

Soziologische Theorien des Rechts

Eine Einführung anhand
von Schlüsseltexten

Herausgegeben von
Alfons Bora und Andrea Kretschmann

**VELBRÜCK
WISSENSCHAFT**

Alfons Bora und Andrea Kretschmann (Hg.)
Soziologische Theorien des Rechts

Soziologische Theorien des Rechts

Eine Einführung anhand
von Schlüsseltexten

Herausgegeben von
Alfons Bora und Andrea Kretschmann

**VELBRÜCK
WISSENSCHAFT**

Diese Publikation wurde gefördert durch
den Open-Access-Publikationsfonds der Leuphana Universität Lüneburg.

Dieses Werk ist im Open Access
unter der Creative-Commons-Lizenz CC BY-NC-ND 4.0 lizenziert.



Die Bestimmungen der Creative-Commons-Lizenz beziehen sich nur auf
das Originalmaterial der Open-Access-Publikation, nicht aber auf die
Weiterverwendung von Fremdmaterialien (z.B. Abbildungen, Schaubildern
oder auch Textauszügen, jeweils gekennzeichnet durch Quellenangaben).

Diese erfordert ggf. das Einverständnis der jeweiligen Rechteinhaber.

© Alfons Bora, Andrea Kretschmann (Hg.)

Publikation: Velbrück Wissenschaft

Erste Auflage 2024

www.velbrueck-wissenschaft.de

Printed in Germany

ISBN 978-3-95832-361-2

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhalt

TEIL I: EINFÜHRUNG

Soziologische Theorien des Rechts	
<i>Alfons Bora und Andrea Kretschmann</i>	11

TEIL II: RECHTSZOLOGIE IN DER GRÜNDUNGSPHASE DER SOZIOLOGIE

Karl Marx: Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz (1842)	
<i>Sabine Frerichs</i>	25
Émile Durkheim: Über soziale Arbeitsteilung (1893)	
<i>Doris Schweitzer</i>	38
Ferdinand Tönnies: Gemeinschaft und Gesellschaft (1878)	
<i>Doris Schweitzer</i>	50
Hermann U. Kantorowicz: Rechtswissenschaft und Soziologie (1911)	
<i>Rüdiger Lautmann</i>	63
Eugen Ehrlich: Grundlegung der Soziologie des Rechts (1913)	
<i>Walter Fuchs</i>	74
Max Weber: Rechtssoziologie (1922)	
<i>Martha Bucholt</i>	89

TEIL III: RECHTSOZIOLOGIE IN DER DIFFERENZIERUNGSPHASE DER SOZIOLOGIE

Theodor Geiger: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts (1947) <i>Nicole Holzhauser</i>	109
Edward Adamson Hoebel: Das Recht der Naturvölker (1954) <i>Katrin Seidel</i>	125
Wolfgang Kaupen: Die Hüter von Recht und Ordnung (1969) <i>Birgit Aplitzsch und Berthold Vogel</i>	138
Niklas Luhmann: Legitimation durch Verfahren (1969) <i>Wolfgang Ludwig Schneider</i>	151
Niklas Luhmann: Rechtssoziologie (1972) <i>Johannes F.K. Schmidt und Justus Heck</i>	167
Lawrence M. Friedman: The Legal System (1975) <i>Walter Fuchs</i>	184
Michel Foucault: »Die Gouvernementalität« (1978 gehalten als Vorlesung/2004 veröffentlicht) <i>Simon Faets und Nicki K. Weber</i>	203
Helmut Schelsky: Die Soziologen und das Recht (1980) . . . <i>Patrick Wöhrle</i>	218
Heinrich Popitz: Die normative Konstruktion von Gesellschaft (1980) <i>Aldo Legnaro</i>	231
Pierre Bourdieu: Die Kraft des Rechts (1986) <i>Andrea Kretschmann</i>	245
Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung (1992) <i>Pierre Guibentif</i>	257
Niklas Luhmann: Das Recht der Gesellschaft (1993) <i>Alfons Bora</i>	275

TEIL IV: GEGENWÄRTIGE RECHTSOZIOLOGIE UND PERSPEKTIVEN

Catherine A. MacKinnon: Nur Worte (1993) <i>Anika Gomille</i>	291
Gunther Teubner/Helmut Willke: Kontext und Autonomie (1984) <i>Marc Mölders</i>	305
Kimberlé W. Crenshaw: Race, Reform, and Retrenchment (1988) <i>Cengiz Barskanmaz und Dilan Deniz Kilic</i>	320
Kimberlé W. Crenshaw: Demarginalizing the Intersection of Race and Sex (1989) <i>Petra Sußner</i>	335
Patricia Ewick und Susan Silbey: The Common Place of Law (1998) <i>Axel Pohn-Weidinger und Julia Dahlvik</i>	352
Bruno Latour: Die Rechtsfabrik (2002) <i>Sven Opitz</i>	366
Gunther Teubner: Verfassungsfragmente (2012) <i>Jasmin Siri</i>	382
Christopher Thornhill: The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy (2018) <i>Daniel Witte</i>	392
Beitragende	409

TEIL I: EINFÜHRUNG

Soziologische Theorien des Rechts

Soziologische Theorien des Rechts analysieren die Genese, die Beschaffenheit und die soziale Bedeutung des Rechts. Sie interessieren sich für dessen Möglichkeitsbedingungen, Strukturen und Dynamiken, die es in, mit und durch die Gesellschaft entwickelt, ebenso wie für seine Wirkungen auf Gesellschaft. Während die Rechtswissenschaften die normativen Probleme im Recht behandeln, also fragen, was sein soll und mit welchen Gründen, das Recht in diesem Sinne also als gegeben voraussetzen, reflektieren soziologische Theorien es als ein gesellschaftlich hervorgebrachtes Phänomen. Sie fragen also, aus welchen empirischen Gründen etwas als gesollt behandelt wird und welche Folgen sich daraus im gesellschaftlichen Leben ergeben.

Damit berührt der in den soziologischen Theorien des Rechts behandelte Gegenstand die Soziologie in ihrem Kern. Denn für Gesellschaften ist Recht grundlegend. Jede soziale Ordnung ist von Recht durchsetzt, ganz gleich, ob als »lebendes Recht« (Ehrlich 1913) bzw. »folkways« (Sumner 1992 (1906)) – als Brauch, Sitte oder Gewohnheit (Weber 1972 (1922): 14 ff. und 187 ff.) – oder in Form des mit dem Aufkommen der Schrift entstehenden kodifizierten Rechts. In der modernen Gesellschaft sind alle Sphären des Sozialen von Recht überspannt. Es nimmt weltweit Bezug auf alle Lebensbereiche und erfüllt daher vielfach Cesare Beccarias in *Dei delitti et delle pene* noch programmatisch formuliertes Ideal, »jeglicher Bürger« müsse »der Gewalt der Gesetze ebenso folgen wie der Schatten den Körper begleitet« (Beccaria 1966 (1773): 191). Die mit der Herausbildung von Staatlichkeit und bürokratischer Verwaltung einhergehende Verrechtlichung von Gesellschaften hat dabei dem kodifizierten Recht eine Vorrangstellung verschafft – nicht zuletzt auch durch dessen gewaltsamen Export im Kolonialismus. Längst überlagert es die lokal gelebten Rechtsordnungen, hat diese zum Verschwinden gebracht, sie integriert oder ihnen im Rahmen eines Rechtspluralismus einen – untergeordneten – Platz eingeräumt. Angesichts der globalen Verfasstheit des Sozialen unterliegen auch trans- und internationale Sphären einer engmaschigen Einfassung durch Recht.

Soziologische Theorien (des Rechts) spiegeln diese ubiquitäre Bedeutung des Rechts wider. Schon in ihren Anfängen im 19. Jahrhundert zehrt die Soziologie in starkem Maße von der Einsicht, dass die moderne Gesellschaft durch rechtliche Strukturen geprägt und in diesem Sinne auch rechtlich verfasst ist. Entsprechend basieren die frühen soziologischen

Gesellschaftstheorien oftmals auf einer soziologischen Theorie des Rechts. Soziologische Klassiker wie Émile Durkheim, Ferdinand Tönnies oder Max Weber waren zudem biographisch mit dem Recht vertraut, sei es durch juristische Examina wie bei Weber, durch einen philosophischen Werdegang mit rechtstheoretischen Kenntnissen wie bei Tönnies oder durch Erfahrungen mit den Staatswissenschaften wie beim jungen Durkheim während seines Studienaufenthaltes in Deutschland. Von Anfang an ist so die Soziologie durch rechtswissenschaftliche Theorien mit beeinflusst worden (vgl. Schweitzer 2021; Bora 2023: Kap. 3.1). Heute sind die rechtssoziologischen Bezüge aus der allgemeinen Soziologie fast gänzlich verschwunden. Die Rechtssoziologie ist zu einer eigenständigen, eher empirisch orientierten Subdisziplin geworden, trotz der soziologisch immer wieder bekundeten gesamtgesellschaftlichen Relevanz des Rechts, etwa, wenn Bourdieu formuliert, dass das Recht »die soziale Welt macht – wobei es natürlich zunächst von ihr gemacht wird« (Bourdieu 2019: 60).

Soziologische Theorien des Rechts haben sich in trans- und interdisziplinären Bezügen und Kooperationen entwickelt. Dies beginnt mit der Herausbildung der Soziologie aus der Jurisprudenz mit Bezugnahme auf die rechtswissenschaftlichen Debatten jener Zeit. Seit den Gründungs-jahrzehnten der Rechtssoziologie um 1900 hat sich die Zahl der Disziplinen erhöht, die sich in der einen oder anderen Weise mit dem Recht befassen. Seitdem beteiligen sich auch andere Stimmen wie die Rechtsanthropologie, -psychologie, -geschichte und -politologie sowie Teile der Kriminologie, der Kultur-, Medien- und Literaturwissenschaften am Diskurs. Die wachsende Bedeutung von begrifflichen Zusammenhängen wie »Recht und Gesellschaft«, »*Law and Society*«, »*socio-legal studies*«, »Recht im Kontext« etc. legt davon ein beredtes Zeugnis ab. Die Vielstimmigkeit der rechtssoziologischen und angrenzenden rechtstheoretischen Diskurse macht sich sowohl in der äußerlichen – thematischen, theoretischen, institutionellen – Gestalt des Feldes bemerkbar als auch in seinen Selbstbeschreibungen, also in jenen Reflexionstheorien, mit denen die Rechtssoziologie sich ihrer Identität vergewissert.

Auch wenn die Rechtssoziologie sich vor diesem Hintergrund als ein wissenschaftliches Feld verstehen lässt, das zwar durch ein soziologisches Interesse am Recht bestimmt ist, jenseits dieses sehr allgemeinen Gesichtspunktes jedoch durch vielfältige und theoretisch wie methodologisch heterogene Strömungen gekennzeichnet ist und dabei teils diametral unterschiedliche Bestimmung dessen vorliegen, was Rechtssoziologie bzw. eine Befassung mit dem Recht ausmacht, so stellt die Soziologie in diesem pluralen Gefüge jedoch unter anderem wegen ihres Charakters universaler Theoriebildung einen zentralen Bezugsrahmen dar. Rechtssoziologie wie interdisziplinäre Rechtsforschung bedienen sich theoretisch und methodisch oft der Soziologie und beziehen von ihr vielfach ihre wissenschaftlichen Gütekriterien. Die Soziologie zeigt sich für diese

Forschungen dann als der »Nomos« (Bourdieu 2019: 59) der Rechtssoziologie, entlang dessen sie ihre Probleme definieren und Problemlösungen formulieren. Daran ändert die Tatsache wenig, dass der größte Teil der rechtssoziologischen Forschung im deutschsprachigen Wissenschaftskontext an rechtswissenschaftlichen Fakultäten betrieben wird.

Gegenwärtig bietet dieser interdisziplinäre Rahmen den soziologischen Theorien des Rechts neue Impulse, Sichtbarkeit und Anschlussfähigkeiten über die Soziologie hinaus. National wie international wird das Interesse an einer soziologischen Befassung mit dem Phänomen »Recht«, nachdem diese seit den 1980er Jahren nur noch eine eher unbedeutende Rolle spielte, aktuell neu entdeckt, auch wenn sich diese Veränderungen im deutschsprachigen Wissenschaftskontext vielfach unbemerkt im Schatten des Mainstreams der Soziologie vollziehen, etwa in der soziologischen Jurisprudenz (Bora 2023: Kap 6). So ist zu erkennen, wie Entwicklungen in den Sozial- und Geisteswissenschaften mit Blick auf verschiedene Kategorien sozialer Marginalisierung – etwa *race* und *gender* – der soziologischen Jurisprudenz entsprechende thematische Impulse gegeben haben, die heute mit dem Feld der *legal gender studies* oder der *critical race theory* immer breiter etabliert werden. Und ausgehend von einem regen rechtsbezogenen Forschungsinteresse innerhalb der Anthropologie und im Zuge des *cultural turn* ist derzeit eine neue Konjunktur kultursoziologischer Perspektivierungen auf das Recht zu erkennen (Kretschmann/Mouralis/Zeigermann 2024).

Die Leerstelle: Einführungen in soziologische Theorien des Rechts

Vor diesem Hintergrund vielfältiger Bilder der Rechtssoziologie verfolgt dieser Band das Ziel, einem soziologisch interessierten Publikum einen Einblick in das Feld soziologischer Theorien des Rechts zu geben. Der Fokus richtet sich auf *Theorien* des Rechts, da diese eine epistemologische Schneise durch ein vorrangig empirisch geprägtes Forschungsfeld schlagen, welches sich seine Gegenstände mittels qualitativer oder quantitativer Datenanalyse erschließt. In der Rechtssoziologie bzw. der interdisziplinären Rechtsforschung liegt das Erkenntnisinteresse – gerade im Vergleich zu anderen soziologischen Subdisziplinen – oftmals eher im empirischen Bereich als in der Theoriebildung. Ohne andeuten zu wollen, dass empirische rechtssoziologische Studien und Befunde bedeutungslos wären – schließlich akzeptiert die Soziologie als Erfahrungswissenschaft überhaupt nur solche Theorien, die sich als empirisch belastbar erweisen –, so ist doch zu bemerken, dass erst Theorie, wie sich jenseits aller wissenschaftstheoretischen, -soziologischen, epistemologischen

und methodologischen Differenzen konstatieren lässt, ein System wissenschaftlicher, d.h. mit dem Anspruch der Wahrheitsfähigkeit auftretender Aussagen etabliert, die rechtsbezogene Beobachtungen beschreiben und in Gestalt von Gesetzmäßigkeiten erklären und gegebenenfalls Prognosen erstellen können. Als solche sind sie in sich konsistent (also widerspruchsfrei und eindeutig in ihren Begriffsbedeutungen), extensiv (also ihren Gegenstandsbereich, sei es die Meso-, Mikro- oder die Makroebene, möglichst vollständig umfassend), generalisierbar in ihren Befunden und (in den Erfahrungswissenschaften) empirisch überprüfbar (vgl. Eisend/Kuß 2021: 33 ff.). Erst mittels Theorien lässt sich das permanent in Veränderung begriffene Phänomen ›Recht‹ analytisch angemessen begreifen.

Derzeit gibt es – auch international – keine Einführung in soziologische Theorien des Rechts, was erste Zugänge erschwert. Ebenso fehlt eine aktuelle, dezidiert soziologisch konturierte Einführung in die Rechtssoziologie. Im deutschsprachigen Wissenschaftskontext ist Luhmanns »Rechtssoziologie«, die als Lehrbuch verfasst und aus einer entsprechenden Vorlesung in Münster hervorgegangen war, mittlerweile fünfzig Jahre alt. Zudem ist sie zwar einer der zentralen Texte der Rechtssoziologie, sie bietet aber keine allgemeine Einführung mit dem Ziel einer überblicksartigen Vorstellung des Feldes, sondern enthält die Grundlegung einer soziologischen Theorie des Rechts. Auch die Einführung von Kißler (1984) entspricht kaum noch dem gegenwärtigen Stand von Theorie und Methoden in der Soziologie. Die juristischen Lehrbücher der Rechtssoziologie, ebenfalls zumeist älteren Datums und in ihren Neuauflagen nur graduell erneuert (Raiser 1987; Ders. 1999; Rehbinder 2014 (1977); Röhl 1987, letzteres als Online-Ausgabe in Teilen aktualisiert, derzeit aber noch lückenhaft; siehe zu neuerer Literatur Struck 2011; Baer 2015), sind stärker entlang juristischer Gütekriterien verfasst und deshalb als Einführungen in soziologische Theorien des Rechts nur von begrenztem Wert. Die Darstellung soziologischer Theorien und Methoden sowie des inneren Zusammenhangs von Rechtssoziologie und allgemeiner Soziologie fällt in der Regel zu knapp aus, da die Werke sich an ein anderes Fachpublikum wenden. Der ebenfalls schon zwei Jahrzehnte alte Einführungsband von Hesse (2004) ist im Vergleich zu den genannten Werken ein wenig stärker an der Soziologie orientiert, richtet sein Augenmerk aber ebenfalls auf die charakteristischen rechtswissenschaftlichen Themen von Staat, Rechtsprechung und Verwaltung. Soziologische Theorien des Rechts werden in der Literatur zumeist lediglich mit Blick auf einzelne Theorien erörtert und oftmals nicht oder nicht eingehend in Bezug auf die (allgemeinsoziologischen) Theorieentwicklungen ihrer Zeit diskutiert.

Der vorliegende Band nähert sich dieser Leerstelle an, um die theoretische Auseinandersetzung mit dem Recht unter soziologischen Vorzeichen zu stärken. Er erschließt soziologische Theorien des Rechts, indem er Schlüsseltexte einführend vorstellt und – um die behandelten soziologischen Konzepte des Rechts in ihren Entstehungsbedingungen und Bezügen

darzustellen – kontextualisierend erörtert. Dabei legt er, in der Absicht, das hiesige Forschungsfeld zu erschließen, den Schwerpunkt auf historisch wie gegenwärtig für die deutschsprachige Rechtssoziologie prägende Schriften.

Die Darstellung nähert sich dem Feld der rechtssoziologischen Theorie über Werke an, in denen soziologische Theorien des Rechts wesentlich mit entwickelt wurden oder die sich innerhalb der allgemeinen soziologischen Theorie als aussagekräftig und anschlussfähig erwiesen, also aus mindestens einem dieser beiden Blickwinkel das Feld mitgeprägt haben. Bei den ausgewählten Texten handelt es sich in diesem Sinne um soziologische Arbeiten, die für die Rechtssoziologie relevant geworden, fach-universal soziologisch anschlussfähig und – die umstrittene Identität der Soziologie an dieser Stelle ausklammernd – an einer Theorie des Sozialen interessiert sind. Aus Gründen dieser Konzentration auf soziologische Texte wurden keine vorsoziologischen Theorien wie etwa der *legal realism* (Holmes 1897) und die frühe *sociological jurisprudence* (Pound 1907; 1923; 1927; Cardozo 1921) aufgenommen, ebenso wenig die im juristischen Diskurs beheimatete Rechtstatsachenforschung (Nußbaum 1914; 1940; 1968 (1920); Hirsch/Rehbinder 1971 (1967); Rehbinder 2014 (1977)). Die vorgestellten Texte sind am Recht orientiert, das heißt, sie versuchen, Recht soziologisch zu verstehen und/oder zu erklären. Ausnahmen gelten, sofern zwar keine soziologische Analyse des Rechts im strengen Sinne vorliegt, die Theorie aber so weitreichend ist, dass sie in der Rezeption rechtssoziologische Analysen angeregt hat. Das trifft unter anderem auf Marx, Durkheim, Foucault und Bourdieu zu, welche die rechtssoziologische Debatte wesentlich mit beeinflusst haben.

Über einen großen Teil der hier behandelten Zeiträume war und ist bis heute das Wissenschaftssystem (wie alle Funktionssysteme und Organisationen der modernen Gesellschaft) durch eine »männliche Herrschaft« (Bourdieu 2012 (1998)) gekennzeichnet. Das spiegelt sich auch in der Liste der in dieser Einführung zusammengestellten Schlüsseltexte wider, die sich als Abbild der Strukturen des Wissenschaftssystems kaum hätte anders komponieren lassen. Mit der Auswahl der zu diesem Band Beitragenden haben wir versucht, dieses Ungleichgewicht zumindest auf der Ebene der einführenden Texte zu kompensieren.

Drei Phasen rechtssoziologischer Theorieentwicklung

Der Band versammelt soziologische Theorien des Rechts seit Entstehung der Soziologie bis in die Gegenwart. Er umfasst damit Theoriebildung in der frühen, der organisierten und der späten Moderne. In diese zeitlichen Abschnitte fallen die drei Phasen der rechtssoziologischen Theorieentwicklung: Sie stehen für rechtssoziologische Theoriebildung erstens in

der Gründungsphase der Soziologie, zweitens in der Differenzierungsphase der Soziologie und drittens innerhalb der gegenwärtigen Soziologie.

Der Aufbau des Buches folgt somit in groben Zügen dem historischen Verlauf theoriegeschichtlicher Entwicklung. Eine alternative Herangehensweise bei der Zusammenstellung der Beiträge hätte in einem stärker begrifflich-systematischen Vorgehen bestanden, also darin, nach Gesichtspunkten theoretischer Struktur zu unterscheiden und der Gliederung dann etwa Differenzierung, Integration, Handlung, Kommunikation, Diskurs, Praxis und ähnliche Gesichtspunkte zu Grunde zu legen. Dafür sprächen nicht zuletzt auch didaktische Gesichtspunkte einer vergleichsweise guten Anschlussfähigkeit dieser Aspekte an die Lehre der allgemeinen Soziologie. Allerdings würde damit die Einsicht verdeckt, dass solche »Paradigmen«, die heute auch als Gegenstand einer letztlich nicht wissenschaftlich begründbaren Theoriewahlentscheidung behandelt werden könnten, Folgen historischer Entwicklungsprozesse darstellen und sich in ihrer aktuellen Form oftmals nur aus diesem theorieevolutionären Blickwinkel angemessen begreifen lassen. Deshalb erhielt hier die Entscheidung für einen theoriegeschichtlich orientierten Aufbau den Vorzug. Diese Form der Gliederung ist allerdings ebenfalls ein Hilfsmittel der Erkenntnis und damit in gewisser Weise kontingent – wie alle historischen Phaseinteilungen (Osterhammel 2006: 45 ff.; Rüsen 2013: 151 ff.). Die hier vorgenommene Periodisierung ist daher lediglich als erster Anhaltspunkt für die thematische Orientierung gedacht.

(1) In der Gründungsphase der allgemeinen Soziologie – ganz grob gesagt, zwischen 1850 und 1930 – tritt im Zuge der Ausdifferenzierung gegenüber anderen Disziplinen, insbesondere der Rechtswissenschaft, auch die junge Rechtssoziologie auf den Plan. Während manche soziologische Klassiker wie etwa Marx und Durkheim zwar biographisch dem Recht nahestehen, dies aber in ihren soziologischen Theorien nicht immer systematisch zum Ausdruck bringen, tritt bei anderen, insbesondere bei Weber, Tönnies, Ehrlich oder Kantorowicz, die disziplinäre Verwandtschaft von Soziologie und Jurisprudenz deutlich hervor – ebenso wie die damit innerhalb beider Fächer hervorgerufenen Identitäts- und Abgrenzungsschwierigkeiten, die dann sichtbare Spuren in den jeweiligen soziologischen Theorien des Rechts hinterlassen. Zugleich trifft ein in der Jurisprudenz verbreitetes Verständnis von Soziologie als Hilfswissenschaft schon früh auf den Widerspruch seitens der Soziologie, die ihre Fragestellungen, Theorien und Methoden autonom entwickeln will (vgl. die Beiträge zu Weber und Kantorowicz).

Diese frühe soziologische Beschäftigung mit dem Recht stellt den charakteristischen juristischen Problembeschreibungen instruktive Einsichten zur Seite: Sie lässt erstmals das Soziale im Recht qua soziologischer Theoriebildung auftauchen und macht somit die sozio-historische und soziale Bedingtheit von Recht sichtbar. So zeigt sie etwa, dass Recht

und Herrschaft, Recht und Stand bzw. Klasse, Recht und Eigentum usw. durchaus in Relation stehen, ebenso wie sie sich dafür interessiert, in welcher Weise Recht auf Gesellschaft wirkt. Dabei spricht sie dem Recht eine zentrale Rolle für die soziale Ordnungsbildung von Gesellschaften (vgl. den Beitrag zu Tönnies) (die sie mit dem Nationalstaat gleichsetzt) (vgl. die Beiträge zu Durkheim und Weber) bzw. bei der Aufrechterhaltung von Herrschaft zu (vgl. die Beiträge zu Marx und Weber).

(2) In der Konsolidierungs- und Differenzierungsphase der allgemeinen Soziologie in den Jahrzehnten nach 1945 bis in 1980er Jahre hinein treten zahlreiche rechtssoziologische Einzelstudien auf den Plan, in denen die für jene Zeit prägende Wertschätzung der Rechtssoziologie innerhalb der Soziologie in Deutschland zum Ausdruck kommt. Die Rechtssoziologie ist gerade in den Anfangsjahren ein wichtiger, wenn auch quantitativ (mit Bezug auf Lehrstühle und Studierendenzahlen) kein bedeutender Zweig der Nachkriegssoziologie. Nach dem Positivismusstreit (Adorno et al. 1978) ist ein Aufschwung der Rechtssoziologie zu beobachten, die vor allem im außerakademischen Bereich eine zentrale Rolle in einem sozialtechnokratischen Modell der Politikberatung durch eine ›kritische Wissenschaft‹ übernimmt und auch bei den Versuchen einer Soziologisierung der Jurisprudenz in den späten 1960er und frühen 1970er Jahren sichtbar in Erscheinung tritt. In der allgemeinen Soziologie jener Zeit, damals in Deutschland unter anderem repräsentiert durch Habermas (siehe die Beiträge von Guibentif, Schneider, Schmidt/Heck und Bora in diesem Band), ist ein deutlicher Einfluss der Soziologie des modernen Rechts erkennbar, der auf diese Weise Einzug in die damaligen Gesellschaftstheorien hält. Die in dieser Phase entstehenden soziologischen Theorien und Theoreme des Rechts haben ausnahmslos in die Soziologie jener Jahre hineingewirkt, sind dort rezipiert worden und trugen zeitweilig dazu bei, dass die Rechtssoziologie nicht nur innerhalb der akademischen Wissenschaft ein gewisses Ansehen erlangte, sondern auch auf dem Gebiet der Politikberatung breite Wirksamkeit entfalten konnte.

Vor dem Hintergrund eines markanten Aufschwungs der allgemeinen Soziologie wuchsen neben zahlreichen Einzelstudien vor allem auch soziologische Theorien heran, in denen das Recht eine zentrale Rolle übernahm. Geiger, Schelsky, Parsons, Luhmann und Habermas prägten lange Zeit mit ihren soziologischen Theorien das Bild der deutschsprachigen (und teils auch der internationalen) Rechtssoziologie (siehe die Beiträge dazu in diesem Band). Auch Bourdieu und Foucault werden vielfach als rechtssoziologisch relevant rezipiert, ohne im selben Maß in einem engeren Sinne an rechtssoziologischer Theoriebildung interessiert gewesen zu sein. Gleichwohl stammen aus ihrer Feder Schlüsseltexte, die rechtssoziologische Forschung angestoßen haben und die sie damit anschlussfähig an diese Theoriebildung machen.

Diese Theorien erörtern, wie auch diejenigen in der Anfangsphase der Soziologie, das Recht als Element der Herstellung und Absicherung von sozialer Ordnung. Während es die Pioniere des rechtssoziologischen Denkens jedoch zugunsten ihrer (damals bahnbrechenden) Auseinandersetzung mit der gesellschaftlichen Bedingtheit des Rechts und dessen gesellschaftlicher Wirkung versäumten, die Strukturen bzw. die innere Logik des Rechts selbst zu analysieren, holen dies die Theorien der Differenzierungsphase nach. Wenn Luhmann formuliert, dass die Klassiker die »elementaren Prozesse der Rechtsbildung, der Sinn des Sollens, die Funktion des Rechts als Komponente der Struktur sozialer Systeme« »ungeklärt« (1972: 25) ließen, so wird gerade dieser Aspekt in der zweiten Phase rechtssoziologischer Theoriebildung programmatisch.

(3) Als dritte Phase wird die gegenwärtige Rechtssoziologie seit den 1980er und 1990er Jahren behandelt. Wir schließen diese Epoche mit Texten, deren Charakter als Schlüsseltexte sicher noch nicht in jedem Fall konsolidiert ist bzw. sich erst noch erweisen muss, in denen jedoch möglicherweise die Konturen zukünftiger soziologischer Theorien des Rechts sichtbar werden. An dieser Stelle werden neben etwa Teubner, Thornhill und Latour mit seiner Universalisierung von Recht auf die nicht-menschliche Welt auch eine Reihe von *studies* behandelt (vgl. die Beiträge zu Teubner, Thornhill und Latour in diesem Band). Auch die Auswahl dieser Texte ist kontingent im Hinblick auf den Kredit, den wir diesen Texten und ihrem Beitrag zur soziologischen Theorie des Rechts geben. Genau darin spiegelt sich aber auch die trotz aller Schwierigkeiten über lange Zeiträume hinweg bewahrte Lebendigkeit und diskursive Offenheit des Feldes.

Steht in den beiden ersten Phasen, der frühen und der organisierten Moderne, noch die Ausrichtung an solcher rechtssoziologischer Theoriebildung im Zentrum, die als kohärentes und umfassendes System wissenschaftlicher Aussagen ihren Gegenstandsbereich vollständig zu erfassen und in seiner Strukturiertheit angemessen zu begreifen versucht, so ist für diese späte Phase der gegenwärtigen soziologischen Theorien des Rechts vielfach ein veränderter Umgang mit und Einsatz von Theorie sichtbar. Vielfach beeinflusst von poststrukturalistischen Debatten, die ein ›Ende der großen Erzählungen‹ (Lyotard 1999 (1972)) proklamieren und einleiten, tritt neben die geschlossenen Großtheorien und Mesoperspektivierungen der Einsatz von Heuristiken und sensibilisierenden Konzepten. Dies gilt etwa für Ewick und Silbey mit den *legal consciousness studies*, aber auch für McKann mit den *legal gender studies* und Crenshaw mit den *critical race studies* (vgl. die Beiträge zu Ewick und Silbey, McKann sowie Crenshaw in diesem Band).

Diese bearbeiten lediglich rechtssoziologische Teilbereiche und beanspruchen auch nur in diesen Bereichen Geltung. Entsprechend setzt in diesem Zuge teilweise auch ein pragmatischer Umgang mit dem

soziologischen Rechtsbegriff ein. Gerade jene Perspektiven, die als *studies* um bestimmte Themen zentriert sind – z.B. mit McKinnon (*legal gender studies*) oder mit Crenshaw (*critical race studies*) –, interessieren sich nicht mehr für die Frage, was Recht ist, sondern, wie es unter je spezifischen Bedingungen sozialer Marginalisierung mit welchen Effekten operiert. In dieser Phase der Theoriebildung sind zudem schwerer noch einzelne, die soziologische Theoriebildung zentral bestimmende Figuren zu identifizieren. Die entwickelte Moderne bringt die *studies* hervor sowie interdisziplinäre und kollaborative Forschungszusammenhänge, in denen nicht mehr so sehr theoretische Denkschulen, sondern behandelte Themen im Vordergrund stehen.

Es ist dabei neben gesellschaftlichen Entwicklungen auch der allgemeinen Theorieentwicklung in den Sozial- und Geisteswissenschaften zuzuschreiben, dass gerade diese jüngeren Ansätze sich wieder verstärkt für sozialen Wandel mit Bezug auf Recht interessieren, mithin das emanzipatorische Potenzial von Recht in den Blick nehmen. Neben den Aspekten der Ordnungs- und Herrschaftseffekte tritt hier die Frage der Verringerung sozialer Ungleichheit *qua* Recht und ›von unten‹ hinzu.

Mit Bezug auf diese drei Phasen der Theorieentwicklung bildet der Band Gemeinsamkeiten, aber auch Besonderheiten des Forschungsfeldes ab. Dabei sind typische Dimensionen erkennbar, um die die Theoriebildung changiert: Sowohl tradierte Routinen als auch informelle Normen werden theoretisch als Recht aufgefasst, wobei soziologische Theorien des Rechts die Emergenz des Rechts teils stärker in der Kultur, teils stärker in der Sozialstruktur ansiedeln. Die erstgenannten Perspektiven, denen vor allem die Rechtsanthropologie und kultursoziologische Ansätze zuzuordnen sind – Hoebel und Llewellyn, Ehrlich oder die *legal consciousness studies* sind an dieser Stelle u.a. zu nennen –, sehen Recht aus einem Komplex vielfältiger kultureller Dimensionen (Identitäten, Lebensweisen, Geschlechterverhältnisse etc.) hervorgehen. Diejenigen Perspektiven, die die Sozialstruktur in den Vordergrund stellen, erkennen die Relevanz von ökonomischen Strukturen und politischen Verhältnissen, Machtgefügen etc. für die Rechtsentstehung an. Dem entspricht, wie rechtliche Dynamiken beschrieben werden. Während für viele der soziologischen Theorien das Recht erst maßgeblich in den Institutionen zum Leben kommt (Kretschmann 2017) – etwa bei Weber oder Bourdieu –, berücksichtigen andere zusätzlich – etwa die *legal consciousness studies* –, dass bereits die Gesellschaftsmitglieder auf der Alltagsebene ständig mit Recht befasst sind und es somit indirekt auch fortentwickeln.

Gesellschaftstheoretisch ist das Recht immer wieder als ein die Persistenz der Gesellschaft beförderndes Element charakterisiert worden. Nahezu alle Theorien schreiben dem Recht hiervon ausgehend eine Ambivalenz zu; mit jeweils unterschiedlichen Akzentuierungen: Recht stellt sowohl soziale Ordnungen her und erhält sie aufrecht, es gibt

Orientierung und stabilisiert Erwartungen, es zivilisiert Konflikte, stellt Verfahren der Konfliktbearbeitung bereit und vermag Konsens herzustellen. Es sorgt aber auch für die Normierung von Handlungen, es stellt gesellschaftlich notwendige Konflikte still, zementiert und invisibilisiert soziale Ungleichheit und fungiert als Instrument kultureller und sozialer Unterdrückung. Das Buch sucht diese Vielfalt der Perspektiven aufzugreifen und zu spiegeln.

Ein Impuls für die theoretische Debatte in der Rechtssoziologie

Das Buch richtet sich an Forschende der Rechtssoziologie wie auch der Allgemeinen Soziologie, ebenso wie an ein rechtssoziologisch interessiertes Publikum aus dem pluralen Feld der Rechtsforschung und -praxis. Es kann interessierten Studierenden und Forschenden, die mit den rechtssoziologischen Debatten und deren Theoriegrundlagen noch nicht vertraut sind, ebenso Orientierung geben wie (rechts-)soziologisch Versierten, die tiefer in Theoriendebatten einsteigen wollen. Der Band wendet sich an Studierende und Forschende, die auf Rechtsphänomene stoßen und sich einen Überblick über die Tradition des Forschungsgebiets oder über spezielle rechtssoziologische Theorien und Themenbereiche verschaffen wollen. Die Einführung anhand von Schlüsseltexten soll vor diesem Hintergrund dazu beitragen, die Relevanz ausgewählter rechtssoziologischer Texte einschätzen zu lernen und sie im Forschungsfeld, innerhalb der Soziologie und in ihrem gesellschaftlichen Kontext einordnen zu können. Für die erste Annäherung an die Rechtssoziologie, etwa bei Studierenden, soll der Band die Hemmschwelle gegenüber ›schwierigen‹ Texten senken. Dieses Buch soll, mit anderen Worten, sowohl einen Überblick verschaffen als auch den Einstieg in die Rechtssoziologie erleichtern, aber auch die vertiefte Auseinandersetzung innerhalb der Rechtssoziologie mit Blick auf ihre theoretische Seite und die Anbindung an die allgemeine Soziologie fördern: Es ist als ein Anstoß gedacht, künftige Debatten in stärkerem Maße an die Theorie und Theoriegeschichte des Feldes anzuschließen und insbesondere in stärkerem Maße die Entwicklungen der allgemeinen Soziologie und ihrer Theorien einzubeziehen. Mit der Einbettung jedes Schlüsseltextes in seinen historischen soziologischen Kontext soll dies erleichtert werden. Zu hoffen ist auch, dass das Buch einen Anstoß liefert, in den Schlüsseltexten liegende, noch nicht gehobene Potenziale zu erschließen.

Es ist uns ein Herzensanliegen, allen an diesem Projekt Beteiligten zu danken. Das sind insbesondere die Autorinnen und Autoren der Einführungstexte. Deren spontane Zustimmung und Bereitschaft zur Mitwirkung, ihre Mühe und Geduld, sich mit unseren Wünschen und

Empfehlungen auseinanderzusetzen und auf dieser Basis zum gemeinsamen Werk beizutragen, gehört zu den außerordentlich erfreulichen Erfahrungen bei der Herausgabe dieses Bandes. Wir danken zudem Sophie Peterson und Carolin Ruddigkeit für die tatkräftige Unterstützung bei der Redaktion des Bandes. Schließlich danken wir dem Velbrück Verlag (und hier insbesondere Frau Thien) für die Aufnahme des Bandes in das Programm und die sehr professionelle und umsichtige Unterstützung bei der Vorbereitung der Publikation.

Literatur

- Adorno, Theodor W./Dahrendorf, Ralf/Pilot, Harald/Albert, Hans/Habermas, Jürgen/Popper, Karl R. (1978): *Der Positivismusstreit in der deutschen Soziologie*, Darmstadt/Neuwied a. Rh.: Luchterhand.
- Baer, Susanne (2015): *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Beccaria, Cesare (1966 (1793)): *Des Herrn Marquis von Beccaria unsterbliches Werk von Verbrechen und Strafen*, hrsg. von Karl Ferdinand Hommel und mit einem Nachwort versehen von John Lekschas, Berlin: Akademie-Verlag.
- Bora, Alfons (2023): *Responsive Rechtssoziologie – Theoriegeschichte in systematischer Absicht. Soziologische Theorie des Rechts 1*, Wiesbaden: Springer Fachmedien.
- Bourdieu, Pierre (2012 (1998)): *Die männliche Herrschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Bourdieu, Pierre (2019): »Die Kraft des Rechts. Elemente einer Soziologie des juristische Feldes«, in: Kretschmann, Andrea (Hg.), *Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus*, Weilerswist: Velbrück, 35–78.
- Cardozo, Benjamin N. (1949 (1921)): *The Nature of the Judicial Process, The Storrs Lectures Delivered at Yale University 1921*, New Haven: Yale University Press.
- Ehrlich, Eugen (1913): *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München/Leipzig: Duncker & Humblot.
- Eisend, Martin/Kuß, Alfred (2021): »Wesen und Relevanz von Theorien«, in: Ders., *Grundlagen empirischer Forschung. Zur Methodologie in der Betriebswirtschaftslehre*, Wiesbaden: Springer Gabler.
- Hesse, Hans A. (2004): *Einführung in die Rechtssoziologie*, Wiesbaden: Springer VS.
- Hirsch, Ernst E./Rehbinder, Manfred (Hg.) (1971 (1967)): »Studien und Materialien zur Rechtssoziologie«, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 11, 2. Aufl., Köln: Westdeutscher Verlag.
- Holmes, Oliver Wendell (1897): »The path of the law«, in: *Harvard Law Review* 10 (8), 457–478.
- Kißler, Leo (1984): *Recht und Gesellschaft: Einführung in die Rechtssoziologie*, Opladen: Leske und Budrich.

- Kretschmann, Andrea (2017): »Der Laie als Präzedenzfall im Rechtsdenken Pierre Bourdieus«, in: *Sociologia Internationalis* 55 (1), 79–108.
- Kretschmann, Andrea/Mouralis, Guillaume/Zeigermann, Ulrike (2024) (Hg.): *Laypeople in Law. Socio-legal Perspectives on Non-Professionals*, London u.a.: Routledge.
- Lyotard, Jean-François (1999 (1972)): *Das postmoderne Wissen: Ein Bericht*, Wien: Passagen-Verlag.
- Nußbaum, Arthur (1914): *Die Rechtstatsachenforschung. Ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht*, Tübingen: Mohr.
- Nußbaum, Arthur (1940): »Fact Research in Law«, in: *Columbia Law Review* 40 (2), 189–219.
- Nußbaum, Arthur (1968a): *Die Rechtstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Osterhammel, Jürgen (2006): »Über die Periodisierung der neueren Geschichte. Vortrag in der Geisteswissenschaftlichen Klasse am 29. November 2002«, in: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (Hg.), *Berichte und Abhandlungen*, Bd. 10, 45–64.
- Pound, Roscoe (1907): »The Need of a Sociological Jurisprudence«, in: *The Green Bag* 19, 607.
- Pound, Roscoe (1923): *Interpretations of legal history*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Pound, Roscoe (1927): »Sociology and Law«, in: Ogburn, William F./Goldenweider/Alexander (Hg.), *The Social Sciences and Their Interrelations*, New York: Houghton Mifflin, 319–328.
- Raiser, Thomas (1987): *Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch*, Frankfurt a. M.: Metzner.
- Raiser, Thomas (1999): *Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland*, Baden-Baden: Nomos, später erschienen als: *Grundlagen der Rechtssoziologie*. 6. durchg. und erw. Aufl., Stuttgart: UTB 2013.
- Rehbinder, Manfred (2014 (1977)): *Rechtssoziologie*, 8. Aufl., München: C.H. Beck.
- Röhl, Klaus F. (1987): *Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch*, Köln u.a.: Heymanns.
- Rüsen, Jörn (2013): *Historik. Theorie der Geschichtswissenschaft*, Wien u.a.: Böhlau.
- Schweitzer, Doris (2021): *Juridische Soziologien*, Baden-Baden: Nomos.
- Sumner, William Graham (1992 (1902)): *Folkways*, Salem: Ayer.
- Struck, Gerhard (2011): *Rechtssoziologie: Grundlagen und Strukturen*, Baden-Baden: Nomos.
- Weber, Max (1972 (1922)): *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, Tübingen: Mohr.

TEIL II:
RECHTSZOLOGIE
IN DER GRÜNDUNGSPHASE
DER SOZIOLOGIE

Karl Marx: Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz

1. Leben und wissenschaftliches Werk

Karl Marx (1818–1883) steht uns normalerweise als ergrauter Herr mit voluminösem Bart vor Augen. Das ikonische Bild von ihm, das man überall findet, ist ein Porträt, welches John Mayal angefertigt hat, als Marx 57 Jahre alt war. Knapp vierzig Jahre zuvor hatte Marx sich für das Studium der Rechtswissenschaften eingeschrieben. Sein Vater, der selbst Jurist war, konnte den jungen Studenten nur bis zu seinem zwanzigsten Geburtstag begleiten. Da war Marx bereits vom Recht zur Philosophie übergegangen. Er schloss sein Studium 1841 mit einem Dokortitel ab; eine akademische Karriere war ihm wegen »radical tendencies« jedoch verschlossen (Treviño 2017: 94; Foster/Clark/Holleman 2021).

Marx' frühes Interesse am Recht spiegelt sich in dem hier betrachteten Schlüsselwerk (1976b (1842)) wider: einem mehrteiligen Artikel zu den *Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz* im rheinischen Landtag, den Marx als politischer Journalist in seinem 25. Lebensjahr schrieb. Der Artikel erschien in der neu gegründeten *Rheinischen Zeitung*, dessen Herausgabe er soeben übernommen hatte.

Für die Entwicklung seines wissenschaftlichen Werks ist diese journalistische Arbeit des »jungen« Marx deshalb von Interesse, weil sie ein Frühstadium der Entwicklung seiner kapitalismuskritischen Ideen zeigt. Es lässt sich sogar behaupten, dass die Kritik der politischen Ökonomie, für die Marx berühmt wurde und welche in seinem mehrbändigen *Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie* (1962; 1963; 1982 (1867; 1885; 1894)) gipfelte, durch die Arbeit an diesem mehrteiligen Artikel einen ersten Anstoß erhalten hat. (Linebaugh 2014: 139 f.; Sheffi 2021: 4 f.; Marx 1971: 7 f.)

Das Kapital, dessen letztere Bände postum erschienen sind, bildet Marx' wissenschaftliches Hauptwerk. Es entspricht zugleich mehr dem uns vertrauten Bild des reifen Marx' und gilt als Klassiker auch für die Wirtschaftssoziologie (Ettrich 2007), die kritische politische Ökonomie und die kapitalistische Gesellschaftstheorie. In der Vielfalt marxistisch begründeter Untersuchungslinien bilden speziell rechtssoziologische Arbeiten eher einen Seitenstrang, der gleichwohl relevant für das Verständnis von Marx' Gesamtwerk und Ambitionen ist.

Tatsächlich hatte Marx die Absicht, komplementär zur Kritik der politischen Ökonomie, für die er später berühmt wurde, auch die Kritik der Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie weiterzuverfolgen. Seine Ansätze sind in dieser Hinsicht weniger umfänglich geblieben, bilden aber die Grundlage für eine marxistische bzw. materialistische Rechtstheorie, die in der Betrachtung des Rechts als eines sozial bestimmten Phänomens sozialtheoretisch wie rechtssoziologisch bedeutsam ist. (Treviño 2017: 93 ff.; Fine 2013; Kelley 1978; Buckel 2007; Purschke 2022)

Ein viel kommentiertes Merkmal der von Marx über einen längeren Zeitraum entwickelten Theorie ist, dass er das Recht weniger als Teil der gesellschaftlichen »Basis« versteht, also des materiellen Zusammenhangs, der unsere Existenz prägt, sondern eher als Teil des »Überbaus«, welcher ideeller bzw. ideologischer Natur ist (Marx 1971: 8). Jedoch bedeutet dies nicht, dass das Recht zum Verständnis des Kapitalismus, mit dem sich Marx zeitlebens befasste, nachrangig ist. Für die kapitalistische Produktionsweise ist das Privateigentum konstitutiv, und Eigentumsverhältnisse sind Rechtsverhältnisse, die sich den Lebensverhältnissen aufprägen (Kallscheuer 1986: 130; Wood 1981: 78 ff.; Cahan 1994). Ob man in einer strukturell bestimmten Klassengesellschaft zu den Besitzenden oder den Besitzlosen, zur Bourgeoisie oder zum Proletariat gehört, hat einen massiven Einfluss auf die eigene Lebensrealität.

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Werkes

Im weitesten Sinne geht es in Marx' Artikel *Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz* (1976b) um ein Gesellschaft-Natur-Verhältnis: die Beziehung der Menschen zum Wald als Lebensraum und die Nutzung seiner Ressourcen und Funktionen als Lebensgrundlage. Dieses Verhältnis wird auch rechtlich reflektiert bzw. es ist rechtlich vermittelt, in Form von zunächst ungeschriebenen, aber zunehmend regulierten Zugangs- und Nutzungsrechten: vom Gewohnheits- zum Gesetzesrecht. Auf diesen Formwandel des Rechts und dessen materielle Implikationen nimmt Marx Bezug.

Kurz zuvor hatte Marx in der *Rheinischen Zeitung* bereits einen Artikel (1976a (1842)) veröffentlicht, in dem er die Inspirationen der historischen Rechtsschule aufs Korn nimmt, mit der er sich in seinem Studium befasst hatte. Trotz der kritischen Wendung, die Marx' Interesse am Recht nahm, lässt sich argumentieren, dass »many of the ideas and theories that he would later develop in a more systematic form as the method of historical materialism find their basis in his early relationship to contemporary jurisprudence« (Kelly 2003: 12). Während die

historische Rechtsschule das Recht zwar im geschichtlichen und gesellschaftlichen Zusammenhang verstand, in dem sich der »Volksg Geist« widerspiegelt, leistete sie gleichwohl einem formalistischem Rechtsdenken Vorschub, in dem neben das Gewohnheits- und das Gesetzesrecht als dritte Rechtsquelle die Konzepte der Jurisprudenz treten: das »Juristenrecht« oder »Professorenrecht« (Siltala 2011: 187 ff.).

Dem konzeptionellen Fokus der historischen Rechtsschule stellte Marx eine historische Soziologie des Rechts entgegen, die auf materielle Zusammenhänge fokussierte und sich in der weiteren Entwicklung mit einem breiteren, kapitalismuskritischen Theorierahmen verband. Auch wenn sich die Soziologie zu Marx' Zeiten noch nicht als besondere Form der Sozialwissenschaft ausdifferenziert hatte, so hatten seine »Argumentationsfiguren« auf die Entwicklung der Soziologie einen bedeutenden Einfluss (Endreß 2012: 15). Die historische Dimension ist in der sozialtheoretischen Betrachtung des Wandels von Wirtschaft, Recht und Gesellschaft zu sehen (Kelly 2003: 11), die in den *Debatten über das Holzdiebstahls gesetz* gegenstandsbezogen konkretisiert wird.

Für das Verständnis des Problems, mit dem Marx sich befasst, bedarf es einer sozialgeschichtlichen Kontextualisierung. So ist dem Holzdiebstahl der Bedarf an Holz vorangestellt. Die historische Vielfalt der Waldnutzungen, ob im Rahmen der Subsistenzwirtschaft für den Eigenbedarf, in Form nicht-monetärer Gegenleistungen für verrichtete Dienste oder im Sinne der Produktion für den Tauschhandel, den Warenmarkt und die Kapitalbildung, umfasst mehr als nur Holz als Bau- und Brennmaterial. Die Früchte des Waldes nähren Mensch und Tier; Borke, Blätter und Zweige eignen sich als Unterlage und zur Abdichtung; der Wald bedeutet Schutz und Lebensraum. Er liefert Material nicht nur für Holzfäller und Kohlenbrenner, sondern auch für Zimmerer und Tischler, Fassbinder und Korbmacher, Kalkbrenner und Ziegler, Glasmacher und Schmiede, Gerber und Töpfer. Hinzu kommen die Verwendung von organischem Abfall als Dünger und die Nutzung tierischer Erzeugnisse, die aus dem Wald hervorgehen: von der Wildtierjagd über die Beweidung bis zur Schweinemast. (Graham 2003: 159; Linebaugh 2014: 150 f.; Sheff 2021: 1 f.)

Der heute zur Bezeichnung einer ökologisch und gesellschaftlich tragfähigen, langfristig orientierten Wirtschafts- und Lebensweise genutzte Begriff der Nachhaltigkeit ist ursprünglich auf die Forstwirtschaft zurückzuführen, welche im Preußen des 18. Jahrhundert verwissenschaftlicht und zu einem guten Teil auch verstaatlicht wurde. Den Hintergrund bildeten die mit der Industrialisierung zunehmende Nachfrage nach Holz und Holzkohle als Bau- und Brennstoff, die Transportrevolution mit Beginn des Eisenbahn- und Dampfschiffverkehrs und die Ausweitung der Märkte und des Wettbewerbs im Rahmen des deutschen Zollvereins. Während Holz auch jenseits des Eigenbedarfs zu einem wichtigen Wirtschaftsgut wurde, gerieten die unkontrollierte kommerzielle Abholzung

wie auch die gewohnheitsrechtlichen Nutzungen zur Herausforderung für ein zentralisiertes, der nachhaltigen Wertproduktion verschriebenes Forstmanagement (Linebaugh 2014: 146 ff.; Sheffi 2021: 1 f.).

Der Text, um den es hier geht, bezieht sich auf eine Veränderung der Rechtslage in Preußen zu Beginn der 1840er Jahre. Die Jahrzehnte nach der Napoleonischen Besatzung waren von der Formierung der preußischen Staatsmacht geprägt und werden im Hinblick auf die im März 1848 beginnende Deutsche Revolution auch als »Vormärz« bezeichnet. Die Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz, die Marx beschreibt, fanden von Mai bis Juli 1841 im Landtag der rheinischen Provinz statt. Die Provinziallandtage agierten zu dieser Zeit als Ständerversammlungen, in denen unterschiedliche Standesinteressen vertreten wurden. Es handelte sich also noch nicht um echte Volksvertretungen. Zugleich wurde ihnen in der preußischen Gesetzgebung lediglich ein Mitspracherecht gewährt: ein Zugeständnis des kaiserlichen Regenten, das weiteren Demokratisierungsbestrebungen den Wind aus den Segeln nehmen sollte. In der Folgezeit wurden jedoch Forderungen nach einer parlamentarischen Demokratie in einem gesamtdeutschen Staat laut, die mit der verfassungsgebenden Nationalversammlung in der Frankfurter Paulskirche im Mai 1848 einen historischen Höhepunkt fanden.

Das Recht auf Privateigentum als Grundlage individueller Freiheit ist ein Erbe der Französischen Revolution, deren bürgerliche Ideale auch in ehemaligen Besatzungsgebieten und Anrainerstaaten Einfluss gewannen. Je absoluter und exklusiver dieses Recht für die Besitzenden gilt, desto mehr schränkt es die überkommenen Rechte und Berechtigungen der Besitzlosen ein. (Bensaïd 2021: 27)

Im Jahr 1794 wurde das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten erlassen, das sich auch mit dem Sammeln von Holz befasst. § 215 enthält folgende Definition: »Zum Raff- und Leseholze wird nur dasjenige Holz gerechnet, welches in trocknen Aesten abgefallen ist, oder in abgeholzten Schlägen an Abraum zurückgelassen worden.« Alters- oder wetterbedingt umgefallenes oder abgebrochenes Holz ist vom Raff- und Leseholz ausgeschlossen, für dessen Entnahme es besondere Berechtigungen gibt (§§ 216–217). Der Waldbesitzer konnte spezielle Holztage zum Sammeln bestimmen und den Zugang zum Wald ansonsten untersagen (§ 218). Zugleich durften Holzsammler:innen keine »Aexte, Beile, oder andere Instrumente (mitbringen), wodurch stehende Bäume oder Aeste herunter gebracht werden können« (§ 219).

Meyers Großes Konversations-Lexikon, das erstmals in den 1840er Jahren erschienen ist, enthält neben der gesetzlichen Definition von Raff- und Leseholz auch den folgenden Hinweis: »Gewohnheitsrechtlich werden indessen häufig auch dürre Äste, trockne schwache, mit der Hand abzubrechende Stämmchen, Astbruchholz etc. gerechnet.« (Bibliographisches Institut 1908: 441)

Im Jahre 1821 trat in Preußen darüber hinaus ein eigenes Holzdiebstahlsgesetz in Kraft, welches die strafrechtliche Verfolgung des Holzdiebstahls regelt und neben zivilrechtliche Sanktionsmöglichkeiten tritt. Insoweit sich das Gesetz auf die »Entwendung von noch unzubereiteten Walderzeugnissen« (Hagen 1867: 64 f.) bezog, scheint der Fokus noch im klassischen Sinne auf dem Schlagen von Holz und der Aneignung von gehauenen Holz zu liegen. Die mit dem Strafgesetz erfolgte Kriminalisierung macht den Holzdiebstahl als ein Vergehen sichtbar, welches nicht nur die Privatsphäre der Einzelnen betrifft, sondern als eine öffentliche Angelegenheit betrachtet wird. Das Holzdiebstahlsgesetz wurde in den 1830er Jahren mehrfach novelliert. (Sheffi 2021: 3)

Im Jahre 1841 wurde den preußischen Provinziallandtagen ein neuer Gesetzentwurf zur Beratung vorgelegt, der aus einer allgemeinen Revision des nun bereits zwanzig Jahre alten Holzdiebstahlsgesetz hervorging. Genauer geht es um einen Gesetzentwurf »den Diebstahl an Holz und anderen Waldprodukten betreffend« (*Verhandlungen des sechsten Rheinischen Provinzial-Landtags nebst dem Allerhöchsten Landtags-Abschiede* 1841: 79). Das folgenreichste Anliegen scheint die Erweiterung des Begriffs und Tatbestands des Diebstahls auf das Sammeln von trockenem, abgebrochenem Holz und von anderen Waldprodukten zu sein.

Der Gesetzentwurf entscheidet zwischen »einfachem« Holzdiebstahl und »peinlich zu ahndendem« Holzdiebstahl, wobei ersterer Entwendungen »an ungefältem Holz« ebenso umfasst wie »an dem durch Zufall abgebrochenen oder in ganzen Stämmen umgeworfenen Holze« und letzterer insbesondere bei Wiederholungstaten und bei Holzdiebstahl zum Zwecke des Verkaufs greift. Ansonsten richtet sich die Unterscheidung des Schweregrads danach, ob Holz im »unzugerichteten« oder im »zugerichteten« Zustand entwendet wurde, ob also der Waldbesitzer schon eigene Anstrengungen in Richtung der Nutzbarmachung des Holzes unternommen hat oder nicht. Was auffällt, ist, dass »durch Zufall abgebrochenes und umgeworfenes Holz« auch im »unzugerichteten« Zustand allein der Nutzung durch den Waldbesitzer vorbehalten ist. Gleiches gilt für Entwendungen anderer Waldprodukte, sofern diese auch wirtschaftliche Bedeutung haben. Möglicherweise verbleibende Berechtigungen zum Holzsammeln werden in dem Gesetzentwurf nicht erwähnt. (*Verhandlungen des sechsten Rheinischen Provinzial-Landtags nebst dem Allerhöchsten Landtags-Abschiede* 1841: 80 ff.)

Offenbar ist es im Vormärz zunächst bei diesen »legislatorische[n] Vorarbeiten« geblieben, und das Holzdiebstahlsgesetz ist erst im Jahre 1852, in nochmals veränderter Fassung, »neu erschien« (Hagen 1867: 64). Jedoch wird der Gegenstand des Holzdiebstahls hier ähnlich definiert wie im Gesetzentwurf von 1841 und ist nur in Bezug auf andere Waldprodukte weiter verfeinert worden.

Es besteht also ein Spannungsverhältnis zwischen Gesetzesrecht und Gewohnheitsrecht. Während sich der Aktionsradius für das legale Holzsammeln über die Zeit deutlich verringert hat, ist der Handlungs- und Interpretationsspielraum der Exekutive gestiegen. Die Beratungen des rheinischen Provinziallandtags, welche Marx kritisch kommentiert, fallen in diese Periode der Ausweitung des Holzdiebstahls Gesetzes.

Die Annahme liegt nahe, dass es infolge der Erweiterung des Diebstahlbestands, durch Brennstoffmangel und Preissteigerungen verursachter Notlagen, der Privatisierung und Einhegung von Wäldern und der zunehmenden Strafverfolgung als solcher in dieser Zeit zu vermehrten Strafprozessen und Verurteilungen kam. Empirisch zeigt sich, dass sich die Verurteiltenrate in Preußen über alle *Straftaten* hinweg zwischen 1834 und 1878 ungefähr verdoppelt hat, und zwar bis auf ca. 1 % der strafmündigen Bevölkerung pro Jahr (Oberwittler 2016: 2 f.). Da die Verurteilung am Ende eines mehrschrittigen Erfassungs- und Verfolgungsprozesses steht, ist die Anzahl der angezeigten Delikte als um ein Vielfaches höher einzuschätzen.

Was speziell *Eigentumsdelikte* betrifft, gingen diese zu dieser Zeit im Großteil auf Holzdiebstahl zurück (Oberwittler 2016: 3). Auch die Zahl der für Holzdiebstahl Verurteilten stieg in diesem Zeitraum deutlich an und bewegte sich zwischen einem Niedrigwert von ca. 1,5 % und einem Höchstwert von ca. 3,5 % der strafmündigen Bevölkerung. Dies weist darauf hin, dass Holzdiebstahl bzw. dessen Verfolgung in der Tat ein »Massenphänomen« (Oberwittler 2016: 3) war. (Graham 2003: 161 f.; Hagen 1867: 74; Linebaugh 2014: 155)

3. Darstellung des Schlüsselwerkes

Gegenstand des fünfteiligen Zeitungsartikels (Marx 1976b) ist die Debatte über den genannten Gesetzentwurf im rheinischen Landtag. Allerdings liegt Marx weder der Gesetzentwurf im Ganzen vor, noch ist die Debatte im Wortlaut protokolliert. Seine kritische Analyse stützt sich daher auf eine Zusammenfassung, in der verschiedene Gesetzesparagrafen benannt werden, ohne deren Inhalte im Detail wiederzugeben, und daran anknüpfende Diskussionspunkte und Stellungnahmen aufgeführt werden. Für Marx gleicht diese verkürzte Darstellung einer »Mystifikation« (109); sie liefert ihm jedoch hinreichend Ansatzpunkte für eine Entlarvung des Landtags als einer »Ständerversammlung der Sonderinteressen« (146). Dabei geht es ihm zum einen um das konkrete Gesetzesvorhaben, welches eine Rechtslage schafft, in der die Interessen des Privateigentums gegenüber den Interessen der Besitzlosen begünstigt werden. Zum anderen versucht er mit seiner Darstellung aufzuzeigen, wie der Landtag seinen »Beruf zur Gesetzgebung« (110) wahrnimmt

und welches Verhältnis zum Recht als Grundprinzip staatlichen Handelns daraus hervorgeht.

Die Diskussion wie auch Marx' kritischer Kommentar beginnen bereits mit der Überschrift bzw. Bezeichnung des Gesetzes, welches den Begriff des Holzdiebstahls ins Zentrum stellt. Da sich der Regelungsgegenstand des Gesetzes auch auf Normverletzungen erstreckt, die als »einfache Holzfrevel« (110) bezeichnet werden könnten, ist diese Begriffswahl nicht unstrittig. Zu Marx' Zeiten verweist der Begriff Holzfrevel auf ein geringeres Vergehen, das unterhalb des Diebstahls liegt. Einer solchen begrifflichen Verharmlosung haben sich Stimmen im Landtag aber gerade widersetzt, die in jeder Entnahme von Holz einen ernst zu nehmenden Diebstahl erkennen und diesen entsprechend bestraft sehen möchten.

Wie gesehen geht es an der Untergrenze dieser Gesetzesübertretungen um das Sammeln von Raff- und Leseholz, d.h. des trockenen und losen Holzabfalls, welcher vor allem als Brennmaterial zum Kochen oder Heizen verwendet wird. Auf diese Art der Bedarfsdeckung waren gerade arme Leute angewiesen, die mit der Erhebung des Raffholzsammelns zum Holzdiebstahl stärkeren Sanktionen ausgesetzt werden: Geld-, Gefängnis- und Arbeitsstrafen, die den tatsächlichen Wert des verwendeten Holzes um ein Vielfaches übersteigen.

Marx kritisiert nun nicht nur die Aufwertung des Raffholzsammelns zum Diebstahl, sondern auch die darin implizierte Gleichstellung mit anderen Arten des Holzdiebstahls, insbesondere dem Einschlagen von »stehendem grünen Holz« (110), was als Lebendbestand und nicht als Holzabfall zu sehen ist. Wenn das eine – das Raffholzsammeln – zum Holzdiebstahl überhöht wird, wäre es seiner Meinung nach nur konsequent, das andere – das Einschlagen von Holz – als »Holzmord« (112) zu bezeichnen und entsprechend härter zu sanktionieren. Damit will Marx zeigen, dass das Recht den Tatbestand hier nicht neutral, sondern einseitig überspitzt erfasst und gleichstellt, was man den zugrunde liegenden Handlungen gemäß leicht differenzieren könnte und gerechterweise auch sollte. In ähnlicher Weise beobachtet er, dass es zwar nach oben hin verschärfende Umstände gibt (Holzeinschlag mit Axt oder Säge), aber nach unten hin keine mildernden Umstände geltend gemacht werden können (Holzsammeln für den Eigenbedarf): Diebstahl bleibt Diebstahl.

An späterer Stelle warnt Marx davor, »in ein *Verbrechen* zu verwandeln, was erst Umstände zu einem *Vergehen* machen« (120; Hervorh. i. O.). Dabei sind nicht nur die Umstände der Tat gemeint, wie die augenblickliche Bedürftigkeit, sondern auch die gesellschaftlichen und politischen Umstände, die Armut erst hervorbringen oder zumindest verstetigen, aber den Bedürftigen keine oder kaum eine berechtigende Handlungssphäre zuerkennen. So gilt das Privateigentum als anerkannte

rechtliche Schutzposition, während der Zustand der Mittellosigkeit mit einer gewissen Rechtlosigkeit einhergeht.

An die Wertung des einfachen Holzfrevels als Holzdiebstahls knüpfen soziologische Beobachtungen zum Wesen von Recht und Strafe an. Dazu gehört, was eine Kriminalisierung des Raffholzsammelns bewirken mag. Die vordergründige Idee des Holzdiebstahlsgesetzes mag ein besserer Schutz des Eigentums der Waldbesitzer sein, wobei mit Marx die Frage aufgeworfen werden kann, inwieweit auch der Holzabfall noch Teil des geschützten Guts – der Bäume – ist oder sein soll: »Der Raffholzsammler vollzieht nur ein Urteil, was die Natur des Eigentums selbst gefällt hat, denn ihr besitzt doch nur den Baum, aber der Baum besitzt jene Reiser nicht mehr.« (112) Eine schärfere Sanktionierung des Raffholzsammelns und dessen Gleichstellung mit ernsteren Vergehen würde einen negativen Effekt auf das Rechtsempfinden des Volkes nach sich ziehen. Die Strafe würde dann nicht mehr als gerechtes Maß für ein kleineres oder größeres Vergehen genommen, sondern erscheint als solche delegitimiert: »Das Volk sieht die Strafe, aber es sieht nicht das Verbrechen, und weil es die Strafe sieht, wo kein Verbrechen ist, wird es schon darum kein Verbrechen sehen, wo die Strafe ist.« (113)

Hier blitzt die Erkenntnis auf, dass Verbrechen ist, was als solches bestraft wird, und sich nicht allein aus der zugrunde liegenden Handlung ergibt. Strafe verweist also immer auf einen sozialen Zusammenhang, in dem ein gewisser Konsens über die Strafwürdigkeit besteht, ohne den die Strafandrohung an Effektivität verliert. Diese Hinwendung zur gesellschaftlichen Definition von Kriminalität ist über Marx hinaus prägend für soziologische Einordnungen und Erklärungen delinquenten Verhaltens. Analog besteht im institutionalistisch geprägten Rechtsrealismus die Idee, dass Eigentum ist, was vom Staat als solches geschützt wird (Waxman 2005). Auch hier wird nicht auf intrinsische Merkmale des Gegenstands abgestellt, sondern auf die gesellschaftliche oder staatliche Entscheidung verwiesen, Privateigentum in einem bestimmten Maß zu regulieren. Dass dies immer eine besondere Verteilung von Rechten und Pflichten, Freiheiten und Zumutungen impliziert, ist in dieser Tradition ebenfalls weiter ausgearbeitet worden.

Marx erhebt in seiner journalistischen Frühschrift die Frage: »wenn jede Verletzung des Eigentums ohne Unterschied, ohne nähere Bestimmung Diebstahl ist, wäre nicht alles Privateigentum Diebstahl? schließe ich nicht durch mein Privateigentum jeden Dritten von diesem Eigentum aus?« (113) Damit ist eine Logik des Gebens und Nehmens von Rechten angesprochen, die in seiner Bewertung des Holzdiebstahlsgesetzes eine wichtige Rolle spielt: Den einen werden (unbestimmte) Rechte genommen, die anderen werden in ihren (bestimmten) Rechten gestärkt. Historisch sind das eine die Gewohnheitsrechte der Armen, die eben nicht in gleichem Maße wie die Privilegien der anderen in positives Gesetzesrecht

überführt wurden oder werden. Mit der zunehmenden Einhegung von Privatbesitz bleiben viele dieser gewohnheitsrechtlichen Nutzungen übrig gebliebener Ressourcen oder Abfälle, die hier auch als »Almosen der Natur« (119) bezeichnet werden, auf der Strecke und vermindern die Möglichkeiten der Armen, sich ohne Rechtsverstöße mit dem Nötigsten zu versorgen.

Was nun das Strafmaß betrifft, schließt dies bei Eigentumsdelikten den Wert des betreffenden Gutes ein, im Falle des Holzdiebstahls also den Wert des Holzes. Hier gibt es einen interessanten Querbezug zur Unterscheidung von Gebrauchswert und Tauschwert sowie der Entstehung eines Mehrwerts im Wirtschaftskreislauf, der dem Eigentümer des Kapitals – in diesem Falle des Holzes – zugutekommt. Marx spricht vom Mehrwert des Holzes als einer »ökonomische[n] Schwärmerei« (136), welche sich durch das Holzdiebstahlsgesetz selbst im Falle der Entwendung des Holzes in reinen Gewinn verwandeln lasse. Dies gelinge dadurch, dass die Strafbestimmungen nicht nur eine Entschädigung für den »einfachen Wert« (136) des Holzes vorsehen, sondern auch einen »besondern Schadenersatz« (136) für den entgangenen Mehrwert, über dessen Zustandekommen hier nicht weiter berichtet wird, sowie die eigentliche Strafe, die den Wert des Holzes um ein Vielfaches überschreiten kann. Neben dem Moment der Wiederherstellung der ursprünglichen Besitzverhältnisse durch Entgeltung des Gebrauchs- und Tauschwerts besteht also noch ein Element der Vergeltung in Form einer Strafzahlung, welche eigentlich dem Staat zukommt.

Marx beobachtet nun verschiedene Anomalien, die staatliche Vorrechte in private Privilegien verwandeln, etwa das Zugeständnis, dass die Schätzung des Wertes des entwendeten Holzes auch durch »in Sold und Dienst des Waldeigentümers« (123) stehende Forstbeamte vorgenommen werden kann, welche zugleich als denunzierende und richtende Gewalt auftreten. Die Idee, dass Holzfrevler wie Waldbesitzer, »ein kleiner und ein großer Staatsbürger« (125), gleichermaßen vor Gericht gehört werden bzw. vom Staat in ihren Rechten und Interessen geschützt werden, wird als Illusion entlarvt. Ähnliches gilt für die Regelung, dass Strafgeelder, die bei Nichteintreibbarkeit auch in Arbeitsdienste umwandelbar sind, letztlich nicht dem Staat zugutekommen sollen, sondern dem Waldbesitzer angerechnet werden können, welcher auf diese Weise »*temporelle Leibeigenschaft* des Schuldners« (140; Hervorh. i. O.) gewinnt. Damit würden Staatsfunktionen *de facto* den Sonderinteressen der Waldbesitzer untergeordnet, und das Recht verlöre seine Unabhängigkeit gegenüber dem Privatinteresse als »Endzweck der Welt« (134).

Aus dieser Sicht ist das Holzdiebstahlsgesetz für die Waldeigentümer ein lukratives Geschäft, »denn der Holzfrevler ist dem Waldeigentümer zu einem Kapital geworden« (132), das Mehrwert verspricht. Die an und für sich unsichere Natur des Eigentums (142) wird durch den Staat,

der den Schutz des Privateigentums zum höchsten Prinzip erhebt, in das Reich kalkulierbarer Risiken überführt. Durch die im Gesetz vorgesehenen Entgeltungs- und Vergeltungsleistungen ist das Holz im Falle der Entwendung gut versichert: »Konnte der Waldeigentümer sein Holz besser asssekurieren, als es hier geschehen ist, wo man das Verbrechen in eine Rente verwandelt hat?« (136)

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion

Die zeitgenössische Rezeption von Marx' *Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz* hätte bereits vor der Veröffentlichung, nämlich in der staatlichen Zensur, enden können. Die *Rheinische Zeitung* war erst unter den Umständen einer Lockerung der damaligen Zensurbestimmungen gegründet worden. Gleichwohl sah sich der Oberpräsident der Rheinprovinz von Schaper in Reaktion auf Marx' Artikel bemüht, dem preußischen Zensurministerium die regierungskritische Tendenz des Blattes anzuzeigen (Linebaugh 2014: 140 f.; Treviño 2017: 105 ff.). Es dauerte nicht lange, bis Marx als Herausgeber zurücktrat, schließlich ins Exil ging, und die *Rheinische Zeitung*, deren Auflage über 3.000 Exemplare erreicht hatte, verboten wurde (Nichols 2021: xiii).

Dass Marx zu diesem Zeitpunkt noch ein Bild vom »weise[n]« (1976b: 120) bzw. »sittliche[n]« (1976b: 121) Gesetzgeber zeichnete, wird als idealistische Vorstellung von Recht und Staat markiert. Dass er dabei das Gewohnheitsrecht als natürliches Recht der Armen beschreibt, dem ein »instinktmäßiger Rechtssinn« (1976b: 119) zugrunde liegt, wird teils als naturrechtlicher Reflex seines Studiums, teils als kritische Wendung dessen diskutiert. (Linebaugh 2014: 141 ff.; Kelley 1978: 358 ff.)

Es wird betont, dass Marx' Artikel nicht den *einen* Zeitpunkt einfangen konnte, an dem Gewohnheitsrecht durch Gesetzesrecht ersetzt wurde und die Verschiebung von den unbestimmten oder bedingten Nutzungsrechten der Armen und Bediensteten zum staatlich positivierten Eigentumsrecht der Gutsherren und Waldbesitzer erfolgte. Vielmehr handelte es sich dabei um einen längeren Prozess, der Mitte des 18. Jahrhunderts bereits relativ weit fortgeschritten gewesen sei. Die Momentaufnahme der politischen Diskussion über eine mögliche Verschärfung des Holzdiebstahlsgesetzes wäre jedoch symptomatisch für den Konflikt zwischen besitzender und besitzloser Klasse, hier: Grundeigentümern und ländlichem Proletariat. (Linebaugh 2014: 146 ff.)

Der weitere historische Zusammenhang wird in der Einhegung von Eigentum bzw. der Verdrängung des Gemeinguts, etwa gemeinsam genutzter und bewirtschafteter Flächen, gesehen. Dies öffnet einen Strang der Rezeption, der von der zunehmenden Privatisierung von Grund und Boden, einschließlich der Landnahme im globalen Süden (Wemheuer

2016), auf aktuelle Fragen zum Umgang mit vervielfältigbarem Wissen bzw. geistigem Eigentum und global geteilten Gütern, wie der Atmosphäre oder den Weltmeeren, hinführt. (Foster/Clark/Holleman 2021; Bensaïd 2021: 57) Mit einiger Zuspitzung lässt sich dann auch behaupten, dass »Marx's very first political economic essay [...] was focused on ecological issues« (Foster 2011: 2).

