seiner Stammler-Kritik entwickelte Weber eine Konzeption der »sozialen Regelung«. Zum einen könnten wir den Sinn von Handlungen als Bewertung so »konstruieren, dass ein in sich widerspruchloses Gedankengebilde entsteht. Wir treiben dann ›Dogmatik‹ des ›Sinns‹. Und wir können auf der anderen Seite fragen: war der ›Sinn‹, den ›wir‹ einem derartigen Vorgang dogmatisch zusprechen können, auch derjenige, den jeder der empirischen Akteure desselben seinerseits bewusst in ihn hineinlegte«? Das eine ist der normative, das andere der empirische Sinn, gewissermaßen einmal juristisch, einmal soziologisch gedacht. Insofern nun ein Akteur sich von einer Norm leiten lässt, diese also für sein Handeln kausal bestimmend wird, wird auch der ›dogmatische‹ (i.e. normative) Sinn des Vorgangs für die Hypothesenbildung wichtig, und zwar als »heuristisches Prinzip«; er fungiert jetzt als Idealtypus. Norm-Maximen »sind zweifellos *eine* der verschiedenen möglichen Determinanten des faktischen Handelns«. Weber argumentierte in diesen Passagen mit verworrenen Satzgefügen in tastender Gedankenführung, um einen Zusammenhang zwischen normativer und empirischer Handlungsanalyse herzustellen, ohne die beiden unerlaubt zu vermischen. Auch an späteren Stellen des Stammler-Aufsatzes kam diese Einschätzung zum Ausdruck. So heißt es einmal, »die Tatsache, dass es eine ›Jurisprudenz‹ gibt, [...] ist von der erheblichsten praktisch-empirischen Tragweite für die faktische Gestaltung des Verhaltens der Menschen«. Dabei hält er die »empirische Existenz des Rechts« und »die juristische Idee eines Gelten-Sollens« streng auseinander. Für Weber dehnt sich die Einflussosphäre des Rechts gesellschaftsweit; die Jurisprudenz bespielt nur einen vergleichsweise kleinen Bereich, nämlich um »das faktische Verhalten gewisser Menschen: der Richter, Advokaten, Delinquenten, Staatsbürger« juristisch zu werten.<sup>35</sup>

Vereinfachend gesagt: Recht stiftet Sozialität, und deswegen kann juristisches Denken bei der soziologischen Analyse helfen. Von Kantorowicz könnte Weber sich eine solche Hilfestellung, bei Beachtung des neukantianisch gebotenen Rahmens, vorgestellt haben.

35 Weber 1922: 322–359; die Zitate: 333–335, 347 f.

## Soziologischer Theorienpluralismus

In der Gründungsphase der deutschen Soziologie standen – neben manchen anderen Personen und Richtungen – zwei Schulen einander gegenüber. Dies waren idealtypisch unterscheidbare Strömungen, die – von heute her gesehen – sich erkennbar national und international durch das seitdem verflossene Jahrhundert ziehen würden. Der eine Denkstil verkörperte sich in Max Weber und seinen exakten sozioökonomischen Thesen, der andere in Georg Simmel und seinen fluktuierenden kulturbezogenen Ideen. Das Fach ist durch die Weber'sche Vorgabe kontinuierlich geprägt worden. Die Simmel'schen Ansätze flackerten in Einzelentwürfen immer wieder auf, ohne je die Geschlossenheit einer ›Theorie‹ zu erreichen (erreichen zu wollen, muss hinzugefügt werden). Die Strömung zieht sich bis heute durch die Theorielandschaft der Soziologie. Ihre Protagonisten begrenzten sich nicht auf das Fach, sondern betätigten sich oft auf anderen Feldern, so wie Simmel in der Philosophie. Man bewundert dann die ›Spannweite‹ ihrer Interessen und sperrt sie aus der Fachdisziplin aus. Eine Reihe von ihnen, die ursprünglich dem Simmel'schen Denken angehangen hatten, versammelten sich bei der Kritischen Theorie: Siegfried Kracauer, Georg Lukács, Ernst Bloch, Theodor W. Adorno; später jedoch distanzieren sie sich mehr oder weniger von ihrem Lehrer und verbargen ihre Herkunft. Dem Fragmentarischen in der Theorie entsprach der Mangel an Zusammenhalt. Das trug dazu bei, dass Kantorowicz (wie auch Kracauer, zeitweise sogar Simmel) aus dem Gesichtskreis der Soziologie verschwanden.

Simmel hatte in seiner ›Philosophie des Geldes‹ (1900) die Jurisprudenz und das Recht als »zurückgeblieben« kritisiert; denn »von gewissen Grundtatsachen aus logisch entwickelt, in einem Kodex fester Gesetze niedergelegt, von einem besonderen Stande getragen, gewinnt es den anderweitigen, von den Personen empfundenen Verhältnissen und Bedürfnissen des Lebens gegenüber jene Starrheit, durch die es sich schließlich wie eine ewige Krankheit forterbt, Vernunft zum Unsinn, Wohltat zur Plage wird«. <sup>36</sup> Für den Leser Kantorowicz musste das aus dem Herzen gesprochen sein. Schon als Student hatte er Simmel aufgesucht, der ihn 1906 bei Georg Jellinek einführte und (erfolglos) ihn in Heidelberg zu habilitieren empfahl. <sup>37</sup> Um das Jahr 1910 herum verdichtete sich der Kontakt noch einmal, sowohl im Heidelberger Kreis als auch bei der Gründung der DGS. <sup>38</sup> – Gustav Radbruch, der für Kantorowicz lebenslang wichtig werden sollte, war mit Simmel befreundet. Kantorowicz und Radbruch planten eine »Rechtsphilosophische

<sup>36</sup> Simmel GSG 6: 644 f.

