

## Rechtssoziologie: Das Recht der Gesellschaft und die Gesellschaft des Rechts

Eva Kocher\*

<p>Einführung ..... 153</p> <p>A. Recht und Gesellschaft: Vom Nutzen der Rechtssoziologie ..... 154</p> <p>B. Recht und Rechtssystem als Beobachtungsobjekte und Forschungsgegenstände ..... 155</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Entwicklungslinien in der Rechtssoziologie ..... 156</p> <p style="padding-left: 40px;">1. Entstehung zu Beginn des 20. Jahrhunderts ..... 156</p> <p style="padding-left: 40px;">2. Entwicklungen in der Bundesrepublik ..... 157</p> <p style="padding-left: 40px;">3. Theoretische und disziplinäre Ausdifferenzierungen ..... 160</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Methodische und theoretische Ansätze ..... 162</p>	<p style="padding-left: 20px;">1. Handlungstheoretische Ansätze und ihre Weiterentwicklung ..... 162</p> <p style="padding-left: 20px;">2. Systemtheoretische Ansätze ..... 165</p> <p style="padding-left: 20px;">3. Foucault und Bourdieu: Poststrukturalismus und Kultursociologie ..... 168</p> <p style="padding-left: 20px;">4. Kulturwissenschaftliche Rechtsforschung ..... 170</p> <p>C. Die institutionelle Verankerung in Deutschland ..... 172</p> <p>D. Aussichten und Perspektiven ..... 174</p> <p style="padding-left: 20px;">I. Empirische Rechtsforschung = Rechtssoziologie? ..... 175</p> <p style="padding-left: 20px;">II. Von der Unabdingbarkeit der Rechtssoziologie für die Rechtswissenschaften ..... 178</p>
--	--

*Ausgehend von den Thesen des Wissenschaftsrates zur Stärkung der Grundlagenfächer geht der Beitrag auf die Lage der Rechtssoziologie ein: Wozu sollte man Rechtssoziologie studieren? Wie hat sich die Disziplin entwickelt? Welche Methoden und Grundverständnisse finden sich? Was ist der Unterschied zwischen Rechtssoziologie und der Forschung zu Recht und Gesellschaft? Welche Aussichten hat das Fach in der Zukunft – was ist zu erwarten, was bleibt zu wünschen?*

### Einführung

Nach dem Ende der Experimentierphase in der Juristenausbildung (1971-1984) geriet die Rechtssoziologie in Deutschland sowohl an Juristischen wie an Sozialwissenschaftlichen Fakultäten in eine randständige Position – obwohl heute so viel empirische Rechtsforschung betrieben und eingefordert wird wie seit langem nicht mehr. Theoretische und methodische Anleitung hierzu müsste aus der Rechtssoziologie kommen. Sie beschäftigt sich mit den Wirkungen des Rechts in der Gesellschaft sowie den Wirkungen der Gesellschaft im Recht, und sie hat hierfür seit Max Weber über Eugen Ehrlich, Niklas Luhmann und Gunther Teubner bis hin zu Michel Foucault, Pierre Bourdieu und der Praxistheorie eine große Vielfalt an theoretischen Verständnissen, Beobachtungsperspektiven und methodischen Ansätzen entwickelt. Die Umbenennung von Fachgesellschaften, Kongressen und Publikationen von „Rechtssoziologie“ in „Recht und Gesellschaft“ und die damit ver-

\* Prof. Dr. iur. Eva Kocher lehrt Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht an der Juristischen Fakultät der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder).

bundene größere Offenheit gegenüber einer Vielfalt disziplinärer Perspektiven ist allerdings nicht unumstritten.

Die Rechtssoziologie ist immer von der Frage nach dem Verhältnis von Rechtswissenschaften und empirischen Wissenschaften begleitet gewesen. Theoretische Ansätze haben eine Soziologie des Rechts, eine soziologische Jurisprudenz oder auch nur die Verwendung empirischen Wissens in der Rechtsdogmatik und Rechtspolitik zum Gegenstand. In aller Regel sind die Beziehungen zur Rechtsdogmatik aber spannungsreich. Denn das Recht beansprucht für sich selbst Autonomie gegenüber gesellschaftlichen Macht- und Herrschaftsverhältnissen bzw. Diskursen. Die empirische Forschung zu Recht und Gesellschaft hinterfragt dieses Selbstverständnis; sie provoziert und irritiert deshalb. In den Chancen zur Selbstreflexion, die sie damit eröffnet, liegt ihre große Bedeutung für Juristinnen und Juristen.

### A. Recht und Gesellschaft: Vom Nutzen der Rechtssoziologie

Die Rechtssoziologie stammt aus der Mitte des 19. Jahrhunderts und hatte ihre erste Blüte in den 1920er Jahren.<sup>1</sup> Mit der modernen Gesellschaft entwickelte sich eine beobachtende Perspektive auf das Recht, die dieses im Verhältnis zu dem untersucht, was man in der Neuzeit „Gesellschaft“ nennt: Wie wirkt Recht in der Gesellschaft? Wie wirkt Gesellschaft im Recht?

Forschung zu Recht und Gesellschaft reflektiert ihren Gegenstand „Recht“ zunächst nicht aus der Perspektive der Teilnehmerin, sondern aus der Perspektive der Beobachterin.<sup>2</sup> Sie interessiert sich dabei in besonderer Weise für Erfahrung, Empirie bzw. gesellschaftliche Praxen des Rechts. Mit gesellschaftlicher Praxis und ihrer Reflektion beschäftigt sich aber nicht nur die Soziologie. Viele Wissenschaftszweige können etwas darüber aussagen, wie Recht in der Gesellschaft und wie Gesellschaft im Recht wirkt: Rechtsethologie, Rechtspolitik, Rechtsökonomie, Rechtspsychologie, Medien- und Kommunikationswissenschaften, etc..<sup>3</sup> Es ist deshalb nicht nur die heutige Schwäche der Rechtssoziologie<sup>4</sup>, die dafür verantwortlich ist, dass sich die „Vereinigung für Rechtssoziologie“ im Jahre 2010 in „Vereinigung für Recht und Gesellschaft“ umbenannt hat. Während man der Rechtssoziologie in ihren frühen Jahren unbefangener eine Vielfalt von Herangehensweisen und Methoden zuzuordnen bereit war,<sup>5</sup> reagiert die neue Begrifflichkeit auf eine gestiegene Ausdifferenzierung der sozial- und geisteswissenschaftlichen Disziplinen

1 A. Bora, Responsive Rechtssoziologie, ZfRSoz 36 (2016), S. 261 (264) verortet die Gründungsphase der Rechtssoziologie etwa zwischen 1850 und 1930.

2 Zur umgekehrten Perspektive der Rechtsdogmatik vgl. T. Gutmann, Intra- oder Interdisziplinarität. Chance oder Störfaktor, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, Tübingen 2015, S. 93.

3 Siehe auch den Überblick bei S. Baer, Rechtssoziologie, 3. Aufl. Baden-Baden 2017, § 3.

4 Zur institutionellen Verankerung genauer unten C.

5 K. F. Röhl, Rechtssoziologie, Köln u.a. 1987, § 15.

– und sie verleiht dabei einem integrativen Selbstverständnis Ausdruck: Die Wissenschaft von „Recht und Gesellschaft“ soll die paradigmatische empirische Rechtsforschung werden (und wird manchmal sogar generisch als „interdisziplinäre Rechtsforschung“ bezeichnet).<sup>6</sup>

Nun lassen sich die Fragen nach dem Verhältnis von Recht und Gesellschaft auf ganz unterschiedliche Art und Weise stellen. Dementsprechend unterschiedlich fallen die Antworten aus. Welche Fragerichtungen bzw. Diskurse der Rechtssoziologie in Deutschland zwischen 1950 und 1980 entstanden sind, hat Alfons Bora vor kurzem zusammengefasst.<sup>7</sup> Mit den Diskursen der Verwendung soziologischen Wissens im Recht, der Steuerung der Gesellschaft durch Recht, der Kritik des Rechts sowie der Beobachtung und Irritation existierten mindestens vier unterschiedliche Diskurse mit ganz unterschiedlichen Erkenntnisinteressen. Daraus ergeben sich vier Gründe, warum Jurist\*innen Rechtssoziologie studieren sollten.

Erstens: Empirisches Wissen, rechtssoziologisch angeleitet, lässt sich in der Rechtsdogmatik verwenden. Wo Recht sich auf soziale Tatbestände bezieht, hilft sozial- und geisteswissenschaftliches Wissen, diese Tatbestände zu verstehen. Nicht nur das Bundesverfassungsgericht, alle Bundesgerichte haben immer wieder auf empirisches Wissen zurückgegriffen, um herauszufinden und begründen zu können, wie eine rechtliche Regelung ihren Sinn und Zweck am besten erfüllen kann.<sup>8</sup>

Zweitens: Ansprüche einer Steuerung der Gesellschaft sind dem Recht nicht unbekannt. Von einer Rechtswissenschaft, die sich einer solchen Verwendungsforschung öffnet, erwartet z. B. der Wissenschaftsrat viel: Er hofft, die Rechtswissenschaft könne mit einer Stärkung von Grundlagenfächern wie der Rechtssoziologie „einen wichtigen Beitrag zur Mitgestaltung der internationalen Ordnung leisten“ bzw. gesellschaftliche Herausforderungen aktiv gestalten.<sup>9</sup>

Drittens und viertens bringt rechtssoziologische Arbeit Irritation und Kritik in die Rechtswissenschaft. Hieraus können sich Anstöße für Reformbemühungen ergeben. Unabhängig davon bieten sie aber Chancen der Selbstreflexion, die für Juristinnen und Juristen unabdingbar sind.

## **B. Recht und Rechtssystem als Beobachtungsobjekte und Forschungsgegenstände**

Ein spannungsreiches Verhältnis der Rechtswissenschaften zu den Sozial- und Geisteswissenschaften prägt die Forschung zu Recht und Gesellschaft. Die Ent-

6 So übersetzt sich das „Law & Society Institute“ Berlin „Institut für interdisziplinäre Rechtsforschung“.

7 Bora, Responsive Rechtssoziologie (Fn. 1), S. 266 ff.

8 Siehe schon *Philippi*, Tatsachenfeststellungen des Bundesverfassungsgerichts, Köln 1971; siehe z.B. BVerfG, 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02; BVerfGE 108, 282, Rn. 52; BGH, 30.11.2004 – VI ZR 335/03.

9 *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen, 2012, Drs. 2558-12 (34).

wicklung der Rechtssoziologie ist dementsprechend immer wieder am Beispiel des Verhältnisses von Normwissenschaften und Erfahrungswissenschaften dargestellt worden.<sup>10</sup> Wie dies verstanden wird, hat jeweils viel damit zu tun, welches Verhältnis von Sollen und Sein, von „law in the books“ und „law in action“, von Norm und Empirie als Grundlage dient. Die folgende Darstellung erinnert unter I. zunächst an einige Entwicklungslinien, bevor unter II. wesentliche theoretische Ansätze, Erkenntnisinteressen und Methoden der Rechtssoziologie knapp erläutert werden.

## I. Entwicklungslinien in der Rechtssoziologie

### 1. Entstehung zu Beginn des 20. Jahrhunderts

Die Rechtssoziologie entstand in der Industriegesellschaft gleichzeitig mit der Soziologie, also mit der Erkenntnis, dass Gesellschaft und soziales Handeln etwas ist, das sich „wie Dinge“ empirisch beschreiben und analysieren lässt.<sup>11</sup> Das Interesse richtete sich schnell auf die gesellschaftliche Bedeutung des Strafrechts; die Kriminologie hat seither eine weitgehend eigenständige Entwicklung genommen. Max Weber begründete die Rechtssoziologie in Deutschland darüber hinaus als Unternehmen, grundlegende soziologische Methoden und Begriffe auf die Betrachtung des Rechts insgesamt anzuwenden – in einer charakteristischen Trennung von Sollen und Sein.<sup>12</sup> Weber sah Recht als Instrument, um legitime Herrschaft in der Gesellschaft zu verwirklichen.<sup>13</sup>

Daraus ergab sich im Verhältnis der wissenschaftlichen Disziplinen ein „Differenz“- oder „Trennungs“-Modell des Verhältnisses zwischen Norm- und Erfahrungswissenschaften. Auf soziologischer Seite bedeutet dieses Differenzmodell meist, dass man sich auf die Beobachtung des Rechts beschränkt; von rechtswissenschaftlicher Seite wird oft ein Anspruch auf „Hilfsdienste“ der Soziologie für das Recht formuliert.<sup>14</sup> Ein „Einheits“- oder „Integrations“-Modell,<sup>15</sup> arbeitete zur selben Zeit u.a. Eugen Ehrlich aus. Weil das Recht „aus der Fülle und Mannigfaltigkeit des Lebens schöpfen,“ müsse, suchte dieser Ansatz das „lebende Recht“ in

10 Siehe zuletzt *Bora*, Responsive Rechtssoziologie (Fn. 1); vgl. z.B. *M. Wrase*, Rechtssoziologie und Law and Society – Die deutsche Rechtssoziologie zwischen Krise und Neuaufbruch, *ZfRSoz* 27 (2006), S. 289.

11 Vgl. *Baer*, Rechtssoziologie (Fn. 3), § 2, Rn. 61 ff unter Hinweis auf Émile Durkheim.

12 *T. Raiser*, Über die Beziehungen zwischen Rechtssoziologie und Rechtsdogmatik, in: ders., Beiträge zur Rechtssoziologie. Baden-Baden 2011, S. 144 (149 f).

13 *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, 1914 ff (zitiert nach: Studienausgabe, 5. Aufl. Tübingen 1980), S. 124 f.