Scheinbar in Spannung damit steht Marx' Polemik, dass im eingezäunten Wald die Bäume mehr geschützt seien als die (von seinen Nutzungen ausgeschlossenen) Menschen. Sein Punkt ist hier allerdings nicht eine Kritik des Prinzips der ökologischen Nachhaltigkeit, sondern der Vorwurf, dass die ökonomische Inwertsetzung des Waldes einen »hölzernen Götzen« (120) geschaffen hat, dem der kommerziell orientierte Gutsbesitzer huldigt. Dieser Gedanke wird unter Begriffen der Fetischisierung und Verdinglichung später fortgeführt und zu einem wichtigen Element der Kapitalismuskritik. (Henning 2020: 205 ff.; McNeill 2021: 18 f.)

Im Zentrum der Rezeption steht jedoch die Frage nach Eigentum und dem Verhältnis von öffentlich und privat, welches Handlungsmöglichkeiten und -begrenzungen schafft (Bensaïd 2021: 10 ff.). Armut und Devianz werden bei Marx als Teil eines strukturellen Zusammenhangs gesehen, in dem den Armen und Kriminellen nicht individuelle Schuld für das – ihren limitierten Möglichkeiten entsprechende – Verhalten zugeschrieben wird, sondern dieses als kollektiv produziert erscheint (Henning 2021: 129).

Der strafrechtliche Umgang mit einfachen Eigentumsdelikten der besitzlosen Klasse diene als Ausgangspunkt sowohl für die soziologisch geprägte Kriminologie als auch die kritische politische Ökonomie (De Giorgi 2017). Marx stand am Beginn dieses Zusammenhangs, indem er Recht und Staat, Eigentum und Kapital zusammendachte. Inhaltlich ist damit eine Perspektive vorgezeichnet, in dem staatliches Recht auch als Mittel erscheint, gesellschaftliche Konflikte zu verstetigen und soziale Ungleichheit zu reproduzieren: durch einseitige Gesetzgebung und Sanktionierung benachteiligter Gruppen. Zwar nahm Marx in seinem späteren Werk weder die soziologische Betrachtung von Verbrechen und Bestrafung wieder auf, noch vermochte er seinen Plan zu verwirklichen, der Kritik der politischen Ökonomie eine ebenso entwickelte Kritik der Jurisprudenz hinzuzufügen. (Linebaugh 2014: 140; Fine 2013: 95) Gleichwohl hat sein Werk bereits etliche Generationen inspiriert, die von ihm vorgezeichnete materialistische und konflikttheoretische Perspektive weiterzuentwickeln und immer wieder neu anzuwenden. Dies gilt nicht nur für die Rechts- und Kriminalsoziologie (Deflem 2008: 24 ff., 119 ff.; Russell 2002), sondern auch darüber hinaus.

Literatur

- Bensaïd, Daniel (2021): *The Dispossessed: Karl Marx's Debates on Wood Theft and the Right of the Poor*, Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Bibliographisches Institut (Hg.) (1908): *Meyers Großes Konversations-Lexikon*, Leipzig: Bibliographisches Institut.
- Buckel, Sonja (2007): *Subjektivierung und Kohäsion: Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, Weilerswist: Velbrück.
- Cahan, Jean A. (1994): »The concept of property in Marx's theory of history: a defense of the autonomy of the socioeconomic base«, in: *Science & Society* 58, 392–414.
- De Giorgi, Alessandro (2017): »Punishment and political economy«, in: Carlen, Pat/França, Leandro Ayres (Hg.), *Alternative Criminologies*, London u.a.: Routledge.
- Deflem, Mathieu (2008): *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Endreß, Martin (2012): *Soziologische Theorien kompakt*, München: Oldenbourg Verlag.
- Ettrich, Frank (2007): »Das Kapital«, in: Kraemer, Klaus/Brunner, Florian (Hg.), *Schlüsselwerke der Wirtschaftssoziologie*, Wiesbaden: Springer VS.
- Fine, Robert (2013): »Marxism and the Social Theory of Law«, in: Banakar, Reza/Travers, Max (Hg.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford: Hart Publishing.
- Foster, John B. (2011): »The ecology of Marxian political economy«, in: *Monthly Review* 63, 1–16.
- Foster, John B./Clark, Brett/Hollemann, Hannah (2021): »Marx and the Commons«, in: *Social Research: An International Quarterly* 88, 1–30.
- Graham, Hamish (2003): »Policing the forests of pre-industrial France: Round up the usual suspects«, in: *European History Quarterly* 33, 157–182.
- Hagen, Otto (1867): *Die forstlichen Verhältnisse Preußens*, Berlin: Julius Springer.
- Henning, Christoph (2020): »Karl Marx. Debatten über das Holzdiebstahlgesetz«, in: *Widerspruch* 75, 205–207.
- Henning, Christoph (2021): »Marxismus und Armut«, in: Schweiger, Gottfried/Sedmak, Clemens (Hg.), *Handbuch Philosophie und Armut*, Berlin: J. B. Metzler.
- Kallscheuer, Otto (1986): »Gerechtigkeit und Freiheit bei Marx: Ethische Probleme bei Marx – Marxens Probleme mit der Ethik«, in: *PROKLA. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft* 16, 122–144.
- Kelley, Donald R. (1978): »The metaphysics of law: an essay on the very young Marx«, in: *The American Historical Review* 83, 350–367.
- Kelly, Duncan (2003): »Karl Marx and Historical Sociology«, in: Delanty, Gerard/Isin, Engin F. (Hg.), *Handbook of Historical Sociology*, London: Sage Publications.

- Linebaugh, Peter (2014): »Karl Marx, the theft of wood, and working-class composition: a contribution to the current debate«, in: *Social Justice* 40, 137–161.
- Marx, Karl (1962; 1963; 1982): *Das Kapital: Kritik der politischen Ökonomie*, Berlin: Karl Dietz Verlag.
- Marx, Karl (1971): »Zur Kritik der Politischen Ökonomie«, in: *Karl Marx/Friedrich Engels – Werke*, Berlin: Karl Dietz Verlag.
- Marx, Karl (1976a): »Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule«, in: *Karl Marx/Friedrich Engels – Werke*, Berlin: Karl Dietz Verlag.
- Marx, Karl (1976b): »Debatten über das Holzdiebstahlsgesetz: Von einem Rheinländer«, in: *Karl Marx/Friedrich Engels – Werke*, Berlin: Karl Dietz Verlag.
- McNeill, Desmond (2021): *Fetishism and the Theory of Value: Reassessing Marx in the 21st Century*, Cham: Palgrave Macmillan.
- Nichols, Robert (2021): »The Dispossessed: Karl Marx's Debates on Wood Theft and the Right of the Poor«, in: Bensaïd, Daniel (Hg.), *The Dispossessed: Karl Marx's Debates on Wood Theft and the Right of the Poor*, Minneapolis: University of Minnesota Press.
- Oberwittler, Dietrich (2016): »Kriminalstatistik: lange Zeitreihen dokumentieren die Entwicklung von Verbrechen und Strafe«, in: *Informationsdienst Soziale Indikatoren* 55, 1–6.
- Purschke, Dirk (2022): *Der Rechtsgedanke bei Marx*, Berlin: De Gruyter.
- Russell, Stuart (2002): »The continuing relevance of Marxism to critical criminology«, in: *Critical Criminology* 11, 113–135.
- Sheffi, Nofar (2021): »The Sh(e)aring Economy: Debates on the Law on Takings«, in: *Laws* 10, 54.
- Siltala, Raimo (2011): *Law, Truth, and Reason: A Treatise on Legal Argumentation*, New York: Springer.
- Treviño, Javier (2017): *The Sociology of Law: Classical and Contemporary Perspectives*, Oxon: Routledge.
- Verhandlungen des sechsten Rheinischen Provinzial-Landtags nebst dem Allerhöchsten Landtags-Abschiede (1841), Coblenz: Buch- und Steindruckerei des J. Friedrich Kehr.
- Waxman, Ilana (2005): »Hale's Legacy: Why Private Property is Not a Synonym for Liberty«, in: *Hastings Law Journal*, 57, 1009–1029.
- Wemheuer, Felix (Hg.) (2016): *Marx und der globale Süden*, Köln: Papy-Rossa.
- Wood, Ellen M. (1981): »The separation of the economic and political in capitalism«, *New Left Review* 127, 66–95.

DORIS SCHWEITZER

Émile Durkheim: Über soziale Arbeitsteilung

1. Leben und Werk

Émile Durkheims Wirken – und so auch seine im Jahr 1893 erstmals veröffentlichte Schrift *Über soziale Arbeitsteilung* – fiel in eine krisenhafte Zeit in Frankreich. Nicht nur die Soziale Frage drohte den gesellschaftlichen Zusammenhalt zu sprengen, auch ließen sich nur schwer Antworten darauf finden: Die Kriegsniederlage 1871 hatte dem französischen Rationalismus und Fortschrittsglauben einen tiefen Stoß versetzt, und der Einfluss der katholischen Kirche verhinderte »den Aufbau eines demokratischen Bewusstseins, die Schaffung eines solidarischen Zusammenhalts und die Entwicklung einer säkularen, individualistischen Moral« (Müller 2019: 11). Es handelte sich aber auch um eine Zeit, in der die Soziologie in Frankreich gerade erst im Entstehen begriffen war. Durkheims zentraler Beitrag zur Gründung der Soziologie ist dabei unbestritten – sowohl auf theoretischer wie auf institutioneller Ebene. Aber zunächst zu den Eckdaten seines Lebens:

David Émile Durkheim wurde 1858 in Épinal als Sohn eines Rabbiners geboren. Nach seinem Abschluss in Philosophie an der *École normale supérieure* in Paris war er zunächst als Lehrer an Gymnasien tätig. In den Jahren 1885/1886 ermöglichte ein Stipendium des Erziehungsministeriums Durkheim eine Forschungsreise nach Deutschland. Hieraus resultierten zwei im Jahr 1887 publizierte Aufsätze über »Die Philosophie an den deutschen Universitäten« und »Über positive Moralkissenschaft in Deutschland« (beide in Durkheim et al. 1995), in denen die entscheidenden Impulse für seine Anbindung der Soziologie an die Moral zu erkennen sind.

Im Jahr 1887 erhielt Durkheim einen Lehrstuhl für »Pädagogik und Sozialwissenschaft« in Bordeaux, wo er die erste offizielle Lehrveranstaltung Frankreichs in den »Sozialwissenschaften« abhält (Delitz 2018: 28). In seiner Zeit in Bordeaux veröffentlichte er drei seiner wichtigsten Monographien: die Dissertationsschrift *Über die Arbeitsteilung* (1893); seine – zunächst in Form von Aufsätzen veröffentlichten – grundlegenden Überlegungen über *Die Regeln der soziologischen Methode* (1895), die zum methodischen Manifest der Durkheim-Schule werden; sowie zwei Jahre später die exemplarische Durchführung dieses Programms in *Der Selbstmord* (1897).

Im Jahr 1902 folgte Durkheim (bis 1906 zunächst vertretungsweise) einem Ruf auf den Lehrstuhl für Erziehungswissenschaften an die Sorbonne, der auf sein Bestreben hin im Jahr 1913 in den Lehrstuhl für ›Erziehungswissenschaft und Soziologie‹ umbenannt wurde. Neben zahlreichen Artikeln und Besprechungen veröffentlichte Durkheim in dieser Zeit *Die elementaren Formen des religiösen Lebens* (1912), die bis heute eine nachhaltige Wirkung entfaltet haben. Der Tod seines Sohnes im ersten Weltkrieg bedeutete eine grundlegende Zäsur in seinem Leben, kurz darauf verstarb Durkheim im Jahr 1917.

Durkheim ging es in seinen Schriften – insbesondere in den frühen wie in der *Arbeitsteilung* und v.a. in den *Regeln* – um die Begründung der Soziologie als eine ›positive‹, d.h. streng empirisch-induktiv verfahrenende Wissenschaft. Soziologie kann man daher nach Durkheim nur über einen klar abgegrenzten Gegenstandsbereich und eine verbindliche Methode bestimmen. Insofern sind seine Werke auch als Auseinandersetzung mit den bereits existierenden soziologischen Ansätzen und Schriften seiner Zeit zu lesen. Deutlich etwa sind die Spuren von August Comte und Herbert Spencer erkennbar (Delitz 2018: 32), aber auch Absetzbewegungen zu konkurrierenden zeitgenössischen Entwürfen wie etwa denjenigen von Gabriel Tarde und René Worms (vgl. hierzu Mucchielli 1998).

Auf institutioneller Ebene war Durkheim ein entschiedener Verfechter einer Soziologie jenseits der Philosophie und der (Individual-)Psychologie. In der Durchsetzung dieses Anliegens spielte sein organisatorisches Geschick eine große Rolle: Im Jahr 1898 gründete Durkheim die Zeitschrift *Année sociologique*, deren Aufgabe in »der Besprechung und, genauer, der Sortierung der ›schlecht‹ und ›recht‹ verstandenen Soziologien« (Delitz 2018: 41) bestand und die lange Zeit das Zentrum seiner Arbeit bildete. Mit Hilfe der *Année* versammelte Durkheim eine engagierte Gruppe von Wissenschaftlern aus den unterschiedlichsten Disziplinen um sich (vgl. Fournier, Carls 2020). Diese bildeten die Durkheim-Schule mit einer eigenen – an den *Regeln* – orientierten Nomenklatur und Systematisierungsweise der als ›Soziologie‹ anzuerkennenden Arbeiten. Der entscheidende Einfluss der *Durkheimiens* auf die Institutionalisierung und Entwicklung der Soziologie in Frankreich ist dabei nicht zu unterschätzen (vgl. Clark 1981).

Über sein Leben außerhalb der Universität ist nur wenig bekannt, nicht zuletzt, weil Durkheim sich kaum autobiografisch äußerte sowie seine Korrespondenzen und Manuskripte im Zweiten Weltkrieg vernichtet wurden (vgl. Delitz 2018: 29). Auch wenn es so scheint, man könne von Durkheim »nur sagen, daß sein Leben sein Werk ist« (König 1976: 314), gab es jedoch auch einen politischen Durkheim: Zum Höhepunkt der Dreyfuss-Affäre wurde er im Jahr 1898 Generalsekretär der Sektion Bordeaux der *Ligue de défense des droits de l'homme et du citoyen*, die schon bald nach ihrer Gründung zur wichtigsten Organisation der

Dreyfuß-Anhänger wurde. Inwiefern er – wie eine beträchtliche Reihe seiner Schüler und einer seiner wenigen Freunde, Jean Jaurès – dem Sozialismus nahestand, ist jedoch in der Literatur umstritten. Mitglied einer sozialistischen Partei war er jedenfalls nie, und das geplante Werk über die Geschichte des sozialistischen Denkens wurde nicht fertiggestellt (mit Ausnahme des Manuskriptteils über Saint-Simon, vgl. Clark 1981: 183 m.w.N.).

2. Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften

Durkheims Studie *Über soziale Arbeitsteilung* ist keine Rechtssoziologie.¹ Im Vordergrund steht vielmehr angesichts der tiefen sozialen Krise in Frankreich die Ordnungsfrage, d.h. wie gerade angesichts einer fortschreitenden Individualisierung soziale Ordnung möglich bzw. erklärbar ist. Durkheim erkennt einerseits eine Zunahme der individuellen Freiheit, gleichzeitig zeige sich aber, dass das Individuum immer mehr von der Gesellschaft abhängt. Die Auflösung dieser »scheinbaren Antinomie« (82) erfolgt über die Untersuchung der Arbeitsteilung. Durkheim analysiert dabei im Ersten Buch der *Arbeitsteilung* den funktionalen Wirkungszusammenhang zwischen Arbeitsteilung und Solidarität; im Zweiten Buch führt er die Ursachen an, die zur kausalen Erklärung der Entstehung der zunehmenden Arbeitsteilung heranzuziehen sind; und schließlich identifiziert er im Dritten Buch die anormalen, d.h. »pathologischen« Formen der Arbeitsteilung.

Durkheim wendet sich der Analyse der Arbeitsteilung zu, da diese bestimmte Formen der sozialen Beziehungen erzeugt – *in concreto* soziale Beziehungen durch Abhängigkeiten nach dem Muster, dass »Schuster ohne Schneider nicht leben können« (Luhmann 1996: 25). Die Funktion der Arbeitsteilung liege in der Herstellung einer sozialen Solidarität als das »soziale Band« (111), das die Gesellschaft zusammenhält bzw. ihre Auflösung verhindert. Dieses Band ist bei Durkheim wiederum ein moralisches Phänomen: »Moralisch ist, könnte man sagen, alles, was Quelle der Solidarität ist« (468).

Moral ist bei Durkheim immer auf die Gesellschaft gerichtet und verfolgt keine individuellen Zwecke. Sie habe »die wesentliche Aufgabe«, aus dem einzelnen Menschen »einen integrierten Teil eines Ganzen zu machen und ihm folglich etwas von der Freiheit seiner Bewegung

1 Die folgende Darstellung basiert auf der Untersuchung der Rolle des Rechts in Durkheims Soziologie in Schweitzer 2021: 391 ff. Vorliegend wird aus der Übersetzung der zweiten Auflage der *Arbeitsteilung* aus dem Jahr 1902 zitiert. Die Vorworte werden mit der Jahreszahl versehen.

zu nehmen« (468). Die Gesellschaft werde mithin durch Moral zusammengehalten, oder anders formuliert: Soziale Integration der Individuen in die Gesellschaft erfolgt über gemeinsame Normen und Werte. Gesellschaft ist folglich bei Durkheim ein genuin normatives Phänomen: »Jede Gesellschaft ist eine moralische Gesellschaft.« (285) Soziale Ordnung ist synonym zu normativer Ordnung zu verstehen. Daher ist das primäre Anliegen der soziologischen Arbeit Durkheims, moralische Phänomene entsprechend der Methode der positiven Wissenschaften zu untersuchen bzw. – wie er im Vorwort zur ersten Auflage der *Arbeitsteilung* im Jahr 1893 schreibt – eine »Wissenschaft der Moral« zu betreiben (76).

Arbeitsteilung und soziale Solidarität werden bei Durkheim also letztlich derart miteinander in Beziehung gesetzt, dass die Moral der Gesellschaft ins Zentrum der Studie rückt. Um nun zu beweisen, dass die Gesellschaft Ende des 19. Jahrhunderts über Arbeitsteilung integriert wird, muss Durkheim die Vorherrschaft einer spezifisch arbeitsteiligen sozialen Solidarität aufzeigen. Für diesen Nachweis kommt nun dem Recht eine entscheidende methodische Rolle zu: Es dient als objektiver Indikator bzw. als sichtbares Symbol einer unsichtbaren sozialen Solidarität. Diese ist nämlich »als durch und durch moralisches Phänomen der unvermittelten, exakten Beobachtung nicht zugänglich, vor allem nicht der Messung« (111). Um die soziale Solidarität »also klassifizieren wie vergleichen zu können, muss man die innere Tatsache, die sich uns entzieht, durch eine äußere Tatsache ersetzen, die sie symbolisiert, und die erste vermittels der zweiten erforschen. Dieses sichtbare Symbol ist das Recht.« (ebd.)

Im und über das Recht kann man nach Durkheim die zentralen Formen des gesellschaftlichen Zusammenhalts erkennen. Denn eine Gesellschaft, die sich allein auf Sitten begründe, sei zu instabil und könne sich nicht erhalten. Sobald jedoch etwas im sozialen Leben an Bedeutung erlange und auf Dauer gestellt werde, nehme es notwendigerweise die »Rechtsform« an (260). Man kann Durkheim zufolge also »sicher sein, im Recht alle wesentlichen Varianten der sozialen Solidarität widergespiegelt zu finden« – Recht repräsentiert »alle wesentlichen Solidaritätsformen« (112 f.). Insofern gilt für Durkheim: Die Anzahl der sozialen Beziehungen ist mit der Zahl der Rechtsregeln »proportional«, das Rechtsleben erweitere sich »zu gleicher Zeit und in demselben Verhältnis« wie die Gesellschaft (ebd.). Er setzt folglich die Analyse der sozialen Solidarität »in Relation zum System juristischer Regeln« (81), die die Solidaritätsformen widerspiegeln. Recht wird bei ihm zum empirischen Indikator der Moral. So ist René König zuzustimmen, wenn er über Durkheims Ansatz schreibt: »Die Regeln des gesatzten Rechts sind nicht nur im juristischen Sinne eine ›Rechtsquelle‹, sondern auch im soziologischen Sinne eine *Quelle für objektive Daten* (wie die der Statistik),

die weiterer analytischer Zerlegung zugeführt werden können.« (König 1971: 49, Hervorh. i. O.)

Wenn also Durkheim in der *Arbeitsteilung* zur Untersuchung der gewandelten sozialen Solidarität auf das Recht recurriert, dann erfolgt die Klassifikation der sozialen Solidarität über die Klassifikation des Rechts. Hierfür könne man aber nicht an der juristischen Differenzierung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht ansetzen, da nach Durkheim letztlich jedes Recht aufgrund seines Individualbezugs privat und aufgrund seiner sozialen Funktion öffentlich ist (115 f.). Er greift vielmehr auf die Klassifikation durch die Sanktionsart zurück, mit der auf die jeweiligen Rechtsregeln reagiert werde.

In dieser Perspektive macht er im Recht zwei Hauptformen von Sanktionen aus, die zwei verschiedene Typen der Solidarität zum Ausdruck bringen: Einerseits identifiziert Durkheim das repressive Recht, das als Strafrecht darauf abzielt, den Schuldigen zu bestrafen, indem es ihm Leid zufügt. Dem repressiven Recht entspricht nach Durkheim der Typus der ›mechanischen Solidarität‹ bzw. der ›Solidarität aus Ähnlichkeit‹. Sanktioniert werde hier ein Verbrechen, das intensive und bestimmte Zustände der Kollektivgefühle verletze, die im Bewusstsein aller verankert seien (vgl. 126 f.). Diese Betrachtungsweise setzt die Existenz eines vorgängigen gemeinsamen Bewusstseins voraus, wofür Durkheim jenen so umstrittenen und vieldeutigen Begriff des Kollektivbewusstseins in Anschlag bringt. Es handele sich dabei um ein umgrenztes System der »Gesamtheit der gemeinsamen religiösen Überzeugungen und Gefühle im Durchschnitt der Mitglieder einer bestimmten Gesellschaft«, dem Durkheim eine eigenständige Wirklichkeit zuspricht (128). Die Regeln, die das gemeinsame Bewusstsein sanktionierten, drücken diese tief verwurzelten gemeinsamen Überzeugungen und damit »die wesentlichsten sozialen Ähnlichkeiten aus« (155). Das Strafrecht symbolisiere also einen solidarischen Zusammenhalt, »dessen Ursache in einer bestimmten Übereinstimmung des Bewußtseins aller einzelnen Individuen mit einem gemeinsamen Typ liegt« (155). Und die Strafe habe als »rein mechanische [...] Reaktion« (158) die Wirkung, diesen Zusammenhalt aufrechtzuhalten, indem sie das gemeinsame Bewusstsein am Leben erhalte (159).

Andererseits gebe es das restitutive Recht, zu dem Durkheim Zivil-, Handels-, Prozessrecht sowie Verwaltungs- und Verfassungsrecht zählt (117). Die Sanktionsart des restitutiven Rechts bestehe darin, einen *status quo ante* wiederherzustellen, d.h. die Dinge gewissermaßen wieder zurechtzurücken. Damit symbolisiert es nach Durkheim die »organische Solidarität«, die sich der Arbeitsteilung verdankt. Denn auch wenn hier primär individuelle Interessen ausgeglichen werden und die entsprechenden Regeln nach Durkheim entweder »gar nicht am Kollektivbewußtsein teilhaben oder nur schwach ausgebildet sind« (163), kämen auch

sie aus der gesellschaftlichen Sphäre und förderten daher den sozialen Zusammenhalt. Auch sie stellten soziale Beziehungen her, wie Durkheim am Beispiel des – hierfür prototypischen – Vertragsrechts erklärt: Verträge rufen korrelative und gegenseitige Verpflichtungen hervor oder beziehen sich auf bereits erbrachte Leistungen. Eine solche Gegenseitigkeit setze aber Zusammenarbeit voraus, »und diese ihrerseits entsteht nicht ohne Arbeitsteilung« (175 f.). Denn Arbeitsteilung führe zu einer Spezialisierung der Funktionen, was Bedingung eines jeden Tausches (im nicht rechtstechnischen Sinne) sei. Das restitutive Recht drücke damit eine soziale Solidarität aus, die den Zusammenhalt über kooperative Beziehungen herstelle und im Falle einer Verletzung durch Restitution »sanktioniert« werde.

Mit der Zunahme der Arbeitsteilung rücken die privatrechtlichen Austauschverträge ins Zentrum der Bestimmung der Solidaritätsform der arbeitsteiligen Gesellschaft:² »Die vertraglichen Beziehungen entwickeln sich notwendigerweise mit der Arbeitsteilung, da diese ohne den Tausch nicht möglich ist, dessen rechtliche Form der Vertrag ist. Anders ausgedrückt: Eine der bedeutendsten Spielarten der organischen Solidarität ist das, was man die Vertragssolidarität nennen könnte.« (450)

Durkheim wendet sich damit dezidiert gegen die zu seiner Zeit breit diskutierten Kontrakttheorien. Insbesondere grenzt er sich damit auch gegen den individualistischen Utilitarismus à la Spencer ab. Denn nach Durkheim gilt gerade nicht, dass die Gesellschaft das Produkt solcher individuellen Vertragsabschlüsse sei (259). Er geht demgegenüber davon aus, »daß der Vertrag sich nicht selber genügt« (272). Möglicher Regelungsgegenstand, v.a. aber Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit eines Vertrages liegen nämlich keinesfalls im Willen der Vertragsschließenden begründet. So gilt, wie die berühmte Formulierung lautet: »nicht alles ist vertraglich beim Vertrag« (267). Die entsprechenden Normen – man kann sie auch die »außervertraglichen Voraussetzungen des Vertrages« (Röhl 1978) nennen – können nur aus der überindividuellen Sphäre stammen: So »ist der Vertrag überall dort, wo er existiert, einer Regelung unterworfen, die das Werk der Gesellschaft ist und nicht das der Einzelperson« (267 f.). Vertragsrecht als Voraussetzung jeden Vertrages

- 2 Das liegt auch in seinem Erkenntnisinteresse in der *Arbeitsteilung* begründet: Durkheim unterscheidet innerhalb des restitutiven Rechts diejenigen Regeln, die das Nutzungsrecht anderer ausschließen oder Übergriffe in die eigene Sphäre sanktionierten und aufgrund dieser trennenden Wirkung Ausdruck einer »negativen Solidarität« seien (z.B. dingliche Rechte wie Eigentum, Schadensersatz und Deliktsrecht), von denjenigen Regeln, die auf Kooperation und Koordination abzielen und daher Ausdruck einer »positiven Solidarität« seien. Nur letztere interessieren ihn, da sie ihren Grund in der Arbeitsteilung haben. Den Kern eines solchen Kooperationsrechts bildet das Vertragsrecht (vgl. 166 ff.).

ist immer gesellschaftlichen Ursprungs. Damit gilt: »Die Rolle der Gesellschaft kann also in keinem Fall darauf reduziert werden, die Verträge passiv auszuführen; sie besteht auch darin, zu bestimmen, unter welchen Bedingungen sie rechtskräftig sind, und ihnen, wenn nötig, ihre normale Form wiederzugeben.« (272) Die Gesellschaft ist damit über das Vertragsrecht auch im privaten Vertrag immer regulierend präsent. Daher steigt mit der Zunahme der vertraglichen Beziehungen in der arbeitsteiligen Gesellschaft auch der die Präsenz der Gesellschaft. Jene ›scheinbare Antinomie‹ zwischen Zunahme der individuellen Freiheit und zunehmender Abhängigkeit von der Gesellschaft löst sich mithin über das Vertragsrecht als Basis der arbeitsteiligen Gesellschaft auf.

Die Unterscheidung der beiden rechtlichen Sanktionsformen verwandelt sich bei Durkheim in ein Argument der Zahl. Das wird möglich, da Durkheim Recht als ein objektiv gegebenes, eindeutig bestimmbares und dabei klassifizier- und messbares gesellschaftliches Phänomen bestimmt: Es ist einerseits nicht von willkürlichen staatlichen Manifestationen, d.h. von einem wie immer gearteten gesetzgeberischen Willen, abhängig. Denn Recht ist in der *Arbeitsteilung* immer gewachsenes Recht bzw. »Gewohnheitsrecht«, das sich »zum geschriebenen Recht wandelt und kodifiziert wird« (124). Es hat seinen Ursprung in der Sitte und im Brauch, und wird vom Staat letztlich nur deklariert und nicht geschaffen. Recht ist bei Durkheim letztlich kein Kausalfaktor in der gesellschaftlichen Entwicklung, sondern folgt dieser (vgl. Schweitzer 2021: 412). Andererseits besitzt man mit den in Rechtsformen ›kristallisierten‹ kollektiven Gewohnheiten auch eine von individuellen Manifestationen unabhängiges Kriterium, wie Durkheim insbesondere in den *Regeln* nochmals klarstellt: »Da diese Formen in Permanenz existieren und sich nicht mit ihren verschiedenen Anwendungen ändern, so stellen sie einen fixen Gegenstand dar, der dem Beobachter stets zur Verfügung steht und subjektiven Empfindungen sowie persönlichen Beobachtungsfehlern keinen Raum läßt. Eine Rechtsnorm ist, was sie ist; es gibt nicht zwei verschiedene Arten, sie aufzufassen.« (Durkheim 2007 (1894): 139)

Dieser Rechtsbegriff Durkheims ermöglicht es, Recht als eindeutig gegebenes Datum anhand seiner Sanktionsarten zu ordnen, zu klassifizieren und in ihren jeweiligen Solidaritätsformen zu vergleichen. Dazu genüge es – so Durkheim –, den jeweiligen Anteil des repressiven und des restitutiven Rechts zu messen, d.h. »die Anzahl der Rechtsregeln miteinander zu vergleichen, denen dieser Anteil im jeweiligen Gesamtvolumen des Rechts entspricht« (115). Über diese einfache proportionale Bestimmung sei dann ein fortschreitendes Übergewicht der organischen Solidarität zu erkennen. Denn das Strafrecht, das in »primitiven Gesellschaften« das gesamte Recht ausmache (125), trete in quantitativer Hinsicht zunehmend in den Hintergrund: »Ein Blick auf unsere Gesetzbücher

genügt, um den geringen Platz festzustellen, den das Strafrecht im Verhältnis zum kooperativen Recht einnimmt.« (200)

Durkheim deutet dieses Argument der Zahl letztlich in ein entwicklungsgeschichtliches Argument um: Wenn gegenwärtig ein fortschreiten-des Übergewicht der organischen Solidarität festzustellen sei, so entspreche diese Entwicklung dem »Gesetz der Geschichte« (229) im Übergang von »primitiven« zu »höheren« sozialen Typen. Während die mechanische Solidarität eine gesellschaftliche Struktur voraussetze, die homogen sei und aus untereinander ähnlichen Segmenten bestehe, bildeten sich mit zunehmendem gesellschaftlichen Entwicklungsstand verschiedene Organe heraus. Das gemeinsame Bewusstsein nehme in der arbeitsteiligen Gesellschaft ab zugunsten bereichsspezifischer Moralsysteme, so dass der »funktionalen Differenzierung« der arbeitsteiligen industrialisierten Gesellschaft eine Art »moralischer Polymorphismus« entspreche (Durkheim 1999 (posthum): 18). Gesellschaft werde in diesem Fall durch funktionale Interdependenz integriert, und dies findet seinen Ausdruck im restitutiven respektive kooperativen Recht: Auch die Zusammenarbeit hat ihre »eigenständige Moralität« (285).³

3. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion

Durkheims Analyse in der *Arbeitsteilung* basiert auf der Annahme, dass das Recht in seinem jeweiligen Bestand das kollektive Bewusstsein repräsentiert respektive indiziert. Diese sogenannte »Indexthese« des Rechts wurde und wird mit sehr überzeugenden Gründen harsch kritisiert. Schon der Durkheim-Schüler Albert Bayet wies in den 1920er Jahren darauf hin, dass bei einer gegebenen Norm weder klar sei, ob sie noch angewendet werde oder trotz gleichen Wortlauts durch Auslegung gänzlich modifiziert worden sei, oder ob sie von verschiedenen Kreisen und Klassen überhaupt in derselben Weise angewandt werde bzw. ob sie nicht auf Widerstand in der Gesellschaft stoße. Schon Bayet bezweifelte mithin den soziologisch indikativen Wert der Rechtsnormen. Denn in all diesen Fällen könne das methodische Vorgehen, aus dem kodifizierten Recht die gemeinsamen Vorstellungen einer Gesellschaft abzuleiten,

- 3 Durkheim stellt am Ende seiner Untersuchung eine »schwere Krise« der arbeitsteiligen Gesellschaft fest (479), weil sich die normalerweise durch Arbeitsteilung erzeugte organische Solidarität realiter durch drei pathologischen Formen der Arbeitsteilung (anomische, erzwungene, aus innerorganisatorischen Koordinationsmangel resultierende) in einem »krankhaften Zustand« befände. Da das Recht bei ihm aber gerade kein Kausalfaktor in der gesellschaftlichen Entwicklung darstellt, ist die Lösung auch nicht in gesetzgeberischen, etwa sozialrechtlichen Vorschlägen zu suchen.

in die Irre führen (Bayet 1922; 1925, zitiert nach König 1971: 49; siehe auch Schweitzer 2021: 435 ff.). Darüber hinaus wurde immer wieder auf die Schwierigkeiten der Trennung zwischen repressiven und restitutiven Sanktionsformen hingewiesen, können sie doch auch in Kombination miteinander auftreten (vgl. Cotterrell 1999: 33). Auch die eigentümliche Art der Kategorisierung des Rechts wurde kritisiert, insbesondere Durkheims Einordnung des Verwaltungs- und Verfassungsrechts als restitutives Recht (etwa Gephart 1993: 384 f.).

Von rechtshistorischer Seite griff man insbesondere Durkheims Konzept primitiver Gesellschaften im Rahmen seiner Entwicklungsthese des Rechts an (vgl. Müller und Schmid 1996: 512 m.w.N.). Kritisiert wurde ebenso das Vorgehen, das Recht zu einem Argument der Zahl zu machen, indem die verschiedenen Arten des Rechts in ein quantitatives Verhältnis gesetzt werden – ein Vorgehen, das für Hart berechtigter Weise »[s]omewhat fantastically« erscheint (vgl. Hart 1967: 6). Selbst ein Durkheim wohlgesonnener Autor wie Roger Cotterrell kommt zu dem Schluss: »In short, the index thesis, as he explains it, seems to show the worst aspects of the positivist orientations of his sociology.« (Cotterrell 1999: 33)

Die Kritik an der »Indexthese« wird dabei mit einer generellen Kritik an der *Arbeitsteilung* verbunden. Denn nach allgemeiner Ansicht ist es Durkheim nicht gelungen, seine Untersuchung über den Zusammenhang zwischen Arbeitsteilung und gesellschaftlicher Solidarität zu einem befriedigenden Abschluss zu führen (Schmid 1989: 518 ff. m.w.N.). Die Kritik richtet sich v.a. gegen den Begriff des Kollektivbewusstseins, der bei Durkheim in sich logisch widersprüchlich verwendet wird: Nach Durkheim handelt es sich beim Kollektivbewusstsein zum einen um eine Art Set an gemeinsamen Glaubensvorstellungen und Gefühlen, das die einzelnen Individuen in die Gesellschaft integriert. In diesem Sinne verwendet er den Begriff zur Kennzeichnung eines allgemeinen Strukturmerkmals jeder Gesellschaft, d.h. als Grundbegriff jeglicher Gesellschaftslehre. Demgegenüber aber macht er zugleich das Kollektivbewusstsein zu einem entwicklungsgeschichtlichen Kriterium, wenn er den Wandel zur arbeitsteiligen Gesellschaft über die Abnahme des Kollektivbewusstseins beschreibt (vgl. König 2007: 29 f.). Dieser logische Widerspruch werfe Durkheim nicht nur – so Talcott Parsons – völlig aus der Bahn (vgl. Parsons 1966: 318), sondern wirkt sich auch auf die rechtlichen Fragestellungen aus. Denn es bleibt damit letztlich unklar, welche Rolle dann das Strafrecht spielt, auf das Durkheim ja trotz seiner These der Abnahme des repressiven Rechts immer wieder zurückkommt (vgl. Gephart 1993: 384).

Schließlich gründe auch das »Durkheimsche Dilemma« in der Soziologie der Moral« (Karsenti 2013) in der *Arbeitsteilung*: Über die Sanktionsanalyse des Rechts schreibt Durkheim darin die Moral auf eine

objektive, empirische Tatsache fest, in der über den Normbruch nur Handeln als Abweichung oder Devianz in den Blick gerät. Die genuin normative Dimension der Moral samt ihrer verhaltensbestimmenden positiven Wirkungen, also Handlungen, die sich an Idealen orientieren, bleiben in ihrer strukturbildenden Funktion außen vor – bzw. sind nur über eine Revision der Prämissen zu integrieren (vgl. hierzu Isambert 2013; Karsenti 2013).

Trotz all dieser Schwierigkeiten und Kritiken zählt Durkheim zu den klassischen Autor:innen der Rechtssoziologie. Das hat auch seine Berechtigung, hatte er doch bereits über seine Schüler unmittelbar Einfluss auf die Weiterentwicklung der Rechtssoziologie. Auch bleiben Durkheims Ansätze zum Recht nicht bei der Indexthese stehen. So hat die Annahme der »außervertraglichen Voraussetzungen des Vertrags«, die Recht als gesellschaftliche Quelle der Bindungswirkung von individuellen Verträgen betrachtet, auch jenseits der Frage der Repräsentation irgendeines angenommenen Kollektivbewusstseins Bestand. Zudem hatte Durkheim auch in seinen weiteren Werken zentrale Einsichten für die Rechtssoziologie entwickelt (vgl. hierzu insbesondere Lukes/Scull 1983). Insbesondere die These der Normalität des Verbrechens und seiner positiven Funktionen für die soziale Ordnung, wie er sie in den *Regeln* entfaltet (vgl. Durkheim 2007 (1894): 156 ff.), wird als eine genuin soziologische Adressierung der Fragen des Rechts diskutiert. Auch der Zusammenhang von der Zunahme des Individualismus bis hin zur Sakralisierung des Individuums und anomischen Zuständen wird nicht nur mit Blick auf den *Selbstmord* diskutiert (vgl. Lukes/Prabhat 2012). Weit weniger Beachtung fand die posthum veröffentlichte (unvollständige) Vorlesung *Zur Physik der Sitten und des Rechts*, in der Durkheim zentrale Rechtsinstitutionen wie Eigentum und Vertrag untersucht. Dort rücken gegenüber der formellen Betrachtung nach Sanktionsarten die materiell-rechtlichen Regelungen in den Blick, allerdings weniger die einzelnen Rechtsregelungen, als vielmehr die Bündelungen der Normen zu gesellschaftlichen »Institutionen« (vgl. Durkheim 2007 (Vorwort zur 2. Aufl. 1901): 100).

Der Rekurs auf Durkheim erfolgt aber zumeist aus historischer Perspektive: Er wird – zu Recht – als Autor seiner Zeit gelesen, der einen gewichtigen Beitrag in der Geschichte der Rechtssoziologie geleistet hat. Allenfalls *im Anschluss*, aber weniger *mit* Durkheim, werden sich rechtssoziologischen Themen gewidmet. Dabei könnte man auch heute noch durchaus positiv an ihn anschließen: Durkheim geht von einem Konnex zwischen rechtlichen Phänomenen und soziologischer Theorie aus. Betrachtet man dies auf diese Art und Weise, so würden Recht und rechtliche Phänomene dahingehend untersucht werden, dass nach Effekten und Implikationen der im rechtlichen Kontext erzeugten Praktiken und Techniken für soziologische Theorieannahmen gefragt wird. Das ist keine

Rechtssoziologie im herkömmlichen Sinne, jedoch wäre ein Gang ins Recht dafür unumgänglich – und mit Durkheim: Ein Gang ins positiv gesetzte Recht. Dies ist aber genau jener Umstand, der der Rechtssoziologie so oft Schwierigkeiten bereitet.

Literatur

- Clark, Terry N. (1981): »Die Durkheim-Schule und die Universität«, in: Lepenies, Wolf (Hg.), *Geschichte der Soziologie - Studien zur kognitiven, sozialen und historischen Identität einer Disziplin*, Bd. 2, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 157–205.
- Cotterrell, Roger (1999): *Emile Durkheim. Law in a moral domain*, Stanford: Stanford University Press.
- Delitz, Heike (2018): *Émile Durkheim zur Einführung*, Hamburg: Junius.
- Durkheim, Émile (1996 (1893/1902)): *Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Durkheim, Émile (1999 (posthum)): *Physik der Sitten und des Rechts. Vorlesungen zur Soziologie der Moral*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Durkheim, Émile (2007 (1894)): *Die Regeln der soziologischen Methode. Herausgegeben und eingeleitet von René König*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Durkheim, Émile/Schultheis, Franz/Gipper, Andreas (Hg.) (1995): *Über Deutschland. Texte aus den Jahren 1887 bis 1915*, Konstanz: UVK – Universitätsverlag Konstanz.
- Fournier, Marcel/Carls, Paul (2020): »Durkheim's Team: L'Année Sociologique«, in: Joas, Hans/Pettenkofer, Andreas (Hg.), *The Oxford Handbook of Émile Durkheim*, <https://academic.oup.com/edited-volume/28224> (Zugriff: 02.05.2024).
- Gephardt, Werner (1993): *Gesellschaftstheorie und Recht. Das Recht im soziologischen Diskurs der Moderne*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Hart, H. L. A. (1967): »Social Solidarity and the Enforcement of Morality«, in: *The University of Chicago Law Review* 35 (1), 1–13.
- Isambert, François-A (2013): »Durkheim: Eine Moralwissenschaft für eine laizistische Moral«, in: *Trivium* 13, <http://journals.openedition.org/trivium/4474> (letzter Zugriff: 02.05.2024).
- Karsenti, Bruno (2013): »Das »Durkheimsche Dilemma« in der Soziologie der Moral«, in: *Trivium* 13, <http://journals.openedition.org/trivium/4447> (letzter Zugriff: 02.05.2024).
- König, René (1971): »Das Recht im Zusammenhang der sozialen Normensysteme«, in: Hirsch, Ernst E./Rehbinder, Manfred (Hg.), *Studien und Materialien zur Rechtssoziologie*, 2. Aufl., Opladen: Westdeutscher Verlag, 36–53.
- König, René (1976): »Émile Durkheim – der Soziologe als Moralist«, in:

- Käsler, Dirk (Hg.), *Klassiker des soziologischen Denkens*, Bd. 1, München: C. H. Beck, 312–364.
- König, René (2007): »Einleitung«, in: Durkheim, Émile, *Die Regeln der soziologischen Methode. Herausgegeben und eingeleitet von René König*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 21–82.
- Luhmann, Niklas (1996): »Arbeitsteilung und Moral. Durkheims Theorie«, in: Durkheim, Émile, *Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 19–38.
- Lukes, Steven/Prabhat, Devyani (2013): »Durkheim über Recht und Moral: Die Desintegrationsthese«, in: Bogusz, Tanja/Delitz, Heike (Hg.), *Émile Durkheim. Soziologie – Ethnologie – Philosophie*. Frankfurt a. M./New York: Campus.
- Lukes, Steven/Scull, Andrew T. (Hg.) (1983): *Durkheim and the Law*, New York: St. Martin's Press.
- Mucchielli, Laurent (1998): *La découverte du social. Naissance de la sociologie en France (1870–1914)*, Paris: La Découverte
- Müller, Hans-Peter (2019): »Émile Durkheim: Der Soziologe und sein Werk«, in: Ders. (Hg.), *Das Soziologische Genie und sein solides Handwerk. Studien zu Émile Durkheims Forschungsprogramm*, Wiesbaden: Springer VS, S. 9–34.
- Müller, Hans-Peter; Schmid, Michael (1996): »Arbeitsteilung, Solidarität und Moral. Eine werksgeschichtliche und systematische Einführung in die ›Arbeitsteilung‹ von Émile Durkheim«, in: Durkheim, Émile, *Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften. Mit einer Einleitung von Niklas Luhmann*, 2. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 481–532.
- Parsons, Talcott (1966): *The Structure of social action. A study in social theory with special reference to a group of recent European writers*. 4. Aufl., New York: Free Press.
- Röhl, Klaus F. (1978): »Über außervertragliche Voraussetzungen des Vertrages«, in: Kaulbach, Friedrich/Krawietz, Werner (Hg.), *Recht und Gesellschaft. Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 435–480.
- Schmid, Michael (1989): »Solidarität und Arbeitsteilung: Bemerkungen zu Durkheims Theorie«, in: Haller, Max/Hoffmann-Nowotny, Hans-Joachim/Zapf, Wolfgang (Hg.), *Kultur und Gesellschaft. Verhandlungen des 24. Deutschen Soziologentags, des 11. Österreichischen Soziologentags und des 8. Kongresses der Schweizerischen Gesellschaft für Soziologie in Zürich (04.–07. Oktober), 1988*, Frankfurt a. M.: Campus, 518–531.
- Schweitzer, Doris (2021): *Juridische Soziologien. Recht und Gesellschaft von 1814 bis in die 1920er Jahre*, Baden-Baden: Nomos.

DORIS SCHWEITZER

Ferdinand Tönnies: Gemeinschaft und Gesellschaft

1. Leben und Werk

Ferdinand Tönnies (1855–1936) war einer der prägenden Figuren der sich als Fach institutionalisierenden Soziologie in Deutschland. Geboren im Jahr 1855 und in Nordfriesland aufgewachsen, habilitierte er sich nach philologischem Studium und Promotion bereits mit 25 Jahren in der Philosophie mit einer Schrift über Thomas Hobbes, auf den er in seinen späteren Arbeiten immer wieder zurückkam. Danach hielt er mehr als 20 Jahre als Privatdozent der Philosophie Vorlesungen in Kiel, wurde doch seine akademische Karriere aufgrund seines Engagements für die Arbeiterbewegung und seiner Kritik am Wilhelminischen Obrigkeitsstaat blockiert. Erst im Jahr 1908 erhielt er eine Professur in Kiel für »wirtschaftliche Staatswissenschaften«, 1913 ein zweites Ordinariat für Staatswissenschaft. Im Jahr 1916 lässt er sich emeritieren, um sich primär der Forschung widmen zu können.

Tönnies arbeitete Anfang des 20. Jahrhunderts verstärkt an der Systematisierung der Soziologie, wobei er zwischen der »reinen« (d.h. begriffskonstruktiven), der »angewandten« (historischen) und der »empirischen« Soziologie unterschied. Diese Einteilung, die er bis in die *Einführung in die Soziologie* aus dem Jahr 1931 beibehielt, bildete den Rahmen seiner Arbeiten. Obwohl Soziologie für ihn – wie er immer wieder betonte – eine »theoretische« bzw. eine »philosophische« Wissenschaft sei (etwa Tönnies 1926 (1910): 125), setzte er sich auch stark für die Institutionalisierung der Soziologie als eigenständiges Fach ein. Im Jahr 1909 wurde Tönnies zum Vorstandsmitglied der neu gegründeten *Deutschen Gesellschaft für Soziologie* gewählt, der ersten dezidiert soziologischen Fachvereinigung in Deutschland im Zuge der Etablierungsgeschichte der Soziologie als eigenständige wissenschaftliche Disziplin. Er blieb deren Präsident auch nach der zwischenzeitlichen Auflösung im Jahr 1920 und der Neugründung 1922, bis er 1933 nach diversen Übernahmeversuchen seitens einer Gruppe junger, bisher außerhalb der DGS stehender Nationalsozialisten aus Jena im Zuge der Anpassung der DGS an den NS abgesetzt wurde (vgl. Dörk/Schnitzler/Wierzock 2019).

Tönnies war stets auch politisch engagiert: Im Jahr 1896 stellte er sich im Hamburger Hafenstreik auf die Seite der Streikenden und

entging dabei nur knapp einem Disziplinarverfahren des preußischen Kultusministeriums. Er setzte sich praktisch für Sozialreformen und die freie Entfaltung der Gewerkschaften, für gemeinschaftliche Ziele sowie die Weimarer Republik ein (vgl. Bickel 2003: 115). Auch wendete er sich von Anfang an gegen den heraufziehenden Nationalsozialismus. Im Jahr 1930 trat er in einem symbolisch-demonstrativen Akt in die SPD ein und bezog öffentlich Stellung gegen das nationalsozialistische Denken. Daraufhin wurde er gemäß dem *Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums* im September 1933 aus dem Staatsdienst entlassen. Seine Pension wurde auf das Existenzminimum gekürzt und er hatte kaum noch Möglichkeiten zum Publizieren. Im Jahr 1936 starb er in Kiel.

Tönnies veröffentlichte nicht nur theoretische Untersuchungen und ideengeschichtliche Studien etwa über *Die Entwicklung der sozialen Frage* (1907), *Karl Marx* (1921) oder *Das Eigentum* (1926). Vielmehr forschte er – seiner Einteilung der Soziologie folgend – ebenso empirisch (vgl. hierzu Bellebaum 2016). *Gemeinschaft und Gesellschaft* gilt aber gemeinhin als sein Hauptwerk. Die Problemlage, die er dort entfaltete, beschäftigte ihn sein ganzes Leben lang. Die erste Auflage aus dem Jahr 1887 – noch mit dem Untertitel *Abhandlung des Communismus und des Socialismus als empirischer Culturformen* versehen – gilt zudem als eines der ersten genuin soziologischen Werke in Deutschland des 19. Jahrhunderts, auch wenn es damals verhältnismäßig wenig Rezeption erfuhr. Das änderte sich erst mit der zweiten Auflage aus dem Jahr 1912, von Tönnies leicht verändert und erweitert und nun mit *Grundbegriffe der reinen Soziologie* untertitelt.¹ Es wurde ein Bestseller sowohl innerhalb der sich als Fach konstituierenden Soziologie als auch weit darüber hinaus. Tönnies erlangte mithin eine repräsentative Position in der deutschen Soziologie der 1920er-Jahre (vgl. Bickel 2003: 121).

Die theoretische Einordnung von Tönnies ist nicht ganz einfach – ihm wird vom Rationalismus über den Naturalismus bis hin zur (Sozial-) Romantik fast jede geistesgeschichtliche Position zugeschrieben (Bickel 1991: 45). Das resultiert nicht zuletzt aus der Zielsetzung seiner Arbeit, wie er sie bereits im Jahr 1879 in einem Brief an seinen Freund Friedrich Paulsen formulierte: »Und ich meine auch, wir müssen Romantik und Rationalismus zu einer höheren Synthese verbinden [...]«. (Tönnies, Brief vom 30.10.1879, in Tönnies/Paulsen 1961: 61) Beide Denkweisen seien in einer wissenschaftlichen Gesamtsicht des menschlichen Zusammenlebens aufzuheben. Aus diesem Versuch der Zusammenschau folgt das Problem, dass viele verschiedene geistesgeschichtliche Momente bei

1 Vorliegend wird aus dem Neudruck der 8. Auflage aus dem Jahr 1935 zitiert. Die Vorworte sowie die einzeln gekennzeichneten späteren Zusätze werden mit der Jahreszahl versehen.

ihm anzutreffen sind und darüber gestritten wird, ob einzelne Aspekte die Überhand gewonnen haben.

2. Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie

Gemeinschaft und Gesellschaft ist kein rechtssoziologisches Werk im eigentlichen Sinne. Es handelt sich um den Versuch einer grundbegrifflichen Fundierung der Soziologie auf der Basis dieses Begriffspaares, das Tönnies zufolge die Grundformen der Sozialität überhaupt darstellt.² Die Begriffe, die in einer solchen theoretisch und abstrakt verfahrenen ›reinen Soziologie‹ gebildet werden, beruhen nicht unmittelbar auf der Erkenntnis von Tatsachen, sondern sind »rein als Konstruktionen« zu verstehen, die grundsätzlich indifferent gegen ihre Anwendbarkeit auf die Wirklichkeit sind (Tönnies, Brief vom 28.12.1889, in Tönnies und Paulsen 1961: 273). Sie sind folglich gedankliche Konstruktionen, oder wie Tönnies im Rückblick schreibt: »Die Soziologie hat als besondere Wissenschaft ihre besonderen Gegenstände: es sind die ›Dinge‹, die aus dem sozialen Leben und nur aus dem sozialen Leben hervorgehen. Sie sind Erzeugnisse menschlichen Denkens und sind nur für ein solches Denken vorhanden: nämlich zunächst für die sozial Verbundenen selbst, die dem Gemeinsamen, das sie als über sich waltend denken, einen Namen geben und es als ein Etwas, letzten Endes als eine wollens- und handlungsfähige Person, vorstellen.« (Tönnies 2012c (1931): 240)

Wenn diese ›Dinge‹, die gedanklichen Konstruktionen, aus dem sozialen Leben hervorgehen, dann geht es bei Tönnies letztlich um die Frage, was mit dem, was man denkt, gewollt wird, oder mit Tönnies gesprochen: »Was und warum und wie *wollen* die denkenden Menschen?« (ebd.: 241) Denn sobald man mit anderen in eine soziale Beziehung eintrete, dann verbinden sich unterschiedliche Willenssphären. ›Gemeinschaft‹ und ›Gesellschaft‹ sind dementsprechend als Willensverbindungen zu verstehen, die etwas anderes als eine schlichte Addition des Willens zweier Personen seien. Es seien vielmehr Verbindungen, die von beiden Seiten gewollt werden müssen und daher »Verhältnisse gegenseitiger Bejahung« (3) darstellen.

›Gemeinschaft‹ und ›Gesellschaft‹ sind für Tönnies also gedankliche Begriffskonstruktionen, über die man die sozialen Beziehungen, die ›gewollt‹ bzw. ›bejaht‹ werden, erkennen kann. Sie dürfen aber nicht mit der Realität verwechselt werden, sondern dienen Tönnies als ein Mittel bzw.

- 2 Die folgende Darstellung basiert auf der Untersuchung der Rolle des Rechts in Tönnies' Soziologie in Schweitzer 2021: 439 ff.

›Normalbegriffe³, an denen die in der Erfahrung gegebenen Sozialformen gemessen werden. Daher treten sie auch in Opposition zueinander. Ihre Eigenschaften sind gleichsam gegenläufig, um einen scharfen Unterschied markieren zu können: Grob zusammengefasst auf der einen Seite gemeinschaftliche Sozialformen, die auf einer organischen Verbundenheit durch Nähe, Vertrautheit, Eingebettetheit, das gemeinsam Tradierte und Gewollte basieren; auf der anderen Seite gesellschaftliche Sozialformen, die auf einer mechanischen Verbundenheit der einzelnen Individuen mit ihren individuellen Willen und Interessen, entsprechender Distanz und einer instrumentellen Rationalität im Umgang miteinander beruhen.

›Gemeinschaft‹ und ›Gesellschaft‹ stellen also die Grundbegriffe der Soziologie Tönnies' dar, über die er die Eigenheiten des menschlichen Zusammenlebens und -wirkens herausarbeitet. Steht auf der einen Seite also die Begriffsarbeit im Vordergrund von *Gemeinschaft und Gesellschaft*, so wird diese Unterscheidung andererseits bei Tönnies entwicklungsgeschichtlich respektive modernisierungstheoretisch gewendet: Fragt man sich, was sich im Übergang zur modernen kapitalistischen Gesellschaft gewandelt hat, so erkennt Tönnies hier einen sukzessiven Verfall gemeinschaftlicher Beziehungen und spricht daher von der Ablösung des »Zeitalters der Gemeinschaft« durch das »Zeitalter der Gesellschaft« (251).

Um nun zunächst die Begriffe von Gemeinschaft und Gesellschaft auf streng wissenschaftliche Weise konstruieren zu können, rekurriert Tönnies in fundamentaler Weise auf das Recht. Das hat mehrere Gründe: Erstens sprechen für Tönnies *wissenschaftstheoretische* Gründe für diese Orientierung an der rechtlichen Denkungsart. Denn er erkennt im Rationalismus das »Prinzip des wissenschaftlichen Denkens überhaupt« (Tönnies 2012d (1932): 263). Ihm zufolge gilt: »Wissenschaft und mithin alle Philosophie als Wissenschaft ist *rationalistisch*.« ((1887): XX, Hervorh. i. O.) Die zunehmende Rationalisierung aller Bereiche des sozialen Lebens finde seine Entsprechung im Rationalismus der Wissenschaft, d.h. auf dem ihm »eigentümlichsten Gebiet« (ebd.). Diese geschichtlich sich entwickelnde rationalistische Tendenz erkennt Tönnies nun insbesondere im Naturrecht verwirklicht: Ihm zufolge ist das rationalistische Naturrecht – und hier paradigmatisch dasjenige Hobbes (vgl. Tönnies 2012d (1932): 263) – der Prototyp des wissenschaftlichen Denkens. Daher fühlt er sich aufgrund seines strengen Wissenschaftsverständnisses dem Naturrecht verpflichtet.

Angesichts dessen ist für die Hinwendung zum Recht zweitens insbesondere eine *geistesgeschichtliche Problemlage* entscheidend, auf die

3 Die notwendige gedankliche Abstraktion bezeichnet Tönnies später als eine Konstruktion von »Normalbegriffen [...], deren Gegenstände mit einer leichten Abänderung des Max Weberschen Terminus ich *ideelle Typen* nenne« (Tönnies 2012d (1932): 271, Hervorh. i. O.).

Tönnies mit *Gemeinschaft und Gesellschaft* antwortet: Es ist dies »[d]er Gegensatz der historischen gegen die rationalistische Auffassung«, der – wie er in der Vorrede aus dem Jahr 1887 schreibt – im »Laufe dieses Jahrhunderts in alle Gebiete der Social- oder Cultur-Wissenschaften eingedrungen« sei ((1887): XV). Diese Konstellation bildet die Grundlage seiner Begriffsarbeit, wie Tönnies an anderer Stelle nochmals betonte: »Der Ursprung meiner soziologischen Begriffe liegt in dem für Deutschland bedeutenden Gegensatz der historischen gegen die rationalistische Denkungsart und Schule, welcher Gegensatz der vorherrschenden Auffassung nach mit der Überwindung des rationalistischen durch das historische Denken gelöst worden ist.« (Tönnies 2012b (posthum): 257)

Dieser Gegensatz zwischen Historismus und Rationalismus trat nun nach Tönnies »am Auffallendsten in der Rechtsphilosophie zutage« (ebd.). Er meint damit im Spezifischen die Konfrontation zwischen Naturrecht und Historischer Rechtsschule im sogenannten *Kodifikationsstreit* Anfang des 19. Jahrhunderts (vgl. hierzu Schweitzer 2023): Um die Jahrhundertwende hatten sich v.a. naturrechtliche Stimmen gemehrt, die angesichts eines starken Rechtspluralismus auf den deutschen Gebieten für eine einheitliche Kodifikation des Zivilrechts auf Basis natur- respektive vernunftrechtlicher Überlegungen plädierten. Genau dagegen wendete sich die Historische Rechtsschule letztlich erfolg- und folgenreich. Ansatzpunkt war dabei die Rechtsquellenlehre: In der Historischen Rechtsschule erscheint das Recht nicht als eine rationale Konstruktion, sondern als historisch erwachsen aus Sitte, Brauch und Gewohnheit. Diese Gewohnheitsrechtslehre basiert auf der Idee der organischen Verbundenheit des Rechts mit dem Volksgeist: Recht wird nicht – wie im Naturrecht – als rationaler Willensakt konzeptioniert, es ist kein Produkt einer nach Vernunftmaßstäben agierenden Gesetzgebung, sondern der Kollektivsphäre in ihrer Einheit, dem Volksgeist. Daher sei eine gewillkürte Gesetzgebung wie ein einheitliches Zivilrecht für die deutschen Gebiete nicht zulässig.

Beide Seiten im Kodifikationsstreit – d.h. sowohl Naturrecht als auch Historische Schule – beinhalten nach Tönnies aber nicht nur eine Rechtstheorie, sondern ebenso eine Sozialtheorie. Das rationale Naturrecht gehe dabei von der natürlichen Freiheit und Gleichheit der Menschen als Tatsachen der Vernunft aus. Damit drücke es in paradigmatischer Weise die moderne Weltansicht aus. Es sei der erste Entwurf der wissenschaftlichen Durchdringung der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit (vgl. Bickel 1991: 265): »Die Lehre (des Naturrechts, D.S.) ist daher Correlat eines gesellschaftlichen Zustandes, worin die persönliche Freiheit normale Erscheinung, und das Privateigentum ausgebildet ist; daher der entwickelten Arbeitsteilung und des regulären Verkehrs mit Tauschwerten, – der Geld- und Kapitalwirtschaft.« (Tönnies 1911: 398)

Das Erstarken der Historischen Rechtsschule, die in der Rechtswissenschaft zur ›herrschenden Lehre‹ wurde, führte im Ergebnis nach Tönnies dazu, »das *Naturrecht*, wie es in den letzten zwei Jahrhunderten ausgebildet war, gänzlich preiszugeben, hingegen das *Gewohnheitsrecht* als normales Gebilde des Volksgeistes höher zu schätzen als alles, was im Gebiet des Rechtes aus der Vernunft abgeleitet werden kann oder sogar nachweislich aus der Vernunft eines Gesetzgebers hervorgegangen ist« (Tönnies 2012b (posthum): 257, Hervorh. i. O.).

Die Verdrängung des Naturrechtsdenkens ist letztlich nicht nur aus wissenschaftstheoretischer, sondern ebenso aus sozialtheoretischer Sicht problematisch. Dabei handelt es sich nach Tönnies bei Naturrecht und Historischer Rechtsschule um die Differenz zwischen einer »organischen« und einer »mechanischen Auffassung« des sozialen Lebens. Und genau in dieser Differenz fundiert er seine Grundbegriffe: Die Gemeinschaft wird als »reales und organisches Leben«, als »lebendiger Organismus« begriffen, die Gesellschaft dagegen als »ideelle und mechanische Bildung«, d.h. als ein »mechanisches Aggregat und Artefakt« (3 f.).

Schließlich führt Tönnies drittens auch explizit *gegenstandsbezogene* Gründe für die Auseinandersetzung mit dem Recht an: Für eine Soziologie, die auf intersubjektiven Beziehungen – nach Tönnies: »sozialen Verhältnissen« – aufbaut, erscheint in sachlicher Hinsicht das Rechtsverhältnis als zentraler Gegenstand. Denn, so Tönnies an anderer Stelle, »[e]s bedarf nur geringer Überlegung, um zu gewahren, daß sich die sozialen Verhältnisse in weitem Umfang mit rechtlichen Verhältnissen decken« (Tönnies 2012a (1907): 116). Auch wenn er betont, dass der Begriff des sozialen Verhältnisses weiter sei, konstruiert er ihn nach dem Modell eines gegenseitig verpflichtenden Rechtsverhältnisses, das in übereinstimmenden Willensbeziehungen fundiert ist: »Im Wesen jedes sozialen Verhältnisses liegt es, daß wenigstens von einer Seite, in einem vollkommenen, d.h. gegenseitigen Verhältnis aber von beiden – um von dem einfachen Fall eines Verhältnisses *zweier* Personen auszugehen, – der *Anspruch* auf ein gewisses Verhalten der anderen Person und die Erwartung eines solchen gehegt wird, und zwar eines Verhaltens, das aus dem freien Willen hervorgeht und dem Wunsch und Willen des Erwartenden gemäß ist: es wird also durch einen gemeinsamen, einen überindividuellen – sozialen – Willen gesetzt und *geboten*.« (Tönnies 2012e: 203, Hervorh. i. O.)

Dieser »soziale Wille«, von dem Tönnies spricht, verweist auf dasjenige, was dem rechtlichen Verhältnis vorausgesetzt ist, d.h. die Rechtsordnung und daher das objektive Recht. Letztlich sei die soziale Ordnung im objektiven Recht erkennbar. Denn die Rechtsordnung bilden diejenigen Ordnungsnormen, die für das Zusammenleben als unabdingbar angesehen werden und denen daher auf empirischer Ebene der Status des Rechts zugesprochen wird. Oder wie es an anderer Stelle heißt, »deren

Ordnung für ein friedliches Zusammenleben als wesentlich und notwendig angesehen wird« (Tönnies 1925 (1905–1911): 181). Diese Kopplung von Recht und Ordnung führt in *Gemeinschaft und Gesellschaft* zu der Formel: »Ordnung ist natürliches Recht, Recht schlechthin = positives Recht.« (207) Recht beinhalte (neben der Moral) die Regeln der sozialen Ordnung. Und objektives Recht erweise sich als System von sozialen Normen, wobei soziale Normen allgemeinverbindliche Normen des Handelns oder sonstigen Verhaltens darstellen.

Diese Bezugnahme auf die Rechtsphilosophie sowie ihre rechtswissenschaftliche Konfliktsituation im Kodifikationsstreit Anfang des 19. Jahrhunderts, aber auch auf das Rechtsverhältnis als Grundmodell des sozialen Verhältnisses, wirkt sich auf die Theoriearchitektur in *Gemeinschaft und Gesellschaft* aus: Erfolgt im »Ersten Buch« die allgemeine Bestimmung der Hauptbegriffe entlang der beiden Denkungsarten Naturrecht und Historische Rechtsschule, werden im »Zweiten Buch« entsprechend der sachlichen Fundierung der sozialen Verhältnisse in den Rechtsverhältnissen die beiden jeweils konstitutiven Willensformen expliziert. Denn Tönnies konstruiert – wie bereits erwähnt – das soziale Verhältnis nach dem Modell eines gegenseitig verpflichtenden Rechtsverhältnisses, mithin durch eine Willensübereinkunft. Für gesellschaftliche Verhältnisse rückt dabei der Vertrag in den Vordergrund, ist er doch nach Tönnies »das typische Rechtsgeschäft« und darin »zugleich charakteristisch für alle rationalen Rechtsverhältnisse«, die ihrerseits »die beglaubigten Ausdrücke aller rationalen Sozialverhältnisse« sind (GuG (1912): XXXIII). Der Kontrakt ist ein gegenseitiges Rechtsgeschäft, der durch zwei übereinstimmende, in Bezug aufeinander abgegebene »gewillkürte« Willenserklärungen zustande kommt. Es handele sich um Willensverbindungen, die auf dem »Kürwillen« beruhen. Die allein unter Vernunftgesichtspunkten getroffenen Übereinkünfte – bis hin zur staatlichen Ebene in Form von gewillkürter Gesetzgebung – führten dabei zu einer mechanischen, künstlichen und äußerlichen Verbindung der voneinander unabhängigen Individuen, die ihren Ausdruck im Vertragsrecht findet.

Allerdings lassen sich nach Tönnies nicht alle rechtlichen Verbindungen und Verhältnisse auf die Formel des Vertrages reduzieren. Es gebe vielmehr auch Willensbeziehungen, die nicht wie im Vertrag zwei Willenssphären gegeneinander abgeglichen, sondern von einer »Einheit menschlicher Willen als einem ursprünglichen oder natürlichen Zustande« (7, Hervorh. i. O.) ausgehen. Bejaht werde hier das Überlieferte, die Tradition, und damit das bereits bestehende Verhältnis zwischen den Menschen – der Prototyp hierfür ist die Familie. Tönnies nennt diese Willensbeziehung, die sich auf das Wesen der gewollten Sozialverhältnisse als organische Einheit richtet, »Wesenwillen«. Auch hier entstehen aus der Übereinstimmung der Willen Rechte und Pflichten der Individuen (mit Blick auf das Gemeinschaftsverhältnis), so dass hieraus ebenso

ein – wie Tönnies an anderer Stelle hervorhebt – reines Rechtsverhältnis hervorgeht (vgl. Tönnies 1925 (1905–1911): 192 f., Hervorh. i. O.). Diese finden ihren Ausdruck im Familienrecht, das für Tönnies eine Rechtsmaterie darstellt, die auf Gewohnheitsrecht beruht.

Der Differenz der Rechtsverhältnisse entspricht die Differenz der Grundbegriffe der Soziologie, die an jeweils unterschiedliche Rechtsmaterien und Rechtsentstehungsweisen gekoppelt sind: mechanische Gesellschaft – Vertragsrecht – gewillkürte Gesetzgebung versus organische Gemeinschaft – Familienrecht – tradiertes Gewohnheitsrecht (Schweitzer 2021: 475). Die aus der Analyse der Rechtsverhältnisse gewonnene grundbegriffliche Unterscheidung dient schließlich zur Analyse, zur Klassifikation und zum Verständnis der sozialen Verhältnisse schlechthin. Kürwille und Wesenwille bilden letztlich das Unterscheidungskriterium für die Bestimmung der Sozialformen, oder wie Tönnies später schreibt: »Ich nenne nun alle Arten Verbundenheit, in denen der Wesenwille überwiegt, Gemeinschaft, dagegen alle, die durch den Kürwillen gestaltet werden oder wesentlich durch ihn bedingt sind, Gesellschaft, so daß diese beiden Begriffe die Modalitäten der Verbundenheit ihrem Wesen und ihren Tendenzen nach bedeuten.« (Tönnies 2012c: 244)

Angesichts der Konfrontation von Historismus und Rationalismus ist – wie oben bereits erwähnt – das eigentliche Erkenntnisziel von Tönnies auf Synthese gerichtet. Da Tönnies nun seine Grundbegriffe an die Rechtsphilosophie zurückbindet, erscheint konsequenterweise die Arbeit am Begriff des Rechts als der eigentliche Ort der angestrebten Synthese. Diese besteht im »Dritten Buch« von *Gemeinschaft und Gesellschaft* in der Bestimmung der »soziologische[n] Gründe des Naturrechts« (147 ff.), die die Soziologie in die begriffliche Konstruktion eines gemeinschaftlichen Naturrechts münden lässt (vgl. hierzu Schweitzer 2021: 470 ff.). Während das rationale Naturrecht die Rechte und Freiheiten des Einzelnen betone, stelle die Gewohnheitsrechtslehre auf die Pflichten des Einzelnen gegenüber dem Ganzen ab. Das gemeinschaftliche Naturrecht versucht in der Synthese Rechte und Pflichten wieder zu verbinden. Oder wie Tönnies später schreibt: »[M]it dem Recht wäre die Pflicht unmittelbar gegeben: mit dem herrschaftlichen Rechte die rechtliche Pflicht, es zum Wohle des Beherrschten zu gebrauchen; mit der Pflicht des Gehorsams der rechtliche Anspruch auf Schutz und Hilfe.« (Tönnies 1931: 219) Als gemeinschaftliches Recht ist diese neue Form des Naturrechtsdenkens der Gewachsenheit des Rechts respektive der sozialen Ordnung verpflichtet, als Naturrecht behält es aber die Freiheit und Gleichheit der Individuen im Auge und hat eine der Zukunft zugewandte Dimension. Im gemeinschaftlichen Naturrecht werden bei Tönnies also diese beiden Dimensionen zusammengeführt (kritisch hierzu Kamenka/Erh-Soon Tay 1990).

Im Ergebnis antwortet das gemeinschaftliche Naturrecht auf die Pathologien einer je vereinseitigenden Denkungsart, die die jeweils andere

ausschließt – entweder der Denkungsart der restaurativen Romantik, oder aber der des Rationalismus. Dabei strebt Tönnies einerseits die Korrektur der Mystik und des Irrationalismus der Historischen Rechtsschule mit den Mitteln der Aufklärung, d.h. der rationalen Wissenschaft an. Andererseits geht es ihm um die Integration der romantischen respektive historischen Denkweise in die wissenschaftliche Auffassung der Sozialwelt, d.h. um die Ausweitung der Zuständigkeit der Vernunft in ihrem umfassendsten Sinne auch auf diejenigen Bereiche, die an sich nicht rational strukturiert sind. In diesem Sinne fungiert der Entwurf des ›gemeinschaftlichen Naturrechts‹ – wie Cornelius Bickel schreibt – als »kritische Instanz« (Bickel 1991: 149) im Sinne einer Korrektur der Pathologien des abendländischen Rationalisierungsprozesses. Letztlich erweist sich Tönnies Werk *Gemeinschaft und Gesellschaft* dann selbst als eine Art Rechtsphilosophie.

Die begriffliche Fundierung der Soziologie in den Rechtswissenschaften mündet bei Tönnies also konsequenterweise in einem rechtstheoretischen Entwurf, setzt doch die Synthese an der Überwindung der Konfrontation zwischen Naturrecht und Historischer Rechtsschule an. Und das gemeinschaftliche Naturrecht als Produkt genuin soziologischer Begriffskonstruktion stellt diese Synthese dar. So folgt die Theoriearchitektur und die begriffspolitische Intervention in *Gemeinschaft und Gesellschaft* der Entwicklung des Rechts, und zwar ausgehend von der Konfrontationslage zwischen Historischer Rechtsschule und Naturrecht Anfang des 19. Jahrhunderts.

3. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion

Obwohl Tönnies im viel stärkeren Maße als Max Weber oder Émile Durkheim explizit auf die rechtliche Denkungsart rekurriert, um seine Soziologie zu entwerfen, erfuhr er in der Rechtssoziologie keine nennenswerte Rezeption. Dass ist für die juristisch orientierte Rechtssoziologie insofern erwähnenswert, da Tönnies die Auseinandersetzung mit der Rechtswissenschaft seiner Zeit durchaus suchte. So beteiligte Tönnies sich aktiv an der Debatte um die privatrechtliche Methodenreformbewegung Anfang des 20. Jahrhunderts, in der zentral um das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Soziologie gerungen wurde. In dieser Debatte wurde ebenfalls der Nexus zwischen Naturrecht und Soziologie diskutiert. So brachten verschiedene Autoren der Methodenreformbewegung in ihrer Kritik der herrschenden Rechtswissenschaft ebenfalls ein ›natürliches Recht‹ (Erich Jung) bzw. ein ›Naturrecht in veränderter Gestalt‹ (Hermann Kantorowicz) in Anschlag, wofür die Hinwendung zur Soziologie propagiert wurde. Tönnies war in dieser Diskussion an prominenter Stelle durchaus präsent (vgl. Schweitzer 2021: 318, 439 m.w.N.),

und es ist daher davon auszugehen, dass seine Arbeiten und Positionen im Methodenstreit nicht unbekannt waren. Trotz dieser Umstände erfolgte in der sich formierenden Rechtssoziologie von juristischer Seite keine Rezeption Tönnies'.⁴

Von soziologischer Seite wurde zwar vielfach betont, dass für Tönnies die Auseinandersetzung mit dem Recht, mit einzelnen Rechtsinstituten wie Eigentum und Vertrag bzw. mit den theoretischen Überlegungen der Rechtswissenschaft respektive der Rechtsphilosophie für den Entwurf der Soziologie als eigenständige Disziplin eine bedeutende Rolle spielte. Das führte aber nicht dazu, dass Tönnies in der Rezeption der Rechtssoziologie zugerechnet wurde. In den Einführungs- bzw. Überblicksbüchern zur Rechtssoziologie erscheint er nicht. Das mag darin begründet liegen, dass die Verankerung des Tönnies'schen Ansatzes in den rechtlichen Positionsstreitigkeiten Anfang des 19. Jahrhunderts schon zu seinen Lebzeiten zumeist nicht erkannt wurde. Hierin liegen auch – wie Tönnies selbst anmerkte – die Verständnisprobleme seines Werkes begründet, wenn er schreibt: »Aber es gibt einigen Grund zu der Annahme, daß nur Wenige unter denen, die es des Lesens gewürdigt haben, wirklich mit dem Zustand und der Vergangenheit rechts- und sozialphilosophischer Lehren hinlänglich vertraut waren, um hier ein Kontrastierendes und Neues zu bemerken.« (Tönnies 2012f (1899): 104)

Dass Tönnies keinen Eingang in die Rechtssoziologie nahm, liegt aber auch an der generellen Rezeptionslage seiner Arbeiten in der Soziologie begründet. Gemeinhin wird Tönnies' Wirkung darin gesehen, dass er mit der Doppelung von Gemeinschaft und Gesellschaft eine zentrale soziologische Problemlage auf den Begriff brachte: die Frage, was die moderne kapitalistische Sozialform auszeichnet. Diese Wirkung entfaltete sich aber gleichsam subkutan: Bei fast allen Autor:innen in der Zeit der Institutionalisierung der Soziologie nimmt die Gegenüberstellung von Gemeinschaft und Gesellschaft respektive Vergemeinschaftung und Vergesellschaftung einen zentralen Stellenwert ein, ohne dass damit unbedingt auf Tönnies Bezug genommen wurde. So war Tönnies' Wirkung nach Hans Freyer – wie er im Jahr im Jahr 1930 feststellt – »so allgemein, daß sie anonym und beinahe unterirdisch vor sich geht« (Freyer 1930: 185). Nach 1933 war die explizite Bezugnahme auf Tönnies im Übrigen auch nicht mehr opportun.

Die deutsche Nachkriegssoziologie bezog sich allenfalls rudimentär auf Tönnies. Zudem war eine Rezeption durch den exzessiven Rekurs des Nationalsozialismus auf das Gemeinschaftsdenken auch vorbelastet. Der Erfolg von *Gemeinschaft und Gesellschaft* in den 1920er Jahren beruhte jedenfalls nicht unerheblich auf der begeisterten Aufnahme des

4 Die Gründe hierfür liegen in einer zu den Diskussionen quer liegenden Problematisierung bei Tönnies, vgl. hierzu ausführlich Schweitzer 2023.

Gemeinschaftsgedankens durch die Jugendbewegung.⁵ Dieser Gemeinschaftsbegriff, nun umgedeutet zur Volksgemeinschaft, wurde zur zentralen Denkfigur des Nationalsozialismus. Bis heute ist dabei strittig, ob Tönnies zu den Wegbereiter:innen des NS-Denkens zu zählen ist, auch wenn er sich explizit hiervon abgrenzte (statt vieler vgl. Käsler 1991; Breuer 2002). Während die eine Seite betont, dass diese Rezeptionslinie auf einer Missinterpretation von Tönnies beruhte, hält ihr die andere Seite entgegen, dass in *Gemeinschaft und Gesellschaft* durchaus eine normative Bevorzugung der organizistischen Gemeinschaft zu erkennen sei, der gegenüber Gesellschaft ein Verfallsphänomen darstelle (vgl. etwa Freyer 1936). Auch Tönnies selbst erkannte durchaus die Möglichkeit seiner solchen Interpretation, wenn er im April 1934 in einem Brief an seinen Sohn Gerrit selbstkritisch schrieb: »Einige sagen [...], es sei der Erfolg meiner Theorie von Gemeinschaft und Gesellschaft, der in der NS-Ideologie vorliege, und es ist dafür einiger Grund vorhanden.«⁶ Erst in den 1980er Jahren nahm die Rezeption insbesondere mit der Zunahme der Aktivitäten der bereits im Jahr 1956 gegründeten Kieler *Ferdinand-Tönnies-Gesellschaft* wieder an Fahrt auf. Allerdings liegt hierbei der Fokus eher auf historischen Untersuchungen, d.h. es wird eher über Tönnies geforscht, als dass mit dem von ihm entwickelten Methoden- und Theorieverständnis Fragen der Gegenwart bearbeitet werden.

Diese Rezeptionslage sowohl in der Rechtswissenschaft als auch in der Soziologie, mag erklären, warum Tönnies keinen Eingang in die Rechtssoziologie genommen hat. Zudem gilt: Die Zeit der großen entwicklungsgeschichtlichen Erzählungen in der Soziologie ist sicherlich vorbei – zumal in der Variante des Übergangs von der Vormoderne zur Moderne, wie sie bei Tönnies über die Unterscheidung von Gemeinschaft und Gesellschaft entfaltet wurde. Zudem erwies sich schon Anfang des 20. Jahrhunderts der Rekurs auf den Kodifikationsstreit als ›veraltet‹, war doch angesichts des Inkrafttretens des BGBs im Jahr 1900 als Kodifikation des Zivilrechts die zugrundeliegende Konfrontationslage überholt (vgl. Schweitzer 2023). Nichtsdestoweniger kann sich ein Blick auf Tönnies m.E. für die Rechtssoziologie als instruktiv erweisen: Erstens lassen sich mit ihm Rechtsverhältnisse auf ihre soziale Bindungswirkung hin befragen. Zweitens ließen sich darüber u.U. Transformationen in den gegenwärtigen sozialen Verhältnissen identifizieren. Und schließlich fordert Tönnies dazu heraus, die theoretischen Überlegungen der Rechtswissenschaft respektive der

- 5 Bereits im Jahr 1924 verteidigte Helmuth Plessner mit seiner Schrift *Grenzen der Gemeinschaft* den Gesellschaftsbegriff gegen den sich ausbreitenden Gemeinschaftsgedanken in der Weimarer Zeit (vgl. zu dieser Problematik auch Gertenbach 2014).
- 6 Dass es durchaus auch eine linke Rezeption gab, zeigt Sebastian Klauke jüngst in einem Beitrag (2023).

Rechtsphilosophie in der Soziologie nicht zu ignorieren, sondern sie dahingehend zu befragen, ob hier grundlegende Vorstellung über Sozialformen respektive Gesellschaftlichkeit verhandelt werden. Das ist auch heute noch von Relevanz, hat doch das Recht nicht an Bedeutung verloren.

Literatur

- Bellebaum, Alfred (2016): *Das soziologische System von Ferdinand Tönnies unter besonderer Berücksichtigung seiner soziographischen Untersuchungen*, München/Wien: Profil Verlag.
- Bickel, Cornelius (1991): *Ferdinand Tönnies. Soziologie als skeptische Aufklärung zwischen Historismus und Rationalismus*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Bickel, Cornelius (2003): »Ferdinand Tönnies (1855–1936)«, in: Kaesler, Dirk (Hg.), *Klassiker der Soziologie. Bd. 1: Von Auguste Comte bis Alfred Schütz*, 4. Aufl., München: Beck, 132–146.
- Breuer, Stefan (2002): »Gemeinschaft« in der »deutschen Soziologie« (1933–1945)«, in: *Zeitschrift für Soziologie* 31 (5), 354–372.
- Dörk, Uwe/Schnitzler, Sonja/Wierzock, Alexander (2019): »Die Gründung der Deutschen Gesellschaft für Soziologie vor 110 Jahren«, in: *Soziologie* 48 (3), 309–316.
- Freyer, Hans (1930): *Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft. Logische Grundlegung des Systems der Soziologie*, Leipzig u.a: Teubner.
- Freyer, Hans (1936): »Ferdinand Tönnies und seine Stellung in der deutschen Soziologie«, in: *Weltwirtschaftliches Archiv* 44, 1–9.
- Gertenbach, Lars (2014): »Gemeinschaft versus Gesellschaft. In welchen Formen instituiert sich das Soziale?«, in: Lamla, Jörn/Laux, Henning/Rosa, Hartmut/Strecker, David (Hg.), *Handbuch der Soziologie*, München/Konstanz: UVK – Universitätsverlag Konstanz, 129–143.
- Kamenka, Eugene/Erh-Soon Tay, Alice (1990): »Gemeinschaft«, »Gesellschaft« and the Nature of Law«, in: Schlüter, Carsten/Clausen, Lars (Hg.), *Renaissance der Gemeinschaft? Stabile Theorie und neue Theoreme*, Berlin: Duncker & Humblot, 131–152.
- Käsler, Dirk (1991): »Erfolg eines Mißverständnisses? Zur Wirkungsgeschichte von »Gemeinschaft und Gesellschaft« in der frühen deutschen Soziologie«, in: Clausen, Lars/Schlüter, Carsten (Hg.), *Hundert Jahre »Gemeinschaft und Gesellschaft«*. Ferdinand Tönnies in der internationalen Diskussion, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 517–526.
- Klauke, Sebastian (2023): »Zur linken Rezeptionsgeschichte von Gemeinschaft und Gesellschaft«, in: Bickel, Cornelius/Klauke, Sebastian (Hg.), *Ferdinand Tönnies und die Soziologie- und Geistesgeschichte*. Wiesbaden: Springer VS, 69–102.
- Schweitzer, Doris (2021): *Juridische Soziologien. Recht und Gesellschaft von 1814 bis in die 1920er Jahre*, Baden-Baden: Nomos.

- Schweitzer, Doris (2023): »Tönnies und die Rechtswissenschaft seiner Zeit«, in: Bickel, Cornelius/Klauke, Sebastian (Hg.), *Ferdinand Tönnies und die Soziologie- und Geistesgeschichte*, Wiesbaden: Springer VS, 237–257.
- Tönnies, Ferdinand (1979 (1887/1935)): *Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie*, 8. Aufl., Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Tönnies, Ferdinand (1911): »Hobbes' Naturrecht«, in: *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie* 4 (3), 395–410.
- Tönnies, Ferdinand (1925 (1905–1911)): »Die Anwendung der Deszendenztheorie auf Probleme der sozialen Entwicklung, Teil 1–6«, in: Ders. (Hg.), *Soziologische Studien und Kritiken*, Bd. 1, Jena: Fischer, 133–329.
- Tönnies, Ferdinand (1926 (1910)): »Wege und Ziele der Soziologie. Verhandlungen des Ersten Deutschen Soziologentages (Eröffnungsrede)«, in: Ders. (Hg.), *Soziologische Studien und Kritiken*, Bd. 2, Jena: Fischer, 125–143.
- Tönnies, Ferdinand (1931): *Einführung in die Soziologie*. Stuttgart: Enke.
- Tönnies, Ferdinand (2012a (1907)): »Das Wesen der Soziologie«, in: Ders. (Hg.), *Soziologische Schriften. Studien zu Gemeinschaft und Gesellschaft. Herausgegeben von Klaus Lichtblau*, Wiesbaden: Springer VS, 111–129.
- Tönnies, Ferdinand (2012b (posthum)): »Die Entstehung meiner Begriffe ›Gemeinschaft‹ und ›Gesellschaft‹«, in: Ders. (Hg.), *Soziologische Schriften. Studien zu Gemeinschaft und Gesellschaft. Herausgegeben von Klaus Lichtblau*, Wiesbaden: Springer VS, 257–262.
- Tönnies, Ferdinand (2012c (1931)): »Gemeinschaft und Gesellschaft«, in: Ders. (Hg.), *Soziologische Schriften. Studien zu Gemeinschaft und Gesellschaft. Herausgegeben von Klaus Lichtblau*, Wiesbaden: Springer VS, 231–255.
- Tönnies, Ferdinand (2012d): »Mein Verhältnis zur Soziologie (1932)«, in: Ders. (Hg.), *Soziologische Schriften. Studien zu Gemeinschaft und Gesellschaft. Herausgegeben von Klaus Lichtblau*, Wiesbaden: Springer VS, 263–280.
- Tönnies, Ferdinand (2012e (1892)): »Status und contractus. Eine sozialpolitische Betrachtung«, in: Ders. (Hg.), *Soziologische Schriften. Studien zu Gemeinschaft und Gesellschaft*, herausgegeben von Klaus Lichtblau, Wiesbaden: Springer VS, 71–78.
- Tönnies, Ferdinand (2012f): »Zur Einleitung in die Soziologie (1899)«, in: Ders. (Hg.), *Soziologische Schriften. Studien zu Gemeinschaft und Gesellschaft*, herausgegeben von Klaus Lichtblau, Wiesbaden: Springer VS, 101–110.
- Tönnies, Ferdinand/Paulsen, Friedrich (1961): *Briefwechsel 1876–1908, herausgegeben von Olaf Klose, Eduard Georg Jacoby und Irma Fischer*, Kiel: Hirt.

Hermann U. Kantorowicz: Rechtswissenschaft und Soziologie

1. Biographie und Werk

Hermann Kantorowicz wurde 1877 in Posen in eine deutsch-jüdische Kaufmannsfamilie geboren und wuchs ab 1884 in Berlin auf. Nach dem Studium der Rechtswissenschaften wurde er 1904 mit zwei strafrechts-historischen Exegesen promoviert. Nach der Habilitation in Freiburg war er dort Privatdozent für Strafrecht, Rechtsphilosophie und Geschichte der Rechtswissenschaft.

Kantorowicz betätigte sich wissenschaftlich und publizistisch auf vielen Gebieten; der Schwerpunkt seiner Forschungen lag im Römischen Recht, womit er zugleich auf die Geschichte der Jurisprudenz festgelegt war, die jenes Recht nach dem Ende römischer Staatlichkeit aufbereitete. Eine weitere Eingrenzung betraf das Strafrecht. Seine Qualifikationsarbeiten begründeten »den bis heute bestehenden Ruf als exzellenter Kenner der bis in das Mittelalter zurückreichenden Wurzeln der Geschichte der Rechtswissenschaft« (Meyer-Pritzl 2020: 43). Kantorowicz' Themenwahl mag heute als exotisch erscheinen; doch lagen damals die großen Kodifikationen des 1871 gegründeten Deutschen Reichs erst kurz zurück, bis zu deren Inkrafttreten das Römische Recht praxisrelevant gewesen war.

Die Rechtsgeschichte führte Kantorowicz zur Methodenproblematik, also zur Frage nach dem Wie der Rechtsgewinnung. Dabei leitete ihn die Frage: In welchem Verhältnis stehen Theorie und Praxis des Rechts zueinander? Die Antworten gab er in zahlreichen verstreuten Schriften, darunter dem hier besprochenen Schlüsseltext. Den Gegensatz zwischen den beiden Ebenen sprach er bereits in der Habilitationsschrift von 1907 an, zu einer Zeit, »in welcher die Praxis unmöglich wissenschaftlich sein konnte, weil die Wissenschaft noch so wenig praktisch war« (vgl. ebd.: 50). Kantorowicz schätzte das dogmatische Denken und den Wert der Rechtssicherheit. Nur glaubte er nicht, juristische Antworten seien mit simplen logischen Schlüssen zu finden; denn das Recht war für ihn ein organisch gewachsener, oftmals inkohärenter und auch widersprüchlicher Komplex (vgl. Kantorowicz 1906: 12 ff.). Nur solle die Rechtswissenschaft sich nicht auf sich selbst als Rechtsquelle beziehen oder »Lücken« per Konstruktion schließen. Rechtserkenntnis warf also methodische Fragen auf.

Erst 1923 erhielt er eine Planstelle als außerordentlicher Professor, mit der sonderbaren Stellenbezeichnung ›juristische Hilfswissenschaften‹. Das Fortkommen in der beruflichen Laufbahn – das Ziel des Lehrstuhls wurde erst mehr als zwanzig Jahre nach der Habilitation erreicht – war insbesondere beeinträchtigt durch sein offen sozial-liberales und pazifistisches Engagement.

Als ein Untersuchungsausschuss des Reichstages ihn 1923 mit einem Gutachten zur Kriegsschuldfrage beauftragte, kam er zu einem Ergebnis, das der offiziellen Linie widersprach: Das Reich habe neben Österreich und vor Russland und Italien den Kriegsausbruch zu verantworten; dabei ging es weniger empirisch um den kausalen Ablauf als normativ um die Wertung nach internationalem Strafrecht (das damals noch in den Kinderschuhen steckte). In seinem Gutachten formulierte Kantorowicz kulturvergleichende (›völkerpsychologische‹) Annahmen; solche im weiteren Sinne sozialwissenschaftlichen Argumente unterfütterten die normativen Aussagen. Das entsprach der freirechtlichen Methodik, ›Lücken‹ im positiven Recht mithilfe gesellschaftlich vorhandener Überzeugungen (anstatt mit dogmatischen Konstruktionen) zu füllen. Im Schlusselftext heißt es dazu, die Auffindung des freien Rechts habe sich ›an die jeweilig im Volke herrschenden Werturteile zu halten‹ (288). Die Schuldzuschreibung im Versailler Vertrag und die auferlegten Reparationen hatten die Weimarer Republik in eine tiefe Krise gestürzt, und so konnte die Reichsregierung das niederschmetternde Resultat von Kantorowicz überhaupt nicht gebrauchen. Seine Ernennung auf dem Lehrstuhl in Kiel wurde von Außenminister Stresemann von 1927 bis 1929 verzögert. 1933 gehörte Kantorowicz zu den ersten Professoren, die ihres Amtes enthoben wurden. Neben der jüdischen Herkunft wurde politische Unzuverlässigkeit als Grund genannt. Sein kontrovers diskutiertes Buch von 1929, *Der Geist der englischen Politik und das Gespenst der Einkreisung Deutschlands*, fiel in die Bücherverbrennung vom 10. Mai 1933.

Die erzwungene Emigration führte Kantorowicz nach Großbritannien und Amerika, wo er sich bereits seit 1927 eine gewisse Bekanntheit hatte verschaffen können: als Gastprofessor an der Columbia University in New York, in der Kooperation mit Karl N. Llewellyn, mit Aufsätzen und dem 1931 auch übersetzt erschienenen England-Buch. In den ihm bis zu seinem Tode im Jahr 1940 verbliebenen Jahren arbeitete er an vier renommierten Institutionen: Der New School for Social Research in New York, der London School of Economics, der University of Cambridge und am All Souls College in Oxford (vgl. Rottleuthner 2009: 209).

Die frühe Bundesrepublik hat sich an nur wenigen der von den Nazis vertriebenen und dem Vergessen übergebenen Autoren der Rechtssoziologie erinnert. Erst Ende der 1960er Jahre lichtete sich der Nebel, Kantorowicz allerdings blieb noch Jahrzehnte im Hintergrund. Heute

gilt Hermann Kantorowicz als einer der vielseitigsten und anregendsten Rechtsgelehrten des 20. Jahrhunderts.

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Schlüsselwerks

Der hier zu behandelnde Schlüsseltext *Rechtswissenschaft und Soziologie* entspricht einem Vortrag, den Kantorowicz im Jahr 1910 auf dem ersten Kongress der soeben gegründeten Deutschen Gesellschaft für Soziologie (DGS) gehalten hat. Kantorowicz erläutert darin nicht, über welche Methoden und Resultate die Rechtssoziologie verfüge; deren Wert verstehe sich von selbst. Hauptsächlich spreche er über »ihre Unentbehrlichkeit für die Jurisprudenz« (309). Diese These – ob sie denn stimmt und was aus ihr folgt – beschäftigt die Rechtssoziologie bis heute, und das aus mehreren Gründen. Jede ›Bindestrich-Soziologie‹, wie z.B. Medizin-, Religions- oder Verwaltungssoziologie, rivalisiert mit der Fachwissenschaft des jeweiligen Gebiets; zudem stellt sie eine Fremdbeschreibung her, die fast immer von der Selbstbeschreibung abweicht und als ›unfreundlicher Akt‹ empfunden wird. Ferner erschafft eine als Spezielle Soziologie betriebene Rechtsbetrachtung hier ihren Praxisbezug; ihre Erkenntnisse könnten in juristischen Tätigkeiten ›angewandt‹ werden und damit die ersehnte ›Relevanz‹ erzielen. Mit der Verwendbarkeit rechtssoziologischer Resultate verbinden sich schließlich Hoffnungen auf eine Institutionalisierung und auf Ressourcen für weitere Forschung.

So weit war man 1910 noch nicht. Denn konkrete Informationen rechtssoziologischer Art waren nicht zur Hand; das Recht spielte ›nur‹ als Strukturvariable in allgemeinen Sozialtheorien eine (gewichtige) Rolle, etwa bei Émile Durkheim und Max Weber (vgl. zu diesen Autoren die Beiträge von Schweitzer und Bucholz in diesem Band). Umso heftiger war einige Jahre zuvor ein Methodenstreit innerhalb der Jurisprudenz entbrannt (vgl. Schweitzer 2021: 299 ff.). Darin ging es um die Grundausrichtung der kontinentaleuropäischen Rechtswissenschaft. Bereits in den 1870er Jahren hatte Rudolf v. Jhering mit dem ›Zweck im Recht‹ nach dem Wirklichkeitsbezug juristischer Akte gefragt und mit dem Wort von der ›Begriffsjurisprudenz‹, polemisch auch vom Richter als ›Subsumtionsautomaten‹, die überkommene Arbeitsweise der Dogmatik scharf kritisiert. Kurz nach 1900 hatte Eugen Ehrlich die Möglichkeiten einer ›freien Rechtsfindung‹ erörtert und die Soziologie als Entscheidungshilfe ins Spiel gebracht (vgl. Lautmann 2024).

Die Soziologie machte sich damals auf, nicht mehr bloß eine Perspektive zu sein, sondern ein Fach zu werden. Ein kleiner Kreis um Weber

und Georg Simmel gründete die DGS und plante den ersten Kongress. Vor allem Weber räumte dem Recht hier großen Platz ein. Er versprach sich viel von den kritischen Juristen der Freirechtsschule, als deren Kopf Kantorowicz galt, mit dem er bereits bekannt war.

3. Darstellung des Schlüsseltexts

Kantorowicz benennt als sein Thema: »Welche Bedeutung haben die Ergebnisse der Sozialwissenschaften, ja die *Erkenntnis des sozialen Lebens* [...] für den Betrieb der Rechtswissenschaft? [...] was kann die sozialwissenschaftliche Erkenntnis für die Zwecke der Rechtswissenschaft leisten?« (275 f., Hervorh. i. O.) Unter Rechtssoziologie versteht er, dass »das *soziale Leben auf seine Beziehung zu den Rechtsnormen* hin untersucht wird«. Sie legt dabei »einen neuen Schnitt durch die gesamte soziale Wirklichkeit« (276 f., Hervorh. i. O.). Lässt sich das ›Soziologie‹ nennen? Was diese ›ist‹, sei unbeantwortbar, ebenso die Frage über ›die Gesellschaft‹ (278). Er schreibe »nicht auf dem Gebiet der Rechtssoziologie, überhaupt nicht der Soziologie«, sondern »auf dem Gebiet der Erkenntnis der Soziologie, also der allgemeinen Hilfsdisziplin, der Erkenntnistheorie, besser: Wissenschaftstheorie« (278). In diesem Sinne fragt er: »sollen und können wir die *Rechtssoziologie für die Jurisprudenz nutzbar machen?*« (279, Hervorh. i. O.)

Die herrschende Auffassung vom Wesen der Rechtswissenschaft verneine das; sie lehre, dass der Jurist jeden beliebigen Rechtsfall durch Subsumtion unter das Gesetz entscheiden könne. »Kein Blick fällt über diese chinesische Mauer hinweg – in die Gefilde des sozialen Lebens, zu deren Regelung diese Gesetze ergangen sind« (279). Kantorowicz widerlegt nun diese Auffassung (die heute nicht mehr dominiert). Um Sinn und Zweck einer Norm zu ermitteln, müsse untersucht werden, »welche Wirkungen im sozialen Leben das zu interpretierende Gesetz, genauer: die Anwendung dieses Gesetzes, im Durchschnitt der Fälle hervorruft« (281). Das tut nun die Rechtssoziologie bzw. Soziologie. Am besten gelinge das in der Wissenschaft des öffentlichen Rechts, die ja überhaupt in vieler Hinsicht den gesündesten Teil der Jurisprudenz darstelle, beispielsweise in der Soziallehre des Staats und in der Kriminalistik. Ganz anders aber im Zivilrecht, zu dem Kantorowicz abschreckende Beispiele aus dem ehelichen Güterrecht und Mietrecht anführt. Rechtssoziologische Untersuchungen hierzu würden die Rechtsdogmatik befruchten und den Sinn für Beobachtung und Induktion, dessen Schärfung dem heutigen ›Buchjuristen‹ dringend nottue, entwickeln. Dazu gehöre es, dass »eine völlig andere Auffassung von der Rechtswissenschaft sich durchsetzte, welche den realen Tatsachen des Lebens und unter diesen (neben den individualpsychologischen) den soziologischen eine weit

größere Bedeutung für die Rechtswissenschaft beilegt«, wie es bereits die freirechtliche Bewegung getan habe (284 f.).

Die Jurisprudenz sei nicht als Wort-, sondern als Wertwissenschaft zu betreiben; sie stehe im Dienste von Zwecken des sozialen Lebens. Das Gesetz sei Wegweiser und Schranke, was sowohl ein Judizieren *contra legem* (d.h. gegen Gesetzeswortlaut) als auch eine sogenannte Buchstaben- und Begriffsjurisprudenz ausschließe. Die Zwecke des Gesetzes und die Bedürfnisse des Lebens können nur soziologisch erforscht werden, sodass »die Soziologie nicht nur gelegentlich herangezogen werden darf, wie dies stets geschah, sondern als die *vornehmste Hilfswissenschaft der dogmatischen Jurisprudenz*, deren Arbeit Punkt für Punkt vorbereiten und ergänzen muss«. Dadurch erhalte die Jurisprudenz ein völlig anderes Gesicht, sowohl den Methoden als auch den Ergebnissen nach. (287, Hervorh. i. O.). An den vielen Stellen, an denen das Gesetz lückenhaft ist oder Spielräume lässt, trete das ›freie Recht‹ hinzu, das aus den Tatsachen des sozialen Lebens und anhand der im Volke herrschenden Werturteile, also auf soziologischem Wege zu erlernen ist. An dieser Stelle baut Kantorowicz einem erwartbaren erkenntnistheoretischen Einwand vor und unterstreicht »die Bedeutung und Unentbehrlichkeit der soziologischen Untersuchung für die Beantwortung der *Rechtsfrage*« (289), also die rechtliche Würdigung, statt trivialerweise nur für die *Tatfrage*, das heißt die Frage nach dem faktischen Sachverhalt. Mit dem Schlagwort der Interessenabwägung sei das Problem nicht zu lösen. Zwischen widerstreitenden Interessen sei nach dem »maßgebenden Kulturwert der Rechtszwecke« zu entscheiden, womit auch hier das soziologische Moment zutage trete. Unter dem Kulturwert versteht Kantorowicz »die Gesamtheit der von einer bestimmten Rechtsordnung verfolgten Zwecke« (295). Der Bezug auf die Kultur verlangte, die Immanenz des einzelnen Gesetzes zu verlassen und den maßgebenden Wert in den empirisch ermittelbaren Sinnsetzungen der Gesellschaft zu suchen. Kantorowicz bestimmt nun *die wissenschaftstheoretische Stellung der Rechtssoziologie* nach der südwestdeutschen Schule (H. Rickert); diese sei »eine theoretische, die Wirklichkeit des sozialen Lebens mit Beziehung auf den Kulturwert des Rechtszwecks generalisierend bearbeitende Wissenschaft« und unterscheide sich von der dogmatischen Jurisprudenz, die selbst wertet. Da die Annahme verfehlt sei, »die *Jurisprudenz könne je durch Soziologie ersetzt werden*« (297, Hervorh. i. O.), setzt sich Kantorowicz von anderen Freirechtlern ab.

Die am Rechtswert orientierte Rechtssoziologie klärt die tatsächlichen Wirkungen von tatsächlich angewandten Normen; darauf gestützt geht die Dogmatik den letzten Schritt und legt das Gesetz aus. Umgekehrt sei auch die Rechtssoziologie von der dogmatischen Rechtswissenschaft abhängig, die ihr die Normen vorgibt; sie müsse daher »stets Aufgabe eines Juristen von Fach bleiben«, freilich ohne deren System zu übernehmen (301). Als Grundbedingung, um juristisches und soziologisches

Erkennen ineinander fließen zu lassen, gilt ihm die Überwindung der dia-metralen Entgegensetzung von Sein und Sollen, also des Methodendua-lismus, der auf den Unterschied des Rechts als Norm und des Rechts als sozialer Tatsache aufbaut, statt die *wechselseitige* Bedingtheit beider Ge-biete zu erkennen. »Dogmatik ohne Soziologie ist leer, Soziologie ohne Dogmatik ist blind.« (303)

Gegen Ende des Schlüsseltexts diskutiert der Verfasser noch sein eige-nes Arbeitsfeld: die Bedeutung der Soziologie für die rechtshistorische Forschung, und zwar getrennt für die Normengeschichte bzw. Sozial-geschichte des Rechts. Zu untersuchen sei, »inwieweit dem ›ökonomi-schen Unterbau‹ (wozu für den richtig verstandenen Marxismus außer den ›Produktionsverhältnissen‹ auch die tatsächlichen Rechtsverhältnis-se, insbesondere die Eigentumsverteilung gehört) der ›ideologische Über-bau‹ an Rechtsnormen in ›funktioneller‹ Abhängigkeit entspricht« (306). Da ein vergangenes Recht nicht auf seine Systematik hin untersucht wer-den müsse, »sind die Normen eben auch als bloße Tatsachen wie ande-re in den sozialen Zusammenhang einzustellen, nicht als ein sich selbst genügendes Ganzes aufzufassen« (307). Der Soziologie bedürfe es erst recht in der Sozialgeschichte des Rechts. Müsste die Idee des Schlüssel-texts in einem Satz zusammengefasst werden, so könnte dieser lauten: Kantorowicz schließt das juristische Denken für die Soziologie auf, und er erschließt der Soziologie die Jurisprudenz.

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion in der Rechtssoziologie

Die Rezeption des Schlüsseltexts setzte sofort ein und durchlief eini-gre Konjunkturen. Max Weber antwortete unmittelbar auf den Auftritt. Er hatte von Kantorowicz einen Vortrag über das Recht als Objekt der Soziologie erwartet und tat sich nun schwer mit den methodologisch-rechtstheoretischen Thesen, die ihn kaum interessierten. Weber verriet seine Faszination vom juristischen Denken, habe doch ein Rechtsbegriff dem soziologischen Begriff »die ungeheure Überlegenheit des im Prin-zip logisch klaren Gehaltes voraus« (1911: 326). Auch für die Rechtsge-schichte nannte er das dogmatische Denken relevant, anders als Kanto-rowicz in seinem Vortrag. Trotz einiger augenscheinlicher Divergenzen versicherte Weber, mit Kantorowicz ganz einig zu sein – offenbar aus dem strategischen Grund, dass er mit ihm einig erscheinen wollte.

Weitere Diskussionsbeiträge kamen von juristischen Teilnehmern des Soziologiekongresses. Schließlich entgleiste die Debatte, weil *Ferdi-nand Tönnies* als Vorsitzender die Wertungsenthaltsamkeit schützen zu müssen glaubte. Dieser hatte Kantorowicz ausdrücklich seinen Respekt

gezollt, aber die Reichweite war unklar und wurde von Tönnies missverstanden.

Emile Durkheim, der den Soziologentag besucht hatte, besprach Kantorowicz' Vortrag und erfasste dessen Intention präzise. Neben der ›Rechtsdogmatik‹ solle eine ›juristische Soziologie‹ ihren Platz finden, die jene nicht überflüssig macht, sondern sie ergänzt, orientiert und schließlich die notwendigen Anpassungen vorschlägt (Durkheim 1911: 672).

Hans Kelsen begann seinen Feldzug für »die vollständige Reinigung der Rechtslehre von soziologischen Elementen« mit einer kruden Trennung von Sein und Sollen, wobei er die Soziologie auf die Suche nach Naturgesetzen, insonderheit auf Beschreibung und Erklärung des faktischen Rechtslebens festlegte (1912: 601 f.). Kelsen sagte nicht, die *Begründung* juristischer Erkenntnisse solle rein normativ stattfinden, vielmehr die gesamte Rechtslehre, also das *Denken des Rechts* solle von soziologischen Beimengungen befreit werden. An Kantorowicz' Text bemängelte er einen gewissen Mangel an Neuheit. Die beiden konkreten Beispiele im Schlüsseltext zerpfückte er, und zwar nach dem ihm eigenen formalistischen Argumentationsstil. So las man hier bereits die explizite Gegenposition zu Kantorowicz und dessen Versuch, Soziologie und Jurisprudenz zu verbinden. Anderswo bezeichnete Kelsen die Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie als »Disziplinen, die mit der Rechtswissenschaft im eigentlichen und engeren Sinne nichts zu tun haben, von dieser wesensverschieden sind«. Und am Schlüsseltext monierte er die Gleichsetzung von *Untersuchung* und *Bearbeitung* des sozialen Lebens auf dessen Beziehung zu den Rechtsnormen hin; der zweite, methodische Aspekt werde bei Kantorowicz vernachlässigt (Kelsen 1916: 1207 f., Hervorh. i. O.).

Von Eugen Ehrlich wurde keine Reaktion auf die im Schlüsseltext gegen ihn angemeldete Kritik bekannt. Wiewohl Kantorowicz ihn hier als Reformen rühmte, beanstandete er, dass bei Ehrlich Tatsachen und Normen durcheinanderflössen; dies hatten auch etliche weitere Zeitgenossen eingewandt (für eine Zusammenstellung vgl. Vogl 2003: 124 f.). Gegen eine so breite Front war nicht einzeln anzugehen, sodass Ehrlich mit Abhandlungen zur juristischen Logik und richterlichen Entscheidungsfindung reagierte. Er hielt sich ungern mit Erwiderungen auf und entwickelte die eigenen Positionen weiter; in erkenntnistheoretische Debatten stürzte er sich schon gar nicht. In seiner letzten Monographie (1917) wies er implizit die Kritik zurück; auch angesichts der Unterscheidung von Sein und Sollen sei das Recht erfahrungswissenschaftlich zu untersuchen und anzuwenden. Den Wert juristischer Logik verneinte er; sie sei nur eine Technik der Rechtsfindung und könne keine Rechtssicherheit gewährleisten (Ehrlich 1917: 254 ff., 280 f., 423). Mit Kantorowicz stand er zur Zeit des Soziologentags im Briefwechsel.

Auch Kantorowicz selber kam später auf den Schlüsseltext zurück. In der Erinnerungsgabe für Weber schloss er sich dessen Auffassung an,

wonach man keinen »genügend scharfen Begriff der Gesellschaft zu finden« könne und deshalb »auf den Begriff der Soziologie als einer Einzelwissenschaft [...] verzichten« müsse (1923: 84). Insoweit berichtige er einige Bemerkungen von 1910.

In der frühen Bundesrepublik begann 1962 die allmähliche Wiederentdeckung rechtssoziologischer Diskurse damit, dass *Rechtswissenschaft und Soziologie* den Buchtitel zu einer Sammlung von Kantorowicz' rechtsmethodologischen Texten lieferte. In der äußerst lebendigen Debatte um das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Soziologie um 1970 wurde Kantorowicz kaum beachtet. Das hatte weniger mit dem Inhalt des Schlüsseltextes als mit der Besonderheit jener Diskursphase zu tun, die von Positionen der Kritischen Theorie dominiert war, auf eine radikale Veränderung der Jurisprudenz zielte und sich nicht um die vergangene Methodendiskussion kümmerte. Eine Devise wie »Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft« (vgl. Rottleuthner 1973) war mit der differenzierten Erörterung, wie Rechtsdogmatik und -soziologie zueinanderstehen, kaum in Einklang zu bringen. In den sogenannten juristischen Alternativkommentaren wurde damals ausprobiert, sozialwissenschaftliche Befunde in die Norminterpretation einzufügen, was in unterschiedlichem Maße durchaus gelang – nur ohne Bezug auf den Diskurs von 1910.

Die heutige Rechtstheorie erinnert sich der zahlreichen, freilich disparaten Beiträge von Kantorowicz und versucht, aus ihnen ein einheitliches Konzept zu destillieren. Der Schlüsseltext spielt in diesem schwierigen (wahrscheinlich aussichtslosen) Bemühen seine Rolle, vor allem als Korrektiv zur rüden und skizzenhaften Kampfschrift von 1906. Die meisten dieser Versuche laufen darauf hinaus, das Recht und die Jurisprudenz von den Gesellschaftswissenschaften zu entkoppeln.

Andreas Funke ordnete Kantorowicz' fragmentarische, sowohl in der Begrifflichkeit wie in den Inhaltsaussagen sehr uneinheitliche Beiträge mithilfe einer »Logik des kohärenten Systems« (2020: 24). Der rechtsmethodologische Leitgedanke und das wissenschaftspolitische Ziel lägen in der, wie Funke meint, kaum noch bestrittenen »Erkenntnis«, das »Rechtssystem« bestehe nicht aus einzeln aneinandergereihten Anordnungen, sondern sei »als ein durch Zwecke und allgemeine Absichten sinnvoll geordnetes Ganzes aufzufassen« (2020: 5). Es dürfte allerdings wohl noch manche Überzeugungsarbeit zu leisten sein, bis der sperrige Kantorowicz und sein Schlüsseltext in diesen Rahmen hineinpassen.

Der Rechtshistoriker Hans-Peter Haferkamp (2021) verstand den Schlüsseltext als Annäherung an die Eigenständigkeit der Jurisprudenz. Dabei stützte er sich auf Kantorowicz' Bestätigung soziologischer Wertungsenthaltsamkeit, womit die Konzepte von Ehrlich (Rechtswissenschaft als Zweig der Soziologie) und Fuchs (soziologische Jurisprudenz) abgelehnt seien (Haferkamp 2021: 219, 224 ff.). Haferkamp sah sehr wohl, dass Kantorowicz sich hier dem Diktat Webers gefügt hatte,

behielt aber dessen Überbetonung des Wertfreiheitsprinzips bei. Freilich hatte die im Schlüsseltext vorgenommene Positionierung der Rechtswissenschaft (wie die von Kantorowicz niemals aufgegebenen Freirechtslehre) dem damals wie heute dominierenden Methodenkonzept widersprochen, denn die Rechtsdogmatik war hier aus dem System der Kulturwissenschaften hinausbefördert worden. Haferkamp las daraus, die »Dogmatik konstruierte die Lösung von der Norm her, sie blieb systemorientiert« (2021: 228), womit der Schlüsseltext für die Rechtsgeschichte als aktuell ›anschlussfähig‹ gerettet war.

Auch von soziologischer Warte aus wurde der Schlüsseltext in letzter Zeit erneut in den Vordergrund gerückt. Doris Schweitzer (2021: 358 ff.) hat ihn ausführlich dargestellt und erläutert. Sie verwies auf den Methodendualismus, d.h. die Entgegensetzung von Sein und Sollen, als den kritischen Punkt, an dem herkömmlicherweise Soziologie und Jurisprudenz voneinander getrennt werden. Kantorowicz, der sich vom ›Monismus‹ in der Kampfschrift wegentwickelte, tendierte nunmehr zu einer dreigeteilten wissenschaftstheoretischen Unterscheidung.

Monika Frommel prüfte anhand des Schlüsseltexts das Verhältnis zwischen dessen Verfasser und Weber. In mehreren Punkten sah sie beide nahe beieinander: Es könne keine ›normative Wissenschaft‹ geben (wie es die Jurisprudenz von sich zu glauben pflegt), sondern nur eine interdisziplinär angelegte Wissenschaft des Normativen; die Rationalisierung des Rechts bedeute einen kulturellen Fortschritt; jedes praktische Urteil hänge vom Standpunkt des Urteilenden ab und sei deswegen dezisionistisch. Dass es gleichwohl zu keiner weiteren Zusammenarbeit gekommen ist, erklärte Frommel biographisch: Weber habe sich von seiner typisierenden Überschätzung der juristischen Pandektenwissenschaft nicht mehr lösen können (Frommel 2020: 164 f.).

Alfons Bora nahm den Schlüsseltext als den Fall einer Reflexionstheorie, in der wissenschaftliche Autonomie und gesellschaftliche Praxis ausbalanciert werden. Kantorowicz vermeide Antworten darauf, wie der von ihm reklamierte Eigenwert der Rechtssoziologie inhaltlich zu bestimmen und wie diese mit der Rechtsdogmatik zu integrieren sei. In seinem Modell blieben beide Disziplinen autonom und stünden zueinander in einem Verhältnis hierarchischer Nützlichkeit (2021: 295; 2023: 91).

Nicht unbemerkt blieb Kantorowicz' Schlüsseltext in der angloamerikanischen und französischen Rechtstheorie und -soziologie. So untersuchte Michel Coutu Webers Diskussionsbeitrag auf dem Soziologentag (2018: 192 ff.) und resümierte, die Divergenzen zwischen den beiden sollten das Maß an Übereinstimmung nicht überschatten (197 ff.).

Einige Stimmen entschärften die Frontstellungen, wie sie im Schlüsseltext und zuvor von Kantorowicz 1906 markiert worden waren. Eine formalistische Rechtskultur purer ›Begriffsjurisprudenz‹ habe es weder damals noch im 19. Jahrhundert gegeben (Schmidt 2014; Preuß 2023).

In dieser Revision bisheriger Deutung der Methodengeschichte verlöre der Schlüsseltext seine weiterweisende Relevanz.

Insgesamt hat die von Kelsen bereits 1912 vorgegebene Linie den Diskurs bis heute dominiert: Ein soziologisches Denken habe in der normativen Begründung eines juristischen Urteils nichts zu suchen; es gehöre in die Rechtsgenese und Rechtspolitik. Kelsen konnte damit Erfolg haben, weil er – ungeachtet der Hypertrophie seiner Reinen Rechtslehre – die herrschende Meinung zum selbstverordneten Beschränktsein juristischen Denkens auf die eigenen Methoden und Erkenntnisgrundlagen fortsetzte. Unterstützt wurde diese Linie durch einflussreiche Beiträge aus der soziologischen Theorie (Weber, Luhmann), deren ursprünglich juristischer Bildungshintergrund hier durchschimmerte. Die Soziologie, im Schlüsseltext noch zur Geltung gebracht, hat die Jurisprudenz damit meist gewähren lassen.

Das im Schlüsseltext verhandelte Problem, in welcher Weise sich juristische Praktiken die Soziologie dienstbar machen können, wird in der gegenwärtigen Rechtssoziologie des deutschsprachigen Raums vernachlässigt (wohingegen es im *Common-law*-Raum nie diese Brisanz besessen hat). Zudem begünstigen die klassischen Varianten der Systemtheorie, in der juristischen Methodenlehre vorzugsweise rezipiert, eine strikte Abgrenzung zwischen den Disziplinen. Wo ein Brückenschlag versucht wird, markiert der Schlüsseltext die klassische Ausgangsposition, nämlich dass nur von beiden Seiten aus erfolgsversprechend gebaut werden kann. An diese These von Kantorowicz wird denn auch oft erinnert, nicht ohne darauf hinzuweisen, dass die Figur des ›Kulturwerts‹ noch nicht näher bestimmt ist.

Literatur

- Augsberg, Ino/Lettmaier, Saskia/Meyer-Pritzl, Rudolf (Hg.) (2020): *Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bora, Alfons (2021): »Rechtssoziologie zwischen Wissenschaft und social engineering. Zum historischen Verständnis interdisziplinärer Reflexionsprobleme«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 41 (2), 281–315.
- Bora, Alfons (2023): *Responsive Rechtssoziologie – Theoriegeschichte in systematischer Absicht*, Wiesbaden: Springer VS.
- Coutu, Michel (2018): *Max Weber's interpretive sociology of law*, Milton Park: Routledge.
- Durkheim, Émile (1911): »Le Premier Congrès allemand de Sociologie« (Buchbesprechung), in: Ders., *Journal sociologique*, Paris, 671–674.
- Ehrlich, Eugen (1917): »Die juristische Logik«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 115, 125–439.
- Frommel, Monika (2020): »Tat und Schuld (1933) – ein vergessenes Buch von Hermann Kantorowicz«, in: Augsberg, Ino/Lettmaier, Saskia/

- Meyer-Pritzl, Rudolf (Hg.), *Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 149–174.
- Funke, Andreas (2020): »Er wollte nicht nur Teil einer Jugendbewegung sein. Eine Interpretation des Freirechts«, in: Augsberg, Ingo/Lettmaier, Saskia/Meyer-Pritzl, Rudolf (Hg.), *Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 3–24.
- Haferkamp, Hans-Peter (2021): »Hermann Kantorowicz' Vortrag auf dem ersten Soziologentag 1910«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 41 (2), 215–232.
- Kantorowicz, Hermann (1911): »Rechtswissenschaft und Soziologie«, in: *Verhandlungen des 1. Deutschen Soziologentags*, Frankfurt a. M.: Sauer u. Auermann, 275–309; Separatdruck 1911, Tübingen: Mohr Siebeck; Nachdruck in Ders. (1962 und 1983): *Rechtswissenschaft und Soziologie; ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre*. Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 19, hrsg. von Thomas Würtenberger. Karlsruhe: C.F. Müller.
- Kantorowicz, Hermann = *Gnaeus Flavius* (1906): *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Winter.
- Kantorowicz, Hermann (1923): »Der Aufbau der Soziologie«, in: *Erinnerungsgabe für Max Weber*, München: Duncker & Humblot, Bd. 1, 73–96.
- Kelsen, Hans (1912): »Zur Soziologie des Rechts«, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 34, 601–614.
- Kelsen, Hans (1916): »Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft«, in: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche* 40, 1181–1239.
- Lautmann, Rüdiger (2024): *Die Idee des Sozialen im Denken des Rechts*, Baden-Baden: Nomos.
- Meyer-Pritzl, Rudolf (2020): »Zur Bedeutung der Wissenschaft vom römischen Recht im Leben und Werk von Hermann Kantorowicz«, in: Augsberg, Ingo/Lettmaier, Saskia/Meyer-Pritzl, Rudolf (Hg.), *Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck, 41–73.
- Preuß, Karlson (2023): »Legal Formalism and Western legal thought«, in: *Jurisprudence* 14 (1), 22–54.
- Rottleuthner, Hubert (1973): *Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft*, Frankfurt a.M.: Fischer.
- Rottleuthner, Hubert (2009): »Exodus und Rückkehr der Rechtssoziologie«, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 92, 202–220.
- Schmidt, Katharina I. (2014): »Der ›Formalismus-Mythos‹ im deutschen und amerikanischen Rechtsdenken des frühen 20. Jahrhunderts«, in: *Der Staat* 53 (3), 445–473.
- Schweitzer, Doris (2021): *Juridische Soziologien. Recht und Gesellschaft von 1814 bis in die 1920er Jahre*. Baden-Baden: Nomos.
- Vogl, Stefan (2003): *Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich*, Baden-Baden: Nomos.

Eugen Ehrlich: Grundlegung der Soziologie des Rechts¹

1. Leben und wissenschaftliches Werk

Eugen Ehrlich wurde 1862 als Sohn eines jüdischen Advokaten in Czernewitz (heute Чернівці/Tscherniwzi, Ukraine) geboren. Das juristische Studium in seiner Geburtsstadt sowie an den Universitäten Lemberg/Lwiw und Wien absolvierte er 1886 mit Promotion. Nach seinem Gerichtspraktikum war er als Konzipient in einer Anwaltskanzlei sowie drei Jahre als selbständiger Rechtsanwalt in Schwechat bei Wien tätig (zu Ehrlichs Biografie siehe Seinecke 2022: 307 f.; Machura 2014: 39 ff.; Vogl 2003: 73 ff.; Rehinder 1986: 13 ff.).

Parallel zur juristischen Praxis beginnt Ehrlichs rege Publikationstätigkeit. Bereits in seiner ersten Veröffentlichung *Über Facturenbeisätze* (Ehrlich 1887) – damit waren in Rechnungen enthaltene »kleingedruckte« Vertragsbedingungen gemeint, die in aller Regel wirtschaftlich schwächere Parteien benachteiligten – taucht ein Leitmotiv seines Werkes auf, das seine Bedeutung für die Rechtssoziologie begründet: nämlich die Frage, inwiefern Recht aus sozialen Tatsachen entsteht. Ehrlich kritisiert eine damalige höchstrichterliche Ansicht, wonach vermeintliche Handelsgewohnheiten nicht durch Sachverständigenbeweis widerlegt werden könnten. In rechtspolitischer Hinsicht beklagt er die Fiktion der konkludenten Zustimmung zu untergeschobenen Vertragsinhalten als »schreiende Unbilligkeit« und Protektion »des großen Kaufmannes auf fremde Kosten, auf Kosten des kleinen Mannes« (ebd.: 368). Als Schüler und Freund des »Juristensozialisten« Anton Menger und seines Kreises steht der junge Ehrlich in einem austromarxistischen Diskussionszusammenhang und beschäftigt sich mit Fragen sozialer Gerechtigkeit. In seiner frühen rechtstheoretischen Arbeit *Über Lücken im Rechte* entlarvt er das Dogma der Lückenlosigkeit des Rechtssystems als »Scheingebilde der juristischen Technik« (Ehrlich 1967c (1888): 176). Diese Abhandlung sollte, zusammen mit der späteren Schrift *Freie Rechtsfindung und*

- 1 Die *Grundlegung der Soziologie des Rechts* ist 2022 in fünfter Auflage mit neuer Seiteneinteilung erschienen. Da ein Großteil der deutschsprachigen Sekundärliteratur die vierte Auflage 1989 verwendet, werden im Folgenden (ohne Jahresnennung) beide Auflagen zitiert, wobei sich die erste Seitenzahl stets auf die fünfte Auflage bezieht.

freie Rechtswissenschaft (Ehrlich 1967b (1903)) seinen – möglicherweise nicht ganz berechtigten (vgl. Seinecke 2022: 324 ff.) – Ruf als Vertreter oder gar Haupt der ›Freirechtsschule‹ begründen.

1894 habilitiert sich Ehrlich mit seiner Monographie *Die stillschweigende Willenserklärung* (Ehrlich 1893). Diese Schrift greift eine Problemstellung seines ersten Aufsatzes auf, enthält aber auch Zugänge, die sein späteres Werk kennzeichnen. Er möchte nicht »Dogmatik oder Dogmengeschichte, sondern eine Darstellung und Kritik des wirklich als Recht Geübten geben, nicht dem Leben das Seinsollende vorzeichnen, sondern das Seiende beschreiben« (ebd.: V f.). Dabei begreift Ehrlich Vertragsschließungen als gesellschaftliche Vorgänge, denen völlig unabhängig von staatlichen Rechtsnormen eine gewisse »natürliche Verbindlichkeit« zukomme; der Vertrag »wurde durch das staatliche Vertragsrecht ebensowenig geschaffen wie die Familie durch das Familienrecht« (ebd.: 4). Dass soziale Praktiken mit normativen Voraussetzungen und Folgen kodifizierten Rechtssätzen vorausgehen, wird später in der *Grundlegung der Soziologie des Rechts* mit einer Fülle an historischen Beispielen belegt. Schon in seiner Habilitationsschrift beeindruckt der enorme Umfang des rechtsvergleichenden Materials, das Ehrlich heranzieht und nach Gesichtspunkten inhaltlicher Fragestellungen gliedert – womit er moderne komparatistische Standards vorwegnimmt, damals jedoch befürchtet, durch die »unvermittelte Nebeneinanderstellung von Judikaten, die unter der Herrschaft verschiedener Rechtssysteme erflossen sind«, Anstoß zu erregen (ebd.: VI). In der *Grundlegung* erinnert er sich an diese Arbeit als prägend: »Ich wollte, nachdem ich mehr als 600 Bände Spruchsammlungen deutscher, österreichischer und französischer Gerichte durchstudiert hatte, ein Bild dessen geben, was die Rechtsprechung aus der stillschweigenden Willenserklärung gemacht habe. Bald aber fesselte mich viel mehr als die gerichtliche Entscheidung der tatsächliche Vorgang, der ihr zugrundelag.« (555/416) Mit dem Schildern dieser Tatbestände, wie sie sich im Leben abgespielt haben, habe er unbewusst bereits die soziologische Methode der Rechtswissenschaft, wie er sie später theoretisch zu begründen versuchte, befolgt. Im Nachhinein sieht er auch die Grenzen dieses Zugangs, komme doch nur ein winziger Ausschnitt der Wirklichkeit überhaupt vor die Behörden.

1896 wird Ehrlich als Professor für Römisches Recht an die Universität seiner Geburtsstadt berufen. Czernowitz war die Hauptstadt der Bukowina, des östlichsten Kronlandes des Habsburgerreichs. Während manche Gelehrte den Ruf an die dortige Universität als ›Strafkolonie‹ in der Provinz empfanden, dürfte Ehrlich, der unverheiratet bei seiner Mutter lebte, in seiner Heimat fest verankert gewesen sein. Erinnerungen an seine Person geben das etwas klischeehafte Bild des genialen zerstreuten Professors mit verschiedenfarbigen Schuhen wieder, der ein strenger

Prüfer, aber auch ein glänzender Vortragender und herzlicher Mensch gewesen sei. Vielseitig interessiert und gebildet, nahm er auch an kulturellen Aktivitäten teil, war ein begeisterter Florettfechter und sammelte traditionelle Bukowiner Teppiche und Stickereien (vgl. Neshurbida/Rehbinder 2021; Machura 2014: 39 f.).

Die Bukowina war zwar wirtschaftlich wenig entwickelt, zeichnete sich aber wie die Donaumonarchie insgesamt – für deren Erhalt sich Ehrlich (1917a) am Ende des Ersten Weltkrieges aufgrund ihrer völkerverbindenden Kraft einsetzte – durch einen enormen ethnischen und kulturellen Reichtum aus. In Czernowitz erschienen Zeitungen in sechs Sprachen und drei Alphabeten; zahlreiche Versammlungshäuser, Theater und Kaffeehäuser im Wiener Stil standen neben Kirchen unterschiedlichster christlicher Glaubensbekenntnisse und Dutzenden von Synagogen (vgl. Rychlo 2013). Ehrlich konvertierte vom mosaischen Glauben zum Katholizismus und wählte den Weg einer konsequenten Assimilation: »Ich selbst gehöre noch einem Geschlechte an, für das es keine andere Lösung der Judenfrage gibt, als ein vollständiges Aufgehen der Juden im Deutschtum.« Umso mehr litt er unter dem zunehmenden Antisemitismus, über den er sich hellsichtig als die deutschsprachige Kultur schwächend beklagte; dieser »nicht sehr gescheite Studentenulke« habe die Deutschen um eine Einflussphäre gebracht »die einst vom Böhmerwald bis Odessa gereicht hatte« (Ehrlich 1916: 29 f.).

Ehrlich, selbst vielsprachig und weitgereist, konnte an seiner Wirkungsstätte indessen quasi vor der Haustüre beobachten, wie sehr sich die multikulturelle Situation seiner Heimatprovinz auch im Rechtsleben widerspiegelte: »Es leben im Herzogtum Bukowina gegenwärtig, zum Teile sogar noch immer ganz friedlich nebeneinander, neun Volksstämme: Armenier, Deutsche, Juden, Rumänen, Russen (Lipowaner), Ruthenen, Slowaken (die oft zu den Polen gezählt werden), Ungarn, Zigeuner. Ein Jurist der hergebrachten Richtung würde zweifellos behaupten, alle diese Völker hätten nur ein einziges, und zwar genau dasselbe, das in ganz Österreich geltende österreichische Recht. Und doch könnte ihn schon ein flüchtiger Blick davon überzeugen, dass jeder dieser Stämme in allen Rechtsverhältnissen des täglichen Lebens ganz andere Rechtsregeln beobachtet.« (Ehrlich 1967a (1912): 43) Der Czernowitzer Professor belässt es aber nicht bei »flüchtiger« Anschauung, sondern entschließt sich, »das lebende Recht der neun Volksstämme der Bukowina« in seinem »Seminar für lebendes Recht zu erheben« (ebd.). Ab 1909 untersuchte er mit seinen Studenten durch Exkursionen in Gewerbebetriebe (»juristische Aufnahmen«) und Bauerndörfer sowie durch die Analyse von Urkunden jene Regeln, die im Rechtsverkehr tatsächlich wichtig waren. Dieses Forschungsprogramm ist im Kontext der *Grundlegung* bedeutsam, da es den empirischen Aspekt seiner Rechtssoziologie darstellt, die dort theoretisch begründet wird.

Um die vielfältigen Rechtsbräuche der ländlichen Bukowina zu dokumentieren, entwarf Ehrlich einen umfangreichen Fragebogen. Obwohl (oder gerade weil) es darum ging, das Recht zu untersuchen, das »das Leben beherrscht« (554/415), ohne dass es in Rechtssätzen niedergelegt sein muss, gingen die Themen dieses Erhebungsinstruments weit über Rechtsfragen im engeren Sinne hinaus. So fragte Ehrlich unter anderem nach der Selbstkonstruktion der jeweiligen nationalen Identität, nach Regeln der Exogamie und Endogamie, nach Erziehungsstilen, nach den tatsächlichen Machtverhältnissen innerhalb der Familien, nach konkreten ehelichen Güterständen, nach Rechtsverhältnissen in Bezug auf Grund und Boden (einschließlich Details zum Umgang mit verstreuten Feldern wie Dienstbarkeiten und Fruchtfolgevorschriften), nach typischen Bedingungen von Arbeits- und Pachtverträgen, nach Praktiken des Vererbens sowie nach der Inanspruchnahme von Schiedsgerichtsbarkeit und staatlicher Justiz (Ehrlich 1967a (1912): 49 ff.). Indem Ehrlich (ebd.: 45) seine Studenten anwies, dass es nicht unbedingt darauf ankomme, »was die Gefragten angeben, denn das wird oft nur ihre eigene moralische Überzeugung sein«, sondern ihnen stattdessen riet, die Antworten sorgfältig im Kontext eigener Beobachtungen zu interpretieren, nahm er methodische Grundsätze ethnographisch-qualitativer Feldforschung vorweg (vgl. Fleck 1990: 58 f., 211).

Abgesehen von fehlenden Geldmitteln ist es der Ausbruch des Ersten Weltkrieges, der Ehrlichs empirischen Forschungstätigkeiten ein Ende bereitet. Er ist gezwungen, Czernowitz – mehrfach umkämpft und von verschiedenen Truppen immer wieder erobert – zu verlassen. Nach Stationen in Wien, der Schweiz und in Bukarest stirbt Ehrlich 1922 an der damals nicht behandelbaren Zuckerkrankheit. In seinen schwierigen letzten Lebensjahren gelingt ihm dennoch die Publikation rechtstheoretischer Werke – darunter *Die juristische Logik* (1917b) – sowie mehrerer politisch-pazifistischer Schriften.

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Werkes

Ehrlichs Wirken fällt in eine Zeit, in der sich noch keine Soziologie als eigene Wissenschaftsdisziplin institutionalisiert hat. Unter Soziologie versteht er »die Gesamtheit der theoretischen Gesellschaftswissenschaften« (47/33). Dabei lehnt er sich an Comte an, der zusammen mit Spencer auch sein Verständnis von Gesellschaft als einem »Ganzen« prägt, das von seinen Bestandteilen (nämlich kleineren sozialen Verbänden) abhängig sei (180 f./135). Ein besonderes Interesse zeigt Ehrlich für volkswirtschaftliche Fragen, wobei ein gewisser Einfluss der österreichischen

Schule der Nationalökonomie auf sein Werk nicht zu übersehen ist. Er zitiert etwa Arbeiten von Böhm-Bawerk und Carl Menger (dem Bruder des mit Ehrlich befreundeten Anton Menger) und kommt so zu einer grenznutzentheoretisch fundierten wirtschaftlichen Interpretation gerechter Vertragsinhalte (260/195). Im Hinblick auf das Konzept des »lebenden Rechts« bemerkt Rehbinder (2001: 339), »Leben« sei ein intellektueller Modebegriff des ausgehenden 19. Jahrhunderts gewesen, der sich in der »Lebensphilosophie« von Denkern wie Spencer, Bergson, Nietzsche oder Simmel geäußert habe.

Ehrlich selbst nennt ansonsten als Inspirationsquelle für seine soziologische Rechtswissenschaft neben Montesquieu vor allem die historische Rechtsschule. Deren Vertreter (in der *Grundlegung* werden häufig Savigny, Puchta, Gierke und Beseler erwähnt) verstanden Recht nicht als Ergebnis »natürlicher« Prinzipien oder der Weisheit eines Gesetzgebers, sondern nahmen es – nicht zuletzt bedingt durch die politische Situation eines überaus zersplitterten Rechtszustandes nach Ende der Napoleonischen Kriege – als historisch kontingent gewachsenes und wandelbares Produkt des menschlichen Zusammenlebens in den Blick. In der Privatrechtstheorie des 19. Jahrhunderts hatte man die »Gesellschaft« noch vor jeder Fachsoziologie somit bereits als einen Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnis entdeckt (vgl. Schweitzer 2021). Verwendete die historische Rechtsschule dabei noch den philosophischen Begriff des »Volksgeistes«, so ging es Ehrlich um die empirische Erforschung tatsächlich praktizierter Normen, darum, »endlich einmal damit ernst« zu machen, das »Rechtsbewusstsein des Volkes« wirklich zu studieren (Ehrlich 1967a (1912): 48). Als Vorbild für entsprechende Untersuchungen verwies Ehrlich unter anderem auf den Savigny-Schüler Bogišić (522 ff./391 ff.), der mit einem umfangreichen Fragebogen das Gewohnheitsrecht der südslawischen Völker erforscht und dabei – ähnlich wie Ehrlich später in der Bukowina – Reste altertümlicher Gütergemeinschaften selbst im Geltungsbereich des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches entdeckt hatte. Ehrlich ließ seinen Begriff von Recht aber auch nicht völlig in konkreten Lebensverhältnissen aufgehen. Wie Letztere rechtliche Tatsachen begründen und durch juristische Techniken zu verallgemeinernden Regeln verdichtet werden, und wie schließlich Rechtssätze – seien sie staatlichen Ursprungs oder nicht – wiederum auf die Gesellschaft zurückwirken, das ist das Thema des hier vorzustellenden Schlüsselwerkes.

3. Darstellung des Schlüsselwerkes

In der Vorrede zur *Grundlegung* unternimmt es Ehrlich (21/12), seine vielschichtige Schrift in einem einzigen Satz zusammenzufassen: »[D]er Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liegt auch in unserer Zeit, wie zu

allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung noch in der Jurisprudenz oder in der Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst.« Dieses vorangestellte formelhafte Fazit kann mit seiner Betonung der Rechtsgenese als ein Kompass durch Ehrlichs wenig systematisch angelegtes Hauptwerk dienen, in dessen Dickicht an rechtsgeschichtlichen, -vergleichenden und -ethnologischen Befunden sich Rezipierende leicht verlieren können.

Obwohl Ehrlich terminologische Festlegungen gescheut hat, lässt sich sein Hauptwerk besser als durch eine chronologische Zusammenfassung entlang grundlegender begrifflicher Unterscheidungen wiedergeben. In einer eher technischen Hinsicht grenzt Ehrlich *Rechtsnormen* als tatsächlich wirksame Verhaltensregeln von verschriftlichten *Rechtssätzen* ab. In jeder Gesellschaft gebe es »weit mehr Rechtsnormen als Rechtsätze, weil es immer weit mehr Recht für einzelne als für alle gleichartigen Verhältnisse gibt, und auch mehr Recht, als den zeitgenössischen Juristen, die es in Worte zu fassen suchen, zum Bewusstsein gekommen ist« (61/44). Unter *Entscheidungsnormen* – egal ob in Worten niedergefasst oder nicht – versteht er hingegen Regeln, nach denen Gerichte bei Rechtsstreitigkeiten »durch die Meinung, die sie über den Gegenstand des Streites aussprechen, Frieden stiften sollen« (149/111). Gerichte entstehen nach Ehrlich als Konfliktschlichtungsorgane zwischen Sippen und Familien und sind daher einerseits älter als der Staat, andererseits auch gegenwärtig häufig staatsferner Natur, wie etwa Schieds- und Vereinsgerichte oder Disziplinarräte. Jede Entscheidungsnorm sei somit, ob staatlich oder nicht, »wie alle gesellschaftlichen Normen eine Regel des Handelns, aber doch nur für die Gerichte, sie ist, wenigstens in erster Linie, nicht eine Regel für die Menschen, die im Leben wirken, sondern für die Menschen, die über diese Menschen zu Gericht sitzen« (151/112).

Um die »Gesellschaft« der professionellen juristischen und staatlichen Praxis (die ja ebenfalls in der Gesellschaft stattfindet) überhaupt entgegensetzen zu können, unterscheidet Ehrlich im Hinblick auf ihre Entstehung unterschiedliche Schichten von Recht, nämlich *gesellschaftliche Normen*, *Juristenrecht* und *staatliches Recht*. Staatliche Entscheidungsnormen beruhen demzufolge stets auf juristischer Systematisierung von Regeln, die zuvor bereits in der Gesellschaft existiert haben. Dieser Ablauf war für die geschichtliche Entwicklung zumindest des Privatrechts, in dessen Horizont Ehrlich sich vor allem bewegt, schon damals unstrittig, wird von ihm aber auch für seine Zeit als Konstitutionsprinzip der Rechtswirklichkeit angesehen, wobei neues gesellschaftliches Recht nun auch als Reaktion auf vom Staat erlassene Normen entstehen kann.

Wie hat man sich die Rechtsentwicklung aus »der Gesellschaft selbst« vorzustellen? Die allen anderen Rechtsformen vorgängigen *gesellschaftlichen Normen* entspringen Ehrlich zufolge »der inneren Ordnung der menschlichen Verbände« (55/39). Verbände sind alle Gruppen von Menschen, »die im Verhältnisse zueinander gewisse Regeln als für ihr

Handeln bestimmend anerkennen und wenigstens im allgemeinen tatsächlich danach handeln« (62/45) – seien es ethnische Gruppen, Familien, religiöse Organisationen, Vereine, Unternehmen, Berufsstände, soziale Klassen oder aber auch Staaten. Allerdings sind nicht alle Regeln, die in der Organisation des Verhaltens in Verbänden faktisch beachtet werden, bereits Rechtsnormen. Um einer Regel rechtlichen Charakter zuzusprechen, kommt es für Ehrlich auf die Art des »Gefühlstons« an, den eine Übertretung auslöst: Im Gegensatz zu bloßen Reaktionen des Ärgers, der Missbilligung oder der Lächerlichkeit, die Verstößen der Sitte, des Takts oder der Mode folgten, ziehe ein Rechtsbruch typischerweise Gefühle der Empörung nach sich (197/146). Die Rechtsqualität wird also nicht von der »Quelle« der Norm her, sondern über die psychischen und sozialen Konsequenzen abweichenden Verhaltens bestimmt. Die Bedeutung des staatlichen Straf- und Vollstreckungszwanges, in dem bis heute die meisten rechtstheoretischen Ansätze eine wesentliche Grundlage der Rechtsordnung erblicken, sieht Ehrlich hingegen als gering an. Die Ordnung der Gesellschaft beruht nach ihm nicht auf der Erzwingbarkeit von Rechtspflichten, sondern darauf, dass diese zumeist erfüllt werden (45/31) – im Wirtschaftsleben etwa allein schon deshalb, um die eigene Kreditwürdigkeit aufrechtzuerhalten. Strafe und Zwangsvollstreckung seien nur für die ohnehin bereits »Verkommenen und Ausgestoßenen der Gesellschaft da« (96/71) – mit, wie Ehrlich betont, zweifelhaftem Erfolg, weswegen das einzige Mittel gegen das Verbrechen darin bestehe, »den Verbrecher nach Möglichkeit wieder in die menschliche Gemeinschaft aufzunehmen und ihn so dem gesellschaftlichen Drucke aufs neue zu unterwerfen« (93/69).

Gesellschaftliche Normen entstehen innerhalb von Verbänden aus bestimmten Praktiken und Verhältnissen, die Ehrlich als *Tatsachen des Rechts* bezeichnet. Dazu zählt er die Übung, die Herrschaft, den Besitz und die Willenserklärung (111/82). Durch *Übung* – faktische Verhaltensmuster, die Erwartungen schaffen und daher »in Zukunft die Norm abgeben« (111/83) – werde die Ordnung in »urwüchsigen« sozialen Gebilden wie der Familie oder der Hausgenossenschaft hergestellt. Die aus bestimmten Übungen entstandenen Rechte und Pflichten spiegelten dabei immer auch Machtkonstellationen wider, was noch mehr für kleinere Verbände übergreifende Beziehungen der *Herrschaft* zutrifft, die Ehrlich als eigennützig versteht: diese sei »zum Vorteile der Herrschenden, nicht den Beherrschten zuliebe da« (117/87). Inhalt und Umfang beider Rechtstatsachen würden vor allem durch ökonomische Gründe bestimmt. Ehrlich verweist in diesem Zusammenhang auf seine Schrift »Die Rechtsfähigkeit« (Ehrlich 1909), in der er zeigt, wie sehr das in früheren Zeiten vielfach abgestufte Ausmaß der Möglichkeit eines Menschen, durch eigenes Handeln Rechte und Pflichten zu erwerben, »überall mit seiner Stellung in der wirtschaftlichen Verfassung

zusammenhängt« (119/88). Beschränkungen der Rechtsfähigkeit von Frauen, »wie sie noch das deutsche bürgerliche Gesetzbuch aus längst vergangener Zeit in die unserige hinübergerettet hat«, würden daher an der ökonomischen Realität einer Industriegesellschaft »zerschellen« (446/334). Auch den *Besitz* sieht Ehrlich als »Spiegelbild der wirtschaftlichen Ordnung« an, der dem juristisch konstruierten, aus seinem »gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Zusammenhange« gerissenen Eigentumsrecht vorausgehe (128/95). Die *Willenserklärung* umfasse vor allem die Institute des Vertrages und der letztwilligen Verfügung. Gerade im Bereich des Erbrechts nennt Ehrlich mit religiös-kulturellen Einflüssen aber auch andere als ökonomische Bedingungsfaktoren, durch die gesellschaftliche Normen entstehen, etwa »Rücksichten auf die Familie, [...] die Kirche, die Wohlfahrtseinrichtungen, endlich die Pietät für den Verstorbenen« (143/105). Ohne es als ein bloßes »Überbauphänomen« in den Blick zu nehmen, deutet er Gestalt und Entwicklung des Rechts dennoch vor allem als ein Resultat wirtschaftlicher Triebkräfte.

Das heißt aber nicht, dass Ehrlich die fachjuristische Praxis als unwichtig ansehen würde. Rechtsgelehrte Personen bilden in ihrer richterlichen, anwaltlichen, schriftstellerischen, lehrenden oder gesetzgebenden Funktion das *Juristenrecht*: Sie verallgemeinern die konkreten, aus den Tatsachen abgeleiteten Normen, nach denen Fälle entschieden werden, fassen sie in Worte und bilden so die Rechtssätze – die wiederum mittels einer sich verselbständigenden Kraft auf die Gesellschaft zurückwirken: »Der Rechtssatz ist nicht nur das Ergebnis, er ist auch ein Hebel der gesellschaftlichen Entwicklung« (238/178). Auch wenn die Jurisprudenz nur den Anspruch hat, das tatsächlich praktizierte Rechtsgeschehen aufzuzeichnen, geraten ihr Ehrlich zufolge deskriptive unweigerlich zu präskriptiven Aussagen. Als eines von vielen historischen Beispielen für diesen Vorgang nennt er das mittelalterliche Rechtsbuch des Sachsenspiegels. Durch dessen Verfasser Eike von Repgow sei die innere Ordnung der Rechtstatsachen eben nicht nur »gespiegelt« worden, vielmehr habe er durch deren Verdichtung selbst Rechtssätze gegeben, die von der Nachwelt dann als Gesetze behandelt worden seien. Ehrlich bezeichnet diese regelbildende Kraft der Jurisprudenz, die ihre Denkformen stets in Normen verwandle, nicht weniger als acht Mal (291/217, 292/218, 302/226, 340/255, 365/274, 371/279, 382/287, 412/309) als ihre »große Antinomie«, der sie ihre »weltgeschichtliche Bedeutung« verdanke. Juristische Tätigkeit stehe dabei immer auch »im Banne der Machtverhältnisse, Zweckmäßigkeitserwägungen und Gerechtigkeitsströmungen, die das Normenfinden bestimmen« (407/306).

