

ablehnende Reaktionen, die Schrift wurde damals so zahlreich wie keine andere zitiert. Max Weber lud den Autor, mit dem er bereits in Korrespondenz stand, zu einem der zehn Vorträge beim Gründungskongress der Deutschen Gesellschaft für Soziologie ein. Die erhoffte Vermählung zwischen den beiden Disziplinen blieb allerdings aus.

Zwei Generationen (und das Dritte Reich) später ereignete sich ein ähnliches Rencontre. Wieder wurden die juristischen Methoden als unzulänglich geschmäht, wieder sollte die Soziologie den Mangel beheben, wieder gab eine pseudonym erschienene Streitschrift den Startschuss. Erneut scheiterte die Verbindung. Mittlerweile, nach einem weiteren halben Jahrhundert, könnte das Interesse an den damaligen Vorgängen erneut erwachen. Und wenn, vielleicht um 2030, Jurisprudenz und Soziologie sich noch einmal ineinander verhaken, dann werden die beiden Vorgänger lehren, wie es besser zu machen ist – konstruktiv statt kriegerisch.

Dieses Buch führt im Titel das Wort »sozial«, das mit seinen mindestens zwei Bedeutungssträngen einige Verwirrung stiften kann. Als Rechtssoziologe verwende ich es im Sinne von »gesellschaftlich«; hingegen in der Politik zielt es auf die allgemeine Wohlfahrt. Nicht immer werden die Bedeutungsteile – einerseits »soziale Frage«, andererseits »sozialwissenschaftlich orientierte Methode« – auseinandergehalten.<sup>2</sup> Ohne nun in die Varianten des vielgebrauchten Wortes allzu viel hineinzuinterpretieren, muss begründet werden, warum »sozial« hier besser passt als »gesellschaftlich«. Mit dem Begriff vom »Sozialen« wird auf die Beziehungen zwischen handelnden Menschen hingewiesen, auf die Relationalität in der Gesellschaftsanalyse. In einer Handlungswissenschaft wie der Jurisprudenz wird vor allem eine Soziologie nützen können, die Interaktionen untersucht und dabei deren normative Gehalte zutage fördert. Der weitgehend deckungsgleiche Begriff des »Gesellschaftlichen« hingegen lenkt den Blick auf die soziologische *Grand-theory*, deren Anwendungswert für Praxisvorgänge sehr beschränkt ist. Auch die Neigung des Gesellschaftskonzepts, eine gegebene Ordnung vorauszusetzen, mag dem juristischen Gedanken von einer »Rechtsordnung« entgegenkommen, verfehlt aber die Heterogenität und Zerklüftetheit der Verhältnisse, in denen die Menschen zusammenleben.

Beim Sozialen hat man es mit einem Irritationsmoment zu tun; so klang es in der wohlwollenden Erläuterung des Rechtsphilosophen Hasso Hofmann an, der das Adjektiv »sozial« als ein Signalwort verstanden wissen wollte, »das in der Verbindung mit überlieferten Vorstellungen und Begriffen neue, aus gesellschaftlichen Erschütterungen resultierende Schwierigkeiten anzeigt«.<sup>3</sup> Die Schwierigkeiten, das »Soziale im Rechtsdenken« zu entdecken, bedeuten keineswegs, dass Jurist:innen nicht

2 Vermengt werden sie beispielsweise bei Heine (2003: 18–26) mit der Vorstellung einer »sozialen Rechtsanwendung«.

3 Hofmann 2008: 45; vgl. a. Rückert 2021: 88 f.

›sozial denken‘ würden. Das tun sie durchaus, sehr oft sogar! Aber ihre Wissenschaft, die so viel Wert auf methodische Genauigkeit legt, liefert ihnen dafür kein Handwerkszeug. Die Jurisprudenz ermutigt den Bezug auf das Soziale nicht; es findet nur verschämt und unausgewiesen seinen Eingang in rechtswissenschaftliche Aussagen. Also haben wir die juristische Methodenlehre zu betrachten.

Diskurse zum Recht fokussieren sich seit langem auf die *Wissenschaft vom Recht*, wohingegen sie die gegebenen Norminhalte als kontingent ansehen, als formbaren Stoff in den Händen derer, die diese Norminhalte verwenden. Niemand kann heute in einem Konflikt ein verlässliches Urteil allein aufgrund eines Gesetzestexts finden, ohne zu berücksichtigen, was akademische und höchstrichterliche Auslegung aus diesem Text gemacht hat. Die Geschichte des Rechts wird als Geschichte von dessen Verwissenschaftlichung begriffen. Im Vordergrund stehen die Jurist:innen und was sie gedacht haben.<sup>4</sup> Debattiert wird seitdem vor allem über die Art und Weise des juristischen Arbeitens, dessen Professionalisierung auf der akademischen Jurisprudenz beruht. Fragen zur Rechtsetzung werden dem politischen Kräftespiel überlassen; sie gelten – intellektuell minderwertig – als schnödes Alltagsgeschäft. Sobald eine Norm kodifiziert ist, beginnt das juristische Werk. So wandelte sich der Gesetzespositivismus zum juristischen Szenismus. Vornehmer ausgedrückt: die Selbstbeobachtung des Feldes konzentriert sich auf die von der Jurisprudenz geschaffene Rechtskultur.

Warum haben juristische Methodenfragen ein so hohes Gewicht für das gesellschaftliche Leben? Weil das Recht erst durch die juristische Arbeit wirksam wird, »durch die Art der Rechtslehre bzw. Schulung der Rechtskundigen und die dadurch vermittelten Denkgewohnheiten sowie Praktiken«.<sup>5</sup> Das Handeln von Vertragschließenden, Verwaltungen, Konfliktlösung und Gerichten beruft sich auf das geltende Recht, begründet damit das eigene Vorgehen und konkretisiert die abstrakten Normen, welche erst dadurch die für die Betroffenen spürbare Bedeutung gewinnen. Wie das im Einzelfall geschieht, bestimmt sich maßgeblich durch die eingesetzte Methodik. Mit unterschiedlichen Vorgehensweisen produziert dieselbe Norm voneinander abweichende Resultate. Recht ohne Methode bleibt eine Behauptung; erst in der Anwendung auf einen Lebenssachverhalt verfestigt es sich zur empirischen Tatsache.

Das Recht tritt uns in abstrakter Form entgegen, niedergelegt in Kodifikationen und Urteilssammlungen; davon angesprochen fühlen wir uns

4 Von singulärer Kraft für diesen Kurs in der Jurisprudenz war ein Buch, das während der Frühphase der Bundesrepublik in zwei Auflagen verschiedenen Umfangs erschien: die *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* von Franz Wieacker (1952 und 1967). Die Wirkungsgeschichte beschreibt Winkler 2014: 514–567. Vgl. a. Rückert 1995.

5 Treiber 2017: 4.

erst in der Aufbereitung, wie sie durch Wissenschaft und Beratung geleistet wird. Die Vermittlung der generellen, oft auch altertümlichen Normen folgt erklärtermaßen oder implizit bestimmten Umsetzungsregeln und damit einer ›wissenschaftlichen‹ oder ›praktischen‹ Jurisprudenz. Zur Methodik gehört auch die jeweilige Auffassung, wie ›das Recht‹ beschaffen sei. Wird es, wie von Max Weber, als eine ›Ordnung‹ betrachtet, dann wird nach deren innerer Struktur geforscht werden, danach, was die Begrifflichkeit der Dogmatik hervorbringt. Gilt ›das Recht‹ hingegen als ein Konvolut einzelner, nicht notwendig zusammenhängender Weisungen und Entscheidungen verschiedener Provenienz, dann wird es pragmatisch im Bedarfsfall herangezogen, ohne es zuvor systematisiert zu haben. Mit diesen beiden so gegensätzlichen Grundauffassungen korrespondieren unterschiedliche Methodiken – und der immer wieder aufflammende Streit über den richtigen Weg.

Auf dem europäischen Kontinent entstand im 19. Jahrhundert im Zuge der Rezeption altrömischen Rechts die Verwissenschaftlichung des Rechtshandelns. Akademisch geschulte Juristen begründeten einen neuen Berufsstand, und die Diskurse über das Recht wandelten sich. Anwälte und Richter mussten nunmehr intellektuell anspruchsvoll argumentieren, wofür sie sich auf gelehrte Quellen bezogen. Diese Sonderentwicklung schuf die polemisch als ›Begriffsjurisprudenz‹ charakterisierte dogmatische Methodik und trennte das norm- und das sozialbezogene Denken voneinander. Hinfort versuchten die beiden Sphären, eine früher (tatsächlich oder imaginär) gegebene Einheit wiederherzustellen. Das intellektuelle Training, das Interesse an Professionalisierung und andere Faktoren bauten eine selbstbezügliche Wissenschaft vom Recht auf, die bis heute Bestand hat, den sie geschickt und wortreich verteidigt.

Die Wissenschaften von der Gesellschaft spalteten sich damals auf. Als die Soziologie auf die Welt kam, waren die anderen Sozialwissenschaften schon da: die Sozialphilosophie seit der Antike (Platon, Aristoteles), die Jurisprudenz (seit dem *Corpus iuris civilis*) und die Ökonomik (seit Adam Smith und David Ricardo). Nach ihr entstanden noch die Sozialpsychologie und die Politologie. Für die Konstitution der Soziologie als einer Fachdisziplin zählen heute die Jahre kurz vor und nach 1900, und als Namen stehen, immer wieder so benannt, Émile Durkheim, Georg Simmel und Max Weber. Die Geschichtsschreibung der Wissenschaften hat diese Daten gesetzt, Vorläufer und frühere Namenskreationen erwähnt; später wird sie vielleicht einen ganz anderen Entstehungsverlauf schreiben.

Da bereits viel an Theorie und Beschreibung gesellschaftlicher Verhältnisse vorhanden war, fand die Soziologie kein wirklich freies Gelände vor; sie nahm von allem ein bisschen und zog darauf ihre Pflänzchen. Auch ihr Gründungspersonal entstammte den angrenzenden Denkfeldern und brachte deren Annahmen als Prototheorie in die neue Soziologie mit. Eine vollständige Abnabelung konnte nie gelingen und wird auch kaum noch

versucht, schon gar nicht in Zeiten der Inter- und Transdisziplinarität. Die Verwandtschaften und Denkflüsse werden bis heute gepflegt; sie führen sowohl zu Kooperationen als auch zu Grenzstreitigkeiten. Das schließt die Jurisprudenz im bunten Strauß der Wissenschaften vom gesellschaftlichen Leben mit ein. Gute Nachbarschaft wird gewünscht, aber Rivalitäten um Reputation und Ressourcen bleiben nicht aus.

In unserem Fall stellen sich dazu solche Fragen: Genügt es, das Recht als rational aufgebautes Normengefüge darzustellen? So versucht es die Jurisprudenz, aber greift sie damit nicht zu kurz? Außerhalb des logisch-vernünftigen Normensystems lauert nicht sofort das Irrationale; es bleibt immer ein Netz von informellen Regeln, Institutionen, Gewohnheiten, die das Handeln lenken. Die Lebenswelt ist nicht nur rechtlich, ethisch oder religiös geordnet, auch ist sie nicht nur der Logik des Profits unterworfen. Sprache und Kultur hegen das ›Chaos‹ ein. Juristisches Denken *kann* all das ignorieren, stellt seine Ergebnisse vielleicht so dar. Aber erfüllt es dann seine Aufgabe? Schleicht sich das Ausgeschlossene hinterrücks ein?

Ein versierter Soziologe, der zuvor *nicht* Rechtswissenschaft studiert hatte, wandte sich Ende der 1960er Jahre der Kriminalitätsforschung zu und berichtete von seinem Befremden. Im juristischen Handlungsmodell komme der handelnde Mensch nicht vor, sondern der rechtlich abstrahierte Vorgang werde »als ein mechanistisch ablaufender Prozess beschrieben, der völlig entpersönlicht, verschachtlicht, vergegenständlicht scheint, in dem Kategorien, die sich auf Motivationsvorgänge, subjektive Intentionen, Interessenfaktoren etc. beziehen würden, nur stören würden und kaum der Klärung dienlich zu sein scheinen«.<sup>6</sup> Als Ursache benannte Fritz Sack »das vielleicht etwas überzeichnete Selbstverständnis der sogenannten Begriffsjurisprudenz«. Die Merkmale des deutschsprachigen Rechtsdenkens, welche ihn den Kopf schütteln ließen, wurden in der Jurisprudenz stets verteidigt und von Niklas Luhmann sogar zur Grundlage seiner eigenen Theorie gemacht, die dann in der soziologisch aufgeschlossenen Rechtswissenschaft nachhaltig rezipiert worden ist. Das Unbehagen und eine zumindest latente Unruhe aber sind geblieben.