<sup>37</sup> Vgl. Simmel GSG 22: 534.

<sup>38</sup> Vgl. GSG 22: 821 f.

Zeitschrift«, mit »ständiger Mitarbeit« von Simmel, was dieser auch zugesagt hatte.<sup>39</sup> Man bewegte sich in einem Milieu modernistischen Denkens und auf Distanz zum Wilhelminismus.

Mit Simmel teilte Kantorowicz:

- das Anti-Systematische im Denken; kein Gesamtbild und keine Großtheorie wird angestrebt, sondern einzelne Phänomene werden untersucht;
- eine ausgeprägte Aufmerksamkeit für soziale Konflikte, Widersprüche und Ambivalenzen;
- den Blick auf die Kulturbasis sozialer Phänomene;
- die fluktuierende Beschäftigung mit thematisch weit auseinanderliegenden Gebieten und Fragen;
- insoweit sie sich überhaupt mit juristischen Themen befassten, geschah dies im Strafrecht;
- die politische Nähe zu Ideen und Organisationen des Sozialismus.

Kantorowicz' Stimme wurde in der noch jungen Soziologie gehört; Alfred Vierkant bezeichnete seinen Aufsatz in der Weber-Gedächtnisschrift als die »beste derartige Untersuchung [...] über die Aufgaben und die Gliederung der Soziologie« sowie als »vortreffliche Studie«.<sup>40</sup> Wie stellte sich der Jurist Kantorowicz eine Soziologie vor? Das maßgeblich von Weber beeinflusste Gründungsprogramm der DGS hatte verlangt, »das eigenartige Gebilde, das wir Gesellschaft nennen, in seinem Wesen, seinen Formen, seinen Entwicklungen zu erkennen«. Kantorowicz aber verwandte den Begriff der Gesellschaft nicht; in seinem Kongressvortrag (1911 a) nannte er ihn nur einmal, und zwar in Anführungsstrichen. Stattdessen sprach er vom »sozialen Leben« (über zwanzigmal, und auch sonst vom »Leben«). Das Soziale war ihm nichts Festes, keine statische Struktur. Er behandelte das Soziale als etwas Fließendes, das immer erneut aufgesucht werden muss und seine Gestalt ständig verändert. Auch damit stellte er sich in die Spur von Georg Simmel.

Später akzentuierte Kantorowicz seine Konzeption von Soziologie neu; in der Weber-Gedächtnisschrift (1923) ist der Gesellschaftsbegriff allgegenwärtig. Hier wird Simmel an einigen Stellen leicht relativiert. »Gesellschaft« sind nun die Beziehungen sozial handelnder Menschen – auch dies wiederum simmelianisch formuliert. Kantorowicz zog viele große Autoren heran, insbesondere Weber, dessen Grundbegriff er aber abwandelte. Er präsentierte sich hier als jemand, der die gesamte Soziologie kennt und dessen Ideen breit anschlussfähig sind; insoweit dachte er strategisch, eine professionelle Eigenart von Juristen. Immer, wenn Kantorowicz sich soziologisch äußerte, musste es als ein Brückenschlag

39 GSG 22: 591 f.

40 Vierkant 1926: 75 f.

verstanden werden, der von der Jurisprudenz aus gewagt wird, um den Transfer zu ermutigen.

Kantorowicz' Theorieanliegen war, der Jurisprudenz eine soziologische Grundlage zu verschaffen. Im Kongressvortrag von 1910 benannte er, wie schon erwähnt, die Soziologie als »die vornehmste Hilfswissenschaft der dogmatischen Jurisprudenz«. Er hoffte, »dass die Jurisprudenz dadurch ein völlig anderes Gesicht erhalten wird, sowohl den Methoden als auch den Ergebnissen nach«.

In dieser instrumentalistischen Sicht mussten es gar nicht nur fachwissenschaftliche Einsichten sein; es ging darum, die Rechtstatsachen für die Gesetzgebung zu vergegenwärtigen: die »Erkenntnis des sozialen Lebens (die ja nicht immer eine wissenschaftliche zu sein braucht, vielleicht oft eine solche des täglichen Lebens sein darf)«. <sup>41</sup> Für den späteren Kantorowicz war die Soziologie nur noch eine unter verschiedenen die Jurisprudenz instruierenden Disziplinen. Er schrieb, die Gegenstände Eigentum, Geld und Tausch würden sowohl von der Volkswirtschaftslehre als auch von der Privatrechtslehre behandelt; »beide laufen parallel, und es ergeben sich nicht etwa eine einzige Wissenschaft mit gemischter Methode, sondern zwei *Schwesterwissenschaften*«. <sup>42</sup>

Das Verhältnis zwischen Soziologie und Rechtswissenschaft war um 1910 von Konvergenzen und Differenzen durchzogen. In der rechtsmethodologischen Debatte erschien die Soziologie wahlweise in der Rolle des Messias oder des bösen Buben: als Hoffnungsträger für die Freirechtler, als Verderbnis für die Dogmatiker. Die Soziologie ihrerseits entzog sich aber erfolgreich beiden Zuschreibungen und gewann dabei an Boden für ihre Institutionalisierung an einigen Hochschulen. Auch ihre Fachidentität ging aus den innerjuristischen Auseinandersetzungen gestärkt hervor. Ungewollt betrieben also die Freirechtler mit der Abgrenzung das Geschäft der Neuen, und nicht zuletzt deswegen mag ihnen bald danach die Puste ausgegangen sein.