Wenn dergestalt festgestellte und ausformulierte Regeln die Form von Gesetzen annehmen, die eine politische Macht mit starker militärischer und Polizeigewalt erlässt, kommt es zur »Legalisierung des Juristenrechts« (464 ff./348 ff.): Es wird zum Recht eines Staates. Abgesehen

von den dem Juristenrecht entnommenen Entscheidungsnormen besteht *staatliches Recht* Ehrlich zufolge aus *Eingriffsnormen*. Diese »weisen die Behörden an einzugreifen ohne Rücksicht darauf, ob sie angerufen worden sind« (416/312), wobei es sich vor allem um Verbote (des Polizei-, Verwaltungs- und Strafrechts) handle. Der Staat sei am wirksamsten darin, negative Befehle durchzusetzen, könne jedoch kaum positive Verhaltensweisen veranlassen, selbst wenn er es wolle. Für die Folgen eines Gesetzes sei dessen Absicht gleichgültig: »Einmal in Kraft getreten, geht das Gesetz seine eigenen Wege, ob der Rechtssatz wirkt, ob er so wirkt, wie er gewollt wurde, das hängt ausschließlich davon ab, ob er ein taugliches Mittel ist, um diesen Erfolg zu erzielen« (424 f./319). Ehrlich gesteht dem Staat eine friedensstiftende Funktion zu, hält jedoch seinen Anteil an der Rechtsentwicklung für »bescheiden« (439/330). Vor allem die Wirkung der staatlichen Entscheidungsnormen sei »sehr überschätzt« (417/313). Als Beispiel führt er Familienverhältnisse in der Bukowina an, in der – obwohl dort »wie in anderen Teilen Österreichs« das individualistische Familienrecht des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches gelte – es mit der väterlichen Gewalt »bitterer Ernst« sei: »Der rumänische Bauer, vielleicht der einzige echte Römer, der sich bis in unsere Zeit erhalten hat, übt eine *patria potestas*, die den Kenner des alten römischen Rechtes ganz eigentümlich anheimelt. Da gehören die Kinder wirklich noch dem Vater«, der über deren Vermögen bis weit ins Erwachsenenalter frei verfüge. Das staatliche Recht sei nicht imstande gewesen, »diese ihm so sehr widersprechende Übung, sie mag im übrigen Recht oder Sitte sein, aus dem Leben zu beseitigen« (418 f./314 f.).

Erst das Zusammenspiel des (im engeren Sinne) gesellschaftlichen, des juristischen und des staatlichen Rechts macht für Ehrlich das gesamte Recht der Gesellschaft aus (232/173). Wie das soeben zitierte Schlaglicht auf vormoderne Rechtsgewohnheiten in seiner Heimatprovinz zeigt, können staatliche Gesetze oder generell schriftlich fixierte Regeln in der Praxis freilich bedeutungslos sein. Für die in der Gesellschaft tatsächlich beachteten Normen hat Ehrlich den berühmt gewordenen Begriff des *lebenden Rechts* geprägt: »das nicht in Rechtssätzen festgelegte Recht, das aber doch das Leben beherrscht« (554/415). Ehrlich skizziert im letzten Kapitel der »Grundlegung« Wege, wie dieses Normensystem erforscht werden könne – eine Aufgabe, die er der Soziologie des Rechts zuweist (562/421). Vor allem über eine Analyse von Dokumenten des Rechtsverkehrs wie Geschäftsurkunden oder Satzungen juristischer Personen hofft er, deren »nach Gegenden, Klassen, Ständen, Volksstämmen, Glaubensbekenntnissen« verschiedenen typischen Inhalte einzufangen und so »die Aufgaben einer Rechtsstatistik zu erfüllen« (557/418). Ehrlich ist sich aber im Klaren, dass längst nicht jedes »lebende« Rechtsverhältnis beurkundet wird, sodass er als weitere Methode, das tatsächlich wirksame Recht jenseits schriftlich fixierter genereller Normen zu untersuchen, gezielte

Beobachtungen empfiehlt: »Da gibt es wohl kein anderes Mittel, als die Augen auftun, sich durch eine aufmerksame Betrachtung des Lebens unterrichten, die Leute ausfragen und ihre Aussagen aufzeichnen« (559/419).

Von der Erforschung des lebenden Rechts sollen einerseits die professionelle Rechtspraxis und der juristische Unterricht profitieren, die über das Studium der rechtserzeugenden konkreten Tatsachen (Übungen, Verträge, Besitzverhältnisse etc.) zu einem tieferen Verständnis der anzuwendenden Entscheidungsnormen gelangen können, in denen diese Lebensverhältnisse juristisch verdichtet wurden. Andererseits gesteht Ehrlich der Untersuchung des lebenden Rechts auch einen »eigenen Erkenntniswert« zu – dieses sei schließlich »die Grundlage der rechtlichen Ordnung der menschlichen Gesellschaft« (563/422). Das Programm seiner *Soziologie des Rechts* vereint also das Ziel einer *soziologischen Jurisprudenz*, der es um bessere Rechtserkenntnis und -anwendung durch Anschauung sozialer Zusammenhänge geht, mit dem Anliegen einer deskriptiven *Rechtssoziologie*, die rechtlich relevante Normativität empirisch erforschen möchte, wie sie in der Gesellschaft tatsächlich wirkt.

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion in der Rechtssoziologie

Ehrlichs »Grundlegung« erfuhr bereits nach ihrem Erscheinen im Jahr 1913 große Beachtung. Auch die zweite Auflage (1929) und die – von Roscoe Pound eingeleitete – englische Übersetzung (1936) stießen auf erhebliche Resonanz. Der Tenor der Rezensionen – für einen Überblick siehe Vogl (2003: 367 f.); Seinecke (2022: 316 f.) – war einerseits grundsätzlich wohlwollend. Der anregende Innovationsgehalt des Buches und sein Potenzial, eine Rechtssoziologie als neue Disziplin zu begründen, wurden klar erkannt. Andererseits attestierte man Ehrlichs Hauptwerk vielfach auch einen Mangel an Systematik und terminologischer Präzision. Sein Nebeneinander von beschreibend-analytischen und normativen Anliegen macht es, zusammen mit zum Teil ungewohnter Begrifflichkeit, anfällig für Missverständnisse.

Hans Kelsen (2003 (1915): 7) – der mit seiner *Reinen Rechtslehre* das wissenschaftliche Beschreiben des Rechts von sämtlichen außerjuristischen Aspekten zu trennen beabsichtigte – kreierte es Ehrlich im Rahmen einer von beiden Seiten polemisch ausgetragenen Kontroverse als schweren Mangel an, dass »seine Grundlegung der Rechtssoziologie von allem Anfang an die klare und deutliche Scheidung von Wert- und Wirklichkeitsbetrachtung« vermissen lasse. Damit war eine bis heute nachwirkende Rezeptionsrichtung vorgegeben, die sich vor allem gegen Ehrlichs diffusen Rechtsbegriff richtet (vgl. etwa Koller 2020: 483). Klaus

Röhl (1987: 216) zufolge betrachte Ehrlich sämtliche soziale Normen von einiger Tragweite als Recht, woraus ein tautologischer »Panjurismus« resultiere: Wenn ein großer Teil gesellschaftlicher Normativität immer schon Recht sei, dann müsse der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung zwangsläufig in der Gesellschaft, und nicht beim Staat liegen.

Auch Niklas Luhmann (1972: 22), dessen Begriff des Rechtssystems der Gesellschaft (als alle Kommunikationsakte umfassend, die sich auf den Unterschied zwischen Recht und Unrecht beziehen) ebenfalls sehr weit gefasst ist, hält Ehrlichs Rechtsbegriff für »unklar«. Seine Untersuchung der vorjuristischen sozialen Rechtstatsachen sei »theoretisch unzureichend fundiert«, sie habe »Juristen alarmiert, Soziologen jedoch nicht sonderlich beeindruckt«. Gerade das Fließende, Offene, Chaotische und Dezentrale an Ehrlichs Konzept des lebenden Rechts machte es hingegen für Rezipierende attraktiv, die sich – aus staatskritischer oder postmoderner Perspektive – für Konstellationen koexistierender unterschiedlicher Rechtssysteme innerhalb ein und derselben Gesellschaft interessierten. Ehrlich wurde ab den 1980er Jahren als Vordenker des Rechtspluralismus wahrgenommen (vgl. Griffiths 1986). Auf besonders originelle Weise bezog sich Gunther Teubner in seinem viel beachteten Aufsatz *Globale Bukowina* explizit auf ihn, indem er weltweit jenseits von Staaten oder Foren internationaler Politik produzierte Regelwerke, etwa durch Nichtregierungsorganisationen oder multinationale Anwaltskanzleien, als lebendes Recht in den Blick nahm. Angesichts der eher abfälligen Bemerkungen Luhmanns über Ehrlich entbehrt es nicht einer gewissen Ironie, dass der Systemtheoretiker Teubner (1996: 255) die Wirkstätte des »weithin vergessene[n] Rechtsprofessor[s] aus Czernowitz« als Sinnbild für eine innovative Darstellung nicht-staatlichen Rechts in einer funktional ausdifferenzierten und globalisierten Weltgesellschaft nutzte. »Bukowina« ist in rechtstheoretischen und -soziologischen Diskursen seitdem eine Metapher für unterschiedliche Spielarten von normpluralistischen Konstellationen und staatsfernen Rechtszuständen geworden (vgl. Fuchs 2013; Ders. 2020; Seinecke 2022: 311 ff.). In der tatsächlichen Bukowina zu Ehrlichs Zeit war das staatliche Zivilrecht allerdings – anders als häufig dargestellt – mitnichten weit weg oder gar »tot« (Machura 2012: 507), im Gegenteil: Ausgerechnet dort fiel die Zivilprozessrate erstaunlich hoch aus, höher als in allen anderen Kronländern der Habsburgermonarchie. Die starke Justiznutzung in Ehrlichs Heimatprovinz dürfte an prekären sozioökonomischen Bedingungen gelegen haben, aber auch ein unbeabsichtigter Effekt des vereinfachten Gerichtszugangs gewesen sein, den die österreichischen »sozialen« Zivilverfahrensreformen geschaffen hatten. Das schillernde pluralistische Bild des Rechtslebens in der historischen Bukowina wird dadurch nicht widerlegt, aber noch komplexer – jedenfalls kann Ehrlichs »volkskundliches« Interesse für altertümliche Rechtsgewohnheiten und lokal hergestellte Ordnungen in überschaubaren Sozialgebilden auch vor dem Hintergrund eines

überbordenen Streitgeschehens vor staatlichen Gerichten gelesen werden (Fuchs 2020).

Die Sekundärliteratur zu Ehrlich ist in den letzten Jahren deutlich angewachsen. Als schlechthin »verdrängt und vergessen« (Barta 2013: 19) wird man sein Werk trotz der notorisch marginalen Position der Rechtssoziologie heute nicht mehr bezeichnen können. Die Rezeption hat unterschiedliche »Ehrlichbilder« hervorgebracht, von denen das des Verfahrens des Rechtspluralismus das jüngste sein dürfte, das am meisten zum wiedererwachten Interesse für den Bukowiner Rechtsgelehrten beigetragen hat, während seine Rolle für die »Freirechtsbewegung« heute seltener betont wird (Seinecke 2022). Die Rechtssoziologie hat in Ehrlich indessen schon früh eine Vaterfigur gefunden. Der ihm zuerkannte Ruhm, diese Disziplin »begründet« zu haben (so bereits Sinzheimer 1938; vgl. Reh binder 1986; Röhl 1987), mag das Ergebnis einer erfolgreichen wissenschaftshistorischen »Legendenbildung« (Blankenburg 1988) sein. Jenseits personalisierter Ursprungserzählungen gilt die *Grundlegung* jedoch unzweifelhaft als ein »Gründungsdokument der Rechtssoziologie« (Röhl/Machura 2013: 1117), das in einschlägigen Lehr- und Handbüchern durchwegs zu den kanonisch-klassischen Texten des Faches gezählt wird (vgl. Deflem 2008; Raiser 2013; Fuchs 2019; Baer 2023) und auch international – etwa in den USA oder in Japan (vgl. Vogl 2009) – breit rezipiert wurde. Ehrlichs Hauptwerk verdankt diesen Erfolg nicht zuletzt der für einen eigenständigen sozialwissenschaftlichen Zugriff auf rechtliche Phänomene bahnbrechenden Idee des lebenden Rechts. Dieses Konzept hilft einerseits der einschlägigen empirischen Forschung, das Mannigfaltige, Bunte und lokal Eingebettete komplexer sozialer Rechtsrealitäten zu verstehen, die dazu neigen, sich Ansprüchen vereinheitlichender gesetzlicher Steuerung zu entziehen (vgl. Fuchs 2019: 38; Cottier 2019: 116 f.). Andererseits ruft der Begriff wegen seiner Unschärfe bis heute theoretischen Widerspruch hervor, wirkt aber auch anziehend, gerade weil er neben seinem Fokus auf beobachtbare soziale Praktiken auch zu rhetorischen und normativen Verwendungen einlädt (vgl. Benda-Beckmann 2014; Hertogh 2020; Machura 2023). Die verwickelte wechselseitige Abhängigkeit von Sein und Sollen auf den Begriff des »Lebens« gebracht und Möglichkeiten zu ihrer Erforschung aufgezeigt zu haben: das ist das bleibende Verdienst von Eugen Ehrlich, dessen Hauptwerk zu Recht als ein Schlüsseltext der Rechtssoziologie angesehen werden muss.

5. Lesehinweise

Trotz Ehrlichs klarem und schönem Sprachstil ist seine »Grundlegung« ohne rechtshistorische Vorkenntnisse nicht ganz leicht verständlich. Für Rezipierende mit ausschließlich sozialwissenschaftlichem Hintergrund

empfiehlt sich das parallele Konsultieren juristischer Einführungsliteratur. Eilige Lesende können sich, ohne allzu viel von Ehrlichs wichtigsten Begriffsbildungen und Argumentationen zu versäumen, auf die Kapitel I bis IX, XVI sowie den zweiten Teil von Kapitel XX (Erforschung des lebenden Rechts) beschränken, der in der ersten Auflage 1913 noch als eigenes Kapitel XXI ausgewiesen war. Ein Digitalisat dieser Auflage findet sich unter <https://archive.org/details/grundlegungderso000ehrl> (letzter Zugriff: 8.6.2023).

Rehbinder (1986) gibt einen immer noch instruktiven Überblick über Ehrlichs Hauptwerk. Aktuell bietet Seinecke (2022) eine hervorragende Zusammenstellung der Ehrlich-Rezeption auch jenseits der *Grundlegung* mit weit mehr an Literaturhinweisen, als sie hier berücksichtigt werden können. Als englischsprachige Sammelbände zur internationalen Ehrlich-Diskussion sind Hertogh (2009) und Papendorf et al. (2014) hervorzuheben.

Literatur

- Baer, Susanne (2023): *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, 5. Aufl., Baden-Baden: Nomos.
- Barta, Heinz (2013): »Einleitung«, in: Barta, Heinz/Ganner, Michael/Voithofer, Caroline (Hg.), *Zu Eugen Ehrlichs 150. Geburtstag und 90. Todestag*, Innsbruck: Innsbruck University Press, 17–36.
- Benda-Beckmann, Franz und Keebet (2014): »»Living Law« as a Political and Analytical Concept«, in: Papendorf, Knut/Machura, Stefan/Hellum, Anne (Hg.), *Eugen Ehrlich's Sociology of Law*, Berlin: LIT, 69–91.
- Blankenburg, Erhard (1988): »Rezension der rechtssoziologischen Lehrbücher von Raiser, Röhl und Rottleuthner«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 9, 82–86.
- Cottier, Michelle (2019): »Interdisziplinäre Rechtsvergleichung. Elemente einer rechtssoziologisch fundierten Rechtsvergleichung am Beispiel des Familien- und Erbrechts«, in: Boulanger, Christian/Rosenstock, Julika/Singelstein, Tobias (Hg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung. Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis*, Wiesbaden: Springer VS, 109–126.
- Deflem, Mathieu (2008): *Sociology of Law. Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Ehrlich, Eugen (1887): »Über Facturenbeisätze«, in: *Juristische Blätter* 16, 365–368, 377–379, 389–391.
- Ehrlich, Eugen (1893): *Die stillschweigende Willenserklärung*, Berlin: Carl Heymanns.
- Ehrlich, Eugen (1909): *Die Rechtsfähigkeit*, Berlin: Puttkammer & Mühlbrecht.

- Ehrlich, Eugen (1916): *Die Aufgaben der Sozialpolitik im österreichischen Osten (Juden- und Bauernfrage)*, 4. Aufl., München/Leipzig: Duncker & Humblot.
- Ehrlich, Eugen (1917a): *The National Problems in Austria*, The Hague: Martinus Nijhoff.
- Ehrlich, Eugen (1917b): »Die juristische Logik«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 115, 125–439.
- Ehrlich, Eugen (1967a (1912)): »Das lebende Recht der Völker der Bukowina«, in: *Recht und Wirtschaft* 1, 273–279, 322–324, wiederabgedruckt in Ehrlich (1967).
- Ehrlich, Eugen (1967b (1903)): *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, Leipzig: Hirschfeld, wiederabgedruckt in Ehrlich (1967).
- Ehrlich, Eugen (1967): *Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre. Ausgewählt und eingeleitet von Dr. Manfred Rehbinder*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Ehrlich, Eugen (1967c (1888)): »Über Lücken im Rechte«, in: *Juristische Blätter* 17, 447–630, wiederabgedruckt in Ehrlich (1967).
- Ehrlich, Eugen (2022 (1913/1989)): *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1. Aufl., 1913, München/Leipzig: Duncker & Humblot, 4. Aufl. 1989, 5. Aufl. 2022, jeweils: Berlin: Duncker & Humblot.
- Fleck, Christian (1990): *Rund um »Marienthal«. Von den Anfängen der Soziologie in Österreich bis zu ihrer Vertreibung*, Wien: Verlag für Gesellschaftskritik.
- Fuchs, Walter (2013): »Eugen Ehrlich und der Rechtspluralismus«, in: Barta, Heinz/Ganner, Michael/Voithofer, Caroline (Hg.), *Zu Eugen Ehrlichs 150. Geburtstag und 90. Todestag*, Innsbruck: Innsbruck University Press, 115–134.
- Fuchs, Walter (2019): »Erkundung der Theorielandschaft. Klassische rechtssoziologische Ansätze«, in: Boulanger, Christian/Rosenstock, Julika/Singelnstein, Tobias (Hg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung. Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis*, Wiesbaden: Springer VS, 31–68.
- Fuchs, Walter (2020): »Litigious Bukovina: Eugen Ehrlich's »Living Law« and the Use of Civil Justice in the Late Habsburg Monarchy«, in: *Administrative History – Journal for the History of Public Administration* 5, 235–248.
- Griffiths, John (1986): »What is Legal Pluralism?«, in: *Journal of Legal Pluralism* 24, 1–55.
- Hertogh, Marc (Hg.) (2009): *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford/Portland: Hart.
- Hertogh, Marc (2020): »Sociology of the living law: exploring the other hemisphere of the legal world«, in: Přibáň, Jiří (Hg.), *Research Handbook on the Sociology of Law*, Cheltenham/Northampton: Elgar, 124–135.
- Kelsen, Hans (2003 (1915)): »Eine Grundlegung der Rechtssoziologie«, in: *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 39, 839–876, wiederabgedruckt in: Kelsen, Hans/Ehrlich, Eugen, *Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/17)*, Baden-Baden: Nomos, 3–54.

- Koller, Peter (2020): »Eugen Ehrlich«, in: Acham, Karl (Hg.), *Die Soziologie und ihre Nachbardisziplinen im Habsburgerreich*, Wien: Böhlau, 480–488.
- Luhmann, Niklas (1972): *Rechtssoziologie*, Bd. 1, Reinbek: Rowohlt.
- Machura, Stefan (2012): »German sociology of law: a case of path dependency«, in: *International Journal of Law in Context* 8, 506–523.
- Machura, Stefan (2014): »Eugen Ehrlich's Legacy in Contemporary German Sociology of Law«, in: Papendorf, Knut/Machura, Stefan/Hellum, Anne (Hg.), *Eugen Ehrlich's Sociology of Law*, Berlin: LIT, 39–68.
- Machura, Stefan (2023): »The ›Living Law‹ 100 years after Eugen Ehrlich. Two Workshops in Paris and Frankfurt«, in: *RCSL Newsletter* 1, 2–4.
- Neshurbida, Sergij/Rehbinder, Manfred (2021): »Eugen Ehrlich an der Franz-Josephs-Universität in Czernowitz«, in: *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* 11, 47–60.
- Papendorf, Knut/Machura, Stefan/Hellum, Anne (Hg.) (2014): *Eugen Ehrlich's Sociology of Law*, Berlin: LIT.
- Raiser, Thomas (2013): *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 6. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck (UTB).
- Rehbinder, Manfred (1986): *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Rehbinder, Manfred (2001): »Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät der Franz-Josephs-Universität in Czernowitz. Ihr Beitrag zur Erforschung des Rechts in einer multikulturellen Gesellschaft«, in: Hohloch, Gerhard/Frank, Rainer/Schlechtriem, Peter (Hg.), *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck, 327–344.
- Röhl, Klaus (1987): *Rechtssoziologie – Ein Lehrbuch*. Köln: Carl Heymanns.
- Röhl, Klaus/Machura, Stefan (2013): »100 Jahre Rechtssoziologie: Eugen Ehrlichs Rechtspluralismus heute«, in: *Juristen-Zeitung* 68, 1117–1168.
- Rychlo, Peter (2013): »Czernowitz als geistige Lebensform. Die Stadt und ihre Kultur«, in: Braun, Helmut (Hg.), *Czernowitz. Die Geschichte einer untergegangenen Kulturmetropole*, 2. Aufl., Berlin: Ch. Links, 7–30.
- Schweitzer, Doris (2021): *Juridische Soziologien. Recht und Gesellschaft von 1814 bis in die 1920er Jahre*, Baden-Baden: Nomos.
- Seinecke, Ralf (2022): »Ehrlichbilder: Freirecht, Rechtssoziologie und Rechtspluralismus. Zum 100. Todestag von Eugen Ehrlich«, in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 30, 302–336.
- Sinzheimer, Hugo (1938): »Eugen Ehrlich«, in: Ders., *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, Amsterdam: Hertzberger & Co, 232–255.
- Teubner, Gunther (1996): »Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus«, in: *Rechtshistorisches Journal* 15, 255–290.
- Vogl, Stefan (2003): *Soziale Gesetzgebungspolitik, freie Rechtsfindung und soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich*, Baden-Baden: Nomos.
- Vogl, Stefan (2009): »Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan«, in: Hertogh, Marc (Hg.), *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford/Portland: Hart, 95–124.

Max Weber: Rechtssoziologie¹

Max Weber zählt zu den bis heute einflussreichsten Denkern des 19. und frühen 20. Jahrhunderts. Er gilt als einer der Begründer der modernen Soziologie. Seine Arbeit hat nicht nur die Soziologie, sondern auch die Politikwissenschaft, die Geschichtswissenschaften und die Wirtschaftstheorie nachhaltig geprägt. Sein Werk gehört nach wie vor zu den wichtigsten Inspirationsquellen für die Rechtssoziologie. Bevor die Einzelheiten der Weber'schen Rechtssoziologie angesprochen werden, ist eine Vorbemerkung nötig. Welchen Text meinen wir, wenn wir heute von Max Webers *Rechtssoziologie* sprechen? Dies ist alles andere als eindeutig.

Der Text, welcher üblicherweise als Webers *Rechtssoziologie* bekannt ist, besteht aus zwei Kapiteln des Bandes *Wirtschaft und Gesellschaft* in der von Johannes Winckelmann herausgegebenen 5. Auflage aus dem Jahr 1972. *Wirtschaft und Gesellschaft* fungiert sowohl in der deutschen als auch in der internationalen Sozialwissenschaft als ein einheitliches Werk, obwohl es sich um ein Buch handelt, dessen innere Kohärenz sowie die Anordnung, Reihenfolge der Bestandteile und deren Betitelung von Anfang an umstritten war. Noch vor der Publikation von *Wirtschaft und Gesellschaft* im Jahr 1960 hat Winckelmann zwei Kapitel aus dem zweiten Teil – eines davon aus den Manuskripten – in einem separaten Band, auch mit dem Titel *Rechtssoziologie*, herausgegeben (Weber 1960): Es handelt sich um das Kapitel VII, welches in der 5. Auflage von *Wirtschaft und Gesellschaft* 1972 ebenso mit dem Titel *Rechtssoziologie* versehen worden ist, sowie das Kapitel VI (*Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen*). Beide Texte sind vor 1913 entstanden und gehören somit in dieselbe Entwicklungsphase des Weber'schen Denkens. Diese editorische Entscheidung hat den Text der *Rechtssoziologie* Webers gewissermaßen stabilisiert: Bis in das Jahr 2010 galten die zwei Kapitel zusammen als ein Werk von Max Weber und trugen den Titel *Rechtssoziologie*, es sei denn, man bezog sich nur auf das Kapitel VII von *Wirtschaft und Gesellschaft*, welches unter dem selbem Titel erschien.

In der neuen kritischen Version der Max Weber-Gesamtausgabe hat *Wirtschaft und Gesellschaft* seinen einheitlichen Charakter verloren. Die darin enthaltenen Schriften wurden auf mehrere Bände verteilt. Sie

1 Ich bedanke mich bei der polnischen Nationalen Wissenschaftszentrum (Narodowe Centrum Nauki) für die Unterstützung im Rahmen des Forschungsprojektes 2019/34/E/HS6/00295.

wurden redaktionell neu überarbeitet, teilweise neu geordnet und mit neuen Titeln versehen. So ging es auch den Kapiteln VI und VII, Teil 2 der 5. Auflage, also der *Rechtssoziologie*. In dem von Werner Gephart und Siegfried Hermes 2010 herausgegebenen Band mit dem Titel *Recht*, auf den ich mich hier beziehe, erschienen die zwei Kapitel getrennt als eigenständige Schriften, wobei Kapitel VI den alten Titel *Die Wirtschaft und die Ordnungen* behalten hat, das ehemalige Kapitel VII aber mit dem neuen Titel *Die Entwicklungsbedingungen des Rechtes* versehen worden ist. Im Band I/22-3 der Max Weber-Gesamtausgabe gibt es somit keinen Text mit dem Titel ›Rechtssoziologie‹.² Trotzdem werde ich im vorliegenden Text manchmal, traditionshalber, von Webers *Rechtssoziologie* sprechen, so als ob es um ein einheitliches Werk ginge.

1. Leben und Werk

Weber wurde als Sohn des Juristen und späteren preußischen Abgeordneten der Nationalliberalen Partei Max Weber und dessen Frau Helene am 21. April 1864 in Erfurt geboren. Sein Bruder Alfred (1868–1958) war ein bedeutender Nationalökonom und Soziologe. 1893 heiratete Weber Marianne Schnitger, die sich später als Intellektuelle und Politikerin einen Namen machte. Marianne Weber hatte nach dem Tod ihres Mannes den wichtigsten Einfluss auf die erste Phase seiner Rezeption. Ihre Entscheidungen als Herausgeberin seiner Werke sind für viele seiner Schriften bis heute von grundlegender Bedeutung. Max Weber studierte Rechtswissenschaften, Geschichte, Philosophie und Nationalökonomie in Heidelberg, Berlin und Göttingen. Während seines Studiums entwickelte er ein breites Interesse, das von antiker Geschichte bis zur modernen Gesellschaft reichte. Nach Abschluss seines Studiums arbeitete Weber zunächst als Anwalt, entschied sich jedoch bald für eine akademische Karriere. 1889 wurde er an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin im Fach Rechtswissenschaft promoviert. 1892 habilitierte er sich ebenfalls in Berlin im Römischen Recht und Handelsrecht. Mit 29 Jahren wurde er zum außerordentlichen Professor für Handelsrecht und deutsches Recht an der juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität ernannt. Ein Karriereanfang mit mehr Renommee wäre kaum vorstellbar gewesen.

1894 bekam Weber einen Ruf auf die Professur für Nationalökonomie an die Universität in Freiburg im Breisgau. Seine Antrittsvorlesung gilt heute als einer seiner umstrittensten Texte: Er legte hierin

- 2 Mehr dazu in den editorischen Berichten im Band I/22-3 der Max Weber-Gesamtausgabe sowie in der umfangreichen Einleitung, welche als Buch 2014 erschien (Gephart 2014).

ein Forschungsprogramm vor, das zugleich seine kontroversen politischen Ansichten, insbesondere zur deutschen Ostpolitik, offenlegte (siehe Boatcă 2013). 1897 wurde Weber Professor für Nationalökonomie an der Universität Heidelberg. Seine Karriere, die sich so dynamisch und schnell entwickelt hatte, kam aber zu dieser Zeit zum Erliegen. 1898 musste er seine Lehrtätigkeit aufgeben. Sieben Jahre lang konnte er kaum arbeiten, er litt unter Depressionen und anderen Folgen der langjährigen Überarbeitung, die wir heutzutage wohl als Burnout beschreiben würden. Nicht imstande, weiter zu unterrichten, gab er 1903 seine Heidelberger Professur auf, um als Privatgelehrter zu leben, was ihm dank Familienvermögen möglich war.

Seit 1904 war er einer der Redakteure des *Archivs für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, in welchem einige seiner wegweisenden Werke erschienen. Darunter insbesondere *Die protestantische Ethik und der Geist des Kapitalismus* (1904–1905), das eine anscheinend immer noch nicht erschöpfte Quelle für neue Impulse in der Soziologie, den Geschichtswissenschaften, der Organisationstheorie, der Theologie und den Kulturwissenschaften darstellt. *Die ›Objektivität‹ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis* (1904) bildet die grundlegende Methodenschrift. 1909 war Weber zusammen mit Ferdinand Tönnies, Georg Simmel und Werner Sombart einer der Mitbegründer der Deutschen Gesellschaft für Soziologie.

Nach dem Ersten Weltkrieg engagierte sich Weber energisch in der Politik der neu entstandenen Weimarer Republik. In den Jahren 1918/19 wirkte er am Entwurf der künftigen Weimarer Verfassung mit. Er wurde auch zur Teilnahme an der Versailler Friedensdelegation eingeladen. 1918 war er im Wahlkampf der Deutschen Demokratischen Partei involviert, die er auch mitbegründet hatte. Diese Tätigkeit gab er jedoch auf, um zur akademischen Arbeit zurückzukehren: 1919 wurde er auf die Professur für Gesellschaftswissenschaft, Wirtschaftsgeschichte und Nationalökonomie der Universität München berufen, die er aber nur sehr kurz innehatte. In den letzten Jahren seines Lebens plagten ihn wiederkehrende gesundheitliche Probleme. Am 14. Juni 1920 verstarb Max Weber im Alter von 56 Jahren in München an einer Lungenentzündung, wahrscheinlich infolge einer Infektion mit der sogenannten ›Spanischen Grippe‹.

Max Webers Vermächtnis ist immens und die Entstehungsgeschichte und Datierung der unterschiedlichen Teile davon sind eine Wissenschaft für sich geworden (vgl. Hübinger 2020). Die *Max Weber Gesamtausgabe* besteht aus 47 Bänden. Die ersten erschienen im Jahr 1984, der letzte 2020. Das riesige Œuvre bezeugt die Intensität sowie Produktivität der Tätigkeit Webers sowie seine täglichen lebhaften Auseinandersetzungen mit den akademischen und politischen Debatten seiner Zeit. Dass der Hauptteil der Weber'schen Werke erst postum erschien, liegt teilweise

daran, dass der Verfasser ganz im Sinne seiner Epoche seine wichtigsten Schreibprojekte auf mehrere Volumina systematischer Überlegungen anlegte, weswegen die Arbeit an den großen Projekten permanent *work in progress* blieb.

Webers Schriften und vielmehr noch seine Ideen haben nicht nur die Soziologie (außer der Rechtssoziologie insbesondere die soziologische Theorie, die Religions-, Wirtschafts-, Kunst- und Arbeitssoziologie) und die Politikwissenschaft geprägt, sondern auch die moderne Verwaltungstheorie, die Wirtschaftslehre sowie die Geschichtswissenschaft. Aber Webers Einfluss reicht bis heute weit über die Grenzen der Sozialwissenschaften hinaus: Seine Formulierungen, wie etwa ›die Entzauberung der Welt‹, ›das stahlharte Gehäuse des Kapitalismus‹ oder ›der moderne Polytheismus‹, seine Analyse der Herrschaft, der Bürokratie, oder seine Gegenüberstellung der Verantwortungs- und der Gesinnungsethik sind Teil des globalen transdisziplinären Gedankenguts geworden. Dies war dank der Rezeption Webers im angelsächsischen Sprachraum seit den 1930er Jahren möglich, die zur globalen Verbreitung mancher Weber'schen Ideen wesentlich beitrug. Die deutsche Rezeption beschleunigte dagegen erst in den 1960er Jahren, und seit den 1980er Jahren wurde Webers Werk endgültig in Deutschland und auch woanders kanonisiert (vgl. Bargheer 2017). In dem von der International Sociological Association 1998 durchgeführten Ranking der wichtigsten soziologischen Werke aller Zeiten gelangte Weber zweimal in die Top 10.³

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Werks

Rechtssoziologie gehört bestimmt nicht zu denjenigen Feldern, auf denen Webers Beitrag am meisten kommentiert wurde. Wenn auch Webers Rechts- und Religionssoziologie sehr eng miteinander verbunden sind (vgl. Treiber 1984), blieb die Problematik des Rechts für die Rezeption und Rezeption des Weber'schen Werks tatsächlich viel weniger zentral, und das nicht nur bezogen auf die Religionssoziologie, sondern auch im Vergleich mit seiner allgemeinen soziologischen Theorie, der Methodenlehre oder der Wirtschaftssoziologie. Trotzdem gehören seine rechtssoziologischen Ideen zweifellos zu den originellsten Teilen seines Nachlasses.

Den wichtigsten gesellschaftlichen Kontext für Webers Rechtssoziologie stellt zweifellos das öffentliche Interesse an den großen kulturvergleichenden Studien dar, welche im Europa des 19. Jahrhunderts mit dem

3 <https://www.isa-sociology.org/en/about-isa/history-of-isa/books-of-the-xx-century> (letzter Abruf: 16.05.2023).

triumphalen globalen Vormarsch von Imperialismus und Kolonialismus aufkamen. Die Werte und die Handlungsweisen der kulturell Anderen zu verstehen, war zu dieser Zeit ein wichtiger erkenntnistheoretischer und politischer Impuls. Das gesamte Forschungsprogramm Webers ist fest in diesem Zusammenhang verankert. So schreibt er am Anfang der *Protestantischen Ethik*: »Universalgeschichtliche Probleme wird der Sohn der modernen europäischen Kulturwelt unvermeidlicher- und berechtigterweise unter der Fragestellung behandeln: welche Verkettung von Umständen hat dazu geführt, daß gerade auf dem Boden des Okzidents, und nur hier, Kulturerscheinungen auftraten, welche doch – wie wenigstens wir uns gern vorstellen – in einer Entwicklungsrichtung von universeller Bedeutung und Gültigkeit lagen?« (Weber 1986: 17)

Diese viel zitierten Worte wurden als Beweis des Weber'schen Eurozentrismus betrachtet: Tatsächlich orientierte er sich in seinen komparativen Studien immer an der Überzeugung von der universellen Geltung des historischen Wegs Europas. Als er die Rolle der religiösen Werte in den wirtschaftlichen Handlungen, das Fungieren politischer Institutionen oder musikalischen Trends im Osten und Westen verglich, unterlag er zweifellos dem allanwesenden Orientalismus der Epoche, in der nicht nur der tiefe Unterschied zwischen dem Osten und dem Westen, sondern auch die zivilisatorische Überlegenheit des Letzteren als Axiom galt. Die Schlüsselworte hier sind Rationalisierung und Entzauberung. Die westliche Kultur, und somit das ganze Leben im Westen wurde, so Weber, entzaubert, also der magischen, irrationalen Elemente beraubt und auf eine bestimmte Art und Weise rationalisiert.

Der Begriff ›rational‹ hat hierbei verschiedene, sich ergänzende Bedeutungen. Rational bedeutet zunächst, dass eine Handlung vom Verstand geleitet wird, sei es in Bezug auf abstrakte Werte (Wertrationalität) oder konkrete Zwecke (Zweckrationalität). Rationalisierung und Entzauberung bedeuten also nicht an sich, dass die abstrakten hohen Ideale, von dem instrumentalischen Denken versetzt, aus dem Gesellschaftsleben verschwinden: Weber betont vielmehr, dass das rationale Handeln eine einheitliche Tendenz zur Intellektualisierung, Berechenbarkeit und Systematisierung aufweist, unabhängig davon, worauf es sich bezieht und was es zu realisieren anstrebt.

Das Recht nun ist ein Teil der Kultur, unterliegt also denselben allgemeinen kulturellen Tendenzen wie die anderen Lebenssphären: Die Weber'sche Analyse westlichen Rechts war ein Versuch, dessen spezifische Rationalität mit den Entwicklungsmechanismen des Rechts in anderen geographischen sowie kulturellen Räumen zu vergleichen und dank dessen zu verstehen. Im juristischen Sinne bedeute Rationalität, dass eine Handlung oder Entscheidung einer allgemeinen Regel folgt, die ihrerseits einen Teil des systematischen Regelwerks darstellt. Die Systematisierung des Rechts stellte sich Weber als hierarchische methodische Anordnung

von Regeln vor, die aufgrund eines professionalisierten, erlernbaren Fachwissens auf eine vorhersehbare Art und Weise interpretierbar und anwendbar sind. Dies schließt viele traditionelle Formen des Rechts aus, darunter zum Beispiel dasjenige Recht, das nur von ausgewählten, mit übernatürlichen Gaben ausgestatteten Individuen gesprochen werden könne, oder auch solches Recht, das nur von dem Willen der Herrschenden, also von der reinen Willkür, entschieden wird. Ein so definiertes rationales Recht stand offensichtlich dem westlichen, bürokratisierten, staatsgemachten und von den professionellen Juristen und Juristinnen ausgeübten Recht sehr nahe. Ebenso entsprach es der neuen legalen Herrschaft, einer im modernen Westen entstandenen Staats- und Herrschaftsform, jedenfalls für diejenigen, für die das im Weber'schen Sinne rationalisierte Recht ein unabdingbares Instrument staatlicher Herrschaft geworden ist. Deswegen schrieb Roger Cotterrell (2012): »[The] key concept, that of legal domination, is elaborated in the context of Weber's important analyses of the character of modern law and of the sociological significance of legal history, as well as his detailed studies of the development of the modern state. Thus, in Weber's writings, the relationships between law and power are analysed with the combination of a lawyer's insights into the character of legal ideas and a great sociologist's synthesizing vision of patterns of economic, political, and social development in history.«

Neben den politischen, sowohl europäischen als auch globalen Prozessen waren aber die intellektuellen Impulse aus dem akademischen Leben und der wissenschaftlichen Debatte für Weber ebenso wichtig. Diese hatten zwei Quellen: die sich neu und nicht ohne Schwierigkeiten institutionalisierende Soziologie und die wohl etablierten, sich aber zu dieser Zeit in einer Periode intensiven Umbruchs befindenden Rechtswissenschaften. Weber war Volljurist, promoviert und habilitiert und ursprünglich auch ein Rechtsprofessor; er war Jurist und Sozialdenker zugleich; diese Verflechtung war für seine Theoriebildung entscheidend (vgl. Turner 1994). Das deutsche Recht erlebte zu seiner Lebenszeit einen bedeutenden Übergang von der auf dem römischen Recht basierenden und stark in der akademischen Tradition eingebetteten Pandektistik zum modernen, kodifizierten Recht des neuen, vereinigten und sich als eine europäische Macht stilisierenden deutschen Staates, welcher triumphierend der Tragödie des Ersten Weltkrieges entgegenging. Das Monument des neuen deutschen Rechts, das Bürgerliche Gesetzbuch aus dem Jahr 1896, war – die symbolische Bedeutung des Datums ist offensichtlich – am 1. Januar 1900 in Kraft getreten: Es ist die einzige Kodifikation, die möglicherweise an der globalen Bedeutung und Einflussbreite gemessen, eine Konkurrenz für den französischen *Code civil* von 1804 darstellen konnte.

Von den juristischen Diskussionen und Betrachtungen der Umbruchszeit war Weber also zutiefst geprägt (vgl. Schweitzer 2021: 449 ff.). Zwar lagen um 1900 Soziologie und Jura akademisch nicht so weit voneinander

entfernt wie ein Jahrhundert später: Die philosophischen Einflüsse der Lebensphilosophie, des Neukantianismus sowie die Dilemmata der Anwendung positivistischer Wissenschaftsphilosophie im Bereich der Sozialwissenschaften waren in den Rechtswissenschaften genauso wie im breiten Diskurs der Sozialwissenschaften deutlich spürbar. Soziologie barg zu dieser Zeit immer noch das Versprechen einer Wissenschaft, die mit der neuen modernen Welt besser zurechtkommen könne als die etablierten, von den vormodernen Epochen geerbten Wissensformen wie dem Recht, in dem sich die Ideen der neuen, empirischen wissenschaftlichen Erforschung der Gesellschaft ebenfalls verbreitet hatten. Weber nahm insbesondere und intensiv an den vor allem von der sogenannten *Freirechtsbewegung* leidenschaftlich geführten Debatten teil. Er bemühte sich – eher erfolglos – darum, die Köpfe der Freirechtsbewegung, darunter besonders Hermann Kantorowicz, in die Institutionalisierung der Soziologie zu involvieren (vgl. Gephart 2014). Soziologie als Wissenschaft zu begründen und ihr dabei die Möglichkeit zu geben, sich mit dem Recht auf eine ganz eigene und eigenständige Art und Weise jenseits der Rechtsdogmatik zu beschäftigen, war Webers lebenslanges Streben.

Die von akademischen Juristen geführten, scheinbar rein juristischen Debatten, überschritten sich mit den frühen soziologischen Konzeptualisierungen des Rechts und illustrieren eindrucksvoll das Problem seiner Geltung. Maßgebend für Webers Standpunkt zu diesem Thema war seine Polemik zu Rudolf Stammler (Weber 1985), in der sich schon 1907 die Konturen der Weber'schen Rechtskonzeption herauskristallisierten (vgl. Coutu 2013, vgl. auch Editorischer Bericht in Weber 2010a: 191). Dies gilt auch für viele andere Konzepte und Ideen in der Weber'schen *Rechtssoziologie*: Der alles umfassende politische Kontext des entstehenden modernen deutschen Staates sowie der westlichen Modernisierung, Industrialisierung, der kapitalistischen Revolution und der von Kolonialismus angetriebenen Globalisierung, bleibt zwar deutlich spürbar und lesbar. Die Einzelheiten des intensiven und unglaublich hektischen intellektuellen Austausches der vorletzten Jahrhundertwende gerieten jedoch mehr und mehr in den Bereich der akademischen Spezialisierung, also eigentlich ins Museum der Kuriositäten. Dass diese Kuriositäten immer noch für das heutige Denken entscheidend sein können, bezeugen die Bücher, die den Kontext der Epoche rekonstruieren, auf die ich im Folgenden teils noch verweisen werde.

3. Darstellung des Schlüsselwerks

Die Wirtschaft und die Ordnungen ist ein relativ kurzer Text, in dem – aufgrund der Kritik von Stammler – Weber zuerst den empirischen, also soziologischen und nicht dogmatisch-juristischen Rechtsbegriff

definiert, um diesen danach mit den anderen gesellschaftlichen Ordnungen zu kontrastieren und am Ende auf das Verhältnis zwischen Recht und Wirtschaft einzugehen. In diesem Text finden wir relativ wenige Exkurse in die Welt außerhalb des modernen Westeuropas. Es handelt sich um eine konzeptuelle und theoretische soziologische Betrachtungsweise des Rechts. Diese letztere fragt: »was innerhalb einer Gemeinschaft faktisch um deswillen geschieht, weil die Chance besteht, daß am Gemeinschaftshandeln beteiligte Menschen, darunter insbesondere solche, in deren Händen ein sozial relevantes Maß von faktischem Einfluß auf dieses Gemeinschaftshandeln liegt, bestimmte Ordnungen als geltend subjektiv ansehen und praktisch behandeln, also ihr eigenes Handeln an ihnen orientieren.« (191) Weber definiert Recht folgendermaßen: »Recht« ist für uns eine ›Ordnung‹ mit gewissen spezifischen Garantien für die Chance ihrer empirischen Geltung. Und zwar soll unter ›garantiertem objektiven Recht‹ der Fall verstanden werden: daß die Garantie in dem Vorhandensein eines ›Zwangsapparates‹ [...] besteht, also einer oder mehrerer sich eigens zur Durchsetzung der Ordnung durch speziell dafür vorgesehene Zwangsmittel (Rechtszwang) bereithaltender Personen. « (195)

In diesem Text entsteht demnach die fundamentale Frage, inwiefern das Recht als Sozialphänomen vom institutionalisierten Zwangsapparat wie der Polizei, der Staatsanwaltschaft oder den Gerichten zu trennen ist.

Im zweiten Teil des Textes entwickelt Weber den Unterschied zwischen Rechtsordnung, Konvention und Sitte. Hier schreibt er: »Wir wollen unter ›Sitte‹ den Fall eines typisch gleichmäßigen Verhaltens verstehen, welches lediglich durch seine ›Gewohnheit‹ und unreflektierte ›Nachahmung‹ in den überkommenen Geleisen gehalten wird, ein ›Massenhandeln‹ also, dessen Fortsetzung dem Einzelnen von niemandem in irgendeinem Sinn ›zugemutet‹ wird. Unter ›Konvention‹ wollen wir dagegen den Fall verstehen, daß auf ein bestimmtes Verhalten zwar eine Hinwirkung stattfindet, aber durch keinerlei physischen oder psychischen Zwang, und überhaupt zum mindesten normalerweise und unmittelbar durch gar keine andere Reaktion als durch die bloße Billigung oder Mißbilligung eines Kreises von Menschen, welche eine spezifische ›Umwelt‹ des Handelnden bilden. « (211)

Bei den Konventionen und Sitten fehlt also der Effekt des Zwangsapparats, obwohl der Rechtszwang »aus einer ›Sitte‹ (z. B. durch Berufung auf das ›Uebliche‹) eine ›Rechtspflicht‹ machen kann (213). Es folgt eine Unterscheidung zwischen »Konvention« und dem »Gewohnheitsrecht«. Somit kommt Weber zu der (hier fast ironisch gestellten, für die Soziologie aber fundamentalen) Frage, »wie entstehen in dieser Welt der Eingestelltheit auf das ›Regelmäßige‹ als das ›Geltende‹ irgendwelche ›Neuerungen‹?« (215). Er weist auf den Einfluss der Lebensbedingungen, aber auch auf Einflüsse der als »abnorm« oder »pathologisch« qualifizierten Erfahrungen und Verhaltensweisen hin. Trotz aller Unterschiede ist laut

Weber aber »der Uebergang von bloßer ›Sitte‹ zu ›Convention‹ und von dieser zum ›Recht‹ flüssig.« (222)

Im dritten Teil von *Die Wirtschaft und die Ordnungen* fasst Weber die bisherigen Betrachtungen zusammen: »Die Rechtsgarantien und also diejenigen Normvorstellungen, auf denen sie als Motiv ihrer Schaffung, Auslegung, Anwendung beruhen oder mitberuhen, kommen für eine nach empirischen Regelmäßigkeiten und Typen forschende Disziplin, wie die Soziologie es ist, in Betracht sowohl als Folge, wie, vor allem, als Ursache oder Mitursache von Regelmäßigkeiten, sowohl des soziologisch direkt relevanten Handelns von Menschen wie, dadurch hervorgerufen, der soziologisch indirekt relevanten Naturgeschehnisse. Faktische Regelmäßigkeiten des Verhaltens (›Sitte‹) können, sahen wir, Quelle der Entstehung von Regeln für das Verhalten (›Konvention‹, ›Recht‹) werden. Ebenso aber umgekehrt.« (238)

Es folgen Überlegungen über die Beziehung zwischen Recht und Wirtschaft, die Weber zu einer Reihe von Schlussfolgerungen führen. Für die Rezeption des Werkes scheint die nachfolgende am wichtigsten: »Das Recht (immer im soziologischen Sinn) garantiert keineswegs nur ökonomische, sondern die allerverschiedensten Interessen, von den normalerweise elementarsten: Schutz rein persönlicher Sicherheit bis zu rein ideellen Gütern wie der eigenen ›Ehre‹ und derjenigen göttlicher Mächte. Es garantiert vor allem auch politische, kirchliche, familiäre oder andere Autoritätsstellungen und überhaupt soziale Vorzugslagen aller Art [...].« (241)

Das Recht ist somit untrennbar in das Sozialleben eingewoben: Der Fokus auf Recht und Wirtschaft, welcher für Webers Arbeit so typisch zu sein scheint, muss damit in diesem Kontext gesehen werden: Das Recht ist ein unabdingbares Element des menschlichen Lebens und kann nicht auf seine ökonomische oder organisatorische Funktion reduziert werden. Deswegen, so Weber, kann eine Rechtsordnung »unter Umständen unverändert bestehen bleiben, obwohl die Wirtschaftsbeziehungen sich radikal ändern« (ebd.), was auch in vielen kolonialen und postkolonialen Gesellschaften der Fall war, obwohl Weber in diesem Punkt eher an die sozialistische Produktionsweise als an den kapitalistischen Kolonialismus gedacht hatte. Umgekehrt, bemerkt Weber, kann auch die Wirtschaft eine tiefe Veränderung durchmachen, die das Recht relativ unberührt lässt. Trotzdem, schreibt Weber: »steht die Rechtsgarantie in weitestem Umfang direkt im Dienst ökonomischer Interessen. Und soweit dies scheinbar oder wirklich nicht direkt der Fall ist, gehören ökonomische Interessen zu den allermächtigsten Beeinflussungsfaktoren der Rechtsbildung, da jede eine Rechtsordnung garantierende Gewalt irgendwie vom Einverständnis handeln der zugehörigen sozialen Gruppen in ihrer Existenz getragen wird und die soziale Gruppenbildung in hohem Maße durch Konstellationen materieller Interessen mitbedingt ist.« (242)

In diesem Punkt werden also materielle Interessen der Sozialgruppen mit der Gestalt des Rechts verbunden und die strukturelle Kopplung der Wirtschaft, des Rechts, der Macht und der Gesellschaft bestätigt.

Das Recht und der Zwang, der das Recht garantiert, sind natürlich im Wirtschaftsbereich nicht unbedingt und unbegrenzt wirksam. Besonders »die ›staatliche‹ Garantie der Rechte ist rein theoretisch betrachtet für keine grundlegende ökonomische Erscheinung unentbehrlich. Besitzschutz leistet auch die Sippenhilfe«, so Weber (245). Man könnte fast sagen, dass der Staat überschätzt wird: »Rein ›begrifflich‹ notwendig ist der ›Staat‹ für die Wirtschaft also nirgends « (246–247). Nichtsdestoweniger »ist speziell eine Wirtschaftsordnung moderner Art ohne eine Rechtsordnung von sehr besonderen Eigenschaften, wie sie praktisch nur als ›staatliche‹ Ordnung möglich ist, zweifellos nicht durchführbar« (247). Auf diese Weise kommt Weber zu seinem historisch-soziologischen Argument: Der moderne Staat mit seiner legalen Herrschaftsform und die moderne kapitalistische Wirtschaft sind historisch – weil praktisch – verbunden, wenn man sich auch rein begrifflich eine andere Welt vorstellen könnte.

Die Entwicklungsbedingungen des Rechtes ist ein Text von 138 Manuskriptseiten (siehe Editorischer Bericht von Gephart und Hermes, in: Weber 2010b: 249). Der Text ist in sieben Paragraphen unterteilt.

Der erste Paragraph bespricht die Unterscheidung der sachlichen Rechtsgebiete in Privatrecht und öffentliches Recht, insbesondere Zivilrecht und Strafrecht. Weber geht hier auf die Unterschiede und Konvergenzen der juristischen und soziologischen Betrachtungsweise ein, um mit der Verwaltung, der Legitimität und der Herrschaft die wichtigsten Kategorien seiner Rechtssoziologie einzuführen. In diesem Punkt geht Weber historisch-vergleichend vor: die Herrschaft des Hausherrn (etwa im antiken Rom) vergleicht er mit der der biblischen Propheten, die der Priester mit der der Magier, die Beispiele aus dem chinesischen Recht mit den Rechtsordnungen der »Sippen«, also der traditionellen Gesellschaften. In diesem Text tritt eine wichtige Eigenschaft des Weber'schen Schreibens hervor: Wenn auch die Dokumentation der Quellen den heutigen Ansprüchen nicht genügt, so ist der Vergleich entlang der Charakteristika der Referenzgesellschaften so beschaffen, dass alle Gesellschaften mithilfe derselben soziologischen Grundkategorien (Herrschaft, Macht, Recht, Ordnung, Wirtschaft, formale oder materielle Rationalität / Irrationalität) analysiert werden. Webers Programm der vergleichenden historischen Soziologie kommt somit in seiner Rechtssoziologie ebenso gut oder sogar besser zum Ausdruck als in der *Protestantischen Ethik*. Zugleich ist sichtbar, dass die in der juristischen Bildung verankerte Betrachtungsweise für die soziologische Theoriebildung Webers entscheidend war.

Im zweiten Paragraphen sind die subjektiven Rechte mit dem objektiven Recht verbunden, welches seinerseits mit dem Charakter des

Verbandes zusammenhängt, der den Status des Einzelnen bestimmt. Weber untersucht an dieser Stelle die Basalformen der Rechtsbeziehungen; er argumentiert rechtshistorisch und stark generalisierend vergleichend.

Im nächsten, dem dritten Paragraphen widmet sich Weber den Fragen der Rechtsschöpfung. Hier nähert er sich erneut dem Problem der Konvention und ihren Unterschied im Vergleich zum Recht und richtet seinen Fokus auf den empirischen Verlauf des Sozialen Handelns für die Bestimmung einer Rechtswende. In diesem Paragraphen benutzt Weber auch Beispiele, darunter solche aus dem traditionellen indigenen slawischen Recht, um das Verhältnis zwischen dem Staatsrecht und den anderen Rechtsformen zu problematisieren. Die Bedeutung dieser Argumentation für Webers Sicht auf den (heute sogenannten) Rechtspluralismus ist aber mit Vorsicht zu betrachten: Weber selbst merkt an: »solche Beispiele dürfen allerdings keineswegs zum Normalfall verallgemeinert werden« (438). Weber beschäftigt sich in diesem Paragraphen auch mit dem Problem der religiösen Rechtsschöpfung und der Säkularisierung der Rechtsschöpfung, wobei er auf den Beispielen aus Australien und Guinea basierend, die Säkularisierung der Rechtsschöpfung in den traditionellen Gesellschaften beobachtet. In diesem Teil des Textes wird auch die Rolle der »Honoratioren«, also der Bürger hohen Standes, die an der Rechtsschöpfung beteiligt sind, problematisiert, wobei die Analogien zwischen den Rollen der Honoratioren in historischen und nicht-europäischen Gesellschaften besprochen werden. Diese Ausführungen sind insofern wichtig, als sie Webers Meinung zur Vielfalt der Wege der Rechtsrationalisierung und Auslegung darstellen, auch dadurch, dass sie die historische Genese des modernen Rechts und der modernen Juristenprofession in den Funktionen der Charismatiker und Rechthonoratioren beleuchten. Am Ende des dritten Paragraphen schreibt Weber nämlich: »Uns gehen hier speziell die Wege und Schicksale der Rationalisierung des Rechts, der Entwicklung seiner heutigen spezifisch ›juristischen‹ Qualitäten also, an. Wir werden sehen, daß ein Recht in verschiedner Art, und keineswegs notwendig in der Richtung der Entfaltung seiner ›juristischen‹ Qualitäten, rationalisiert werden kann. Die Richtung, in welcher diese formalen Qualitäten sich entwickeln, ist aber bedingt direkt durch so zu sagen ›innerjuristische‹ Verhältnisse: die Eigenart der Personenkreise, welche auf die Art der Rechtsgestaltung berufsmäßig Einfluß zu nehmen in der Lage sind, und erst indirekt durch die allgemeinen ökonomischen und sozialen Bedingungen. Allen voran steht die Art der Rechtslehre, das heißt hier: der Schulung der Rechtspraktiker.« (475)

In diesem Punkt findet somit ein Übergang zu der näheren Analyse der Rechtsprofession als Wirkungsfaktor bei der Rationalisierung des Rechts statt. Demzufolge stellt Weber am Anfang des vierten Paragraphen die folgende These auf: »Für die Entwicklung eines ›fachmäßigen‹ Rechtslehrgangs und damit auch eines spezifischen Rechtsdenkens gibt

es zwei einander entgegengesetzte Möglichkeiten. Entweder: empirische Lehre des Rechts durch Praktiker, ausschließlich oder doch vorwiegend in der Praxis selbst, also ›handwerksmäßig‹ im Sinn von ›empirisch‹. – Oder: theoretische Lehre des Rechts in besonderen Rechtsschulen und in Gestalt rational systematischer Bearbeitung, also: ›wissenschaftlich‹ in diesem rein technischen Sinn.« (477)

Dieser Paragraph vergleicht die beiden unterschiedlichen Wege der Professionalisierung des Rechts, wie sie in verschiedenartigen Gesellschaften belegt sind, wobei sich Weber nicht nur mit den säkularen Juristenprofessionen, sondern auch mit der Priesterausbildung und dem heiligen Recht im Islam und Hinduismus beschäftigt. In diesem Paragraphen finden wir auch die viel kritisierte Weber'sche Bewertung der »Kadijustiz«, die noch im fünften Paragraphen wiederkehrt, als etwas »uns auf dem Continent völlig unbekanntes« (518–519). Der Schwerpunkt der historischen Argumentation bleibt aber das römische Recht, für welches sich Weber als Jurist auch spezialisiert hatte.

Im fünften Paragraphen ist Weber »mit diesen Erörterungen bei dem wichtigen, schon gelegentlich gestreiften Problem der Einwirkung der politischen Herrschaftsform auf die formalen Qualitäten des Rechts angelangt« (510). Er illustriert hier die historischen Sinnverhältnisse zwischen den Herrschafts- und Rechtsformen. Die einfache Regel wäre hierbei, dass je rationaler die Herrschaft, desto rationaler auch da Recht, wobei Weber jedoch auch Folgendes bemerkt: »Gewisse gemeinsame Züge in der logischen Struktur des Rechts können aber Produkt untereinander sehr verschiedener Herrschaftsformen sein« (513). In diesem Paragraphen analysiert Weber insbesondere diejenigen Herrschaftsformen, die eng mit Religion verbunden sind. Mit den Beispielen aus unterschiedlichen Religionen und geographischen Gebieten illustriert Weber diese These und demonstriert dabei, dass das Verstehen des sozialen Handelns keineswegs als einfache quantitative Verallgemeinerung oder statistische Annäherung zu betrachten ist. Webers vergleichende historische Soziologie ist weder monokausal noch deterministisch.

Von der Betrachtung des religiösen Rechts und der Herrschaftsformen geht Weber im sechsten Paragraphen über zum Amtsrecht und zur Problematik der Kodifikationen. Ihn interessiert hier besonders, wieder im altrömischen und römisch-germanischen Kontext gesehen, die Rolle des imperialen Rechts im Rechtswandel. Er wendet sich ebenso der patrimonialfürstlichen Rechtsschöpfung und Rechtspflege zu, die er der ständischen gegenüberstellt. Im Konflikt der Fürsten mit den Ständen sieht Weber einen historischen Mechanismus, der zugunsten einer Rechtsrationalisierung wirkt. Ein Teil dieses Prozesses ist auch der Drang nach Kodifikation: »Der Fürst will ›Ordnung‹. Und er will ›Einheit‹ und Geschlossenheit seines Reichs. Und zwar auch aus einem Grunde, der sowohl technischen Bedürfnissen der Verwaltung wie persönlichen Interessen

seiner Beamten entspringt: die unterschiedslose Verwertbarkeit seiner Beamten im ganzen Gebiet seiner Herrschaft wird durch Rechtseinheit ermöglicht und ergibt erweiterte Karrierechancen für die Beamten, die nun nicht mehr an den Bezirk ihrer Herkunft dadurch gebunden sind, daß sie dessen Recht allein kennen. Und allgemein streben die Beamten nach ›Übersichtlichkeit‹ des Rechts, die bürgerlichen Schichten nach ›Sicherheit‹ der Rechtsfindung.« (569)

Wieder aber haben wir hier nicht mit einer allgemeinen historischen Regel zu tun, sondern mit einer Interpretation der historischen Daten: »Wenn so Interessen des Beamtentums, bürgerliche Erwerbsinteressen und fürstliche fiskalische und verwaltungstechnische Interessen in der Tat normale Träger von Kodifikationen gewesen sind, so sind sie deshalb nicht die einzig möglichen. Auch andere politisch beherrschte Schichten als nur ein Bürgertum können ein Interesse an der eindeutigen Fixierung des Rechts haben, und auch die herrschenden Gewalten, an welche sich ihr Verlangen danach richtet und die ihnen, gezwungen oder freiwillig, nachgeben, müssen nicht notwendig Fürsten sein.« (ebd.)

Die Ausführungen zur Kodifikation führen Weber direkt zur Besprechung des Napoleonischen *Code civil*. An dieser Stelle kommt er zum zentralen Punkt der philosophischen Debatten seiner – und nicht nur seiner – Zeit, nämlich der Frage nach dem Naturrecht. Er schreibt: »Soziologisch kommen die Vorstellungen über das ›Recht des Rechtes‹ innerhalb einer rationalen und positiven Rechtsordnung nur soweit in Betracht, als aus der Art der Lösung dieses Problems praktische Konsequenzen für das Verhalten der Rechtsschöpfer, Rechtspraktiker und Rechtsinteressenten entstehen, wenn also die Überzeugung von der spezifischen ›Legitimität‹ bestimmter Rechtsmaximen, [d.h.] von der durch keinerlei Oktroyierung von positivem Recht zu zerstörenden, unmittelbar verpflichtenden Kraft bestimmter Rechtsprinzipien, das praktische Rechtsleben wirklich fühlbar beeinflusst. Dies ist tatsächlich historisch wiederholt, speziell aber im Beginn der Neuzeit und in der Revolutions-epoche der Fall gewesen und ist es teilweise (in Amerika) noch. Die Inhalte solcher Maximen aber pflegt man als ›Naturrecht‹ zu bezeichnen.« (594–595)

Das Naturrecht hat somit für Weber einen revolutionären Charakter: es ist ein ambivalenter Teil des Modernisierungsprozesses.

Der letzte Paragraph des Textes, in dem die Qualitäten des modernen Rechts angesprochen werden sollen, beginnt wieder mit einem Vorbehalt an: »Die grundlegenden formellen Eigenarten der auf der Basis dieser rationalen und systematischen Rechtsschöpfungen entstandenen, spezifisch modernen okzidental-ten Art der Rechtspflege sind nun, gerade infolge der neuesten Entwicklung, keineswegs eindeutig.« (615)

Trotzdem identifiziert Weber aufgrund seiner vorigen Ausführungen einige typische Entwicklungsstufen, so die Tendenz zu Rationalisierung,

Professionalisierung, Kodifizierung und Berechenbarkeit. Dabei betont er auch die Rückkehr der Irrationalität in den modernen Rechtsordnungen. In der engsten Verbindung zwischen Rechtsformen und Herrschaftsformen sieht er einen Faktor, der der Rationalisierung des Rechts entgegenwirken kann. »Endlich unter Umständen auch, wie wir sahen, durch ideologisch begründete Machtansprüche des Juristenstandes selbst« kann die Rationalisierung auch gehemmt werden, so enthält einer der prinzipiellen Rationalisierungsmechanismen das Potenzial für Irrationalität. Webers *Rechtssoziologie* zeigt somit perfekt die Spannungen und die internen, inhärenten Kontradiktionen der Moderne, die in sich selbst die Knospen eigener Vernichtung trägt.

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion

Eine Klassikerposition im soziologischen Feld wie die von Weber lädt zur Kritik und Auseinandersetzung ein. Diese setzte schon zu Webers Lebzeiten ein. Zu seiner Zeit ging es aber hauptsächlich um den engen und fast ausschließlich männlichen Kreis der deutschsprachigen Akademiker sowie um den kleinen Teil des hoch gebildeten Publikums, der den akademischen Debatten aus beruflichen, politischen oder anderen Gründen folgte. Wenn also Weber in den 1920er oder 1930er Jahren kritisiert wurde, war dies – trotz aller politischen Unterschiede und wissenschaftspolitischen Strategien, Allianzen und Animositäten – eine Kritik innerhalb derselben Bildungs- und Sinngemeinschaft. Eine zusätzliche Schwierigkeit, die die Weber'sche Rechtssoziologie mit vielen anderen rechtssoziologischen Klassikern teilt, ist die Tatsache, dass sie sowohl von Rechtssoziologen und Rechtssoziologinnen, als auch (wenn auch in viel geringerem Maße) von Juristinnen und Juristen gelesen und rezipiert wurde, wobei diese zwei Rezeptionslinien nicht immer parallel zueinander verliefen (vgl. Gephardt 2014). Relativ schnell ist Weber aber eindeutig und primär dem Feld der Soziologie zugeordnet worden.

Die Geschichte der Rezeption von Webers Werk wurde in dem von der Max Weber Stiftung 2014 herausgegebenem Band *Max Weber in der Welt* teilweise kontinentübergreifend dargestellt und mit dem Fokus auf die Übersetzungen seiner Werke von Edith Hanke 2016 besprochen. Vergleichende Literatur zur spezifischen Rezeption der Rechtssoziologie ist bisher nicht vorhanden (zu den einzigen Ländern siehe z.B. Bucholc 2016, Čapíková 2012, Tsai 2016 und die darin enthaltenen Verweise). Das Spektrum der Kritik an der Weber'schen Rechtstheorie hat sich jedoch wesentlich verbreitet, als die Weber-Rezeption global wurde.

Die erste vollständige Übersetzung von Webers *Wirtschaft und Gesellschaft* ins Englische erschien 1968 und stammte von Günther Roth und Claus Wittich. Durch sie wurde diese Version von Webers

Rechtssoziologie in englischer Sprache verbreitet. Wenn auch Webers allgemeine Soziologie breit und über die Wissenschaft hinaus rezipiert wird, so bleibt die Wirkung seiner Rechtssoziologie praxisbezogenen juristischen Zeitschriften und akademischen Debatten vorbehalten. Webers Rechtssoziologie wurde im Kontext der Theorie des Kapitalismus gelesen (vgl. Trubek 1972), dem der allgemeinen Modernisierungstheorie (vgl. Albrow 1975) oder der Herrschaftstheorie (vgl. Cotterrell 1997). Dies war auch der Grund dafür, weswegen Webers Rechtssoziologie, wenn auch marginal, besonders für die kritischen und marxistischen amerikanischen Juristen und Juristinnen von Interesse war (vgl. Brand 1982: 87), obwohl sie oft (und vielleicht nicht ganz zurecht) als Apologie der westlichen Modernität und Rationalität betrachtet wurde (vgl. z.B. Walton 1975).

Webers Werk ist heutzutage nicht nur für die klassischen Bereiche der Rechtssoziologie wie etwa die Soziologie der Rechtsprofessionen von Bedeutung, sondern auch für die *socio-legal studies* im weiteren Sinne. Hier werden Webers Ideen für die vergleichende interdisziplinäre Rechts- und Rechtskulturforschung geltend gemacht (siehe Gephart 2006, Gephart, Witte 2017). Eine kritische Neubewertung der Weber'schen Rechtssoziologie als Inspiration und Impuls für die neuartigen Gesellschaftsstudien einer globalen, postkolonialen Welt scheint damit auf dem Weg zu sein, was auch eine Umdeutung und Neuordnung der Inhalte seines Werkes mit umfasst. Zum Beispiel erregt Webers Betrachtung des islamischen Rechts mit der Zeit deutlich mehr Interesse (vgl. Carré 1986; Turner 1974; Crone 1999, Ladeur 2017). Ebenso wird Webers Verständnis des traditionellen chinesischen Rechtes in den letzten Dekaden deutlich mehr in Frage gestellt (Marsh 2000; Lai 2015; Lin/Tsai 2013; Qian 2010). In der globalen Welt der pluralen und vielschichtigen Rechtsordnungen verliert die Perspektive der »modernen europäischen Kulturwelt« langsam die hegemoniale Position. Dies bedeutet aber noch lange nicht das Ende der Auseinandersetzungen mit dem Weber'schen Rechtsdenken.

Literatur

- Albrow, Martin (1975): »Legal positivism and bourgeois materialism. Max Weber's view of the sociology of law«, in: *British Journal of Law and Society* 1, 14–31.
- Bargheer, Stefan (2017): »The invention of theory: A transnational case study of the changing status of Max Weber's Protestant ethic thesis«, in: *Theory and Society* 46, 497–541.
- Boatcă, Manuela (2013): »From the Standpoint of Germanism: A Postcolonial Critique of Weber's Theory of Race and Ethnicity«, in: *Postcolonial Sociology*, hrsg. von Julian Go, 55–80.

- Brand, Arie (1982): »Against romanticism. Max Weber and the Historical School of Law«, in: *Australian Journal of Law and Society* 1, 87–100.
- Breuer, Stefan/Treiber, Hubert (Hg.) (1984): *Zur Rechtssoziologie Max Webers. Beiträge zur sozialwissenschaftlichen Forschung. Interpretation, Kritik, Weiterentwicklung*, Bd. 65, Wiesbaden: VS.
- Bucholc, Marta (2016): »Max Weber's Sociology of Law in Poland. A Case of a Missing Perspective«, in: Gephart, Werner/Witte, Daniel (Hg.), *Recht als Kultur. Max Webers vergleichende Kulturosoziologie des Rechts*, Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann, 405–422.
- Capiková, Silvia (2012): »Max Weber a sociológia práva«, in: *Sociológia* 5, 621–637.
- Carré, Olivier. (1986): »A propos de Weber et l'Islam«, in: *Archives de Sciences Sociales Des Religions* 1, 139–152.
- Cotterrell, Roger (2012): »Legality and Legitimacy. The Sociology of Max Weber« in: Ders., *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford University Press, 234–159.
- Cotterrell, Roger (1997): »A legal concept of community«, in: *Canadian Journal of Law and Society/La Revue Canadienne Droit et Société* 12, 75–91.
- Coutu, Michel (2013): »Weber Reading Stammler. What Horizons for the Sociology of Law?«, in: *Journal of Law and Society* 3, 356–374.
- Crone, Patricia (1999): »Weber, Islamic Law, and the Rise of Capitalism« in: Toby Huff, Toby/Schluchter, Wendy (Hg.), *Max Weber and Islam*, New Jersey: Transaction Publishers, 247–272.
- Gephart, Werner (2006): *Recht als Kultur. Zur kulturosoziologischen Analyse des Rechts*, Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann.
- Gephart, Werner/Witte, Daniel (Hg.) (2017): *Recht als Kultur? Beiträge zu Max Webers Soziologie des Rechts*, Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann, 43–71.
- Gephart, Werner (2010): »Einleitung«, in: Gephart, Werner/Hermes, Siegfried (Hg.), *Max Weber-Gesamtausgabe, Teilband 3: Recht*, Bd. I-22-3, Tübingen: Mohr Siebeck, 1–133.
- Hanke Edith (2016): »Max Weber Worldwide: The Reception of a Classic in Times of Change.«, in: *Max Weber Studies* 1, 70–88.
- Hübinger, Gangolf (2020): »Die Max Weber-Gesamtausgabe: Potenziale einer Großedition«, in: *Soziopolis: Gesellschaft beobachten*, <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:oi68-ssoar-80910-0>.
- Ladeur, Karl-Heinz (2017): »Der Islam Und Sein Recht: Die Vermeidung Der Unterscheidungen«, in: *ARSP: Archiv Für Rechts- Und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy* 1, 71–100.
- Lai, J. (2015): »Patrimonial Bureaucracy« and Chinese Law: Max Weber's Legacy and Its Limits«, in: *Modern China* 1, 40–58.
- Lin, Duan/Tsai, Po-fang (2013): »Max Weber's Traditional Chinese Law Revisited: A Poly-Contextuality in the Sociology of Law«, in: *Taiwan Journal of East Asian Studies* 2, 33–69.
- Marsh, Robert. M. (2000): »Weber's Misunderstanding of Traditional Chinese Law«, in: *American Journal of Sociology* 2, 281–302.

- Max Weber Stiftung (Hg.) (2014): *Max Weber in der Welt. Rezeption und Wirkung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Qian, Xiang-yang (2010): »Traditional Chinese law v. Weberian legal rationality«, in: *Max Weber Studies* 1, 29–45.
- Schweitzer, Doris (2021): *Juridische Soziologien. Recht und Gesellschaft von 1814 bis in die 1920er Jahre*, Baden-Baden: Nomos.
- Treiber, Hubert (1984): »Wahlverwandschaften« zwischen Webers Religions- und Rechtssoziologie, in: Treiber, Hubert/Breuer, Stefan (Hg.), *Zur Rechtssoziologie Max Webers. Interpretation, Kritik, Weiterentwicklung*, Opladen, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 49–55.
- Trubek, David M. (1972): »Max Weber on Law and the Rise of Capitalism«, in: *Wisconsin Law Review* 720, 746–748.
- Tsai, Po-Fang (2016): »The introduction and reception of Max Weber's sociology in Taiwan and China«, in: *Journal of Sociology* 1, 118–133.
- Turner, Bryan (1974): *Weber and Islam: A Critical Study*, London/Boston: Routledge.
- Turner, Stephen (1994): *Max Weber: The Lawyer as Social Thinker*, London/Boston: Routledge.
- Walton, Paul (1975): »Max Weber's Sociology of Law. A Critique«, in: *The Sociological Review* 1, 7–21.
- Weber, Max (1960): *Rechtssoziologie. Aus dem Manuskript herausgegeben und eingeleitet von Johannes Winckelmann*, Neuwied a. Rh.: Luchterhand.
- Weber, Max R. Stammers (1985): »Ueberwindung« der materialistischen Geschichtsauffassung«, in: Winckelmann, Johannes (Hg.), *Max Weber. Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck, 291–359.
- Weber, Max (1986): *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie. Band 1*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Weber, Max (2010a): »Die Wirtschaft und die Ordnungen«, in: Gephart, Werner/Hermes, Siegfried (Hg.), *Max Weber. Gesamtausgabe, Teilband 3: Recht*, Bd. I-22-3, Tübingen: Mohr Siebeck, 191–247.
- Weber, Max (2010b): »Die Entwicklungsbedingungen des Rechtes«, in: Gephart, Werner/Hermes, Siegfried (Hg.), *Max Weber. Gesamtausgabe, Teilband 3: Recht*, Bd. I-22-3, Tübingen: Mohr Siebeck, 249–639.