Die zu berichtenden Auseinandersetzungen hatten Vorläufer und werden Nachfolger haben. Gegen das formalistische Rechtsdenken waren gegen Ende des 19. Jahrhunderts bereits Rudolf Jhering und Otto v. Gierke angetreten. Das hiesige Rechtsdenken führt einen Dauerkonflikt mit sich, der in diesem Buch dargestellt werden soll. Bewusst bleibt mir, dass die Studie dem hoch gesteckten Anspruch nur fragmentarisch und ansatzweise genügen kann. Vor fünfzig Jahren habe ich mich schon einmal intensiv mit dem Problemverhältnis zwischen Rechts- und Sozialwissenschaft

6 So Fritz Sack, der in den letzten Jahrzehnten der orientierende Autor in der deutschen Kriminalsoziologie gewesen ist, 1973: 404 f.

beschäftigt, und zwar in einer Weise, die man ›aktivistisch‹ nennen könnte.<sup>7</sup> Dafür erfand ich Buchtitel wie *Der neue Jurist* und *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*. Das Bild ›vor den Toren‹ wurde, obwohl gar nicht so gemeint, als Kampfansage aufgefasst und wird bis heute dafür zitiert. Nach der hitzigen Diskursphase in den frühen 1970ern war ich für einige Jahrzehnte schwerpunktmäßig in anderen soziologischen Themenfeldern unterwegs. Als Akteur der früheren Vorgänge mag ich vielleicht ein ›Zeitzeuge‹ sein; diese (forschungsmethodisch fragwürdige) Perspektive will ich aber keinesfalls bedienen. Vielmehr ziele ich auf Beschreibungen und Interpretationen aus zeitlicher und analytischer Distanz.

Meine Darstellung verdichtet sich in den zwei Phasen, als die Kommunikation zwischen den beiden Disziplinen dramatisch hochfuhr. In den Zwischenzeiten beschränkt sich die Diskursbesichtigung auf eine Spuren-suche, wenn nämlich die Idee des Sozialen bloß an entlegenen Stellen (so in Kap. 10) oder nur ganz blass bzw. in entstellter Form (Kap. 7) auftaucht. Die Untersuchung bewegt sich auf drei Ebenen: genealogisch (welche Diskurse das Näheverhältnis gestalteten), epistemologisch (welche methodologischen Fragen die Begegnungen aufwarf) und historisch (welche Ereignisse den Ablauf unterbrachen bzw. voranbrachten). Nach der Vorgeschichte aus dem letzten Drittel des 19. Jahrhunderts (Kap. 1) wird der Paukenschlag geschildert, mit dem Hermann Kantorowicz alias *Gnaeus Flavius* 1906 das juristische Methodenbewusstsein aufrüttelte (Kap. 2). Damals entstand die Vorstellung einer ›soziologischen Jurisprudenz‹ (Kap. 3). Die Disziplinen festigten nunmehr ihre Fachidentität, sodass Jurisprudenz und Soziologie sich voneinander abwandten (Kap. 4). Nach der Zäsur des ersten Weltkriegs traten in der Weimarer Republik einige originär denkende Rechtswissenschaftler mit Vorschlägen zur Integration auf und schufen eine methodologisch diskutabile Grundlage (Kap. 5 und 6). Die erneute Zäsur 1933 schlug den Zweig brutal ab; allerdings ließ die nationalsozialistische Rechtserneuerung fatal an einige der vorherigen Ideen erinnern (Kap. 7). Kollaboration bildete die Regel, Widerstand die Ausnahme (Kap. 8). Die frühe Bundesrepublik befasste sich kaum mit unserem Thema (Kap. 9), nur einige interdisziplinäre Stimmen waren zu vernehmen (Kap. 10). Nach 1969 aber erhob sich ein höchst lebendiger Diskurs, aus dem die drei stilbildenden Linien aufgezeigt werden (Kap. 11). Er zeitigte kämpferische Auseinandersetzungen (Kap. 12) und erbrachte einen kräftigen Niederschlag in sämtlichen Teilgebieten der Rechtswissenschaft (Kap. 13). Im Fazit (Kap. 14) stehen Thesen zur Diskursgeschichte, und es wird ein Blick auf die jüngere Gegenwart geworfen (Kap. 15).

7 Interessanterweise gilt ›Aktivismus‹ heute als politisch störend und wissenschaftlich nicht vertretbar; um 1970 hingegen war ›Aktionsforschung‹ eine angesehene Spielart soziologischer Arbeit.

# Kap. I

## Die Idee des Sozialen erwacht im späten 19. Jahrhundert

Schon vom Wort konnte her *das Soziale* vor 1900 kein explizites Thema rechtstheoretischer Überlegungen sein. Es vermischt sich so sehr mit beunruhigenden Erscheinungen in den sozialen Bewegungen (Gewerkschaft), bei den politischen Parteien (Sozialdemokratie) und in der Politischen Ökonomie (Marxismus), dass es den damaligen Juristenstand schüttelte. Erst als ›das Soziale‹ sich zum Inhalt einer Wissenschaft sublimierte, konnte es auf Nachsicht hoffen. Diese Wissenschaft nannte sich ›Soziologie‹, sie befand sich damals im Entstehen, vorangetrieben durch Émile Durkheim, Georg Simmel, Ferdinand Tönnies, Max Weber und andere. Die Autoren, die für das neue Fach einstanden, wollten selber mit einem Sozialismus bzw. mit ›linker‹ Politik nichts zu tun haben, sodass der wichtigste Ausschlussgrund nunmehr entfiel. Georg Simmel (*Über sociale Differenzierung*, 1892), Ludwig Gumplowicz (*Sociologie und Politik*, 1892) oder Émile Durkheim (*Die Regeln der soziologischen Methode*, frz. 1895) waren einer polizeirelevanten Umsturzabsicht völlig unverdächtig.

Zu jener Zeit standen sich das sozial- und das rechtswissenschaftliche Denken in ihren Inhalten noch nahe, ja sie waren auf weite Strecken ineinander verschlungen. Die mit Blick auf die Gesellschaft möglichen Fächer waren nicht so weit wie heute ausdifferenziert und gegeneinander abgegrenzt. Ein philosophischer, historischer, ökonomischer oder juristischer Kopf konnte sich leicht in einen der jeweils anderen hineinversetzen. Es gab Doppelmitgliedschaften (wie bei Ludwig Gumplowicz oder Georg Simmel), Fachwechsel im Karriereverlauf (bei Max Weber gleich zwei) und Gastspiele auf dem benachbarten Feld, die nicht so gleich als dilettantisch abgetan wurden. Wer sich der neuen Soziologie zuordnete, stammte zwangsläufig aus einem anderen Fach und blieb ihm verhaftet (das bis heute auch weitab liegen kann: Mathematik, Medizin, Architektur und praktisch jedes denkbare Gebiet). Da die Soziologie schon damals einfach alles vor ihr Visier nehmen konnte und nahm, war ihr das Übergriffige geläufig. Im Lauf der Zeit ergaben sich daraus viele Unerwünschtheiten: Die soziologische Außenbeobachtung widersprach zu oft dem Selbstbild einer Profession und provozierte Ablehnung; doch dazu kam es erst viel später, in der zweiten Hälfte des neuen Jahrhunderts. Vor und nach 1900 befanden sich die Fächer und Professionen in solch enger Tuchfühlung, dass wir heute darüber nur staunen können.

Früher einmal sprach ich von einer ›Geburt der Soziologie aus dem Geist der Jurisprudenz‹, um den Diskursverlauf im ersten Jahrzehnt nach 1900 zu charakterisieren. Doris Schweitzer hat 2021 eine umfassende Genealogie zur ›Juridischen Soziologie‹ vorgelegt. Sie beschreibt den Einfluss gesellschaftsbezogenen Denkens auf die Gestaltung und die Analyse des Rechts sowie die Rückwirkungen juristischen Denkens auf die Entstehung der Soziologie. Theoretischer Bezugsrahmen ist eine Epistemologie des Schnittbereichs von Rechts- und Sozialwissenschaft, einsetzend mit einer Ideengeschichte zum Thema Gesellschaft und Recht. Sie bezeichnet ›das Soziale‹ wie ›die Gesellschaft‹ als ein »epistemisches Ding«, ein Produkt des Forschungsprozesses aus dem 19. Jahrhundert, als es »entdeckt, erzeugt und verobjektiviert« wurde. Im Rückblick sei zu »erforschen, wie das Ding ›Gesellschaft‹ bestimmte Arten des Fragens und Vorgehens stimuliert, bestimmten Forschungsbedarf generiert und bestimmte Problematisierungsweisen instituionalsiert«.<sup>1</sup>

Der Terminus ›Gesellschaftswissenschaften‹ hatte lange als ein Sammelbegriff gedient, unter dem sich Jurisprudenz, Soziologie, Ökonomie, Staatslehre, Historiographie, Völkerkunde u.a. vereinten. Doch als die Soziologie aus ihren Anfängen im frühen 19. Jahrhundert herauskam und die Jurisprudenz ihren Methodendiskurs intensivierte, profilierten die beiden sich gegeneinander. Auch die übrigen Nachbardisziplinen gingen nach und nach unter den Druck, ihr Verhältnis zur Soziologie zu bestimmen, ebenso wie diese sich überlegen musste, wie weit sie in überkommene Domänen eindringen wollte und konnte.

Als einer der ersten hatte Lorenz von Stein (1815–1890) es abgelehnt, das Recht mit dem Staat zu identifizieren, und verlangt, vom Begriff der Gesellschaft auszugehen, der allgemeiner sei als der des Staates, womit er auf »die Erfahrung des übermäßig gewordenen Phänomens Gesellschaft« reagierte.<sup>2</sup> Stein befand, dass die »Wissenschaft des positiven Rechts« (anders als die bloße Kenntnis des positiven Rechts) »ohne die Wissenschaft der Gesellschaft nicht gefunden werden kann«.<sup>3</sup> Jhering bezeichnete 1883 die Jurisprudenz als einen »Zweig der Gesellschaftswissenschaft«; auch Gierke äußerte sich 1895 noch so.<sup>4</sup>

Heute klaffen Jurisprudenz und Soziologie weit auseinander, wohingegen sie damals in wechselseitiger Verwobenheit dachten. Rudolf von Jhering sah in der Sicherung der sozialen Ordnung den Zweck des Rechts, und die entstehende Soziologie fasste die Gesellschaft als normative Ordnung

1 Schweitzer 2021, S. 26 f.

2 Vgl. Blasius 1971: 266–270.

3 Stein 1856: 228.

4 Vgl. dazu Schweitzer 2021: 205 f., 293.

auf. Wenn beide Disziplinen unter dem Dach der Gesellschaftswissenschaften residierten, dann handelte es sich nicht um belanglose Überschriften, sondern um einen Kreislauf des Denkens. Die heutigen Sozialwissenschaften stimmen einem so weitgefassten Einzugsbereich immer noch zu – mit Ausnahme der Jurisprudenz, die ihre Eigenständigkeit unter Beweis stellt und dazu gerade gegenwärtig starke Anstrengungen unternimmt. Die Abgrenzung hat eine Geschichte, die kurz vor 1900 einsetzt und durch das erste Auftreten der Soziologie provoziert worden ist. Bis dahin hatten Themen wie der strenge Normbezug in der juristischen Methodik oder die Unableitbarkeit eines ›Sollens‹ aus dem ›Sein‹ im Fächerkonzert keine besondere Rolle gespielt.

Nun begannen Bemühungen, das Selbstverständnis der Rechtswissenschaft auf einen Normativismus festzulegen, ihr so eine Eigenständigkeit zu verschaffen. »Erst im Vollzug dieser Normativierung wird die Rechtswissenschaft eine autonome Disziplin [...]. Der gesellschaftstheoretische und soziologische Blick auf das Recht als ein gesellschaftliches Phänomen wird ausgelagert in eine andere Disziplin.«<sup>5</sup> Dazu trugen die sozialkritischen Debatten um die zu Ende der 1890er Jahre veröffentlichten Entwürfe des BGB ebenso bei wie die Versuche einer Soziologisierung der Rechtswissenschaft nach 1900. Ab jetzt würden die juristischen und die sozialwissenschaftlichen Disziplinen zunehmend getrennte Wege gehen – professionell, organisatorisch und thematisch.