Allein der Terminus »Freirecht«, verstanden als bindungsfrei und gesetzlos, aber mit einer Anrufung der Soziologie, musste in dieser verkürzenden Ausdrucksweise und polemischen Zuspitzung den kompromisslosen Widerstand professioneller Juristen hervorrufen. Der Ausdruck »freirechtlich« erwuchs zu einer Art Beelzebub im Methodendiskurs. Es genügte die Erwähnung, bei Verzicht auf nähere Begründung, um die abgrundtiefe Ablehnung eines Arguments zu artikulieren und die Abwehr des Publikums zu schüren. Damit wurde auch die Annäherung zwischen soziologischem und rechtsdogmatischem Denken unterbunden – und zugleich die vollständige Abnabelung der Soziologie sichergestellt.

41 Kantorowicz 1911 a: 287, 275.

42 Kantorowicz 1923: Nr. 12, H.i.O.

An der Geburt institutionalisierter Soziologie wirkten einige Juristen mit. Max Weber hätte dafür keinen Geeigneteren als Kantorowicz finden können, nachdem er selber sich von der Rechtswissenschaft endgültig verabschiedet hatte. Kantorowicz brachte plausible und zukunftsweisende Ideen ein: erstens eine allgemeine Sozialwissenschaft (abgegrenzt von der Wirtschaftswissenschaft) als »speziell soziologische Betrachtung des sozialen Lebens«, und zweitens die Frage, »was diese speziell soziologische Betrachtung für die Rechtswissenschaft leisten kann«.<sup>43</sup> Also: Soziologie als Grundlagenforschung und mit Anwendungsbezug. Derlei Praxis aber interessierte Weber überhaupt nicht und Simmel schon gar nicht. Kantorowicz Vorstellungen für die Soziologie liefen also ins Leere; das Fach hat sie stets ignoriert.

### Zwischenfrage: ›Gesellschaft‹ oder ›Leben‹?

Das Wort ›Leben‹ ist hier mittlerweile so oft aufgetaucht – und zwar nicht im alltäglichen Sinne, sondern anspielungsreich –, dass es sich fragt, ob hier ein Ersatzbegriff für ›Gesellschaft‹ etabliert wurde; denn die zitierten Autoren verwenden oftmals Wörter wie Wirklichkeit, Realität, Gesellschaft und ähnlichen, um die Sozialdimension zu bezeichnen. Das ist nicht immer dem Wunsch nach stilistischer Abwechslung geschuldet; im Falle von ›Leben‹ werden auch weitreichende Sinnbezüge aufgerufen. Beispielweise wird eine Assoziationsbrücke zum Konzept ›Natur‹ geöffnet. Ohne das vertiefen zu wollen, muss ein ideologiekritisches Bedenken erwähnt werden.<sup>44</sup>

Das Konzept ›Leben‹, ohnehin mit vielfältigen Bedeutungen versehen, ist vom Nationalsozialismus zur Abstützung des eigenen Programms herangezogen worden und insoweit heute entwertet. Am kürzesten formuliert es der Chefideologe Alfred Rosenberg in der Überschrift eines Artikels: »Lebensrecht, nicht Formalrecht«.<sup>45</sup> Mit dem Leitbegriff ›Lebensrecht‹ erschuf sich die nationalsozialistische Doktrin eine vielfältig ausdeutbare Formel, die subtiler daherkam als das Kampfvokabular Volk, mit Rasse, Blut und Boden, aber anschaulicher war als das ›konkrete Ordnungsdenken‹.<sup>46</sup> Die methodologischen Vordenker C. Schmitt, K. Larenz und R. Höhn (vgl. Kap. 7) haben in ihren Hauptschriften mit ›Leben‹ in wechselnden Komposita gearbeitet.<sup>47</sup> Der vitalistische Wortschatz propagierte Stärke und Gesundheit, bereitete auf Kampf

43 Kantorowicz 1911 a: 273 (in der Diskussion vor seinem Referat).

44 Den Hinweis hierauf verdanke ich Susanne K. Paas.

45 In der Zeitschrift Deutsches Recht 1934: 233.

46 Vgl. ausführlich Rückert 2018: 101–162.

47 Vgl. Rückert ebda.: 110–117.

vor, auf ›Ausmerzung‹ des Minderwertigen, mit ihm schürfte man in der Germanischen Geschichte nach den Ursprüngen.

Der Lebensbegriff begleitet den gesamten hier betrachteten Diskurs. Häufig tauchte ›Leben‹ als analytisches Konzept bei Otto v. Gierke auf und bezeichnete dann so etwas wie das real Existierende oder die empirisch feststellbare Faktizität. So beschrieb er beispielsweise das ›innere Leben‹ einer Körperschaft und dessen Wirkungen auf ›andere Lebenssphären‹. Das Lebenskonzept diente hier einer (im heutigen Sinne) sozialwissenschaftlichen Analyse von Verbänden (Institutionen, ›juristischen Personen‹) und verwies auf deren Existenzweise. Ohne ›das Leben‹ ideologisch zu verklären oder mit dem Recht gleichzusetzen, berührte es die Rechtsfindung, sodass Gierke in das ideengeschichtliche Vorspiel unseres Themas hineingehört.