TEIL III:
RECHTSOZIOLOGIE
IN DER DIFFERENZIERUNGSPHASE
DER SOZIOLOGIE

Theodor Geiger: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts

»Niemand sollte jedoch an der heute immer noch führenden Rechtssoziologie von Theodor Geiger vorübergehen.«

(Rehbinder 1977: 44)

1. Leben, Werk und Kontext¹

Theodor Geiger, der in mehreren Gebieten der Soziologie mit seinen Werken Meilensteine des Faches vorlegte², trug mit seinen *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts* (Geiger 1947; 1964; 1987)³, »der einzige[n] bedeutsame[n] Neuerscheinung der Rechtssoziologie« (Luhmann 1983: 26), maßgeblich zur Vorbereitung und Entwicklung der modernen empirischen Rechtssoziologie bei (Bora 2016: 634; 2023: 111 ff.; siehe auch Hirsch 1969; Rehbinder 1977; Trappe 1978). Zugleich leistete er damit auch einen relevanten Beitrag zur Allgemeinen Soziologie (Trappe 1978; Meyer 2001).

Als Entstehungshintergrund des Werkes und Motivation dafür kann erstens Geigers aus den 1920er Jahren stammendes Interesse an Ideologien, sozialer Ordnung und am Recht als relevante, soziale Phänomene angesehen werden (z.B. Geiger 1920; 1926; 1928). Zweitens dürften seine Studien zu sozialen Ungleichheiten (Geiger 1932), seine Erfahrungen mit verschiedenen Staatsformen wie der Weimarer Republik und dem Nationalsozialismus (Geiger 1931d; 1931e) sowie seine persönliche

- 1 Ich orientiere mich maßgeblich an den biografischen Notizen in Holzhauser (2015), basierend auf Recherchen im Theodor-Geiger-Archiv (Holzhauser 2017) sowie auf Vorarbeiten von Trappe (1978), Bachmann (1995), Geißler und Meyer (1999) sowie Oberbeck und Holzhauser (2012).
- 2 Thematisch zusammenfassend lassen sich Geigers Arbeiten den Schwerpunkten der Allgemeinen Soziologie (z.B. Geiger 1931a; 1931b; 1939), Methoden der Soziologie (z.B. Geiger 1932), der sozialen Ungleichheits- und Mobilitätsforschung (z.B. Geiger 1932; 1949a), der Soziologie der Masse und Revolution (Geiger 1926; 1931c), der Ideologiekritik und Intellektuellenforschung (Geiger 1949b; 1953) sowie der Demokratietheorie (Geiger 1960) und Rechtssoziologie (Geiger 1928; 1947; 1952; 1964) zuordnen.
- 3 Zitiert wird im Folgenden nach Geiger 1964.

Emigrationserfahrung eine nicht zu vernachlässigende Rolle gespielt haben (z.B. Holzhauser 2024; Meyer 2001). Drittens, Geiger (1964: 39) selbst nennt seine Auseinandersetzung mit der Uppsala-Schule als einen zentralen Ausgangspunkt (Geiger 1946). Die Bemühungen der Uppsala-Philosophen um eine wertfreie »realistische« Rechtslehre hielt er zwar prinzipiell für erstrebenswert, aber gleichzeitig für »soziologisch unzulänglich« (Rehbinder, Einleitung zu Geiger 1987: XI). Seiner Ansicht nach muss eine emanzipierte Rechtslehre zwangsläufig »von soziologischen Ausgangspunkten her entwickelt werden [...], ja mit der theoretischen Rechtssoziologie« (40) zusammenfallen.

1891 in München geboren, 1952 auf der Überfahrt von Kanada nach Europa gestorben, studierte Geiger von 1910 bis 1914 Rechts- und Staatswissenschaften in München und Würzburg. Sein Studium schloss er nach freiwilliger Teilnahme am Ersten Weltkrieg mit einer juristischen Dissertation ab (Geiger 1919), die er als seine erste rechtssoziologische Arbeit unter dem Titel *Das uneheliche Kind und seine Mutter im Recht des neuen Staates* veröffentlichte (Geiger 1920). Darin veranschaulichte Geiger am Beispiel der Ungleichbehandlung von ehelichen und unehelichen Kindern in Fragen des finanziellen Unterhalts, dass das Rechtssystem soziale Ungleichheiten (mit) verursachen und verstärken kann und eben gerade nicht per se neutral ist, sondern vielmehr die Realität sozialer Ungleichheiten in der Gesellschaft widerspiegelt.

1919 ging Geiger nach Berlin, wo er als Journalist, Übersetzer, Statistiker sowie schließlich als Lehrender in der Erwachsenenbildung und Leiter der Volkshochschule Groß-Berlin arbeitete. In den 1920er Jahren erhielt insbesondere sein Werk *Die Masse und ihre Aktion* (Geiger 1926) internationale Aufmerksamkeit. 1928 wurde Geiger auf eine außerordentliche Professur für Soziologie mit Lehrschwerpunkt in der soziologischen Lehrer- und Lehrerinnenausbildung nach Braunschweig berufen, die 1929 nach Bleibeverhandlungen aufgrund eines Rufs an die Technische Hochschule Berlin in eine ordentliche Professur umgewandelt wurde. In Braunschweig verfasste er zudem seine berühmte sozialstrukturelle (Mobilitäts-) Studie *Die soziale Schichtung des deutschen Volkes* (Geiger 1932). In der NS-Zeit wurde er 1933 mit der Begründung der politischen Unzuverlässigkeit aus dem Berufsbeamtentum entlassen und emigrierte nach Dänemark, wo er ab 1938 die erste Professur für Soziologie in Skandinavien innehatte. Später musste Geiger weiter nach Schweden fliehen. »Auch hier entfaltet er alsbald [...] eine rege Forschertätigkeit. [...] Insbesondere mit den Angehörigen der metaphysik-feindlichen und positivistischen *Uppsala-Schule* kam Geiger [...] in einen fruchtbaren Gedankenaustausch« (Trappe 1962: 27, Hervorh. i. O., siehe z.B. auch Geiger 1946; 1979). In diesem Kontext sind seine damals bereits begonnenen *Vorarbeiten zu einer Soziologie des Rechts* (Geiger 1947) und die vertiefenden Überlegungen *Über Moral in Vergangenheit und Zukunft* (Geiger 1952; 2010) entstanden.

Nach dem Krieg kehrte Geiger auf seine Professur in Aarhus zurück und internationalisierte seine wissenschaftliche Tätigkeit immer weiter. Seine theoretisch-formale Rechtssoziologie auch empirisch forschend anzuwenden, war Geiger indessen nicht mehr vergönnt. Zwar hatte er eine empirische Studie zur Klassenjustiz geplant (40), die theoretischen Vorarbeiten mussten jedoch aufgrund seines frühen Todes im wörtlichen Sinne genau das bleiben (Trappe 1962: 18): *Vorstudien*.

2. Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts

Als Aufgaben der Rechtssoziologie beschreibt Geiger bereits 1928, sie »sollte in einer ›materiellen Kultursoziologie des Rechts‹ und einer ›formalen Soziologie des Rechts‹ (bestehen und) in ihrer Bedingtheit durch ›tatsächliche soziale Verhältnisse‹« (Geiger, zit. n. Trappe 1962: 18) untersucht werden. In seinen *Vorstudien* sucht er denn auch nach relevanten »Antworten auf (Fragen zur) Integrationsproblematik moderner Gesellschaften« und entfaltet »eine Theorie sozialer Ordnung« (Meyer 2001: 162 f.). Diese kann über verschiedene Wege hergestellt werden, in jedem Fall beruht sie aber auf einer Koordination des Verhaltens von sozialen Gruppen in einer Gesellschaft (Deflem 2008: 92). So wie wirtschaftliche Konkurrenz für Geiger nur einen Spezialfall der sozialen Konkurrenz darstellt (Geiger 2012 (1941); Holzhauser 2015), so sei das Recht ein Spezialfall sozialer Ordnung, der »im besonderen und (wie auch) soziale Ordnung im allgemeinen als Faktizität, als *Wirklichkeitszusammenhang* zu untersuchen« sei (44 f.).

Der erste Teil des dreiteiligen Werkes ist der Beschreibung der sozialen Ordnung, also dem Zusammenleben von menschlichen Gruppen, und ihrer historischen Entwicklung (*Genesis*) gewidmet (43 ff.). Im zweiten Teil wird das Recht als Ordnungstypus eingeführt, die Herkunft (*Quelle*) des Rechts und dessen Verbindlichkeit als Rechtsnorm analysiert, d.h. die vorherigen allgemeinen Erkenntnisse werden »auf die Erscheinung der Rechtsordnung im eigentlichen Sinn« übertragen (40; 125 ff.). »Der dritte Teil steht nur in losem Zusammenhang mit den ersten beiden.« (40; 293 ff.) Geiger greift darin bestimmte Aspekte vorheriger Arbeiten und Kritik an diesen auf, darunter den Zusammenhang zwischen »Recht und Moral« (293 ff.), »Recht und Macht« (337 ff.) sowie Fragen zum »Rechtsbewußtsein« (382 ff.).⁴

Geigers Ziel ist es, »einen klar bestimmten und eindeutigen Begriff des Rechtes als sozialer Erscheinung herauszuarbeiten« (43). Dies beabsichtigt er auf zwei Weisen: erstens »durch *differenzierende Begriffsanalyse*

4 In *Über Moral in Vergangenheit und Zukunft* widmet Geiger sich dann in Gänze dem sozialen Ordnungssystem ›Moral‹ und stellt u.a. fest, »dass die

(Hervorh. i. O.) [...] zwischen dem Recht und verwandten Erscheinungen« wie »Gewohnheit, Brauch, Sitte, Satzung, Konvention, Moral« (ebd.); und zweitens indem er den »Entwicklungsprozeß [...] deskriptiv soziologisch darstellt« (44).

Geiger untersucht also die Bedingungen, unter denen das Recht im sozialen Kontext entstand und entsteht und unter denen es angewendet bzw. genutzt wird, um das Verhalten von Individuen und Gruppen möglichst berechenbar zu gestalten. Das Recht betrachtet er als einen speziellen Ordnungsmechanismus moderner Zivilisationsstufen. Originell ist daran, dass es Geiger gelingt, »den leichthin behaupteten Vorrang des Rechts vor den anderen sozialen Ordnungen endgültig« (Raiser 2013: 116) begründet zurückzuweisen.

In seiner Analyse geht es ihm dabei immer auch um Fragen der Macht sowie deren Kontrolle im Kontext von sozialen Herrschaftsverhältnissen und sozialen Ungleichheiten: »Recht ist [...] nicht das Gegenteil von Macht. Der Inhalt der Rechtsordnung [...] ist vielmehr in hohem Grad von der Machtstruktur der Gesellschaft abhängig. [...] Auf den Begriff der Macht bezogen ist das Recht eine Modalität der Machtausübung, es ist Regulation der Machtverhältnisse. Der Rechtszustand [...] ist der Zustand gebändigter Macht, [sodass] die Steuerung menschlichen Verhaltens in geregelten Bahnen erfolge.« (351 f.).

Nach Geiger umfasst »die Wesensstruktur des Menschen das zwischen-persönliche Verhältnis« (47).⁵ Zudem habe fast alles menschliche Verhalten Konsequenzen für andere. Aus diesem Grund rechneten Menschen mit ihrem gegenseitigen Verhalten; meint, sie stellen sich also in einem gewissen Rahmen darauf ein. So verstanden beruht Gesellschaft »auf einer *vitalen Interrelation* zwischen Menschen [...] in *sozialer Interdependenz*« (47 f., Hervorh. i. O.). Damit aber ein gemeinsames Leben gelingen kann, »muß der einzelne mit einiger Sicherheit voraussehen können, wie andere sich in oft wiederkehrenden, typischen Situationen verhalten werden« (48).⁶ Dies setze eine »*Koordination des Gebarens*« (ebd., Hervorh. i. O.) voraus, also eine gewisse »gegenseitige Bezogenheit des Handelns der Gruppenglieder« (ebd.). Und hier kommt die soziale Norm ins Spiel. »Law is one such specific source of social order, formed around certain norms, [...] The social reality of a norm can be

Trennung von Macht, Moral und Sitte heute ausgeprägter ist als früher« (Geiger 2011 (1952): 6).

- 5 Meyer (2001: 164) sieht hier bei Geiger Bezüge zu Adam Smith, Karl Marx, Herbert Spencer, Emile Durkheim und Georg Simmel und identifiziert wiederum bei Heinrich Popitz und Norbert Elias starke Bezugspunkte zu Geiger.
- 6 In diesen Ausführungen findet man bei Geiger (48 ff.) durchaus einige Vorgriffe auf Erving Goffmans Theorie der Interaktionsrahmung (siehe auch Meyer 2001).

inferred from its binding force to bring about a certain kind of behavior under specified conditions. The force of norms can be brought about by the group collectively, by certain segments of the group, by individual members, or by a specialized institution.« (Deflem 2008: 92; siehe 329)

Nach Geiger ist eine Orientierung an den Konsequenzen von Verhalten und deren Antizipation für dessen Koordination charakteristisch (50). Jede:r Handelnde habe stets zwischen zwei Möglichkeiten zu wählen, entweder er/sie erfüllt die Norm und stellt damit die, abweichendes Verhalten potenziell sanktionierende, Gruppen-Öffentlichkeit zufrieden, oder aber er/sie »handelt normwidrig und entgegen der allgemeinen Erwartung [...], in welchem Falle (die Gruppen-Öffentlichkeit) auf eine für ihn/(sie potenziell) unangenehme oder abträgliche Weise reagiert« (69). Dabei kann abweichendes Verhalten sanktioniert werden, muss es aber nicht zwangsläufig (z.B. nicht, wenn es unentdeckt bleibt oder das Kollektiv nachlässig ist), was in der Folge eine Unwirksamkeit der Norm im konkreten Fall zur Folge hätte. »Die Verbindlichkeit der Norm ist somit nicht nur ein Vorstellungsinhalt [...] [Sie] besitzt darüber hinaus die Eigenschaft einer in der äußeren Welt feststellbaren Tatsache. [...] Diese Korrelation läßt sich grundsätzlich [...] zahlenmäßig [...] ausdrücken« und ist damit eine graduell »meßbare Größe (Hervorh. i. O.)«, die je nach Relation zwischen handelnden Personen und Gruppen-Öffentlichkeit, d.h. je nach Kontext, strenger oder weniger streng durchgesetzt und konsequenter oder weniger konsequent befolgt wird (71 f.).

Zu beachten sei dabei, dass soziale Ungleichheiten, wie »Standes- oder Klassenunterschiede« (ebd.), aber auch Geschlecht oder Alter usw., aus vermeintlich identischen Situationen regelhaft verschiedene Konsequenzen und unterschiedliche Handlungserwartungen für die nach diesen Attributen verschiedenen Individuen erzeugen, d.h. dass es sich nicht tatsächlich um identische Situationen, sondern um verschiedene Verhaltenskontexte handelt. Bei Geiger, der in seiner Rechtssoziologie den Versuch unternommen hat, so präzise wie möglich formal-theoretisch zu argumentieren, heißt dies: »Zwei rein schematisch gesehen gleiche s (soziale Situationen, N.H.) sind in Wahrheit nicht gleich, wenn die in ihnen handelnden Personen ungleich sind. Nimmt H_1 eine andere Stellung [...] ein als H_2 , kann H_1 niemals in ganz die gleiche s geraten wie H_2 , selbst wenn er dem gleichen Satz von u (äußeren Umständen, N.H.) gegenübersteht.« (51, (Hervorh. i. O.). Geiger geht also davon aus, dass eine strukturelle Ungleichheit zwischen Menschengruppen der Regelfall ist, d.h. dass »verschiedene Gebarensmuster gelten« (53).

Hieraus folgt, dass es nicht nur für die Individuen ein individuelles Ordnungsgefüge (ein »System von Korrelationen«, 51) gibt, sondern auch »gewisse Grundlinien, wonach Σ (die Summe der individuellen Ordnungsgefüge bzw. das Ganze, N.H.) strukturiert ist« (ebd.). Dadurch handelt es sich gleichzeitig um eine »Handelns- und Zustandsordnung

oder Aktions- und Strukturordnung« (51), wobei »[j]eder Zustand [...] als geregelte Wiederkehr von Geschehenszusammenhängen im Verlauf des Gruppenlebens verstanden werden [kann]« (52). Auf die Regelmäßigkeit des Verhaltens folge schließlich die Regelmäßigkeit als *soziale Norm* (Raiser 2013: 110). Kurzgesagt, wir sprechen nicht von Gesellschaft als Zustand, sondern von »Vergesellschaftung« (ebd.) und »Forschungsgegenstand der Soziologie ist der Ordnungsmechanismus« (57). Geselliges Leben und Ordnung gehen dabei einher und »bedingen gegenseitig einander notwendigerweise simultan« (Geiger, zit. n. Raiser 2013: 110).

In seiner historischen Analyse stellt Geiger traditionsbasierte Gemeinschaften den modernen, rechtlich geprägten Großgesellschaften gegenüber (siehe Kapitel II und III). Zunächst beschreibt er die Ordnung der primitiven, wenig differenzierten und wenig produktiven Kommunitärgemeinschaft, deren Mitglieder er als in enge Primärgruppen und Wertegemeinschaften eingebunden beschreibt. Kulturelle, politische und wirtschaftliche Funktionen seien darin eng miteinander verknüpft, so dass moralische, religiöse und sittliche Vorstellungen schwer zu unterscheiden seien. Von religiösen Vorstellungen klar abgrenzbare und unabhängige Verhaltensnormen fehlen. Geiger (1964: 125) spricht hier von einem »embryonalen Recht«, da strukturierte Rechtssysteme in diesen Gesellschaften meist nicht existieren. Die Ordnung solcher Gemeinschaften habe vor allem auf Traditionen und Bräuchen beruht, deren Einhaltung für das Wohlergehen der Gemeinschaft entscheidend ist. Aufgrund der daraus resultierenden starken sozialen Kontrolle sind Regelabweichungen sehr selten und werden spontan geahndet. Die Gemeinschaft übt ständigen Druck aus, um regelkonformes Verhalten zu gewährleisten, und homogene Wertvorstellungen minimieren die Chancen für abweichendes Verhalten. (Meyer 2001)

Das Recht wiederum sieht Geiger primär an hochentwickelte Gesellschaften gebunden, die er wegen ihrer Größe und Quantität als Groß- oder Massengesellschaften und ordnungspolitisch als Staatsgesellschaften bezeichnet. Als besondere Merkmale dieser Gesellschaftsform nennt Geiger komplexe soziale Strukturen, in denen die Trennung von Öffentlichkeit und Privatheit zentral ist. In solchen Gesellschaften agiert eine zentrale Autorität, auf der Grundlage des Rechts als Ordnungsprinzip. Der Staat hat das Monopol, Normen zu setzen, Normverstöße zu sanktionieren und Sanktionen auch tatsächlich zu verhängen. Normen sind demnach ein Instrument der sozialen Kontrolle, die ein bestimmtes Verhalten in einem bestimmten Kontext veranlassen (Raiser 2013: 110). Dazu gehören nach Geiger nicht nur die Normen selbst, sondern auch die »Reaktionsnormen« und »Sanktionsnormen« als »sekundäre Normen«, die Auskunft darüber geben, wie z.B. die richterlichen Instanzen ihre Sanktionsbereitschaft und -tätigkeit ausüben, was

wiederum selbst von der Gruppenöffentlichkeit kontrolliert wird (Raiser 2013: 114). »Was als verbindliches Recht in einer modernen Rechtsgesellschaft gehandhabt wird, ist das Endergebnis einer teils vorauskalkulierenden teils nachträglich berichtigenden gegenseitigen Anpassung und Abstimmung zwischen einer Reihe von Faktoren, deren strukturiertes Zusammenspiel ›das Rechtsleben‹ ausmacht.« (289). Demnach handelt es sich beim Rechtssystem um einen auf Wahrscheinlichkeitschancen basierenden Prozess, in dem bestenfalls Verbindlichkeitskalküle auf Basis eines »genügende[n] Grad[s] relativer Rechtssicherheit« (290) angestellt werden können, um vorauszusehen, was geschieht.

Die spontanen Ordnungsmechanismen der kommunitären Gemeinschaft gehen in der Großgesellschaft verloren, die durch Werterosions-, Individualisierungs- und Differenzierungsprozesse gekennzeichnet ist. In einer solchen modernen Gesellschaft herrsche eine »Atmosphäre anonymer Fremdheit«. Das persönliche Interesse am Anderen ist begrenzt, obwohl die gegenseitige Abhängigkeit tatsächlich zugenommen habe. Unter diesen gesellschaftlichen Bedingungen tritt bei normwidrigem Verhalten der Ordnungsmechanismus des Rechts an die Stelle der spontanen und wechselseitigen Kontrolle der informellen Öffentlichkeit. Ein im Namen der Rechtsgemeinschaft handelnder Sanktionsapparat übernimmt die organisierte und systematisierte Kontrolle, die vorher maßgeblich der Gruppenöffentlichkeit oblag. Die ursprünglich von religiöser Folgsamkeit getragene Bindung an Handlungsnormen wird säkularisiert, die persönliche Bindung des Einzelnen an das Ordnungssystem nimmt ab. Und mit der Institutionalisierung des Rechts verschiebt sich die Bindung in Richtung einer verpflichtenden formalisierten (Zwangs-)Struktur. (Raiser 2013; Meyer 2001).

Geiger stellt fest, dass jedes Recht grundsätzlich auf Macht beruht und eine besondere Form von Herrschaft ist, die gegenwärtige und vergangene Macht- und Gewaltverhältnisse widerspiegelt. Er zeigt, dass die Entwicklung des Rechts oft in Willkür und Gewalt wurzelt. Dieses *reine Gewaltverhältnis* wird jedoch in eine regelbasierte Herrschaft überführt. Trotz der Betonung des gewaltsamen Ursprungs des Rechts sieht Geiger aber auch die positive Rolle des Rechts in der gesellschaftlichen Entwicklung. Das Recht sei nicht nur ein Instrument bzw. eine Methode der Machtausübung, sondern auch eine der Regulierung dieser Macht. Recht führt also zu institutionalisierter Macht, die aber zugleich durch Regeln begrenzt ist. Die Trennung von Herrschafts- und Rechtsfunktionen in verschiedenen Institutionen und spezialisierten Personengruppen reduziert zusätzlich die zentrale Macht, da die Autorität nun an die Gesetze gebunden ist, unter denen diese Spezialisten in institutionalisierten Kontexten arbeiten. (Meyer 2001).

Während Max Weber die Relevanz des Legitimitätsglaubens für die Stabilität der Rechtsherrschaft betont, misst Geiger diesem Aspekt wenig

Bedeutung bei. Für ihn sind die realen Machtverhältnisse entscheidender als psychologische oder ideologische Vorstellungen. Geiger argumentiert, dass Rechtstreue eher aus realer Machtüberlegenheit als aus ideologischen Überzeugungen heraus entstehe und dass Unterworfenen häufig aus Anerkennung der bestehenden Machtverhältnisse heraus handeln, da sie eine Auflehnung, ob bewusst oder unbewusst, als riskant betrachten. Auch wenn es Legitimitätsvorstellungen geben könne, betont Geiger, dass diese sich aus früheren Machtverhältnissen heraus entwickeln und nicht notwendigerweise aus dem Respekt vor dem Recht selbst. Außerdem argumentiert Geiger, dass das Handeln von Herrschenden nicht notwendigerweise auf Basis von Loyalität gegenüber Verfassungsprinzipien geschehe, sondern vielmehr auf den realen Machtverhältnissen beruhe. Wenn sich die Herrschenden über das Verfassungsrecht hinwegsetzen können, verliert es an Bedeutung. Ändern sich die realen Machtverhältnisse und verlieren die Herrschenden an Macht, so wird auch der Glaube an die Legitimität des von ihnen gestalteten Rechts abnehmen und letztlich sich auch die Loyalität der Beherrschten gegenüber dem gültigen Rechtssystem und dessen Legitimität auflösen. (Meyer 2001) Geiger beschreibt dies auch anhand der Rechtspraxis, der Rolle von Richtern und Richterinnen sowie des juristischen Apparats und deren Einfluss auf die dynamische Formalisierung des Rechts (Raiser 2013: 113 f.).

Nach Geiger (1964: 168) lassen sich zusammenfassend sechs Eigenschaften der Rechtsordnung zur Unterscheidung »von anderen Formen geselliger Ordnung« beschreiben: 1. »ein in sich differenziertes und gegliedertes, gesellschaftliches *Groß-Integrat*«, das territorial unabhängig ist; 2. durch Zentralmacht bzw. zentrale Administration gesteuert; 3. eine »*Monopolisierung der Reaktionstätigkeit*« bzw. der Rechtsmittel sowohl zur Herstellung einer Ordnung wie auch zu deren Durchsetzung; 4. ein juristischer Apparat; 5. formale bindende Normenprozesse bzw. Normierung eines »*förmlichen Verfahrens* der Reaktionsverhängung«; und 6. eine Normierung des reaktiven Verhaltensrepertoires. Geiger »indicated that a legal system that exhibits these traits [is] the result of a society in which reactive measures have been transferred from a not organized publicity [Gruppen-Öffentlichkeit] to a special judicial body« (Hydén 2013: 80).

Geigers anschließende Untersuchung des Verhältnisses von Recht und Moral in modernen Gesellschaften verdeutlicht die unterschiedlichen Rollen und Entwicklungen der beiden Konzepte (siehe Teil VI, 293 ff.). Während Recht und Moral ursprünglich miteinander verwoben waren und durch gemeinsame Sitten und Gebräuche geprägt wurden, haben sie sich in modernen Gesellschaften deutlich voneinander abgegrenzt. In der modernen Gesellschaft haben sich säkulare und religiöse Sphären getrennt, Recht und Moral funktionieren nun als System mit unterschiedlichen Prinzipien. Geiger betont, dass in dieser modernen Struktur

Recht und Moral auf völlig unterschiedlichen Grundlagen beruhen – das Recht auf äußeren Zwängen, die Moral auf inneren Überzeugungen. Die Modernisierung hat zu einem Werteschisma geführt, in dem verschiedene Moralvorstellungen nebeneinander existieren und oft miteinander in Konflikt stehen (311 ff.). Geiger warnt daher davor, das Recht ethisch zu begründen, da dies zu Konflikten zwischen der offiziellen Rechtsmoral und dem individuellen moralischen Bewusstsein führen könne. Der Versuch Rechtsnormen durch Moral zu legitimieren sei in einer hochdifferenzierten Gesellschaft zum Scheitern verurteilt, weswegen Geiger für einen von Werturteilen absehbenden Ansatz plädiert (325 ff.).

Geigers wertnihilistische Vorstellung von einem intellektuell humanistischen Rechtsmodell beruht darauf, dass er Werturteile nicht nur für »theoretisch illegitim« (325), sondern auch für praktisch falsch hält. Aufgrund seiner erfahrungswissenschaftlichen und eben gerade nicht rechtsphilosophischen Orientierung lehnt er es in der Analyse ab, auf Wertungen wie »gut und schlecht, gerecht und ungerecht« (Raiser 2013: 108) einzugehen, da diese für ihn rein imaginäre Begriffe sind und »unzulässige Objektivationen positiver oder negativer Gefühle« (Raiser 2013: 109) darstellten. Er plädiert für einen »praktische[n] Wertnihilismus« (325), der alle ideologischen und wertnormativen Einflüsse aus dem Denken ausschließt, d.h. auf Gefühlsregungen als scheintheoretischen Überbau verzichtet. Der moderne Mensch lebe in einer Welt, in der heterogene Moralvorstellungen dominieren. Geiger argumentiert, dass es in der modernen Gesellschaft keine »Wertgemeinschaft« (327)⁷ mehr gebe und diese vielmehr eine »Kollektivillusion« sei. Es gehe also weniger um die inneren persönlichen Beweggründe oder moralischen Wertungen des Handelns, als vielmehr um die äußere Handlung in Bezug auf ihre soziale Notwendigkeit (328). Das Recht sollte deshalb von allen moralischen Ansprüchen befreit werden und folglich nicht mithilfe von moralischem Respekt, sondern auf Basis von sozialer Interdependenz durchgesetzt werden (ebd.).

3. Diskussion und Wirkung

Zur Einordnung seines Werkes bemerkt Geiger, es sei ihm einerlei, ob man seine »Arbeit als Beitrag zur allgemeinen Rechtstheorie oder zur Rechtssoziologie betrachten will« und fügt an, dass allein entscheidend sei, sich »nicht in den Gedankensümpfen der Metaphysik und Ideologie

7 »Wertnihilistisches Denken zerstört keine Wertgemeinschaft, sondern zieht nur die philosophische Forderung aus deren Auflösung. [...] Die Verpflichtung auf die kraft der sozialen Interdependenz aufrechterhaltenen Standards und Codices bleibt unangefochten.« (327)

fest[zu]fahren« (39 f.). Paul Trappe (1964: 13) klassifiziert Geigers »Rechtsrealismus« (371) entsprechend als »tatsächlich *soziologisch*« und eben nicht als eine Philosophie des Geistes.⁸

Die Vorstudien erschienen zuerst im Jahr 1947 in der Schriftenreihe der Universität Aarhus in Dänemark, bereits dort auf Deutsch, und wurden ein Jahrzehnt nach Geigers Tod noch einmal in Deutschland im Luchterhand Verlag von Heinz Maus und Friedrich Fürstenberg, mit einer Einleitung von Paul Trappe⁹, in der Reihe »Soziologische Texte« herausgegeben (Geiger 1964). Es folgten eine Teilübersetzung ins Englische herausgegeben von Renate Mayntz (1969: 39 ff.), eine weitere Auflage im Luchterhand-Verlag im Jahr 1970 (zit. n. Rehbinders Einleitung zu Geiger 1987: VIII)¹⁰, eine Übersetzung ins Spanische (Geiger 1983) sowie eine erneute deutsche Ausgabe im Jahr 1987, herausgegeben von Manfred Rehbinders bei Duncker & Humblot.

Die erste Ausgabe wurde im deutschsprachigen Raum zwar wahrgenommen (Bruslin 1951; Legaz 1951), jedoch eher wenig rezipiert, bis sie – auch im Zuge von Nachrufen auf den inzwischen verstorbenen Geiger und dessen posthum erschienenen Werk *Ideologie und Wahrheit* (Geiger 1953) – in den frühen 1950er Jahren etwas mehr Aufmerksamkeit erhielt (Mitte bis Ende der 1950er Jahre: Rehfeldt 1953/54; König 1955; Albert 1955; 1956; Mühlmann 1957). Die stärkste Rezeptionsphase setzt mit der Luchterhand-Ausgabe (Geiger 1964) ein und endet Ende der 1960er Jahre. Es folgt eine etwas breitere Rezeptionsphase in den 1980er Jahren. Danach scheint das Interesse auch mit Blick in die 2000er Jahre abzuebben.

Thomas Raiser (2013: 115) konstatiert, dass Geiger womöglich nicht nur wegen seiner Emigration, sondern auch wegen seiner kritischen Direktheit, eher zu wenig rezipiert wurde. »Umso wichtiger ist es zu betonen, dass er die Rechtssoziologie einen großen Schritt vorangebracht hat. Sein erstes Verdienst liegt darin, deren Begriffe geklärt oder definiert zu

- 8 Geiger spricht dem Recht eine objektive Geltung ab. Für ihn ist das positive Recht nur ein »Phantasiegebilde, metaphysische und naturrechtliche Spekulation, Normenfetischismus, Ideologie« (Raiser 2013: 109). Geiger lehnt eine Begründung des Rechts auf Basis von Rechtsbewusstsein oder psychologischen Befindlichkeiten ab (ebd.).
- 9 Paul Trappe kommt das Verdienst zu, Geigers rechtssoziologische Arbeiten in den 1960er Jahren leichter zugänglich gemacht und ihnen eine gewisse Prominenz verschafft zu haben. Neben den Vorstudien veröffentlichte Trappe auch Geigers *Arbeiten zur Soziologie*, eine Auswahl an Texten, u.a. auch zur Rechtssoziologie (Geiger 1962, 1964; Trappe 1962, 1964). Seine eigene Dissertation, die er nicht publiziert hat, ist eine Auseinandersetzung mit Geigers Rechtssoziologie (Trappe 1959).
- 10 Ich konnte diese Ausgabe leider nicht in der Deutschen Nationalbibliothek (www.dnb.de) verifizieren.

haben, und zwar mit vorher unbekannter gedanklicher Schärfe und Konsequenz, die seine Terminologie als geeignetes Instrument für den wissenschaftlichen Sprachgebrauch sowohl bei theoretischen als auch bei empirischen Forschungen empfehlen.« (Raiser 2013: 116)

Aus Platzgründen kann hier nur in aller Kürze kursorisch auf Geigers Einfluss auf bzw. Bezüge zu anderen wichtigen Vertretern der Rechtssoziologie und der Allgemeinen Soziologie eingegangen werden. Thomas Meyer (2001: 162), ein Schüler Rainer Geißlers, dessen Habilitation Geigers kontinuierlicher Auseinandersetzung mit Ideologien gewidmet ist, hat einige Interpretationslinien der direkten oder indirekten Würdigung Geigers durch allgemein- und/oder rechtssoziologisch aktive Soziologen und Soziologinnen skizziert, wie Heinrich Popitz, Norbert Elias, Ralf Dahrendorf, Niklas Luhmann oder Erving Goffman, an die ich hier anschließen werde.

Meyer sieht in den Arbeiten von Heinrich Popitz einen wichtigen Einfluss Geigers, dessen Gedanken dort »eine brillante Weiterentwicklung gefunden haben« (Meyer 2001: 162).¹¹ Popitz (1993: 108 f.) erzählte in einem Symposium zum Anlass von Geigers Gesellschafts- und Normentheorie, er (Popitz) habe einmal »versucht, ein begriffliches Konzept einer allgemeinen Soziologie zu entwerfen – um dann kurz danach zu entdecken, dass vieles von dem, was ich mir zusammengebraut hatte, in den Acta Jutlandica besser durchdacht stand« (ebd.). Detailliert geht Popitz auf die »Gruppenöffentlichkeit« und die von Geiger betonte »Bedeutung der Vorausssehbarkeit sozialen Handelns« ein (Popitz 1961). In sein Werk *Die normative Konstruktion von Gesellschaft* (Popitz 1980; vgl. dazu den Beitrag von Legnaro in diesem Band) und in das seiner Schüler Erhard Blankenburg, Gerd Spittler und Hubert Treiber fanden die Ideen Geigers wesentlich Eingang (Meyer 2001; Hydén 2013).

Geigers Konzeption der »sozialen Interdependenz« findet sich zudem sowohl bei Popitz, wie auch bei Norbert Elias und dessen Figurationskonzept wieder. Elias nimmt wie Geiger eine universale Interdependenz als Ausgangspunkt für jegliche Soziologie an (Meyer 2001: 164) und beide konzipieren Gesellschaft als zivilisatorischen Prozess. Hierzu passt auch die oben schon angesprochene Nähe, die man auch für Geiger und Goffman in Bezug auf soziale Interaktions- bzw. der Verhaltensnormen sowie die Kontextsteuerung durch soziale Situationen herstellen kann.

In gewisser Weise gleich mehrfach steht Ralf Dahrendorf in der sozialstrukturellen und rechtssoziologischen Tradition und insbesondere in der konflikttheoretischen Orientierung Geiger nahe. Beide sehen Konflikte als ein konstitutives Element von Gesellschaft (Meyer 2001: 164).

11 Auch für die Allgemeine (und empirische) Soziologie weisen Jochen Dreher und Michael K. Walter (2010: 291) auf Anknüpfungspunkte von Popitz zu Geigers Werk hin.

Darüber hinaus betonen beide die Relevanz des Rechts für die soziale Struktur und die soziale Integration sowie für die Regulierung von sozialen Konflikten und analysieren den Zusammenhang zwischen rechtlichen Regeln sowie Institutionen und Machtverhältnissen.

Niklas Luhmann, der wie Geiger als Vertreter des Rechtspositivismus gelten kann und der Geiger in seiner eigenen *Rechtssoziologie* intensiv rezipiert hat (Luhmann 1983; 1993; vgl. dazu die Beiträge von Schmidt/Heck und Bora in diesem Band) teilt mit Geiger die Auffassung, dass die Trennung von Moral und Recht in der modernen Gesellschaft zu einer Verlagerung der »Gesellschaftssteuerung von innerer Moral auf äußeres Recht« führt. Beide argumentieren gegen eine Rechtslegitimation qua Werten und Moral. (Meyer 2001: 182). Sie betonen die Vorteile einer solchen Verlagerung und erkennen darin einen »spezifisch modernen Modus der Verhaltenskoordination« (ebd.). Sie betrachten das Recht als »einen Ordnungsmechanismus, um die notwendige »kongruente Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen« ohne Rekurs auf ethische Bezüge« zu gewährleisten (Meyer 2001: 183). In der Ablösung der organisatorischen Zweckstrukturen von den Motiven der Handelnden sehen sie eines der Merkmale sozialer Systeme, der diese »ihre besondere Selbststeuerungskapazität, Elastizität und Effektivität« verdanken (ebd.).

Der von Geiger eingeführte Aspekt der Verbindlichkeit und Gültigkeit von Normen kann, laut Thomas Raiser (2013: 116), in seiner Tragweite »kaum überschätzt werden«. Die empirischen Grenzen von Geigers Modell sieht Raiser allerdings darin, dass »sich die relevanten Zahlen der Einhaltung einer Norm und der Normverstöße oft nicht feststellen lassen.« (Raiser 2013: 116). Als Kritik an Geiger formuliert Raiser (2013: 117; siehe auch 2011) zudem, dass dessen theoretischer und praktischer Wert nihilismus »nicht durchzuhalten« sei.

Mit John Griffiths (2017: 105) schließend lässt sich festhalten, dass der entscheidende theoretische Gegenstand der Rechtssoziologie nicht das Recht ist, sondern die Frage nach der sozialen Kontrolle. Das Verdienst dieser Erkenntnis schreibt er, wenn auch nur in einer Fußnote, Geiger zu. Es wäre Geiger zu wünschen, dass eine erneute Rezeption seines Werkes ihn aus den Tiefen der Fußnoten und impliziten Referenzen herausheben möge und seine Aktualität und Relevanz, insbesondere mit Blick auf die Relevanz seiner Rechtssoziologie bzw. seiner Theorie der sozialen Kontrolle des Verhaltens, noch einmal neu und wieder stärker diskutiert werden würden.

Literatur

- Agersnap, Torben (2000): »Theodor Geiger: Pioneer of Sociology in Denmark«, in: *Acta Sociologica* 43 (4), 325–330.
- Albert, Hans (1955): »Theodor Geigers ›Wertnihilismus‹. Kritische Bemerkungen zu Rehfeldts Kritik«, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie* 7, 93–100.
- Albert, Hans (1956): »Das Werturteilsproblem im Lichte der logischen Analyse«, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 112 (3), 410–439.
- Bachmann, Siegfried (1995): »Theodor Geiger. Soziologe in einer Zeit ›zwischen Pathos und Nüchternheit‹«, in: Ders. (Hg.), *Theodor Geiger. Soziologie in einer Zeit ›zwischen Pathos und Nüchternheit‹*, Berlin: Duncker & Humblot, 21–69.
- Bora, Alfons (2016): »Sociology of Law in Germany: Reflection and Practice«, in: *Journal of Law and Society* 43 (4): 619–646.
- Bora, Alfons (2023): *Responsive Rechtssoziologie – Theoriegeschichte in systematischer Absicht*. Soziologische Theorie des Rechts 1, Wiesbaden: Springer VS.
- Borch, Christian (2006): »Crowds and Pathos. Theodor Geiger on Revolutionary Action«, in: *Acta Sociologica* 49 (1), 5–18.
- Bruslin, Otto (1951): *Über das juristische Denken*, Kopenhagen: Munksgaard.
- Deflem, Mathieu (2008): *Sociology of Law. Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge/New York: Cambridge University Press.
- Dreher, Jochen/Walter, Michael K. (2010): *Nachwort zur Einführung in die Soziologie von Heinrich Popitz*, Konstanz: Konstanz University Press, 284–300.
- Geiger, Theodor (1919): *Die Schutzaufsicht*, Breslau: Schletter.
- Geiger, Theodor (1920): *Das uneheleiche Kind und seine Mutter im Recht des neuen Staates*, Breslau: Schletter.
- Geiger, Theodor (1926): *Die Masse und ihre Aktion*, Stuttgart: Enke.
- Geiger, Theodor (1928): *Die Gestalten der Gesellung*, Karlsruhe: G. Braun.
- Geiger, Theodor (1931a): *Allgemeine Soziologie. Merksätze zu den Vorlesungen*, Manuskript.
- Geiger, Theodor (1931b): Soziologie. Hauptrichtungen, Aufgaben, Verfahren, in: Vierkandt, Alfred (Hg.), *Handwörterbuch der Soziologie*, Stuttgart: Enke, 568–578.
- Geiger, Theodor (1931c): »Revolution«, in: Vierkandt, Alfred (Hg.), *Handwörterbuch der Soziologie*, Stuttgart: Enke, 511–518.
- Geiger, Theodor (1931d): »Die Mittelschichten und die Sozialdemokratie«, in: *Die Arbeit. Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde* 8 (8), 619–635.
- Geiger, Theodor (1931e): »Zur Kritik der Verbürgerlichung«, in: *Die Arbeit. Zeitschrift für Gewerkschaftspolitik und Wirtschaftskunde* 8 (8), 534–553.
- Geiger, Theodor (1932): *Die soziale Schichtung des deutschen Volkes. Soziographischer Versuch auf statistischer Grundlage*, Stuttgart: Enke.

- Geiger, Theodor (1938): Aufgabe und Schicksal des Intellektuellen, in: Gumbel, Emil J. (Hg.), *Freie Wissenschaft. Ein Sammelband aus der deutschen Emigration*, Straßburg: Sebastian-Brant-Verlag, 46–66.
- Geiger, Theodor (1939): *Sociologi*, Kopenhagen: Nyt Nordisk Forlag.
- Geiger, Theodor (1941): *Konkurrence: en sociologisk analyse*, Aarhus: Universitetsforlaget.
- Geiger, Theodor (1943): *Kritik af reklamen*, Kopenhagen: Nyt Nordisk Forlag.
- Geiger, Theodor (1946): *Debat med Uppsala om moral og ret*, Lund: Gleerup.
- Geiger, Theodor (1947): *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Acta Jutlandica Aarskrift for Aarhus Universitet, Bd. 19, Aarhus: Universitetsforlaget.
- Geiger, Theodor (1949a): *Die Klassengesellschaft im Schmelztiegel*, Köln: Kiepenheuer.
- Geiger, Theodor (1949b): *Aufgaben und Stellung der Intelligenz in der Gesellschaft*, Stuttgart: Enke.
- Geiger, Theodor (1952): *Fortidens moral og fremtidens*, Kopenhagen: Hans Reitzel.
- Geiger, Theodor (1953): *Ideologie und Wahrheit*, Stuttgart: Humboldt-Verlag.
- Geiger, Theodor (1960): *Die Gesellschaft zwischen Pathos und Nüchternheit*, Aarhus: Universitetsforlaget.
- Geiger, Theodor (1962): *Arbeiten zur Soziologie. Methode. Moderne Großgesellschaft. Rechtssoziologie. Ideologiekritik. Ausgewählt und eingeleitet von Paul Trappe*, Neuwied a. Rh.: Luchterhand.
- Geiger, Theodor (1964): *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied a. Rh.: Luchterhand.
- Geiger, Theodor (1979): *Über Moral und Recht*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Geiger, Theodor (1983): *Estudios de sociología del derecho*. 1. Aufl., México: Fondo de Cultura Económica.
- Geiger, Theodor (1984): *Erwachsenenbildung aus Distanz und Verpflichtung*, Bad Heilbrunn: Klinkhardt.
- Geiger, Theodor (1987): *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 4. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Geiger, Theodor (2011): *Über Moral in Vergangenheit und Zukunft*, Frankfurt: Peter Lang.
- Geiger, Theodor (2012): *Konkurrenz*, Frankfurt: Peter Lang.
- Geiger, Theodor (2013): *Kritische Betrachtungen über Reklame*, Frankfurt: Peter Lang.
- Geißler, Rainer/Meyer, Thomas (1999): »Theodor Geiger«, in: Kaesler, Dirk (Hg.), *Klassiker der Soziologie*, Bd. 1: Von Auguste Comte bis Norbert Elias, München: C. H. Beck, 278–295.
- Griffiths (2017): »What is sociology of law? (On law, rules, social control and sociology)«, in: *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 49 (2), 93–142.

- Hirsch, Ernst E. (1969): »Rechtssoziologie«, in: Eisermann, Gottfried (Hg.), *Die Lehre von der Gesellschaft*, 2. Aufl., Stuttgart: Enke, 159.
- Holzhauser, Nicole (2015): »Konkurrenz als Erklärungsansatz im Werk Theodor Geigers. Untersucht am Beispiel der sozialen und wirtschaftlichen Konkurrenz als Triebfeder des Strukturwandels der Öffentlichkeit«, in: Endreß, Martin/Lichtblau/Klaus/Moebius, Stephan Moebius (Hg.), *Zyklus 1. Jahrbuch für Theorie und Geschichte der Soziologie*, Wiesbaden: Springer VS.
- Holzhauser, Nicole (2017): »Theodor-Geiger-Archiv, Braunschweig«, in: *Handbuch Geschichte der Soziologie*, Wiesbaden: Springer VS, 1–4.
- Holzhauser, Nicole (2024): »Theodor Geigers Soziale Schichtung des deutschen Volkes und die Mittelstände im Zeichen des Nationalsozialismus – Eine Analyse des Entstehungskontextes«, in: Acham, Karl/Moebius, Stephan (Hg.), *Die Soziologie der Zwischenkriegszeit*, Bd. 3, Wiesbaden: Springer VS, i.E., 521–555.
- Hydén, Hakan (2013): »Pioneers in Nordic Sociology of Law«, in: *REDES – Revista Eletrônica Direito e Sociedade* 1 (1), 77–90.
- König, René (1995): »Theodor Geiger (1891–1952). Nekrolog«, in: Bachmann, Siegfried (Hg.), *Theodor Geiger. Soziologie in einer Zeit ›zwischen Pathos und Nüchternheit‹*, Berlin: Duncker & Humblot, 13–20.
- Legaz, Luiz (1951): »T. Geiger: ›Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts‹ (Buchbesprechung)«, in: *Revista Internacional de Sociología* 34 (9), 529–533.
- Luhmann, Niklas (1983): *Rechtssoziologie*, 2. erw. Aufl., Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Mayntz, Renate (Hg.) (1969): *Geiger, Theodor on Social Order and Mass Society*, herausgegeben und eingeleitet von Renate Mayntz, Chicago: University of Chicago Press.
- Meyer, Thomas (2001): *Die Soziologie Theodor Geigers: Emanzipation von der Ideologie*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Mühlmann, Wilhelm E. (1957): »Rezension zu: T. Geiger: Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts«, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 43 (1), 132–135.
- Oberbeck, Herbert/Holzhauser, Nicole (2012): »Theodor Geiger und sein Wirken in Braunschweig«, in: Biegel, Gerd/Klein, Angela/Albrecht, Peter/Sonar, Thomas (Hg.), *Jüdisches Leben und akademisches Milieu in Braunschweig*, Lausanne: Peter Lang, 65–77.
- Popitz, Heinrich (1961): »Soziale Normen«, in: *European Journal of Sociology* 2 (2), 185–198.
- Popitz, Heinrich (1993): »Round-Table zur Aktualität Theodor Geigers«, in: Trappe, Paul/Fazis, Urs/Nett, Jachen C. (Hg.), *Gesellschaftstheorie und Normentheorie Theodor Geiger Symposium. Social Strategies*. Monographien zur Soziologie und Gesellschaftspolitik, Bd. 25, 107–111.
- Raiser, Thomas (2013): *Grundlagen der Rechtssoziologie*, Tübingen: Mohr-Siebeck/UTB.
- Rehbinder, Manfred (1977): *Rechtssoziologie*, Berlin/New York: Walter de Gruyter.

- Rehfeldt, Bernhard (1953/54): »Wertnihilismus? Bemerkungen zu Theodor Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts«, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie* 6, 274–279.
- Sandfuchs, Uwe (1995): »Theodor Geigers Beitrag zur universitären Lehrerbildung und zur Schulpolitik im Freistaat Braunschweig 1928–1933«, in: Bachmann, Siegfried (Hg.), *Theodor Geiger. Soziologie in einer Zeit zwischen Pathos und Nüchternheit*, Berlin: Duncker & Humblot, 363–384.
- Trappe, Paul (1959): *Die Rechtssoziologie Theodor Geigers. Versuch einer Systematisierung und kritischen Würdigung auf der Grundlage des Gesamtwerks*, Mainz: Hochschulschrift.
- Trappe, Paul (1962): »Einführung«, in: Maus, Heinz/Fürstenberg, Friedrich (Hg.), *Arbeiten zur Soziologie. Methode – Moderne Großstadt – Rechtssoziologie – Ideologiekritik. Ausgewählt und eingeleitet von Paul Trappe*, Soziologische Texte, Bd. 7, Neuwied a. Rh./Berlin-Spandau: Luchterhand, 13–41.
- Trappe, Paul (1978): »Theodor Geiger«, in: Kaesler, Dirk (Hg.), *Klassiker des soziologischen Denkens*, Bd. 2, 254–285.

Edward Adamson Hoebel: Das Recht der Naturvölker

1. Leben und Werk

Der amerikanische Anthropologe Edward Adamson Hoebel (1906–1993) wurde für seine bahnbrechenden Studien über die Rechtsordnungen schriftloser Gesellschaften bekannt. Sein wissenschaftliches Arbeiten begann mit dem Studium der Soziologie und Wirtschaftswissenschaften an der University of Wisconsin (B.A. 1928), der Universität zu Köln und der New York University (M.A. 1930). Es folgte ein Promotionsstudium im Fach Anthropologie an der Columbia University (PhD 1940). Er lehrte Anthropologie an der New York University (1936–1948), der University of Utah (1948–1954) und an der University of Minnesota, wo er bis zu seiner Emeritierung im Jahr 1972 als Regents Professor der Anthropologie tätig war. Zudem war Hoebel Präsident der American Ethnological Society (1946–1947) und der American Anthropological Association (1957) sowie ab 1963 Mitglied der American Philosophical Society. Zu seinen bedeutendsten Werken gehören neben seiner Doktorarbeit *The Political Organization and Law – Ways of the Comanche Indians* (1940) und der gemeinsam mit Karl N. Llewellyn (1893–1962) verfassten Ethnographie *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence* (1941) auch das Lehrbuch *Man in the Primitive World: An Introduction to Anthropology* (1949 (1958; 1966; 1972)), eine für Studierende konzipierte Ethnographie *The Cheyennes: Indians of The Great Plains* (1960 (1978)) sowie die hier im Fokus stehende Monographie *The Law of Primitive Man. A Study in Comparative Legal Dynamics* (1954), die ins Deutsche übersetzt unter dem Titel *Das Recht der Naturvölker. Eine vergleichende Untersuchung rechtlicher Abläufe* (1968) herauskam.

Seine Forschung zum *Recht der Naturvölker* begann Hoebel während seines Promotionsstudiums. Anfangs wurde er von zwei renommierten Anthropolog:innen (Ruth Benedict und Franz Boas) betreut, die jedoch Hoebels gewähltem Dissertationsthema über das Recht der Comanchen bzw. den sogenannten ›Plains-Indianern‹ ablehnend gegenüberstanden. Dies reflektierte er später wie folgt: »Franz Boas konnte mir sagen, dass

1 Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung, Abteilung ›Recht & Ethnologie‹.

die Indianerstämme der Ureinwohner Amerikas kein Recht hatten. Ruth Benedict sagte einfach: ›Ich weiß nichts darüber‹ (Hoebel 1981: 7). In dieser Gleichgültigkeit und Indifferenz sah Hoebel einen Mangel an Verständnis für das Wesen des Rechts und ein Versäumnis, realistische Problemstellungen für die Rechtsforschung zu formulieren.

Interesse an der Betreuung von Hoebels Promotionsvorhabens zeigte jedoch der Rechtswissenschaftler Karl N. Llewellyn (1893–1962), einer der prominenten Vertreter des soziologischen Flügels des amerikanischen Rechtsrealismus. Beide teilten die Ansicht, dass es für das Rechtsverständnis von entscheidender Bedeutung sei, den Fokus darauf zu richten, wie eine Gesellschaft tatsächlich mit dem Recht umgehe. Dieser empirische Ansatz legte den methodischen Grundstein für Hoebels Dissertation, in der die tatsächlichen Konflikte und ihre Beilegung im Mittelpunkt standen. Nach Hoebels Promotion setzte er die Zusammenarbeit mit Llewellyn fort. Gemeinsam entwickelten sie in *The Cheyenne Way* die sogenannte *Trouble-Case-Methode* zur Untersuchung der Rechtsordnungen schriftloser Gesellschaften. Hoebel führte nahezu die gesamte Feldforschung durch und war insbesondere für die eher deskriptiven Passagen der Studie verantwortlich (Twining 1973: 564). *The Cheyenne Way* war der erste systematische ethnologische Versuch, das Recht mittels der Analyse von »Problemfällen« zu untersuchen (Snyder 1981: 143), womit eine neue Ära der Erforschung des Rechts als soziokulturelles Phänomen begann. Die mit der Fallmethode gewonnenen Daten trugen maßgeblich dazu bei, das Wesen des Rechts in der Cheyenne-Gesellschaft zu verstehen. Die beträchtliche theoretische Leistung entstand aus der interdisziplinären Zusammenarbeit eines Rechtswissenschaftlers mit seinen ausgefeilten theoretischen Hypothesen, Konzepten und seiner Betonung der Untersuchung von Einzelfällen und eines Ethnologen, der die Analyse des Rechts soziokulturell einbettete und eurozentristische juristische Verallgemeinerungen einer vergleichenden Prüfung unterzog.

Aufbauend auf diesen Forschungserkenntnissen untersuchte er in *Das Recht der Naturvölker* die rechtlichen Dynamiken genauer mit dem Ziel, die Tradition des Rechtsrealismus auch auf ›nicht-westliche‹ Gesellschaften auszuweiten. Für Hoebel war der Kerngedanke, dass auch das Verhalten der am Rechtsprozess Beteiligten in den Blick genommen werden müsse. Weit gefasste Analysekategorien, die nicht nur Regeln, Konzepte, Ideale und Perspektiven, sondern auch Personen, Techniken, Praktiken, Verfahren und Institutionen umfassen, waren für ein realistisches Bild notwendig (Twining 1973: 569). Für Hoebel war dieser konkrete Fokus auf Rechtsstreitigkeiten und deren Beilegung auf alle Rechtsordnungen unabhängig von Klassifizierungen der Rechtssysteme übertragbar, auch das ursprünglich mit Llewellyn entwickelte zentrale Konzept von den Aufgaben des Rechts (*law-jobs*), welches er

später als »Funktionen des Rechts« (Hoebel 1968: 347 ff.) formulierte und weiter ausdifferenzierte. *Law-jobs* sollen die universalen Funktionen des Rechts in allen Gesellschaften aufzeigen, unabhängig von den spezifischen institutionellen Erscheinungsformen dieser Funktionen. Dies basiert auf der Annahme, dass in allen menschlichen Gemeinschaften das Überleben und die Gruppen- bzw. Intragruppenkooperation von einer gelingenden Streitbeilegung und Streitvermeidung abhängen (Twining 1973: 564). Hoebels Funktionen des Rechts und die Fallmethode wurden von Vertreter:innen der Manchester Schule wie Max Gluckman (1911–1975) und Jaap van Velsen (1921–1990) Ende der 1950er Jahre zur Analyse von sozialer Interaktion weiterentwickelt. Ziel war es, Regeln und Hypothesen für die Lösung von Problemen abzuleiten, aber auch den Einfluss sozialer Normen und Konflikte außerhalb des Rechts zu erfassen. Die daraus entwickelte erweiterte Fallstudienanalyse (sog. *extended case method*) verfolgte Streitigkeiten bis zu ihren Ursprüngen zurück. Um die sich wandelnden sozialen Beziehungen zu analysieren, wurde der Analyseschwerpunkt von den Richtenden oder Schlichtenden auf die Perspektiven der Prozessparteien verschoben.

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Werkes

Hoebels Forschungen können im gesellschaftlichen und theoretischen Kontext der Kritik an den seit dem 19. Jahrhundert noch wirkenden sozialen Evolutionstheorien mit ihrem Fortschrittglaube und ihrer Vorstellung von Entwicklungsstufen gesehen werden. Danach würden alle Gesellschaften hierarchische technologische und kulturelle Phasen linear durchlaufen, wobei die »westlichen« Kulturen auf der höchsten Stufe angesiedelt sind. So wurde Recht zum Schlüsselaspekt der sogenannten »Zivilisation«. Darauf aufbauend stellten sich Fragen nach der Universalität des Rechts und seinen unterschiedlichen Ausprägungen in verschiedenen soziokulturellen Kontexten. Hoebels Wirken stand unter dem Einfluss des sogenannten Funktionalismus, der Mitte der zwanziger Jahre des 20. Jahrhunderts auch als Gegenbewegung zum Evolutionismus in England entstand. In kritischer Auseinandersetzung mit dem Evolutionsparadigma untersuchten Vertreter:innen des Funktionalismus die inneren Abhängigkeiten einzelner soziokultureller Elemente, um daraus allgemeingültige Gesetzmäßigkeiten abzuleiten. Nach dem psychobiologischen Funktionalismus, der auf die wegweisenden empirischen Untersuchungen des Sozialanthropologen Bronislaw Malinowski (1884–1942) zurückgeht, wird Recht mit unterschiedlichsten sozialen

Bedürfnisbefriedigungsprozessen, die durch sozialen Druck und Anreiz Verhaltenskonformität erzeugen, gleichgesetzt. Malinowski stellte das Recht in das Beziehungsgeflecht der Reziprozität und sieht darin einen grundlegenden Mechanismus zur Aufrechterhaltung sozialer Kontrolle. Auch Hoebel betont die Bedeutung von »unmittelbarer Belohnung und Abschreckung« (1968: 25) und folgt Malinowskis Annahme, dass in jeder Gesellschaft Recht existiere. Eine zweite funktionalistische Strömung definierte Recht im Sinne von Institutionen und sozial autoritären Mechanismen zur Durchsetzung von Regeln durch Sanktionen. Der Anthropologe Alfred Radcliffe-Brown (1881–1955), einer der Hauptvertreter:innen dieses eher strukturellen Ansatzes, betonte in seiner Abhandlung über soziale Sanktionen (1933: 202), Recht sei primär »soziale Kontrolle durch die systematische Anwendung der Kraft der politisch organisierten Gesellschaft« (Hoebel 1968: 39). Auch Hoebel betont die »Systeme sozialer Kontrolle in jeder Gesellschaft« (1968: 12) und den »legitimen Gebrauch von physischer Gewalt durch eine gesellschaftlich ermächtigte Stelle« (ebd.: 38).

Über den Einfluss von Karl N. Llewellyn hinaus wurde Hoebels Werk vom amerikanischen Rechtsrealismus geprägt. Diese rechtswissenschaftliche Strömung entwickelte sich seit den 1920er Jahren als Gegenbewegung zu dem vorherrschenden Formalismus und Rechtspositivismus der klassischen Jurisprudenz. Hoebel als auch Llewellyn wollten mit dem westlichen Ethnozentrismus und den damit verbundenen nicht-empirischen Annahmen brechen, welche die Jurisprudenz damals dominierten (Pospisil 1973: 538). Das Recht sollte wieder zu einem integralen Bestandteil der Gesellschaft werden (Hoebel 1968: 29) und der Monopolisierung durch die sogenannten »zivilisierten« Gesellschaften entzogen werden. Für Hoebel kann von »primitivem Recht« gesprochen werden, »wenn ein Volk keine Schrift kennt [...] bei Zivilisationen schließlich, die sich im Stadium fortgeschrittener Entwicklung befinden, von modernem Recht« (ebd.: 13). So bleibt auch der sogenannte Rechtsrealist Hoebel mit seiner Kritik im dem etablierten historischen Bezugsrahmen der sozialen Evolutionstheorie gefangen. Auch sie gingen von einem Gesellschaftstypus aus, der sich von den Urformen zu fortgeschritteneren Formen entwickelt hat, auch wenn sich menschliche Gesellschaften nicht auf einen einzigen Ursprung zurückführen lassen (Kuper 2005: 5). Die von Hoebel weitergeführten Kategorien wie »primitiv«, »zivilisiert« und die hierarchisierten Entwicklungsstufen (Hoebel 1968: 12 f.) belebten somit teilweise das Evolutionsparadigma neu.

3. Darstellung des Schlüsselwerkes

Die Studie *Das Recht der Naturvölker. Eine vergleichende Untersuchung rechtlicher Abläufe* (1968 (1954)) versteht Hoebel als eine Annäherung an eine »durch Empirie abgestützte Rechtswissenschaft« (8). Mit dieser empirisch-analytischen Untersuchung der Rechtsformen mehrerer lokaler Gesellschaften wandte er sich gegen eine Rechtswissenschaft, die »Recht allzuhäufig aus den Zusammenhängen herausgelöst hat, in die es eingebettet ist, und als isoliertes Phänomen behandelt, ohne es vor dem sozialen Hintergrund zu sehen, zu dem es gehört« (7). Seinen Ansatz zur Erforschung der gesellschaftlichen Wirklichkeit des Rechts bezeichnet Hoebel als »funktionalen Realismus« (8; 14), der sich für »die Strukturen empirisch wahrgenommener gesellschaftlicher Systeme und für das Kräftespiel der rechtlichen Mechanismen, die untrennbare Bestandteile des ganzen Systems sind« (15), interessiert.

Die Monographie ist in drei Teile gegliedert:

Das Studium des primitiven Rechts (Teil I, 11–85) widmet sich der Begriffsdefinition sowie der Methoden und Techniken zur Beschaffung relevanter Materialien und deren Analyse. Hoebel beleuchtet diese prozessualen Aspekte in folgenden vier Kapiteln: (1) Der kulturelle Hintergrund des Rechts, (2) Was ist Recht? (3), Methoden und Techniken und (4) Grundlegende rechtliche Begriffe, die in den Untersuchungen primitiver Rechtsordnungen Verwendung finden.

Rechtliche Regelungen bei Primitiven (Teil II, 89–319) ist der empirische Kern des Werkes. Dieser umfasst unterschiedliche Studien zu den sozialen Strukturen und lokalen Rechten von sieben Gesellschaften. In fünf Kapiteln werden hauptsächlich materielle Aspekte des jeweiligen lokalen Rechts und der Rechtspraktiken analysiert, ergänzt um einige verfahrensrechtliche Aspekte. Dieser Teil besteht überwiegend aus detaillierten Beschreibungen des Rechts (1) der »Eskimos«, (2) der Comanchen, (3) der Kiowa und (4) der Cheyenne-Gesellschaften auf dem amerikanischen Kontinent, der (5) Ifugao auf den Luzon/Philippinen, (6) der malinesischen Trobriand-Insulaner des Südpazifiks und der (7) Ashanti in Westafrika. Der Schwerpunkt liegt auf den jeweiligen rechtlichen Grundpostulaten und deren Überführung in die Praxis. Hoebel zeigt eindrucklich, dass sich in jeder der untersuchten Gemeinschaften die Normen und Verfahren entsprechend den gesellschaftlichen Strukturen voneinander unterscheiden (abhängig von eher individuellen oder kollektiven, patriarchalischen oder matriarchalischen Ausrichtungen).

In *Recht und Gesellschaft* (Teil III, 323–421) stehen Wurzeln, Wesen und Funktionsweisen des Rechts im Mittelpunkt. Hoebel zeigt, dass Gemeinsamkeiten aller soziorechtlichen Ordnungen bei aller Verschiedenheit eher funktional als durch einen gemeinsamen normativen Gehalt

zu bestimmen sind (323 ff.). Zunächst wird in »Religion, Magie und Recht« der Einfluss der übernatürlichen Sphäre näher untersucht, insbesondere die Bedeutung der »Magie als Helferin des Rechts«. Es folgen zwei Kapitel zu »Funktionen des Rechts« und »Entwicklungslinien des Rechts« (323–421).

Hoebel geht in seiner Studie folgenden funktionalen Fragestellungen nach: Wie ist das Recht beschaffen? Wie funktioniert es und unter welchen Bedingungen? Was darf sich die Menschheit vom Recht erhoffen und was hat sie vom Recht zu befürchten (7). Er postuliert »Recht als eine Seite von Kultur« (12), die in jeder Gesellschaft zu finden sei. Demnach sei das Recht der »primitiven« auch für »zivilisierte« Völker von Bedeutung (7 f.; 12; 31).

Hoebel entwickelte eine eigene Definition von Recht bzw. dem Rechtlichen: »Eine gesellschaftliche Norm hat rechtlichen Charakter, wenn ihre Nichtbeachtung oder Verletzung regelmäßig physische Gewalt – ob als Drohung oder tatsächliche Gewaltanwendung – durch einzelne oder durch Gruppen nach sich zieht, die ein von der Gesellschaft anerkanntes Privileg dazu besitzen« (41).

In der Rechtmäßigkeit von Gewaltandrohung und -anwendung, d.h. dem »legitimierten Gebrauch physischer Gewalt durch eine von der Gesellschaft dazu ermächtigten Stelle« (39), sieht Hoebel die Grundvoraussetzung einer jeden Rechtsordnung (38). Für die Gewaltanwendung bedarf es einer allgemeinen Billigung solchen physischen Zwangs (39). Hoebel nahm in sein Rechtskonzept auch das Element der Regelmäßigkeit der Durchsetzung auf, welches die Grundlage eines jeden gesellschaftlichen Systems sei (41 f.). So könne das tatsächliche Recht identifiziert werden (Tamanaha 1995: 512). Letztlich sei Recht ein Komplex von sozialen Verhaltensregeln oder Normen und müsse von Sitte bzw. sozialen Gewohnheiten unterschieden werden (31–34). Die rechtmäßige Gewaltanwendung durch ermächtigte Stellen »unterscheidet rechtliche Sanktionen von den Sanktionen, die mit anderen sozialen Normen verbunden sind« (40).

Für Hoebel ist die wichtigste Aufgabe des Rechts »eine zweckdienliche Gestaltung der sozialen Beziehungen in einer Gesellschaft« (347). Er unterscheidet vier »universelle Aspekte der Funktionen des Rechts« (360). Diese umfassen ein Definieren von Sozialbeziehungen inklusive der Ge- oder Verbote menschlichen Handelns, die Zuweisung von Autorität, die Regelung von Problemfällen und eine ständige Neuausrichtung sozialer Beziehungen entlang sich wandelnder Lebensbedingungen. Konkret gelte es: 1) sozialverträgliche Verhaltensweisen für die Aufnahme in die Kultur zu identifizieren, Regeln des Verhältnisses der Mitglieder einer Gesellschaft zueinander aufzustellen; 2) Instanzen zu legitimer Anwendung physischer Gewalt zur Aufrechterhaltung der Ordnung zu erschaffen und deren Befugnisse zuzuweisen; 3) Konflikte zu lösen und zu

bereinigen und 4) Gesellschaft zu planen, um soziale Beziehungen neu definieren zu können, wenn sich die Lebenskonzepte ändern (347–362). Letztere Funktion betont, dass Recht auch Gesellschaft gestalten kann und sollte, anstatt diese nur zu reflektieren. Insofern müssten auch systematisch die Bedingungen untersucht werden, unter denen das Recht die Gesellschaft gestalten kann (Kaplan 1956: 373).

Hoebel unterscheidet drei grundlegende Vorgehensweisen zur Erforschung des Rechts: 1) Die ideologische Methode der Rechtswissenschaft untersuche hauptsächlich (ideale) festgesetzte Normen. Dies führe zur Abstraktion und bleibe letztlich »wirklichkeitsfern, nur ein Phantom« (42). 2) Die beschreibende Methode der Ethnologie konzentriere sich hingegen auf die Rechtspraxis. Dies erlaube der Vielfältigkeit und Vielschichtigkeit Rechnung zu tragen, da auch Verhalten, Affekte und verstandesmäßige Motive einbezogen werden. 3) Seine letztgenannte Methode legt den Fokus explizit auf konkrete Rechtsfälle im Sinne von »Störungen, Streitigkeiten, Mißstände und Fälle von Unruhe« (42). Diesen Ansatz sieht Hoebel als den goldenen Weg zu einer tatsächlichen Rechtswissenschaft mit der Begründung »[e]s darf als Gebot einer wirklichkeitsnahen Rechtswissenschaft bezeichnet werden, dass man so lange nicht mit Gewissheit sagen kann, ob eine Regel, in der wir eine Norm vermuten, wirklich auch eine Norm ist, solange ihr Durchsetzungsvermögen nicht aus Anlass eines Streitfalls im Rechtsprozess getestet wurde« (51). Zur Erforschung der Rechtswirklichkeit seien die Rolle des »teilnehmenden Beobachters«, die Auswahl lokaler »Vertrauensleute« [Informant:innen], aber auch Sprachkenntnisse entscheidend, da insbesondere die Rechtsbegriffe einer genauen sprachlichen Analyse bedürfen, um Äquivalente zu den eigenen Rechtsverständnissen erkunden zu können (53–55).

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion in der Rechtssoziologie

Für die interdisziplinäre rechtswissenschaftliche Forschung ist die Bedeutung von Hoebel nicht zu unterschätzen. Insbesondere sein Konzept der rechtlichen Institutionen hat den Rechts- und Sozialwissenschaften den Weg geebnet, das Recht in den soziokulturellen Kontext einzubetten. Dies erlaubt dabei zweierlei: sowohl einen Fokus auf die Wechselbeziehungen der verschiedenen gesellschaftlichen Segmente untereinander zu richten als auch die Bedeutung sozialer Kontrolle in jeder Rechtsordnung im Blick zu haben. Für Hoebel braucht jedes Recht seinen Bezugsrahmen (13). Mit seinen empirischen Studien weist er Eugen Ehrlichs (1936: 397) berühmtes Postulat – »ein Rechtsakt ist nie etwas

Eigenständiges, Isoliertes, vielmehr ist er eingebettet in die jeweils gegebenen gesellschaftlichen Verhältnisse« – nach. Hoebel erklärt Recht aus dem Funktionszusammenhang von sozialen Regeln und Normen, weshalb es stets in die jeweils vorherrschenden gesellschaftlichen Verhältnisse integriert ist. Recht als ein soziokulturelles Phänomen verleiht einer Gesellschaft die Macht, das Verhalten des Individuums als auch das von Gruppen zu steuern, gegebenenfalls Abweichungen von gesetzten gesellschaftlichen Normen zu korrigieren und zu bestrafen (11–41). Ein wichtiger Beitrag zur Rechtslehre liegt in dem rechtsanthropologischen bzw. rechtssoziologischen Nachweis, dass das positive Recht seine Sanktion nicht aus der Macht gewinnt, die es sich selbst verleiht, sondern dass es sich nur dann Macht verleihen vermag, wenn der ethisch-moralische Gehalt seiner Normen dem der inneren Ordnung des zugrundeliegenden *lebenden Rechts* entspricht (Northrop 1956: 461 f.).

Hoebel leistete auch einen wesentlichen Beitrag zur rechtssoziologischen Debatte um die Definition von Recht selbst. Er schlägt einen Perspektivenwechsel vor, da »die Suche nach einer Definition von Recht der Suche nach dem Heiligen Gral gleich[e]« (18). Die eigentliche Definition von Recht sei nicht so entscheidend, sondern erst die empirische Untersuchung erlaube, die grundlegenden Elemente des Rechts in unterschiedlichem Ausmaß in allen Gesellschaften zu finden (Schmitz 1973: 531). Eines der einflussreichsten Rechtskonzepte in den Sozialwissenschaften ist die Auffassung, dass Recht aus der institutionalisierten Durchsetzung von Normen besteht. Neben Max Weber (1864–1920) hat Hoebel eine der sehr häufig zitierten Versionen dieses Konzepts vorgelegt. Die Lehre vom sozialen Ursprung durchgesetzter Rechtsnormen gilt für staatliches Recht und für nicht-staatliche Institutionen zur Normerzwingung oder Streitbeilegung gleichermaßen (Tamanaha 1995: 506; 525). Hoebel führt sein Rechtskonzept auf die »zeitgenössische Rechtswissenschaft« im Sinne der sogenannten soziologischen Rechtsschule mit ihrem rechtsrealistischen Arm zurück. Er diskutiert und zitiert zur Beantwortung der Frage *Was ist Recht?* (29–41) nicht nur Karl Llewellyn, sondern auch andere damals einflussreiche amerikanische Juristen wie Wesley Newcomb Hohfeld (1879–1918), Benjamin Nathan Cardozo (1870–1932) und Oliver Wendell Holmes (29–34).