Viele Textstellen und Namen können nachgewiesen werden, um das allmähliche Auftauchen des Sozialen in den juristischen Überlegungen vor 1900 darzustellen. Die alten Texte benannten das Soziale anders, waren anders fokussiert und zeigten doch gewisse Gemeinsamkeiten mit dem späteren Diskurs zwischen Rechtswissenschaft und Soziologie. Besonders lebhaft gestalteten sich die innerjuristischen Debatten zum Zweck im Recht (R. v. Jhering), zum Positivismus sowie zum Staatsbegriff (G. Jellinek). Sie richteten das Feld ein, auf dem dann in den ersten Jahren nach 1900 die Jurisprudenz von soziologischen Positionen her herausgefordert wurde. Die regen Debatten hatten sich am Historismus bei Savigny entzündet, in ihnen wurde um das Naturrecht gerungen und formierte sich ein Gesetzespositivismus. Seit Mitte des 19. Jahrhunderts wurde statt von ›Volksgeist‹ öfter auch von ›Gesellschaft‹ gesprochen, beide als Organismus verstanden.<sup>6</sup> Aber direkt wurde die Frage nach dem Sozialen nicht gestellt, zumindest nicht so formuliert, zumal es dazu noch keine Wissenschaft gab.

Zum Auftakt entstand vereinzelt ein Unbehagen an der gebräuchlichen juristischen Arbeitsweise, die alle ihre Entscheidungen aus dem

5 Schweitzer 2021: 381.

6 Vgl. Schweitzer 2021: 171–176.

vorhandenen Recht, vor allem aus den Gesetzen herleiten zu können glaubte. »Gesetzespositivismus« wurde diese methodologische Richtung später genannt, die Judikatur und das Gewohnheitsrecht hinzugenommen auch als »Rechtspositivismus«. Diese Art von Dogmatik verstand ihre Aufgabe so, dass zunächst die Rechtssätze gesammelt und systematisch angeordnet werden, daraus Rechtsinstitute konstruiert und auf allgemeine Begriffe zurückgeführt werden; schließlich werden die Begriffe weitergedacht und aus ihnen Folgerungen gezogen.<sup>7</sup> Alle diese Resultate, so heißt es, sind durch die Rechtswissenschaft nicht etwa geschaffen, sondern als etwas Vorgegebenes entdeckt und nur noch ausgesprochen worden. Tonangebend für diese die Rechtmethodologie dominierende Richtung waren insbesondere Carl Friedrich Gerber, Paul Laband und Carl Bergbohm.<sup>8</sup> In den 1896 veröffentlichten Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) hieß es, dieses sei »ein organisches Gefüge innerlich zusammenhängender Normen«, im Bedarfsfalle müsse es »aus sich selbst, aus dem in ihm enthaltenen Rechtssysteme ergänzt werden«.<sup>9</sup> Das positive Recht wurde hier über die legislativ fixierten Vorschriften hinaus zu einem umfassenden Gebilde wissenschaftlich gefundener Prinzipien hypostasiert. Zu den Meriten des Positivismus gehörte, dass damit ein Bollwerk gegen den spätabolutistischen Stil eines »persönlichen Regiments« bei Kaiser Wilhelm II. errichtet war.

Gegen den Positivismus wandten sich zunächst nur vereinzelte Stimmen. Albert Hänel (1833–1918) distanzierte sich von einer Methode, die sich »mit scholastischen Formeln und mit metaphysischen Konstruktionsmitteln begnügt«, und forderte eine Methode, die »nach der Erklärung der realen Tatbestände sucht«.<sup>10</sup> Gustav Rümelin trug in einer Leipziger Prorektoratsrede vor, dass es bei juristischen Entscheidungen »sich vielfach nicht um rein logische Operationen, sondern um Zweckmäßigkeitserwägungen oder sonstige Werturteile handelt [...]. Die definitive Feststellung des anzuwendenden Rechts kann dann nur durch Willensentscheidungen erfolgen«.<sup>11</sup> Für unseren Zusammenhang interessiert nicht der Verweis auf Ermessens- und Werturteile; bedeutsam wurde die Erkenntnis, dass die juristischen Urteile nicht allein aus Normen und deren logischer Aufbereitung gewonnen werden. Dem Zweifel, Rechtsanwendung beruhe nicht allein auf solchen Ableitungen, schlossen sich nach Jahrhundertwende immer mehr Autoren an.

<sup>7</sup> Vgl. Korieth 1992: 215–217.

<sup>8</sup> Jüngere Rechtshistoriker bezweifeln gegen ihre Vorgänger die These, es habe damals einen Rechtspositivismus gegeben. Das mag auf sich beruhen, denn es war die damit gemeinte, wenn auch anders bezeichnete Methodik, die zum Gegenstand von Diskursen nach 1900 erwuchs.

<sup>9</sup> Amtliche Ausgabe (1896), Band I, S. 16.

<sup>10</sup> Hänel 1888: 232 f.; zu ihm vgl. Rinken 2018: 13 I.

<sup>11</sup> Rümelin 1891: 5.

Ähnlich wie ›Positivismus‹ gedieh ›Begriffsjurisprudenz‹ zu einem pejorativ gemeinten Schlagwort, mit dem eine nur grob umrissene Ablehnungsfront aufgebaut wurde. Ob es sich um eine Art Popanz gehandelt hat, bleibe dahingestellt. Der hier durchgängig als Prügelknabe gehandelte Georg Friedrich Puchta (1798–1846) erfuhr kürzlich eine Ehrenrettung; ›Begriffsjurisprudenz‹ umfasste »eine Fülle unterschiedlicher Perspektiven, die wiederum nur durch die in ihrem Entstehungskontext damit gestützten Gegenbilder vollends verständlich werden«.<sup>12</sup> Allein, Jhering hatte nun einmal das Wort in die Welt gesetzt, und etliche Zeitgenossen erkannten darin etwas, das sie ohnehin umtrieb, sodass die kritischen Gedanken ihren Lauf nahmen. Der Diskurs um die Begriffsjurisprudenz kann wohl nicht nachträglich ausgelöscht werden; nur wird er heute vielleicht nicht mehr fortgesetzt, zumindest nicht mit diesem Wort.

Zum Anker der Debatte um Positivismus und Begriffsjurisprudenz geriet die Behauptung, die Rechtsordnung sei prinzipiell geschlossen und frei von Lücken. Zwar mochte ein einzelnes Gesetz seinen Gegenstand unvollständig geregelt haben; niemals aber konnte die Rechtsordnung ein Torso sein, soweinig wie die Ordnung der Natur. In der Sicht von Savigny eignete dem Recht ein Charakter des Systematischen, eines organischen Ganzen, und hiernach hatte er seine Darstellung aufgebaut; das Vorbild für diese Methodik hatte ihm die römische Jurisprudenz geboten.<sup>13</sup> Das Dogma von der ›Lückenlosigkeit des Rechts‹ stammte von Gerber und Laband für das Öffentliche Recht, von Windscheid für das Zivilrecht. Etwaig im Gesetz offen gebliebene Fragen wurden durch Konstruktionen anhand der vorliegenden Rechtstexte beantwortet; man vertraute auf die logische Expansionskraft der umfänglichen Kodifikationen, die im Zuge der Reichsgründung ergangen waren. Wenn der auszulegende Normwortlaut keine Lösung hergab, dann operierte man mit Analogieschlüssen und mit der Figur vom ›Geist des Gesetzes‹. Die damit gefundenen Antworten bedeuteten vorhandenes, nicht aber neu geschaffenes Recht – so die positivistische *petitio principii*.<sup>14</sup> Also konnte es im kodifizierten Recht keine Leerräume geben, in denen ein regelungsbedürftiger Sachverhalt ohne Antwort bleibt.

Und wenn doch, wie wären sie denn zu füllen? Wie könnte Wissenschaft (anstelle der Politik) das leisten? Am Postulat der ›Lückenlosigkeit des Rechts‹ würde sich bald das freirechtliche Temperament entladen; denn so unzutreffend die These offensichtlich war, so unklar und umstritten blieb das Vorgehen einer ›Lückenfüllung‹. Eugen Ehrlich legte bereits 1888 in einer Artikelfolge in den ›Juristischen Blättern‹ aus Wien eine Abhandlung dazu vor. Wenn das positive Recht einmal schwieg,

<sup>12</sup> Haferkamp 2004: 3.

<sup>13</sup> Vgl. Schweitzer 2021: 94–96.

<sup>14</sup> Vgl. dazu Bartels-Ishikawa 1998: 28.

mithin ›lückenhaft‹ war und gleichwohl im praktischen Betrieb eine Lösung hermusste, dann trat der nächste Topos auf den Plan, die Rechtschöpfung. Wissenschaft, Justiz und eventuell weitere Akteure machten hierzu ein Angebot – nur, wie fanden bzw. woher nahmen sie es, und wie war das rechtstheoretisch zu verstehen? An dieser Stelle ereignete sich bald darauf eine Art wissenschaftlicher ›Revolution‹, insofern einige die Soziologie als Rechtsquelle propagierten. Mit der Trias Lücke – Rechtsschöpfung – Soziologie stand das Selbstverständnis der Jurisprudenz vorübergehend in Flammen, wie hier später gezeigt werden wird. Die Methodenlehre nach der Jahrhundertwende wird die Annahme einer Lückenlosigkeit einmütig verwerfen.

Vor allem für das Öffentliche Recht – damals wie heute das lebendigste Themenfeld – wurden methodologische Probleme aufgeworfen. In der Wissenschaft vom Staatsrecht hatte seit 1880 nahezu unangefochten der Positivismus geherrscht. Lebhaft diskutiert wurden Begriff und Wesen des Staates. Selbst wenn hierzu vor allem die Staatsrechtler schrieben, konnten die Antworten sich nicht auf eine Inhaltsangabe zur Verfassung beschränken; zu deutlich drängten sich die politischen und historischen Bezüge auf. So kam es auch hier zur Rivalität zwischen normativen und empirischen Sichtweisen. Georg Jellinek (1851–1911) fand dafür Lösungen, die bis heute besprochen werden. Er unterschied am Staat zwei Seiten: die soziale und die rechtliche. Ihm zufolge war der Staat einmal gesellschaftliches Gebilde, sodann rechtliche Institution. Diese ›Doppel-natur‹ entsprach den dualistischen Methodiken, in denen rechts- und sozialwissenschaftliche Beiträge strikt getrennt wurden und die sich über Jellineks Hinweise auf den Zusammenhang zwischen Staatssoziologie und Staatsrechtswissenschaft hinwegsetzten.<sup>15</sup> Die Zweiseitentheorie des Staates erfüllte »einen doppelten Zweck: dem Anerkennungsdruck der empirischen Sozialwissenschaften ist Rechnung getragen, und gleichzeitig ist die eigenständige Provinz des Rechts gewahrt«.<sup>16</sup> Die These setzte ein langandauerndes Nachdenken zum Staat in Gang, wobei soziologische und juristische Überlegungen einander durchdrangen, obwohl sie in Jellineks Staatsbegriff ausdrücklich voneinander getrennt geführt wurden. Die Öffnung zur Soziologie hin vermochte die juristische Seite allerdings meist nur dazu zu verlocken, das außerjuristische Wissen selbst herzustellen, statt Theoreme und Empirie aus dem Nachbarfach zu beziehen.<sup>17</sup>

Jellinek öffnete eine Tür, die Jurisprudenz aber zögerte, sie zu durchschreiten. Seine Formel von der ›normativen Kraft des Faktischen‹ war keine Erklärung, eher nur ›die Formulierung eines Problems als eine

<sup>15</sup> Vgl. Schluchter 1968: 16–22.

<sup>16</sup> Stolleis 1999: 431.

<sup>17</sup> Vgl. Lepsius 2020: 86 f.

Antwort«.<sup>18</sup> Jellinek schuf hier ein schillerndes Schlagwort (bei ihm übrigens als ein psychologischer Zusammenhang gemeint), das der strikten Trennung von Sein und Sollen widersprach, ohne den Übergang zwischen den beiden ontologischen Dimensionen zu klären. Schon mit der 1887 formulierten These von der Selbstbindung des Staates hatte er eine Brücke vom Sein zum Sollen geschlagen.<sup>19</sup> Auch in seiner Lehre zur Geltung des Rechts zeigte Jellinek, wie »empirische und normative Seite bei ihm getrennt und gleichzeitig verbunden sind«.<sup>20</sup> Er gab dem Rechtsdenken viel zu beißen, war befreundet mit Max Weber und regte dies nachhaltig an.

Im Zuge der Aneignung des kommenden bzw. neuen BGB wurde ›das Soziale‹ in seiner Vieldeutigkeit diskutiert: erstens, inwieweit das BGB den sozialen Zweck des Privatrechts verwirkliche; zweitens und damit zusammenhängend, inwieweit es zu sozialer Gerechtigkeit führe; drittens, ob es mit Hilfe der Sozialwissenschaften zu interpretieren sei.<sup>21</sup> Hier wurden bereits die Themen angeschlagen, die die Rechtstheorie das gesamte 20. Jahrhundert hindurch beschäftigen werden: Genese und Funktion des Rechts, der Klassenbias, Folgenberücksichtigung bei der Rechtsanwendung, juristische vs. empirische Wahrheitskriterien, das Verhältnis zwischen den kodifizierten (positiven) und allen übrigen sozialen Normen.