»Das innere Leben eines sozialen Organismus spielt hinter dessen äußerer Aktion stets eine rechtlich erhebliche Rolle: es bildet sowohl die Ursache wie das Motiv jeder äußeren Verkehrshandlung und ist daher für dieselbe in zweifacher Hinsicht von *mittelbarer* Bedeutung. Vielfach tritt es die äußere Aktion selbst als gestaltgebender Faktor ein und gewinnt so eine *unmittelbare* Bedeutung für die Bestimmung ihres rechtlichen Gehalts.« In bei Gierke folgenden Beispielen wurden »Rechtsverhältnis« und »Lebensordnung« sowohl gedanklich auseinandergehalten als auch in ihrer Verwobenheit gezeigt. Die Komplexität dieses Problems schlug sich in komplizierten Formulierungen nieder.<sup>48</sup>

Unterstützt von der seit Ende des 19. Jahrhunderts aufkommenden Lebensphilosophie faszinierte das Konzept viele Köpfe, philosophisch-soziologische wie Georg Simmel und auch rechtstheoretische. Tat sich da, abseits dürrer Gesetzes- und Urteilstexte, eine neue Quelle für die Regulierung sozialer Konflikte auf? Für Entscheidungsbegründungen ohne subjektive Willkür und mit quasi naturwissenschaftlicher Überzeugungskraft? Hermann Heller hat 1929 die Zweifel am verlockenden Lebenskonzept formuliert, ohne seine Kritik an der begriffsfixierten Methodik aufzugeben.

Heller geißelte die Selbstrelativierung des Denkens durch den Bezug auf eine immanente Realität wie ›das Leben‹. Man glaube, mit der eindeutigen Methode des allgemeinen Kausalitätsprinzips das Leben objektiv und willkürfremd regeln zu können. Diese, lediglich auf das Allgemeingesetzliche abstellende Begriffsbildung der Naturwissenschaften könne aber die staats- und rechtstheoretischen Probleme nicht erfassen. Zugrunde liege »ein Lebensgefühl, welches das Leben binden möchte durch ein dem ›Naturgesetz‹ nachgebildetes Naturrecht«. Seinen

48 Gierke 1887: 730 f., H.i.O.

eigenen Methodenansatz erhielt Heller aufrecht: »Juristische Formung ist Gestaltung einer lebendigen Gemeinschaft und deshalb der Statik des Logismus auf ewig unzugänglich.«<sup>49</sup>

Nach 1945 konnte das Lebenskonzept als Deckel auf den Publikationen aus der nationalsozialistischen Periode dienen, wie bei dem Rechts- und Sozialphilosophen Wilhelm Sauer, der mehrere Bücher zu vergessen machen hatte und eine antipositivistische, auf Lebensnähe (Lebensphilosophie!) achtende Wertphilosophie vertrat. In einer Anzeige der 1949 erschienenen Neuauflage von Sauers Lehrbuchs der Rechts- und Sozialphilosophie von 1929 hieß es, damit seien die danach erschienenen rechtstheoretischen Werke des Verfassers »überdacht« – ein treffliches Bild für den Umgang mit den Ex-NS-Rechtsgelehrten und die flexible Einsetzbarkeit lebensphilosophischer Vorstellungen.<sup>50</sup> Und heute, seit die Biologie sich mit Teilen der Kultur- und Sozialwissenschaften zu einer ›Lebenswissenschaft‹ erweitert hat, würde ein Schwenk zur Biologisierung ins Haus stehen, den jene Autoren nicht gemeint haben können.

Hinweise auf ›das Leben‹ mit Symbolgewicht hatten mit Jhering beginnen<sup>51</sup> und sich in allen Diskursphasen fortgesetzt. Schon die wenigen hier betrachteten Auszüge zeigen, dass damit stets etwas in die Rechtsfindung eingebracht werden sollte, das über die textgebundene Auslegung geschriebener Normen hinausreicht. Immer wenn die Vokabel auftauchte, unabhängig von den wechselnden Kontexten und Akzenten, wurde auch und in unexplizierter Weise auf die soziale Wirklichkeit angespielt.

## Jurisprudenz und Soziologie wenden sich voneinander ab

Die anfänglich so nah beieinander siedelnden Rechts- und Sozialwissenschaften entfernten sich nunmehr voneinander. Unbeabsichtigt beförderte die Freirechtsschule diese Ablösung, wie sie ohnehin von Weber gewollt war und unterstützt wurde. Kantorowicz stellte sich dem nicht entgegen. Die Freirechtslehre und eine als wertfrei postulierte Soziologie standen einander im Weg, ganz unnötigerweise, weil sie verschiedene Diskursthemen und Erzählungen betrafen. Das Freirecht als Idee – auch bezüglich des Sozialen – blieb dabei auf der Strecke; der Diskurs aber festigte die Soziologie. Diese ihrerseits entfaltete ihr Eigenleben – sie teilte

49 Vgl. Heller 1929: 326, 331, 341, 353.

50 Vgl. Becker 1950.

51 Vgl. Jhering 1865: passim; noch fokussierter in den späteren Schriften zum ›Zweck im Recht‹.



sich auf: einerseits in die Weber-Linie mit dem Versuch, Gesellschaft als System zu beschreiben, andererseits in die Simmel-Linie, die sich auf Alltag und Lebenswelt kaprizierte. Unter dem Objektivitätsgesichtspunkt haben wir seitdem den etwas ›sterilen‹ Weberstrang, der die Grundlage verschwiegener Wertprämissen nicht klären konnte, und den ›unreinen‹ Simmelstrang, an dem sich die Bindestrichfächer mit den ›schmutzigen‹ Themen des Alltags und der Lebenswelt gütlich taten.

Die Idee einer soziologischen Jurisprudenz war freirechtlichen Köpfen entsprungen und teilte deren Schicksal. Mit der Berufung auf Soziologie trat ein feindseliges Element in den Diskurs ein; das Andersartige eines neuen Rechtsdenkens stach nunmehr hervor. Unter den majoritären Autoren, die damit nicht einverstanden waren, zeigten einige ihre Ablehnung, indem sie das angeblich Neuartige ins Triviale verschoben.