Hoebels interdisziplinärer Ansatz kann als wegweisend für die Erforschung von Recht angesehen werden, sei es im Hinblick auf die Anthropologie, die Rechtswissenschaften oder die Soziologie. Für Hoebel sind die Beziehungen zwischen Soziologie und Sozialanthropologie »im weitesten Sinne ein und dasselbe. Beide sind die Lehre von den sozialen Beziehungen« (1958: 9). Die Unterschiede im Wesen beider sozialwissenschaftlicher Disziplinen seien bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts hauptsächlich historisch begründbar, wobei sich eine stetige konzeptuelle und methodische Annäherung beider Disziplinen zeige (ebd.).

Hoebel hatte wie oben dargestellt, einen grundlegenden Einfluss auf die Entwicklung sozialwissenschaftlicher qualitative Forschungsmethoden. Auch für die Erforschung des Rechts wurde seit Hoebel zunehmend die funktionalistische Analyse als eine spezielle Methode im Bereich der Anthropologie und Soziologie übernommen. Er untersuchte die Beziehungen zwischen dem Recht und anderen sozialen Institutionen, wobei die Fallstudie die primäre Analyseeinheit darstellt. Die Problemfallmethode ermöglichte auch Zugang zu unartikulierten Normen, die soziale Beziehungen regeln und der in öffentlichen Foren ausgetragene Konflikt wurde für die empirische Rechtsforschung und Rechtsethnologie zentral (Benda-Beckmann 2008: 137). Unter dem Einfluss auch von Hoebel wurde beispielsweise lange Zeit im Rahmen der rechtspluralistischen Forschung die Analyse von Konflikten, ihrer Beilegung und Verfahren als wesentlich angesehen. Durch die Verlagerung des Analyseschwerpunkts auf Streitfälle wurde auch die Untersuchung des ungeschriebenen Rechts möglich, das zu einer der Hauptquellen für Rechtsnormen wurde.

Die Fallmethode ist jedoch nicht ohne Kritik geblieben. William Twining (1973: 565) betonte zurecht, dass es nicht nur eine Art der Fallmethode gäbe, da es eher um die vielfältigen tatsächlichen Prozesse und Techniken der Konfliktbeilegung als um die Details der materiellen Regeln ginge und sich bis heute noch in einem hohen Maße auf mündliche Überlieferungen gestützt wird. Ein weiterer Kritikpunkt erstreckt sich weniger auf die Fallmethoden *per se*, sondern auf die Frage, »inwiefern aus historischem Fallmaterial das Rechtsleben der Gegenwart abgeleitet werden kann« (Benda-Beckmann 2008: 138).

Darüber hinaus kann Hoebels Ansatz auch aufgrund der oben genannten (neo-)evolutionären Elemente kritisch betrachtet werden. Er reproduzierte Kategorien wie »primitiv« und »zivilisiert«, identifizierte Typen von Rechtssystemen und bewertete ihren Komplexitätsgrad. Im Gegensatz zu sozialevolutionären Theorien sind »primitive« Gesellschaften nach Hoebel jedoch nicht qualitativ minderwertig, sondern hätten aufgrund ihrer höheren Homogenität und ihrer persönlichen Beziehungen lediglich weniger Bedarf an Recht. Hoebels Idee vom Recht als Problemlöser bleibt aber letztlich einem evolutionistischen Rechtsverständnis verhaftet, das funktionalere, rationalere Rechtsordnungen von anderen »unterentwickelten« unterscheidet (Moore 2005: 347f.). Auch hielt er letztlich an der Annahme fest, dass menschliche Gesellschaften auf einen einzigen Ursprung zurückgeführt werden können. Wie Adam Kuper (Kuper 2005: 5) in seiner historischen Kritik eindrücklich analysierte, gibt es »keine Fossilien der sozialen Organisation« und auch keine Möglichkeit, prähistorische Gesellschaftsformen zu rekonstruieren, sie zu klassifizieren und in eine Zeitreihe einzuordnen. Nichtsdestotrotz wurde der Prototyp der »primitiven Gesellschaft« lange zu einem Idealtypus stilisiert, der die empirischen Studien beeinflusste und formte. Das

Fortbestehen dieses Mythos einer »primitiven Gesellschaft« sei besonders problematisch, da dessen Grundannahmen nicht nur durch ethnographische Belege widerlegt wurden, sondern auch durch die Logik der Evolutionstheorie selbst (Kuper 2005: 10). Trotzdem tauche eben dieser Mythos in unterschiedlichem Gewand auch noch heute auf, beispielsweise in der Rhetorik der Bewegung für indigene Völker, wo die Begriffe »*native*« oder »indigen« oft Euphemismen für das geworden sind, was früher als »primitiv« bezeichnet wurde (Kuper 2005: 204). Zudem lassen sich Pfadabhängigkeiten in internationalen Diskursen zu »Recht und Entwicklung« erkennen, die auch in etablierten, aber allzu vereinfachenden konzeptionellen Binaritäten wie formelles vs. informelles, staatliches vs. nicht-staatliches oder traditionelles, gewohnheitsmäßiges, indigenes vs. modernes Recht sichtbar werden (Seidel/Ramstedt i.E.).

Bei aller Kritik bietet Hoebel auch hervorragende Einführungen in das Studium heutige Rechtsordnungen, ihrer Funktionsweisen und Wirkungen. Hoebels sozialanthropologische Ausbildung und Methodik ermöglichen eine unvoreingenommene Auseinandersetzung mit dem Phänomen Recht und dessen Praxis im scheinbar ›Anderen‹, da das ›Eigene‹ oft weniger sichtbar ist. Die reflexive Auseinandersetzung mit der Rechtswirklichkeit wird auch durch die juristische Ausbildung mit ihrer Orientierung an Gesetzen, Verordnungen und Gerichtsurteilen erschwert. Darüber hinaus ist das Recht als gesellschaftliches Phänomen jenseits der formalen Zugänge oft nur begrenzt fassbar, zumal der juristische Begriffsapparat für Nichtjurist:innen nur schwer zugänglich ist.

Abschließend gilt noch einmal zu betonen, dass der analytische Fokus auf »Problemfälle« die Bedeutung anthropologischer Ansätze für »eine wahrhaft durch die Empirie abgestützte Rechtswissenschaft« (8) unterstreicht. Dieser Zugang zum Recht erlaubt es, jenseits idealtypischer Normen, nicht nur Verfahren, Inhalte und Rechtsinstitutionen zu untersuchen, sondern auch die Beweggründe und das Verhalten der an einem Konflikt und seiner Beilegung Beteiligten in einem bestimmten gesellschaftlichen Kontext einzubeziehen. Trotz der unterschiedlichen disziplinären Perspektiven auf Recht können nicht nur Hoebels Rechtsbegriff und Funktionen des Rechts, sondern auch seine Analysen zur Unterscheidung von Recht und Gewohnheit bzw. Sitte und insbesondere zur Bedeutung sozialer Kontrolle als interdisziplinär anschlussfähig gelten. So können Hoebels rechtsanthropologische Erkenntnisse beispielsweise auch die interdisziplinäre Rechtsbewusstseinsforschung (*Legal Consciousness Studies*, siehe den Beitrag zu Ewick/Silbey in diesem Band) bereichern, um die Bedeutung des alltäglichen Rechtsverständnisses für die Entwicklung von Gemeinschaft und sozialen Beziehungen nuancierter zu beleuchten und dabei Aspekte von Recht und Macht einzubeziehen. Hoebels Studien leisten einen Beitrag zum besseren Verständnis, wie das Recht soziale Identitäten und auch das Verständnis sozialer Verhältnisse (mit-)konstituiert, insbesondere durch

dessen Regeln und Durchsetzungsmechanismen, einschließlich Gerichts- und Schlichtungsverfahren, aber auch durch die Sanktionierung von Regelbrüchen (Merry/Canfield 2015: 538). Ethnographische Forschungsmethoden mit ihrem Fokus auf konkrete Rechts- und Gerichtspraktiken ermöglichen eine Einbeziehung der schwer fassbaren subjektiven Seite des Rechts, wie beispielsweise konkrete Verhaltensweisen, Wertorientierungen, Rechtskenntnisse, Einstellungen zum Recht, Emotionen und Affekte.

Zunehmend wendet sich die ›kritische‹ Rechtswissenschaft, die auch das formalistische und rechtspositivistische Paradigma zum Ausgangspunkt ihrer Kritik macht, rechtsanthropologischen und rechtssoziologischen Perspektiven zu, um besser Wirkungen und Effekte von Recht (Merry/Canfield 2015: 535), aber auch die Grenzen des Rechts aufzuzeigen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang Vorsicht vor ›kulturalisierten‹ Rechtsauffassungen geboten, da die regelgebundene juristische Perspektive häufig auf ›westlichen‹ Rechtsvorstellungen beruht (Comaroff/Roberts 1981: 6 f.). Die Rechtssoziologie rezipiert rechtsanthropologische Studien abseits der klassischen Institutionsforschung eher marginal. Ein Grund für die mangelnde Kommunikation zwischen beiden Disziplinen kann in den unterschiedlichen Traditionen innerhalb der sozialwissenschaftlichen Rechtsforschung gesehen werden, insbesondere deren unterschiedliches Nähe-Distanz-Verhältnis zu etatistischen Rechtsbegriffen, wobei die Rechtssoziologie eher eine Präferenz für »Normativität und Ideologie des herrschenden normativen Systems in abstrakter Form konzeptualisiert« (Benda-Beckmann 2007: 189). Franz v. Benda-Beckmann (2007: 202) plädiert für einen einheitlichen sozialwissenschaftlichen Ansatz, der aus beiden Traditionen schöpft und betont, dass ein »analytische[r] Forschungsansatz von normativen Folksystemen in mancher Hinsicht zu einem besseren Verständnis von Recht in der Gesellschaft führen wird als Ansätze, die sich der in der untersuchten Gesellschaft dominanten Ideologie unterordnen, ob das nun ein Gewohnheitsrechts-System ist oder ein staatliches und verwissenschaftlichtes Rechtssystem.« Für die Entwicklung einer reflexiven interdisziplinären Rechtsforschung kann die fruchtbare Zusammenarbeit zwischen dem Anthropologen Hoebel und dem Juristen Llewellyn trotz aller Herausforderungen als beispielhaft und wegweisend gelten. Letztlich geht es dabei um eine gemeinsame Suche nach tragfähigen Mechanismen zur Lösung von Konflikten in den pluralen Rechtswirklichkeiten ersetzen.

Literatur

Benda-Beckmann, Keebet von (2008): »Streit ohne Ende«, in: Eidson, John (Hg.), *Das anthropologische Projekt. Perspektiven aus der*

- Forschungslandschaft Halle/Leipzig*, Leipzig: Leipziger Universitätsverlag, 133–149.
- Benda-Beckmann, Franz von (2007): »Unterwerfung oder Distanz: Rechtssoziologie, Rechtsanthropologie und Rechtspluralismus aus rechtsanthropologischer Sicht«, in: Benda-Beckmann, Franz von/Benda-Beckmann, Keebet von (Hg.): *Gesellschaftliche Wirkung von Recht. Rechtsanthropologische Perspektiven*, Berlin: Reimer: 177–223.
- Comaroff, John L./Roberts, Simon (1981): *Rules and Processes*, Chicago: University of Chicago Press.
- Hoebel, Edward A. (1968 (1954)): *Das Recht der Naturvölker. Eine vergleichende Untersuchung rechtlicher Abläufe*, Freiburg i. Br.: Olten.
- Hoebel, Edward A. (1981): »Preface«, in: *The American Behavioral Scientist* 25 (1): 7–9.
- Hoebel, Edward A. (1960): *The Cheyennes: Indians of the Great Plains*, New York: Holt, Rinehart and Winston.
- Hoebel, Edward A. (1958): *Man in the Primitive World. An Introduction to Anthropology*, New York u.a.: McGraw-Hill Book Company, INC.
- Hoebel, Edward A. (1940): *The Political Organization and Law-Ways of the Comanche Indians*, Menasha/Wisconsin: American Anthropological Association Memoir.
- Hughes, Everett C. (1955): »Review: The Law of Primitive Man by E. Adamson Hoebel«, in: *Stanford Law Review* 7 (3), 437–439.
- Llewellyn, Karl/Hoebel, Edward A. (1941): *The Cheyenne Way: Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman: University of Oklahoma Press.
- Llewellyn, Karl N. (1940): »The Normative, the Legal, and the Law-Jobs: The Problem of Juristic Method«, in: *Yale Legal Journal* 49 (8), 1355–1400.
- Kaplan, Irving (1956): »Book Review: The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics. E. Adamson Hoebel«, in: *The American Journal of Sociology* 61 (4), 372–373.
- Kuper, Adam (2005): *The Invention of Primitive Society: Transformations of an Illusion*, London: Routledge.
- Merry, Sally E./Canfield, Matthew C. (2015): »Law. Anthropological Aspects«, in: *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* 13, 535–541.
- Northrop, Filmer S.C. (1956): »Book Review of The Law of Primitive Man: The Method and Some Findings of Anthropological Jurisprudence«, in: *Louisiana Law Review* 16 (2), 455–464.
- Pospisil, Leopold (1973): »Adamson Hoebel and the Anthropology of Law«, in: *Law and Society Review* 7 (4), 537–560.
- Schwartz, Richard D. (1973): »President's Message: To Ad Hoebel – with Thanks«, in: *Law & Society Review* 7(4), 532–32.
- Seidel, Katrin/Ramstedt, Martin (Hg.) (2024): *Decolonising Plural Legal Orders, Decentering Epistemological Paradigms, Special Issue Oñati Socio-Legal Series* (i.E.).

- Snyder, Francis G. (1981): »Anthropology, Dispute Processes and Law. A critical Introduction«, in: *British Journal of Law and Society* 8 (2): 141–180.
- Tamanaha, Brian Z. (1995): »An Analytical Map of Social Scientific Approaches to the Concept of Law«, in: *Oxford Journal of Legal Studies* 15 (4): 501–535.
- Twining, William (1973): »Law and Anthropology: A Case Study in Inter-Disciplinary Collaboration«, in: *Law & Society Review* 7 (4): 561–584.

Wolfgang Kaupen: Die Hüter von Recht und Ordnung

1. Leben und wissenschaftliches Werk

Wolfgang Kaupen wurde 1936 als Sohn eines Verwaltungsbeamten in Braniewo (ehem. Braunsberg/Ostpommern) geboren, wuchs im Rheinland auf und studierte 1955 bis 1968 in Tübingen, Köln, Paris und Mannheim zunächst Germanistik und Romanistik, dann Jura und Soziologie (Enck/Rausch 1982). Bereits während seines Studiums war Kaupen neben berufssoziologischen auch in rechtssoziologische Forschungsprojekte eingebunden, die er mit einer Arbeit über »Naturrecht und Rechtspositivismus« (Kaupen 1966a) abschloss. Er leitete 1967 bis 1971 die soziologische Abteilung des Instituts für Mittelstandsforschung an der Universität zu Köln unter René König (Enck/Rausch 1982) und promovierte 1969 in Mannheim mit einer Dissertation, die er unter dem Titel *Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen* veröffentlichte. Diese Arbeit fand ihre Fortsetzung in der vergleichenden Analyse von Rechtsberufen *Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie*, die Wolfgang Kaupen mit Theo Rasehorn 1971 publizierte. Beide Werke wurden zu einem wesentlichen Anstoß und zu Schlüsselwerken der deutschen Rechtssoziologie, ebenso wie zum Gegenstand kontroverser rechtswissenschaftlicher Diskussionen.

In der Zeit zwischen 1970 und 1973 hatte Wolfgang Kaupen Lehraufträge an der Universität zu Köln und der Universität Regensburg inne, seit 1974 war er Professor für Soziologie an der neu gegründeten Fakultät für Rechtswissenschaften an der Universität Hannover, wo er sich für eine Reform hin zu einer einphasigen Juristenausbildung mit einer stärkeren Integration von Rechts- und Sozialwissenschaften engagierte (Enck/Rausch 1982). Neben seinen inhaltlichen Impulsen und seiner Befassung mit der juristischen Ausbildung sind die Gründung des Arbeitskreises für Rechtssoziologie (a.r.s.) in Köln im Jahr 1970 Ausweis seines institutionellen Engagements für die Rechtssoziologie. Seine gemeinsamen Aktivitäten mit Erhard Blankenburg, Rüdiger Lautmann und Theo Rasehorn fanden in der 1972, insbesondere auf Kaupens Engagement hin (Rasehorn 2002) gegründeten Sektion Rechtssoziologie in der Deutschen Gesellschaft für Soziologie ebenso ihren Ausdruck wie auch seine Tätigkeit als Mitherausgeber der Zeitschrift für Rechtssoziologie

und seine Mitarbeit in der International Sociological Association (Enck/Rausch 1982; Wrase 2006).

In die Zeit seines Studiums und seiner Tätigkeit am Institut für Mittelstandsforschung in Köln fallen erste Veröffentlichungen unter anderem mit seiner Frau, der Medizinsoziologin Heidrun Kaupen-Haas, zu medizinischen Berufen und zur sozialen Herkunft und Werten von Studierenden (Humell/Kaupen-Haas/Kaupen 1968; Kaupen-Haas/Kaupen 1964), sowie zur Rechtssoziologie (Kaupen/König 2020 (1967); Kaupen 1966a; Ders. 1966b; Ders. 1968). Rechtssoziologische Themen bestimmen dann seine weitere Forschung, die sich von der Beschäftigung mit der Sozialisation von Jurist:innen und ihren Einstellungen zu Recht und Gesellschaft in den hier besprochenen Schlüsselwerken (Ders. 1971 (1969), Kaupen/Rasehorn 1971), über die Möglichkeiten empirischer rechtssoziologischer Forschung, die Einstellungen der Bevölkerung zum Recht bzw. zu lokalen Rechtssystemen und zur ländervergleichenden Rechtsforschung, hin zu ›Querulanten‹ und zur Beratungshilfe im deutschen Rechtswesen bewegten. Vor seinem frühen Tod im Jahr 1981 entwarf er ein Forschungsprojekt zur Rolle der Justiz im Spätkapitalismus (für einen Überblick: Enck/Rausch 1982).

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext

Wer die rechtssoziologischen Schriften und auch das wissenschaftspolitisch-institutionelle Engagement von Kaupen verstehen will, muss die Zeitläufte und die Kontexte seiner Forschung beachten. Kaupens wissenschaftliche Arbeit bewegte sich in einer gesellschaftspolitischen Zwischenzeit im Spannungsfeld von Restauration und Modernisierung der Justiz. Das Justizpersonal der 1960er Jahre war noch sehr stark von den Kontinuitäten eines autoritären und ständisch organisierten Rechtswesens geprägt. Zugleich wehte durch die Institutionen des expandierenden und sich etablierenden Rechts- und Wohlfahrtsstaates ein neuer Geist, der sich mit dem Symbolwort ›1968‹ verknüpfen lässt. Kaupen pflegte sicher keinen revolutionären Gestus, aber zweifelsohne sah er sich auf Seiten der Modernisierer und sympathisierte offensichtlich auch mit der Studentenbewegung dieser Zeit (Rasehorn 2002). Bekannt ist sein Konflikt mit Erwin K. Scheuch und dem konservativen ›Bund freier Wissenschaften‹ über Lehraufträge. Dieser gipfelte in einem Eklat über ein Seminar zur Klassenjustiz im Wintersemester 1972/1973 (vgl. Bund Demokratischer Wissenschaftler 1973; Enck/Rausch 1982; Rasehorn 2002). Einen anderen Akzent setzt Rottleuthner, der von einem ›linken Missverständnis‹ hinsichtlich Kaupens Justizkritik spricht, denn diese sei gerade nicht Ausdruck der zeitüblichen Kapitalismuskritik gewesen, sondern Ausdruck der Tatsache, dass Kaupen »ein ganz ungebrochener

fortschrittsgläubiger ›Modernisierer‹ (Rottleuthner 2002: 60) war. In dieses Bild passt auch Kaupens Hinweis auf die fehlende Passung der Justizjurist:innen zur »modernen Wirtschaftsgesellschaft« (Kaupen 1971 (1969): 189) – ein normativer Bezugspunkt, den er mit einem späteren Nachwort zu *Die Hüter von Recht und Ordnung* selbstkritisch relativierte (Kaupen 1973) und der offenbar auch in seinem späteren, unvollendet gebliebenen Forschungsprogramm zur Justiz im Spätkapitalismus aufgegriffen wurde (vgl. Enck/Rausch 1982).

Was prägte nun die ›Kaupen-Studie‹? Sie war in spezifische politische Zeitläufe der gesellschaftlichen Modernisierung und Demokratisierung eingebunden und hatte zudem noch die Soziologie ihrer Zeit auf der Seite. So fügten sich Kaupens Analysen und Befunde insbesondere in die sozialstrukturellen Ausführungen Dahrendorfs zu Herkunft und Stellung der Justizjurist:innen in den frühen 1960er Jahren ein. Dahrendorfs Einlassungen waren markant und zeichneten ein klares Bild von der Stellung der Richterschaft. Nach Dahrendorf lebt die Richterschaft in einer »halbierten Gesellschaft« (Dahrendorf 1961: 194). Ihr Gesellschaftsbild zeichne sich dadurch aus, dass ein großer Teil der Gesellschaft für sie »in ein Halbdunkel der Fremdheit gehüllt ist« (ebd.: 194). Die Argumentation Dahrendorfs mündet schließlich in die weithin bekannte Formulierung, »dass in unseren Gerichten die eine Hälfte der Gesellschaft über die ihr unbekannte andere Hälfte zu urteilen befugt ist« (ebd.: 195).

René König und Wolfgang Kaupen (2020 (1967)) vermuteten in der von Dahrendorf beobachteten homogenen Schichtzugehörigkeit gerade ein Einfallstor für »Ideologie auf dem Umweg über standortbedingte Vorurteile« (51), denn in dem Maße, in dem Richter:innen kaum über wirtschaftliches und sozialwissenschaftliches Fachwissen verfügten, seien sie in ihren Entscheidungen zurückgeworfen »auf ihren ›gesunden Menschenverstand‹ und auf ihre persönlichen Erfahrungen [...], die Selbstverständlichkeiten und Vorurteile ihrer Umgebung sowie das gesamte Wert- und Weltbild, das der einzelne im Verlauf seiner Sozialisierung in Elternhaus, Schule und Beruf erworben hat. Das ideologische Denken beginnt beim Richterberuf demnach spätestens in dem Augenblick, wo die genaue Kenntnis der Strukturen und Prozesse der Gesellschaft fehlt.« (53)

In seinem soziologischen Portrait der Juristenzunft hob Kaupen freilich weniger die Aspekte der ›sozialen Standortgebundenheit‹ in der *Urteilsfindung* oder der Herrschaft bzw. der ›Klassenjustiz‹ hervor, sondern richtete sein Interesse primär auf die ›ideologisierenden Vorbedingungen‹ richterlichen Handelns im Sinne der Angepasstheit der zu dieser Zeit vornehmlich männlichen Richterschaft an die herrschenden Verhältnisse.

3. Darstellung des Schlüsseltexts: Die Hüter von Recht und Ordnung

Die ›Kaupen-Studie‹ *Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen – Eine soziologische Analyse* aus dem Jahre 1969 (die zweite, hier zitierte Auflage erschien 1971) hat über Jahrzehnte nicht nur den Blick der deutschsprachigen Soziologie auf die Justiz geprägt, sondern auch das Verhältnis zwischen Sozialforschung und Rechtsprechung in hohem Maße beeinflusst. Schon die Wahl des Titels bekräftigte seinerzeit die Vorbehalte eines Gutteils der aufstrebenden und fortschrittsorientierten Soziologie-zunft der späten 1960er Jahre auf die aus ihrer Sicht restaurativen Orte der Gesellschaft: die Gerichtssäle und Staatsanwaltschaften. Kaupen schlug zu Beginn der Studie den Ton an und formulierte: »Hatte bereits Saint-Simon zu Beginn des 19. Jahrhunderts den Juristen vorgehalten, sie seien an die Vergangenheit fixiert und hätten in einer dynamischen, in die Zukunft gerichteten Gesellschaft keinen Platz, und konnte fast 100 Jahre später Anton Menger die Jurisprudenz die zurückgebliebenste aller Wissenschaften nennen, ›einer entlegenen Provinzstadt vergleichbar, wo die abgelegten Moden der Residenz noch immer als Neuheiten getragen werden‹, so forderte unlängst, wieder über ein halbes Jahrhundert später, ein Soziologe aus aktuellem Anlass, die Jurisprudenz müsste ›erst einmal das fortgeschrittene Niveau des psychologischen und gesellschaftlichen Wissens erreichen‹.« (12) Der zitierte Autor war Theodor W. Adorno. Unter Bezugnahme auf Tocqueville ist bei Kaupen zu lesen, dass die Juristen eine Macht darstellten, »die man wenig fürchtet, kaum bemerkt, die kein eigenes Banner schwingt, sich geschmeidig den Erfordernissen der Zeit anpasst und sich widerstandslos in alle Bewegungen des Staatskörpers schickt« (22). Charaktere der Moderne und des Fortschritts sahen damals wie heute anders aus.

Kaupen interessierte die Justiz primär als gesellschaftliches Subsystem. Dementsprechend betrachtete er Justizjurist:innen als Funktions-träger:innen und fragte nach den mit diesen spezifischen Funktionen korrespondierenden Persönlichkeitsmerkmalen. Wichtig war für ihn die sozialisierende Wirkung des Vaterberufs, die katholische Konfession, der Herkunftsort sowie der von den befragten Justizjurist:innen besuchte Schultyp. Diese Teilsysteme gesellschaftlichen Lebens charakterisierte er als ›geschlossene‹, konservative und an festen Ordnungsmaßstäben orientierte Sozialisationskontexte. Gestützt hatte Kaupen diese Diagnose auf vorliegende standardisierte Befragungen von Studierenden und auf eine Fragebogenerhebung unter Justizjurist:innen und Rechtsanwält:innen sowie eine Inhaltsanalyse von Beiträgen aus der Neuen Juristischen Wochenschrift, die in einem von René König geleiteten, von

der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderten Projekt zusammengeführt wurden, und aus dem weitere Analysen folgten, die Kaupen und Rasehorn (1971) in einer, im zweiten Schritt vorgestellten Folgestudie veröffentlichten.

Das Schrifttum Kaupens zur Justiz hat unterschiedliche, aber durchaus konsequent aufeinander aufbauende Stufen. So näherte sich Kaupen in seiner Dissertation der Charakterisierung der Jurist:innen in mehreren Schritten an: über die soziale Herkunft, Schule und juristische Ausbildung. In der Analyse der Sozialisation im Elternhaus widmete er sich zunächst der in einer Studierendenbefragung erhobenen Erfahrung mit dem Erziehungsstil oder der Stellung in der geschwisterlichen Abfolge, die jedoch keine Unterschiede zwischen Jura- und anderen Studierenden zeigten. Lediglich den größeren Anteil an Jurastudierenden, die während des Studiums bei den Eltern wohnen, interpretierte Kaupen als ein Festhalten am stabilen, homogenen Herkunftsmilieu. Einen höheren argumentativen Stellenwert nahm die Analyse des Vaterberufs ein, die bei Justizjurist:innen im Vergleich zu Rechtsanwält:innen und zur Gesamtbevölkerung überdurchschnittlich häufig Beamte waren. Beamten schrieb Kaupen im Sinne von »Haltungsnoten« Konformität und Ordnungsstreben zu, und ergänzte dies mit Befragungen zu Einstellungen gegenüber dem Staat, Parteipräferenzen, Religiosität und Mitgliedschaft in Studentenverbindungen, die ein durchgängig konservatives Bild der Beamenschaft zeichneten. Als Fazit zur elterlichen Sozialisation der Jurist:innen zog Kaupen: »Je strenger ihre Sozialisierung im Elternhaus auf die Einhaltung bestimmter, vorgegebener (traditioneller) Verhaltensregeln gerichtet war, desto eher entscheiden sich Juristen für eine Justizlaufbahn; je stärker die Sozialisierung auf die Entwicklung eigener Initiative und Leistungsbereitschaft gerichtet war, desto eher wird eine berufliche Tätigkeit in der Anwaltschaft mit einer Orientierung in der Wirtschaft gewählt.« (141)

Die Schule als – elterliche Erziehung verstärkende oder ergänzende – Sozialisationsinstanz hatte für Kaupen dann v.a. hinsichtlich der Prägekraft von Schultypen (humanistische Gymnasien!) Einfluss auf die Wahl des Studienfachs und des Berufs sowie auf Examensnoten, beruflichen Erfolg und konservative Einstellungen. So würden bereits in der Schulzeit die Weichen für die wenig »instrumentelle« juristische Berufswahl und die formale juristische Textauslegung, für ein vergangenheitsorientiertes, geschlossenes Weltbild und eine Orientierung am vermeintlich Bewährten gelegt und gefestigt, die Kaupen dann anhand von Studierendenbefragungen zu Berufs- und Lebenszielen, Lebensführung, Interessen und Einstellung sowie Mitgliedschaft in Studentenverbindungen für die weitere Ausbildung – Studium und Referendariat – rekonstruierte. Mit einer abschließenden Kontrastierung der Sozialisation, Einstellungen und Berufserfolge von Justizjurist:innen, Rechtsanwält:innen

und Wirtschaftswissenschaftler:innen zeichnete Kaupen schließlich auch eine stärkere Staatsorientierung der Anwalt:innen nach und untermauerte den Befund des Konservatismus der Jurist:innen, der allerdings bei Justizjurist:innen stärker ausgeprägt sei als bei Wirtschaftsjurist:innen (191).

Die Studie zeichnete die Justizjurist:innen als eine soziale Gruppe, die kein Interesse an Wandel und Veränderung, schon gar nicht an Emanzipation und grundlegender Reform erkennen ließe. Bilanzierend merkte Kaupen in seiner Schlussbetrachtung zu den *Hütern von Recht und Ordnung* an, dass im Zentrum seiner Studie nicht das Komparative oder die Bedeutung der sozialen Organisation der Justiz stand, sondern »die Sozialisierung der Person im Elternhaus« (215). Das auf der Grundlage dieser Betrachtungsweise gewonnene Psycho- und Soziogramm zeigte, dass Justizjurist:innen weit überwiegend Familien entstammten, in denen auf »normative Verhaltenskontrolle« (216) und »Konformismus« hin erzogen wurde. Kurzum: Justizjurist:innen sind die Anti-Modernist:innen in einer Gesellschaft des Aufbruchs (vgl. auch Kaupen/Rasehorn 1971). Strukturfunktionalistisch und modernisierungstheoretisch gedacht, fiel die juristische Oberschicht der Richter:innen und Staatsanwält:innen aus der Zeit.

Kaupens Dissertation *Die Hüter von Recht und Ordnung* fand ihre Fortsetzung in der Monographie *Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie. Ein empirischer Beitrag zur Soziologie der deutschen Justizjuristen*. Hierfür werteten Kaupen und Rasehorn (1971) die Befragungen von Rechtsanwält:innen und Justizjurist:innen des oben genannten Forschungsprojektes tiefergehend aus, um die »sozial-kulturelle Standortgebundenheit« (Kaupen/Rasehorn 1971: 13) und eine damit korrespondierende »Ideologiefälligkeit« von Justizjurist:innen anhand der beruflichen Spezialisierung, Einstellungen und Aufstiegsmöglichkeiten von Rechtsanwält:innen, Staatsanwält:innen und Richter:innen zu rekonstruieren. Der Vergleich von Rechtsanwält:innen und Justizjurist:innen wurde vor allem durch einen deutsch-amerikanischen Vergleich von Rechtsberufen durch Rüchemeyer motiviert. Rüchemeyer stellte bei Anwalt:innen eine stärkere Marktorientierung fest, sowie eine stärkere Orientierung deutscher Jurist:innen an der staatlichen Obrigkeit (23 f.).

Auch diese Analyse startete mit der Rekonstruktion offener gegenüber geschlossenen und konservativen Erziehungseinflüssen (anhand der Indikatoren Größe des Herkunftsortes, Konfession, Vaterberuf) auf die Entscheidung für eine Justizlaufbahn. Das Ergebnis lautete, dass die Sozialisation in einer katholischen Beamtenfamilie auf dem Lande die Entscheidung für die Justiz offenbar förderte. Im Weiteren wurden Einstellungen von Justizjurist:innen und Rechtsanwält:innen verglichen, um nicht nur den Konservatismus der sozialen Herkunft, sondern auch der Mentalität der in der Justiz tätigen Jurist:innen zu demonstrieren

– der Mentalität eines gelebten Konservatismus und einer Orientierung an staatliche Ordnung stabilisierenden Gesellschaftsschichten. Zugleich zeigten die Studien eine im Vergleich dazu größere Aufgeschlossenheit von Rechtsanwält:innen gegenüber Akteuren und Anforderungen einer modernen Wirtschaftsgesellschaft (36).

Der Kern der Studie widmete sich dann der Sozialisation, den Mentalitäten und Aufstiegswegen von Justizjurist:innen und verglich dabei Richter:innen und Staatsanwält:innen, Straf- und Zivilrichter:innen sowie Amts- und Landrichter:innen. Gerahmt wurde die empirische Analyse durch eine kurze historische Rekonstruktion der Aufgaben und der Autonomie von Richter:innen und Staatsanwält:innen. Ersteren wurde trotz formaler Unabhängigkeit ein lange stabiles »subalterne[s], obrigkeitliche[s] Bewußtsein[s]«, gemischt mit einer angesichts stagnierender Besoldung wachsenden Staatsverdrossenheit (46), attestiert. Staatsanwält:innen seien aufgrund ihrer Weisungsgebundenheit noch stärker in die staatliche Bürokratie integriert, was im Widerspruch zur gemeinsamen Ausbildung mit Richter:innen steht und in einer allgemeinen »»Standortlosigkeit« der Staatsanwaltschaft« (51) münde. Im Vergleich zeigten sich Staatsanwält:innen häufiger durch ein konservatives Herkunftsmilieu geprägt, gemessen an der Schichtzugehörigkeit des Vaters (als konservativ orientiert beschriebene Mittelschicht), des Vaterberufs (Beamte), der Berufe der Freunde (staatsnah) sowie der Konfession (katholisch) und des besuchten Schultyps (humanistisches Gymnasium). Im Weiteren werden Unterschiede zwischen Richter:innen und Staatsanwält:innen weniger eindeutig hinsichtlich allgemeiner beruflicher Werte als insbesondere mit Blick auf Mentalitäten und Gesellschaftsbilder festgestellt, mit einer stärkeren Befürwortung der Staatsanwält:innen von härteren Strafen zur Kriminalitätsbekämpfung, der häufigeren hohen Statuszuweisung gegenüber leitenden Beamten, der häufigeren Zustimmung zur Funktion von Jurist:innen, Bestehendes zu bewahren, und zur stärkeren Berücksichtigung juristischer oder wirtschaftswissenschaftlicher Inhalte in der Ausbildung. Hinsichtlich der Zufriedenheit mit der Berufswahl, mit dem Ansehen und hinsichtlich der Arbeitsbelastung zeigte sich ein stärkeres Gefälle zugunsten der Richter:innen, die zufriedener sind und mit der Arbeitsbelastung besser zurechtkommen.

Der Vergleich der Straf- und Zivilrichter:innen vermutete wiederum eine stärkere konservative Prägung in Herkunft und Mentalität bei Strafrichter:innen, während Zivilrichter:innen »eher das offene Wettbewerbskonzept einer modernen Wirtschaftsgesellschaft anerkennen« (87). Die Analyse konzentrierte sich aufgrund der Annahme, dass mit fortschreitendem Berufsalter der Schwerpunkt eher selbst gewählt werden kann, auf die Altersgruppe ab 50 Jahren, und beobachtete dort wiederum eine stärker konservative Herkunft, jedoch keine eindeutig konservativeren Welt- und Gesellschaftsbilder von Strafrichter:innen.

Besonders interessant hinsichtlich der Integration in einen konservativen Herkunftskontext und einer obrigkeitsstaatlichen Orientierung ist der Vergleich zwischen Amts- und Landrichter:innen. Für Letztere sei aufgrund der Laufbahn, der Einbindung in Spruchkörper und der Nähe zur Gerichtsleitung eine stärkere Integration in den »Justizapparat« zu erwarten, während Amtsrichter:innen eine größere räumliche und soziale Distanz zu diesem, und eine größere »Autonomie gegenüber dem bürokratischen Apparat« (102) erleben. Statt der Nähe zu Justizverwaltung und Präsidium erlebten Amtsrichter:innen durch die inhaltliche Befassung mit Strafrecht und anwaltsfrei verhandelten Bagatelldelikten eine »größere Verbundenheit zum »täglichen Leben«; »[A]n die Stelle der organisatorischen und kollegialen Kontrollen bei den Amtsrichtern tritt häufiger die soziale Kontrolle von Seiten der Bürgern in der Klein- und Mittelstadt, in der die Amtsgerichte in der Regel angesiedelt sind« (103). Damit einher ginge eine stärkere Orientierung an den lokalen Gegebenheiten, während Landrichter:innen Abweichungen vom Gesetzestext kritischer beurteilten. Diese Autonomie trat allerdings eher spät in der Laufbahn auf; die befragten Amtsrichter:innen waren deutlich älter als die Richter:innen an Landgerichten. Daraus folgte die Erwartung eines größeren Dogmatismus der Richter:innen an den Landgerichten, allerdings ergab der Vergleich der sozialen Herkunftsvariablen, der Wertorientierungen, Welt- und Gesellschaftsbilder kein eindeutiges Bild; allenfalls eine bewahrende Funktion der Juristen wurde von Amtsrichter:innen häufiger befürwortet.

In Bezug auf die Aufstiegschancen der Richter:innen differenzierten Kaupen und Rasehorn zwischen dem ersten und dem zweiten Staatsexamen mit der Annahme, das zweite Staatsexamen bewerte stärker »die Anpassung an die praktischen Bedürfnisse der Justiz« (128) und an »die bürokratische Organisation der Justizverwaltung« (129). Ein erfolgreiches zweites Staatsexamen erhöhte zumindest die Beförderungswahrscheinlichkeit, und wurde begünstigt durch die Herkunft aus einer Beamtenfamilie, aber nicht durch andere Indikatoren einer konservativen Herkunft und Einstellung, sondern durch eine stärkere Orientierung an universalistischen Leistungskriterien. Letztere sowie eine Herkunft aus der Oberschicht kennzeichneten zudem überdurchschnittlich häufig beförderte Richter:innen, wobei jüngere Beförderte teils stärker konservative Haltungen ausdrückten (in der Zustimmung zur Priorisierung von Ordnung vor Gerechtigkeit sowie zur bewahrenden Funktion von Jurist:innen).

Im Generationenvergleich zeigten sich schließlich geringere – nach Auffassung von Kaupen und Rasehorn – konservative Sozialisationsinflüsse auf die unter 45-jährigen Richter:innen, aber zugleich erkannten die Autoren auch eine besonders konservative Gruppe von Richter:innen im mittleren Alter zwischen 45 und 55 Jahren. Einen schnellen Wandel im Zuge der Generationenfolge der in der Justiz dominierenden

Orientierungen erwarteten Kaupen und Rasehorn dennoch nicht: Aufgrund der mit Blick auf gesellschaftliche Modernisierungs- und Demokratisierungsprozesse nach ihrer Auffassung besonders ›rückständigen‹ Justiz (181) wirken insbesondere (Selbst-)Rekrutierungsmechanismen und zu erwartende justizspezifische Sozialisierungen der Jüngeren als hemmende bzw. bremsende Faktoren.

Die Justiz schien aus Sicht von Kaupen und Rasehorn unbeweglich zu sein; Veränderung konnten sie sich nur schwer vorstellen. So gingen sie davon aus, dass progressivere Kräfte innerhalb der Justiz selbst im Generationenwandel zunehmend isoliert würden. Die Isolation und die Einhegung des Wandels gelang – so ihre Auffassung – »am leichtesten durch Abschieben auf eine Amtsrichterstelle« (198). Vor diesem Hintergrund bewerten die Autoren auch Justizreformen der 1960er Jahre und die Möglichkeit von umfassenderen Veränderungen der Justiz und ihres Verhältnisses zu einer dynamischen, demokratischen Gesellschaft mindestens skeptisch. Die Zukunft verhieß wenig Veränderung: »Wahrscheinlicher ist es, daß bis dahin bei der Justizstruktur und der Mentalität der Justizjuristen nur geringe Änderungen eintreten werden. Auch die jungen Justizjuristen, die also nach 1980 das Rückgrat der Justiz bilden werden, rekrutieren sich aus den gleichen Schichten wie die heute über 50jährigen. [...] Bemerkenswert bleibt der starke Einfluß eines starren autoritären Apparats, der für seine Führung zwar teilweise technisch rationale Juristen, aber gerade solche mit betont konservativer Immobilität aus sucht und vorwiegend solche Richter befördert, die zwar das Leistungsprinzip bejahen, aber gesellschaftlich nicht aufgeschlossen sind (juristische ›Fachidioten‹), er dagegen gute Justizjuristen in die Frustration weist. [...] Das bedeutet, daß die Justiz bei dem zu erwartenden schnellen Fortschreiten der Gesellschaft immer mehr in Rückstand geraten und damit immer weniger offene und aufgeschlossene Personen anziehen wird. Es fragt sich allerdings, ob diese Justiz in der demokratischen Gesellschaft der achtziger Jahre ihrer Funktion und ihrer Wirksamkeit nach noch einen Platz haben wird.« (206 f.) Mit dieser umfassenden, über die Sozialisation und Einstellungen der Justizjuristen hinausgehenden Diagnose einer sich verstärkenden Rückständigkeit und Modernisierungsresistenz der Justiz bot die Folgestudie von Kaupen und Rasehorn nicht weniger Provokationspotenzial als *Die Hüter von Recht und Ordnung*.

4. Rezeption, Wirkung und Diskussion

Die ›Kaupen-Studie‹ war zweifelsohne wirkungsvoll – doch in sehr verschiedener Hinsicht. Zum einen öffnete sie in den späten 1960er Jahren das Feld der Justizsoziologie, das in der Folgezeit zumindest in den 1970er und mit abnehmender Tendenz in den 1980er Jahren beackert

wurde. Zu nennen sind hier insbesondere die Arbeiten von Erhard Blankenburg, Rüdiger Lautmann, Theo Rasehorn, Hubert Rottleuthner und Raymund Werle. Diese Arbeiten gingen über die hier behandelten Schlüsselwerke hinaus, indem sie die organisationalen Einflüsse auf juristische Selbstverständnisse konkretisierten (Werle 1977), oder Einflüsse auf richterliche Entscheidungen rekonstruierten (Lautmann 2011 (1972); Rottleuthner 1984), wobei insbesondere Hubert Rottleuthner (1982) »für eine Rechtssoziologie mit mehr Recht« im Sinne einer empirischen Untersuchung von richterlichen Entscheidungen eintrat. Noch näher an die Justizpraxis kam dann das Nachwirken eines unveröffentlichten, von Kaupen mitverfassten Gutachtens des Kölner Arbeitskreises für Rechtssoziologie in einer Strukturanalyse der Rechtspflege des Bundesjustizministeriums ab 1986 durch Dieter Stempel heran (Stempel 2002; Rasehorn 2001). Die mit der »Kaupen-Studie« initiierte Justizforschung setzte somit einen kritischen Akzent zum Zustand der Justiz in den bundesrepublikanischen Nachkriegsjahrzehnten und wies auf die Notwendigkeit der Modernisierung und Demokratisierung der Justiz hin. Nicht ohne Grund gilt sie noch heute als Maßstab für justizsoziologische Fragen. In dieser Hinsicht hat sich Kaupen als Justizsoziologe bleibende Verdienste erworben, zumal er das Thema der Modernisierung der Justiz mit der Frage des Personals verknüpft hatte. Gesellschaftsbilder und herkunftsgeprägte Mentalitäten der Justizjurist:innen wurden zum Thema – und damit auch Gegenstand einer breiteren Diskussion über die personellen Grundlagen des Rechtsstaats.

Zum anderen erschwerte die Kaupen-Studie in ihrem Gestus kausaler Herleitungen von Einstellungen und Orientierungen der Jurist:innen sowohl den fachwissenschaftlichen Austausch zwischen Sozial- und Rechtswissenschaften und erzeugte insbesondere ein nicht unerhebliches Maß an Skepsis auf Seiten der Richter:innen; Kaupen selbst berichtete von »kopfschüttelnde[m] Unverständnis und heftige[r] emotionale[r] Ablehnung« (1973: 105). Diese Skepsis unter den Jurist:innen verwundet nicht. So wurden sie in der »Kaupen-Studie« einerseits ihrer geistigen Provinzialität und ihrer sozialkulturellen Verspätung geziehen. Zudem mussten sie noch mit dem Vorwurf leben, »geschmeidig« gegenüber den Zeitläuften zu sein. Die damalige Reaktion der Justiz auf die Kaupen-Studie könnte man als Abwehrreflex gegen unbequeme Wahrheiten deuten – und das spielte in der Rezeption der Studie sicher auch eine Rolle.

Zugleich war die Botschaft der Studie von einem so simplen Determinismus geprägt, dass es jedem Abwehrreflex auch leicht gemacht wurde. Denn das Bild, das die Kaupen'sche Justizsoziologie bietet, ist eindimensional und wenig schmeichelhaft: Wer katholischer Konfession ist, auf dem Dorf oder in der Kleinstadt groß geworden ist und zudem noch einen Beamten als Vater hat, muss folgerichtig konservativ und modernisierungsfeindlich oder zumindest -resistent sein. Der Herkunfts- und

Sozialisationsdeterminismus sowie die Rekrutierungs- und Beförderungsmechanismen der Justiz lassen Veränderungen nicht zu. Dieses empirisch unterkomplexe und theoretisch unzureichende Bild musste in einer Justiz auf Widerstand stoßen, die sich wie alle anderen gesellschaftlichen und staatlichen Felder durch Generationenwandel, Bildungsexpansion und kulturellem Wandel herausgefordert sah.

Insofern öffnete Wolfgang Kaupen mit seinen Bemühungen um die Etablierung der Justizsoziologie die Tür für eine kritische Analyse von Rechtsstaat und Rechtswesen – und warf sie zugleich wieder zu: Nach einer Veranstaltung zur Justizforschung von Lautmann und Kaupen im Jahr 1972 seien »Rechtssoziologen (nie mehr) zu einem Juristentag eingeladen worden« (Rasehorn 2002: 17). Die Studien Kaupens bzw. seines justizsoziologischen Umfelds der 1970er Jahre als Vertreter der *Neuen Rechtssoziologie* (Rasehorn 2002) hatten daher keine nachhaltige Wirkung – zumindest insofern nicht, da sie auf längere Sicht betrachtet nicht zur Etablierung einer empirisch gestützten Rechts- oder Justizsoziologie beitragen konnten. Der seit rund vier Jahrzehnten beklagenswerte Zustand der Soziologie des Rechtsstaats und seiner Akteure ist auch Ausdruck der nach wie vor bestehenden Distanz zwischen Sozialforschung und Rechtswesen. Und so ist es vielleicht kein Zufall, dass – von Ausnahmen abgesehen (Böning 2017; Apitzsch/Vogel 2020; Dies. 2021; Vogel 2022) –, die Rechts- und Justizsoziologie bis zum heutigen Tag eine Domäne der Jurist:innen geblieben ist.

Lesehinweise

Kaupen, Wolfgang/Rasehorn, Theo (1971): *Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie. Ein empirischer Beitrag zur Soziologie der deutschen Justizjuristen*, Neuwied a. Rh.: Luchterhand.

Kaupen, Wolfgang (1971 (1969)): *Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen. Eine soziologische Analyse*. Neuwied a. Rh.: Luchterhand.

Stempel, Dieter/Rasehorn, Theo (2002): *Empirische Rechtssoziologie: Gedenschrift für Wolfgang Kaupen*. Baden-Baden: Nomos.

Literatur

Apitzsch, Birgit/Vogel, Berthold (2020): *Arbeiten am demokratischen Rechtsstaat, nicht am Abgrund. Eine soziologische Bestandsaufnahme von Arbeitssituation, Amtsethos und institutioneller Kultur in der Justiz*, Göttingen: Soziologisches Forschungsinstitut Göttingen (SOFI).

Apitzsch, Birgit/Vogel, Berthold (2021): *Zwischen Rampenlicht und*

- Unsichtbarkeit. Öffentliche und professionsinterne Herausforderungen an die staatsanwaltschaftliche Tätigkeit, in: Anders, Ralf P./Graalmann-Scheerer, Kirsten/Schady, Jan Henrik (Hg.), *Innovative Entwicklungen in den deutschen Staatsanwaltschaften. Aufgaben und Zukunft der Staatsanwaltschaft im gesellschaftlichen Wandel*, Wiesbaden: Springer VS, 33–52.
- Böning, Anja (2017): »Gleiches Recht für alle? Juristische Profession und soziale Herkunft«, in: Brockmann, Judith/Pilniok, Arne (Hg.), *Die juristische Profession und das Jurastudium*. Baden-Baden: Nomos, 59–83.
- Bund Demokratischer Wissenschaftler (1973): »Anatomie einer Fakultätsentscheidung Dokumentation zum Fall ›Kaupen/Scheuch‹«, in: *Kritische Justiz* 6 (1), 81–89.
- Dahrendorf, Ralf (1961): »Deutsche Richter. Ein Beitrag zur Soziologie der Oberschicht«, in: Ders., *Gesellschaft und Freiheit. Zur soziologischen Analyse der Gegenwart*, München: Piper, 176–196.
- Enck, Paul/Rausch, Karin (1982): »Wolfgang Kaupen 30.3.1936–30.5.1981 – sein Leben und seine Arbeit. Eine vollständige Bibliografie der Schriften Wolfgang Kaupens«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 3 (1), 194–199.
- Humell, Hans-Joachim/Kaupen-Haas, Heidrun/Kaupen, Wolfgang (1968): »Die Überweisung von Patienten als Bestandteil des ärztlichen Interaktionssystems«, in: Kaupen-Haas, Heidrun (Hg.), *Soziologische Probleme medizinischer Berufe*, Köln: Westdeutscher Verlag, 139–162.
- Kaupen, Wolfgang (1966a): »Naturrecht und Rechtspositivismus – ein soziologischer Versuch«. *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 18, 113–130.
- Kaupen, Wolfgang (1966b): »Zur Soziologie der deutschen Juristen«, in: *Deutsche Richterzeitung* 44, 373–375.
- Kaupen, Wolfgang (1968): »Rechtssoziologie in Deutschland«, in: *Recht und Politik* 4, 115–120.
- Kaupen, Wolfgang (1971 (1969)): *Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen. Eine soziologische Analyse*. Neuwied a. Rh.: Luchterhand.
- Kaupen, Wolfgang (1973): »Die Hüter von Recht und Ordnung«, in: *Kritische Justiz* 1, 105–107.
- Kaupen, Wolfgang/Rasehorn, Theo (1971): *Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie. Ein empirischer Beitrag zur Soziologie der deutschen Justizjuristen*, Neuwied a. Rh.: Luchterhand.
- Kaupen, Wolfgang/König, René (2020 (1967)): »Ideologie und Recht, Soziologische Anmerkung zum Thema«, in: König, René (Hg.), *Materialien zur Rechtssoziologie*. Wiesbaden: Springer, 39–55.
- Kaupen-Haas, Heidrun/Kaupen, Wolfgang (1964): »Der Einfluß gesellschaftlicher Wertvorstellungen auf die Struktur der deutschen Studentenschaft«, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 16, 125–140.
- Lautmann, Rüdiger (2011 (1972)): *Justiz – die stille Gewalt: teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse*, Wiesbaden: Springer.

- Rasehorn, Theo (2001): »Die Sektion Rechtssoziologie ist kein Max-Planck-Institut! Gesellschafts- und forschungspolitische Anmerkungen«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2, 281–291.
- Rasehorn, Theo (2002): »Wolfgang Kaupen und die deutsche Rechtssoziologie: Aufstieg und Niedergang«, in: Strempel, Dieter/Rasehorn, Theo (Hg.), *Empirische Rechtssoziologie: Gedenkschrift für Wolfgang Kaupen*, Baden-Baden: Nomos, 15–41.
- Rottleuthner, Hubert (2002): »Der flexible Jurist«, in: Strempel, Dieter/Rasehorn, Theo (Hg.), *Empirische Rechtssoziologie: Gedenkschrift für Wolfgang Kaupen*, Baden-Baden: Nomos Verlag, 51–73.
- Rottleuthner, Hubert (1982): »Abschied von der Justizforschung? Für eine Rechtssoziologie ›mit mehr Recht‹«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1, 82–119.
- Rottleuthner, Hubert (1984): *Rechtssoziologische Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden: Nomos.
- Strempel, Dieter (2002): »Die Umsetzung Kaupenscher Gedanken in der ›Strukturanalyse der Rechtspflege (SAR)‹ des Bundesministeriums für Justiz«, in: Strempel, Dieter/Rasehorn, Theo (Hg.), *Empirische Rechtssoziologie: Gedenkschrift für Wolfgang Kaupen*, Baden-Baden: Nomos, 73–80.
- Vogel, Berthold (2022): »›Die Hüter von Recht und Ordnung‹. Die Kaupen-Studie im Lichte neuer justizsoziologischer Befunde«, in: *Mittelweg* 36 5, 101–118.
- Werle, Raymund (1977): *Justizorganisation und Selbstverständnis der Richter: eine empirische Untersuchung*, Kronberg/Ts.: Athenäum.
- Wrase, Michael (2006): »Rechtssoziologie und Law and Society – Die deutsche Rechtssoziologie zwischen Krise und Neuaufbruch«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2, 289–312.

Niklas Luhmann: Legitimation durch Verfahren

1. Leben, Werk, Kontext

Niklas Luhmann (1927–1998) studierte von 1946–1949 Rechtswissenschaften in Freiburg und arbeitete danach zunächst als Jurist (vgl. dazu und zum Folgenden ausführlicher Baecker 2012: 1 ff.; siehe auch den Eintrag zu Person und Werk von Rudolf Stichweh im Niklas Luhmann-Archiv sowie den Wikipedia-Eintrag zu Luhmann). Während seiner Tätigkeit als Referent im Niedersächsischen Kultusministerium (1956–1962) nutzte er die Weiterbildungsmöglichkeit im Rahmen eines Stipendiums für deutsche Beamte zu einem einjährigen Studienaufenthalt an der Graduate School of Public Administration (GSPA) der Harvard University. Dort nahm er Kontakt zu Talcott Parsons auf, mit dessen Systemtheorie er sich schon länger auseinandersetzte und die zu einem wesentlichen Bezugspunkt für die Entwicklung seiner eigenen Version der Systemtheorie wurde. Im Anschluss an seinen Aufenthalt in Harvard als Referent am Forschungsinstitut der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer tätig (1962–1965), übernahm Luhmann 1965 die Position eines Abteilungsleiters an der Sozialforschungsstelle der Universität Münster. 1966 wurde er an der Universität Münster sowohl zum Doktor der Sozialwissenschaften promoviert (mit der 1966 publizierten Schrift »Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung«) als auch für das Fach Soziologie habilitiert (mit dem bereits 1964 veröffentlichten Werk »Funktionen und Folgen formaler Organisationen«). 1968 folgte er dem Ruf auf die Professur für Soziologie an der gerade neu gegründeten Universität Bielefeld, die er bis zu seiner Emeritierung im Jahr 1993 innehatte.

Noch vor der Aufnahme seiner Lehrtätigkeit in Bielefeld, die erst im Wintersemester 1969/70 begann, vertrat Luhmann im Wintersemester 1968/69 den soziologischen Anteil der Professur von Theodor W. Adorno in Frankfurt am Main. Vermutlich 1969/70 kam er in engeren Kontakt mit Jürgen Habermas. Die daraus entstandene »Habermas-Luhmann-Kontroverse« wurde in dem 1971 von Habermas und Luhmann gemeinsam publizierten Band *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?* dokumentiert. Diese Kontroverse, die vielen als Fortsetzung des von Adorno und Popper ausgelösten ›Positivismusstreits‹ in der deutschen Soziologie der 1960er Jahre

erschien, war für die Theoriediskussion in der deutschen Soziologie der 1970er Jahre von prägender Bedeutung und beeinflusste auch die Rezeption von *Legitimation durch Verfahren*. Erst durch diese Kontroverse wurde Luhmann einem breiteren Publikum bekannt. Während Habermas, auf den der Titel des Bandes zurückgeht, für sich – in Fortführung der Frankfurter Tradition – die Position einer *kritischen* Theorie der Gesellschaft beanspruchte, schrieb er Luhmanns Position »die uneingestandene Verpflichtung der Theorie auf herrschaftskonforme Fragestellungen, auf die Apologie des Bestehenden um seiner Bestandserhaltung willen« zu (so Habermas 1971: 170; vgl. dazu auch Luhmanns Entgegnung in Luhmann 1971: 402. In der Polarisierung der damaligen Theoriedebatte entlang der Unterscheidung herrschaftskritisch versus herrschaftskonform, die in der marxistisch inspirierten Studentenbewegung einen verstärkenden Resonanzraum fand, war Luhmann damit die Seite des Apologeten der herrschenden Ordnung zugewiesen und so eine Einschätzung von Luhmanns Systemtheorie etabliert, die bis in die Gegenwart nachwirkt. Luhmanns Systembegriff, der gerade in kritischer Distanzierung gegenüber dem »herrschende[n] kausalwissenschaftliche[n] Funktionalismus«, und insbesondere anders als Parsons in dessen strukturfunktionalistischer Version der Systemtheorie, die Reproduktion sozialer Systeme ausdrücklich nicht an die Bewirkung der Erhaltung *bestehender Strukturen bestimmter Ausprägung* bindet, sondern im Gegenteil darauf insistiert, dass Systeme die Möglichkeit der (und sei es revolutionären) Transformation ihrer Strukturen nutzen können, um veränderten Umweltbedingungen Rechnung zu tragen (vgl. Luhmann 1970 (1962): 18 f.), steht dazu jedoch in offensichtlichem Gegensatz. Habermas versuchte deshalb in einer detaillierten Auseinandersetzung zu zeigen, dass Luhmanns Systembegriff an inneren Widersprüchen scheitern müsse (vgl. Habermas 1971: 152 ff. sowie Luhmanns Entgegnung in Luhmann 1971: 297 ff. Diese Kontroverse war für die soziologische Theoriediskussion ebenso lehr- wie folgenreich. Ihre nachhaltige Resonanz ist u.a. durch zwei unmittelbar anschließende Supplementbände dazu mit Beiträgen zahlreicher weiterer Autoren dokumentiert. Die Publikation des Habermas/Luhmann-Bandes von 1971 in englischer Sprache, an der sich die Columbia University Press interessiert gezeigt habe, sei aber von Jürgen Habermas abgelehnt worden (so Baecker 2012: 2).

Luhmann ist einer der produktivsten und einflussreichsten Soziologen des 20. Jahrhunderts. Sein Werk fand weit über die Grenzen der Soziologie hinaus Aufmerksamkeit und Resonanz. Der Schwerpunkt, um den es sich gruppiert, ist die Theorie der Gesellschaft, die Luhmann bereits bei Beginn seiner Arbeit an der Universität Bielefeld gegenüber der Fakultät als Projekt angab (»Laufzeit: 30 Jahre; Kosten: keine«; vgl. Luhmann 1997: 11). Erstaunlicherweise liegt diese Gesellschaftstheorie nun in zwei vollständig ausgearbeiteten Versionen vor: in der von

Luhmann selbst publizierten Spätfassung *Die Gesellschaft der Gesellschaft* (1997) und einer erst aus seinem Nachlass veröffentlichten Fassung, die Luhmann bereits 1975 fertiggestellt hatte (*Systemtheorie der Gesellschaft*, 2017). 1984 erschien der Band *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, der ursprünglich als Einleitungskapitel seiner Gesellschaftstheorie von 1997 geplant war (so Luhmann 1997: 11). Mit diesem Werk vollzieht Luhmann die ›autopoietische Wende‹ von der Vorstellung *umweltoffener* zum Konzept *operativ geschlossener* Systeme. Luhmann charakterisiert die moderne Gesellschaft als Pluralität von Teilsystemen, deren jedes auf die Erfüllung einer bestimmten gesellschaftlichen Funktion spezialisiert ist. In Erfüllung seines gesellschaftstheoretischen Forschungsprogramms schrieb er im Anschluss an die ›autopoietische Wende‹ eine Serie von Monographien, die jeweils ein Funktionssystem behandelten. Publiziert wurden Untersuchungen zu den Funktionssystemen Wirtschaft, Wissenschaft, Recht, Massenmedien, Kunst, Religion, Erziehung; einige davon erschienen erst posthum. Zu manchen Funktionssystemen (so etwa zu Erziehung, Religion, Politik und Recht) liegen darüber hinaus aus der ›vorautopoietischen Phase‹ stammende Buchveröffentlichungen vor. Die historische Durchsetzung der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft wird begleitet von der Bildung von Organisationen, die sich typisch bestimmten Funktionssystemen primär zuordnen; der Untersuchung dieses Systemtyps sind insbesondere die Bücher *Funktionen und Folgen formaler Organisationen* (1964) sowie *Organisation und Entscheidung* (2000) gewidmet. Unter dem Titel *Gesellschaftsstruktur und Semantik* (Bände 1–4) hat Luhmann Texte veröffentlicht, die untersuchen, in welchen Formen der begleitenden Reflexion auf der Ebene der gepflegten semantischen Tradition der historische Umbruch zur funktional differenzierten Gesellschaft seinen Niederschlag gefunden hat. Schließlich sei noch die Reihe *Soziologische Aufklärung* (Bände 1–6) erwähnt; die darin gesammelten Texte Luhmanns erstrecken sich über alle Bereiche und Stadien der Entwicklung seiner Theorie.

2. Legitimation durch Verfahren

Wie schon Émile Durkheim in seinem Buch über die soziale Arbeitsteilung (vgl. den Beitrag von Schweitzer in diesem Band) thematisiert auch Luhmann in *Legitimation durch Verfahren* (LdV, 1983/1969) die Rolle des Rechts im Kontext der Theorie gesellschaftlicher Differenzierung. Dabei weicht er jedoch in einer grundlegenden Hinsicht von Durkheim ab. Durkheim begreift die Ausprägung des Rechts generell als Indikator für die Form der *moralischen Integration* der Gesellschaft, die sich mit wachsender arbeitsteiliger Differenzierung von »mechanischer« zu

»organischer Solidarität« wandle und sich niederschlage in der zurücktretenden Bedeutung des religiös verankerten »repressiven Rechts« zugunsten des immer mehr dominierenden »restitutiven Rechts«, dessen Kern Durkheim im Vertragsrecht und dessen primäre Funktion er in der *Koordination der sozialen Arbeitsteilung* sieht (vgl. Durkheim 1977). In der Annahme, dass das Recht auch in der modernen Gesellschaft seine interne Verbindung mit einer es legitimierenden Moral behalte, sondern nur deren Form sich ändere, folgt ihm eine prominente Traditionslinie der soziologischen Theoriebildung, zu deren bekanntesten Vertretern Parsons und Habermas gehören. Luhmann optiert hier anders. Er geht davon aus, dass mit der Ablösung von Religion und geheiligter Tradition das Recht auch seine Verankerung in einer gesamtgesellschaftlich anerkannten Moral verliert (145). Auch die Versuche, Rechtsnormen auf ein unveränderliches Natur- und schließlich Vernunftrecht zurückzuführen und so aus *politikexternen* Quellen zu legitimieren, seien gescheitert (146 ff.). Stattdessen könne die Legitimation positiven Rechts nur noch mit den *internen Mitteln des politischen Systems* erfolgen.

Den Grund für den Zerfall invariant erscheinender Legitimationsgrundlagen sieht Luhmann in dem raschen Anwachsen des Umfangs staatlicher Regulierung durch Rechtssetzung, der unter den Bedingungen der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft erforderlich und durch ein über die dazu nötige Macht verfügendes politisches System ermöglicht wird. Nicht nur der aus gesellschaftlicher Arbeitsteilung entstehende Koordinationsbedarf, wie noch bei Durkheim, sondern die allgemeine »Überlastung mit zu hoher Komplexität«, die aus der Durchsetzung funktionaler Differenzierung folgt, ist das Generalproblem, das letztlich nur durch die Positivierung des Rechts gelöst werden kann (Luhmann 1981b (1970): 130). *Positivierung* des Rechts bedeutet, wie Luhmann in scharfer Zuspitzung formuliert, »*Institutionalisierung der Beliebigkeit von Rechtsänderungen*« (ebd.: 143 f.; Hervorh. i. O.). Die Stabilisierung derartig hoher Variabilität verlangt nach Einrichtungen und Verfahren, die darauf zugeschnitten sind, unter wechselnden Bedingungen immer wieder neu politische Unterstützung für die Änderung (oder Nicht-Änderung trotz Änderungsvorschlägen) von Recht zu mobilisieren und dazu auf gesellschaftliche Einflüsse zu reagieren. Die Beschaffung dieser Unterstützung ist die Funktion von *Parteilpolitik*, die sich dadurch gegenüber der Verwaltung differenziert, sowie von *Wahlen* als Verfahren, in denen politische Unterstützung periodisch getestet und unter Umständen neu verteilt werden kann. Auf diese Weise wird die *Positivierung des Rechts* durch die *Demokratisierung der Politik abgesichert* (vgl. ebd.: 148 f.). Mit der Parteilpolitik und den Parlamenten, der Verwaltung und den Gerichten (die in *LdV* noch dem politischen System zugerechnet werden), sind die *politikintern gegeneinander differenzierten Bereiche* genannt, die legitimationsbedürftige Entscheidungen produzieren. Die

in ihrer Kombination Legitimität erzeugenden *Verfahren*, die diesen Bereichen zugeordnet sind, werden von Luhmann in *LdV* nacheinander behandelt. Im Anschluss an die Erörterung der begrifflichen und theoretischen Grundlagen (Kap. I) werden (1) das Gerichtsverfahren (Kap. II), (2) die Verfahren der politischen Wahl und (3) der Gesetzgebung (Kap. III) sowie (4) die Entscheidungsprozesse der Verwaltung (Kap. IV) untersucht.

Im Zentrum des Buches steht die Frage, wie es möglich ist, für die ständig anfallenden zahllosen Rechtsänderungen sowie für die Anwendung des so erzeugten Rechts durch Verwaltungen und Gerichte *Legitimität* zu erreichen, obwohl doch allein die Menge der dabei anfallenden Entscheidungen es ausschließt, dass irgendjemand dazu in der Lage wäre, deren Inhalt in vollem Umfang auch nur zu kennen. Wie kann angesichts einer derartigen Überfülle an Entscheidungen und der durch sie ausgeschlossenen alternativen Möglichkeiten, das heißt unter den Bedingungen *individuell nicht erfassbarer Komplexität*, Akzeptanz für die Entscheidungen des politischen Systems erzeugt werden?

Zugeschnitten auf diese Bedingungen bestimmt Luhmann Legitimität als »generalisierte Bereitschaft, inhaltlich noch unbestimmte Entscheidungen innerhalb gewisser Toleranzgrenzen hinzunehmen«; knapper formuliert spricht er auch von einem »fast motivlosen Akzeptieren« (28; Hervorh. i. O.). Akzeptieren meint dabei, dass »Betroffene aus welchen Gründen immer die Entscheidung als Prämisse ihres eigenen Verhaltens übernehmen und ihre Erwartungen entsprechend umstrukturieren« (33). *Legitimität* in diesem Sinne ist unabhängig bestimmt von persönlichen Überzeugungen bezüglich der Richtigkeit einer Entscheidung (34) und damit auch unabhängig von rechtfertigenden Kriterien wie etwa religiösen, moralischen, ideologischen oder als sachlich-rational betrachteten Gründen. Manche mögen solche Gründe haben, viele andere nicht. Voraussetzung für diese Form der Akzeptanz sei, dass »die Anerkennung verbindlicher Entscheidungen als Selbstverständlichkeit institutionalisiert« ist, das heißt unterstellt werden kann, dass sie allgemein geltenden Erwartungen entspricht, sodass sie dem Anerkennenden nicht persönlich zugerechnet werden kann und er deshalb keiner besonderen Motive oder Gründe bedarf, sondern es im Gegenteil gerade die Nicht-Anerkennung ist, die allgemeinen Erwartungen zuwider läuft und deshalb nach Gründen verlangt (34; siehe auch 122 f.). Wie aber ist die Institutionalisierung der Erwartung nahezu motivlosen Akzeptierens möglich? Max Weber nennt in seinem Idealtypus der *rational-legalen Herrschaft* als zentrale Grundlage dafür das Bestehen der Überzeugung, dass eine Entscheidung legal, also rechtmäßig zustande gekommen ist (vgl. Weber 1972: Kap. III, §§ 2 u. 3). Legitimität durch Legalität erklärt aber gerade nicht, »wie solche Legitimität der Legalität soziologisch möglich ist« (29). Luhmanns These dazu lautet: durch die verschiedenen dabei eingesetzten *Verfahren*

der Entscheidung. Die Klärung, *wie* die schon oben erwähnten Verfahren, die jeweils als zeitlich befristet ausdifferenzierte Systeme in verschiedenen Teilbereichen des politischen Systems fungieren, dies leisten können, ist das Thema seines Buches.

(1) Untersucht werden zunächst *Gerichtsverfahren* (Kap. II: 57 ff.). Gerichtsverfahren werden durchgeführt als institutionalisierte Konflikte zwischen Prozessparteien, die in verfahrensspezifischen Rollen agieren, darin ihren Interessenkonflikt als Dissens über Tatsachen und Rechtsfragen austragen, und die sich so, motiviert durch die Unsicherheit des Prozessausgangs, an der Transformation des ursprünglichen Konflikts in einen juristischen Fall beteiligen, der vom Richter als neutralem Dritten entschieden wird (103 f.). Die Leistung des Verfahrens sieht Luhmann vor allem darin, dass es den ursprünglichen Anlass der Auseinandersetzung unter Mitwirkung der Konfliktparteien in eine derartig spezifische rechtliche Fassung überführt, dass kaum noch Anknüpfungspunkte zu erkennen sind, die das Interesse unbeteiligter anderer erregen können. Aus einem »Gewaltakt der Bürokratie«, der auch anderen widerfahren kann und gegen den man sich unbedingt wehren muss, werde etwa »eine schwierige Zweifelsfrage aus dem Enteignungsgesetz, zu der entgegengesetzte Gerichtsurteile, aber noch keine höchstrichterlichen Entscheidungen existieren« (116). Durch diese Transformation wird es unwahrscheinlich, dass der Streit noch soziale Resonanz erzeugen und andere zur Solidarisierung mit einem Kläger oder Beklagten veranlassen kann. Blockiert wird so die soziale Generalisierung und damit die mögliche Politisierung des Konflikts (117). In dieser sachlichen und – dadurch vermittelt – sozialen Isolierungsleistung sieht Luhmann die zentrale Funktion des Verfahrens, wenn er notiert: »Funktion des Verfahrens ist mithin die Spezifizierung der Unzufriedenheit und die Zersplitterung und Absorption von Protesten« (116). Dass der Verlierer eines Verfahrens sich durch das Urteil überzeugen lässt, sei nicht zu erwarten. Die Legitimation durch Verfahren besteht also »nicht darin [...], den Betroffenen innerlich zu binden, sondern darin, ihn als Problemquelle zu isolieren und die Sozialordnung von seiner Zustimmung oder Ablehnung unabhängig zu stellen« (121). Damit dies gelingen kann, müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein. Dies sind insbesondere die institutionell gesicherte Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Richter als Schutz des Verfahrens gegen rechtsexterne Einflüsse sowie die Pflicht zur gleichen Behandlung gleicher Fälle (64; 133 f.); die Möglichkeit der öffentlichen Beobachtung durch die Zulassung von Unbeteiligten als Publikum (123 f.); schließlich, dass die gerichtlichen Entscheidungen zugrunde gelegten rechtlichen Programme die wenn-dann-Form von *Konditionalprogrammen* (im Unterschied zu Zweckprogrammen) haben, sodass der Nachweis der Erfüllung eines bestimmten rechtlich normierten Tatbestandes zugleich eine damit gesetzlich verknüpfte Rechtsfolge verlangt (131 ff.).

Die Verantwortung für darüber hinausgehende Auswirkungen der Entscheidung trägt nicht der Richter, sondern der Gesetzgeber. Darauf zielende Kritik kann »nach oben abgeschoben werden« (131). Das Problem der Legitimation wird dann in die Sphäre von politischer Wahl und Gesetzgebung verlagert. *Zweckprogramme* hingegen fixieren nur die zu erreichenden Ziele. Die Auswahlentscheidung zwischen verschiedenen Mitteln und ihren unterschiedlichen Nebenfolgen, die verschiedene Interessen begünstigen oder beeinträchtigen können, bleibt den Werturteilen und der Willkür des Entscheiders überlassen (ebd.). Für deren Abwägung und Akzeptabilität bieten Zweckprogramme keine Kriterien und damit auch keine Legitimationsgrundlage. Aus diesem Grunde drohe bei der Anwendung von *Zweckprogrammen* in Gerichtsverfahren deren Politisierung und Diskreditierung als eigenständiger Quelle von Legitimität (vgl. dazu am Beispiel des chinesischen Rechtssystems Schneider 2017). »Man wird daher vermuten dürfen, dass eine Legitimation durch Verfahren nur in Verbindung mit konditionaler Programmierung des Entscheidens institutionalisiert werden kann« (133; Hervorh. i. O.).