14 So auch die Gegenwartsanalyse von *Bora*, Responsive Rechtssoziologie (Fn. 1), S. 265. Vgl. den Titel des Aufsatzes von *T. Raiser*, Was nützt die Soziologie dem Recht? In: ders., Beiträge (Fn. 12), S. 117.

15 Zu den Begriffen *Bora*, Responsive Rechtssoziologie (Fn. 1), S. 264 f und *Raiser*, Beziehungen (Fn. 12), S. 144. *Wrase*, Zwischen Krise und Neuaufbruch (Fn. 10), S. 294 verwendet das Begriffspaar „Soziologie des Rechts“ und „soziologische Jurisprudenz“.

den gesellschaftlichen Praxen und begründete es aus diesen heraus.<sup>16</sup> Auch andere entwickelten Ansätze für eine solche „soziologische Methode“ in den Rechtswissenschaften.<sup>17</sup> In der Debatte zwischen den beiden Ansätzen entstand damals der Raum, in dem u.a. Ernst E. Hirsch, Hermann U. Kantorowicz, Hugo Sinzheimer oder Theodor Geiger Grundbegriffe und Methoden für eine beobachtende Erforschung der gesellschaftlichen Wirkungen des Rechts entwickelten.<sup>18</sup>

Bei der Entwicklung der US-amerikanischen Rechtssoziologie dominierten von Beginn an eher Perspektiven eines Einheitsmodells. „Legal realism“ und „sociological jurisprudence“ suchten das Recht in den sozialen Tatsachen des Rechtsstabs: Recht sei alles das und nur das, was die Gerichte tun.<sup>19</sup>

## 2. Entwicklungen in der Bundesrepublik

In der Bundesrepublik knüpfte die Rechtssoziologie zunächst an Forschung zur Soziologie des Juristenstandes an. Wolfgang Kaupen machte hierfür 1969 nicht den ersten, aber einen breit diskutierten Aufschlag.<sup>20</sup> Auch andere erforschten, z.T. in einer marxistischen Theorietradition, mit Hilfe von Justizstatistiken, Interviews und teilnehmender Beobachtung das Verhalten von Richter\*innen, Richterpersönlichkeiten sowie klassen- und schichtspezifische Einflüsse in der richterlichen Tätigkeit.<sup>21</sup> Gegenstand der damaligen Debatte war u.a. die These,<sup>22</sup> vor Gericht urteile eine Hälfte der Gesellschaft über die andere.

16 Siehe z.B. *I. Hensel*, Eugen Ehrlich (1862-1922), in: Kritische Justiz (Hrsg.), Streitbare JuristInnen, Baden-Baden 2016, S. 163. Zur damaligen Kontroverse siehe den Briefwechsel zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen: *E. Ehrlich/H. Kelsen*, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft; veröffentlicht in ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialpolitik) 1915, S. 839; ARSP 1916, S. 844; ARSP 1916, S. 850; ARSP 1916/17, S. 609 und ARSP 1916/17, S. 611; vgl. dazu auch *Baer*, Rechtssoziologie (Fn. 3), § 2, Rn. 38 ff.

17 Vgl. *H. Sinzheimer*, Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft (1909), wiederveröffentlicht in: O. Kahn-Freund/T. Ramm (Hrsg.), Hugo Sinzheimer – Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Bd. 2, Frankfurt a.M./Köln 1976, S. 3.

18 Zu Ernst Hirsch: *Röhl*, Rechtssoziologie (Fn. 5), § 6, S. 68; zu Theodor Geiger: ebda., § 8; vgl. auch *Raiser*, Hermann Ulrich Kantorowicz, in: ders. (Hrsg.) Beiträge (Fn. 12), S. 38 ff.

19 *Röhl*, Rechtssoziologie (Fn. 5), Kap. 1, § 9.

20 *W. Kaupen*, Die Hüter von Recht und Ordnung: die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen: eine soziologische Analyse, Neuwied 1969 (vgl. dazu *R. Lautmann*, Das Recht in den Händen seiner Nutzer – Über Wolfgang Kaupen als Rechtssoziologe, in: D. Stempel/T. Rasehorn (Hrsg.), Empirische Rechtssoziologie. Gedenkschrift für Kaupen, Baden-Baden 2002, S. 41 ff). Zur damaligen Diskussion auch *T. Raiser*, Rechtssoziologie in Deutschland, RW 2010, S. 204.

21 *E. Fraenkel*, Zur Soziologie der Klassenjustiz, 1927, Neudruck Darmstadt 1968; *R. Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse, Neuaufgabe Wiesbaden 2011 (erste Auflage von 1972); *T. Rasehorn*, Recht und Klassen: zur Klassenjustiz in der Bundesrepublik, Darmstadt u.a. 1974, S. 125 ff; S. 197 ff; Überblick bei *M. Rehbinder*, Fortschritte und Entwicklungstendenzen einer Soziologie der Justiz, Neuwied u.a. 1989, S. 7 ff; *Röhl*, Rechtssoziologie (Fn. 5), S. 343 ff und S. 57 ff.

22 *R. Dabrendorf*, Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten. Ein Beitrag zur Soziologie der deutschen Oberschicht, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, Bd. 5 (1960), S. 260.

Die empirischen Untersuchungen führten zwar überwiegend zum Ergebnis, dass das berufliche Umfeld größere Bedeutung für das Verhalten von Richter\*innen und deren Entscheidungen habe als die jeweilige individuelle Sozialisation und soziale Herkunft.<sup>23</sup> Dennoch irritierten die empirischen Studien, stellten sie doch das Selbstverständnis der Rechtsakteur\*innen als unabhängig, autonom und ausschließlich regelgeleitet empfindlich in Frage. Auch die sich anschließende Frage nach den Faktoren, die den Erfolg vor Gericht beeinflussen, wurde als kaum weniger provokant wahrgenommen. Eine auf ökonomischen Daten beruhende Untersuchung von Marc Galanter zeigte z.B., dass Unternehmen und andere institutionelle Akteur\*innen sich Gerichtsverfahren leichter zunutze machen könnten als Einzelpersonen, für die das Gerichtsverfahren meist eine einmalige Erfahrung im Leben bleibe.<sup>24</sup> Der Text (der zu einem der am meisten zitierten Artikel der US-amerikanischen rechtswissenschaftlichen Literatur werden sollte) war in den frühen 1970er Jahren zunächst von allen führenden rechts- und politikwissenschaftlichen Zeitschriften abgelehnt worden, bevor Galanter, der die rechtssoziologische „Law & Society Review“ mitherausgab, ihn 1974 dort unterbrachte.<sup>25</sup>

Weitere Untersuchungen zur Verfahrenssoziologie und zur „Soziologie des Rechtsstreits“<sup>26</sup> dominierten das rechtssoziologische Interessenspektrum bis weit in die 1980er Jahre hinein. Mit der Feststellung, dass es sich beim Gerichtsverfahren um einen „Schauplatz verzerrter Kommunikation“<sup>27</sup> handele, betrachtete man in der Rechtssoziologie Justiz und Gerichtsverfahren zunehmend als Handlungssysteme, deren Funktionsweise und Wirkungen sich mehr aus ihrer spezifischen gesellschaftlichen Funktion und Eigendynamik als mit individuellen Merkmalen oder Verhaltensweisen der Verfahrensbeteiligten erklären ließen.<sup>28</sup>

Für die Bedeutung des Rechts jenseits von Gerichtsverfahren hatte schon Galanters Analyse die weitergehende Frage nahegelegt: Welche Faktoren beeinflussen, ob in einem Konflikt Recht thematisiert und mobilisiert wird? Welche Konflikte kom-

23 Zu Erklärungen der Verhaltenswissenschaft, der Systemtheorie, der Spieltheorie sowie der Rollentheorie ausführlich H. Rottleuthner, Zur Soziologie richterlichen Handelns, KJ 1970, S. 286 (Teil 1); KJ 1971, S. 61 (Teil 2).

24 M. C. Galanter, Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change, Law and Society Review 1974, S. 95.

25 M. C. Galanter, aus einem Gespräch zitiert von H. M. Kritzer/S. Silbey (Hrsg.), In Litigation. Do the „Haves“ still come out ahead?, Stanford University Press 2003, S. 3.

26 So der Titel des Skripts von V. Gessner für Alpmann u. Schmidt, 1973. Siehe auch Titel und Gegenstände des Lehrbuchs von E. Blankenburg, Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie, Berlin u.a. 1995. Vgl. auch R. Bender/R. Schumacher, Erfolgsbarrieren vor Gericht, Tübingen 1980 und die Kritik an deren Ansatz durch U. Reifner, Erfolgs- und Zugangsbarrieren in der Justiz. Eine kritische Bestandsaufnahme der empirischen Forschung, DuR 1981, S. 149 f.

27 Rottleuthner, Richterliches Handeln (Fn. 23), S. 283; S. 75 ff.

28 Röhl, Rechtssoziologie (Fn. 5), S. 359 ff.

men überhaupt in den Blick der Justiz?<sup>29</sup> Wovon hängt die Effektivität des Rechts ab, welche Bedeutung spielt das „Rechtsbewusstsein“?<sup>30</sup> Diese Untersuchungen von „Zugangsbarrieren“ fanden in derselben Zeit im Kontext internationaler Forschungsnetzwerke („Access to Justice“) statt.<sup>31</sup>

Die Zeit der gesellschaftlichen Reformbewegungen ab Anfang der 1970er Jahre war für die Rechtssoziologie von besonderer Bedeutung, spielten doch nun „die Sozialwissenschaften“ eine wichtige Rolle – wobei mit dem Begriff „Sozialwissenschaften“, weit mehr gemeint war als ein disziplinär auf die Soziologie begrenzter Anspruch. Von einer interdisziplinären Öffnung des Rechts und des Rechtssystems erhoffte man sich schon damals,<sup>32</sup> dass sie zum gesellschaftlichen Wandel beitragen könne. Ausgehend von den Themen der Juristen- und Verfahrenssoziologie richteten sich Kritik und Reformbemühungen vor allem auf juristische Ausbildung und Arbeitsweise. Nachdem 1971 in § 5b DRiG eine Experimentierklausel verabschiedet worden war, die bis 1984 galt, suchten unterschiedliche Modelle einer einstufigen Juristenausbildung Sozialwissenschaften und Recht neu zu verklammern, verbunden mit Ansprüchen einer neuen Theorie-Praxis-Integration.<sup>33</sup>

Die Vorstellungen zum Verhältnis von Sozialwissenschaften und Recht waren dabei durchaus nicht einheitlich. Alfred Rinke hat zuletzt zwischen den „Südmodellen“, in denen den Sozialwissenschaften eher eine hilfswissenschaftliche Ergänzungsfunktion zur Rechtswissenschaft zugekommen sei, und den „Nordmodellen“ mit ihrem „Integrationspostulat als Attacke gegen die Verselbständigung einer auf bloße Rechtsdogmatik geschrumpften Jurisprudenz“ unterschieden.<sup>34</sup> Auch noch die Selbstbeschreibungen des wohl kontroversesten Ansatzes am Bremer Fachbereich Rechtswissenschaften zeigen ein breites Spektrum von Differenzansätzen (mit

29 Siehe das Bild des „Berliner Trichters“ von *H. Rottleuthner*, Einführung in die Rechtssoziologie, Darmstadt 1987, S. 84 ff.

30 Ausführlicher zu den theoretischen Ansätzen in der Folge von Max Weber unten B.II.1.

31 M. Cappelletti/B. Garth (Hrsg.), Access to Justice I-IV, Alphen aan den Rijn/Milan 1978 f.

32 *S. Rixen*, Juristische Bildung, nicht leicht gemacht: Die „Perspektiven der Rechtswissenschaft“ des Wissenschaftsrats, JZ 2013, 708 macht darauf aufmerksam, dass sowohl die Thesen des Wissenschaftsrats als auch aktuelle Reformvorstellungen an das Memorandum des Loccumer Arbeitskreises für Juristenausbildung erinnern.

33 Zur Reflektion dieser Experimente siehe *J. van de Loo*, Interview mit *W. Hoffmann-Riem* und *A. Rinke*, Die Ausbildung von Juristinnen und Juristen im Widerstreit. Die einstufige Juristenausbildung in Bremen und Hamburg – Rückblick, Reflexion und Ausblick, in: Kritische Justiz (Hrsg.), Streitbare JuristInnen, Baden-Baden 2016, S. 589.