War das BGB antisozial? Der soziale Gedanke ist mehrdeutig: einerseits als ›soziale Aufgabe‹ zum Schutz der Schwachen, andererseits rechtstheoretisch als Gegensatz zu einer individualisierenden Denkweise. Die beiden Bedeutungen bestehen nicht ganz unabhängig voneinander; die Diskurse dazu berühren sich. Nachdem der Entwurf zum BGB bekannt geworden war, erhob sich manche Kritik, und es verstärkte sich der Ruf nach einem ›Volksrecht‹ anstelle des ›Juristenrechts‹, nach Politik und Leben anstelle von System, nach Gegenwart anstelle römischer Vergangenheit. Die Worte Gesellschaft und soziale Ordnung tauchten nun noch häufiger auf.<sup>22</sup>

Und noch einige weiteren Fragen beunruhigten das Selbstverständnis der Jurisprudenz. Welchem Geist war das *neue BGB* als Grundgesetz für den Privatverkehr verhaftet – der alten Pandektologie oder einem modernen Stil? – Wie verstand sich das *Richteramt*? Die Befähigung dazu war durch das Gerichtsverfassungsgesetz von 1877 zur Zulassungsbedingung für die wichtigsten juristischen Berufe erhoben worden, kontrolliert durch zwei Staatsprüfungen nach einer langjährigen Ausbildung.

<sup>18</sup> Drath 1977: 156.

<sup>19</sup> Vgl. Kersten 2011: 26.

<sup>20</sup> Stolleis 1999: 453.

<sup>21</sup> Zum Diskursverlauf s. Schweitzer 2021: 268–294.

<sup>22</sup> Vgl. Schweitzer 2021: 243–262.

Damit war die richterliche Tätigkeit zum Leitkriterium juristischer Arbeit geworden und genoss eine kritische Aufmerksamkeit, die bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts anhalten würde. – Wie wirkt *das Leben* auf den Bestand und die Praxis des Rechts ein? Die diffuse und anmutungsstarke Kategorie spukte in mehrere juristischen Diskussionen hinein.<sup>23</sup> Konnten *Gefühle* in der Rechtsfindung einen anerkannten Platz haben? Musste nicht auch die *Praxis* stärker berücksichtigt werden? Neben die abstrahierende Rechtsgelehrsamkeit sollte vielleicht die Erfahrung der juristischen Arbeit an Alltagsfällen sowie der wirklichen Lebensbedürfnisse treten.<sup>24</sup>

Im Hintergrund vieler Äußerungen zum juristischen Denken stand der Gegensatz zwischen praktischer und akademischer Jurisprudenz. Wie Richter, Beamte und Anwälte juristisch handelten, das unterschied sich dramatisch vom Auftritt auf dem Katheder und in Lehrwerken. Nach welchen Kriterien und mit welcher Wertigkeit konnte dies alles zur Provinz des Rechts gerechnet werden? Letztlich stand hier die Wissenschaftsqualität auf dem Prüfstand, und füglich wurde genau sie von einigen in Frage gezogen bzw. meistens präventiv verteidigt. Bis heute grundiert die Sorge vor einem Statusverlust die intensiven Diskurse zur Ausbildungsreform (Universität vs. Repetitorenwesen und Fachhochschule), zum Verhältnis von Theorie und Praxis und zur juristischen Denkweise überhaupt (neuerdings gibt es dafür eine ›Rechtswissenschaftstheorie‹).

Sowenig es sich als Krise bezeichnen lässt, so spürbar war doch eine Unruhe, und zwar stärker als jene Sensibilität gegenüber gesellschaftlichen Entwicklungen, die ohnehin alle juristische Arbeit auszeichnet. Die Unruhe stammte aus dem Inneren der Jurisprudenz und hing mit ihrer Umwelt nur insoweit zusammen, als die verkündeten juristischen Berufs-ideale nicht mehr restlos in die erfahrene Berufswirklichkeit hineinpas- sen wollten. Die Jurisprudenz hatte sich im Lauf des 19. Jahrhunderts einen Wissenschaftsstil angeeignet, der das Recht losgelöst von der übrigen Kultur betrachtete und es in einer Weise gegen andere Gegenstände isolierte, die nur schwer durchzuhalten war. Zudem war die Jurisprudenz zwischen die Frontlinien von Natur- und Geisteswissenschaften geraten, musste sich hier auf eine Seite schlagen und landete mit ihrem hermeneutischen Erbteil bei den Textwissenschaften unter Verleugnung ihres Bezugs zur gesellschaftlichen Realität. Mit Julius von Kirchmanns Rede von 1847 zur »Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft« im Ohr musste das Fach auf der Hut sein und allzeit darauf vorbereitet, seinen Status zu verteidigen. Die damals hervorgetretene Unsicherheit der Rechtswissenschaft über ihre methodischen Grundlagen würde anhalten, auch über die bald folgenden Umbrüche und Restaurationen

<sup>23</sup> Vgl. Schweitzer 2021: 317–322.

<sup>24</sup> Schnädelbach 2020: 122–132.

hinweg, und dem Fach konjunkturell schwankend bis in die Gegenwart zu schaffen machen.

### Drei Anreger: R. Jhering – L. Gumplowicz – E. Ehrlich

Als um 1900 die Idee des Sozialen die Bühne des Rechtsdenkens betrat, geschah dies nicht ohne Vorspiele. Angekündigt hatte sich die neue Perspektive seit Mitte des 19. Jahrhunderts. Von vielen Namen und Werken, die damals einen Versuch dazu wagten, werden eingedenk ihrer Entschiedenheit und Innovativität im Folgenden nur drei hervorgehoben: Jhering, Gumplowicz und Ehrlich. Weitere wären ebenfalls von Interesse, sind aber bereits anderwärts mehr oder weniger ausführlich behandelt.

Der Rechts- und Kulturhistoriker *Wilhelm Arnold* (1826–1883) veröffentlichte 1865 eine umfangreiche Abhandlung über ›Kultur und Rechtsleben‹, die heute als Vorstufe zur späteren Kritik an einer ›Begriffsjurisprudenz‹ genannt wird, damals aber nicht besonders aufgefallen zu sein scheint. Arnold schrieb, das Recht befände sich in »lebendiger Wechselwirkung« mit allen »Seiten des Volkslebens«, also mit Wirtschaft, Sittlichkeit, Politik, Sprache, Kunst und Wissenschaft; »in keinem Falle hat es selbständiges Dasein für sich«. Damit hatte der Marburger Professor und konservative Reichstagsabgeordnete den ›Volksgeist‹, bis dahin die rechtstheoretisch dominierende Figur, materialisiert und eine Blickwende zur Wirklichkeit vorbereitet. Die geläufige Methodologie ermahnte er: »Das Rechtssystem muss sich also an die allgemeinen Grundlagen anschließen, die es nicht selbst konstruiert, sondern in den jeweiligen Kulturzuständen vorfindet, und erst wenn es dies getan hat, kann es die Rechte im Einzelnen je nach dem praktischen Zweck oder Bedürfnis mehr oder weniger willkürlich disponieren und dabei auch nach rein logischen Gesichtspunkten verfahren. Ein abstraktes Rechtssystem in dem Sinne, dass dasselbe sich an gar keine tatsächlichen Verhältnisse einer bestimmten Zeit oder eines bestimmten Volkes anlehnte, gibt es nicht.«<sup>25</sup>

Der höchst einflussreiche Rechtshistoriker und Verbandsrechtler *Otto von Gierke* (1841–1921) wiederum kritisierte eine »formalistische Richtung« der Rechtswissenschaft, die auf die »logisch-formale« Seite der Begriffe orientiert sei und diese »gleich mathematischen Axiomen« verwende; es fehle die »Erforschung des inneren Zusammenhangs des Rechtes mit der Kultur, vor allem mit den wirtschaftlichen Zuständen«.<sup>26</sup>

25 Arnold 1865, Zitate: 398 f., 414, 416.

26 Gierke 1874/1915: 5, 8.

Mit dem wiederholten Bezug auf »das Leben« und auf die Felder Wirtschaft, Politik und Kultur war in damaliger Terminologie angesprochen, was später als ›Gesellschaft‹ apostrophiert werden würde. Nur verbarsten sich die Überlegungen in einem sehr ausführlichen Vergleich zwischen dem Römischen und dem aktuellen Pandektenrecht; auch waren sie völlig unaggressiv formuliert, sodass sich niemand zur Stellungnahme genötigt sehen musste. Umso mehr fielen Artikel auf, die Jhering seit 1860 pseudonym veröffentlichte.

### *Rudolf von Jhering*

Am meisten gehörte die Stimme des Rudolf von Jhering (1818–1892). Er erweckte Aufmerksamkeit durch die Fülle und Brillanz seiner Schriften, auch durch die Wandlungen seines Denkens im Lebensablauf sowie auch seiner Bücher in der Folge der Auflagen. Seine große Gesamtdarstellung des antik-römischen Rechts hatte Jhering zunächst als ein organisch-systematisches Ganzes angelegt und folgte dabei der damals allgemein anerkannten Methodik seines Lehrers Friedrich Carl von Savigny, der als Schöpfer der Fachdisziplin Rechtswissenschaft i.e.S. galt.

Im dritten Band überfielen ihn erste Zweifel am prinzipiengeleiteten ideellen Wesen des Rechts. Jhering verkündete den Primat des ›Lebens‹ vor dem Logizismus; »die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch notwendig oder unmöglich sein.«.<sup>27</sup> So machte er sich auf den Weg, das ›Leben‹ im Recht, vermittelt durch die ›Zwecke‹, zur Geltung zu bringen.<sup>28</sup>

Einige Jahre darauf hielt Jhering seinen weltweit gelesenen Vortrag ›Der Kampf ums Recht‹, worin er den Wandel und die Geschichtlichkeit des Rechts unterstrich. Der Autor befand sich jetzt bereits in seiner Spätphase und begann ein weiteres großes Werk, ›Der Zweck im Recht‹, worin er aufzeigte, wie die Zielsetzungen des Individuums und des Gemeinschaftslebens über Interessenkämpfe das Recht erschaffen. Wichtig waren ihm nun die empirische Wirklichkeit der Gesellschaft und die Praxis des Rechts. Und wenn er das Recht als ›die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft‹ definierte und das Recht allenthalben auf ›die Gesellschaft‹ bezog,<sup>29</sup> dann musste sich wohl das juristische Denken mit dieser konkreten Gesellschaft beschäftigen, bevor es zu seinen

<sup>27</sup> Jhering 1865: 303.

<sup>28</sup> Vgl. Lennartz 2017: 33.

<sup>29</sup> Vgl. dazu Schweitzer 2021: 210–241. Zu Jhering vgl. Wischmeyer 2015: 69–72.

Schlüssen kam, die eben nicht mehr allein aus einem ›Geist des Gesetzes‹, aus einem ›Volksgeist‹ oder aus der Natur abzuleiten waren.