Der Zivilrechtler Paul Oertmann (1865–1938) erklärte 1911, grundsätzlich neu an der soziologischen Methode sei höchstens der Name, alles andere sei bereits in der teleologischen Methodik von Jhering und anderen enthalten und laufe auf den »Leitgedanken der Interessenabwägung« hinaus. Im weiteren Verlauf der Abhandlung äußerte Oertmann mehrfach Zustimmung für die ›soziologische Schule‹, die er als den Blick auf die Tatsachen verstand. Sobald aber freirechtliche Texte gegen die herrschende Rechtsdogmatik angingen, gab es scharfe Ablehnung, begründet mit der prinzipiellen Gesetzesbindung. Was bei Ernst Fuchs als Soziologie auftrat, hielt Oertmann für ein persönliches Dafürhalten; der Freirechtler benutze »einen anderen Wertmesser als der Positivist: den seines eigenen sozialen Empfindens statt desjenigen der gesetzlich anerkannten Wertskala«. <sup>52</sup> Bald darauf befasste sich Oertmann auch mit Eugen Ehrlich und kam hier ebenfalls zu einer sehr entschiedenen Ablehnung. Die freirechtliche Meinung, wonach das Recht eine soziale Erscheinung sei und deswegen nur sozialwissenschaftlich begriffen werden könne, nannte er »grundverfehlt«. <sup>53</sup> In Oertmanns späteren Schriften kam das Soziologische bloß selten und dann in Anführungsstrichen vor.

Mit Paul Oertmann hatte sich ein führender Vertreter dogmatischer Rechtswissenschaft im Detail auf die Fuchsschen Interventionen und Ehrlichs Soziologie eingelassen, hatte konzessionsbereit abgewogen und deutlich ablehnende Worte gefunden, die es auch an stilistischer Brillanz nicht fehlen ließen. Gegenüber einem derart kultiviert und souverän schreibenden Autor musste die nur schlagworthaft vorgestellte ›soziologische Jurisprudenz‹ chancenlos bleiben. Offensichtlich ging es hier, bei Fuchs wie bei Oertmann, nicht um eine Soziologie im Sinne der Fachdisziplin, sondern um außernormative, sozialbezügliche

<sup>52</sup> Oertmann 1911: 4 bzw. 7.

<sup>53</sup> Oertmann 1914: 12.

Argumente von Juristen. Mit Stichworten wie Gerechtigkeit, Verkehrs-sitte, wirtschaftlicher Fortschritt oder Allgemeininteresse wurde das ›Soziologische‹ signalisiert, allerdings ohne es näher zu spezifizieren. Derartig vage Vorschläge, die zudem methodisch nicht abgesichert waren, konnten per Vorwurf des Subjektiven, ja der Willkür leicht zurückgewiesen werden.

Die Positionen wurden mit rhetorischer Schärfe formuliert und diskutiert, was einerseits zur Klärung beitrug, andererseits zu Übertreibungen verlockte. Die Freirechtler durchlitten beides, indem sie ihr Anliegen thesenstark, aber missverständlich vortrugen. Ihre kommunikativen Fehler wurden in der auf Konsens und Geschlossenheit abzielenden Zunft der Rechtswissenschaft mit Exkommunikation geahndet. Die Freirechtler, die sich der Perspektive einer soziologischen Jurisprudenz zurechneten, schilderten die juristische Arbeitsweise anders, als die Mehrheit der Rechtswissenschaftler das tat. Damit klafften zwei Beschreibungen auseinander. Hier stand aber keine Fremd- gegen die Selbstbeschreibung, sondern die Kluft verlief innerhalb des rechtswissenschaftlichen Diskurses. Alle Freirechtler waren juristisch ausgebildet und tätig; disputiert wurde intradisziplinär. Die Soziologie wurde nur beansprucht bzw. verworfen, ohne selbst sich zu der Auseinandersetzung geäußert zu haben. In der juristischen Selbstbeschreibung behielt die Kraft des Rechts die Oberhand, allen Winken mit Gesellschaft, Sozialem und Leben zum Trotz. Von außen her gesehen, war das ein kontraproduktives Ergebnis, im Innern aber eine Stärkung der Fachidentität.

Hätte die Rechtssoziologie im Methodenstreit vermitteln können? So gut wie alle Fachvertreter der damaligen Soziologie, die heute als Gründungsväter gefeiert werden, wurden auf die eine oder andere Weise von dem juristischen Methodenstreit berührt: Simmel, Durkheim, Weber und Tönnies. Nicht nur nahm das Recht in ihren Sozialtheorien einen bedeutenden Platz ein, sie begegneten auch persönlich den Akteuren aus der Rechtswissenschaft. Auf den vor dem Soziologentag ausgetragenen Juristenstreit um Gesetzesbindung und Interdisziplinarität reagierten die Soziologen, soweit heute erkennbar, kaum. Nur Durkheim berichtete darüber, Tönnies verteidigte geschäftsordnungsmäßig den Imperativ der Wertfreiheit, Simmel war zum Zeitpunkt der Diskussion nach Kantorowicz' Vortrag bereits abgereist, Weber ärgerte sich über die tumultuari-schen Szenen.