34 *Rinke* im Interview mit van de Loo (Fn. 33), S. 597; *Bora*, Responsive Rechtssoziologie (Fn. 1) („Versozialwissenschaftlichung des Rechts“) hat eher diese zweite Linie im Blick. Zur Debatte um das Konstanzer Modell: *R. Lange*, Konstanz und die Rechtswissenschaft, JZ 1965, S. 737; *L. Raiser*, Die Rechtswissenschaft im Gründungsplan für Konstanz, JZ 1966, S. 86; *R. Lange*, Noch einmal: Konstanz und die Rechtswissenschaft, JZ 1966, S. 344.

dem Anspruch der kritischen Selbstreflexion des Rechts) und Einheitsansätzen (mit dem Anspruch der Gesellschaftssteuerung durch Jurist\*innen).<sup>35</sup>

Aus der Rechtssoziologie entstand damals auch eine Kritik der herrschenden rechtswissenschaftlichen Hermeneutik.<sup>36</sup> So erwartete z.B. Josef Esser (einer der Gründer der Vereinigung für Rechtssoziologie)<sup>37</sup> von den Gerichten nicht nur, „Vorverständnisse“ in der rationalen Strukturierung von Entscheidungen aufzudecken; sie sollten sich auch als „Vermittler zwischen gesellschaftlichem Bewusstsein und dogmatischer Ordnungstradition“ verstehen.<sup>38</sup> Andere traten für eine stärkere Folgenorientierung in juristischen Entscheidungen ein.<sup>39</sup> Grundsätzlich nahm so auch das Interesse an empirischen Daten zum Recht und seinen Wirkungen zu, zumindest soweit es um eine Rechtstatsachenforschung für konkrete dogmatische Verwendungszusammenhänge ging.<sup>40</sup>

Im Kontext der Hamburger einstufigen Juristenausbildung wurden übrigens auch die Grundsteine dafür gelegt, die US-amerikanischen Konzepte einer ökonomischen Analyse des Rechts nach Deutschland zu übersetzen und für die Rechtsdogmatik weiterzuentwickeln.<sup>41</sup> Diese Ansätze sind mit weniger Interesse an konkreter Empirie verbunden; der Zugang zu ihnen fällt Rechtswissenschaftler\*innen deutlich leichter als der Zugang zur Rechtssoziologie im Allgemeinen.<sup>42</sup>

### 3. Theoretische und disziplinäre Ausdifferenzierungen

1969 erschien „Legitimation durch Verfahren,“ von Niklas Luhmann, der in der Folge seine Systemtheorie auch mit Blick auf das Recht und das Rechtssystem aus-

35 A. Rinken, Das Juristenausbildungsgesetz – Grundriß und Rahmen einer Reform als Planungs- und Lernprozeß, in: A. Rinken/V. Kröning/R. Lautmann/W. Grikschat/R. Dubischar/P. Thoss/R.-R. Grauhan/R. Hoffmann/W. Däubler/K. Huchting/W. Schröder/R. Wiethölter, Der neue Jurist. Materialien zur reformierten Juristenausbildung in Bremen, Neuwied 1973, S. 11 (21); R. Dubischar, Juristisches Denken als Objekt juristischer Selbstreflexion und sozialwissenschaftlicher Forschung, ebd., S. 89, S. 96; zu den unterschiedlichen Leitbildern für Ausbildungsreformen siehe auch H. Rottleuthner, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, Frankfurt/Main 1973.

36 Wrase, Zwischen Krise und Neuaufbruch (Fn. 10), S. 291 sieht dies auch als eine Folge der Diskussionen darüber, ob die positivistische Methodenlehre den Nationalsozialismus begünstigt habe.

37 Bzw. deren „Covergirl“ (Raiser, Rechtssoziologie in Deutschland (Fn. 20), S. 207).

38 J. Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt/Main 1970, S. 137 ff; S. 159 ff.

39 Zusammenfassend z.B. H. Böhlk/L. Unterseher, Die Folgen der Folgenorientierung. Ein verwunderter Blick auf die juristische Methodendiskussion, JuS 1980, S. 323; zur Bedeutung rechtssoziologischer Erkenntnisse für die juristische Entscheidungsfindung auch Rottleuthner, Rechtswissenschaft (Fn. 35), S. 188 ff.

40 K. F. Röhl, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, Tübingen 1974; der Begriff der Rechtstatsachenforschung wurde von Arthur Nussbaum entwickelt (A. Nussbaum, Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht, 1914).

41 H.-B. Schäfer/C. Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 1. Aufl. Heidelberg 1986, mittlerweile in der 5. Aufl. 2013 erschienen; vgl. F. Müller, Ökonomische Theorie des Rechts, in: S. Buckel/R. Christensen/A. Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2. Aufl. 2009, S. 351.

42 Raiser, Rechtssoziologie in Deutschland (Fn. 20), S. 209 vermutet, dass ihr Vordringen deshalb das Zurückdrängen der Rechtssoziologie befördert habe.

arbeitete und damit wieder eine einflussreiche soziologische Theorie des Rechts entwickelte. Das Werk forderte die Rechtswissenschaft einschließlich der Rechtssoziologie heraus und rief heftigen Widerspruch hervor. Den Status Quo des Handelns im Rechtssystem vermochte Luhmann aber jedenfalls sprachlich so anschaulich und erfahrungsgesättigt zu beschreiben, dass seine Texte die Rechtswissenschaft bis heute zur Selbstreflektion anregen. Rezipiert wird die Systemtheorie in den Rechtswissenschaften jedoch oft nicht in der Luhmann'schen, sondern in der Teubner'schen Version der „soziologischen Jurisprudenz“, die die Beobachtungsposition verlässt. Gunther Teubner hat damit eine systemtheoretische Variante eines Einheitsmodells entwickelt.<sup>43</sup>

Spätestens in den 1990er Jahren erreichten im Zuge von konstruktivistischen und dekonstruktivistischen Ansätzen „linguistic“, „cultural“, und andere „turns“ auch die deutsche Rechtssoziologie – vor allem mit der Rezeption der US-amerikanischen Critical Legal Studies, die diese Entwicklungen in den Geistes- und Sozialwissenschaften schon früher aufgenommen hatten. Sie hinterfragen die Trennung von Sollen und Sein grundsätzlicher, indem sie thematisieren, wie gesellschaftliche Wahrheits- und Wirklichkeitsvorstellungen sowie rechtliche Normen und rechtliches Handeln sich jeweils gegenseitig konstituieren.

Diese Ansätze analysieren nicht mehr nur politische und soziale Vorverständnisse im Rechtsstab oder Barrieren in rechtlichen Verfahren; sie interessieren sich auch dafür, wie juristisches Entscheiden, Begründen und Argumentieren selbst sozial konstruiert ist.<sup>44</sup> Es sei ein „[offenes] Geheimnis des juristischen Diskurses“, dass die notwendige Unbestimmtheit des Rechts es ermögliche, politische (und andere) Agenden in den Formen der Rechtsdogmatik zu verbergen.<sup>45</sup> Und Recht sei an seinem Entstehungsgrund letztlich durch Gewalt begründet.<sup>46</sup>

Die Critical Legal Studies „radikalisierten“ nicht nur die linguistische Wende, sie erweitern auch das Feld der Rechtssoziologie um den postmodernen Blick auf Intersektionalitäten und solche Fragen gesellschaftlicher Macht und Hegemonie, die bisher allenfalls am Rande als Variablen empirischer Studien eine Rolle gespielt hatten.<sup>47</sup> Feministische Rechtswissenschaft bzw. Legal Gender Studies, Critical

43 Ausführlicher zu den theoretischen Ansätzen unten B.II.2.

44 Ausführlicher zu den theoretischen Ansätzen unten B.II.3. und 4.

45 G. Frankenberg, Der Ernst im Recht, KJ 1987, S. 281 (299 ff); G. Frankenberg, Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc., in: Buckel et al. (Hrsg.), Neue Theorien (Fn. 41), S. 93.

46 O. Lindemann, „Ein Wort gegen das Recht“. Walter Benjamins „Zur Kritik der Gewalt“, KJ 2010, S. 113; J. Derrida, Gesetzeskraft. Der mystische Grund der Autorität, Frankfurt/Main 1991; vgl. D. Cornell, Vom Leuchtturm her. Das Erlösungsversprechen und die Möglichkeit der Auslegung des Rechts, in: A. Haverkamp (Hrsg.), Gewalt und Gerechtigkeit. Derrida-Benjamin, Frankfurt/Main 1994, S. 60 und weitere Aufsätze in diesem Band.

47 G. Frankenberg, Der Ernst (Fn. 45), S. 290; S. 299 ff. Zu den Beziehungen zwischen postmoderner Rechtstheorie und Critical Legal Studies siehe auch M. Habel, Postmoderne Ansätze der Rechtser-

Race Theory, postkoloniale Rechtskritik oder Queer Legal Theory geht es nicht nur darum, die „Interessen“ von „Gruppen“ ins Spiel zu bringen; sie hinterfragen die symbolischen Strukturen des Rechts und des Rechtssystems.<sup>48</sup>

Spätestens mit diesen kulturwissenschaftlich geprägten Ansätzen bewegt sich der Begriff der Rechtssoziologie von diesen weg und verengt sich z.T. auf Ansätze, die soziologisch im engeren disziplinären Sinn arbeiten. Die Beschäftigung mit den gesellschaftlichen Wirkungen von Recht und im Recht hat sich damit stärker ausdifferenziert. Rechtssoziologie wird seither oft nur noch als ein (soziologisch bestimmter)<sup>49</sup> Bereich der „Forschung zu Recht und Gesellschaft“ verstanden (Begriffsbildung in Analogie zu dem in den USA gebräuchlichen Begriff „Law and Society“).

## II. Methodische und theoretische Ansätze

Die skizzierten Entwicklungslinien wurden durch unterschiedliche theoretische Ansätze geprägt. Im Folgenden werden diese knapp (und verkürzt) erläutert sowie dargestellt, welche Folgerungen sich jeweils für Fragerichtungen und Methodik der Rechtssoziologie sowie für deren Verhältnis zur Rechtsdogmatik ergeben haben.

### 1. Handlungstheoretische Ansätze und ihre Weiterentwicklung

Für die empirische Analyse der gesellschaftlichen Wirkungen des Rechts und im Recht setzt die soziologische Rechtsforschung in der Tradition Max Webers die Handlungen konkreter Akteur\*innen in Bezug zu gesellschaftlichen Strukturen, Rollen und Systemen. Max Weber sah im Recht eine Form legitimer Herrschaft in der modernen Gesellschaft – unpersönlicher Herrschaft, deren Legitimität auf Rationalität gründe und deren Durchsetzung auf einen bürokratischen Verwaltungstab baue. Dieser verwirkliche die Herrschaft durch abstrakt gesetztes positives Recht, indem er dessen Geltung „äußerlich“, insbesondere über die Möglichkeit des Zwanges, garantiere.<sup>50</sup>

Ausgehend von einem solchen Differenzmodell, das Recht und „Rechtswirklichkeit“ trennt, wurde eine Vielzahl rechtssoziologischer Ansätze entwickelt, die sich hier nicht hinreichend differenziert darstellen lassen. Klaus F. Röhl unterscheidet verhaltenstheoretische Ansätze, schicht- und klassentheoretische, konflikttheoreti-

kenntnis, ARSP 1997, S. 217 (224); T. Bonacker, Die Unvollkommenheit des Rechts – Was kann die soziologische Rechtstheorie von der Dekonstruktion lernen?, ZfRSoz 22 (2001), S. 259 (266).

48 Vgl. z.B. C. Barskanmaz, Rassismus, Postkolonialismus und Recht – Zu einer deutschen Critical Race Theory?, KJ 2008, S. 296; S. Elsun, Feministische Rechtstheorie, in: Buckel et al. (Hrsg.), Neue Theorien (Fn. 41), S. 157.

49 Baer, Rechtssoziologie (Fn. 3), § 3, Rn. 105: „Kombination aus Soziologie und Jura“.

50 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft (Fn. 13), S. 16 f; S. 122 ff; S. 181 ff.

sche, institutionstheoretische und organisationstheoretische Ansätze.<sup>51</sup> Sie beschreiben, erklären und analysieren soziales Handeln auf unterschiedliche Weise.

Der empirische Blick wurde zunächst meist unmittelbar auf das Rechtssystem im engeren Sinn gelenkt – auf den Rechtsstab sowie auf rechtliche Verfahren. Viele justiz-, verfahrens- und professionssoziologische Studien stehen in einer solchen Forschungstradition. Darüber hinaus interessieren die Wirkungen von Recht im gesellschaftlichen Leben jenseits rechtlicher Verfahrensweisen und Professionen sowie jenseits konkreter Konfliktfälle (Recht als „Regulierung“).<sup>52</sup> Von der „Gap-Forschung“, die den Abstand von rechtlich vorgeschriebenem und realem Verhalten zu messen beansprucht,<sup>53</sup> bis zu breiter angelegter Wirkungsforschung wurden Thesen und Modelle zu Geltung, Wirkung, Folgen und Effektivität entwickelt und empirisch getestet.<sup>54</sup> Als wesentliche Faktoren von Rechtsgeltung galten dabei u.a. „Knowledge and Opinion about Law (KOL)“, d.h. beispielsweise Information, Sanktionserwartung, soziale Ablehnung oder Akzeptanz und Zustimmung der Rechtsadressat\*innen zu den im Recht kommunizierten Werten, die jeweils abhängig von Rechtsgefühl, Rechtsbewusstsein und Rechtskenntnis gesehen werden.<sup>55</sup> Hinzuweisen ist auch auf die Bedeutung politikwissenschaftlicher Steuerungstheorien<sup>56</sup> und ihre Fortsetzung in der Governance-Diskussion.<sup>57</sup>

51 Röhl, Rechtssoziologie (Fn. 5), Kap. 6, 8, 9, 11.

52 Überblick bei Baer, Rechtssoziologie (Fn. 3), § 5 und § 6.

53 K. F. Röhl, Rechtssoziologie als Grundlagenwissenschaft für das Öffentliche Recht, in: A. Funke/J. Krüper/J. Lüdemann (Hrsg.), Konjunkturen in der öffentlich-rechtlichen Grundlagenforschung, Tübingen 2015, S. 65 (74); Wrase, Zwischen Krise und Neuaufbruch (Fn. 10), S. 303 (insbesondere für die USA und in Anknüpfung an Munger).

54 E. Blankenburg, Über die Unwirksamkeit von Gesetzen, ARSP 63 (1977), S. 31; H. Rottleuthner, Grenzen rechtlicher Steuerung – und Grenzen von Theorien darüber, ARSP-Beiheft 54 (1992), S. 123; M. Rehbinder/H. Schelsky (Hrsg.), Zur Effektivität des Rechts, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 3, Düsseldorf 1972; zusammenfassend aus neuerer Zeit K.-D. Opp, Wann befolgt man Gesetze? Entwicklung und Probleme einer Theorie, in: G. Wagner (Hrsg.), Kraft Gesetz. Beiträge zur rechtssoziologischen Effektivitätsforschung, Wiesbaden 2010, S. 35; Rottleuthner, Rechtssoziologie (Fn. 29), S. 56; siehe auch den 1991 durch die VW-Stiftung eingerichteten Forschungsschwerpunkt „Recht und Verhalten“ (vgl. H. Hof (Hrsg.), Wirkungsforschung zum Recht I, Baden-Baden 1996; darin z.B. K. F. Röhl, Rechtssoziologische Befunde zum Versagen von Gesetzen, S. 413).