In den Schriften aus dieser Zeit tauchte zum ersten Mal eine ganze Reihe von Reizworten späterer Diskurse auf. Jhering erfand das Wort von der *Begriffssjurisprudenz* und geißelte deren Arbeitsweisen mit beißendem Spott. In einer umfangreichen Satire zum »juristischen Begriffshimmel« ereiferte er sich über den leeren Formalismus des damals gepflogenen Rechtsdenkens und sprach von einem »luftleeren Raum, wie er für die Begriffe nötig ist«. Denn »die Begriffe vertragen sich nicht mit dem Leben, sie haben eine Welt für sich nötig, in der sie ganz für sich allein existieren, fern von jeglicher Berührung mit dem Leben«.<sup>30</sup>

Um im Begriffshimmel mitzuspielen, bedarf es besonderer Qualifikationen. Wer hineinwill, statt im »allgemeinen Juristenhimmel« zu bleiben, muss durch eine Quarantäne und dann eine Prüfung bestehen. »Eine Quarantäne? Zu welchem Zweck? – Um uns sicherzustellen, dass du uns keine atmosphärische Luft mitbringst. – Vertragt Ihr die denn nicht? – Sie ist Gift für uns. Eben darum ist unser Himmel im äußersten Winkel der Welt angebracht, damit keine Luftwelle und kein Lichtstrahl hineindringt. Die Begriffe vertragen die Berührung mit der realen Welt nicht.« Dem Novizen werden gezeigt: die Haarspaltemaschine, die Kletterstange der schwierigen juristischen Probleme, ein Fiktionsapparat, ein Konstruktionsapparat. Er sieht die dialektisch-hydraulische Interpretationspresse, den dialektischen Infiltrationsapparat, den Eliminator, wodurch unbequeme positive Äußerungen der Stellen beseitigt werden, sowie die dialektische Bohrmaschine. Der wissende Begriffsjurist sagt: »Türen kennen wir hier nicht, wir sind gewohnt mit dem Kopf gegen die Wand zu rennen, dann gibt sie nach und lässt uns durch.«<sup>31</sup>

Diese Spottbilder wurden erstmals seit 1860 veröffentlicht – unter Pseudonym, wie es Kantorowicz 45 Jahre später ebenfalls halten würde und dabei mit ›Der Kampf um die Rechtswissenschaft‹ den Titel von Jherings meistgelesener Schrift variierte. Hier also liegt der spektakuläre Beginn des Diskurses, den dieses Buch nachzeichnen will. Als ›Begriffssjurisprudenz‹ wurde nicht die Rechtspraxis, sondern die Wissenschaft des Rechts charakterisiert. Der Erfinder des Schimpfworts wandte sich ursprünglich nur gegen einige Usancen in der römischen Rechtsgeschichte, damals eine der Entscheidungsgrundlagen. Jhering kennzeichnete die Begriffssjurisprudenz als »die Scholastik in der heutigen romanistischen Wissenschaft«. In der folgenden Erläuterung schilderte er, wie sie ihm selber in jungen Jahren »als Vorbild der richtigen juristischen Methode galt« und

<sup>30</sup> Jhering 1884: 250 f.

<sup>31</sup> Alle Zitate bei Jhering 1884: 250–271.

er vor allem an »einer apriorischen logischen Konstruktion« interessiert gewesen sei. Der Umschwung kam »durch den regen Verkehr mit Praktikern«, und von da an wandte er sich gegen den »Kultus des Logischen« und die »Schuldidaktik«.<sup>32</sup>

Der Jurisprudenz seiner Zeit hielt Jhering vor, sie lasse »den praktischen Endzweck und die Bedingungen der Anwendbarkeit des Rechts außer Acht« und erschaffe »eine Arena für logische Evolutionen, für die Grammatik des Geistes, in der dem größten Denkvirtuosen die Palme zufällt«. Damit rief er einen weiteren Topos des seitherigen Diskurses auf: den »Gegensatz von Theorie und Praxis«, als Ursache für »eine solche Verirrung in einer so praktischen Wissenschaft, wie die Jurisprudenz es ist«. Sein Blick richtete sich auf die damaligen Professoren, auf die »Ausscheidung der Lehrtätigkeit zu einem selbständigen Lebensberuf«. Erst das Lehren des Rechts habe dazu genötigt, das (römische) Recht korrekt und genau zu formulieren. Die Theorie aber verliere das Leben aus dem Auge, sie geriere sich, als ob das Recht »ihretwegen da sei, ein dankbares Objekt für das logische Denken, ein Zirkus für dialektisch-akrobatische Kunststücke«. Bei den Rezepturen zur Abhilfe ging Jhering Themen an, die noch ein Jahrhundert später auf der Agenda standen, darunter das Prüfungswesen: die Art des Examinierens und die Zusammensetzung der Kommissionen.<sup>33</sup>

Das Denkdrama des Rudolf von Jhering erstreckte sich über mehrere Jahrzehnte. Seine beiden Hauptwerke hinterließ er unvollendet. Mit Hakkenschlägen und überraschenden Einfällen hatte er zwar Anstöße für ein verändertes Rechtsdenken gesetzt, nur keine neue Methodik vorgeführt. Ob und inwieweit eine Zweiteilung in Jherings Denkentwicklung zu erkennen ist – die Rede war schon von ›Umbruch‹ und ›Wende‹, ja von den ›zwei Jherings‹ –, bleibe hier dahingestellt. Statt von einem ›Damaskus-Ereignis‹ wird heute von einer methodenkritischen Wende oder einem Perspektivwechsel gesprochen.<sup>34</sup> Jhering habe sich nicht gegen Dogmatik schlechthin gewandt. Dies entspricht der Harmonisierungstendenz heutiger Methodengeschichtsbetrachtung, die Brüche zudeckt und Polemiken gegenüber der ›Begriffsjurisprudenz‹ zurücknimmt. Anders wohl das ganze 20. Jahrhundert hindurch die Skepsis gegenüber dem Formalismus im Rechtsdenken. Wer in Jhering den Stifter der ›soziologischen Rechtsschule‹ sah, empfand etwas umwerfend Neues; dies muss zu jeder Zeit die rechtswissenschaftliche Orthodoxie provoziert haben. Mit seiner ›naturhistorischen Methode‹, damals chemisch-physikalisch verstanden, rückte Jhering die Empirie in den Blick.<sup>35</sup>

32 Zitate bei Jhering 1884: 337 f.

33 Jhering 1884: 347 f., 357, 371–383.

34 Vgl. dazu Birr 2022: 66–75; Wischmeyer 2015: 85.

35 Vgl. Haferkamp 2018: 318.

Das Kürzel »Begriffsjurisprudenz« eignete sich gut als Schlagwort; es bündelte mehrere Topoi, darunter die Scheuklappe gegenüber dem Sozialen. Die spätere Forderung einer Soziologisierung der Jurisprudenz war nun vorbereitet. Verstanden als Angriff auf die Autonomie der Rechtswissenschaft wurde hinfert eine Abwehr organisiert, und zwar durch die Betonung des teleologischen Moments im Recht (»Interessenjurisprudenz«). »Es bildet sich das normative Zweckdispositiv heraus, das die Rechtswissenschaft gegen die Soziologie erfolgreich zu immunisieren vermag«.<sup>36</sup> Eine Argumentation mit Zwecken fördert ein unexpliziertes Changieren zwischen Normativität (per Zielsetzung) und Kausalität (per zielführendes Mittel). Niemals hat der Funktionalismus geklärt, welchen Platz die Empirie in ihm einnimmt. Jherings »Zweck im Recht« stieß mehrheitlich auf Ablehnung, der Impuls aber wurde rezipiert und verwertet.

In Jherings Sicht sind es faktische soziale Entwicklungen, die das Recht produzieren. Helmut Schelsky hat daraus gefolgert, damit sei »der Rechtsdenker, sowohl als Theoretiker wie vor allem als praktischer Gesetzgeber, zur Analyse dieser sozialen Entwicklungen um des Rechts willen gezwungen. Hier strömt also der ganze Bereich der analytischen Sozialwissenschaft in die Rechtswissenschaft ein, eine methodische Forderung, der Jhering (wenn auch methodisch unvollkommen) im Gegensatz zu fast allen Rechtswissenschaftlern seiner Zeit nachgekommen ist.«<sup>37</sup>

In seinem letzten dogmatischen Werk, das den Untertitel »Kritik der herrschenden juristischen Methode« trug, stand eine Bemerkung, mit der Jhering auch den Ton des bald anhebenden Diskurses vorgab: »Irrige Ansichten widerlegt man, falsche Richtungen bekämpft man.«<sup>38</sup> Er habe seinen Kampf gegen die von Savigny formulierte Richtung geführt. In Clausewitzscher Manier fügte er hinzu, zum Kampfe müsse man umso schneidere Waffen zur Hand nehmen, je gefährlicher der Gegner sei, und die Absicht haben, den Gegner zu Boden zu werfen. Gelinge dies nicht, so treffe einen das Los selber – »alles, was er ihm zugefügt hat, fällt mit verdoppeltem Gewicht auf ihn zurück«. Wer es später unternahm, im Namen der Sozialwissenschaften einer begriffslogischen Rechtsdogmatik auf den Leib zu rücken, hätte hier eine hellsichtige Warnung lesen können.

*Ludwig Gumplowicz*

Die zentrale Bedeutung, die das Recht in der frühen Soziologie besaß, ist oft dargestellt worden, insbesondere für É. Durkheim und M. Weber.

<sup>36</sup> So Schweitzer 2021: 177.

<sup>37</sup> Schelsky 1972 a: 64.

<sup>38</sup> Jhering 1889: XII, H.i.O.

An dieser Stelle sei eines weiteren Autors gedacht: Ludwig Gumplowicz (1838–1909), emigrierte innerhalb des K.u.K. aus dem polnischen Krakau nach Graz, wo er als Professor für Verwaltungslehre und -recht an der Universität Staats- und Verwaltungsrecht lehrte. Er gehörte zu dem damals nicht ganz seltenen Typus, der Jurisprudenz und Soziologie nebeneinander betrieb. Sein Wirken kann exemplarisch zeigen, wie vor 1900 ein Versuch verlief, die Rechtswissenschaft mit dem Gesichtspunkt des Sozialen zu konfrontieren. Es gibt nur wenige solcher Beispiele, und dieses beeindruckt durch die Fülle vorliegender Schriften. Wir sehen einen Wissenschaftler, der von der Jurisprudenz zur Soziologie überging und in beiden Bereichen zeitlebens hochpräsent blieb. Für die Fachgeschichte gilt Gumplowicz ohnehin als der Erste, der in deutschsprachigen Buchtiteln ab 1883 den Soziologie-Begriff verwandte.

Für Gumplowicz gründete das Recht auf Macht und Kampf. Er begriff insbesondere das öffentliche Recht als eine gewaltgesicherte Manifestation der Interessen von Privilegierten. Seine Soziologie suchte nach deterministischen Entwicklungsgesetzen, die das Handeln von Gruppen regieren und formulierte dazu einen konsequent konflikttheoretischen Ansatz. Alles führte er zurück auf einen Kampf um die Macht, dessen Wurzel in der Lebensfürsorge liegt. Die siegreichen Kollektive (Gumplowicz nannte sie anfänglich und oft missverstanden »Rassen«) überstülpen der Gesellschaft ein Recht, das die Beziehungen zwischen den Gruppen regelt. Der hieraus folgende soziologische Staatsbegriff brachte ihm viel Gegnerschaft ein. Vom Staatsrecht aus war er zur Soziologie gelangt, wo seine zahlreichen Werke allerdings weitgehend unbeachtet blieben (anders in Frankreich und in den Vereinigten Staaten). Dabei enthalten sie viele soziologisch gehaltvolle Gedankengänge, die aber weder damals noch später in den jeweiligen Zeitgeist passten.<sup>39</sup>

Gumplowicz veröffentlichte 1885 einen »Grundriss der Sociologie«, woraufhin man ihm vorhielt, den Grundriss zu einer Wissenschaft geschrieben zu haben, die nicht existiert.<sup>40</sup> Das Konzept »Rasse« beschrieb er in sozial-konstruktivistischer Art: Sie ist »ein geschichtlicher Begriff, [eine] durch die sociale Entwicklung entstandene Einheit«, ausgehend von geistigen Momenten wie Sprache, Religion, Sitte, Recht, Kultur, und gelangte von da aus zu dem Wir-Gefühl »der Einheit des Blutes«.<sup>41</sup> Gumplowicz kannte das Wirken des Rassismus nur zu gut. Bevor er nach Graz auswanderte, hatte er in seinen ersten Lebensjahrzehnten die

39 Vgl. dazu Brix 1986: 45–57.

40 Vgl. dazu Kleinwächter 1909: 79.

41 Gumplowicz 1883: 193 f.; vgl. a. Surmann 2020: 450; Brix 1986: 49. Ulrike Hamann (2016: 145) sieht in Gumplowicz' Rassenkampf eine Vorwegnahme der von Michel Foucault (1999) beschriebenen Diskursform, wonach der Krieg als Grundstruktur politischer Beziehungen anzusehen ist.

Unterdrückung der Polen unter dem österreichischen Regime in Krakau an den eigenen Initiativen erlebt. Als Pole, Jude, Aufständischer, Antiklerikaler und Migrant sammelte er intersektionale Erfahrungen. Er entzauberte den »nationalistischen Mythos eines reinen Ursprungs [und] bestritt, dass ›Volk‹ und ›Rasse‹ klar definierbare Begriffe seien. Das war zu einer Zeit, als die Narrative der Nationalstaaten eben solch klare Definitionen benötigten, geradezu blasphemisch«.<sup>42</sup> Während er selber sich keiner bestimmten ›Rasse‹ zugehörig fühlte und keine davon für minder- oder höherwertig hielt, unterschied die Majorität hiesiger Wissenschaftler ›eigenes‹ und ›fremdes‹ Volkstum und sah das eigene ›Volk‹ als überlegen an – für Gumplovic eine Erfahrung der Geschichtswissenschaft. So verdarb er sich es mit allen.