In den klassischen Texten von Weber und Durkheim wird die Rechtssoziologie nicht als eine der speziellen Soziologien gesehen, sondern als Teil der allgemeinen Sozialtheorie. Ohne deswegen die Jurisprudenz bei der Soziologie einzugemeinden hielt Durkheim die Rechts- wie die Wirtschaftswissenschaft für eine Sozialwissenschaft, eine *science*

*sociale*.<sup>54</sup> Hinzuzufügen ist: eine Sozialwissenschaft im weiteren Sinne, neben der Soziologie. »Für Durkheim und für Weber ist das Recht eine konstitutive Bedingung des sozialen Lebens, die im Rahmen einer allgemeinen Sozialtheorie zu entwickeln ist.« Freilich in unterschiedlicher Weise: »Für Durkheim ist es *die* Bedingung des sozialen Lebens, für Weber eine unter anderen.«<sup>55</sup>

Bei dieser Verwobenheit der Idee und Realität von Recht und Gesellschaft hätte es weitaus mehr Erkenntnisse versprochen, deren Nähe zu erforschen und die beteiligten Wissenschaften in einen Austausch zu bringen, als ihre Abgrenzung zu kultivieren. Diese historische Chance wurde versäumt. Allerdings waren die beiden Fächer von gedanklich sehr unterschiedlichen Positionen aus gestartet. Während die Soziologie das Gesellschaftliche als eigenen Forschungsgegenstand entdeckte, setzte die Jurisprudenz diesen stillschweigend voraus. Daher stieß soziologische Theoriebildung alsbald auf das Recht, hingegen wurde die Gesellschaft von der Rechtsdogmatik niemals als eigener Forschungsgegenstand thematisiert. Die zwischendisziplinäre Kommunikation musste an einer sehr eigenartigen Ausgangslage beginnen: nah verwandt die Fächer, gleichberechtigt, aber höchst unterschiedlich in Geschichte und Erkenntnisprogramm, ineinander verstrickt. Sie konnten sich vertragen, sie konnten miteinander streiten. Für diese Kontingenz stand schon die Beobachtung, dass die Verwandtschaft in den einzelnen Rechtskulturen ganz verschieden ausgearbeitet worden ist; im Common-Law-Bereich kooperierten die Perspektiven vergleichsweise problemlos, nachdem die Rechtsrealisten (Kap. 3) aufgetreten waren.

Die Soziologie beobachtete den Diskurs um die juristische Methodik, meist ohne sich einzumischen. Sie nahm interessiert zur Kenntnis, dass ihre Leistungen nachgefragt wurden, wartete aber konkrete Aufträge ab. Von sich aus erbot sie sich nicht. Der vormalige Geburtshelfer durfte und sollte so bleiben, wie er war und in welcher Gestalt er zum Objekt sozialwissenschaftlicher Betrachtung werden konnte. Für ein Zusammengehen hatte Kantorowicz eine vage Idee, die er später so umschrieb: die »Auffassung des objektiven Rechts wie des einzelnen Rechtsfalles als eines Stücks gesellschaftlicher Wirklichkeit«.<sup>56</sup> Auf dieser Brücke sollten und konnten sich die beiden Fachteams begegnen und einen Austausch beginnen. Die Jurisprudenz, in schmäler Fraktion vertreten durch die Freirechtsschule, zeigte sich empfänglich. Seitens der Soziologie aber geschah – nichts.

Für juristische Aussagen bedingte der Anspruch auf Gesetzesgebundenheit den normativ-dogmatischen und hermeneutischen Charakter.

54 Schluchter 2006: 121.

55 Schluchter 2000: 60.

56 Kantorowicz 1923: Nr. 13.

Daher unternahm die Soziologie nur selten einen Versuch, mit ihren theoretischen und empirischen Mitteln ein Rechtsurteil zu treffen. Und wenn einmal eine soziologische Aussage – beispielsweise zur Unhaltbarkeit bestimmter Zustände – mit der rechtlichen Würdigung derselben Angelegenheit konkurrierte, dann war das nicht als juristische Feststellung gemeint. Denn die Aussage war nicht allein von Rechtsnormen hergeleitet, sondern von empirischen Erhebungen, die bewertet wurden und das Ganze in den Bereich der Politik verschoben.

Am ehesten hätte eine Hilfestellung von Georg Simmel kommen können. Er kannte Kantorowicz und den Konflikt um das Freirecht. Von seinen sozialtheoretischen Grundüberzeugungen her hätte durchaus ein Brückenschlag unternommen werden können. Für Simmel gehörte zum menschlichen Leben eine Sollensdimension, die objektiv ist und sich in einem ›individuellen Gesetz‹ niederschlägt. Diese philosophische These lässt fragen, ob es ein die Lebensführung steuerndes Sollen gibt, das aus einem außersozialen individuellen Sein stammt? Könnte das bejaht werden, dann hätte die Freirechtsidee darin einen Halt finden können. Das müsste entfaltet werden, doch hat sich die Soziologie nach Simmel damit nicht befasst. »Diese Idee Simmels, von dem so viele Ideen in der Soziologie bis heute anregend sind, blieb stumm.«<sup>57</sup>