55 Siehe z.B. E.-J. Lampe (Hrsg.), Das sogenannte Rechtsgefühl, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Bd. 10, Düsseldorf 1985; vgl. T. Raiser, Rechtsgefühl, Rechtsbewusstsein, Rechtskenntnis, Rechtsakzeptanz – Einige begriffliche und methodische Bemerkungen zu den Grundlagen der Akzeptanzforschung, in: ders., Beiträge (Fn. 12), S. 55 ff.; D.-M. Lucke, „Unwissenheit schützt vor Strafe nicht“, in: Wagner (Hrsg.), Kraft Gesetz (Fn. 54), S. 65.

56 R. Mayntz, Politische Steuerung: Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie (1996), in: dies., Soziale Dynamik und politische Steuerung, Frankfurt a.M./New York 1997, S. 263 ff. Zu den Chancen der interdisziplinären Verständigung insoweit siehe H. Treiber, Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft – eine Revolution „auf dem Papier“, KJ 2007, S. 328 (Teil 1); KJ 2008, S. 48 (Teil 2).

57 G. F. Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2005; zweifelnd hinsichtlich des Einflusses auf die Rechtswissenschaft äußert sich Röhl, Grundlagenwissenschaft (Fn. 53), S. 74 ff; 83 ff.

Methodisch bieten alle diese Ansätze theoretische Rahmungen, mit deren Hilfe sich sowohl die Wirkungen von Recht im sozialen Handeln und in sozialen Strukturen als auch die Wirkungen sozialer Verhältnisse im Handeln der Akteur\*innen des Rechtsstabs empirisch untersuchen lassen – unter Anwendung von quantitativen und qualitativen Methoden der empirischen Sozialforschung.

Die Rechtssoziologie thematisiert dabei Macht, Herrschaft und Ungleichheit in ihren unterschiedlichen Erscheinungsformen, sowie deren Herstellung und Widerspiegelung durch und in Rollen, Institutionen, Organisationen und Verfahren. Die institutionen- und verfahrenssoziologischen Arbeiten lenkten den Blick unter anderem auf die spezifischen Strukturen, in denen eine „Verrechtlichung„ gesellschaftliche Macht in Rechtsmacht übersetzt, unsichtbar macht bzw. verschleiert und entfremdet.<sup>58</sup>

Die empirischen Hinweise auf das Fortwirken gesellschaftlicher Macht- und Herrschaftsstrukturen in rechtlichen Verfahren, Institutionen und Wirkungen provozierten. Unabhängig davon wurde und wird aber auch in der Rechtssoziologie unterschiedlich bewertet, wie notwendig dies mit dem Recht verbunden ist. Insbesondere Weber hielt die „Formalität“ des Rechts für eine Voraussetzung legitimer Herrschaft durch Recht und wandte sich deshalb energisch gegen jedes Eindringen der gesellschaftlichen Wirklichkeit in das Recht.<sup>59</sup> In der marxistischen Tradition wird dagegen davon ausgegangen, dass die Ökonomie das Recht notwendig beherrsche.<sup>60</sup> Die Kritische Theorie entwickelte daraus eine Kritik der Entfremdung und der Verdinglichung gesellschaftlicher Machtverhältnisse in der Autonomie des Rechts.

Die Erkenntnis, dass gesellschaftliche und wirtschaftliche Macht eine Einlösung des Gerechtigkeitsanspruchs des Rechts verhindern kann, ist aber auch Anlass für Vorschläge gewesen, wie gesellschaftlich „schwache“ Interessen sich im Recht angemessen repräsentieren ließen und wie das Recht zu gesellschaftlichen Veränderungen beitragen könne. Danach ist die Ausdehnung wohlfahrtsstaatlicher Steuerungsansprüche ins Recht hinein nicht dysfunktional, im Gegenteil: Wenn Recht als Herrschaftsinstrument und Form von Herrschaft weniger formal werde und gesellschaftliche Wirklichkeit explizit reflektiere, könne seine Macht auch gegen gesellschaftliche oder wirtschaftliche Machtverhältnisse eingesetzt werden ("Materia-

58 Siehe z.B. G. Ellscheid, Verrechtlichung und Entsolidarisierung, in: V. Gessner/W. Hassemer (Hrsg.), *Gegenkultur und Recht*, Baden-Baden 1985, S. 51; R. Erd, *Verrechtlichung industrieller Konflikte: normative Rahmenbedingungen des dualen Systems der Interessenvertretung*, Frankfurt am Main u.a. 1978.

59 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Fn. 13), S. 470 ff; vgl. E. Kocher, *Funktionen der Rechtsprechung*, Tübingen 2007, S. 28 ff; S. 73 ff.

60 Vgl. A. Maibhofer, *Das Recht bei Marx. Zur dialektischen Struktur von Gerechtigkeit, Menschenrechten und Recht*, Baden-Baden 1992; S. Buckel, *Subjektivierung und Kohäsion*, Weilerstwiw 2007, S. 75 ff; Baer, *Rechtssoziologie* (Fn. 3), § 4, Rn. 147 ff.

lisierung").<sup>61</sup> Ein Beispiel dafür, was damit gemeint ist, ist der Begriff der „strukturellen Störung der Vertragsparität“, mit dem das BVerfG Konstellationen bezeichnet, in denen eine Inhaltskontrolle von Verträgen jenseits der Kategorien des BGB angezeigt ist und der mehr als nur indirekt auf sozialwissenschaftliche Begrifflichkeiten verweist.<sup>62</sup>

Jürgen Habermas hat der Schritt von der Formalität in die Materialisierung als Paradigmenwechsel bezeichnet.<sup>63</sup> In seiner Diskurstheorie des Rechts hat er sich darüber hinaus auch normativ mit der Frage beschäftigt, wie prozedurale Legitimität im Recht und für das Recht trotz dessen Autonomie und Entfremdungspotenzial entstehen kann, indem kommunikative Macht der Öffentlichkeit „reflexiv„ im Recht aufgenommen wird.

## 2. Systemtheoretische Ansätze

Luhmanns Systemtheorie brach mit dem Optimismus, dass das Recht Interessen repräsentieren und Gesellschaft steuern könne.<sup>64</sup> Sie geht von der Beobachtung aus, dass die moderne Gesellschaft in unterschiedlichen Systemen primär funktional ausdifferenziert sei. Das Rechtssystem erfülle dabei die Funktion einer kontrafaktischen Stabilisierung von Verhaltenserwartungen: „Normen produzieren größere Sicherheit im Erwarten, als es vom Verhalten her gerechtfertigt ist“. <sup>65</sup> Systeme seien gegeneinander operativ geschlossen und könnten sich aus sich selbst heraus erhalten. Die Systeme von Wirtschaft, Recht und Politik könnten sich gegenseitig nur durch Irritation oder Lärm stören,<sup>66</sup> nicht aber wechselseitig aufeinander einwirken.

Während Luhmann bei der Entwicklung seiner Theorie zunächst Verfahren und Akteur\*innen im Blick hatte, lenkte er diesen später auf die Operationen des Systems,<sup>67</sup> d.h. auf die Kommunikationen, mit denen das Rechtssystem sich von seiner Umwelt unterscheidet. Operationen im Rechtssystem unterschieden sich von

61 Für eine Beschreibung der Entwicklung der Theorie siehe *Kocher*, Funktionen der Rechtsprechung (Fn. 59), S. 73 ff; siehe auch oben Fn. 38 zur Reflektion in der Methodenlehre.

62 BVerfGE 89, 214 (Bürgerschaft); vgl. auch schon BVerfGE 81, 242 (Handelsvertreter; „soziales und wirtschaftliches Ungleichgewicht“).

63 *J. Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 5. Aufl. Frankfurt/Main 1997, S. 495 ff; S. 506 ff; vgl. *P. Guibentif*, Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu – Une génération repense le droit, *Droit et Société* 53 (2010), S. 221 ff; *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (Fn. 60), Weilerstwiw 2007, S. 51 ff.

64 *S. Lange*, Die politische Utopie der Gesellschaftsteuerung, in: K.-U. Hellmann/R. Schmalz-Bruns (Hrsg.), *Theorie der Politik. Luhmanns politische Soziologie*, Frankfurt/Main 2002, S. 171.

65 *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt/Main 1993, S. 152; siehe auch S. 135 („Die Norm verspricht nicht ein normgemäßes Verhalten, sie schützt aber den, der dies erwartet“). Zu den Entwicklungen dieser Theorie siehe im Einzelnen z.B. *Guibentif*, *Une génération* (Fn. 63), S. 81 ff.

66 *Raiser*, *Beziehungen* (Fn. 12), S. 151 ff.

67 *K. A. Ziegert*, Rechtstheorie, Reflexionstheorien des Rechtssystems und die Eigenwertproduktion des Rechts, in: H. de Berg/J. F. K. Schmidt (Hrsg.), *Rezeption und Reflexion. Zur Resonanz der Systemtheorie Niklas Luhmanns außerhalb der Soziologie*, Frankfurt am Main 2000, S. 93 (104; 109).

anderen durch ihren Bezug auf den binären Code von Recht und Unrecht. Dieser Code sei Ausdruck der Autopoiesis des Systems, d.h. von dessen Selbstreferentialität und operativen Geschlossenheit. Konsequenz dieser operativen Geschlossenheit sei die Autonomie des Rechtssystems.<sup>68</sup>

Eine Provokation für die Rechtswissenschaften stellt diese Theorie vor allem deshalb dar, weil in ihr die Steuerung der Gesellschaft durch das Recht genauso wenig Platz findet wie die Steuerung des Rechts durch Gesellschaft, Politik und Demokratie. Gerechtigkeit, Vernunft, Moral, Fortschritt – solche normativen Prinzipien sind in Luhmanns Beobachtung allenfalls Variablen, mit deren Hilfe sich das Rechtssystem selbst beschreibt. Rechtsdogmatik sei „als Steigerung der Freiheit im Umgang mit Texten und Erfahrungen“, und insofern als kontingent zu verstehen.<sup>69</sup> Die rechtswissenschaftliche Kritik an Luhmanns Ansatz lautet dementsprechend: Der Begriff der Legitimität werde „ins rein Faktische abgedrängt“; dahinter stecke eine „heimliche Passion für den Status Quo“.<sup>70</sup>

Methodisch bietet die Systemtheorie wenig Anregungen für eine empirisch arbeitende Rechtssoziologie.<sup>71</sup> Diese bestehen im Wesentlichen darin, dass die Systemtheorie den Blick auf Kommunikationen und damit weg von Institutionen und Subjekten lenkt.

Teubner hat die systemtheoretischen Anregungen Luhmanns aber für die normativ denkende Rechtswissenschaft nutzbar gemacht.<sup>72</sup> So hat er in einer Analyse des Bürgschaftsfalls des Bundesverfassungsgerichts den Begriff des „strukturellen Ungleichgewichts“ kritisiert; das Recht sei in diesem Fall nicht durch das Fehlen einer Materialisierung gesellschaftlicher Macht- und Herrschaftsverhältnissen herausgefordert, sondern durch die Kollision der Handlungslogiken des Bankverkehrs mit den Logiken des intimen familiären Lebens und den Logiken des vertragsrechtlichen Gleichgewichts.<sup>73</sup> Er sucht allerdings auch die Idee einer Steuerung der Ge-

68 G.-P. Calliess, Systemtheorie: Luhmann / Teubner, in: Buckel et al. (Hrsg.), Neue Theorien (Fn. 41), S. 53; *Luhmann*, Recht der Gesellschaft (Fn. 65), S. 66 f; genauer S. 167 ff; zu den verschiedenen Codes von Recht und Politik insbesondere S. 420 ff; vgl. auch S. 30 und genauer S. 45 ff zum Begriff der Autopoiesis; S. 38 ff; S. 62 f. Konkret zu den spezifischen Formen, die das moderne Recht zu diesem Zweck entwickelt habe, siehe N. *Luhmann*, Selbstreflexion des Rechtssystems. Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: ders. Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt/Main 1981, S. 419 (441); vgl. auch zur Bedeutung der Positivierung des Rechts hierbei: *Guibentif*, Une génération (Fn. 63), S. 123 ff.

69 *Luhmann*, Selbstreflexion (Fn. 68), S. 445.

70 *Rottleuthner*, Richterliches Handeln (Fn. 23); für andere frühe Auseinandersetzungen mit „Legitimation durch Verfahren“ siehe z.B. E. *Blankenburg*, Mobilisierung (Fn. 26), Kapitel 10; *Esser*, Vorverständnis (Fn. 38), S. 202 ff; *Frankenberg*, Der Ernst (Fn. 45), S. 296.

71 Vgl. *Ziegert*, Reflexionstheorien (Fn. 67), S. 125; G. *Teubner*, Coincidentia oppositorum: Das Recht der Netzwerke jenseits von Vertrag und Organisation, in: M. Amstutz (Hrsg.), Die vernetzte Wirtschaft: Netzwerke als Rechtsproblem, Zürich 2004, S. 11.