Das Recht führte Gumplovic in seiner Dogmatik vollständig auf den Staat zurück, ausdrücklich nicht auf eine Überzeugung des Volkes oder auf ein Angeborenes. Daraus dürfe nun aber nicht gefolgert werden, dass »alles Recht aber das Erzeugnis der Willkür der Staatenbeherrschung sei. Denn auch der Staat steht ja unter den zwingenden Gesetzen der sozialen Entwicklung.« In einer Anmerkung wird die Rechtswissenschaft zugunsten der Soziologie entmachtet: »Die Frage, wessen Wille maßgebend ist im Staate, kann das Staatsrecht in der Jurisprudenz nur *formal* beantworten: das Wesentliche dieses Vorganges kann nur die Soziologie erklären.« Auch die Frage nach der Entstehung des Rechts weist er ausschließlich der Soziologie zu. »Die Rechtslehre hat es nur mit dem bereits *bestehenden* Rechte zu tun.« An dieser Stelle bringt er auch seine soziologische Orientierungsthese unter, wonach alles Recht aus dem Zusammentreffen ungleicher Gruppen herrührt. Es sei »nichts anderes als die, von den um Macht und Einfluss im Staate kämpfenden sozialen Gruppen jeweilig festgesetzte Grenze ihrer Herrschaft und ihres Einflusses, eine Grenze, die je nach dem Wechsel der Macht dieser Gruppe bald hin-, bald hergeschoben wird.« Das gelte vom Staats-, aber auch vom Privatrecht. Damit übertrug Gumplovic die Erkenntnisse seiner Soziologie (1885) in die Rechtsanalyse. Und den rechtsssoziologischen Ansatz betonte er mit Ideen zum Gewohnheitsrecht, das die Quelle allen Rechts sei. »Denn der Gesetzgeber bringt im Gesetze nur das wirkliche Recht, wie es sich im Leben herausgebildet hat, zum Ausdruck. [...]. Die wirklichen Kräfte des Lebens, oder deutlicher gesagt die *sozialen Bestandteile des Volkes*, die im Kampf um Herrschaft das Recht erzeugen, die lassen sich durch willkürliche Gesetze nicht ändern«.<sup>43</sup> Die gedankliche Distanzierung, wie sie eine soziologische Herangehensweise notwendigerweise mit sich brachte (so sehr sie in anderen Bindungen gefesselt bleiben möchte), führte Gumplovic zu seiner antagonistischen

42 Hamann 2016: 139.

43 Alle Zitate aus Gumplovic 1891: 1–3, H.i.O.

Theorie, die den staatsrechtlichen Überzeugungen seiner Zeit diametral entgegenlief.

Dieser Erkenntnisrahmen zog methodische Folgen nach sich. In der dogmatischen Begründung von Rechtssätzen durften Argumente über Ethik, Menschennatur oder Volksgeist nicht auftauchen. Nahm nun Gumpowicz die Gelegenheit wahr, die Thesen zum lebenden Recht, zum Kampf zwischen sozialen Gruppen in seinen juristischen Werken anzuwenden, und folgte er dann den eigenen Vorgaben? Die Methodik der Rechtswissenschaft dürfte nicht sein Thema gewesen sein. Auch war die Soziologie in den Jahrzehnten vor 1900 nicht so weit ausgebildet, als dass sie für eine Argumentation innerhalb der Jurisprudenz hätte ins Auge gefasst werden können.

Sein Lehrbuch zum (österreichischen) Staatsrecht behandelte nach der Verfassung sämtliche Gebiete der Staatsaktivität (Militär, Polizei, Verkehr, Wirtschaft, Gewerbe, Finanzen, Schulen, Universitäten, Religion, Gesundheit, Arbeitsunfall- und Sozialversicherung u.a.). Diesen Text verfasste Gumpowicz wie andere Rechtswissenschaftler auch, indem er den Inhalt des geltenden Rechts deskriptiv vermittelte und sich mit politischer Kritik zurückhielt. Über weite, ja die allermeisten Strecken argumentiert der Staatsrechtler Gumpowicz wie alle seiner Zunft: Narration der Gesetzesinhalte, Wortauslegungen, logische Schlüsse, *Common sense*, Auseinandersetzung mit anderen Meinungen. Er hatte das österreichische Recht erst spät erlernt und schrieb hier eine Art Grundriss mit Überblickscharakter. An manchen Stellen schalt der Autor eine ihm überflüssig erscheinende Unterscheidung, beispielsweise die zwischen ›materiellen‹ und ›formellen‹ Gesetzen, und nannte solche ›Haarspalttereien‹ praktisch wertlos; sie leisteten »nur unproduktiver Scholastik Vorschub«<sup>44</sup> – ein weiterer Hieb auf die gewöhnliche Rechtsdogmatik.

Eine eigene Note verlieh er seiner Darstellung mit historisch-strukturellen Erläuterungen zu einzelnen Vorschriften. Seine soziologische Auffassung kam an den Stellen zum Einsatz, wo übergreifende Konzepte wie Staat, Verfassung, Nationalitäten u.ä. zu erläutern waren. Bei den politischen Grundrechten des Individuums ließ Gumpowicz eine Sympathie für die Freiheit erkennen, allerdings in vorsichtiger Formulierung. Zum Gleichheitssatz der Verfassung deckte er illusionslos dessen eingeschränkten Wirkungsbereich auf. Zur Erbschaftssteuer wandte er ein, es fehle an einer gerechten Belastung, wenn sie »ohne Rücksicht auf die persönlichen Verhältnisse in gleicher oder doch proportionaler Weise« erhoben wird, und dies bei einem Steuersatz von max. 8 Prozent. Die Kosten der Unfallversicherung für Arbeiter sollten, entgegen geltender Regel, die Unternehmen tragen.<sup>45</sup>

44 Gumpowicz 1891, S. 16 f.

45 Gumpowicz 1891: 247–250, 330, 616.

Die herrschende Klasse, meinte Gumplowicz, schafft und erhält das Staatsrecht aus der Sorge um die Aufrechterhaltung ihrer Herrschaft; nur das geeinte Vorgehen gegen die Masse der unterworfenen Bevölkerung verhindert eine bedrohliche Lockerung der ganzen Organisation. Das gleiche gelte für die Normgebung im Verhältnis zwischen den Herren, insbesondere den Grundeigentümern, zu ihren Hintersassen.

Sie erlassen Maßregeln, »deren gewaltsame Durchführung zuerst und deren friedliche Befolgung sodann seitens der Beherrschten, das *rechtlische* Verhältnis zwischen letzteren und ersteren ins Leben ruft«. Nur so entstehe Recht, auch heute: »Immer ist es der Druck und Gegendruck zweier interessierten Parteien als Vertreter ihrer sozialen Gruppen, der sich in Forderung und Weigerung ausdrückt«. Gumplowicz verdeutlichte das mit dem Bild des Krieges, »zwei sich feindlich gegenüberstehende Heere in entwickelter Gefechtslinie, die um ein zwischen ihnen liegendes Terrain kämpfen«. Die Zickzacklinie, in der das Vorrücken steckenbleibt oder die im Waffenstillstand ausgehandelt wird, »das ist das *social entstandene Recht*«. In der Natur der Rechtslehre, namentlich zum Privatrecht, liege es, »dass sie von einem Einfluss der Macht auf die Gestaltung der Rechtsinstitute nichts wissen will [...]. Gewalt und Recht sind ihr unversöhnliche Gegensätze«.<sup>46</sup>

Zu jener Zeit rang die Rechtswissenschaft um einen Staatsbegriff; historisch-soziologische Konzepte standen gegen vertraglich-normative Konzeptionen. Das lieferte einen Vorgeschnack auf die Methodendebatte, die sich wenige Jahre später anschloss. Die »soziologische Staatsidee« von Gumplowicz setzte den sozialen Inhalt des Staates sowie seines Produkts, des Staatsrechts, mit der »Gesellschaft« gleich.<sup>47</sup> Für ihn würde eine Suche nach soziologischen Methoden im Recht kaum Sinn machen; denn Rechtsanalyse sei per se soziologisch. So lehnte er die dogmatische Denkweise im Staatsrecht seiner Zeit prinzipiell ab, wie aus verschiedenen polemisch formulierten Bemerkungen, vor allem gegen Jellinek, hervorgeht. Später blies auch Franz Oppenheimer in dieses Horn.<sup>48</sup> Die Rechtswissenschaft benutze einen defizitären Staatsbegriff und könne aufgrund ihrer Methode zu gar keinen anderen Ergebnissen gelangen. Daher sei ihr das letzte Wort über den Staat zu entziehen; dieses habe die Soziologie zu sprechen.<sup>49</sup>

Das positive Recht – komme es aus der Gesetzgebung oder aus der Wissenschaft – wird zum bloßen Niederschlag eines in der Bevölkerung – genauer: in Teilen davon – lebenden Rechts heruntergestuft. Das widersprach der damals wie heute vorherrschenden Meinung. Damit einher

46 Gumplowicz 1892: 109–111, H.i.O.

47 Vgl. dazu Boßdorf 2003: 423; Prendergast 2020: 347–353.

48 Vgl. Anter 2016, S. 16.

49 Boßdorf 2003: 81.

ging eine Entwertung der wissenschaftlichen Dogmatik, indem sowohl deren Ausgangspunkt (Gesetzeswortlade) und Arbeitsweise (wissenschaftliche Reformulierung) als willkürliche Akte und im Range hinter das »eigentliche«, also das »sozial erzeugte Recht« abqualifiziert wurden.

Da Gumpelowicz der Rechtswissenschaft vorhielt, sie wolle »von einem Einfluss der Macht auf die Gestaltung der Rechtsinstitute nichts wissen«, schien er der Dogmatik zu empfehlen, diese Art des Zustandekommens bei der Auslegung zu berücksichtigen. Er sagte nicht, ob und wie das am Resultat etwas ändern würde; aber eine methodologische Weisung muss so weit auch nicht gehen. Und Gumpelowicz sah sich bereits so sehr als Soziologe, dass die Umsetzung seiner Idee von Staat und Recht eine Angelegenheit der Jurisprudenz sein musste. Dort allerdings wurde einer materialistischen Auffassung wie der von Gumpelowicz – der übrigens kein Marxist war – nicht gefolgt; die Problematik von Legalität und Legitimation, also die normativen Dimensionen, interessierten Rechts- wie Sozialwissenschaft weit mehr als eine bellizistische Deutung der Staatsbildung. Mit dem Grenzübertritt zur »Sociologie« hatte Gumpelowicz sein Renommee als Rechtswissenschaftler aufs Spiel gesetzt – und verloren. »Renommee« bedeutete, als Jurist ernst genommen und mit seinen Gedanken beachtet zu werden. Das Herkunftsgebiet strafte ihn mit Nichtbeachtung, das neue Fach existierte noch nicht. So hing er zwischen den Stühlen.

Gumpelowicz, obwohl zu seiner Zeit weithin bekannt, blieb ein Außenseiter, und dies auch in den universitären Kreisen, weil er gegen die Jurisprudenz zugunsten der Soziologie opponierte.<sup>50</sup> Einige triviale Faktoren trugen zur Nichtbeachtung bei. Als Jurist publizierte Gumpelowicz speziell zum österreichischen Recht, und für seine »Sociologie« gab es noch kein Interesse. Graz verließ er nur selten. Zum Hintergrund, dass Gumpelowicz' Positionen auf wenig Gegenliebe stießen und später vergessen wurden, wird seine »abgrundtief pessimistische Philosophie« gehört haben;<sup>51</sup> im Unterschied zu den idealistischen Meinungen gab es bei ihm keinen Fortschritt. In mancher Hinsicht sprach hier übrigens ein Vorläufer des Carl Schmitt, nur ohne sich selber dem Machthaber anzudienen. Indem er den Anteil von Gewalt an der Staats- und Rechtsbildung hervorhob, den Einfluss der Ethik aber als gering einschätzte, sprach Gumpelowicz etwas aus, das bis heute ungern gesehen und in den Theorien übergangen wird.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Adamek 2006: 382.

<sup>51</sup> Vgl. Anter 2016: 19.

<sup>52</sup> Lauermann 1997: 719 begründet die heutige Aktualität des Vergessenen damit, dass »bei Gumpelowicz Konzepte entwickelt worden sind, die der gesellschaftlichen Verdrängung unterliegen«.