Simmel selbst verweigerte sich der Vorstellung von »dem ›Recht‹ als einer der Realität jenseitigen Idee«, sondern betrachtete es als »Funktionen des unmittelbaren Lebens [...]. Es gehört zu den in den tiefsten Grund der geistigen Welten eingesenkten Paradoxien, dass die wirksame Tatsächlichkeit der Rechtskategorie sich in und aus dem Leben entwickelt, aber von dem Augenblick an, in dem sie nun umgekehrt das Leben nach sich bestimmt, ihre Unabhängigkeit, den Wert ihres objektiven Daseins, bis zur Verneinung dieses Lebens hin bewährt.«<sup>58</sup> Hier erkannte Simmel also den Widerspruch zwischen juristischer Praxis und dem eigenen Standpunkt. Der Widerspruch blieb unaufgelöst; denn »das Recht als solches ist Selbstzweck«. Schließlich akzeptierte Simmel, dass gegenüber dem Leben »das Recht – seiner Idee nach – souverän geworden ist«. So hieß es am Ende seines kurzen rechtstheoretischen Ausflugs. Aber er fügte an, sich gleichsam der freirechtlichen Offerte gerade noch erinnernd: »Nur bleibe auch hier unvergessen, dass das Recht, autonom und lebenbestimmend, wie es eben seiner Idee gemäß ist, doch auch so wiederum vom Leben umfasst werden kann.« Das Recht hat sich vom ›Leben‹ abgekoppelt (so dachte die herrschende Jurisprudenz), das Leben aber lässt das Recht nicht los und fasst zurück – das war der Argumentationsraum für die neue Sichtweise, der allerdings leer bleibt. Als diese letzte Schrift Simmels erschien, war Kantorowicz nicht mehr freirechtstheoretisch aktiv.

57 So Fuchs-Heinritz 2018: 376.

58 Simmel GSG 16: 289 f., 292.

Wenn die Jurisprudenz sich durch eine gewisse Soziologisierung verändern sollte, ohne aber in Soziologie aufzugehen, führte das in ein gewisses Dilemma: Wer wäre dafür qualifiziert? Kantorowicz verkündete, dass die Betreiber der Rechtssoziologie *auch* Juristen sein müssten. Rechtssoziologie könne fruchtbringend nur von Fachleuten der Jurisprudenz (im Nebenamt) betrieben werden.<sup>59</sup> Demnach ermöglichte nur eine solche Personalunion, wie er selbst sie zeitweise verkörperte, die Anwendbarkeit soziologischer Erkenntnisse in der Rechtsdogmatik. Der Vorschlag war schon deswegen fatal, weil er den Kreis der Qualifizierten allzu sehr einengte. Auch konnte eine Doppelmitgliedschaft in zwei komplexen Wissensfeldern nicht gewährleisten, dass sich die Anregungskraft eines jeden davon voll entfaltete. Zu spekulieren war auch darüber, welche Soziologie entstünde, wenn die Jurisprudenz sich ihr zuwendete.

Kantorowicz musste den Rechtssoziologen als Juristen fordern, weil die Rivalität zwischen Max Weber und Georg Simmel ihm ein eindrückliches Exempel lieferte. Der Jurist Weber machte den juristischen Rationalismus zu einem Bauprinzip seiner Gesellschaftstheorie. Dem Nichtjuristen Simmel blieb die Welt des positiven Rechts fremd; er zeigte höchst kritisch auf den Rationalismus des Rechts und bezeichnete ihn als »die Schule des neuzeitlichen Egoismus und des rücksichtslosen Durchsetzens der Individualität«. Dem Recht fehle es oft genug an Schutzvorrichtungen dagegen, »dass das schwerste materielle Unrecht sich mit unangreifbarer formaler Gerechtigkeit ausstatte«. Simmel hielt das Recht »durch die Gleichgültigkeit gegen individuelle Eigenheit charakterisiert; [es ziehe] aus der konkreten Ganzheit der Lebensbewegungen einen abstrakten, allgemeinen Faktor heraus, der sich nach eigenen und selbständigen Normen entwickelt und von diesen aus in jene Gesamtheit der Interessen des Daseins eingreift und sie nach sich bestimmt«. Betraf dies zunächst nur den Inhalt des materiellen Rechts, so ging es im weiteren auch gegen die Wissenschaft vom Recht.<sup>60</sup> Die spätere Rechtssoziologie hat sich allen Simmel'schen Ideen verweigert, ja sie nicht einmal rezipiert: als zu generalisierend und anwendungsfern – wovor eine juristische Herkunft zu bewahren vermochte.

Das schlagkräftigste Argument gegen eine Annäherung der Denkweisen bezog sich auf den erkenntnistheoretischen Gegensatz von Sein und Sollen. Die Jurisprudenz sei eine Normwissenschaft, Soziologie eine Seinswissenschaft. Die eine wertet, die andere nicht. Schnell wurde allerdings bemerkt, dass die schroffe Abgrenzung nur für die Rechtsdogmatik und ihre praktischen Entscheidungsvorschläge zutraf. Hingegen musste jede Rechtsschöpfung durch Gesetz die Beschaffenheit und Bedürfnisse der gesellschaftlichen Wirklichkeit erfassen, um sie gestalten zu können; in

59 Kantorowicz 1911 a: 278.

60 Zitate bei Simmel GSG 6: 605, 608, 609 bzw. 644 f.

der Rechtspolitik verbanden sich sozialökonomische und evaluative Elemente. Anerkanntermaßen gänzlich ›seinswissenschaftlich‹ verfuhrten die Rechtsgeschichte, -ethnologie, -soziologie, -psychologie usw., also die heute so genannten Grundlagenfächer, deren Einflussmöglichkeiten auf die rechtsdogmatische Gedankenführung ungeklärt blieb, ja als Liebhaberei belächelt werden konnte.

Wie im ersten Kapitel skizziert, hatten die sozialtheoretischen Klassiker die Wissenschaftslandschaft von der Warte ihres hochabstrakten Grundbegriffs Gesellschaft aus betrachtet, wobei sie das Recht als starke Säule auf ihrem Forschungsfeld erblickten, die ihm zugeordnete Fachdisziplin jedoch als ein ziemlich enges Unternehmen. Nunmehr konstituierten sich Rechtswissenschaft und Soziologie als eigenständige Fächer. Die Abgrenzung wurde am radikalsten von Hans Kelsen (1881–1973) begründet. Seine Hauptwirkung entfaltete er gegenüber Eugen Ehrlich, dessen ›Lebendes Recht‹ die Lehre vom ›Reinen Recht‹ und dessen logischem Stufenbau stört. Gegen Kantorowicz opponierte er zurückhaltender.