72 Kritisch *Ziegert*, Reflexionstheorien (Fn. 67), S. 123 f.

73 G. *Teubner*, Ein Fall von struktureller Korruption? Die Familienbürgschaft in der Kollision unverträglicher Handlungslogiken (BVerfGE 89, 214ff.), KritV 83 (2000), S. 383.

sellschaft durch Recht im Konzept des „reflexiven Rechts“ zu retten und knüpft hierfür an den „Verkoppelungen“ der Funktionssysteme Wirtschaft und Politik mit dem Rechtssystem an, die bereits Luhmann beschrieben hat.<sup>74</sup> Die jeweiligen Systemlogiken könnten geschont werden, wenn das Recht die Logiken anderer Funktionssysteme reflexiv aufnehme und verarbeite, also insbesondere auf Selbstregulierung Bezug nehme. Formen „intersubjektivistischen“, „prozeduralen“ oder „reflexiven“ Rechts könnten dem Recht als Regulierungsmittel der Politik zu neuer Wirksamkeit verhelfen.<sup>75</sup>

Mit dem Begriff der „soziologischen Jurisprudenz“ und seinen Gedanken zum globalen Rechtspluralismus knüpft Teubner nicht zufällig explizit an Eugen Ehrlich an.<sup>76</sup> Rechtspraxis und Rechtsdogmatik müssten sozialkognitive Kompetenzen zur Bewertung sozialer Tatsachen entwickeln, um gesellschaftliche und wirtschaftliche Erscheinungen angemessen in Recht übersetzen zu können. Wie diese Übersetzungsprozesse aussehen könnten, hat er für die sozialwissenschaftliche Netzwerktheorie exemplarisch vorgeführt.<sup>77</sup>

Einen weiteren Versuch, systemtheoretische Ansätze für die Rechtsentwicklung fruchtbar zu machen, hat die „Kritische Systemtheorie“ unternommen. Sie nutzt die Systemtheorie Luhmanns jedoch lediglich als Instrument für die „präzise Deskription gesellschaftlicher Herrschaftsverhältnisse“; es handele sich um die „elaborierteste Selbstbeschreibung der bürgerlichen Gesellschaft“, die zeige, wie soziale Verhältnisse auch im Recht verselbstständigt und verdinglicht würden. Darüber hinaus sucht die Kritische Systemtheorie nach Wegen, diese Formen zu überwinden. Für diese „emanzipative Arbeit“ lässt sie sich durch andere Ansätze der sozialwissenschaftlichen Gesellschaftsanalyse inspirieren, die sich normativen Zugängen nicht in gleicher Weise verweigern wie die Systemtheorie Luhmanns; die Kritiker\*innen beziehen sich insofern auf Marx, die Kritische Theorie, Foucault und Bourdieu.<sup>78</sup>

74 *Luhmann*, *Recht der Gesellschaft* (Fn. 65), S. 407 ff.

75 *G. Teubner*, *Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive*, ARSP 68 (1982), S. 13; *G. Teubner/H. Willke*, *Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*, *ZfRSoz* 5 (1984), S. 4; zur Diskussion *N. Reich*, *Reflexives Recht? Bemerkungen zu einer neuen Theorie von Gunther Teubner*, in: *Festschrift für Rudolf Wassermann, Neuwied/Darmstadt 1985*, S. 151 ff.; *G.-P. Calliess*, *Prozedurales Recht*, *Baden-Baden 1999*, S. 267 ff.; siehe auch die Darstellung von *K. Tonner*, *KJ* 1985, S. 107; für einen Überblick über die verschiedenen Begründungszusammenhänge von „prozeduralem Recht“ von Diskurstheorie bis zu Systemtheorie und Institutionentheorie siehe *G.-P. Calliess*, *ZfRSoz* 21 (2000), S. 293.

76 *G. Teubner*, *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), S. 255.

77 *Teubner*, *Coincidentia oppositorum* (Fn. 71).

78 *M. Amstutz/A. Fischer-Lescano*, *Einleitung*, in: dies. (Hrsg.), *Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie*, *Bielefeld 2013*, S. 8 ff.; *M. Amstutz*, *Der zweite Text: Für eine kritische Systemtheorie des Rechts*, *ebda.*, S. 365. Kritisch: *Bora*, *Responsive Rechtssoziologie* (Fn. 1), S. 265 f.

### 3. Foucault und Bourdieu: Poststrukturalismus und Kulturosoziologie

Mit Foucault und Bourdieu sind zwei Autoren benannt, die die Entwicklung der Sozial- und Geisteswissenschaften seit den 1970er Jahren stark geprägt und so mehr oder weniger direkt Einfluss auf die Entwicklung der Rechtssoziologie hin zur Forschung von „Recht und Gesellschaft,“ genommen haben.

Michel Foucaults poststrukturalistische Betrachtung geht davon aus, dass gesellschaftliche Realität unter anderem durch Sprache, Texte und Symbole konstruiert und hergestellt wird. Selbst wenn Foucault keine Rechtssoziologie entwickelt hat: Eins seiner frühen Werke hatte Gefängnisse zum Gegenstand, und auch zu anderen Gelegenheiten interessierte er sich immer wieder für rechtliche Institutionen und Regeln.<sup>79</sup> Dabei ging es ihm vor allem um die Analyse von Macht. Anders als bei Weber, der Macht als ein konkretes Vermögen von Personen und Institutionen gegenüber anderen definiert,<sup>80</sup> ist Macht für Foucault allgegenwärtig und notwendig. Macht sei das Ergebnis der Ordnungen des Wissens, die Subjektivitäten, Rationalitäten und Gesellschaft herstellen.<sup>81</sup>

Foucault hat wichtige methodische Anregungen für die rechtssoziologische Forschung gegeben. Denn er interessiert sich für gesellschaftliche „Diskurse,“ als Bestandteile von umfassenderen „Dispositiven,“ der Macht (die sich aus Diskursen, Institutionen, architekturellen Einrichtungen, Entscheidungen, Gesetzen, Gesagtem wie Ungesagtem bildeten).<sup>82</sup> Der „Diskurs“ wird hier fundamental anders betrachtet als bei Habermas (Diskurse als Wege der normativen Verständigung erster nimmt): Der Poststrukturalismus interessiert sich beobachtend für die Art und Weise, wie Diskurse gesellschaftliche Realität und Macht konstruieren und schaffen. Angeregt hierdurch wird Recht seither auch in der empirischen Rechtsforschung zunehmend als Diskurs analysiert, der in Verbindung mit anderen sozialen Realitäten und Machtdispositiven stehe – bzw. als Teil eines Dispositivs im Sinne eines Zusammenhangs sozialer Praktiken und Diskurse, die bestimmte Ordnungen des Wissens entstehen lassen.<sup>83</sup>

Ein wissenssoziologischer Blick auf das Recht und Praktiken des Rechts findet sich auch in den Arbeiten von Pierre Bourdieu, der in der deutschen Rechtssoziologie

79 M. Foucault, Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses, Frankfurt/Main 1977; genauer zum Ganzen *Guibentif*, *Une génération* (Fn. 63), S. 71 ff.

80 Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft* (Fn. 13), S. 28 f.

81 R. Sinder, *Wider die Kritik der Macht. Vom Nutzen Michel Foucaults für die Rechtswissenschaft*, KJ 2016, S. 338.

82 Sinder, *Vom Nutzen* (Fn. 81), S. 119 f.

83 Vgl. *Guibentif*, *Une génération* (Fn. 63), S. 75 ff; Baer, *Rechtssoziologie* (Fn. 3), § 4, Rn. 155 ff. Für ein Beispiel siehe M. Auer, *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, 2015, die „das Privatrecht“ und seinen Diskurs als Antwort auf eine bestimmte gesellschaftliche Problemlage der Moderne liest.

zunehmend rezipiert wird.<sup>84</sup> Bourdieus wissenschaftlicher Hintergrund in der Ethnologie hat eine wichtige Rolle dabei gespielt, die Vorstellung vom „Habitus“ als „individualisierte Inkorporation des Sozialen“ zu entwickeln, der in Körper, Gesten und Haltungen als dauerhafte Disposition auf eine Art und Weise eingeschrieben sei, dass diese nicht als soziale Konstrukte, sondern als „zweite Natur“ erscheinen.<sup>85</sup> Die soziale Bedeutung des Habitus sei durch die Dynamik und die Regeln des sozialen Feldes bestimmt, auf dem soziales Handeln stattfindet. Bourdieu geht davon aus, dass soziale Felder relative Autonomie gewinnen, indem sie eigene Regeln ausbilden.<sup>86</sup> Konkret hat Bourdieu sich auch mit dem juristischen Feld beschäftigt, auf dem der Habitus von Akteur\*innen des Rechtsstabs wirksam werde. Bourdieu geht – insofern der Systemtheorie Luhmanns vergleichbar – davon aus, dass die Überzeugung von der Rationalität und Bestimmbarkeit des Rechts eine feldspezifische Illusion darstelle, in der sich die Regeln reflektierten, nach denen auf dem juristischen Feld gespielt werde.<sup>87</sup>

Bourdies Ansätze erweitern die Erkenntnismöglichkeiten der empirischen Rechtsforschung noch einmal. Denn wenn Bourdieu das Recht und seine „Anwendung“ als soziale Praxis beschreibt, bezieht er sich auf soziales Handeln in einem umfassenden Sinn.<sup>88</sup>

Die poststrukturalistischen Ansätze sehen Subjekte, Gerechtigkeit, Rationalität lediglich als Gegenstände und kontingente Ergebnisse von Diskursen.<sup>89</sup> Sowohl mit Hilfe von Foucault als auch mit Bourdieu lässt sich zwar aufzeigen, wie das Recht gesellschaftliche Verhältnisse bekleidet und verkleidet.<sup>90</sup> Angebote an die Rechtsdogmatik werden hier in der Regel nicht gemacht.

84 *Guibentif*, Une génération (Fn. 63), S. 272 f weist darauf hin, dass die französische Zeitschrift „Droit et Société“ bereits zwei Ausgaben Pierre Bourdieus gewidmet hat (2 (1996) und 56/57 (2004); vgl. vgl. P. Noreau/A.-J. Arnaud, The Sociology of Law in France: Trends and Paradigms, *Journal of Law and Society* 25 (1998), S. 257 (267 ff) zur Bedeutung Bourdieus in der französischen Rechtssoziologie. Für Deutschland siehe insbesondere M. Wrase, Recht und soziale Praxis – Überlegungen für eine soziologische Rechtstheorie, in: M. Cottier/J. Estermann/M. Wrase (Hrsg.), *Wie wirkt Recht?*, 2010, S. 113; P. Conradin-Triaca, Pierre Bourdieus Rechtssoziologie. Interpretation und Würdigung, Berlin 2014 und die Rezension D. Witte, *KJ* 2016, S. 275.

85 S. Nour, Bourdieus juridisches Feld, in: Buckel et al. (Hrsg.), *Neue Theorien* (Fn. 41), S. 179; vgl. *Guibentif*, Une génération (Fn. 63), S. 274 ff zu Bourdieus Vorstellungen vom Verhältnis des Habitus zu objektivierten sozialen Praktiken; Wrase, *Überlegungen* (Fn. 84), S. 115; S. 120 ff.

86 S. Nour, Bourdieus juridisches Feld (Fn. 85), S. 179; Wrase, *Überlegungen* (Fn. 84), S. 125.

87 Wrase, *Überlegungen* (Fn. 84), S. 125 ff.

88 Wrase, *Überlegungen* (Fn. 84), S. 115 ff; genauer zur Weiterentwicklung unten B.II.4.

89 D. Schweitzer, Diskursanalyse, Wahrheit und Recht: Methodologische Probleme einer Diskursanalyse des Rechts, *ZfRSoz* 35 (2015), S. 201 (209); so auch die Kritik von Fabricius: D. Fabricius/T. Singelstein, Diskurs und Erkenntnis: Ein (nicht ganz) fiktiver Dialog zwischen T. Singelstein (ts) und D. Fabricius (df), *KritV* 2011, S. 299 (309 f).

90 Sinder, Vom Nutzen (Fn. 81), S. 349; vgl. beispielsweise R. F. Moran, What Counts As Knowledge? A Reflection on Race, Social Science, and the Law, *Law&Society Review* 2010, S. 515.

#### 4. Kulturwissenschaftliche Rechtsforschung

Foucault und Bourdieu haben den Aufstieg der Kultursoziologie und der Kulturwissenschaften begleitet; diese beobachten, wie in symbolischen Ordnungen sozialer Sinn und damit Deutungen der sozialen Wirklichkeit hergestellt werden.<sup>91</sup>

Als Träger symbolischer Wissensstrukturen, die soziales Handeln und soziale Ordnungen verstehen lassen, gewinnen dabei Sprache und andere Zeichen- und Symbolsysteme große Bedeutung für die Analyse sozialen Handelns. Narrativen, also Motiven und Formen des Erzählens, wird eine zunehmend wichtige Rolle bei der Herstellung sozialen Sinns und sozialer Orientierung zugeschrieben. Diese Anregungen von Poststrukturalismus und Kultursoziologie sind seither in der empirischen Rechtsforschung vielfach aufgegriffen worden. Mit dem „cultural turn“ wird die wissenssoziologische Rekonstruktion zur beherrschenden Methode auch der kulturwissenschaftlichen Rechtsforschung;<sup>92</sup> Wissensbestände und Realitätskonstrukte werden sowohl in der Symbolik des Rechts, in Symbolen im Recht als auch in Narrativen des Rechts gesucht.