Von einem Staats- und Verwaltungsrechtler wie Ludwig Gumplowicz, der sich selber eher als Soziologen betrachtete, wären Konzepte zu erwarten gewesen, die noch vor Eugen Ehrlich die methodologische Brücke zwischen den Disziplinen gebaut hätten. Die Erwartung blieb unerfüllt, wohl weil er die Grundeinheit seiner Soziologie weder im Individuum noch in der Gesellschaft sah, sondern in den Großgruppen, die aber nur selten – außer im Völkerrecht – den Zurechnungspunkt von Rechtspositionen bilden.<sup>53</sup> So sucht man in Gumplowicz' juristischen Lehrbüchern über weite Strecken vergeblich nach Beispielen für die Sozialbezogenheit des Rechtsdenkens, wie auch selber er sich an jenen Stellen darum nicht bemüht hat. Dabei eignet sich das Grundverständnis des Sozialen als eines konflikthaften Geschehens, von Gumplowicz bis heute soziologisch gültig formuliert, durchaus zur Engführung mit dem Recht als einem Medium der Lösung von Konflikten.

*Eugen Ehrlich*

An einer anderen Ecke von Österreich, eine Generation jünger als Gumplowicz und mit wenig Berührungs punkten zu diesem, wirkte Eugen Ehrlich (1862–1922). Lange vor seinen ruhm begründenden Schriften, bereits 1888, hatte er einen Lauf zur Soziologie im Recht begonnen. Ehrlich war damals 26 Jahre alt, arbeitete in Wien als Anwalt und musste auf die Habilitation warten – das Verfahren soll von 1888 (Antrag) bis 1894 (Erteilung der *venia*) gebraucht haben.<sup>54</sup> An einer Serie kurzer Artikel, kaum beachtet in einer Wiener Richterzeitschrift erschienen, lässt sich verfolgen, wie er sich dem methodischen Rekurs auf das Soziale näherte. Er hakte bei der Frage ein, ob das positive Recht lückenhaft sein könne und wie in solchen Fällen zu verfahren sei, angesichts des Verbots einer Rechtsverweigerung. Die h.M. verneinte damals das Phänomen einer ›Lücke‹; wo die bestehenden Vorschriften keine unmittelbare Antwort erlaubten, sei mittels Begriffen und Logik zu verfahren. Ehrlich listete eine lange Reihe zivilrechtlicher Fälle auf, für die sich in deutschen bzw. österreichischen Gesetzen keine Lösung fand. Auch das überlieferte Römische Recht, von Ehrlich ausführlich geprüft, half nicht weiter. Hingegen sprangen höchstrichterliche Judikate und wissenschaftliche Aufsätze ein; sie lieferten passende Rechtssätze, allerdings ohne dabei den schöpferischen Anteil einzustehen. Wie waren sie dazu gekommen? Ließ sich denn ein neuer Rechtssatz nicht auf andere Art als durch begriffsjuristische Konstruktionen überzeugend begründen? Ehrlich stellte

53 Vgl. Alvear Moreno 2020: 62, 66 u. pass. zum Ausschluss der Kategorie Mensch bei Gumplowicz.

54 Vgl. Vogl 2003: 84 f.

die Umrisse einer neuen Rechtstheorie vor, worin in nuce bereits die wesentlichen Ideen seiner späteren Schriften enthalten waren. Deswegen konnte er 1903 zutreffend auf die Kontinuität seiner Arbeiten seit 1888 hinweisen.<sup>55</sup>

Wenn die Methodengeschichte diese Texte meist übergeht, dann hat sie es sich zu einfach gemacht; tatsächlich machte sich das Thema hier bereits in vollem Sinne auf den Weg. Der Fortsetzungsaufsatz in einer kleinen Berufszeitschrift aus Wien wurde in der Jurisprudenz des Deutschen Reichs kaum zur Kenntnis genommen – eine publizierte Anmerkung ist bis heute nicht aufgefunden worden. Er ist also »fast unbekannt geblieben«, wie der Autor selbst vermerkte. Im ersten Jahrzehnt nach 1900 fand er im Kreise freirechtlicher Juristen einige Beachtung, insgesamt blieben seine Schriften zunächst Insiderwissen. Eine die Gesellschaft einbeziehende Rechtswissenschaft wurde also bereits früh gedacht, auch wenn sie erst später Diskursreife errang.<sup>56</sup>

Für Ehrlich entwickelte sich das Recht aus konkreten Lebensverhältnissen, beispielsweise aus den Usancen des Handels, die dann zu (Gewohnheits-) Recht werden können, wenn sie als verpflichtend anerkannt werden. Für das von Ehrlich später so prominent gemachte »Lebende Recht« erschienen hier in verschiedenen Formulierungen die ersten Hinweise.

So zog er eine »Grenze zwischen werdendem Recht und gewordenem Recht, [...] dem noch sehr unvollkommenen Recht«. Er verwies auf die Schwelle, »wenn im Rechtsbewusstsein des Volkes ein neuer Rechtsatz mit solch zwingender Kraft und elementarer Gewalt nach Geltung ringt«. Folgen wollte er »dem warm pulsierenden Leben [...], kein Richter konnte sich dem überwältigenden Einfluss entziehen.« Den Römern sei es darum gegangen, »das geltende Recht in einer dem Rechtsbewusstsein der Zeit entsprechenden Weise auszustalten.« Das Volksbewusstsein erfasse auch die juristische Seite sozialer Institute.<sup>57</sup>: Und so ging es weiter.

Da Ehrlich die meisten Operationen logischer, hermeneutischer und semantischer Art als »Fiktionen« ansah, gelangte er zu weiten Lücken und damit zu einem breiten Raum, in den sozio-ökonomische Erwägungen einströmen konnten. Die Brückenfigur dazu fand er in der »Natur der Sache«, die in der Jurisprudenz mit der *aequitas* verwechselt, als Scheinbegründung missbraucht und nebelhaft definiert worden sei. Richtigerweise stecke sie in den Lebensverhältnissen; »und die aus der Natur der Lebensverhältnisse sich ergebenden Normen sind eben Normen aus der

55 Ehrlich 1903: III f.

56 Vgl. Ehrlich 1903: V; Vogl 2003: 109 f.

57 Alle Zitate aus Ehrlich 1888: 448, 460, 472, 496, 512.

Natur der Sache«. Diesem Methodenstandpunkt ließ sich, wie später irrgeschehen, keine Vermengung von Sein und Sollen vorwerfen; denn Ehrlich hielt weder die Lebensverhältnisse noch die Natur der Sache für Recht; sie fungierten als empirisch zugänglicher Gerechtigkeitsmaßstab, an dem sich im Falle einer Lücke im gesetzlichen Recht die richterliche Entscheidung orientieren konnte.<sup>58</sup>

In Ehrlichs Sicht handelte es sich bei den ›Lücken‹ also um Lebensverhältnisse, die nicht vom positiven Recht geregelt sind, das heißt, juristisch noch nicht anerkannt sind, aber von der Rechtsprechung – dazu an gehalten durch den Entscheidungzwang – bestätigt werden. Wie waren hier ›Lebensverhältnisse‹ und ›juristisch anerkannt‹ zu verstehen? Mit ›Lebensverhältnis‹ konnte nur eine soziale Situation gemeint sein, über die ein Konflikt entstanden war. Und weil das Recht gesellschaftlich, d.h. im ›Leben‹ hervorgebracht wird, kann es im Richterspruch oder in der Gesetzgebung nur ›anerkannt‹ werden und dadurch den staatlichen Charakter gewinnen. Die richterliche Antwort auf das Entscheidungsbegehen, angesichts einer Lücke im vorhandenen Recht, schuf neues Recht. Sie war nicht ›frei‹ im Sinne eines subjektiven Dafürhaltens, sondern gebunden an die aus der sozialen Praxis empirisch ermittelte Rechtsvorstellung bei den Akteuren vor Ort.

Auch wenn Situationen – beispielsweise die stille Gesellschaft, Inhaber- und Ordrepapiere – bereits bekannt seien, also das Gesetz uns nicht sagen müsse, was sie eigentlich sind, suche das Gesetz häufig »das Institut oder das Verhältnis, auf welches es die Norm bezogen wissen will, dadurch zu bezeichnen, dass es dasselbe definiert, dessen wesentlichen Merkmale hervorhebt. [Das] erfordert ein großes Beobachtungstalent, nicht geringe stilistische Begabung: beides in einem Maße, wie es auch bedeutende Gelehrte nicht immer aufzuweisen haben«.<sup>59</sup>

Ehrlich stellte hier das Wissen um die soziale Wirklichkeit der normativen Figurierung gegenüber. Er empfahl daher dem Gesetzgeber, die Beschreibung der Begriffe der Wissenschaft zu überlassen. Und »woher nimmt die Wissenschaft das materielle Substrat für die Definition?« Ehrlich meinte, wir bräuchten kein Gesetz, um zu wissen, was Schenkung ist; wir hätten dies »längst schon gewusst, bevor wir irgendetwas vom Privatrecht wussten«.

Und so sei es bei den meisten Instituten des allgemeinen Zivilrechts. Auch ohne je Recht studiert zu haben, wisse jedermann, »was Kauf, Tausch oder Miete, Diebstahl oder Betrug ist. [Die] Beobachtung des täglichen Lebens genügt«. Anders sei es bei Instituten außerhalb »des gewöhnlichen Verkehrs«, wie beispielsweise dem Kontokorrent, die

58 Ehrlich 1888: 581; vgl. Vogl 2003: 335–339.

59 Ehrlich 1888: 546 f.

vom Gewohnheitsrecht und von der Wissenschaft erläutert werden. Wenn der Gesetzgeber ein Rechtsinstitut normieren will, »darf er sich weder auf ›seinen Willen‹ noch auf die Intuition verlassen; er muss es studieren, wie es im Leben vorkommt«. Es seien auch »jene Rechtsinstitute, von welchen man in der Regel annimmt, dass sie durchaus ein Werk des Rechtes sind und vom Rechte dem Leben aufoktroyiert wurden, tatsächlich im Leben entstanden und vom Leben ins Recht übergegangen«. Kein Zweifel, dass das Eigentum sowie die verschiedenen Verträge »nicht durch eine positiv-rechtliche Norm eingeführt, sondern im Leben entstanden und vom Recht bloß anerkannt wurden«. Somit sei es entschieden eine merkwürdige Selbsttäuschung, trotzdem anzunehmen, »dass die juristischen Begriffe rein intuitiv oder bloß durch logische Schlussfolgerungen aus dem Gesetze gewonnen werden«. Der Fehler beruhe auf »dem ungeheuren Kultus der Logik«, die doch rein formal sei. »Der Jurist denkt gewiss logisch – es wäre traurig, wenn es nicht der Fall wäre –, aber er denkt nicht Logik.«<sup>60</sup>

Ehrlich zeigte hier geradezu didaktisch, wie verschieden das begriffslogische vom empirisch-beobachtenden Denken ist. Er plädierte, anhand von Beispielen aus dem römischen Recht, für ein induktives statt eines deduktiven Vorgehens. Das materielle Substrat in der Jurisprudenz sei eben nicht die Logik, »sondern auf induktivem Wege gewonnene Beobachtungen [...] am Markte, bei täglichen Einkäufen oder im Privatgespräch mit Freunden und Bekannten, und am häufigsten im geschäftlichen Verkehr«. Was später »sozial« und »gesellschaftlich« genannt werden sollte, hieß hier noch »Vorgänge des wirklichen Lebens«<sup>61</sup>, und wo hier noch »Beobachtung« und »Studium der Praxis« gefordert wurde, würde es später um Empirie gehen.

Immer wieder verweist er auf »das Wesen der Lebensverhältnisse, welches sich uns bei der Beobachtung tatsächlicher Vorgänge des Lebens erschließt«. Untersuchungen neuerer Soziologen wie Herbert Spencer hätten gezeigt, dass jedes soziale Institut »wenigstens zur Zeit seiner Entstehung eine soziale Mission zu erfüllen hatte, eines wirklichen oder wenigstens eingebildeten sozialen Zweckes wegen dagewesen ist«. An dieser Stelle trat »die Soziologie« in die Argumentation ein. So bezwecke »zum Beispiel das Staatsrecht die Organisation der Klassenherrschaft«,<sup>62</sup> das Verwaltungsrecht verfolge einen bestimmten Wohlfahrtszweck, das private Vermögensrecht einen privatökonomischen Zweck.

Die beispieleichen Erörterungen zu den Zwecken (im Gefolge Jherings) und zur Natur der Sache waren fast trivial; die Betonung von Beobachtung und Lebenswirklichkeit indessen war dies nicht, zumal

<sup>60</sup> Alle Zitate Ehrlich 1888: 558.

<sup>61</sup> Ehrlich 1888: 569 f. u.ö.

<sup>62</sup> Zitate bei Ehrlich 1888: 581 f.