(2) Die Durchsetzung des Prinzips der funktionalen Differenzierung der Gesellschaft steigert gesellschaftliche Komplexität durch die *Vervielfältigung* unterschiedlicher Möglichkeiten des Erlebens und Handelns, die zueinander in Gegensatz geraten und zu Konflikten führen können. Dadurch wächst der Bedarf für die Absorbierung von Konflikten, der durch das politische System mit Hilfe der gestaffelten Verknüpfung von Wahl-, Gesetzgebungs- und Gerichtsverfahren sowie den Entscheidungsprozessen der Verwaltung zu decken ist. Interessengegensätze (die auch aus der Identifikation mit unterschiedlichen Werten resultieren können) müssen dazu aus der gesellschaftlichen Umwelt ins politische System eingespiegelt und dort ausgetragen werden. Das Wahlverfahren fungiert als erste Stufe dieses Prozesses. Dabei müssen gegensätzliche sachliche bzw. personelle Alternativen zur Wahl stehen (161). Interessen werden politisch bedeutsam, indem sie Relevanz erhalten für die Konkurrenz um die Gunst der Wähler. Im Blick auf die Gestaltung des Wahlverfahrens setzt dies voraus, dass die Träger unterschiedlicher Interessen, unabhängig von außerpolitischen Rollenbeziehungen, Abhängigkeiten und sozialen Ungleichheiten, gleichen Zugang zur Wählerrolle haben. Und es erfordert, dass sie ihr Stimmrecht unabhängig, das heißt ohne mit daraus unter Umständen entstehenden Vorteilen oder Sanktionen in anderen Rollenbeziehungen rechnen zu müssen, ausüben können. Ermöglicht wird die Erfüllung dieser Voraussetzungen durch das allgemeine Wahlrecht, die gleiche Gewichtung jeder abgegebenen Stimme und die Isolierung der Wählerrolle gegen andere Rollen durch das Wahlgeheimnis (159 f.; dort in Anschluss an Rokkan 1961). Neben diesen das *Wahlverfahren* selbst betreffenden Anforderungen müssen bestimmte Bedingungen in Hinblick auf dessen *sozialstruktureller Einbettung* erfüllt sein. Insbesondere

dürfen keine verfestigten Spaltungen zwischen ethnisch, ökonomisch, religiös oder soziokulturell definierten Gruppen mit antagonistischen Interessen bestehen, die jedem Wähler einen gegenüber seinen sonstigen Rollen dominierenden Status zuweisen. Denn dann führen Wahlen immer nur zur innerpolitischen Reproduktion dieser Spaltungen. Wahlen degenerieren dadurch zur überraschungslosen Bestätigung der bekannten sozialen Machtverhältnisse und erscheinen so als rituelle Veranstaltungen, die kaum geeignet sind, auch bei Wählern unterlegener Kandidaten und Parteien einen Beitrag zur Legitimation politischer Amtsmacht zu leisten. Unter solchen Voraussetzungen tragen Wahlen eher zur Verhärtung gesellschaftlicher Spaltungen und Konfliktfronten bei und erhöhen die Gefahr einer gewaltsamen Entladung des Konfliktpotentials, statt dessen Kleinarbeitung im politischen System zu ermöglichen. Wahlen können legitimierende Wirkung nur entfalten, wenn die Rollenkombinationen, die auf die einzelnen Wähler entfallen, heterogen und individualisiert sind, ihnen daher keinen über alle Situationen hinweg dominierenden Status zuweisen und dadurch zum Bezugspunkt für die Entwicklung einer Mehrzahl unterschiedlicher rollenspezifischer Interessen werden, deren Inhalt bzw. relative Gewichtung im Zeitablauf variieren kann. Ist diese Voraussetzung erfüllt, können die Wünsche der Wähler kaum vollständig, dauerhaft und ausschließlich durch die Kandidaten bzw. Programme einer bestimmten Partei abgebildet werden. Die invariante Komplettidentifikation großer Wählergruppen mit einer Partei wird dann unwahrscheinlich, die politische Unterstützung von Parteien durch die Wähler wird volatil und unvorhersehbar. Wahlen werden so ergebnisoffen. Zugleich besteht unter diesen Voraussetzungen jeweils die Chance, dass die nächsten Wahlen eine veränderte Verteilung politischer Amtsmacht herbeiführen können, die den Präferenzen derjenigen Wähler, deren Wunschkandidaten bzw. -parteien nicht erfolgreich waren, stärker entspricht. Und für diejenigen, die diese Chance als gering einschätzen, bietet die Wahl die Möglichkeit, die eigene Unzufriedenheit als Protestwähler, der für radikale oder Kleinparteien ohne Aussichten auf die Beeinflussung politischer Entscheidungen votiert, sichtbar zu artikulieren und verfahrenskonform abzureagieren (171). Auch diesen Wählergruppen wird so die Akzeptanz des Wahlergebnisses ermöglicht. Von den Gesichtspunkten der *Ausdifferenzierung* des Wahlverfahrens aus der gesellschaftlichen Umwelt des politischen Systems und seinem Beitrag zur Sicherung der *Legitimität* politischer Entscheidungen zu unterscheiden ist die Frage, in welcher Weise es zur Erzeugung hinreichender *Binnenkomplexität* des politischen Systems beiträgt, die benötigt wird, um fluktuierende gesellschaftliche Anforderungen und Konfliktlagen adäquat bearbeiten zu können. Indem Parteien mit ihren Kandidaten und Programmen um die Übertragung politischer Amtsmacht durch die Wähler konkurrieren, erzeugen sie ein Spektrum von Alternativen,

das auch nach der Wahl durch den Fortbestand der unterlegenen Partei(en) als Opposition weiter erhalten bleibt und so einen Horizont überschüssiger Möglichkeiten generiert, gegen die sich die jeweils getroffenen Entscheidungen profilieren und – im Blick auf die nächste Wahl – als überzeugend bewähren müssen. Die so erreichte Konservierung der mit einer Wahl vorläufig ausgeschlossenen parteibezogenen, personellen und sachprogrammatischen Alternativen ermöglicht die *innerpolitische Stabilisierung hoher Komplexität* als Voraussetzung hinreichender Reaktionsfähigkeit des politischen Systems gegenüber rasch wechselnden Anforderungen der gesellschaftlichen Umwelt. Um die autonome Manövrierfähigkeit des politischen Systems gegenüber dieser Umwelt zu sichern, darf die politische Befriedigung von Interessen der Wählerschaft nicht im Modus des direkten Tausches von Wahlstimme gegen individuell-partikulare Wählerwünsche erfolgen (z.B. als Tausch von Wahlstimmen gegen die Zusage einer Anstellung in der öffentlichen Verwaltung, die Bewilligung von Anträgen oder die Erteilung von Aufträgen der öffentliche Hand an private Betriebe). Denn dies würde politisches Handeln zu eng an spezifische Anforderungen der gesellschaftlichen Umwelt koppeln und ihm durch die Bindung seiner Ressourcen die benötigte Fähigkeit nehmen, flexibel auf unvorhergesehene Probleme und Konflikte zu reagieren. Die Beschränkung der Kommunikationsmöglichkeit in der Rolle des Wählers auf eine Ja/Nein-Entscheidung in der Wahlkabine, die geheime Stimmabgabe und die dadurch aufrechterhaltene Unsicherheit darüber, von welchen ihrer unterschiedlichen Interessen die Wähler sich dabei letztlich leiten lassen, fungieren als verfahrensimmanente Hemmnisse für einen derartig direkten Tausch. Zwischen den Wünschen des Wählerpublikums und getroffenen politischen Entscheidungen wird stattdessen »ein stark generalisiertes Tauschverhältnis« hergestellt, »nämlich durch global gewährte Unterstützung gegen Befriedigung im Großen und Ganzen« (166). Ob hier eine zufriedenstellende Bilanz erreicht worden ist, können die Wähler nur retrospektiv feststellen und bei den nächsten Wahlen quittieren (170). Um die Chancen zukünftigen Wahlerfolgs zu maximieren ist es deshalb für Politiker und Parteien geboten, die veränderlichen Interessen der Wähler kontinuierlich zu sondieren. Als »Orientierungshilfen«, welche die hier gleichwohl fortbestehende Unsicherheit »ins Tragbare abmildern«, dienen »Kontakte mit den Sprechern wichtiger, stimmreicher Interessen« und die »Beachtung von ›Symptomen‹ des mutmaßlichen Wählerwillens wie etwa Nachwahlen, Lokalwahlen, Presseäußerungen, Meinungserhebungen« (165). Die bleibende Ungewissheit der Wiederwahlchancen wird so zum ständig wirkenden Antrieb, die Umwelt der Politik auf fluktuierende Interessenlagen abzutasten, sie in Themen und Entscheidungsalternativen des politischen Systems zu transformieren und so die Konstruktion und Selektion politischer Entscheidungsmöglichkeiten immer wieder neu auf die

unvorhersehbaren Anforderungen einer turbulenten gesellschaftlichen Umwelt einzustellen.

(3) Wahlverfahren erzeugen *generalisierte* politische Unterstützung, basierend auf der Selbstdarstellung von Parteien und Kandidaten, die bestimmte Themen, Werte und Interessen in den Vordergrund stellen. Wahlprogramme erreichen nicht das Konkretionsniveau von Gesetzesentwürfen. Ihre Verbindlichkeit ist zudem dadurch abgeschwächt, dass sie unter dem stillschweigend akzeptierten Vorbehalt erforderlich werdender Koalitionskompromisse sowie unerwartet eintretender Krisenlagen stehen, die völlig neue Prioritäten setzen können (182). Erst in *Gesetzgebungsverfahren* (Kap. III: 174 ff.) wird diese generalisierte Unterstützung in *konkrete politische Entscheidungen* umgemünzt. In dieser Übersetzungsleistung, welche die Binnendifferenzierung des politischen Systems in Parteipolitik einerseits und Verwaltung im weiten Sinne (der auch Parlamente und Gerichte einschließt, 184) andererseits überbrückt, besteht die Funktion dieses Verfahrenstyps, der zugleich parteipolitisch beeinflussbar ist und formal verbindliche Entscheidungen erzeugt, mit denen die Verwaltung programmiert wird (183 f.). Luhmann hebt hervor, dass der Prozess der *faktischen Herstellung* solcher Entscheidungen sich zur Erzeugung der nötigen Zustimmung unter den Abgeordneten auf latent bleibende und potenziell legitimitätsbeeinträchtigende Mechanismen (Entscheidungsverlagerung in informelle Gruppen; Arbeit mit Pressionen und Tauschangeboten) stützen *must*, die gegenüber seiner *offiziellen Darstellung* als Ergebnis einer deliberierenden und dann durch Mehrheit entscheidenden parlamentarischen Versammlung erheblich abweicht. Die Funktion der Differenzierung zwischen offizieller Darstellung und faktischer Herstellung besteht darin, zugleich für die *legitimationswirksame Darstellung* von Entscheidungen und für die *effiziente Bearbeitung von Komplexität bei der Herstellung* dieser Entscheidungen zu sorgen (189 f.; 199 f.). Anknüpfend an die Differenzierung zwischen der Darstellung und Herstellung von Entscheidungen, die auch für die übrigen Verfahren in mehr oder weniger ausgeprägter Form zutrifft, stellt Luhmann in der späteren Theorieentwicklung dem *legitimitätsgenerierenden offiziellen* Machtkreislauf einen gegenläufigen *informellen* Machtkreislauf zur Seite, der den Anforderungen effizienter Prozessierung von Komplexität durch Erfassung, Abwägung und Selektion aus einer hohen Anzahl von Alternativen Rechnung trägt. In diesem gegenläufigen Kreislauf wirkt das Wählerpublikum (etwa über Interessenorganisationen) kommunikativ auf die Verwaltung ein; die Verwaltung lässt die so erhaltenen Informationen in Vorlagen und Berichte für die Politik einfließen; die politischen Parteien entscheiden über Wahlprogramme und Personen, mit denen sie um die Gunst der Wähler konkurrieren (vgl. Luhmann 1981a: 42 f.; 1987: 148). Zur Überbrückung der Distanz zwischen der hohen unbestimmten Komplexität der Parteipolitik

und der spezifizierten Komplexität rechtlich programmierter Verwaltungsentscheidungen, die auf dem Wege der Gesetzgebung erfolgt, wird im politischen System ausreichender Manövrierspielraum benötigt. Die Bereitstellung dieses Spielraums ist nur möglich, wenn die Bereitschaft des politischen Publikums zur Akzeptanz beschlossener Gesetze nicht an hoch spezifische Motivlagen gebunden ist, sondern aus unterschiedlichen Quellen schöpfen kann. Zustimmung zu den getroffenen Entscheidungen ist deshalb nur eine dieser Quellen. Auch Ablehnung ist mit (wenn gleich widerstrebender) Akzeptanz vereinbar, sofern das Entscheidungsverfahren als korrekt und die Werte- und Interessenbefriedigung durch das politische System als hinreichend variabel wahrgenommen wird, um die Chance zukünftiger gesetzgeberischer Berücksichtigung der eigenen Bedürfnisse (insbesondere auf dem Wege veränderter Mehrheiten und Regierungskonstellationen) grundsätzlich in Aussicht zu stellen (198). Vor allem aber muss in Rechnung gestellt werden, dass die Aufmerksamkeitskapazität des Publikums äußerst begrenzt ist, sodass nur ein Bruchteil neuer Gesetze und Gesetzesänderungen überhaupt zur Kenntnis genommen werden kann. Insofern sind »Ignoranz und Apathie [...] die wichtigsten Vorbedingungen für einen weithin unbemerkten Austausch von Paragraphen, für die Variabilität des Rechts« (191).

(4) Bei der Behandlung der vierten Verfahrenssorte, den *Entscheidungsprozessen der Verwaltung* (Kap. IV: 201 ff.; Verwaltung nun im engen Sinne), wechselt Luhmann in den Modus der *Problemdiagnose* und der Formulierung einer daran anschließenden *differenzierungstheoretischen Lösungsmöglichkeit*. Verwaltungsentscheidungen sind durch Gesetzgebung programmierte Entscheidungen. Aufgrund der Vielgestaltigkeit der Entscheidungsbedingungen sei hier jedoch ein einheitliches Verfahren unmöglich (207). Verwaltungsentscheidungen sind (im Unterschied zur weitestgehend konditionalen Programmierung von Gerichtsentscheidungen) in großem Umfang zweckprogrammiert, sodass die Verwaltung mit der verantwortlichen Zurechnung von *Nebenfolgen* konfrontiert ist, die aus ihrer ermessensfreien Entscheidung zwischen alternativ möglichen Mitteln resultieren und die von den Betroffenen häufig anders als von der Verwaltung bewertet werden (207 f.; 134 f.). Schließlich sei die Optimierung der Leistungsfähigkeit der Verwaltung (bestimmt als Erfassung und Abwägung einer möglichst großen Anzahl von Alternativen in möglichst kurzer Zeit; 206) nicht mit dem gleichzeitigen Streben nach möglichst weitreichender Akzeptanz zu vereinbaren. Angesichts dieses *Widerstreits der Funktionen* und der (durchaus aktuell anmutenden) Diagnose eines Leistungsengpasses der Verwaltung sieht Luhmann eine mögliche Lösung in der schärferen Ausdifferenzierung der Verwaltungsverfahren durch ihre »Entlastung vor allem von Funktionen der Konsensbeschaffung und der Legitimierung des Entscheidens« (218). Die letztgenannten Funktionen könnten stattdessen kompensatorisch

übernommen werden durch die auf Beschaffung von generalisierter Unterstützung spezialisierte Politik einerseits und die Überprüfung umstrittener Verwaltungsentscheidungen durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit andererseits (216).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Luhmann in *LdV* vier Verfahren untersucht, die im Blick auf die Legitimationserfordernisse des politischen Systems zusammenwirken: die unter den Bedingungen hoher unbestimmter Komplexität operierenden *programmierenden* Verfahren der politischen Wahl und Gesetzgebung sowie die durch sie *rechtlich programmierten* und dadurch unter den Bedingungen spezifizierter Komplexität arbeitenden Verfahren von Gerichten und Verwaltungen. Die Verfahren der demokratischen Wahl sowie der parlamentarischen Gesetzgebung bilden die Legitimationsbasis dafür, dass Recht, ohne durch Referenz auf übergeordnete Quellen wie Religion oder Naturrecht begründet werden zu müssen, *politisch gesetzt* werden kann. Gerichtsverfahren beziehen ihre Legitimität zum einen aus der demokratischen Legitimation der darin angewendeten Gesetze, zum anderen aber immanent daraus, dass sie diese Gesetze unpersönlich und neutral in gleicher Weise auf gleichartige Fälle anwenden. Für die vielgestaltigen Entscheidungsverfahren der Verwaltung schließlich sieht Luhmann die Möglichkeit ihrer verstärkten Ausdifferenzierung durch Konzentration auf rationale Effizienz, verbunden mit der Entlastung von der Funktion der Legitimitätsbeschaffung durch die für ihre rechtliche Programmierung zuständige Politik und – im Streitfalle – durch Gerichtsverfahren zur Überprüfung ihrer Rechtskonformität. Das politische Publikum ist einerseits Empfänger der politisch programmierten Entscheidungen von Gerichten und Verwaltungen. Andererseits kann es seiner Zufriedenheit oder Unzufriedenheit mit deren politisch vorgegebenen Entscheidungsprogrammen im Wahlverfahren Ausdruck verleihen. Auf diese Weise bilden die verschiedenen Verfahren des politischen Systems einen engen Verknüpfungszusammenhang, der es unter geeigneten sozialstrukturellen Randbedingungen ermöglicht, dass es mit der Produktion von Entscheidungen zugleich für deren Akzeptanz, das heißt für eine entsprechende Änderung der Erwartungen in seiner gesellschaftlichen Umwelt sorgt und sich damit durch Verfahren selbst legitimiert (253).

3. Rezeption

Luhmanns Legitimationsbuch wurde bisher nicht ins Englische übersetzt und international kaum rezipiert (vgl. Machura 2017: 340). Im deutschsprachigen Raum traf es hingegen auf starke Resonanz, provozierte dabei aber größtenteils kritische Reaktionen (ausführlich dazu Machura 1993). Juristen monierten, dass es den Gesichtspunkt der *inhaltlichen*

Richtigkeit von Entscheidungen und darauf bezogene Überzeugungen des Rechtspublikums als tragenden Grund der Legitimität nicht oder unzureichend berücksichtige (vgl. Zippelius 1973: 295 ff.; Gilles 1976: 201; Schreiber 1976: 140; Kriele 1980: 38 f.). Ähnlich wurde von Politikwissenschaftlern und Soziologen kritisiert, dass Luhmann den *normativen Geltungsanspruch*, der mit einer rechtsstaatlich-demokratischen politischen Ordnung verbunden sei, und die *Gründe*, die diesen Anspruch aus der Perspektive der Bürger gerechtfertigt oder nicht gerechtfertigt erscheinen lassen, bereits im Ansatz verfehle (vgl. exemplarisch Kielmansegg 1971; Hennis 1976; Habermas 1971; 1976; Weiß 1977). Eine funktionale Analyse, die von einem »fast motivlosen Akzeptieren« (28) von Entscheidungen ausgehe und Legitimität in diesem Sinne begreife, ignoriere aber nicht nur die normative Dimension dieses Begriffs (so Offe 1984: 178 am Beispiel des Wahlverfahrens und des Mehrheitsprinzips), sondern widerstreite auch »der vorwissenschaftlichen *Selbstauslegung* des Handelns von Wählern und Mehrheiten« (ebd.: 177, Hervorh. i. O.; ähnlich Weiß 1977: 78 f.; 81). Legitimität erscheint demnach nur in dem Maße gegeben, wie der generalisierte (und – z.B. in Form normativer Demokratietheorien – reflexionstheoretisch ausgearbeitete) Anspruch der analysierten Institutionen auf rationale Rechtfertigbarkeit überein kommt mit den Gründen, welche für die Handelnden zu Motiven für die Anerkennung dieser Institutionen und ihrer Entscheidungen werden. Luhmanns These, dass die Akzeptanz verbindlicher Entscheidungen in der Regel keiner zusätzlichen Gründe und Motive bedürfe, weil ihre Anerkennung als selbstverständlich institutionalisiert sei, wird von den meisten Kritikern zurückgewiesen. Auch wenn oft zugestanden wird, dass die meisten Entscheidungen routineförmig akzeptiert werden, wird doch darauf insistiert, dass die Legitimität dieser Entscheidungen letztlich gebunden bleibe an das Bestehen der allgemein verbreiteten Überzeugung ihrer prinzipiellen inhaltlichen Begründbarkeit.

Luhmanns Position wurde freilich nicht nur als unzutreffend kritisiert. Sie wurde darüber hinaus von vielen als Ausdruck des Versuchs bewertet, eine *Ideologie zu propagieren*, die den Bezug zu Ansprüchen der rationalen Rechtfertigung eliminiert (so Habermas 1971: 265 ff.); dem entsprechen Charakterisierungen als ideologisch und durch einen »gegenaufklärerische[n] Affekt« geprägt (so Rottleuthner 1971: 74) oder als angeblich empirische Theorie, auf deren Grundlage »sehr schwerwiegende normativ-praktische Folgen wenn nicht ›abgeleitet‹, so doch dringend nahegelegt werden« (so Weiß 1977: 77 f.). Luhmann hat derartige Zuschreibungen zurückgewiesen, verbunden mit dem Hinweis, dass funktionale Analysen aus methodologischen Gründen »ihren Gegenstand nicht ›rechtfertigen‹ könnten« (Vorwort zur Neuauflage: 6). In der Diskurskonstellation der 1970er Jahre, in der Luhmanns Buch neben Juristen sowohl die Vertreter einer normativen Demokratietheorie

in liberaler Tradition wie auch die Vertreter des Marxismus und der Kritischen Theorie provozieren musste, waren solche Zuschreibungen aber wohl unvermeidlich.

Literatur

- Baecker, Dirk (2012): »Niklas Luhmann: Der Werdegang«, in: Jahraus, Oliver/Nassehi, Armin et al. (Hg.), *Luhmann-Handbuch. Leben-Werk-Wirkung*, Stuttgart/Weimar: Verlag J.B. Metzler, 1–3.
- Durkheim, Émile (1977): *Über soziale Arbeitsteilung. Studie über die Organisation höherer Gesellschaften*, deutsche Übersetzung der französischen Ausgabe von 1930, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Gilles, Peter (1976): »Verfahrensfunktion und Legitimationsprobleme richterlicher Entscheidungen im Zivilprozess. Zur Kritik N. Luhmanns am Richtigkeitspostulat der sogenannten klassischen Verfahrenslehre«, in: Lüke, Gerhard/Jauernig, Othmar (Hg.), *Festschrift für Gerhard Schieder-mair zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 183–201.
- Habermas, Jürgen (1971): »Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? Eine Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann«, in: Habermas, Jürgen/Luhmann, Niklas, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 142–290.
- Habermas, Jürgen (1976): »Legitimationsprobleme im modernen Staat«, in: Kielmansegg, Peter Graf (Hg.), *Legitimationsprobleme politischer Systeme*, Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 7, Opladen: Westdeutscher Verlag, 39–61.
- Habermas, Jürgen/Luhmann, Niklas (1971): *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Hennis, Wilhelm (1976): »Legitimität. Zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft«, in: Kielmansegg, Peter Graf (Hg.), *Legitimationsprobleme politischer Systeme*, Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 7, Opladen: Westdeutscher Verlag, 9–38.
- Kielmansegg, Peter Graf (1971): »Legitimität als analytische Kategorie«, in: *Politische Vierteljahresschrift* 12 (3), 367–401.
- Kriele, Martin (1980): *Einführung in die Staatslehre. Die geschichtlichen Legitimitätsgrundlagen des demokratischen Verfassungsstaats*, 2. Aufl., Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas (1970 (1962)): »Funktion und Kausalität«, in: Ders., *Soziologische Aufklärung 1. Aufsätze zur Theorie sozialer Systeme*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 9–30.
- Luhmann, Niklas (1971): »Systemtheoretische Argumentationen. Eine Entgegnung auf Jürgen Habermas«, in: Habermas, Jürgen/Luhmann, Niklas, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?* Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 291–405.

- Luhmann, Niklas (1981a): *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München: Günter Olzog Verlag.
- Luhmann, Niklas (1981b (1970)): »Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft«, in: Ders., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 113–153.
- Luhmann, Niklas (1983 (1969)): *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp; Neuauflage der um ein neues Vorwort und ein Sachregister erweiterten zweiten Auflage von 1975; im Text nur mit Angabe der Seitenzahl oder der Abkürzung *LdV* zitiert.
- Luhmann, Niklas (1987): »Machtkreislauf und Recht in Demokratien«, in: Ders., *Soziologische Aufklärung 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 142–151.
- Luhmann, Niklas (1997): *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Machura, Stefan (1993): »Niklas Luhmanns ›Legitimation durch Verfahren‹ im Spiegel der Kritik«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 14 (1), 97–114.
- Machura, Stefan (2017): Legitimation durch Verfahren – was bleibt?, in: *Soziale Systeme* 22 (1–2), 331–354.
- Offe, Claus (1984): »Politische Legitimation durch Mehrheitsentscheidung?«, in: Guggenberger, Bernd/Offe, Claus (Hg.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie. Politik und Soziologie der Mehrheitsregel*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 150–183.
- Rokkan, Stein (1961): »Mass Suffrage, Secret Voting and Political Participation«, in: *Europäisches Archiv für Soziologie* 2 (1), 132–152.
- Rottleuthner, Hubert (1971): »Zur Soziologie richterlichen Handelns« (II), in: *Kritische Justiz* 4 (1), 60–88.
- Schneider, Wolfgang (2017): »Legitimationsprobleme des chinesischen Rechtswesens: Blockierte Ausdifferenzierung, Folgeprobleme und Kompensationsversuche«, in: *Soziale Systeme* 22 (1–2), 215–273.
- Schreiber, Hans-Ludwig (1976): Verfahrensrecht und Verfahrenswirklichkeit, in: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 26 (1), 117–161.
- Stichweh, Rudolf (o. J.): »Niklas Luhmann: Der Theoretiker der Gesellschaft« (aktualisiert und erweitert durch Johannes Schmidt), *Niklas Luhmann-Archiv* 21.02.2023, <https://niklas-luhmann-archiv.de/person/person-und-theorie>
- Weber, Max (1972): *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, besorgt von Johannes Winckelmann, 5. revidierte Aufl., Studienausgabe, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Weiß, Johannes (1971): »Legitimationsbegriff und Legitimationsleistung der Systemtheorie Niklas Luhmanns«, in: *Politische Vierteljahresschrift* 18 (1), 74–85.
- Zippelius, Reinhold (1973): »Legitimation durch Verfahren?«, in: Paulus, Gotthard/Diederichsen, Uwe/Canaris, Claus-Wilhelm (Hg.), *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München: Beck, 293–304.

Zur Vertiefung empfohlene Literatur

- Luhmann, Niklas (1971 (1969)): »Komplexität und Demokratie«, in: Ders., *Politische Planung. Aufsätze zur Soziologie von Politik und Verwaltung*, Opladen: Westdeutscher Verlag, 35–45.
- Luhmann, Niklas (1981 (1970)): »Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft«, in: Ders., *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 113–153.
- Luhmann, Niklas (2010): *Politische Soziologie*, herausgegeben von André Kieserling, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, posthum veröff. Manuskript; verfasst 1966/67; darin insbes. Kap. 9: Legitimität.

Niklas Luhmann: Rechtssoziologie

1. Der Werkkontext

Niklas Luhmann war als studierter Jurist und Soziologe zweifelsohne dafür prädestiniert, eine Rechtssoziologie zu schreiben.¹ Schon in seiner Zeit an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften hatte er mit dem Buch *Grundrechte als Institution* (1965) eine zwar noch aus der juristischen Perspektive kommende, aber bereits soziologisch bzw. gesellschaftstheoretisch orientierte Analyse der latenten Funktion des Rechts vorgelegt: Grundrechte sind nicht (nur) Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber dem Staat, wie es die Rechtsdogmatik behauptet, sondern zugleich garantieren sie über die Institutionalisierung des Individuums den Erhalt der gesellschaftlichen Differenzierung in Funktionsbereiche. Was in diesem Buch nur angedeutet wird, ist eine theoretischen Grundlegung eines allgemeinen Rechtsbegriffs, die Luhmann dann in den Folgejahren und schon lange vor der Publikation der *Rechtssoziologie* beschäftigt hat. Erstmals explizit aufgegriffen hat er die Thematik in seinem Habilitationsvortrag vom Juli 1966 mit dem Titel *Ansatzpunkte für eine Soziologie des Rechts*². Dort finden sich bereits die Kernthesen des Buches: Eine soziologische Theorie des Rechts muss aus einer Strukturtheorie sozialer Systeme entwickelt werden, sie muss danach fragen, welche Funktion das Recht hat. Die Antwort lautet schon zu diesem Zeitpunkt, dass das Recht eine kongruente Generalisierung von Verhaltenserwartungen leistet. Recht kann dabei als steigerungsfähige Leistung begriffen werden, so dass die gesellschaftlichen Bedingungen untersucht werden müssen, unter denen das Recht größere Komplexität erreicht. In den Folgejahren ist das Recht immer wieder Thema in Aufsätzen und Vorträgen Luhmanns, auffällig ist aber insbesondere die prominente Rolle, die es im Rahmen der Entwürfe der ersten genuin soziologischen Monographien einnimmt, die unveröffentlicht geblieben sind: In dem an Husserls Phänomenologie der Weltkonstitution anschließenden umfangreichen Manuskript *Soziologie auf phänomenologischer Grundlage* von 1965/66 wird das Recht als Erwartungskomplex noch dezidiert als Teil der Sozialtheorie behandelt im Zusammenhang mit der Frage nach der Funktion von Strukturen: der Reduktion von Komplexität überschüssigen Sinns durch Erwartungen. In der ersten Fassung einer *Theorie der*

1 Zur Biographie vgl. ausführlich den Beitrag von Schneider in diesem Band.

2 Vgl. https://niklas-luhmann-archiv.de/MS_2853 (letzter Zugriff: 30.4.2024).

Gesellschaft von 1967/68 wird das Recht dagegen bereits als ein gesellschaftliches Teilsystem und damit Anwendungsfall der Gesellschaftstheorie behandelt. Diese zweigleisige, sozial- wie gesellschaftstheoretische Zugangsweise nimmt Luhmann in seiner Vorlesung zur Rechtssoziologie im Wintersemester 1968/69 an der Universität Münster wieder auf. Das umfangreiche Skript dieser Vorlesung³ ist so etwas wie eine Blaupause für das Buch, dessen Manuskript Luhmann 1969–71 verfasst hat, also direkt im Anschluss an die andere große rechtssoziologische Arbeit *Legitimation durch Verfahren* (1969a). Die Anregung zu einem solchen Lehrbuch kam von Helmut Schelsky, der Luhmann an die Sozialforschungsstelle Dortmund an der Universität Münster geholt und dort schon mit Blick auf eine Berufung auf einen Lehrstuhl für Soziologie an der neu gegründeten Universität Bielefeld gefördert hatte.

2. Von einer Soziologie des Rechts zur Rechtssoziologie

Das in der Erstausgabe von 1972 in zwei durchpaginierten Bänden⁴ publizierte Buch umfasst sieben Abschnitte: Nach einer kurzen Einführung zu den Problemen einer eigenständigen Rechtssoziologie werden im Teil »I. Klassische Ansätze zur Rechtssoziologie« die bisherigen Versuche der Begründung einer Soziologie des Rechts kurz dargestellt und kritisiert. Die Defizitdiagnose dient als Absprungpunkt für die beiden folgenden Teile: Im Teil »II. Rechtsbildung: Grundlagen einer soziologischen Theorie« erfolgt eine ausführliche sozialtheoretische Begründung des Rechtsbegriffs, der Teil »III. Recht als Struktur der Gesellschaft« beschäftigt sich dann mit der Evolution von Recht und Gesellschaft. Im zweiten Band folgt im Teil »IV. Positives Recht« eine vertiefte Beschäftigung mit den Besonderheiten des modernen Rechts und im Teil »V. Sozialer Wandel durch positives Recht« wird gefragt, inwieweit das Recht als ein Steuerungsinstrument der Gesellschaft fungieren kann. Der kurze Schlussteil »Fragen an die Rechtstheorie« erörtert, inwieweit die Rechtssoziologie die Rechtstheorie instruieren kann.⁵ Die *Rechtssoziologie* ist ein selbst für Luhmann'sche Verhältnisse ungewöhnlich dichter Text, der

3 Vgl. https://niklas-luhmann-archiv.de/MS_2563 (letzter Zugriff: 30.04.2024). Siehe auch die edierte Druckfassung Luhmann 2024.

4 Das Buch erscheint zunächst als Taschenbuch in der Reihe *rororo studium* des Rowohlt-Verlags, 1983 als zweite Auflage in einem Band im Westdeutschen Verlag mit einem neuen Schlussabschnitt, ansonsten aber unverändert. Die Rechtssoziologie ist bislang in fünf Sprachen übersetzt worden, u.a. ins Englische und Chinesische.

5 Dieser Teil wird in der zweiten Auflage durch einen mit »Rechtssystem und Rechtstheorie« betitelten Abschnitt ersetzt.

auf den nahezu vierhundert eng bedruckten Seiten häufig sehr voraussetzungsvoll argumentiert, gleichzeitig aber auch mit einer Fülle von Veranschaulichungen aufwartet. Auffällig ist die vergleichsweise sparsame Darstellung der Systemtheorie zugunsten einer evolutionstheoretischen Lesart des Rechts, die Luhmann selbst mit dem Lehrbuchcharakter begründet hat (Guibentif 2000: 228 f.).

Der Stand der Rechtssoziologie

Anfang der 1970er Jahre fristet die Rechtssoziologie im Vergleich mit anderen Spezialsoziologien ein Schattendasein. Die Gründe liegen für Luhmann (1 ff.) zum einen in der Komplexität des Gegenstandsbereichs selbst. Häufig werde deshalb die Ansicht vertreten, nur Juristen könnten überhaupt sachgerecht über die Thematik urteilen, so dass die Rechtssoziologie am besten als eine Art Hilfswissenschaft in der Rechtswissenschaft aufgehoben sei. Zum anderen bestehe die Schwierigkeit darin, dass das Recht in nahezu alle gesellschaftlichen Vollzüge involviert sei; die fehlende Selbstabgrenzung des Gegenstandsfeldes (wie es zum Beispiel bei der Familie der Fall ist) führe dazu, dass eigentlich immer die Soziologie als Ganzes angesprochen sei. Darauf habe die Rechtssoziologie mit einer empirischen Spezialisierung reagiert, die Luhmann als eine Ausweichbewegung interpretiert: Die in den 1960er Jahren sich etablierende empirische Forschung (über den Richter als Beruf, über das Verhalten in mit der Rechtsfindung befassten Gruppen oder über Einstellungen zum Recht) habe dazu geführt, dass das Recht selbst aus der Rechtssoziologie weitgehend verschwunden sei. Dem stehe die Beobachtung entgegen, dass »das Recht für das Erreichen hoher und strukturierter Komplexität in sozialen Systemen eine wesentliche, wenn nicht ausschlaggebende Funktion« (7) hat. Es stellt sich dann eine doppelte Frage: wie Recht als Struktur eines sozialen Systems möglich ist und in welchem Verhältnis Recht als Struktur und Gesellschaft als Sozialsystem stehen. Damit sind die beiden Themen des Buches identifiziert: a) eine *soziologische Theorie der Rechtsbildung*, also die Beantwortung der Frage, wie Recht überhaupt begrifflich gefasst werden kann, und b) eine Anwendung dieser Begrifflichkeit auf die *Evolution der Gesellschaft und damit auch des Rechts*, also die Annahme, dass sich mit der Komplexität der Gesellschaft auch das Recht als seine Struktur ändert.

Vor diesem Hintergrund erfolgt im Teil I. eine kurze Bilanzierung der klassischen Ansätze der Rechtssoziologie (10 ff.). Das frühe Denken über Recht ist dadurch gekennzeichnet, dass das Soziale mit dem Rechtlichen untrennbar verbunden ist: Der Mensch als geselliges Wesen steht immer schon im Recht, das Sollen wird als dem Sein immanent gedacht. Entsprechend bestimmt man noch im 18. Jahrhundert die Gesellschaft als

Vertrag. Die im 19. Jahrhundert aufkommende Soziologie trennt dann zwischen Sozialem und Rechtlichem, das Recht ist nur noch *eine* mögliche Art der sozialen Beziehungen neben anderen. Das Erkenntnisziel der sich entwickelnden Rechtssoziologie ist entsprechend nicht mehr die *Be gründung der Geltung* von Normen. Die klassischen Ansätze der Rechtssoziologie unterscheiden vielmehr das Recht als normative Struktur von der Gesellschaft selbst. Was die Vertreter der klassischen Rechtssoziologie eint, ist, dass sie den Blick auf eine wachsende strukturell zugelassene Variabilität richten, für die das Recht verantwortlich ist. Dabei nehmen sie je verschiedene Teilaspekte der Rechtsentwicklung in den Blick, wobei sie allerdings das jeweils identifizierte Moment in seiner Bedeutung für die gesellschaftliche Komplexität überbetonen: a) die Veränderung des Eigentumsrechts bei Karl Marx, b) die Entwicklung von Status zu Kontrakt bei Henry Sumner Maine, c) die Umstellung des Rechts von repressive auf restitutive Sanktionen bei Emile Durkheim, d) der Umbau des Rechts von primär materialen auf primär formale Qualitäten bei Max Weber, e) eine funktionalen Unentbehrlichkeit von Normen in sozialen Systemen bei Talcott Parsons. Auffällig ist aber auch, dass es keine angemessene Auseinandersetzung mit dem *positiven, also änderbaren Recht* gibt, obwohl doch genau damit der (implizite, aber wesentliche) Leitgedanke der klassischen Ansätze offensichtlich wird: »die Zulassung höherer gesellschaftlicher Komplexität und Variabilität: Die Gesellschaft wird reicher an Möglichkeiten, ihr Recht muß daher mit mehr möglichen Zuständen und Ereignissen strukturell kompatibel sein« (23). Die Gründe für das Versäumnis liegen für Luhmann in den theoretischen Grundlagen. Zum einen fehlt den Klassikern das Wissen über die elementaren Prozesse der Rechtsbildung; und zum anderen fehlt ein angemessener Gesellschaftsbegriff, die Gesellschaft wird vielmehr in einer Organismus-analogie als lebendes Ganzes, das aus Teilen besteht, nämlich aus konkreten Menschen, beschrieben. Beide Defizite will der systemtheoretische Ansatz Luhmanns überwinden.

Eine soziologische Theorie des Rechts

Im Teil »II. Rechtsbildung« werden die »Grundlagen einer soziologischen Theorie« gelegt (27 ff.), die eine Antwort auf die Frage geben, was *soziologisch unter ›Sollen‹* verstanden werden kann, genauer: was die *Funktion von Sollen* ist. Hier nimmt Luhmann den sinntheoretischen Ansatz wieder auf, den er in den beiden o.g. Fragment gebliebenen Monographien verfolgt und in dem Aufsatz »Normen in soziologischer Perspektive« (1969b) erstmals vorgestellt hat. Da mit diesen Überlegungen ein von der üblichen Rechtssoziologie abweichender Kurs eingeschlagen wird, soll das hier ausführlicher dargestellt werden.

Was man sich unter Recht vorzustellen hat, muss zunächst auf einer Theorieebene diskutiert werden, die der der Gesellschaftstheorie vorgelagert ist: der Theorie sozialer Systeme. Der ›frühe Luhmann‹ hatte sich Anfang der 1970er Jahre bereits von der in den 1950/60er Jahren die US-amerikanische Debatte lange dominierenden Systemtheorie Talcott Parsons durch die Umstellung von einer strukturell-funktionalen auf eine funktional-strukturelle Theorie (Luhmann 1964) und einen dezidiert sinntheoretischen Ansatz (Luhmann 1967) emanzipiert. Soziale Systeme versteht Luhmann zwar wie Parsons als eine *Lösung des Problems doppelter Kontingenz*, also dem Sachverhalt, dass Ego und Alter bei ihrem Aufeinandertreffen ihr Verhalten wechselseitig voneinander abhängig machen. Dieser Diagnose zugrunde liegt bei Luhmann (31 ff.) aber eine Vorüberlegung im Anschluss an die Phänomenologie Edmund Husserls, nach der der Mensch immer schon in einer sinnhaft konstituierten Welt lebt. *Sinn* meint die Auswahl einer Möglichkeit und zugleich den Verweis auf andere Möglichkeiten, die im Augenblick zwar nicht realisiert werden, aber möglich bleiben (Luhmann 1971a). Man stößt beim sinnhaften Erleben also auf das *Doppelproblem von Komplexität und Kontingenz*. Komplexität meint, dass es stets mehr Möglichkeiten gibt, als im aktuellen Erleben realisiert werden, Kontingenz meint, dass man sich nur des je aktuell Gegebenen sicher sein kann: »Komplexität heißt also praktisch Selektionszwang, Kontingenz heißt praktisch Enttäuschungsgefahr« (33). Auf diese Problemlage reagiert die Technik der Erwartungsbildung, mit der bestimmte Möglichkeiten des Erlebens und Handelns ausgezeichnet werden. Die skizzierte Grundproblematik wird in dem Augenblick potenziert, in dem in der erwartbar strukturierten Welt andere Menschen auftreten, die ebenfalls sinnhaft erwarten. Der Andere muss dann in einer bestimmten Weise erwartbar sein, bevor das eigene Erleben an dessen Weltauslegung anknüpfen kann, es müssen mithin Erwartungen von Erwartungen ausgebildet werden. Dieses Konzept der *Erwartungserwartungen* ist entscheidend für die Entwicklung eines genuin soziologischen Verständnisses der Rechtsnorm, das Luhmann dann entlang der drei von ihm unterschiedenen Sinndimensionen zeitlich, sozial und sachlich vornimmt.

Erwartungen sind gleichsam Täuschungen über die wahre Komplexität des Möglichen, und sie können deshalb enttäuscht werden: »Sie transformieren [...] die permanente Überforderung durch Komplexität in das Problem gelegentlichen Enttäuschungserlebens.« (41) Auf die Frage, wie mit Erwartungsenttäuschungen umgegangen wird, kann man zwei funktional äquivalente Formen der Vorfestlegung im Enttäuschungsfall unterscheiden, die Luhmann im Anschluss an Johan Galtung (1959) als *kognitive und normative Erwartungen* (40 ff.) bezeichnet. Bei kognitiven Erwartungen ist man bereit, diese zu revidieren, wenn sie enttäuscht werden. Normative Erwartungen sind dagegen lernunwillige,

kontrafaktische Erwartungen, sie dienen funktional der *zeitlichen Stabilisierung* des Erwartens – genau das wird im *Symbol des Sollens* ausgedrückt. Die Unterscheidung selbst ist aber keine ontologische Differenz von Sein und Sollen, sondern eine evolutionäre Errungenschaft, die sich in Abhängigkeit von der Struktur der Gesellschaft ausbildet. Der Einzelne muss, wenn er die Erwartung kontrafaktisch durchhalten will, eine soziale Regelung des Umgangs mit der Erwartungsenttäuschung vorfinden (53 ff.). Dabei lassen sich drei Komponenten unterscheiden: a) die Zurechnung der Enttäuschung, b) die Erklärung von Enttäuschung und c) ein Reaktionszwang bei Enttäuschung, der zeigt, dass man die Erwartung trotz der Enttäuschung durchhalten wird.

Es wäre nun aber zu kurz gegriffen, es bei einem *dyadischen* Modell des Sozialen zu belassen. Neben dem Erwartenden und dem Handelnden sind vielmehr auch noch Dritte involviert, die als potentiell Miterlebende in Betracht kommen. Damit diese erwartungs(unter)stützend wirken können, muss der Konsens über die Durchhaltbarkeit der Erwartung erwartbar sein. Mit dem Begriff der *Institutionalisierung* ist genau das gemeint: die Schaffung *unterstellbaren* (nicht: faktischen) Konsenses, also eine *soziale* Generalisierung der Erwartung (64 ff.). Die Sicherheit, die die Institutionalisierung vermittelt, beruht auf der Anonymität und Unbefragbarkeit der institutionalisierenden Dritten, also auf der erfolgreichen Überschätzung des Konsenses. Die Formen, in denen diese Institutionalisierung erfolgt, sind wiederum abhängig von der Komplexität der Gesellschaft; und erklärungsbedürftig ist weniger die Stabilität, sondern die Disponibilität von Institutionen, wie Luhmann an den Beispielen Verfahren und Vertrag zeigt, die den Modus der Institutionalisierung von Normen wesentlich verändern.

Neben der zeitlichen und der sozialen Dimension der Erwartungsstabilisierung muss schließlich noch der *sachliche* Zusammenhang des Erwartens beachtet werden, also das, auf was sich die Erwartung bezieht. Die Welt wird durch sinnvolle Identifikationen von Erwartungszusammenhängen (Erzeugungsregeln für Einzelerwartungen) gegliedert, die erst die Intentionen des Gegenübers verständlich machen. Luhmann unterscheidet vier Typen der Identifikation von (normativen) Erwartungszusammenhängen, die durch eine zunehmende Abstraktheit gekennzeichnet sind: Personen, Rollen, Programme und Werte (80 ff.). Je nach Entwicklungsgrad einer Gesellschaft werden diese Ebenen stärker auseinandergezogen und unterschiedlich stark beansprucht.

Den skizzierten Begriffsapparat bezeichnet Luhmann (94 ff.) mit »Generalisierung von Verhaltenserwartungen«, die ähnlich gelagerte Probleme in den drei Sinndimensionen auf je unterschiedliche Weise bearbeitet: »So gibt Normierung einer Erwartung Dauer ungeachtet der Tatsache, daß sie von Zeit zu Zeit enttäuscht wird. Durch Institutionalisierung wird allgemeiner Konsens unterstellt ungeachtet der Tatsache,

daß einzelne nicht zustimmen. Durch Identifikation werden Sinnlichkeit und Zusammenhang gewährleistet ungeachtet der sachlichen Verschiedenheit der Erwartungen.« (94) Die genannten Mechanismen sind einerseits nicht ohne weiteres miteinander kompatibel, andererseits setzen sie einander voraus, die Erfordernisse der einzelnen Dimensionen bilden füreinander also Selektionsschranken. Diejenigen normativen Erwartungen, die diese Bedingungen erfüllen, nennt Luhmann *Recht*, wobei die unterschiedlichen Möglichkeiten der Generalisierung je nach gesellschaftlicher Evolution selektiert werden (s. die Übersicht auf 102). Recht erfüllt eine notwendige Funktion in *jeder* Gesellschaft, die Bildung des spezifischen Rechts ist aber eine evolutionäre Errungenschaft, die sich erst *allmählich ausdifferenziert* und funktional verselbständigt.

Fragt man nach den Formen, auf denen sich das Recht bei der Abwicklung von Enttäuschungen im Unterschied zu anderen Normprojektionen bevorzugt stützt, so zeigt sich ein *Primat der physischen Gewalt* (106 ff.). »Das Recht darf nicht dahin auseinanderfallen, daß die eine Erwartung sich als bestandskräftiger, die andere als besser, eine dritte als konsensfähiger erweist. Es darf, soll die Rechtsqualität des Erwartens nicht verloren gehen, im Streitfall nicht offenbleiben, für welche der sinnverschiedenen Erwartungen der Konsens der institutionalisierenden Dritten unterstellt wird.« (107) Die Anwendung physischer Gewalt (zum Beispiel in Form der Blutrache in einfachen Gesellschaften) ist eine offensichtliche Versicherung des Enttäuschten sich selbst wie auch der Gesellschaft gegenüber, dass an der Erwartung festgehalten wird. Der Vorteil für das Recht liegt darin, dass Gewalt in hohem Maße strukturunabhängig und universell verwendbar ist und deshalb »einheitlich organisierbar (bleibt), wie komplex das Recht auch werden mag« (110). Indem die Gewalt mit dem Recht kurzgeschlossen wird, kommt es entgegen der ersten Anschauung aber nicht zur *Unterwerfung des Rechts unter die Gewalt*, sondern umgekehrt im Laufe der gesellschaftlichen Evolution zu einer *Domestizierung der Gewalt durch das Recht*, insbesondere durch eine politische Konzentration der Entscheidung über die Gewaltanwendung. Gleichzeitig führt die Ausdifferenzierung von Rollen für Rechtsentscheidungen und Rechtsvollzug dazu, dass auf Gewaltakte als Darstellungsmittel zunehmend verzichtet werden kann.

Das Recht als Struktur der Gesellschaft

Der skizzierte sozialtheoretische Rechtsbegriff geht (wie die pluralistische Rechtstheorie) davon aus, dass jedes einigermaßen dauerhafte Sozialsystem (zum Beispiel Familien oder Organisationen) Recht ausbilden. Im dritten Teil (132 ff.) engt Luhmann die Perspektive dann auf das umfassendste soziale System, dessen Struktur letzte grundlegende

Sinnreduktionen regelt, ein, es geht jetzt spezifisch um das »Recht als Struktur der Gesellschaft«.

Auf der Ebene des Gesellschaftssystems führt Evolution zu steigender Komplexität, was nicht ohne Folgen für das Recht bleiben kann (132 ff.). Dies wird sichtbar bei der Umstellung des Differenzierungsprinzips von segmentärer auf funktionale Differenzierung: Die strukturellen Prämissen der Erlebnisverarbeitung und der Handlungsentscheidung entwickeln sich von konkret zu abstrakt, was heißt, dass mehr verschiedenartige Möglichkeiten unter einer Vorstellung zugelassen werden. Das lässt sich auch beim Recht beobachten, zum Beispiel ist der Vertrag abstrakter als der Kauf. Die funktionale Differenzierung der Gesellschaft führt (in der Begrifflichkeit der Evolutionstheorie) zur Steigerung der *Varietät* der Erwartungen, also auch zu einer Überproduktion von Normen, womit die Anforderungen an die *Selektion* von Recht, also an den rechtlichen Entscheidungsprozess, steigen, so dass die Ausdifferenzierung rechtsspezifischer Interaktionssysteme in Form von *Verfahren* zentral werden, die solche Erwartungen auswählen, für die Konsens Dritter unterstellbar ist (vgl. dazu Luhmann 1969a). Auch die sinnhaften Festlegungen des Rechts werden von konkreten auf abstraktere Vorstellungen gebracht, d.h. dass die Zulassung im Recht zunehmend von formaleren Kriterien abhängt und dieses so *stabilisiert* wird (139). Diese drei Gesichtspunkte – Überproduktion von Normen, Institutionalisierung von Verfahren, Abstraktion von Sinngehalten des Normbestands – sind interdependente Entwicklungsfaktoren und dienen Luhmann im Folgenden als Begriffsschema für die Darstellung der drei mit der Primärdifferenzierung der Gesellschaft korrespondierenden Formen des Rechts: a) das *archaische Recht* segmentärer, d.h. primär auf dem Prinzip der Verwandtschaft gründender Gesellschaften, die noch keine Verfahren zur Rechtsfindung kennen (145 ff.), b) das *Recht vorneuzeitlicher Hochkulturen*, die bereits teilweise funktional differenziert operieren, insbesondere mit einer ausdifferenzierten politischen Herrschaft und Verfahren für die Rechtsanwendung (166 ff.) sowie c) das *positive Recht der vollständig funktional differenzierten Gesellschaften*, die Verfahren für alle Aspekte des Rechts vorsehen, d.h. in denen das Recht durch Entscheidung hergestellt wird (190 ff.). Die dabei von Luhmann vorgenommenen Einzelanalysen zeugen nicht nur von einer stupenden Kenntnis der Rechtsgeschichte, sondern führen auch die heuristische Leistungsfähigkeit eines auf den ersten Blick hochabstrakt formulierten Begriffsapparats vor, wenn dieser kulturvergleichend auf die Details der rechtlichen Entwicklungen scharf gestellt wird und dabei auf die strukturelle Verschiedenartigkeit funktional äquivalenter Lösungen abstellt.

Das Recht der modernen Gesellschaft

Im Teil »IV. Positives Recht« (207 ff.) bestimmt Luhmann zunächst den Begriff und die Funktion der Positivität (207 ff.). An dem in der Rechtswissenschaft geläufigen Begriff der Positivität soziologisch anschlussfähig ist das Moment der *Gesetztheit* und das heißt: der Kontingenz. Charakteristisch für das positive Recht ist, dass das Gesetzsein bewusst gehalten wird, indem die Geltung des Rechts auf eine Entscheidung (das Verfahren der Gesetzgebung) zugerechnet wird. Der Gesetzgeber »schöpft« nicht das Recht, sondern er selektiert aus den gesellschaftlich bereits vorhandenen Normierungen. Die Funktion der Positivierung liegt in der dadurch möglichen Komplexitätssteigerung des Rechts, wobei alle Sinndimensionen der Generalisierung betroffen sind: a) In der *Zeitdimension* wird das Recht – trotz seiner normativen Funktion – als änderbar institutionalisiert, die Möglichkeit von zeitlich verschiedenem Recht wird fest eingebaut; b) *sachlich* wird mehr Recht möglich, nahezu jeder Sinngehalt wird juridifizierbar; c) in der *Sozialdimension* muss das Recht für mehr und für verschiedenartigere Personen gelten. Gelöst werden die dadurch aufgeworfenen Generalisierungsprobleme einerseits dadurch, dass im Recht *höhere Indifferenzen* stabilisiert werden und andererseits durch eine *Reflexivität der Normierung*, also ein Normieren des Normierens.

Als konstitutiv für das positive Recht sieht Luhmann dann die spezifische Form, die Verfahren annehmen. Versteht man Verfahren als Entscheidungsprogramm, so wird erkennbar, dass das Recht über Wenn/dann-Regeln strukturiert ist, also über *Konditionalprogramme* (227 ff.). Die Vorteile des Konditionalprogramms bestehen zum einen darin, dass die binäre Programmstruktur die *Möglichkeiten von Variation* eröffnet, indem entweder die eine oder die andere Seite der Wenn/dann-Beziehung geändert wird. Außerdem ermöglicht die Konditionalprogrammierung eine *Technisierbarkeit der Entscheidung* aufgrund der Tatsache, dass nur ganz bestimmte Sinngehalte bei der Entscheidung berücksichtigt werden müssen. In diesem Zusammenhang von besonderer Bedeutung ist die *Entlastung der Entscheidung von Folgenverantwortung*. Ein weiterer Vorteil liegt in der Verbindung der *zentralen Koordinierbarkeit* mit einem *geringen Kommunikationsaufwand*.

Die Vorteile der Konditionalprogramme implizieren zugleich aber auch Risiken; diese werden durch gegenläufige Zweckorientierungen kompensiert und durch die *Differenzierung von programmierenden und programmierten Entscheidungsverfahren* organisatorisch in Form gebracht (234 ff.). Die klassische Gewaltenteilungslehre sieht hierfür die *Trennung von Gesetzgebung und Rechtsprechung* und die *Unterscheidung von allgemeiner Regel und konkreter Einzelfallentscheidung* vor. Damit wird aber die Funktion der Differenzierung nicht voll erfasst.

Diese liegt für Luhmann in dem *Einbau von Lernmöglichkeiten* in das eigentlich lernunwillige Recht. Während der Richter im gerichtlichen Verfahren nur sehr begrenzt Lernfähigkeit konzederen kann (da er an frühere Entscheidungen gebunden ist), kann sich das gesetzgebende Verfahren auf Lernen spezialisieren, indem es Normen im Lichte anderer Möglichkeiten der Normierung überprüft. Programmierendes und programmiertes Entscheiden unterscheiden sich dann in der Komplexität der Entscheidungssituation wie auch in den Rationalitätskriterien der Entscheidung.

Die *strukturelle Variation* (242 ff.), d.h. die Herabsetzung der Änderungsschwelle, die eine zunehmende Umweltempfindlichkeit des Systems möglich macht, geschieht in der Gesellschaft durch die funktionale Differenzierung von Recht und Politik: »Positives Recht ist unvermeidbar politisch ausgewähltes, »staatliches« Recht.« (244) Die Entscheidung über die Rechtsänderung erfolgt im politischen System wiederum auf der Basis einer internen Differenzierung von Politik (im Sinne von Parteienpolitik) und Verwaltung, wobei die Partearbeit die Funktion hat, unter Bedingungen hoher gesellschaftlicher Komplexität eine Vorsortierung des rechtlich Möglichen vorzunehmen, also Komplexität zu reduzieren (s. ausführlich Luhmann 2010⁶). Die Risiken und Folgeprobleme der Positivität (251 ff.) sind dabei offensichtlich. Mit der Erleichterung von Strukturänderungen kommt es einerseits zu einer verbesserten Umweltanpassung des Systems, andererseits besteht die Gefahr, dass die Änderungsschwelle immer tiefer gelegt wird und das System in eine Art Dauerkrisenmodus gerät, in dem die für das Rechtssystem relevante Umweltkomplexität in einem Maß ansteigt, das intern nicht mehr bewältigt werden kann. Das System verliert die Kontrolle über seine Problemstellungen, wenn Rechtsänderungen von der Politik als Mittel zu Veränderung gesellschaftlicher Verhältnisse verstanden werden ohne Rücksicht auf die rechtsdogmatischen Folgen. Ein damit korrespondierender Aspekt ist der Abbau der moralischen und wissensmäßigen Absicherungen des Rechts: Weder ist ein problemloser Rückgriff auf höhere Normen möglich noch kann jemand (selbst nicht der Jurist!) das komplette Recht kennen. Die beobachtbare Tendenz ist dann, dass die Risiken auf einzelne Rechtsinstitute abgewälzt werden.

Mit der Umformung des Rechts in eine entscheidungsabhängige normative Erwartungsstruktur stellt sich das Problem der Bindungswirkung neu. Darauf reagiert der Begriff der *Legitimität* (259 ff.): »Legitim sind Entscheidungen, bei denen man unterstellen kann, daß beliebige Dritte normativ erwarten, daß die Betroffenen sich kognitiv auf das einstellen,

- 6 Das Manuskript *Politische Soziologie*, das posthum aus dem Nachlass veröffentlicht worden ist, hat Luhmann 1966/67, also noch vor der Rechtssoziologie verfasst.

was die Entscheidenden als normative Erwartungen mitteilen.« (261) Dass die Entscheidungsbetroffenen lernen, wird durch die symbolisch-generalisierte Wirksamkeit physischer Gewalt und durch die Beteiligung an Verfahren sichergestellt. Von der Akzeptanz der Entscheidung unterschieden werden muss die Frage der *Durchsetzung* des positiven Rechts (267 ff.). Durchsetzung meint (im Unterschied zu Befolgung), dass bei nicht normgemäßem Handeln besondere Aktivitäten ausgelöst werden, die der Erhaltung des Rechts dienen. In allen Rechtssystemen muss von einer vergleichsweise hohen Nichtdurchsetzungsquote ausgegangen werden. Für die moderne Gesellschaft wird die Annahme, dass die Durchsetzung des Rechts durch Konsens oder durch Zwangsgewalt erfolgt, problematisch dadurch, dass in beiden Hinsichten ein Informationsproblem vorgeschaltet ist – auch die berufsmäßig mit der Rechtsdurchsetzung befassten Rollen (der Erzwingungsstab) sind in der Regel über das faktische Geschehen nicht ausreichend informiert. Das bleibt für das abstrakte Rechtsvertrauen und damit die Geltung des Rechts aber dann unproblematisch, wenn nicht nur ein Informationsproblem über das normwidrige Verhalten, sondern auch über das Ausbleiben der Sanktionen besteht.

Im den Teil IV. abschließenden Kapitel »Kontrolle« (282 ff.) fragt Luhmann in einer entscheidungstheoretischen Perspektive danach, inwieweit das Recht eine Prüfung der Entscheidungsfolgen vorsieht und unterscheidet drei Formen: a) die *hermeneutische Kontrolle* in Form einer juristischen Auseinandersetzung über Auslegungsfragen, b) die *professionelle Kontrolle* durch eine Orientierung an der Bezugsgruppe – die ›herrschende Meinung‹ – und c) die *politische Kontrolle* in Form einer Überprüfung der Entscheidungsfolgen mittels einer Zweckorientierung, wobei alle drei Formen unabhängig voneinander erfolgen. Auffällig ist für Luhmann, dass es bislang keine institutionelle Einrichtung für eine umfassende (politische) Gesetzesfolgenprüfung gibt, die bei einer konsequenten Positivierung des Rechts eigentlich notwendig sei.

Recht als Steuerungsinstrument

In dem Teil »V. Sozialer Wandel durch positives Recht« (294 ff.) wird die Frage des Zusammenhangs von Gesellschaft und Recht in anderer Weise gestellt: Inwiefern kann das positive Recht zugleich als Instrument gesellschaftlicher Veränderungen eingesetzt werden? Luhmann bemüht sich auch hier um die gesellschaftstheoretische Aufklärung der Möglichkeiten und Grenzen eines über das Recht erfolgenden geplanten gesellschaftlichen Wandels. Es geht um eine »Systemplanung«, die insbesondere an dem evolutionären Mechanismus der Stabilisierung anzusetzen hätte, indem die Kategorien des Rechtsdenkens nicht mehr rein innerrechtlich

orientiert werden, sondern mit Blick auf die Gesellschaft – und damit unter Führung einer Theorie der Gesellschaft.

In dem Kapitel »Bedingungen eines steuerbaren sozialen Wandels« (298 ff.) betont Luhmann insbesondere die Grenzen der Steuerung, die mit der grundsätzlichen Frage der Möglichkeit der zielgerichteten Änderung von *Systemzuständen* durch *Einzelhandlungen* zusammenhängen, mit der Differenz von psychischen und sozialen Systemen, aber auch mit der Empfänglichkeit einer Gesellschaft für rechtsförmig veranlasste Strukturänderungen. Eine Steuerung durch das Recht setzt Interdependenzunterbrechungen innerhalb der Gesellschaft voraus, da nur so die zu berücksichtigende gesellschaftliche Komplexität für Rechtsänderungen handhabbar bleibt. »Kategoriale Strukturen« (325 ff.) des Rechts wie das Vertragsprinzip, die Institution des subjektiven Rechts oder die Grundrechte, sind trotz ihrer rechtlichen Komplexität aber kaum geeignet, der gesellschaftlichen Komplexität gerecht zu werden.

Hinzu kommen Rechtsprobleme, die sich aus der Tatsache ergeben, dass die moderne Gesellschaft sich als *Weltgesellschaft* (s. dazu Luhmann 1971b) ausdifferenziert (333 ff.). Auf diesen Sachverhalt sind weder die Politik noch das Recht eingestellt, die beide mit der Fiktion eines handlungsfähigen Kollektivs in Form des Nationalstaats operieren; ein »Weltstaat« hat sich bislang aber nicht etabliert, was die »Nichtjuridifizierbarkeit der großen Probleme unseres Zeitalters« (338) zur Folge hat. In einer anspruchsvollen zeittheoretischen Interpretation zeigt Luhmann abschließend, dass es mit der Inanspruchnahme von Recht zu Planungszwecken zu einer radikalen Umstellung des Verhältnisses von Gegenwart und Zukunft kommt (343 ff.) in der Form, dass die Gegenwart als Konsequenz (!) der projizierten Zukunft verstanden werden muss. Die Nichtbeliebigkeit der Rechtsänderungen resultiert dann primär aus der Limitationalität, die sich aus der Notwendigkeit der Koordinierung mit dem bestehenden Recht sowie der als chronisch knapp erlebten Zeit im Entscheidungsprozess ergibt, die selektiv wirkt hinsichtlich der Sachziele, die verfolgt werden.

Rechtssoziologie und Rechtstheorie

Vor dem Hintergrund dieses umfassenden Konzepts des Rechts ist das Verhältnis von Rechtssoziologie und Rechtstheorie, also das der wissenschaftsbasierten Fremd- und Selbstbeschreibung des Rechts, Thema des Schlussabschnitts und der einzige Teil des Buches, der in der zweiten Auflage 1983 eine inhaltliche Revision erfahren hat. In der ersten Auflage ist er überschrieben mit »Fragen an die Rechtstheorie« (354 ff.). Inwiefern, so die Frage Luhmanns, kann die auf die symbolische Realität des Rechts bezogene (dogmatische) Rechtstheorie durch eine auf die soziale

Realität des Rechts bezogene funktional-vergleichende Rechtssoziologie über die Kontingenz ihrer Grundbegriffe soziologisch aufgeklärt werden? Er veranschaulicht diese Idee an für die Rechtstheorie zentralen Problemen, insbesondere der Frage nach der Einheit des Rechts trotz der Verschiedenheit der Normen. Die Systemtheorie bestimmt die Identität eines Systems über dessen nichtaustauschbare Funktion, die aber mit verschiedenen Strukturen kompatibel ist; die Rechtstheorie ist bei ihrer Einheitsbeschreibung eher auf Brauchbarkeitskriterien für Entscheidungen konzentriert. Die Vermutung Luhmanns ist, dass es dabei insbesondere auf die Art der Behandlung von Negationen ankommt, wobei die bisherigen Vorschläge der Rechtstheorie (Rechtsprinzipien, Normhierarchien) hier wenig überzeugen.⁷

Der mit »Rechtssystem und Rechtstheorie« betitelte Schlussteil der zweiten Auflage beantwortet auf der Grundlage der »autopoietischen Wende« der Systemtheorie (vgl. Luhmann 1984) die Frage nach der Einheit des Rechtssystems neu. Die Umstellung von einer Theorie umwelt-offener Systeme auf eine Theorie operational geschlossener und dadurch kognitiv offener Systeme lässt es nun erstmals zu, dass die *Rechtssoziologie* und nicht die Rechtstheorie die Einheit des Rechtssystems begründen kann. Als Leser gewinnt man den Eindruck, die Luhmann'sche Konzeption des Rechts über die Differenz von normativem und kognitivem Erwarten habe von Beginn an auf dieses Systemverständnis gewartet: »Das Rechtssystem ist ein normativ geschlossenes System. Es produziert die eigenen Elemente als rechtlich relevante Einheiten dadurch, daß es ihnen mit Hilfe ebensolcher Elemente normative Qualität verleiht [...] Zugleich ist das Rechtssystem ein kognitiv offenes System, ja aufgrund seiner Geschlossenheit an seiner Umwelt orientiert. Es kann daher auch und im hohen Maße Lernfähigkeit aufbringen, immer aber bezogen auf die Einheit seiner normativ-geschlossenen Selbstreproduktion.« (356 f.) Damit ist einerseits der Einsatzpunkt markiert für die komplette Neufassung der Beschreibung des Rechtssystems, die Luhmann 1993 mit der Funktionssystemmonographie *Das Recht der Gesellschaft* vornehmen wird. Andererseits geht die Rechtssoziologie in ihrer Neuauflage von 1983 damit aber auch auf ihren Startpunkt zurück: auf ihre enge Verbindung von Sozial- und Gesellschaftstheorie.

- 7 Luhmann kündigt an dieser Stelle im Buch einen eigenen Versuch einer Rechtstheorie an, die fragt, wie das moderne Recht Kontingenz reguliert. Das parallel zur Rechtssoziologie geschriebene Manuskript *Kontingenz und Recht* wurde aber erst posthum aus dem Nachlass veröffentlicht (Luhmann 2013); mit der ausgearbeiteten Fassung des Vortrags *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* ist von Luhmann selbst 1974 nur eine Skizze publiziert worden.

3. Rezeption

Der Anspruch des Buches, die Rechtssoziologie theoretisch neu zu begründen, ist in den zeitgenössischen Buchbesprechungen allgemein anerkannt worden (Folkers 1973: 413; Rasehorn 1973: 17; Barton 1986: 1827), die Rezeption sowohl im deutschsprachigen wie auch im anglosächsischen Raum fällt allerdings eher ernüchternd aus. Rückblickend hat Luhmann selbst kritisch angemerkt, dass das Buch nach seinem Erscheinen keine Diskussion innerhalb der Rechtssoziologie zur Folge hatte, sondern primär als empiriefeln kritisiert wurde (Guibentif 2000: 231). Infolgedessen hat das Buch nicht dazu beigetragen, der Rechtssoziologie als institutionalisierter Form interdisziplinärer Zusammenarbeit zum Durchbruch zu verhelfen (Loos 1974; Wrase 2006; Bora 2023). Luhmann selbst hat es von den Teilen der Rechtssoziologie entfremdet, deren Forschungsinteressen er zwar im Einzelnen für interessant, aber aufgrund ihrer weitgehenden Theorieferne für soziologisch unterkomplex gehalten hat.

Die *Rechtssoziologie* forderte Soziologen und Juristen offenbar dermaßen heraus, dass Anschlüsse auf Ebene des Gesamtwerks fast gänzlich ausgeblieben sind. Zu finden sind eher kritisch-polemische Einlassungen, Detailkritiken und selektive Anschlüsse an einzelne Konzepte und Themen Luhmanns. Dieser Befund gilt zum einen für den *sozialtheoretischen Ansatz* des Buches. Während Folkers (1974: 417) die Neufassung des Normbegriffs begrüßt, sehen sie andere Rezensenten äußerst kritisch. Für Ostermeyer (1973) legt Luhmanns Norminterpretation von Beginn an das Übergewicht auf das Formale und vernachlässige die Normbedeutung. Eine ähnliche, von Habermas inspirierte Kritik findet sich auch in der Rezeption der englischen Übersetzung (Hunt 1986). Der Rechtsethnologe Benda-Beckmann (1974: 283 ff.) kommt zu dem apodiktischen Schluss, dass die vorgeschlagenen Begriffe der Norm und des Rechts »für eine überwiegend empirisch ausgerichtete sozialwissenschaftliche Betrachtung des Rechts ohne Wert sind« (Benda-Beckmann 1974: 289). Zum anderen gibt es Kritik an der *theoretischen Lesart empirischer Phänomene*. So findet sich im Zusammenhang mit dem Einwand, die Rechtswelt sei weitaus variabler, als es Luhmann wahrhaben wolle (Rasehorn 1973: 18), allerhand Detailkritik insbesondere an Luhmanns Verständnis von Gerichtsverfahren. Das Gerichtsverfahren münde nicht zwingend in einem Urteil (Rasehorn 1973: 18; Heck 2017: 65 f.) und es sei nur in Teilen konditionalprogrammiert (Loos 1974: 164; Teubner 1975). Folkers (1974: 418 f.) wirft Luhmann vor, das Verhältnis von Recht und Macht nicht hinreichend geklärt zu haben und empfiehlt eine medientheoretische Erörterung (Folkers 1974: 419), ein Vorschlag, der die in der *Rechtssoziologie* von Luhmann gerade herausgestellte Bedeutung der Differenzierung von Politik und Recht verkennt.

Einer der wenigen selektiv-konstruktiven Anschlüsse in der *Soziologie* ist die Studie von Gessner (1976), der mit Datenmaterial aus Mexiko empirisch an die Rechtssoziologie anknüpft mit der Frage, in welchen Konflikten normativ erwartet, das heißt Recht mobilisiert wird. Eine ausführliche *philosophische* Kritik der Grundbegriffe der Rechtssoziologie, insbesondere des Sinnbegriffs, unternimmt Zielcke (1980). In der *Rechtswissenschaft* läuft die Rezeption insbesondere über Gunther Teubner, der dort in den späten 1980er Jahren das Autopoiesistheorem prominent gemacht hat. Schon viel früher entwickelt er mit seinen Überlegungen zu einer responsiven, d.h. lernfähigen Dogmatik (1975) eine eigene Vision dessen, wie eine juristische Folgenkontrolle aussehen könnte. Auch an Luhmanns steuerungstheoretischen Überlegungen hat er mit dem Konzept eines »reflexiven Rechts« angeschlossen (Teubner 1982) und im Zusammenhang mit dem Weltgesellschaftstheorem schließlich einen eigenständigen Ansatz eines »Weltrechts ohne Staat« entwickelt (Fischer-Lescano/Teubner 2007).

Die Rezeption im anglo-sächsischen Sprachraum nach der Übersetzung des Buches (1985) hat mit einem doppelten Handicap zu kämpfen: Zum einen waren Theoriarbeiten seit der Abkehr von Talcott Parsons in den 1970er Jahren insbesondere in den USA, in denen Luhmann zudem häufig als Parsons-Nachfolger gesehen wird, generell in Verruf geraten. Ein Indiz für diese grundsätzliche Schwierigkeit ist die Tatsache, dass die Besprechung des Buches im *American Journal of Sociology* von dem deutschen und durch seine ausgewiesene Parsons-Rezeption bekannten Soziologen Richard Münch (1987) erfolgt ist (nicht überraschend ist dann dessen Kritik an der fehlenden Berücksichtigung der handelnden Akteure bei der Evolution des Rechts). Zum anderen rief die Übersetzung beider Schlussteile den Eindruck hervor, die Fassung von 1972 sei mit der autopoietischen Wende nun theorietechnisch überholt, woran ohne Zweifel auch die zunehmende Prominenz dieses Konzepts in den späteren Schriften Teubners ihren Anteil hat (Hanna 2014: 153 ff.). Auch der Versuch des US-amerikanischen Juristen Barton (1986), der amerikanischen Leserschaft das Buch näher zu bringen, bleibt zunächst ohne sichtbare Wirkung. Überraschenderweise erfuhr die englische Übersetzung 2013 eine Neuübersetzung, in der Martin Albrow (2013) in einem neuen Vorwort das Buch und die ihm zugrunde liegenden Theorieentscheidungen in einer bemerkenswerten Breite und erkennbarer Sympathie darstellt; man kann also unterstellen, dass das Buch zumindest in der Lehre – wie ursprünglich von Luhmann gedacht – doch stärkere Verbreitung gefunden hat, wie es auch die mehrfachen Neuauflagen der deutschen Fassung nahelegen.