Die Kulturwissenschaften haben damit die Methoden und Gegenstände erweitert, mit denen „Recht und Gesellschaft“ erforscht wird. Recht spielt hier nicht nur als symbolisches Universum eine Rolle in der Konstitution sozialen Sinns, sondern auch als kulturelle Praktik. Beides wird zunehmend untrennbar voneinander analysiert. Denn Bilder, Raum und Körper lassen sich als „Sprache“ lesen; auch in Handlungen oder Inszenierungen (Performanz) kann Sinn generiert werden. Wenn der Gesetzestext „eine Art Hypertext“ ist, der „sich erst in der Aufführung oder Performanz zum juristischen Sinträger formt“,<sup>93</sup> lohnt es sich, alle Instrumente und Formen von Ritualität und Performativität im gerichtlichen Verfahren zum Gegenstand der Untersuchung zu machen: Architektur,<sup>94</sup> Akten und Aussagen,<sup>95</sup> Mobiliar, körperliche Haltungen, die Dramaturgie von Verfahrensweisen und andere „Medien der Rechtsprechung“.<sup>96</sup> Gegenstand sind insofern nicht nur die Wissenskonstruktionen der Akteur\*innen des Rechtsstabs in Gesetzgebung, Rechtspre-

91 A. Reckwitz, *Toward a Theory of Social Practices*, *European Journal of Social Theory* 5 (2002), S. 243 (246); vgl. J. Krüper, *Kulturwissenschaftliche Analyse des Rechts*, in: ders. (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl. Baden-Baden 2013, § 4, Rn. 2; Rn. 7.

92 Vgl. Röhl, *Rechtssoziologie* (Fn. 5), § 15.

93 R. Christensen/K. Lerch, *Transkriptionen. Das Umschreiben des Rechts im Verfahren*, in: P. Diehl/H. Grunwald/T. Scheffer/C. Wulf (Hrsg.), *Performanz des Rechts: Inszenierung und Diskurs*, *Paragrana* 15 (2006), S. 41.

94 Z.B. R. Stewering, *Die Manie der Asymmetrie: Die Tücken bürgerfreundlicher Gerichtsarchitektur am Beispiel des Landgerichts Münster*, *KJ* 2003, S. 146.

95 Z.B. T. Scheffer, *Materialities of legal proceedings*. *International Journal for the Semiotics of Law* 17 (2004), S. 356.

96 Z.B. C. Vismann, *Medien der Rechtsprechung*, Frankfurt/Main 2011; Krüper, *Kulturwissenschaftliche Analyse* (Fn. 91), § 4, Rn. 15 nennt *Vismanns* Studie als Musterbeispiel für eine kulturwissenschaftliche Analyse des Rechts.

chung und Rechtswissenschaft;<sup>97</sup> rechtsbezogene Diskurse und Praktiken werden auch in kulturellen Codes und kulturspezifischen Praktiken in Wirtschaft und Alltag gesucht. Ein besonderes Interesse lag und liegt dabei bei Literatur, Film und Fernsehen.<sup>98</sup>

Für die empirische Forschung setzen sich in den Kulturwissenschaften zunehmend „praxistheoretische“ Ansätze durch, die auch für die wissenssoziologisch inspirierte empirische Rechtsforschung von Interesse sind. Praxistheorien (die maßgeblich von Bourdieu beeinflusst sind und grundsätzlich davon ausgehen, dass sich Akteur\*innen und Strukturen jeweils wechselseitig konstituieren) beschreiben soziale Realität als durch multiple Ordnungen gekennzeichnet. Akteur\*innen orientieren sich danach in der Regel an einer Vielfalt möglicher konkurrierender Sinnsysteme, die sich über das Handeln von Subjekten erschließen ließen. Denn Wissen sei nicht im Kopf, in Texten oder in der Interaktion zu suchen, sondern in „Praktiken“, d.h. routinisierten Verhaltensweisen, in denen sich körperliche und mentale Aktivitäten, Dinge und ihr Gebrauch, Hintergrundwissen, Know-How sowie Gefühle und Motivationen miteinander verweben.<sup>99</sup> Strukturen werde dadurch Bedeutung zugewiesen, dass Akteur\*innen Praktiken immer wieder neu ausführen.

Die Kulturwissenschaften arbeiten also zwar historisch-hermeneutisch. Dies bedeutet aber nicht, dass sie „empiriefreudlich“ wären.<sup>100</sup> Sie suchen soziale Bedeutung auch in empirisch erforschbaren Praktiken. Diese Ansätze bringen jedoch eine Zunahme rechtsethnologischer Ansätze oder jedenfalls die Nutzung von Methoden der Ethnologie mit sich. Bezogen auf das Recht kann dies z.B. bedeuten, dass die Interpretation und Anwendung von Rechtstexten nicht nur als geistig-hermeneutische Operation, sondern als praktische Arbeit innerhalb eines institutionell geordneten sozialen Settings untersucht wird.<sup>101</sup>

Die kulturwissenschaftliche Rechtsforschung interessiert sich allerdings kaum in normativer Hinsicht für die Rechtsdogmatik. Stattdessen bringt sie neue Herausforderungen für die Rechtswissenschaften mit sich, indem sie den Blick auf die nicht-diskursiven und vorrationalen Elemente richtet, die im Recht ihren Ausdruck

97 Z.B. J. Driver, *Recognizing Race*, 2012, S. 404 ff zur Frage, wie Gerichte „Rasse“ bestimmen; A. J. Gross, *What Blood Won't Tell: A History of Race on Trial in America*, 2000 zur Frage, wie Rasse und Identität in Gerichtsurteilen definiert und konstruiert werden.

98 Z.B. G. Frankenberg, *Inzenierungen von Gerechtigkeit. Vergleichende Anmerkungen zur Rechtstheorie von Film und Fernsehen*, in: ders., *Autorität und Integration*, Frankfurt/Main 2003, S. 364; S. Machura/S. Ulbrich, *Recht im Film: Abbild juristischer Wirklichkeit oder filmische Selbstreferenz?*, ZfRSoz 20 (1999), S. 168; S. Machura, *Fernsehgerichtsshow: Spektakel des Rechts*, in: Diehl/Grunwald/Scheffer/Wulf (Hrsg.), *Paragrana 15* (2006) (Fn. 93), S. 174.

99 Reckwitz, *Theory of Social Practices* (Fn. 91), S. 243; S. 249.

100 So aber Röhl, *Rechtssoziologie* (Fn. 5), § 15.

101 Wrase, *Überlegungen* (Fn. 84), S. 128 ff; Z.B. P. Stegmaier, *Wissen, was Recht ist. Richterliche Rechtspraxis aus wissenssoziologisch-ethnografischer Sicht*, Wiesbaden 2009.

finden.<sup>102</sup> Auch sie irritiert und provoziert, indem sie die Annahme, Recht lasse sich in rationalen argumentativen Debatten um Gerechtigkeit finden oder bestimmen, in Frage stellt.

### C. Die institutionelle Verankerung in Deutschland

Die disziplinäre Trennung zwischen den Rechtswissenschaften und den Sozial- und Geisteswissenschaften prägt die Rechtssoziologie nicht nur bis heute, sondern hat sie auch institutionell von Beginn an begleitet.<sup>103</sup>

Nach dem Zweiten Weltkrieg war im Rahmen des Internationalen Soziologenverbands (International Sociological Association, ISA) 1964 das „Research Committee on Sociology of Law“ (RCSL) gebildet worden.<sup>104</sup> Im selben Jahr gründeten vorwiegend US-amerikanische Jurist\*innen daneben die „Law and Society Association“ (LSA);<sup>105</sup> die erste Ausgabe der Zeitschrift dieser Vereinigung, der „Law & Society Review“, erschien im November 1966.

In Deutschland begann die Institutionalisierung in den 1970er Jahren.<sup>106</sup> Wolfgang Kaupen hatte 1970 an der Universität Köln einen Arbeitskreis für Rechtssoziologie gegründet, aus dem später die Zeitschrift für Rechtssoziologie hervorging. Er war auch einer der Initiatoren für die Einrichtung der Sektion Rechtssoziologie innerhalb der DGS (Deutsche Gesellschaft für Soziologie) im Jahre 1972. Für die Entwicklung in den Rechtswissenschaften waren Entwicklungen in der rechtswissenschaftlichen Juristenausbildung von Anfang an zentral.<sup>107</sup> Zu Beginn der Experimentier- und Reformphase (1971-1984) fand im Juli 1975 an der Universität Gießen eine Arbeitstagung von Jurist\*innen statt, die sich über den rechtssoziologischen Unterricht und die Lehre zu den „gesellschaftlichen Grundlagen des Rechts“

102 Krüper, Kulturwissenschaftliche Analyse (Fn. 91), § 4, Rn. 11; Rn. 22 ff.

103 Wrase, Zwischen Krise und Neuaufbruch (Fn. 10), S. 293 f; vgl. K. A. Ziegert, Aufgaben der Rechtssoziologie als Soziologie für Juristen in der Rechtsforschung und Jurausbildung, ZfRSoz 15 (1994), S. 12, der Soziologie für Jurist\*innen und Rechtssoziologie als zwei verschiedene Dinge ansieht.

104 Es betreibt seit 1989 auch das von Volkmar Gessner und Francisco Javier Caballero Harriet initiierte „International Institute for the Sociology of Law“ in Oñati (im spanischen Baskenland).

105 Siehe auch die Videos zur Geschichte auf <https://www.law.berkeley.edu/centers/center-for-the-study-of-law-society/conversations-in-law-and-society/> (Abruf April 2017).

106 Die folgende Darstellung geht wesentlich auf Michael Wrase zurück, der die Entwicklung der institutionellen Strukturen der Rechtssoziologie in Deutschland hat und ihre Wurzeln in den 1970er Jahren aufgearbeitet hat (Wrase, Zwischen Krise und Neuaufbruch (Fn. 10), S. 291 ff); siehe auch Röhl, Rechtssoziologie (Fn. 5), § 13.

107 Vgl. auch Röhl, Nachlese zur (Hamburger Tagung über die) Fachdidaktik des Rechts, rsozblog.de, 14.5.2010 (Aufruf: April 2017), der die umgekehrte Entwicklung in den USA darauf zurückführt, dass die „Mehrzahl der Elite-Law-Schools“ eine stark interdisziplinär geprägte Ausbildung anbiete.

austauschen wollten.<sup>108</sup> Daraus ging die „Vereinigung für Rechtssoziologie“ hervor.<sup>109</sup>

In den 1980er Jahren erschien eine Reihe von Lehrbüchern, einschließlich Werken mit Prüfungs- und Übungsfragen.<sup>110</sup> Die Vereinigung für Rechtssoziologie entwickelte in dieser Zeit einen „Rahmenplan für das Grundlagenfach Rechtssoziologie“ auf der Basis eines Fragebogens, auf dem Lehrende in der Rechtssoziologie Auskunft zu den Gegenständen und Methoden gegeben hatten, die sie in ihren Lehrveranstaltungen behandelten.<sup>111</sup>

In den 1970er/1980er Jahren existierten auch jenseits der Universitäten institutionelle Zentren für die empirische Rechtsforschung. So arbeitete am Hamburger Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht unter Leitung von Volkmar Gessner ab 1975 eine Sozialwissenschaftliche Forschungsgruppe, die u.a. Ende der 1970er Jahre im Auftrag des Bundesarbeitsministeriums eine empirische Untersuchung zum Kündigungsschutz durchführte, die noch lange später zu Fortsetzungen anregte.<sup>112</sup> Die Gruppe ging 1982 in neu gegründeten Zentrum für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen auf.<sup>113</sup> Die Volkswagen-Stiftung etablierte einen entsprechenden Förderschwerpunkt. Und im BMJ wurde 1973 – im Anschluss an die großen Justizreformen – das Referat Rechtstat-sachenforschung unter Leitung von Dieter Stempel eingerichtet, das sich auf empirische Justizforschung konzentrierte.<sup>114</sup>

108 *Raiser*, Rechtssoziologie in Deutschland (Fn. 20), S. 207; zur Tagung die Berichte von *H. Dreier*, JZ 1975, S. 540; *E. Klaus*, ZRP 1975, S. 197; *J. Limbach*, JA 1975, S. 557; zur Vorgeschichte an den Fakultäten siehe u.a. *R. Eckertz*, Fünf Thesen zur Reform des juristischen Studiums, KJ 1968, S. 158 und *J. Baumann*, Zur Reform des juristischen Studiums, KJ 1969, S. 163.

109 *Raiser*, Rechtssoziologie in Deutschland (Fn. 20), S. 206 f. Dem Gründungsvorstand gehörten Jutta Limbach, Josef Esser, Wolfgang Hassemer, Andreas Heldrich, Wolfgang Hoffmann-Riem, Thomas Raiser und Manfred Weiss an, sowie mit Rüdiger Lautmann und Erhard Blankenburg auch zwei Mitglieder der DGS-Sektion Rechtssoziologie.

110 Siehe z.B. *F. Rotter/G. Dux/R. Lautmann* (Hrsg.), Rechtssoziologie. Examinatorium, 1980.

111 Veröffentlicht in JuS 1985, 823 und JuS 1987, 93; vgl. *T. Raiser*, Rechtssoziologie als Grundlagenfach in der Juristenausbildung, in: ders., Beiträge (Fn. 12), S. 307 (310 f).

112 *G. Falke/A. Höland/B. Rhode/G. Zimmermann*, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland. Eine empirische Untersuchung, Bonn 1981; zu den „Fortsetzungen“ durch die Hans-Böckler-Stiftung in den 2000er Jahren siehe *H. M. Pfarr/K. Ullmann/M. Bradtke/J. Schneider/M. Kimmich/S. Bothfeld*, Der Kündigungsschutz zwischen Wahrnehmung und Wirklichkeit. Betriebliche Erfahrungen mit der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, München 2005; *A. Höland/U. Kahl/N. Zeibig*, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, Baden-Baden 2007.

113 *Wrase*, Zwischen Krise und Neuaufbruch (Fn. 10), S. 293 bewertet dies als Scheitern.