Ehrlich hierfür das Primat gegenüber begriffslogischen Schlussweisen beanspruchte. Dem Römischen Rechtsdenken bescheinigte er eine weit größere Treffgenauigkeit als dem Gemeinen Recht, also seiner Gegenwart. Aus der Rechtsgeschichte leitete Ehrlich die Lehre ab, dass »jedes Lebensverhältnis erst vom Recht anerkannt werden muss, bevor die sich aus seiner Natur ergebenden Normen zu Rechtsnormen werden.«<sup>63</sup> Hier war der Grundgedanke von Ehrlichs Rechtstheorie ausgesprochen: Die Normen werden zuerst im realen Leben generiert und dann durch Justiz und Gesetzgebung ins Recht übernommen; ohne den Anerkennungsakt sind es allerdings keine Rechtsnormen, sondern Normen anderer Art.

Indem er den Blick so eindringlich auf das *Lebensverhältnis* richtete, startete er seine spätere Theorie zum ›lebenden Recht‹. Er erwog beispielsweise die Befragung geeigneter Persönlichkeiten, die »mittendrin im Gewühle des Lebens stehen«, anstelle des lokal beschränkten Bekanntenkreises; er sprach von Experiment und Beobachtung – also von ernsthafter Empirie. Er konstatierte, das moderne Rechtsleben – im Gegensatz zum älteren neuerungsfeindlichen – tendiere dazu, »jedem Lebensverhältnisse, dessen Zweck gebilligt werden kann, die rechtliche Anerkennung zu verschaffen«. Dies allerdings »nur auf Grund eines eingehenden Studiums der Praxis«.<sup>64</sup>

Ehrlich untermauerte seine These mit zahlreichen Hinweisen rechtsgeschichtlicher und -vergleichender Art. Mit der rechtlichen Anerkennung verbindet sich die Billigung der zugrundeliegenden Zwecke und das Sanktionspotential. Die Anerkennung, das verdeutlichten Ehrlichs weitere Ausführungen, kann in Gesetzen, im Gewohnheitsrecht oder gerichtlichen Präjudizien liegen. Die juristische Konstruktion und der Analogieschluss wurden nicht verworfen (solange sie nicht zur Begriffsjurisprudenz führen), und zwar weil die Lückenhaftigkeit des Rechts nicht beseitigt werden kann.<sup>65</sup>

In einem längeren Abschnitt befasste sich Ehrlich mit der Figur des Vertrages, die damals breit und streitig diskutiert wurde. Den gordischen Knoten des Meinungsknäuels durchschlug er mit seiner neu gewonnenen Sichtweise: »Der Vertrag ist kein Begriff, den das Recht in seinem Laboratorium präpariert hatte, es ist ein Institut, welches das Leben selber herausgebildet hat, dessen Herrschaft weiter reicht als irgendein Rechtsgebiet.« »Wissen wir, was der Vertrag im Leben ist, so wissen wir auch, was der Vertrag im Recht ist.« Ob etwas, das im Leben als Vertrag erscheint, auch Rechtsfolgen nach sich zieht, das hänge »von einer

63 Ebd.: 1888: 594.

64 Zitate bei Ehrlich 1888: 627, 629 bzw. 603.

65 Ehrlich 1888: 603–605.

weiteren Voraussetzung ab, von der Anerkennung durch das Recht« und den dort eventuell verlangten Formen.<sup>66</sup>

Hier diskutierte Ehrlich längst nicht mehr das Lückenproblem, sondern noch allgemeinere Fragen der Rechtstheorie und der juristischen Methodik. Zu beobachten war das Entstehen eines Rechtsdenkens, das sich danach schrittweise weiterentwickeln und eine zukunftsähnige Verzahnung von Juristischem und Gesellschaftlichem erschaffen würde. Ehrlich hat seine Lücken-Artikel als den Beginn seiner Vorarbeiten zum Hauptwerk bezeichnet, der ›Grundlegung der Soziologie des Rechts‹, erschienen 25 Jahre später.

Ungeachtet aller Dispute um den Staatsbegriff, um das Verhältnis von Staat und Gesellschaft verfolgte Ehrlich die Theorieabsicht, das Recht nicht als ein ausschließliches Staatsphänomen zu erörtern, sondern es in die Hände gesellschaftlicher Akteure zurückzulegen. Denn dort, so meinte er, entstehe das Recht, und der Staat könne es nur noch anerkennen. Damit setzte sich Ehrlich in Gegensatz zu den politischen Verhältnissen der Kaiserzeit. Auch wurde seine Theorie oft als eine Demokratisierung der Jurisprudenz verstanden.<sup>67</sup> Die spätere Neigung, das Soziale im Rechtsdenken als eine politisch linksstehende Position wahrzunehmen, nahm hier ihren Anfang.

In seiner Habilitationsschrift mit einem rechtsdogmatischen Thema knüpfte Ehrlich 1893 an seinen Lücken-Aufsatz an.<sup>68</sup> Thema war die Frage, ob ein Schweigen und Passivbleiben zwischen Interaktionsbeteiligten bestimmte Rechtsfolgen nach sich ziehen kann. Hierzu dekonstruierte Ehrlich den Begriff einer stillschweigenden Willenserklärung.<sup>69</sup> Die Rechtsfolgen ließ er vom »wirklich als Recht Geübten« abhängen, ein Vorgriff auf sein später formuliertes Konzept des in der sozialen Wirklichkeit ›lebenden Rechts‹.

Ehrlich erarbeitete hier weder eine *Soziologie im Recht* noch damals schon eine *Soziologie des Rechts*, auch wenn sein Name zu alldem oft beansprucht wird. Genau besehen betrieb er etwas deutlich Anderes. Sein Ziel war, pointiert gesagt, eine Entstaatlichung und Vergesellschaftung des Rechtstableaus. Das heißt, die normativen Grundlagen juristischer Urteile sollten nicht allein dem positiven Recht entnommen werden, hinzuzunehmen seien die gesellschaftlichen Rechtsvorstellungen, zumal in den Regelungslücken des kodifizierten und judikativen Rechts. Damit erweiterte er das Repertoire der Rechtsquellen und leistete so einen Beitrag zur juristischen Methodenlehre – nicht aber zur Soziologie.

66 Zitate Ehrlich 1888: 619.

67 Vgl. Vogl 2003: 196–251.

68 Explizit Ehrlich 1893: 291.

69 Ehrlich 1893: 286 f. Das folgende Zitat auf S. VI.

Den Neuererimpuls wusste Ehrlich durchaus auch zu zügeln. Die letzte seiner drei rechtsdogmatischen Monographien (1899) – hilfreich bei der Ernennung zum Ordinarius – bewies erneut, dass er in konventioneller Manier schreiben konnte. Ehrlich mochte auch vergessen gemacht haben, dass er kürzlich noch mit sozialkritischen Aufsätzen hervorgetreten war, worin der eben Dreißigjährige sich für eine verbesserte Soziallage der Arbeiterschicht sowie für die Gleichberechtigung der Frauen in den Universitäten und allen Berufen eingesetzt hatte.<sup>70</sup>

In dem Buch von 1899 ging er sämtliche 2385 Paragraphen des komenden reichsdeutschen BGB durch, um die Differenz zwischen zwingenden und abdingbaren Vorschriften zu erörtern. Dabei hütete er sich, seine Kritik an Lückenlosigkeit und Begriffslogik sowie seine Ideen zum sozialen Leben als eigentlicher Rechtsquelle vorzubringen. Immerhin deutete er die Andersartigkeit seiner Auffassung an und benannte als seinen »Grundgedanken, die Natur des Rechtssatzes richte sich nicht nach der sogenannten Absicht des Gesetzgebers, sondern nach dem gesetzgebungspolitischen Charakter des Rechtsinstituts«. Mit dem vieldeutigen Verweis auf einen »politischen Charakter des Rechtsinstituts« verließ Ehrlich auch hier die üblichen Bahnen juristischen Denkens, erregte aber durch die unpolemische Formulierung keinen Anstoß. Bei einer Pflichtarbeit mit über 260 Seiten Text, die nicht aus dem Herzen kam, unterlief schon einmal ein Flüchtigkeitsfehler wie der auf S. 30, wo statt *BGB* das Drehkürzel *GBG* steht. Das Buch fand ein insgesamt positives Echo.<sup>71</sup>

Was die Konzeptionen Ehrlichs und der herrschenden Rechtslehre stets unterschied, lag in der Differenzebene von Genese vs. Geltung. So sagte er beispielsweise über ein grundlegendes Institut des Zivilrechts, »dass der Vertrag nicht durch das Recht geschaffen wurde, sondern älter ist als das Recht [...]; eine gewisse natürliche Verbindlichkeit hat der abgeschlossene Vertrag überall«.<sup>72</sup> Die historische Herleitung und die rein soziale Normativität wurden zum dogmatischen Argument – damals wie heute für die juristische Methodologie schwer verdaulich. Der soziologisch gestimmte Ansatz begriff die Qualität von Recht aus dessen Entstehungsprozess, die Dogmatik hingegen stellte auf die normative Legitimation ab. Beide Denkweisen waren stets uneingeschränkt sinnvoll; fragwürdig wurden sie bei wechselseitiger Ausschließlichkeit, wie sie niemals schärfer als im späteren Streit zwischen Kelsen und Ehrlich artikuliert worden ist, während nach vielen anderen auch Habermas (1992) sie zu überwinden versucht hat.

<sup>70</sup> Vgl. Vogl 2003: 86–90.

<sup>71</sup> Vgl. Ehrlich 1899: V; Vogl 2003: 11 f.

<sup>72</sup> Ehrlich 1893: 3 f.

## Die Jahrhundertwende – der Diskurs verdichtet sich

Ehrlich fasste 1903 seine zehn, fünfzehn Jahre zuvor entwickelten Ideen zusammen und bekräftigte sie mit evolutionsbezogenen Argumenten. Inzwischen war die juristische Fachöffentlichkeit auf ihn aufmerksam geworden. Mit der aus einem Vortrag in Wien hervorgegangenen Kurzmonographie *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft* avancierte er zum Namenspatron der kommenden Methodenrebellion, weswegen an dieser Stelle seine neuformulierten Thesen dargelegt werden müssen. Er betonte, »dass jedes System festgelegter Rechtsregeln seiner Natur nach lückenhaft ist, [weil] die gesellschaftlichen Einrichtungen, auf die das Recht Anwendung findet, in einer fortwährenden Entwicklung sind«.<sup>73</sup> Wie nur konnte das so viel Aufregung hervorrufen?

Ehrlichs Basisthese, von der alle weiteren Ideen ausgehen, lautete: Die Rechtsordnung besteht aus einer Summe von Normen, die kein vollständiges Ganzes bilden. Gemessen am Ideal, stets eine juristische Entscheidung liefern zu können, muss die Gesamtheit vorhandener Normen notwendig lückenhaft sein, eben weil »das Recht nicht ein abgeschlossenes, vollständiges System abstrakter Rechtsregeln ist, sondern aus Einzelentscheidungen besteht«.<sup>74</sup> Und zwar: von legislativen und judikativen Entscheidungen zur rechtlichen Gestaltung von Situationen oder Konfliktfällen. Die Idee aus dem 19. Jahrhundert, das Recht bestehe in Form eines Systems, errichtete damals die enge Pforte, durch die jede nichtrechtliche Erwägung hindurchmusste, um in der Darstellung *des Rechts* und seiner Anwendung vorkommen zu können. Die Systemidee fungierte als Schlüsselargument, um die Rechts- von der breit verstandenen Sozialwissenschaft abzutrennen (und ist das bis heute geblieben). Als geschlossenes Ganzes konnten Fachgrenzen gezogen und verteidigt werden. Hier vollendete sich die bei Savigny begonnene Ausdifferenzierung juristischen Wissens zu einem für Außenstehende unzugänglichen, hermetisch umfriedeten Feld. Niemand war so nachdrücklich dagegen angegangen wie Eugen Ehrlich, und alle späteren Missverständnisse seines Werks lassen sich wohl auf diese, als dem Professionalisierungsinteresse zuwiderlaufend gefürchtete Position zurückführen.

Als (romanistischer) Rechtshistoriker führte Ehrlich die vorstaatlichen Anfänge des Rechts auf gesellschaftliche Vorgänge zurück und nannte mehrere Beispiele: Das Verkehrsrecht sei fast ausschließlich Verkehrsbrauch; das Recht des Schadensersatzes und Prozesses gehe aus der allmäßlichen Milderung der Eigenmacht und Selbsthilfe hervor; das Recht der Familie und der Vererbung beruhe auf den ursprünglichen Neigungen der Menschheit. »In dem Juristenrecht, das sich aus den

73 Ehrlich 1903: 17.

74 Ehrlich 1903. IV.