Kelsen, der brillante Kopf, entwickelte gerade sein positivistisches Konzept und glaubte, in Ehrlich ein Demonstrationsobjekt gefunden zu haben. Seine in sich schlüssige Geltungstheorie kannte nur positive Rechtsnormen und deren logische Hierarchie. Für Kelsen hatte die Idee des Sozialen im Rechtsdenken nichts zu suchen, wie er später an der Differenz zwischen soziologischem und juristischem Staatsbegriff von seinem Standpunkt aus überzeugend zeigte. Für eine Sozialwissenschaft, unterschieden von der Jurisprudenz, hatte Kelsen durchaus etwas übrig, sah sich zeitweise gar selbst als ›Soziologe‹. Die schroffe Kritik an Ehrlich, dessen Rezeption davon nachhaltig beeinträchtigt wurde, soll er später bedauert haben. Auch wies Stanley Paulson darauf hin, dass Kelsen später Kantorowicz's äußerst skeptische Ansichten über den Kanon der Rechtsauslegung übernommen habe, weil sich darin Politik und Ideologie in betrügerischer Weise tarnten. Kelsen verzichtete ganz auf den Kanon und brachte die Lehre des juristischen Erkennens in die Rechtsinterpretation ein, ohne zu bemerken, dass das juristische Erkennen nur im Rahmen der Rechtfertigung verstanden werden kann, während die Rechtsinterpretation in seiner Rechtsphilosophie auf den Prozess der Entdeckung beschränkt blieb.<sup>61</sup>

Wenn Ehrlich und einige andere die ›gesellschaftliche Ordnung‹ als alleinigen Gegenstand der Rechtswissenschaft ausgerufen hatten, so konnte dies nicht dasselbe sein, wie es die Soziologie erforscht und als Aussage hervorbringt. Weder wird in ihr eine ›Ordnung‹ festgestellt, noch besitzen ihre Theorien jenen autoritativen Charakter, den eine juristische Entscheidung beanspruchen muss. Zu Lebzeiten hat Hans Kelsen über

61 Paulson 2019: 33.

Eugen Ehrlich gesiegt. Heute aber steht Ehrlich auf dem Podest, als Begründer des etablierten Faches Rechtssoziologie, wohingegen Kelsens Reine Rechtslehre eher nur eine Variante der Rechtstheorie belegt, die immer wieder angestrengt in Erinnerung gerufen werden muss.

Die große Unruhe in der Debatte nach Kantorowicz' Kongressvortrag 1910 hatte sich zu der Frage entzündet, ob Werturteile in der Soziologie ausgeschlossen werden sollten, und dies konkret am Beispiel der juristischen Methodologie. Damit war durchaus der Kern sowohl der soziologischen als auch der rechtswissenschaftlichen Arbeitsweise berührt: in welchem Verhältnis die Dimensionen von Sein und Sollen stehen. Mussten die beiden Fächer analog zu diesem Duo differenziert werden? Genauso gut hätten sie über diese Frage zueinander finden können, setzt sich doch jede von ihnen mit beiden Dimensionen auseinander. Juristisches Handeln hat sich immer die Freiheit eklektischer Thematisierung sowohl von Normen wie von Wirklichkeitsbeschreibungen genommen. Offen eingeräumt wurde das nicht, weil es den Legitimationsbedürfnissen juristischen Tuns widersprach.

## Die Gratwanderung von Eugen Ehrlich

Unbeeindruckt von der Kelsen'schen Kritik schrieb Eugen Ehrlich weiter an seinem Entwurf einer empirisch orientierten soziologischen Rechtswissenschaft. Er blieb auf Distanz zur nunmehr entfesselten Debatte, die sich um ein neues Richterbild drehte. Das ermöglichte ihm seine Mehrseiten-Auffassung: einmal das Recht als gesellschaftlich wirkende, organisierende Kraft, zum anderen das Recht als richterliche Entscheidungsnorm bei der Beurteilung von Streitigkeiten. Danach sollte vor Ort in der jeweiligen Rechtskultur entschieden werden, wie weit lebendes und geschriebenes Recht sich voneinander trennen. Für Ehrlich musste sich das im weit abgelegenen Landstrich der Bukowina schärfer darstellen als im Zentrum des Vielvölkerstaats, wo das Zusammenhalten des Ganzen mittels einheitlichen Rechts im Vordergrund stand. Doch blieb dies ein nur gradueller Unterschied, der die These nicht unbrauchbar machte.

Die Idee des Sozialen, also des Gesellschaftlichen, betrat bei Ehrlich das Rechtsdenken nicht als Gegensatz zum Staatlichen; vielmehr durchdrang sie dieses. Das ›lebende‹ und das ›positive‹ Recht standen für ihn nicht in einem Kontrast- oder Komplementärverhältnis zueinander; vielmehr handelte es sich um einander wechselseitig beeinflussende Normsorten, entsprungen aus verschiedenen Quellen. Der Schöpfer des theoretischen Begriffs ›lebendes Recht‹ argumentierte nicht, wie aber oft missverstanden, in Opposition zum geläufigen theoretischen Begriff ›kodifiziertes Recht‹. Weil Ehrlich das Rechtsgeschehen durch eine soziologische Brille betrachtete, gelangte er zu einem differenzierten Bild, das