114 *D. Stempel*, Rechtstat-sachenforschung und Rechtspolitik. Zugleich ein Bericht über Forschungsprojekte des Bundesministeriums der Justiz, ZRP 1984, 195; *D. Stempel/C. Rennig*, Strukturanalyse der Rechtspflege (SAR). Ergebnisse, Umsetzung, Ausblick, ZRP 1994, S. 144; *D. Stempel*, Die Umsetzung Kaupenscher Gedanken in der „Strukturanalyse der Rechtspflege (SAR)“ des Bundesministeriums der Justiz, in: Stempel/Rasehorn (Hrsg.), GS Kaupen (Fn. 20), 2002, S. 73; *H. von Kempfski*, Bemerkungen zur Entwicklung, zum Stand und zu Schwierigkeiten bei der Evaluierung im Bundesministerium der Justiz, in: G. M. Hellstem/H. Wollmann (Hrsg.), Handbuch zur Evaluierungsforschung, Band 1, Wiesbaden 1984, S. 255 ff.

Die Zeit seit den 1990er Jahren wird überwiegend als institutionelle Krise der Rechtssoziologie beschrieben – nicht nur in Deutschland (allerdings mit Ausnahme der USA).<sup>115</sup> Dies hat überwiegend etwas damit zu tun, wie das Fach an den Juristischen Fakultäten und in der Lehre verankert ist; in Deutschland ergibt sich eine besondere Schwierigkeit aus der Randständigkeit der Grundlagenfächer in der Ersten Juristischen Prüfung.<sup>116</sup>

Seit einigen Jahren spiegelt sich der inhaltliche Erfolg immerhin wieder in institutionellen Zusammenhängen. Eine wichtige Rolle spielte dabei die Internationale Konferenz der Law and Society Association, die unter dem Titel „Law and Society in the 21st Century“, im Jahre 2007 in Berlin stattfand; ihr folgten die Gründung des „Law and Society Institute“ an der HU Berlin sowie mittlerweile drei Tagungen der deutschsprachigen interdisziplinären Rechtsforschung.<sup>117</sup> Vorausgegangen war 2001 die Gründung des „Berliner Arbeitskreises Rechtswirklichkeit (BAR)“, in dem sich überwiegend Nachwuchswissenschaftler\*innen austauschen. Im Jahre 2011 erschienen zwei neue Lehrbücher, von denen eins mittlerweile seine 3. Auflage erlebt.<sup>118</sup>

#### D. Aussichten und Perspektiven

Während die Rechtssoziologie nach wie vor „das am wenigsten etablierte Fach der Juristenausbildung“ zu sein und ein „Außenseiterdasein“ in der Rechtswissenschaft zu führen scheint,<sup>119</sup> wächst das – oft rechtspolitisch motivierte – Interesse an empirischer Rechtsforschung. „Inhaltlich erfolgreich, institutionell erfolglos“<sup>120</sup> – das kann auf Dauer nicht gut gehen.

- 115 Auch für die Universitätslandschaft des Vereinigten Königreichs ist eine Krise diagnostiziert worden: *H. Genn/M. Partington/S. Wheeler*, *Law in the Real World: Improving Our Understanding of How Law Works* (Nuffield report), 2006. Nach *Noreau/Arnaud*, *Sociology of Law in France* (Fn. 84), S. 257 scheint die Entwicklung in Frankreich antizyklisch hierzu verlaufen zu sein. Zum Vergleich mit den USA siehe *Wrase*, *Zwischen Krise und Neuaufbruch* (Fn. 10), S. 301 ff. Etwas anders *Bora*, *Responsive Rechtssoziologie* (Fn. 1), S. 268, der in Kontrast zur deutschen Entwicklung vom „internationalen Erfolg der Rechtssoziologie“ spricht.
- 116 *S. Machura*, *Rechtssoziologie in der Juristenausbildung*, JuS 1997, S. 953; *Wrase*, *Zwischen Krise und Neuaufbruch* (Fn. 10), S. 296 ff (vgl. dort auch die Bestandsaufnahme von Lehrstühlen und Lehrangeboten).
- 117 Luzern 2008; Wien 2011 („Der Kampf ums Recht“) (siehe *I. Koza/A. Kretschmann/C. Voithofer*, *juridikum* 2011, S. 407); Berlin 2015 („Versprechungen des Rechts“) (siehe die Beiträge in Heft 2 der *ZfRSoz* 36 (2016)).
- 118 *Struck*, *Rechtssoziologie*, 2011; *Baer*, *Rechtssoziologie* (Fn. 3).
- 119 So schon *T. Raiser*, *Aufgaben der Rechtssoziologie als Zweig der Rechtswissenschaft*, *ZfRSoz* 15 (1994), S. 1.
- 120 *D. Stempel*, *Erhard Blankenburg – ein Paradigma für die gesamte Rechtssoziologie: inhaltlich erfolgreich, institutionell erfolglos*, in: *J. Brand/D. Stempel* (Hrsg.), *Soziologie des Rechts. Festschrift für Erhard Blankenburg*, Baden-Baden 1998, S. 29; zustimmend *A. Bora/A. Höland/D. Jansen/D. Lucke/W. Ludwig-Mayerhofer/S. Machura/G. Teubner*, *Rechtssoziologie auf der Grenze*, *ZfRSoz* 21 (2000), S. 319.

## I. Empirische Rechtsforschung = Rechtssoziologie?

Das Interesse an empirischer Rechtsforschung ist seit den 1980er Jahren ungebrochen groß.<sup>121</sup> Dieses Interesse dürfte nicht ganz unbeeinflusst von den Anforderungen an die Ermittlung von Gesetzeswirkungen bzw. „Gesetzesfolgenabschätzung“ sein, wie sie das BVerfG regelmäßig verlangt<sup>122</sup> und die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien für die Bundesgesetzgebung zu operationalisieren versucht.<sup>123</sup> Die Tradition der Rechtstatsachenforschung und der Begriff der „Rechtswirklichkeit“<sup>124</sup> üben dabei jedenfalls nach wie vor große Anziehungskraft aus. In dieser Praxis empirischer Rechtsforschung scheint allerdings die „additive“ Interdisziplinarität<sup>125</sup> verbreitet zu sein, in der entweder nebeneinander her gearbeitet wird, oder empirische Fragestellungen „normativ [angeleitet werden], um rechtswissenschaftlich verwertbar zu sein“.<sup>126</sup> Jenseits solcher „Hilfsdienste“ für das Recht<sup>127</sup> fehlt der empirischen Rechtsforschung zunehmend der theoretische Kontext.<sup>128</sup>

Die Kulturwissenschaften haben zwar die Vielfalt an Methoden vergrößert<sup>129</sup> – übrigens auch in der allgemeinen Soziologie. Und sie haben thematisch den Blick geöffnet. Zentrale Themen der Forschung zu Recht und Gesellschaft sind weiterhin das Handeln der Akteur\*innen des Rechtsstabs, Geltung und Wirkungen von Recht. Diese Phänomene werden aber heute vielfältiger analysiert als vor dem „cultural turn“. Untersucht wird nicht mehr nur, wie sich politische Haltungen

121 Vgl. z.B. P. Cane/H. M. Kritzer (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research* 2010.

122 Vgl. BVerfGE 50, 290; BVerfGE 85, 191 (Nachtarbeitsverbot); BVerfGE 92, 365; BVerfGE 109, 64 (Mutterschaftsgeld).

123 § 44 Abs. 5, § 45 Abs. 1, Nr. 12 der Anlage 8, § 2 GGO; vgl. auch die ökonomische Messung des „Erfüllungsaufwands“ § 2 Abs. 1 NKR-G. Röhl, *Grundlagenwissenschaft* (Fn. 53), S. 66 weist darüber hinaus auf die Bedeutung der „Berichtsforschung“ hin.

124 Der „Berliner Arbeitskreis Rechtswirklichkeit“ bezeichnet sich auch als „Interdisziplinäres Forum für Recht und Gesellschaft“. Vgl. „Institut für Rechtstatsachenforschung“ der Universität Konstanz; gleichnamiges privates Institut in Heidelberg; Institut für Rechtstatsachenforschung zum Deutschen und Europäischen Unternehmensrecht der Friedrich-Schiller-Universität Jena; Institut für Rechtstatsachenforschung und Rechtspolitik an der Universität Bielefeld; Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung (Duncker & Humblot).

125 J. Estermann, Die Verbindung von Recht und Soziologie als Chimäre, in: Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.) (Fn. 84), S. 108 f.

126 Vgl. E. Kocher, Die transdisziplinäre Rechtsforschung braucht die Rechtssoziologie – und umgekehrt, *ZfRSoz* 36 (2016), S. 245 (250 ff) mit einigen Beispielen.

127 Siehe oben bei Fn. 14. Treiber, *Steuerungswissenschaft* (Fn. 56), S. 337 ff erklärt es mit der relativen Geschlossenheit der juristischen Disziplin, dass diese allen anderen den Status als Hilfswissenschaften zuweise.

128 Bora, *Responsive Rechtssoziologie* (Fn. 1); Kocher, *Transdisziplinäre Rechtsforschung* (Fn. 126), S. 252; vgl. auch Treiber, *Steuerungswissenschaft* (Fn. 56), S. 338 f: der „aufgeschlossene Jurist“ als „versierter Bastler“.

129 Überblick über Methoden der empirischen Rechtsforschung bei Baer, *Rechtssoziologie* (Fn. 3), § 10.

und soziale Herkunft in juristischem Handeln und Denken spiegeln,<sup>130</sup> sondern auch, wie Rechtsfindungsprozesse durch psychologische,<sup>131</sup> professions- und organisationssoziologische Dynamiken<sup>132</sup> sowie kulturelle Bilder und Inszenierungen<sup>133</sup> bestimmt werden. Hier steht auch ein Instrumentarium bereit, mit dem Veränderungen des Rechts unter dem Einfluss von Bildkommunikation<sup>134</sup> bzw. digitaler Kommunikation beobachtet und analysiert werden könnten. Auch werden gesellschaftliche Machtverhältnisse differenzierter gesehen; insbesondere Geschlecht und Rassismus sind zunehmend zu Themen der empirischen Rechtsforschung geworden.<sup>135</sup>

Die Ausdifferenzierungen in den Sozial- und Geisteswissenschaften, in denen sich die Kulturwissenschaften als „interdisziplinäre Disziplin“ etabliert haben, haben dazu geführt, dass der Begriff der „Rechtssoziologie“ zunehmend eng geführt wurde und seine Eignung als Sammelbegriff für die Forschung zu „Recht und Gesellschaft“ in Frage gestellt wurde. Darin liegt eine Chance: Die Kulturwissenschaften bieten für die universitäre Lehre aufregende Attraktionen,<sup>136</sup> und mit Hilfe des Begriffs „Recht und Gesellschaft“ könnte gleichzeitig auch „die latente Rechtssoziologie aus ihren vielen Verstecken [hervorgeholt werden]“.<sup>137</sup> Es könnten Zusammenhänge deutlich werden, wo disziplinäre Trennungen den Blick zu verstellen drohen.

Allerdings liegt in der neuen Sammelbezeichnung auch eine Gefahr: Ohnehin haben in der Vergangenheit politische Vorurteile bzw. Vorbehalte zur Marginalisierung rechtssoziologischer Arbeiten geführt. Wenn diese Arbeiten künftig in „Recht

130 Z.B. B.-O. Bryde, Juristensoziologie, in: H. Dreier (Hrsg.), Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts (Gedächtnissymposium Wenz), Tübingen 2000, S. 137; T. Raiser/T. Mika, Gerechtigkeit als Berufsziel, in: S. Lorenz/A. Trunk/H. Eidenmüller/C. Wendehorst/J. Adolff (Hrsg.), Festschrift für Heldrich, München 2005, S. 1145; E. Braman, Law, Politics and Perception: How Policy Preferences Influence Legal Reasoning, Charlottesville and London: University of Virginia Press, 2009; vgl. Struck, Rechtssoziologie, 2011, S. 85 ff.

131 Z.B. D. Klein/G. Mitchell (Hrsg.), The Psychology of Judicial Decision Making, New York and Oxford: Oxford University Press, 2010.

132 Z.B. R. A. Posner, How Judges Think, 2008.

133 Z.B. O. Lindemann, Body Politics – Anwälte in Anzügen, KJ 2009, S. 84; S. Machura, Empirische Beobachtungen zum Prestige der deutschen Anwälte, in: W. Kohte/N. Zeibig (Hrsg.), Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs. Festschrift für Armin Höland, Baden-Baden 2015, S. 396; T. Scheffer, Die Karriere rechtswirksamer Äußerungen, ZfRSoz 23 (2003), S. 151.

134 K. F. Röhl, Das Recht nach der visuellen Zeitenwende, JZ 2003, S. 339.

135 Z.B. U. Schultz/G. Shaw (Hrsg.), Gender and Judging, 2011; H. Renn, Prozesse der kumulativen Benachteiligung in der Berufstätigkeit – am Beispiel von Rechtsanwältinnen im Vergleich zu Rechtsanwälten, in: Stempel/Rasehorn (Hrsg.), GS Kaupen (Fn. 20), S. 299; Payne-Pikus/Hagan/Nelson, Experiencing Discrimination: Race and Retention in America's Largest Law Firms, Law&Society Review 2010, S. 553; M. Lynch/C. Haney, Mapping the Racial Bias of the White Male Capital Juror: Jury Composition and the „Empathic Divide“, Law&Society Review 2011, S. 69; siehe auch schon W. Sollors, Zur Rassenjustiz in den USA, KJ 1969, S. 253.

136 So werden z.B. Filme als „neue Form von case Law“ im Unterricht eingesetzt (vgl. B. Rivaya, Law and Cinema, Rechtstheorie 40 (2009), S. 125 (145)).

137 K. F. Röhl, Crossover Parsifal, in: Cottier/Estermann/Wrase (Hrsg.) (Fn. 84), S. 98 f.

und Gesellschaft“ aufgehen sollten, könnte dies ungewollt das Sichtbarwerden dieser Arbeiten weiter behindern – zumal die soziologischen Methoden der empirischen Sozialforschung für rechtswissenschaftlich ausgebildete Forscher\*innen ohnehin unzugänglicher sind als eine hermeneutisch geprägte Herangehensweise mit ihrem Blick auf Sprache, Texte und Symbole.<sup>138</sup> Wenn vor diesem Hintergrund relevante Arbeiten, die in früheren Jahren als „rechtssoziologisch“ firmierten, vergessen werden, drohen auch wichtige Grundsatzfragen aus dem Blick zu geraten: zum Verhältnis von Empirie und Normativität oder zum Verhältnis von empirischer Forschung zu rechtsdogmatischer Forschung. Darüber nachzudenken, bleibt weiter unabdingbar. Der Blick auf soziale und performative Praxen des Rechtsstabs und in rechtlichen Verfahren kann zwar einiges zur Beantwortung der Frage beitragen, *wie* das Recht es „'macht' [...], dass es gilt?“<sup>139</sup> Er erklärt aber nicht, *was* rechtliche Geltung eigentlich gesellschaftlich bedeutet. Vor allem für die empirische Forschung jenseits von Handlungen professioneller juristischer Akteur\*innen<sup>140</sup> fehlt damit oft eine Vorstellung des Gegenstands „Recht“: Woher wissen wir, was wir beobachten – und ob was, was wir beobachten, etwas mit „Recht“ zu tun hat?

Normativität kann jedenfalls kaum verstanden werden, wenn normative Diskurse genau wie Wahrheitsdiskurse betrachtet werden, und das „Rechtsbewusstsein“ nur als spezifischer Modus des Wissens gilt.<sup>141</sup> Normativität droht so in der Empirie aufzugehen oder sich dort unreflektiert einzuschleichen; die empirische Forschung läuft dann Gefahr, „sich den Tatsachen [auszuliefern] und zum Fürsprecher des Geschehenden [zu machen]“.<sup>142</sup> Wenn die soziale Praxis und der gesellschaftliche Diskurs als für das Recht konstitutiv analysiert werden (und nicht nur als Feld, auf dem es sich verwirklicht),<sup>143</sup> bedarf es also einer klaren Vorstellung von der Besonderheit normativer Diskurse im Recht<sup>144</sup> und der Eigenart von Diskursen, die auf eine in formalen Verfahren zu ermittelnde Entscheidung abzielen.<sup>145</sup>

138 P. Hillyard, Law's Empire. Socio-Legal Empirical Research in the Twenty-First Century, *Journal of Law and Society* 34 (2007), S. 266 (275: „comfort zone“).

139 Krüper, Kulturwissenschaftliche Analyse (Fn. 91), § 4 Rn. 6.

140 Zu diesem Problem in Bourdieus Blick auf das Recht siehe A. Kretschmann, Regulierung des Irregulären. Carework und die symbolische Qualität des Rechts, Weilerstwiw 2016, S. 112 (die darüber hinaus ein Modell entwickelt, das die Rechtsbewusstseinsforschung und die Praxistheorie zusammenbringt).

141 Schweitzer, Diskursanalyse (Fn. 89), S. 203 ff; kritisch zur Art und Weise, wie Begriffe und Methoden Foucaults in der Rechtswissenschaft häufig rezipiert werden, äußert sich auch Sinder, Vom Nutzen (Fn. 81).

142 Röhl, Rechtstatsachenforschung (Fn. 40), S. 25; v.Kempfski, Bemerkungen (Fn. 114), S. 261; vgl. die Kritik von G. Schulze, Diskurssetzung statt Diskursbeschreibung? Rezension, GPR 2016, S. 106 an der rechtssoziologischen Herangehensweise von Auer, Privatrechtlicher Diskurs (Fn. 83).

143 So formuliert Goodale die rechtsethnologische Perspektive für die Menschenrechte (M. Goodale, Introduction, in: S. E. Merry/M. Goodale (Hrsg.), *The Practice of Human Rights*, Cambridge, 2007, S. 1).

144 Vgl. auch Estermann, Chimäre (Fn. 125), S. 108 f.

145 Schweitzer Diskursanalyse (Fn. 89), S. 213.

Es lohnt sich dann, sich an die den rechtssoziologischen Beobachtungsperspektiven zugrunde liegende Erkenntnis zu erinnern, dass das Gerechtigkeitsversprechen des Rechts letztlich darauf beruht, dass es Legitimität mit Autorität bzw. (Entscheidungs-)Gewalt verbindet.<sup>146</sup> Die Unbestimmtheit des Rechts macht insofern gerade seine besondere Qualität aus;<sup>147</sup> auf ihr beruht auch die Autonomie des Rechts gegenüber anderen Handlungsbereichen, Feldern oder Systemen. „Das Recht ist in Ontologie, in einer geteilten sozialen Wirklichkeit eingebettet. Doch als nomos ist es auch ein 'kritischer' Punkt in der Ontologie, der es uns erlaubt, den Kampf aufzunehmen, um dem Gebot 'Sei gerecht' Rechnung zu tragen.“<sup>148</sup>

So lässt sich auch die „Empfindlichkeit“ des Rechts gegenüber Konfrontationen mit der gesellschaftlichen Empirie erklären, die darin sichtbar wird, dass rechtssoziologische Arbeit regelmäßig als Provokation aufgenommen worden ist. Denn der Mechanismus der Autonomie verwirklicht sich wesentlich darin, dass Individuen als Gleiche im Recht „autonom“ subjektiviert und damit anerkannt werden.<sup>149</sup> Dieses Selbstverständnis wird in Frage gestellt, wenn die rechtssoziologische Beschäftigung mit dem Recht nachweisen kann, dass gesellschaftliche Verhältnisse im Recht eingeschrieben sind und dort unsichtbar gemacht zu werden drohen. Diese Infragestellung von Selbstbildern der Akteur\*innen des Rechtssystems ist eine der wichtigsten Aufgaben der Forschung zu Recht und Gesellschaft;<sup>150</sup> mit Distanzierungen, Marginalisierungsversuchen und Abwehr muss gerechnet werden.<sup>151</sup>

## II. Von der Unabdingbarkeit der Rechtssoziologie für die Rechtswissenschaften

Das Minimum, was die Rechtswissenschaften von der Rechtssoziologie also zu erwarten haben, ist Reflexionswissen, eine Bereinigung des Rechtswissens von Alltagstheorien,<sup>152</sup> eine transparentere und kritikfähigere Rechtspraxis,<sup>153</sup> die Erfahrung einer Beobachtung des eigenen Tuns.<sup>154</sup> Zwischen Recht und Gesellschaft

146 Vgl. E. Kocher, Corporate Social Responsibility und transnationales Arbeitsrecht, in: G.-P. Callies (Hrsg.), Transnationales Recht. Stand und Perspektiven, Tübingen 2014, S. 479.

147 D. Schweitzer, Macht der Unbestimmtheit. Unbestimmte Rechtsbegriffe als Provokation für die poststrukturalistische Theorie, ZfRSoz 35 (2015), S. 91 in der Kritik an Derrida.

148 D. Cornell, Vom Leuchtturm her. Das Erlösungsversprechen und die Möglichkeit der Auslegung des Rechts, in: A. Haverkamp (Hrsg.), Gewalt und Gerechtigkeit. Derrida-Benjamin, Frankfurt/Main 1994, S. 60 (83). Ob das „Wir“, auf das hier Bezug genommen wird, Akteur\*innen des Rechtssystems einschließt, erscheint eher zweifelhaft.

149 Vgl. Buckel, Subjektivierung und Kohäsion (Fn. 60), S. 217 ff; S. 312 f.

150 Vgl. Röhl, Crossover Parsifal (Fn. 137), S. 98: Ihren „Biss“ behalte sie nur, wenn sie auf einem Interesse an Sozialstrukturen und Macht bestehe.

151 Wrase, Zwischen Krise und Neuaufbruch (Fn. 10), S. 299.

152 Vgl. Rottleuthner, Rechtswissenschaft (Fn. 35), S. 260 ff; Raiser, Aufgaben (Fn. 119).

153 Rottleuthner, Rechtswissenschaft (Fn. 35), S. 207.

154 Rixen, Juristische Bildung (Fn. 32), S. 709.

gibt es da jedenfalls noch viel zu entdecken – je nach Teildisziplin des Rechts (Strafrecht, Zivilrecht, öffentliches Recht) durchaus Unterschiedliches.<sup>155</sup>

Erhofft man sich allerdings von der Forschungsförderung wirtschaftliche Grundlagen für eine Institutionalisierung rechtssoziologischer Forschung, wird man allein mit Drittmittel- und Auftragsforschung nicht weit über die hilfswissenschaftliche Verwendungsforschung hinaus kommen<sup>156</sup> – und das britische Modell der Mittelverteilung auf der Grundlage gemessener „Leistungen“ in der Forschung würde die Forschungs- und Hochschullandschaft von Grund auf umkrempeln, mit unklaren Wirkungen für bisher eher marginalisierte Disziplinen.<sup>157</sup> Es ist deshalb kaum überraschend, wenn wiederholt ein zentrales Forschungsinstitut für Rechtssoziologie<sup>158</sup> bzw. ein Max-Planck-Institut für die Erforschung von Recht und Gesellschaft<sup>159</sup> gefordert worden ist: Es gäbe genug zu tun.

Der Wissenschaftsrat sucht das Heil der Institutionalisierung vor allem in Lehre und Prüfung. Deren Dynamiken bestimmen Qualifizierungs- und Berufungspolitiken an Juristischen Fakultäten sehr weitgehend. Bevor Grundlagenfragen und dogmatische Fragen verschränkt und integrativ durch das gesamte Studium hinweg vermittelt werden können,<sup>160</sup> wird noch einige Mühe erforderlich sein; ohne eine neue Experimentierklausel und entsprechend grundsätzlichere Anstrengungen wird es hier wahrscheinlich kaum rasch vorangehen.

Es gibt noch einen anderen Grund jenseits der institutionellen Dynamiken, weshalb die Rechtssoziologie für Lehre und Ausbildung von so großer Bedeutung ist: Der Rechtssoziologie, verstanden als Forschung zu Recht und Gesellschaft, kommt eine wichtige Aufgabe in der Aufklärung des Rechts und der Aufklärung dessen, was Recht und Rechte leisten können,<sup>161</sup> zu. Hier ist sie kaum ersetzbar. Denn gerade rechtsdogmatisch tätigen Jurist\*innen, die notwendig der feldspezifischen Il-

155 *Rixen*, Juristische Bildung (Fn. 32), S. 710; *Röhl*, Grundlagenwissenschaft (Fn. 53), S. 67: Vernachlässigung des öffentlichen Rechts (vgl. z.B. zum Einfluss der Steuerungstheorien auf die Verwaltungs- und Verwaltungsrechtswissenschaft eingehend *Treiber*, Steuerungswissenschaft (Fn. 56)); zur Kriminologie siehe oben bei B.I.1.

156 *W. Fuchs*, Rechtssoziologie für Nachwuchsforschende – Eine Versprechung?, *ZfRSoz* 36 (2016), S. 255 (259 f).

157 Siehe aber zu Erfolgen des Research Assessment Exercise in der Förderung rechtssoziologischer Forschung *Hillyard*, *Law's Empire* (Fn. 138), S. 275.

158 *W. Kaupen*, Memorandum (1970) zur Notwendigkeit der verstärkten Förderung rechtssoziologischer Forschung und der Errichtung eines zentralen Forschungsinstituts für Rechtssoziologie, *ZfR-Soz* 3 (1982), S. 180 (der Abdruck war verbunden mit der Aussage der Redaktion, sie könne seinen Brief „auch heute nicht anders schreiben“).

159 *Raiser*, Rechtssoziologie in Deutschland (Fn. 20).

160 So die Wunschvorstellung des *Wissenschaftsrats*, *Perspektiven* (Fn. 9).

161 Siehe z.B. *S. E. Merry*, *Inequality and Rights: Commentary on 'The Unbearable Lightness of Rights' by Michael McCann*, *Law and Society Review* 48 (2014), S. 285: Rechte können die Vorstellungen von Individuen beeinflussen, aber nicht so gut systemischen und strukturellen Wandel herbeiführen.

lusion anhängen, sie könnten autonom und unabhängig entscheiden, sollten die Grenzen dieser Selbstbeschreibung kennen. Es schadet gar nichts, wenn sie Hinweise auf die Unvollkommenheit der Rationalität des Rechts als Aufforderung interpretieren, Wege für eine bessere Rationalität und mehr Gerechtigkeit zu entwickeln. Den letzten systematischen Versuch, die Erkenntnisse der (kulturwissenschaftlichen) Forschung zu Recht und Gesellschaft für die Rechtsdogmatik fruchtbar zu machen, hat insofern die Strukturierende Rechtslehre unternommen.<sup>162</sup> Für Akteur\*innen im Rechtssystem ist die Illusion, im Recht könnten Entscheidungen unabhängig von politischen Autoritäten, unabhängig von der eigenen gesellschaftlichen Position und unabhängig von wirtschaftlichem Druck getroffen werden, zentrale Bedingung ihres Handelns. Wer sie ernst nehmen will, benötigt die Rechtssoziologie.

162 F. Müller/R. Christensen, *Juristische Methodik*, 11. Aufl. Berlin 2013; F. Laudenklos, *Rechtsarbeit ist Textarbeit – Einige Anmerkungen zur Arbeitsweise der Strukturierenden Rechtslehre*, KJ 1997, S. 143.