Literatur

- Albrow, Martin (2013): »Editor's Introduction«, in: Niklas Luhmann, *A Sociological Theory of Law*, 2. Aufl., London u.a.: Routledge, ix–xxxvii.
- Barton, Thomas D. (1986): »Expectations, Institutions, and Meanings«, in: *California Law Review* 74 (5), 1805–1827.
- Bora, Alfons (2023): *Responsive Rechtssoziologie. Theoriegeschichte in systematischer Absicht: Soziologische Theorie des Rechts* 1, Wiesbaden: Springer Nature.
- Benda-Beckmann, Franz (1974): »Norm und Recht in Niklas Luhmanns Rechtssoziologie: Kritische Anmerkungen aus der Sicht der Rechtsethnologie«, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 60 (2), 275–290.
- Fischer-Lescano, Andreas/Teubner, Gunther (2007): »Fragmentierung des Weltrechts: Vernetzung globaler Regimes statt etatistischer Rechtseinheit«, in: Albert, Mathias/Stichweh, Rudolf (Hg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit: Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 37–61.
- Folkers, Horst (1974): »Das schwierige Recht der systemtheoretischen Soziologie: Zur Rechtssoziologie von Niklas Luhmann«, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 60 (3), 413–419.
- Galtung, Johan (1959): »Expectations and Interaction Processes«, in: *Inquiry* 2 (4), 213–234.
- Gessner, Volkmarr (1976): *Recht und Konflikt. Eine soziologische Untersuchung privatrechtlicher Konflikte in Mexiko*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hanna, Mark (2014): »Luhmann's »Other« Book on Law: Observations on the Reception of Niklas Luhmann's *A Sociological Theory of Law*«, in: *Soziale Systeme* 19 (1), 152–160.
- Heck, Justus (2017): »Vermittlung im Zivilverfahren. Zu Funktionen und Folgen undifferenzierter Konfliktbearbeitung«, in: *Soziale Systeme* 22 (1–2), 61–94.
- Hunt, Alan (1986): »A Sociological Theory of Law« by Niklas Luhmann«, in: *British Journal of Criminology* 26 (2), 192–194.
- Loos, Fritz (1974): »Die Funktion der Sozialwissenschaften in der Juristenausbildung«, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 7 (7), 162–166.
- Luhmann, Niklas (1964): »Funktionale Methode und Systemtheorie«, in: *Soziale Welt* 15 (1), 1–25.
- Luhmann, Niklas (1965): *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Luhmann, Niklas (1967): »Soziologie als Theorie sozialer Systeme«, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 19 (4), 615–644.
- Luhmann, Niklas (1969a): *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied a. Rh.: Luchterhand.
- Luhmann, Niklas (1969b): »Normen in soziologischer Perspektive«, in: *Soziale Welt* 20 (1), 28–48.
- Luhmann, Niklas (1971a): »Sinn als Grundbegriff der Soziologie«, in: Habermas, Jürgen/Luhmann, Niklas, *Theorie der Gesellschaft oder*

- Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 25–100.
- Luhmann, Niklas (1971b): »Die Weltgesellschaft«, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 57 (1), 1–35.
- Luhmann, Niklas (1972): *Rechtssoziologie*, 2 Bde. Reinbek bei Hamburg: Rowohlt (1983: leicht geänderte 2. Aufl. in einem Band, Opladen: Westdeutscher Verlag).
- Luhmann, Niklas (1974): *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik*, Stuttgart u.a.: Kohlhammer.
- Luhmann, Niklas (1984): *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (1985): *A Sociological Theory of Law*, London u.a.: Routledge.
- Luhmann, Niklas (1993): *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (2010): *Politische Soziologie*, Berlin: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (2013): *Kontingenz und Recht. Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang*, Berlin: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (2024): »Rechtssoziologie. Vorlesung Wintersemester 1968/69«, in: Ders., *Soziologie unter Anwesenden. Systemtheoretische Vorlesungen 1966–1970*, Berlin: Suhrkamp, 475–598.
- Münch, Richard (1987): »The Law in Terms of Systems Theory«, in: *American Journal of Sociology* 92 (5), 1221–1223.
- Ostermeyer, Helmut (1973): »Rechtssoziologie«, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Reinbek, 1972, Reihe rororo-Studium, in: *Zeitschrift für Rechtspolitik* 6 (4), 101–102.
- Rasehorn, Theodor (1973): »Zu den Wurzeln des Rechts? Niklas Luhmann: Rechtssoziologie«, in: *JuristenZeitung* 28 (1), 17–18.
- Teubner, Gunther (1975): »Folgenkontrolle und responsive Dogmatik«, in: *Rechtstheorie* 6 (1–2), 179–204.
- Teubner, Gunther (1982): »Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive«, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 68 (1), 13–59.
- Wrase, Micheal (2006): »Rechtssoziologie und Law and Society. Die deutsche Rechtssoziologie zwischen Krise und Neuaufbruch«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 27 (2), 289–312.
- Zielcke, Andreas (1980): *Die symbolische Natur des Rechts. Analyse der Rechtssoziologie Niklas Luhmanns*, Berlin: Duncker & Humblot.

Weiterführende Literatur

- Luhmann, Niklas (1981): *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas: Rechtssoziologische Manuskripte aus dem Nachlass: <https://niklas-luhmann-archiv.de/bestand/manuskripte/suche>

Lawrence M. Friedman: The Legal System¹

1. Leben und wissenschaftliches Werk des Autors

Lawrence Meir Friedman wurde 1930 in Chicago geboren (zu seiner Biographie siehe Gordon/Horwitz 2011; Gordon/Friedman 2012). Nach seiner Graduierung an der Law School der dortigen Universität wurde er im Alter von 21 Jahren als Anwalt zugelassen. Nach seinem Militärdienst übte er diesen Beruf auch für zweieinhalb Jahre aus. Dabei war er vor allem auf dem Gebiet des Treuhand- und Nachlassrechts (*trust and estate*)² tätig, was ihm nach eigener Aussage half, etwas davon zu verstehen, »wie die Welt funktioniert« (Gordon/Friedman 2012: 3). Während einer vierjährigen Lehrtätigkeit an der St. Louis University Law School entstehen seine ersten Publikationen – darunter eine kurze humorvolle Abrechnung mit der Erwartung, rechtswissenschaftliche Fachzeitschriften sollten ihre redaktionelle Arbeit an den praktischen Bedürfnissen der Anwaltschaft ausrichten (Friedman 1959).

Ab 1961 arbeitet Friedman als außerordentlicher Professor an der University of Wisconsin Law School an rechtshistorischen Forschungsprojekten. Sein Mentor während dieser Zeit ist James Willard Hurst, der als Begründer der US-amerikanischen Rechtsgeschichte und Vertreter einer fächerübergreifenden historischen Soziologie gilt (vgl. Novak 2000). Konsequenterweise an der Rechtswirklichkeit jenseits großer Präzedenzfälle und dogmatischer Entwürfe interessiert, übt Hurst auf Friedman einen prägenden Einfluss aus (vgl. Gordon/Horwitz 2011: 1; Friedman 1983: 105).

- 1 Das englischsprachige Original ist im Jahr 1975 erschienen, eine deutsche Übersetzung 1981. Im Folgenden werden (ohne Jahresnennung) beide Ausgaben zitiert, wobei sich die erste Seitenzahl stets auf das Original bezieht. Wörtliche Zitate folgen der veröffentlichten Übersetzung (mit einer Ausnahme; siehe unten Fußnote 6). Andere wörtliche Zitate aus Werken Friedmans wurden selbst übersetzt.
- 2 Die Bezeichnung dieses angloamerikanischen Rechtsbereichs lässt sich nicht direkt ins Deutsche übersetzen. Das dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis fremde Institut *trust* dient dem Schaffen eines Sondervermögens, das von einem Treuhänder für eine begünstigte Person verwaltet wird. Es erfüllt (in deutschsprachiger Terminologie) erb-, aber auch familien-, stiftungs- und gesellschaftsrechtliche Funktionen (vgl. Kischel 2015: 338 f.).

ff.). Als ein Ergebnis seiner Arbeit in Wisconsin veröffentlicht Friedman seine erste Monographie *Contract Law in America: A Social and Economic Case Study* (1965). Darin vergleicht er die Rechtsprechung des Höchstgerichts von Wisconsin in Vertragsangelegenheiten während dreier Zeitperioden im 19. und 20. Jahrhundert. Er setzt die Fälle in ihren sozial- und wirtschaftsgeschichtlichen Kontext (z.B. Perioden verstärkter Industrialisierung oder Grundstücksspekulation), betrachtet aber auch die zunehmende Bedeutung gesetzgeberischer Akte in arbeits-, versicherungs- oder kartellrechtlichen Materien, die das Anwendungsgebiet der abstrakt-formalen traditionellen Vertragsrechtsdoktrin des *Common Law* erheblich eingeschränkt haben. Damit habe sich auch der Entscheidungsstil des Gerichts hin zu einer geschmeidigeren, weniger an strikter Vertragsfreiheit, sondern stärker an Fakten und fairen Ergebnissen orientierten Interpretation von Vertragsinhalten verändert. Gleichzeitig spiegelte Friedman zufolge das Geschehen vor Gericht immer weniger das tatsächlich bedeutsame ökonomische Leben wider. Er macht ähnlich wie sein Kollege und Freund Stewart Macaulay (1963) die Beobachtung, dass Kaufleute die Gerichte zum Beilegen von Streitigkeiten meiden – aus Kostengründen, vor allem aber auch, um nicht durch Zivilprozesse dauerhafte Geschäftsbeziehungen aufs Spiel zu setzen, für die branchenspezifisch (durchaus effiziente) informelle Normen und Sanktionen bestehen. Je stärker sich das Handelsgeschehen in einzelne Teilmärkte mit je eigenen Regularien ausdifferenziert, umso weniger erfüllt in Friedmans Sichtweise das überkommene Vertragsrecht die Funktion einer allgemeinen Wirtschaftsverfassung. Vielmehr sei es ein residuales Normensystem geworden, das allenfalls für randständige oder bis dato unregulierte Materien herangezogen werde. Immerhin könne es so wenigstens die nicht gänzlich unwichtige Rolle einnehmen, zur Lösung von unvorhergesehenen juristischen Problemen beizutragen, die durch sozialen und technologischen Wandel entstehen (Friedman 1965: 193 ff.; vgl. Macaulay 2011) – ein Thema, das Friedman auch im hier zu besprechenden Schlüsselwerk behandeln wird. Angesichts der allgemein dennoch geringen praktischen Bedeutung des traditionellen Vertragsrechts kritisiert Friedman dessen allzu großen Stellenwert an Law Schools. Deren Lehre gleiche in ihrer schlechtesten Form einem Zoologiekurs, der sein Studium auf Dodos und Einhörner beschränke (Friedman 1965: 25). Diese wenig schmeichelhafte Beschreibung der dogmatischen Jurisprudenz, wie sie an Rechtsfakultäten US-amerikanischer Universitäten vertreten wurde, ist wohl auch Friedmans eigenen Studienerfahrungen geschuldet. Besonders den historischen Unterricht hat er als altmodisch, trocken und fruchtlos in Erinnerung (vgl. Friedman 1983: 107; Gordon/Friedman 2012: 3). Friedman – ab 1968 als Professor an der Stanford-Universität in Kalifornien tätig – setzt dem eine eigene Rechts- als Sozialgeschichte entgegen. Sein Buch *A History of American Law* (Friedman 1973, im

Jahr 2019 in vierter Auflage erschienen) ist die erste Gesamtdarstellung der US-amerikanischen Rechtsgeschichte, die schon bald den Rang eines Klassikers einnimmt. Er behandelt das Recht darin »nicht als ein Reich für sich, nicht als eine Reihe von Regeln und Konzepten, nicht als alleinige Angelegenheit von Juristen, sondern als Spiegel der Gesellschaft«. Dabei betrachtet Friedman »nichts als historischen Zufall, nichts als autonom, alles als relativ und von Wirtschaft und Gesellschaft geformt« (Friedman 1973: 10). Zu jeder Zeit sei der wesentliche Teil des Rechts durch jeweils gegenwärtige Kräfte geprägt: »aktuelle Gefühle, reale wirtschaftliche Interessen, konkrete politische Gruppen« (ebd.).

Trotz der von ihm angenommenen völligen Abhängigkeit des Rechts von äußeren Bedingungsfaktoren geht Friedman jedoch nicht davon aus, dass sich in einer Gesellschaft vorhandene Interessen direkt in ihrem Rechtssystem abbilden. Wünsche oder Einflussmöglichkeiten mächtiger Gruppen oder Individuen müssten vielmehr erst in konkrete Forderungen umgewandelt werden, um im Rechtssystem Wirkung zu entfalten. Abgesehen von strukturellen Gegebenheiten des Rechtssystems und seiner gesellschaftlichen Umwelt sei es vor allem die *Rechtskultur*, die darüber bestimme, wie welche Interessen schließlich rechtlich durchgesetzt werden. Dies lässt sich als eine grundlegende These des im Jahr 1975 veröffentlichten, hier vorgestellten Schlüsselwerks bezeichnen (vgl. 4 f./14 f., 151/162). Friedman greift darin unter anderem auf grundsätzliche Überlegungen zurück, die er zuvor in einem Aufsatz niedergelegt hat, der zugleich im *Law and Society Review* und der deutschen Zeitschrift *Verfassung und Recht in Übersee* erschienen ist (Friedman 1969). Letzteres Journal ist damals ein gerade neu gegründetes Forum der ›Law and Development‹-Forschung, die im Gefolge der Dekolonisation der 1960er Jahre im Sinne einer ›juristischen Entwicklungshilfe‹ zunächst eine optimistisch-normative Haltung einnimmt, was die Übertragbarkeit westlicher Rechtskonzepte auf Länder des – damals noch nicht so genannten – globalen Südens betrifft. Friedman ist diesbezüglich eher skeptisch: Die einschlägige Forschung sei noch gar nicht in der Lage, *rechtliche* Faktoren zu benennen, die für erfolgreiche wirtschaftliche Entwicklung, politische Stabilität oder auch nur für ein effektives Rechtswesen selbst sorgen würden. Nicht nur die Wirkung, sondern auch die soziale Bedeutung des Rechts überhaupt sei abhängig von historisch, regional und gruppenspezifisch variierenden Rechtskulturen, die es empirisch zu erforschen gelte. Die Kategorien der konventionellen Rechtsvergleichung, die die unterschiedlichen nationalen Rechtsordnungen nach dogmatisch-rechtsgeschichtlichen und formal-stilistischen Kriterien in ›Familien‹ unterteilt, seien wenig brauchbar, um das tatsächlich praktizierte »lebende« Recht in seinem gesellschaftlichen Kontext zu erfassen. Friedman beschäftigt sich in diesem Aufsatz mit Fragen, die sich auch in seinem späteren Werk häufig wiederfinden: nach der Existenz unterschiedlicher

Rechtskulturen, der Effektivität des Rechts, der Möglichkeit sozialen Wandels durch Recht und nach den methodischen Herausforderungen, all das sozialwissenschaftlich zu untersuchen.

Friedmans Publikationen sind äußerst umfangreich und thematisch vielfältig (vgl. Gordon/Horwitz 2011). Sie umfassen synthetische Darstellungen zur US-amerikanischen Rechtsgeschichte (vgl. Friedman 2002), rechtshistorische Detailstudien (z.B. Friedman 1965; Friedman/Percival 1981), ausführliche Monographien zu Rechtssystemen und ihren sozialen Auswirkungen (Friedman 1975; 2016) sowie rechtssoziologische Zeitdiagnosen (Friedman 1985; 1990; 1999). Hier können nur pars pro toto einige der wichtigsten Arbeiten genannt werden, die von rechtssoziologischer Relevanz sind. In *The Roots of Justice* erzählt Friedman gemeinsam mit Robert V. Percival anhand von Arrestprotokollbüchern, Strafgerichts- und Gefängnisakten sowie Zeitungsberichten und zahlreichen anderen Quellen eine materialgesättigte Geschichte des Kriminaljustizsystems im kalifornischen Alameda County zwischen 1870 und 1910. Dieses System habe nicht eine einzige, sondern je nach Deliktsbereich, Verfahrensart sowie sozialer und ethnischer Herkunft der Beschuldigten derart unterschiedliche Funktionen erfüllt, dass man nicht von einem, sondern von mehreren Systemen sprechen müsse (Friedman/Percival 1981: 14 f.) – ein Befund, der sich trotz des räumlich und zeitlich beschränkten Fokus der Studie zur Einsicht verallgemeinern lässt, Skepsis gegenüber ahistorisch-eindimensionalen Bestimmungen der Rolle des Rechts in einer Gesellschaft walten zu lassen.

Mit *Total Justice* legt Friedman (1985) einen Beitrag zum damals international vieldiskutierten Thema der Verrechtlichung vor. Die Gesellschaft werde, so zeitgenössische Wahrnehmungen der 1970er und 80er Jahre, durch eine anschwellende Prozess- und Gesetzesflut belastet. Obwohl Friedman die oft von konservativen Stimmen behauptete Explosion an Zivilklagen – nicht zuletzt aufgrund der für die gesamten Vereinigten Staaten föderalismusbedingt schlechten Datenlage – bezweifelt, geht er dennoch von einer steigenden Regulationsdichte und -tiefe aus: Fortschritte in Wissenschaft und Technik erlaubten ein früher nie gekanntes Ausmaß an Sicherheit, weckten aber auch entsprechende Erwartungen und machten vielfache Normierungen notwendig. Damit nehme die Möglichkeit zu, früher als Schicksalsschläge hingenommene Unglücksfälle verantwortlichen Akteuren zuzurechnen. Somit habe sich die Rechtskultur in Richtung einer gesteigerten Wahrnehmung von Ansprüchen, Forderungen und subjektiven Rechten entwickelt. Das Anwachsen von Regulierung und rechtlichen Aktivitäten sei jedoch nicht als Freiheitseinschränkung zu verstehen, sondern, ganz im Gegenteil, als Vermehrung individueller Wahlmöglichkeiten (Friedman 1990) – ein Prozess, der durch technologischen Wandel noch verstärkt werde und zu einer *horizontalen Gesellschaft* (Friedman 1999) führe, in der

Hierarchien unwichtiger und Identitätsfragen wichtiger werden. In dem vielzitierten Aufsatz *Law, Lawyers, and Popular Culture* legt Friedman (1989) den Grundstein für jenes rechtssoziologische Forschungsfeld, in dem die Wechselwirkungen von Recht und Erzeugnissen populärer Kultur (z.B. Filme, Fernsehserien, Bestsellerromane) unter die Lupe genommen werden (vgl. Carillo 2011).

In der Monographie *Impact* greift Friedman (2016) noch einmal die Fragestellung eines Abschnitts des hier präsentierten Schlüsselwerkes auf: Unter welchen Bedingungen ist Recht wirksam? Um darauf Antworten geben zu können, wertet der Stanford-Professor eine Vielzahl von empirischen Untersuchungen aus Soziologie, Politikwissenschaft, Kriminologie, Anthropologie und Verhaltensökonomik aus. Er macht die Beobachtung, dass trotz hunderter Studien zu Themen wie Abschreckung durch Todesstrafe oder Unternehmensregulierung einschlägige Forschungsergebnisse oft nicht zu einem Bestand an gesichertem Wissen kumulieren. Dennoch könne Rechtswirksamkeitsforschung nicht einfach durch normatives Denken ersetzt werden: »Gelehrte Abhandlungen darüber, was das Recht in der Gesellschaft bewirkt, ohne zu prüfen, welche Effekte es tatsächlich hat, sind wie Aufsätze über das Sexualleben des Einhorns« (Friedman 2016: 251).

Im Jahr 2023 veröffentlicht der bewundernswert produktive Friedman im Alter von 93 Jahren sein bislang letztes Buch *Law, Science, and Technology: Historical and Social Context*, dessen Thema seine ungebrochene wissenschaftliche Neugier widerspiegelt. Eine Beschreibung seines Schaffens wäre indessen unvollständig, erwähnte sie nicht auch sein literarisches Werk: Friedman hat eine zweistellige Anzahl von Kriminalromanen publiziert – ein Genre, für das er sich auch historisch und theoretisch interessiert (vgl. Friedman 2022). Sein Protagonist Frank May ist, wie der junge Friedman, Anwalt für Erbrecht. Ebenfalls wie sein Autor führt er eine stabile Ehe und hat zwei Töchter. Ohne dies anzustreben, wird er in Mordfälle involviert, zu deren Lösung er einen mehr oder weniger großen Beitrag liefern kann. Im bis dato letzten Roman (Friedman 2020) ist das Opfer ein Stanford-Rechtsprofessor, der in seiner Freizeit Krimis schreibt.

Friedman, dessen persönliche Art als »witzig und meist etwas frech« beschrieben wird (Edelman 2011: 19),³ war sowohl Präsident der *Law*

- 3 Das war auch mein Eindruck von Friedman, den ich 2017 bei der Präsentation seines Buches *Impact* im Rahmen der gemeinsamen Konferenz von LSA und RCSL in Mexico City gewonnen habe. Auf einen mit der Erwähnung Luhmanns unterfütterten Einwand eines Diskutanten, Effekte des Rechts könnten durch dessen Selbstbezüglichkeit verkompliziert werden, antwortete Friedman verschmitzt mit den sichtlich nicht ganz ernst gemeinten Worten: »Life is too short to read Luhmann«. Die Aussage ist zwar »frech«, aber auch insofern ein Understatement, als Friedman Luhmanns

and Society Association (LSA), des *Research Committee on the Sociology of Law* der *International Sociological Association* (RCSL) und der *American Society of Legal History*. Die Stanford-Universität hat ihn ehrenhalber auch zum Professor für Geschichte und Politikwissenschaft ernannt.

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Werkes

Als Friedman das hier besprochene Schlüsselwerk veröffentlicht, ist er bereits als herausragender Historiker des Rechts der Vereinigten Staaten in Erscheinung getreten. *The Legal System* ist ein Versuch, Zusammenhänge, die in seiner Rechtsgeschichte konkret untersucht werden, stärker theoretisch und soziologisch-verallgemeinernd darzulegen. Friedman sieht keinen Unterschied zwischen Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte: Letztere sei eine Art »Kontrollgruppe« für das Studium des gegenwärtigen Rechts in der Gesellschaft. Empirisch arbeitet Friedman am liebsten mit alten Gerichtsakten. Er habe kein Talent für Interviews – dabei komme er sich vor wie ein »Staubsaugervertreter« (Gordon/Friedman 2012: 5).

Den größten theoretischen Einfluss auf Friedman übt sein Lehrer James Willard Hurst aus. Hurst gilt als Begründer der ›Wisconsin School‹ der US-amerikanischen Rechtsgeschichte, der Friedman angehört (vgl. Friedman 1983: 105 ff.). Ihrerseits Gedanken des amerikanischen ›Legal Realism‹, europäischer rechtssoziologischer Klassiker wie Eugen Ehrlich und Max Weber sowie sozialtheoretischer Ansätze von Émile Durkheim, Talcott Parsons und Robert K. Merton aufgreifend, sind die Mitglieder der Hurst-Schule bestrebt, ›lebendes‹ Recht in seinem gesellschaftlichen Kontext zu analysieren. Recht sehen sie dabei als abhängige Variable an (vgl. Novak 2000: 12). Es sei, wie Friedman in der oben zitierten Einleitung seiner Rechtsgeschichte schreibt, nicht autonom, sondern werde gänzlich von sozialen und ökonomischen Einflüssen bestimmt. Er sieht Hurst als einen der »Gründerväter« der *Law and Society*-Bewegung an, deren frühe Protagonisten in der LSA vor allem

Werk – zumindest das vor der ›autopoietischen Wende‹ – wiederholt zitiert hat (vgl. nur Friedman 2016: 189 ff.). Umgekehrt hat auch Luhmann Friedmans Werk zur Kenntnis genommen (siehe 4.). Friedman hat unterdessen, ungewöhnlich für einen US-amerikanischen Gelehrten, abgesehen von Klassikern wie Eugen Ehrlich und Max Weber noch weitere deutschsprachige Rechtssoziologen rezipiert: Im hier vorgestellten Schlüsselwerk finden sich etwa Zitate von Erhard Blankenburg, Johannes Feest, Wolfgang Kaupen, Manfred Rehbinder und Gunther Teubner.

aus dessen Schülern bestanden (vgl. Garth 2000: 41). Um den historischen Zusammenhang dieser intellektuellen Richtung zu verstehen, ist es hilfreich zu betrachten, wogegen sie rebellierte – und was wiederum das Anliegen der nachfolgenden Generation von Rechtsforschenden war, die sich ihrerseits gegen bestimmte Grundüberzeugungen der ›Hurstianer‹ richtete. Friedman und andere Anhänger der Wisconsin-Schule setzten sich von der älteren formal-dogmatischen Rechtslehre und -geschichte ab, die sich auf ein von gesellschaftlichen Bezügen isoliertes Studium des *Common Law*-Fallrechts fokussiert und dessen Entwicklung als Abfolge von großen Präzedenzentscheidungen und Richterpersönlichkeiten in den Blick genommen hatte. Stattdessen untersuchte man nun Dokumente rechtlicher Alltagsaktivitäten an ›peripheren‹ Orten wie Untergerichten, Anwaltsbüros oder Provinzbehörden und fragte nach deren Funktionen in Bezug auf allgemeinere soziale Prozesse und Werte. Dabei bestand eine gewisse Tendenz, die Rolle des Rechts in der Gesellschaft insgesamt herunterzuspielen und es in konkreten Praktiken aufgehen zu lassen. Lässt sich dies auch bei Friedmans frühen historischen Arbeiten beobachten, so kann sein Blick auf Rechtssysteme und -kulturen im hier präsentierten Schlüsselwerk als ein Versuch gesehen werden, dem Recht als sozialer Sinnsphäre doch eine gewisse Eigenlogik zuzugestehen. Jüngere Rechtsgelehrte aus dem Umkreis der *Critical Legal Studies* begannen unterdessen, juristische Dogmatik wieder sehr ernst zu nehmen – allerdings mit der Motivation, das Recht als Legitimationsmythos für Herrschaft und Ungleichheit zu entlarven und zu dekonstruieren. Sie »beschuldigten die Hurst-Schule solcher Verbrechen wie Funktionalismus und Verteidigung des *Status quo*« – nach Friedman unfaire Vorwürfe,⁴ allerdings sei es wahr, dass die »Wisconsin-Leute« politisch gesehen nicht Marxisten oder Radikale, sondern »eher Gemäßigte und New-Dealer« waren (Friedman 1983: 107).

Die für *The Legal System* zentralen Begriffe des *Rechtssystems* und der *Rechtskultur* hat Friedman in Auseinandersetzung mit politikwissenschaftlicher Literatur der 1960er Jahre geprägt (vgl. 5 ff./16 ff.; Easton 1965). Der Terminus *Rechtskultur* ist an das Konzept der »politischen Kultur« angelehnt, wie es die Politikwissenschaftler Almond und Verba (1963) in ihrem einflussreichen Werk *The Civic Culture* – einem Klassiker der ländervergleichenden Erforschung von Einstellungsmustern zu politischer Beteiligung – vertreten haben (15/27; Friedman 2006: 189).

Die frühen 1970er Jahre, in denen *The Legal System* entsteht, sind in den USA wie in anderen Industriestaaten auch nicht nur eine dynamische Phase gesellschaftlicher Auf- und Umbrüche, sondern auch

4 Friedmans »Funktionalismus« ist insofern analytisch neutral, als er Funktionen des Rechts nicht notwendigerweise als bestanderhaltend versteht (vgl. Ferrari 2011; Woeste 2011).

der besonders raschen Expansion formaler Hochschulbildung – nicht zuletzt auf den Gebieten der Rechts- und Sozialwissenschaften.⁵ Es ist wohl kein Zufall, dass in dieser Periode auch ein zunehmendes Interesse an Rechtssoziologie erwacht – das jedoch, wie Friedman gut zehn Jahre nach Erscheinen seiner hier besprochenen Monographie etwas resignativ festhält, nur zu einer marginalen Institutionalisierung dieser Disziplin und verwandter Fächer wie Rechtsgeschichte oder -philosophie an *law schools* geführt habe: wenn überhaupt vorhanden als schmückendes Beiwerk, »wie dicke Teppiche im Dekanatsbüro« (Friedman 1986: 777). Dennoch seien die Bemühungen nicht vergebens: Die *Law and Society*-Bewegung halte dem Recht einen Spiegel und eine Messlatte vor; »sie steht für Klarheit, Ehrlichkeit und Strenge bei der Untersuchung rechtlicher Institutionen. Wie viele ihrer Konkurrenten können das ernsthaft von sich behaupten?« (Friedman 1986: 780)

3. Darstellung des Schlüsselwerkes

Im ersten Kapitel von *The Legal System – A Social Science Perspective* (1975) erörtert Friedman den Begriff und die Funktion des Rechtssystems. Um dessen Grenzen zu bestimmen, sei eine vorläufige Definition des Rechts notwendig. Unter ›Recht‹ habe die konventionelle Rechtslehre geschriebene oder ungeschriebene Regeln über Pflichten und Rechte sowie die Strukturen verstanden, die diese Normen »auf dem Papier« erzeugen oder anwenden. Daneben gebe es aber noch zwei weitere Erscheinungsformen, die ebenso real seien: einerseits die gesellschaftlichen Kräfte, die »das Recht prägen oder schaffen« und andererseits die »Wirkung des Rechts auf das Verhalten der Menschen nach außen« (1 f./11 f.). Diese beiden vernachlässigten Aspekte seien wesentlich für eine sozialwissenschaftliche Erforschung des Rechts.

Nachdem Friedman institutionelle, regelorientierte, funktionelle und verfahrensbezogene Definitionen des Rechts diskutiert, gelangt

5 Allein zwischen 1970 und 1975 steigt die Zahl der Einschreibungen in Law Schools um das eineinhalbfache; bis Mitte der 80er Jahre verdoppelt sich die Menge an Rechtsanwältinnen und -anwälten; Quelle: American Bar Association; https://www.americanbar.org/about_the_aba/profession_statistics/ (zuletzt abgerufen am 21.3.2024). Die Zahl der Bachelor-Abschlüsse in Soziologie verdoppelt sich zwischen 1967 und 1974. Im Gegensatz zur Nachfrage nach Law Schools ebbt das Interesse an Soziologie ab Mitte der 1970er Jahre bereits wieder ab, erreicht Mitte der 80er Jahre einen Tiefstand, um dann allmählich wieder zu steigen; Quelle: American Sociological Association; <https://www.asanet.org/academic-professional-resources/data-about-the-discipline/data-dashboard/degrees-awarded/> (letzter Zugriff: 21.3.2024).

er zu einer vorläufigen Bestimmung dessen, was er unter »Rechtssystem« versteht. Im Recht entwickelter Industrienationen gebe es »soziale Subsysteme, die allgemein und eindeutig als Bestandteil des Rechts anerkannt werden. Dazu gehören die Gerichte, die Legislativorgane als Gesetzgeber⁶ und die Strafverfolgungsorgane« (10 f./21). Weniger allgemein, jedoch immer noch eindeutig könne man die Arbeit von Verwaltungsinstanzen und die private Beratungstätigkeit von Anwälten der Rechtssphäre zuordnen. All diesen Bereichen sei gemeinsam, dass sie mit Regeln arbeiten, die mit staatlicher Autorität verknüpft sind. »Das ›Rechtssystem‹ wäre nichts anderes als die Summe dieser Subsysteme« (ebd.). Man könne sich die ideale Definition als einen großen vollständigen Kreis vorstellen und die Subsysteme als Vierecke unterschiedlicher Form und Größe, jedes davon kleiner als der Kreis. Aus diesen ließe sich ein kreisähnliches Gebilde schaffen: »An einigen Stellen werden die Vierecke den Kreis nicht ganz ausfüllen, an anderen hingegen über den Kreisrand hinausragen. Geometrisch ist diese Figur grob und unvollständig, für unseren Gebrauch kommt sie aber dem Kreis nahe genug« (ebd.). Friedman legt damit, wie er selbst einräumt, keine wirklich genaue Definition des Rechtssystems vor. Seine vorläufige Begriffsbestimmung sei jedoch ausreichend, um das Recht zum Gegenstand der Sozialwissenschaften zu machen.

Die Anordnung der institutionellen Bestandteile des Rechtssystems, die Friedman heranzieht, um dessen Grenzen – wie auch immer unscharf – festzulegen, nennt er *Struktur*. Die *Substanz* des Systems bestehe dagegen einerseits aus seinen materiellen Rechtsnormen und andererseits aus den Bestimmungen, die das Verhalten seiner einschlägigen Institutionen regeln, die das Recht anwenden. Was aber dem Rechtssystem tatsächlich »Leben und Wirklichkeit gibt, ist die gesellschaftliche Außenwelt«: Es hänge von äußeren *Inputs* ab – ohne Streitfrage keine Streitparteien, ohne Streitparteien keine Klagen, ohne Klagen keine Zivilprozesse, ohne Prozesse keine Gerichte. Ob bestimmte soziale Kräfte auf das Recht einwirken, liege an Bedürfnissen, aber auch an Haltungen und Werten der Menschen in der Gesellschaft – der *Rechtskultur*: »Ob eine Gewerkschaft streikt, eine Revolution auslöst, eine Klage einreicht, kollektiv verhandelt oder eine politische Partei gründet, hängt von vielen Faktoren ab. Die Wertvorstellungen der Führer und Mitglieder gehören zu diesen Faktoren, da ihr Verhalten von ihrer Einschätzung abhängt, welche Option nützlich und richtig ist. Rechtskultur bezieht sich also auf jene Teile der allgemeinen Kultur – Sitten, Meinungen, Denk- und Handlungsweisen –,

6 In der veröffentlichten deutschsprachigen Ausgabe ist »legislatures as law-makers« mit »Gesetzgebungsbehörden« übersetzt – ein Helvetismus: In der deutschen und österreichischen Rechtssprache ist es unüblich, Organe der legislativen Gewalt als »Behörden« zu bezeichnen.

die soziale Kräfte zum Recht hin oder vom Recht weg und auf besondere Weise beeinflussen.« Ein Rechtssystem in Betrieb ist Friedman zufolge »ein komplexer Organismus, in welchem Struktur, Substanz und Kultur aufeinander einwirken« (15 f./26 f.). Die *Outputs*, die das Rechtssystem in seinen Verfahren als Antworten auf gesellschaftliche Forderungen produziert, seien daher auch nicht wie bei einem Computerprogramm vorhersehbar. Manche diese Ergebnisse wie neu aufgestellte Regeln oder Informationen über die Wirkung von Entscheidungen fließen als Feedback ins System zurück. In einem allgemeineren Sinn könne man schließlich von Outputs als den *Funktionen* des Rechts sprechen.

Welche Funktionen gesteht Friedman dem Rechtssystem zu? In einem sehr allgemeinen Sinn sei es dafür da, »Werte in einer von der Gesellschaft als richtig empfundenen Weise zu verteilen und diese Verteilung aufrechtzuerhalten« (17/28). Friedman nennt diese Aufgabe *Gerechtigkeit*, versteht diesen Begriff jedoch nicht in einem normativen Sinn. Rechtliche Entscheidungen sind für ihn »ihrem Wesen nach wirtschaftliche Entscheidungen« (ebd.), die knappe Güter und Dienstleistungen verteilen. Da das Rechtssystem somit stets die Machtaufteilung in der Gesellschaft widerspiegle, unterstütze es soziale Hierarchien. Wer die gesellschaftliche Schichtung als ungerecht empfinde, müsse das Rechtssystem als ein Quelle der Ungerechtigkeit betrachten. Eine weniger globale Funktion, auf die das Rechtssystem kein Monopol habe, sei die *Streitschlichtung*. In westlichen Industriegesellschaften sei es nicht üblich, kleine Meinungsverschiedenheiten vor Gericht auszutragen. Neben dem Ausüben von *sozialer Kontrolle* (am sichtbarsten durch die Strafjustiz) liege eine weitere Funktion des Rechts darin, genau jene Normen zu schaffen, die das Rohmaterial dieser Kontrolle darstellen. Insofern das Rechtssystem dabei als ein Mittel geordneter gesellschaftlicher Veränderung wirke, sei es ein Instrument des *social engineering*. Als eine eher alltägliche Leistung des angewandten Rechts sieht Friedman dessen Registrierungsfunktion an, in deren Rahmen in differenzierten Gesellschaften durch das Dokumentieren von Rechtsakten ökonomisch-soziale Interaktionen geordnet werden. Schließlich erwähnt er neben all diesen instrumentellen Zwecken noch eine *symbolische Funktion* des Rechts, von der seit Durkheims Annahme von der Notwendigkeit des Verbrechens zum Aufrechterhalten des sozialen Solidaritätsgefühls viele soziologischen Stimmen fasziniert seien. Friedman lässt offen, ob das Strafrecht tatsächlich zur gesellschaftlichen Psychohygiene beizutragen vermag. Unter Berufung auf Banduras Lerntheorie hält er es für möglich, dass strafende Kontrolle eher mehr Aggression erzeuge oder durch ihr Vorbild freilasse als unterdrücke.

Im zweiten Kapitel wirft Friedman einen näheren Blick auf unterschiedliche Typen von Rechtsakten. Unter den Begriff *Rechtsakt* fasst er »jegliches Verhalten irgendeines Ermächtigten, der innerhalb des Rechtssystems handelt« (25/38). Es gebe nonverbale und verbale Rechtsakte, letztere

seien entweder sich auf Einzelfälle beziehende Entscheide und Anordnungen oder generelle Regeln. Letztere lassen sich abstrakt danach, ob sie den vollziehenden oder aber den adressierten Personen Ermessen einräumen, in vier Kategorien unterscheiden. Letztlich gebe es aber bei jeder Regelanwendung in der Praxis einen unvermeidlichen Ermessensanteil, während manche Regeln mit formalem Ermessenspielraum dennoch starr ausgelegt würden. Unter einem anderen, eher soziologischen Gesichtspunkt könne man Rechtsnormen in »schlummernde« und »lebende« Regeln einteilen, letztere wiederum in unklar-interpretationsoffene oder aber als eindeutig anerkannte Normen. Die Feststellung, welche Regeln wann und warum tatsächlich herrschen, sei eines der größten Probleme bei der sozialwissenschaftlich-empirischen Erforschung des Rechts. Aber auch jede Theorie des Rechts müsse »eine Menge Flauten, Spielraum, Ermessen und völligen Ungehorsam innerhalb des Systems in Betracht ziehen« (36/49).

Die Kapitel drei bis fünf widmen sich der Wirkung von Recht. Unter »Wirkung« (original *impact*) versteht Friedmann jegliches Verhalten, »das kausal mit einem Rechtsakt verbunden ist«, ungeachtet der Absicht des Aktes. Die beste wissenschaftliche Methode, um kausale Wirkungen zu messen, wäre das Durchführen eines Experiments, was jedoch meist am Fehlen von Kontrollgruppen scheitere. Allgemeine Erfahrungen, Simulationen, Quasi-Experimente (z.B. das Einführen von Gesetzen in ausgewählten Gebieten als Modellprojekt), örtliche und zeitliche Vergleiche sowie soziologische Theorie könnten Kontrollgruppen bis zu einem gewissen Grad ersetzen. Damit ein Rechtsakt überhaupt einen Effekt haben kann, müssen nach Friedman drei Voraussetzungen erfüllt sein: Die Norm muss mitgeteilt und ihre Befolgung möglich sein. Die adressierten Personen müssen überdies die Neigung haben, sich der Norm entsprechend zu verhalten.

Wodurch entsteht die Neigung, Rechtsnormen einzuhalten? Friedman unterscheidet diesbezüglich drei Faktoren: positive und negative Sanktionen, soziale Kontrolle durch *peer groups* sowie innere Antriebe – ein Modell, das er auch in der Monographie *Impact* wieder aufgreifen wird. Jede Theorie der *Sanktionen* müsse eine gewisse Rationalität der angesprochenen Subjekte unterstellen, ein Kosten-Nutzen-Verhalten, das sich danach ausrichtet, Erfreuliches anzustreben und Leid zu vermeiden. Es gebe jedoch kein einfaches lineares Verhältnis zwischen Sanktionen und verbotenem Verhalten: »Die Drohung mit einer 20jährigen Gefängnisstrafe wird wahrscheinlich nicht doppelt so wirksam sein wie die Drohung mit einer 10jährigen. Wir erwarten eine Art kurvenförmiges Verhältnis, ein allmähliches Abflachen.« (76/88). Ab einem bestimmten Punkt würden weitere Bestrafungsaussichten immer weniger zusätzliche Befolgung bewirken und schließlich ohne Effekt bleiben. Bei Zunahme der Befolgung gebe es immer weniger Leute zu erreichen, die außerdem zu den schwierigsten Fällen gehörten.

Friedman nennt diesen Zusammenhang zwischen Sanktionen und Verhalten »Präventionskurve«. Jeder Rechtsakt habe seine eigene Präventionskurve, abhängig von Merkmalen der Sanktionsdrohung (Schwere, wahrgenommenes Risiko und Zeitpunkt des Eintritts), der angesprochenen Personen (deren Anzahl, Persönlichkeit und Kultur) sowie des zu kontrollierenden Verhaltens. Der Todesstrafe etwa kommt in Friedmans Sichtweise gegenüber der lebenslangen Freiheitsstrafe kein abschreckender Mehrwert zu (zumal angesichts ihres selektiven Vollzugs) – die Präventionskurve habe sich hier längst schon abgeflacht. Abgesehen davon würden die allermeisten Menschen solche fundamentalen Strafrechtsnormen wie das Tötungsverbot nicht aus Angst vor Bestrafung, sondern aus ganz anderen Gründen befolgen. Da Individuen im Allgemeinen nach Anerkennung durch ihnen nahestehende Personen streben, sei der Einfluss von *peer groups* eine äußerst wirksame verhaltenssteuernde Macht: Die Kleingruppe – sei es die Familie, die Schulklasse, der Verein, der Berufsverband, die Gewerkschaft oder die Kirche – »straft und belohnt schnell, effektiv und ohne Papierkrieg« (107/119). Warum Menschen schließlich eine »innere Stimme« ausbilden und ihr Verhalten freiwillig nach Rechtsregeln ausrichten, kann unterschiedliche Gründe haben: Gewissen, Moral, Vertrauen, Glaube an die Fairness rechtlicher Institutionen oder Legitimität – im Hinblick auf letzteren Begriff verweist Friedman auf Max Webers Beschreibung legitimer Ordnungen als »mit dem Prestige der Vorbildlichkeit oder Verbindlichkeit« (Weber 1972: 16) auftretend und zitiert Niklas Luhmanns »Legitimation durch Verfahren«. Wenn zwei oder gar alle drei Faktoren – Sanktionenwirkung, soziale Kontrolle durch Nahestehende und innere Befolgungsbereitschaft – in dieselbe Richtung weisen, können Rechtsnormen Friedman zufolge einen bedeutsamen Effekt entfalten. Umgekehrt werden Regeln massenhaft übertreten, wenn es zugleich an wirksamen Sanktionen, Gruppendruck und subjektiver Folgebereitschaft fehlt – wie etwa bei geringfügigen Verkehrsdelikten. Wenn diese Faktoren indessen zueinander in Konflikt stehen, sei das Ergebnis unvorhersehbar – nicht zuletzt aufgrund des vielfach mangelhaften und inkonsistenten Forschungsstandes (vgl. Friedman 2016).

In den Kapiteln sechs und sieben diskutiert Friedman den Ursprung des Rechts und dessen Zusammenhang mit Macht und sozialen Strukturen. Er grenzt sich von gängigen rechtswissenschaftlichen Deutungsmustern ab, die dazu neigen, »die Rechtsentwicklung innerfachlich, bezogen auf Rechtskonzepte und juristische Denkgewohnheiten« zu erklären (138/150). Stattdessen geht er davon aus, dass das Rechtssystem – abgesehen von Kuriositäten des toten Rechts, die sich im Common Law länger hielten als im kontinentaleuropäischen Raum – durch gegenwärtige Wertvorstellungen und Konzepte der Mächtigen und Einflussreichen bestimmt werde: »Das lebendige Recht, beobachtet im Querschnitt zu irgendeinem

Zeitpunkt, zeigt die Prägung jener sozialen Kräfte, die tatsächlich auf das Rechtssystem einwirkten« (148/161). Bloße »Kräfte« machen nach Friedman aber noch kein Recht – dafür müssen sie das Rechtssystem mit konkreten Anliegen in Anspruch nehmen: »Soziologische Rechtserklärungen setzen daher die Existenz von Interessen voraus, die zu Forderungen umgewandelt werden und dann im Rechtssystem Reaktionen hervorrufen. Es ist die Rechtskultur, die über die Umwandlung von Interessen in Forderungen bestimmt. Die Reaktion im System hängt von der Struktur des Rechtssystems selbst (wir wollen dies die strukturelle Variable nennen) und von der Struktur der gesellschaftlichen Umgebung ab, d.h. von der Verteilung von Macht und Einfluss« (150/162). Die Struktur des Rechtssystems vergleicht Friedman mit einem Seil beim Tauziehen. Es sei ein Medium, durch das Kräfte fließen (156/168). Gleichzeitig schaffe und erhalte es aber auch die Sozialstruktur – nämlich dann, wenn es die Rechtskultur zulässt, dass sich Interessen tatsächlich in konkreten Forderungen äußern, die dann zu wirksamen Rechtsakten führen.

Im achten und neunten Kapitel von *The Legal System* erläutert Friedman seinen Begriff der Rechtskultur eingehender. In einem allgemeinen Sinn sind damit Kenntnisse, Einstellungen, Gefühle und Ideologien gemeint, die sich auf das Rechtssystem beziehen (193/202). Friedman unterscheidet zwischen der *externen* und der *internen* Rechtskultur: »Die externe Rechtskultur ist die Rechtskultur der allgemeinen Bevölkerung; die interne Rechtskultur ist die Rechtskultur derjenigen Gesellschaftsmitglieder, welche besondere rechtliche Aufgaben erfüllen« (233/223). Innerhalb einer Gesellschaft existieren somit stets mehrere Rechtskulturen, unter Umständen bestehen, so Friedman, innerhalb eines politischen Gemeinwesens sogar mehrere Rechtssysteme. Er entwirft eine Typologie von rechtpluralistischen Phänomenen, die er einerseits danach klassifiziert, ob es eine Hierarchie zwischen den Rechtssystemen gibt (horizontal vs. vertikal) und andererseits danach, ob der Pluralismus kultureller, politischer oder sozioökonomischer Art ist. Trotz dieser Vielfalt könne man auf einem höheren Abstraktionsniveau aber auch von nationalen Rechtskulturen sprechen, die sich vergleichend untersuchen ließen. Friedman kritisiert in diesem Zusammenhang erneut die historisch-doktrinären Einteilungskriterien der traditionellen Privatrechtsvergleichung als soziologisch nutzlos (199 ff./208 ff.) – ein Thema, das ihn auch in späteren Veröffentlichungen nicht loslassen wird, wenn er etwa die Frage stellt, inwiefern man allen Ernstes die Rechtssysteme Frankreichs und Haitis (das den französischen *Code civil* übernommen hat) als verwandt, die Rechtssysteme Frankreichs und Englands hingegen als nicht verwandt bezeichnen könne. Die herkömmliche komparative Rechtswissenschaft sei »stark und zwanghaft von kleinen Tricks und Marotten des formalen Rechts geprägt, die von Rechtsprofessoren so sehr geschätzt werden, aber keinen nachgewiesenen Bezug zum tatsächlich angewandten System haben« (Friedman 1997: 36).

Das letzte Kapitel behandelt das Verhältnis von sozialem Wandel zu Rechtswandel. Je nach Entstehungs- und Wirkungspunkt unterscheidet Friedman vier Szenarien des Rechtswandels: 1. Wandel in der Gesellschaft außerhalb des Rechtssystems, der ausschließlich Effekte auf das Rechtssystem hat und dort »wie eine verschossene Kugel« liegen bleibt; 2. Wandel außerhalb des Rechtssystems, der durch dieses (modifiziert oder nicht) hindurchgeht und außerhalb in der Gesellschaft wirkt; 3. Wandel innerhalb des Rechtssystems, der nur im Rechtssystem wirkt und 4. Wandel, der im Rechtssystem entsteht und außerhalb wirkt. Friedman bezweifelt, ob letzterer Typ überhaupt existiert. Es sei unwahrscheinlich, dass »zufällige Formulierungen und Lehrmeinungen die Sozialpolitik beeinflussen« (275/285). Der dritte Typus legitimierte juristische Arbeit, werde in seinen Effekten aber meist überschätzt. Die erste Kategorie von Wandel könne durch strukturelle Hindernisse im Rechtssystem bzw. widersprüchliche einwirkende Kräfte zustande kommen: »am Seile haben zwei gleich starke Mannschaften gezogen« (276/286). Tatsächlich durch Recht bewirkter sozialer Wandel gehe in modernen Gesellschaften schließlich meist vom Gesetzgeber aus, könne aber auch durch ein Zusammenspiel aus interventionsfreudigen Gerichten und politisch-juristischem Aktivismus, der von sozialen Bewegungen getragen wird, befördert werden. Dadurch kann sich die Rechtskultur nachhaltig ändern – als ein Beispiel führt Friedman die Aufhebung der rassistischen »Jim-Crow-Gesetze« an (Fallkomplex *Brown v. Board of Education*, Civil Rights Act von 1964).

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion in der Rechtssoziologie

In einem Interview aus dem Jahr 2012 nennt Friedman auf die Frage nach seinen liebsten eigenen Werken als erstes *The Legal System – A Social Science Perspective* (Gordon/Friedman 2012: 8), um dann hinzuzufügen, dass dieses Buch in den USA im Wesentlichen völlig ignoriert worden sei. Es sei jedoch übersetzt worden (tatsächlich liegen Fassungen in Italienisch, Deutsch und Chinesisch vor) und finde im Ausland Beachtung. Seine Einschätzung einer mangelnden Rezeption durch die amerikanische Fachöffentlichkeit ist gewiss übertrieben. Es stimmt jedoch, dass diese Arbeit des Juristen Friedman, der in den Vereinigten Staaten vor allem als Doyen ihrer Rechtsgeschichte wahrgenommen wird, zu Debatten inspiriert hat, an denen mehrheitlich europäische Stimmen teilgenommen haben.

Im Hinblick auf seine rechtssoziologische Rezeption mag *The Legal System* zunächst etwas im Schatten von Donald Blacks nahezu zeitgleich veröffentlichtem Buch *The Behaviour of Law* (1976) gestanden

haben. In einer Sammelrezension für den *Law and Society Review* meint Stinchcombe (1977), Blacks auf jede Kategorie von individueller Handlung bewusst verzichtender »Durkheimischer« Theorieentwurf sei eleganter, exakter und »soziologischer« als Friedmans Blick auf das Rechtssystem, lobt letzteren aber für seine Vielzahl an intelligenten Kommentaren zur Komplexität seines Gegenstandes. Der Soziologe Gusfield (1977) hielt Friedmans Werk hingegen in gewisser Weise für »zu soziologisch«. Als hervorragend klare und fundierte Darlegung einer soziologischen Perspektive auf das Recht durch einen Nicht-Soziologen sei es »päpstlicher als der Papst« im Vertreten eines »soziologischen Zynismus«, der normative Kriterien in sozialen Auseinandersetzungen ignoriere, das Recht als bloßen Spielball von Interessensgruppen sehe und damit auch empirisch blind dafür sei, wie Menschen mit rechtlichen Institutionen umgingen.

Wie ist es um die Rezeption außerhalb der USA bestellt? Friedmans Begriff des *Rechtssystems* war offensichtlich ein Bezugspunkt für Niklas Luhmanns systemtheoretisch-rechtssoziologisches Denken. Hatte dieser im Aufsatz *Ausdifferenzierung des Rechtssystems* (Luhmann 1976: 121) sein Verständnis des Rechtssystems, wonach es »aus allen sozialen Kommunikationen, die mit Bezugnahme auf das Recht formuliert werden«, bestehe, noch als dem Friedmanschen Konzept ähnlich angesehen, so grenzte er sich in *Das Recht der Gesellschaft* (Luhmann 1993: 66) von ihm ab. Er verwarf es nun als zu eng, institutionenzentriert und ungenau.

Ausschlaggebend für eine bis heute anhaltende Beachtung von Friedmans Monographie, die es durchaus rechtfertigt, sie als Schlüsselwerk der Rechtssoziologie anzusehen, ist indessen ein anderer ihrer zentralen Termini, nämlich der der *Rechtskultur*. Da der Ausdruck zwei so unscharfe wie im Hinblick auf Reichweite und normative Bedeutung umstrittene Konzepte – »Recht« und »Kultur« – miteinander verbindet (vgl. Silbey 2019) und bereits Friedman viele unterschiedliche Phänomene darunter gefasst hat, eignet er sich für ein breites Spektrum an Erkenntnisinteressen und Verwendungsweisen. Genau das bemängelt der britische Rechtssoziologe Cotterrell (1997), der den Begriff als theoretisch vage einschätzt und ihm sowohl Trennschärfe als auch Erklärungskraft abspricht. In Repliken auf diese Kritik beharrt Friedman (1997; 2006) auf die pragmatische Nützlichkeit des Begriffs zum Verständnis rechtlichen Wandels durch soziale Prozesse und als Sammelbegriff zum Erforschen ansonsten disparater mit dem Recht verbundener Gegenstände. In letzterem Sinn ist das Konzept der Rechtskultur auch in der deutschen Rechtssoziologie verwendet worden – zum Ausdruck kommend etwa in der Definition von Raiser (2013: 328) als »Inbegriff der in einer Gesellschaft bestehenden, auf das Recht bezogenen Wertvorstellungen, Normen, Institutionen, Verfahrensregeln und Verhaltensweisen«. Die von Cotterrell beanstandete Weite des Konzepts kann hier zum Vorteil werden, erlaubt

sie es doch, juristische Diskurse und institutionelle Rahmenbedingungen (z.B. Gerichtszugang und -organisation, funktionale Äquivalente, beteiligte Professionen) sowie rechtserhebliche Einstellungs- und Praxismuster systematisch aufeinander zu beziehen und die Verknüpfung all dessen mit allgemeineren sozioökonomischen Faktoren in den Blick zu nehmen. Damit eignet sich der Begriff sehr gut für komparative sozialwissenschaftliche Rechtsforschung, die die von Friedman aus gutem Grund beklagte Fixierung auf Dogmengeschichte hinter sich lässt, ohne deswegen juristische Denkkonzepte als völlig irrelevant anzusehen. Dergestalt vermochte etwa Blankenburg (1994) in einer bekannten Studie auf den ersten Blick rätselhafte Disparitäten der Zivilprozessnutzung zwischen den Niederlanden und dem benachbarten Nordrhein-Westfalen auf plausible Weise zu deuten. In eigenen Arbeiten (vgl. Fuchs 2017; Estermann/Fuchs 2016) habe ich einen ähnlichen Ansatz gewählt, um zeitliche, nationale, regionale und substanzielle Unterschiede des Anwendens von Rechtsinstituten des »Erwachsenenschutzes« für psychisch oder kognitiv beeinträchtigte Menschen (rechtliche Betreuung, Erwachsenenvertretung, Sachwaltertschaft, *guardianship*, ehemals Vormundschaft/Entmündigung) zu erklären.⁷ Dieser Nutzen des Konzepts ist auch der neueren Rechtsvergleichung nicht entgangen, die Friedmans Kritik ausdrücklich zur Kenntnis genommen, die Debatte um die Rechtskultur rezipiert und sich zum Teil von älteren doktrinären Verengungen emanzipiert hat (vgl. Siems 2014: 120 ff.; Kischel 2015: 230 ff.). »Rechtskultur« ist als Begriff schließlich auch in der europäischen Rechtsgeschichte sichtlich beliebt geworden⁸ – womit sich der Kreis zu Friedmans angestammter fachlicher Orientierung schließt.

5. Lesehinweise

Auf Deutsch ist das hier vorgestellte rechtssoziologische Schlüsselwerk 1981 als *Das Rechtssystem im Blickfeld der Sozialwissenschaften* erschienen und bei Duncker & Humblot immer noch lieferbar. Die Übersetzung,

- 7 Bei solchen Studien ist es freilich notwendig – worauf Nelken (2006: 216 f.) berechtigterweise hingewiesen hat – genau zu klären, welche Elemente der Rechtskultur als erklärende oder aber erklärungsbedürftige Variablen verstanden werden. Eine Untersuchung, die etwa die hohen Raten an rechtlicher Betreuung für mental eingeschränkte Menschen als eine typische Eigenschaft der deutschen Rechtskultur begreift, argumentiert potenziell zirkulär, wenn sie Charakteristika der deutschen Rechtskultur als Erklärung für ebendiese hohen Raten heranzieht.
- 8 Etwa als Name einer mehrsprachigen, sich transdisziplinär verstehenden rechtshistorischen Fachzeitschrift, die 2012 gegründet wurde; siehe <https://www.rechtskultur.org> (letzter Zugriff: 21.3.2024).

die über Vermittlung Manfred Rehbinders durch damalige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter seines Zürcher Lehrstuhls zustande kam, ist insofern nicht optimal, als sie für die Länge unerhebliche geringfügige Kürzungen enthält, durch die aber dennoch einige interessante Bezüge verloren gehen. Außerdem sind dort wörtliche Zitate nicht immer als solche erkennbar. Friedmans Scharfsinn und Humor blitzen im Original ohnehin viel klarer auf. Dieses ist nur mehr antiquarisch oder als E-Book erhältlich. Da die Monographie über weite Strecken den damaligen rechtssoziologischen Forschungsstand beschreibt, ist sie in Teilen veraltet. Lesende, die vor allem am Konzept der Rechtskultur interessiert sind, können sich auf die Lektüre der Kapitel eins, acht und neun beschränken. Seine Ausführungen zur Wirkung von Recht hat Friedman in »Impact« (2016) aktualisiert. Eine ausführliche Sekundärquelle zu Friedmans Werk bietet der von Gordon und Horwitz (2011) herausgegebene Sammelband.

Literatur

- Almond, Gabriel A./Verba, Sidney (1963): *The Civic Culture: Political Attitudes and Democracy in Five Nations*, Boston: Little, Brown and Co.
- Blankenburg, Erhard (1994): »The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation: Comparing Cultures of Legal Behaviour in The Netherlands and Western Germany«, in: *Law & Society Review* 28, 789–808.
- Black, Donald (1976): *The Behaviour of Law*, New York: Academic Press.
- Carillo, Jo (2011): »To Influence, Shape, and Globalize: Popular Legal Culture and Law«, in: Gordon, Robert W./Horwitz, Morton J. (Hg.), *Law, Society, and History – Themes in the Legal Sociology and Legal History of Lawrence M. Friedman*, Cambridge: Cambridge University Press, 69–89.
- Cotterrell, Roger (1997): »The Concept of Legal Culture«, in: Nelken, David (Hg.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot: Dartmouth, 13–32.
- Easton, David (1965): *A Systems Analysis of Political Life*, New York: Wiley.
- Edelman, Lauren B. (2011): »Lawrence Friedman and the Canons of Law and Society«, in: Gordon, Robert W./Horwitz, Morton J. (Hg.), *Law, Society, and History – Themes in the Legal Sociology and Legal History of Lawrence M. Friedman*, Cambridge: Cambridge University Press, 19–25.
- Estermann, Josef/Fuchs, Walter (2016): »Zu Häufigkeit und Determinanten rechtlicher Betreuung – Eine vergleichende Analyse von Daten aus Deutschland, Österreich und der Schweiz«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 37, 154–186.
- Ferrari, Vincenzo (2011): »Then and Now: Lawrence Friedman as an Analyst of Social and Legal Change«, in: Gordon, Robert W./Horwitz, Morton J. (Hg.), *Law, Society, and History – Themes in the Legal Sociology and Legal History of Lawrence M. Friedman*, Cambridge: Cambridge University Press, 26–42.

- Friedman, Lawrence M. (1959): »A Comment on »Bar Reactions to Legal Periodicals: The West Virginia Survey«, in: *Journal of Legal Education* 11, 384–385.
- Friedman, Lawrence M. (1965): *Contract Law in America*, Madison: The University of Wisconsin Press.
- Friedman, Lawrence M. (1969): »Legal Culture and Social Development«, in: *Verfassung und Recht in Übersee* 2: 261–274/*Law & Society Review* 4, 29–44.
- Friedman, Lawrence M. (1973): *A History of American Law*, New York: Simon & Schuster.
- Friedman, Lawrence M. (1975): *The Legal System – A Social Science Perspective*, New York: Russell Sage Foundation.
- Friedman, Lawrence M. (1983): »The State of American Legal History«, in: *The History Teacher* 17, 103–119.
- Friedman, Lawrence M. (1985): *Total Justice*, New York: Russell Sage Foundation.
- Friedman, Lawrence M. (1986): »The Law and Society Movement«, in: *Stanford Law Review* 38, 763–780.
- Friedman, Lawrence M. (1989): »Law, Lawyers, and Popular Culture«, in: *Yale Law Journal* 98, 1579–1606.
- Friedman, Lawrence M. (1990): *The Republic of Choice – Law, Authority, and Culture*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Friedman, Lawrence M. (1997): »The Concept of Legal Culture: A Reply«, in: Nelken, David (Hg.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot: Dartmouth, 33–39.
- Friedman, Lawrence M. (1999): *The Horizontal Society*, New Haven: Yale University Press.
- Friedman, Lawrence M. (2002): *Law in America: A Short History*, New York: Modern Library.
- Friedman, Lawrence M. (2006): »The Place of Legal Culture in the Sociology of Law«, in: Freeman, Michael (Hg.), *Law and Sociology*, Oxford: Oxford University Press, 185–199.
- Friedman, Lawrence M. (2016): *Impact – How Law Affects Behaviour*, Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Friedman, Lawrence (2020): *The Red Kimono*, New Orleans: Quid Pro Books.
- Friedman, Lawrence M. (2022): »Mysterious Ways«, in: *FIU Law Review* 16: 233–258.
- Friedman, Lawrence M. (2023): *Law, Science, and Technology: Historical and Social Context*, London: Rowman & Littlefield.
- Friedman, Lawrence M./Percival, Robert V. (1981): *Roots of Justice: Crime and Punishment in Alameda County, California, 1870–1910*, Chapel Hill: University of North Carolina Press.
- Fuchs, Walter (2017): »Zwischen Epidemiologie und selektiver Rechtsmobilisierung – Zu den Bedingungsfaktoren der Nachfrage nach Erwachsenenvertretung«, in: Brinek, Gertrude (Hg.), *Erwachsenenschutz statt*

- Sachwalterschaft – Schritte zu einem selbstbestimmten Leben*, Wien: Edition Ausblick, 64–117.
- Garth, Bryant G. (2000): »James Willard Hurst as Entrepreneur for the Field of Law and Social Science«, in: *Law and History Review* 18, 37–58.
- Gordon, Robert W./Horwitz, Morton J. (2011): »Introduction«, in: Dies. (Hg.), *Law, Society, and History – Themes in the Legal Sociology and Legal History of Lawrence M. Friedman*, Cambridge: Cambridge University Press, 1–15.
- Gordon, Robert W./Friedman, Lawrence M. (2012): *Interview with Lawrence Friedman*. Online: <https://aslh.net/wp-content/uploads/2021/05/FriedmanLawrenceInterview.pdf> (letzter Zugriff: 21.3.2024).
- Gusfield, Joseph R. (1977): »Power, Justice and Sociological Cynicism«, in: *Stanford Law Review* 29, 371–381.
- Kischel, Uwe (2015): *Rechtsvergleichung*, München: C.H. Beck.
- Luhmann, Niklas (1976): »Ausdifferenzierung des Rechtssystems«, in: *Rechtstheorie* 7, 121–136.
- Luhmann, Niklas (1993): *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Macaulay, Stewart (1963): »Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study«, in: *American Sociological Review* 28, 55–67.
- Macaulay, Stewart (2011): »The Death of Contract: Dodos and Unicorns or Sleeping Rattlesnakes?«, in: Gordon, Robert W./Horwitz, Morton J. (Hg.), *Law, Society, and History – Themes in the Legal Sociology and Legal History of Lawrence M. Friedman*, Cambridge: Cambridge University Press, 193–209.
- Nelken, David (2006): »Rethinking Legal Culture«, in: Freeman, Michael (Hg.), *Law and Sociology*, Oxford: Oxford University Press, 200–224.
- Novak, William J. (2000): »Law, Capitalism, and the Liberal State: The Historical Sociology of James Willard Hurst«, in: *Law and History Review* (18), 97–145.
- Raiser, Thomas (2013): *Grundlagen der Rechtssoziologie*, 6. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck (UTB).
- Siems, Mathias (2014): *Comparative Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Silbey, Susan S. (2019): »Legal Cultures and Cultures of Legality«, in: Grinstead, Laura/Lo, Ming-Cheng M./Hall, John R. (Hg.), *Routledge Handbook of Cultural Sociology*, London: Routledge, 426–435.
- Stinchcombe, Arthur L. (1977): »Lawrence M. Friedman, The Legal System; Donald Black, The Behavior of Law«, in: *Law & Society Review* 12, 127–131.
- Weber, Max (1972): *Wirtschaft und Gesellschaft – Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- Woeste, Victoria Saker (2011): »Lawrence Friedman and the Bane of Functionalism«, in: Gordon, Robert W./Horwitz, Morton J. (Hg.), *Law, Society, and History – Themes in the Legal Sociology and Legal History of Lawrence M. Friedman*, Cambridge: Cambridge University Press, 43–51.

Michel Foucault: ›Die Gouvernementalität‹

1. Leben und wissenschaftliches Werk

»Gebrauche die politische Praxis als Intensifikator des Denkens und die Analyse als Multiplikator der Formen und Bereiche der Intervention der politischen Aktion!« (Foucault 2008: 228). Das Spannungsverhältnis zwischen politischer Praxis und theoretischer wie historischer Reflexion kennzeichnet das Leben von Michel Foucault (1926–1984). Foucaults Schaffen wie auch sein Leben ist von Brüchen ebenso wie von Kontinuitäten geprägt. Ein kurzer und selektiver Überblick kann entlang der Themen Psychiatrie, Sexualität und Gefängnis gegeben werden, die ihn persönlich bewegten und sich gleichzeitig in seinem Werk niederschlugen. Unvermittelt gibt er zu, dass »es kein Buch gibt, das ich nicht, wenigstens zum Teil, aus einer unmittelbaren persönlichen Erfahrung heraus geschrieben hätte« (Foucault 2005: 57 f.). Es wäre zwar falsch zu sagen, dass seine privaten und politischen Erfahrungen die Motivation für sein Denken waren. Aber Foucaults Arbeit ist dennoch von einer besonderen Nähe von Leben und Werk geprägt. In jungen Jahren hatte er mit seinem »psychischen Gleichgewicht« (Eribon 1991: 54) zu kämpfen. Früh kam er so in Berührung mit der Institution der Psychiatrie, erst in Behandlung, ab 1952 dann praktisch, während seiner Assistenz-tätigkeit an der Psychologischen Fakultät der Universität in Lille (ebd.: 105). 1960 verschlägt es Foucault nach Paris, wo er sich mit *Wahnsinn und Gesellschaft* (Foucault 2022c) habilitierte. Darin beschäftigt er sich mit der am Ende des 18. Jahrhunderts einsetzenden Pathologisierung von Geisteskrankheiten und der damit verbundenen Abspaltung der Unvernunft von einem vorausgesetzten psychischen Normalzustand. Im Zentrum steht dabei im Rahmen einer Kritik der Psychiatrie der gesellschaftliche Umgang mit dem Wahnsinn, der zu einem Objekt der Medizin gemacht wird und den die Gesellschaft in der Folge als das Andere der Vernunft versteht.

Am Collège de France hatte Foucault ab 1970 den Lehrstuhl für die Geschichte der Denksysteme inne (Eribon 1991: 317). Bereits hier überschreitet Foucault Disziplinen und versucht »Epistemologie, Psychoanalyse, Philosophie und Literatur zu einem heterogenen Ganzen zu verarbeiten« (Geisenhanslüke 2014: 37). Die machtkritischen Grundlagen aus seinen frühen Arbeiten zu Wahnsinn und Vernunft nimmt Foucault in seinen Arbeiten zur Geschichte der Sexualität (Foucault 1983) sowie

zur Entwicklung des Gefängnisses (Foucault 2015; Foucault 2022b) wieder auf. Gerade bei letzterem Thema wird wieder die Parallelität von Foucaults wissenschaftlichem Interesse und seinem politischen Engagement deutlich. Für Foucault offenbarten sich gesellschaftliche Machtverhältnisse u.a. im Umgang der Gesellschaft mit denen, die als Ausgeschlossene gelten, wie eben Strafgefangene oder als psychisch krank geltende Menschen. Foucaults Beobachtungen der Gefängnispraxis finden dabei nicht nur Einzug in seine Theorie, sondern veranlassen ihn dazu, für eine Transformation des Strafwesens einzutreten: In der Zeit nach seiner Berufung an das Collège de France organisierte er mit der »Groupe d'information sur les prisons« politische Basisarbeit für Verurteilte des französischen Justizsystems. Darüber hinaus setzte er sich auch für vietnamesische Geflüchtete ein und widmete sich in journalistischen Publikationen – die er als Teil seiner politischen Praxis verstand – der iranischen Revolution sowie, zusammen mit Pierre Bourdieu, der Solidarność-Bewegung in Polen (Sarasin 2023: 129 ff.).

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Werkes

Foucaults Werk lässt sich nur schwer einer bestimmten Fachdisziplin zuordnen. Oft wird der Autor als Poststrukturalist bezeichnet, obwohl er dieses Etikett stets abgelehnt hat. Foucaults Wirken fällt allgemein in eine Zeit der intellektuellen und gesellschaftlichen Erneuerung im Nachkriegsfrankreich: Herrschende Denkschulen wie die Phänomenologie oder der Strukturalismus wurden zusehends aufgebrochen, hinterfragt und kritisch weiterentwickelt, beispielsweise durch Jacques Derridas Einführung der Methode der Dekonstruktion. Foucault selbst hat seine Ausbildung u.a. bei dem einflussreichen Phänomenologen Maurice Merleau-Ponty genossen, sich aber später mit seiner diskurs- und machtkritischen Methode von der Phänomenologie abgewandt. Nachdem er zunächst Kommunist war und bei dem berühmten Marxisten Louis Althusser studierte, wurde er sodann zu einem radikalen Kritiker des Marxismus und dessen starker Fixierung auf die Rolle der Ökonomie im Hinblick auf gesellschaftliche Verfasstheiten. Dieser theoretische Sinneswandel wird auch in der oft beschriebenen und ebenso stilisierten Ablösung Jean-Paul Sartres, dessen existenzialistische Methode stark marxistisch und phänomenologisch geprägt war, durch Foucault als öffentlichen Intellektuellen Frankreichs beschrieben.

Foucaults Untersuchungen zur Gouvernamentalität, die hier im Zentrum stehen, bilden werkgeschichtlich eine späte Phase seines Schaffens. Allgemein wird in der Forschungsdebatte »zwischen vier Werkphasen

unterschieden« (Biebricher 2020: 207): In einer ersten, dem Strukturalismus nahestehenden Phase beschäftigt sich Foucault mit einer Archäologie des Wissens, um in einer darauffolgenden zweiten Periode eine Genealogie der Macht zu entwickeln, in deren Zentrum der Begriff der Disziplin steht und die historisch in die erste Hälfte der 1970er Jahre fällt. Disziplinäre Macht zielt Foucault zufolge als neuzeitliche Machtform primär auf die Disziplinierung und Dressur des einzelnen Subjekts bzw. des individuellen Körpers und wird von ihm in erster Linie in Institutionen wie dem Gefängnis, der Kaserne, der Fabrik und der Schule verortet. In einer dritten Phase ab Beginn der zweiten Hälfte der 1970er Jahre weitet sich dieser machttheoretische Blick im Kontext der Studien zur Gouvernementalität und Biopolitik, indem Foucault den Fokus von der Unterwerfung des Subjekts hin zur Regierung von Bevölkerungen verlagert. Die hierbei prägenden Topoi der Regierung und Führung spiegeln sich Anfang der 1980er Jahre in der vierten und letzten Phase einer Ästhetik der Existenz, die er bis zu seinem Tod im Jahr 1984 verfolgt und in der er sich in einer ethischen Perspektive v. a. mit griechisch-römischen Moralvorstellungen der Antike auseinandersetzt.

Als Theoretiker ist Foucault vor allem als Analytiker der Macht berühmt geworden. Seine Machtanalytik geht davon aus, dass Macht nicht einfach mit der (personalen) Ausübung von Herrschaft gleichzusetzen ist – etwa durch einen Souverän. Foucault begreift Macht nicht als vertikale Unterdrückung, sondern vielmehr als produktiv: Macht bringt gesellschaftliche Identitäten und Beziehungen aktiv hervor. Sie ist als grundlegende Matrix allgegenwärtig, in sozialen Normen, Regeln, Konventionen und Gewohnheiten; sie ist immer schon da, wenn wir sprechen und handeln, und sie bestimmt, wie wir sprechen und handeln, was wir sagen (können) und was es bedeutet, ein Subjekt zu sein. Innerhalb seiner Machtanalytik hat Foucault verschiedene Formen von Macht unterschieden. So unterscheidet er zum Beispiel die souveräne Herrschaft von der subtileren Machtform der Disziplin: Souveräne Macht unterjocht und beherrscht, sie wird in erster Linie von der staatlichen Gewalt verkörpert und artikuliert sich im Recht und den staatlichen Institutionen, während die Disziplin vor allem in filigraneren Techniken besteht, mit der in erster Linie der individuelle Körper unterworfen und kontrolliert wird.

Foucault versteht das Recht von hier aus zunächst als einen Ausdruck der Souveränität und »sieht das Recht grundsätzlich als einen historischen Typus *juridischer* Macht an« (Biebricher 2020: 210). An keiner Stelle seines Werkes hat er explizit eine Theorie des Rechts im klassischen Sinn vorgelegt oder ausgearbeitet, da er es Zeit seines Lebens ablehnte, sich mit »allgemeinen Kategorien oder Vernunftwesen zu beschäftigen, die er als »die Universalien« bezeichnet, wie der Staat, die Souveränität, das Gesetz, die Macht« (Agamben 2008: 15). Sein Denken über das

Recht ist vielmehr der »konkrete[n] Analyse der vielfältigen Machtbeziehungen« (Foucault 2016: 58) nachgeordnet. Am Recht interessiert ihn nicht dessen moralphilosophische Begründung, sondern eher die materiellen Praktiken der Unterwerfung des Körpers, die notwendig sind, damit ein Rechtssubjekt überhaupt zustande kommen kann. Der formelle Apparat der Gesetze tritt in Foucaults Untersuchungsprogramm hinter die Frage zurück, wie die tatsächlichen Disziplinen aussehen, um ein Rechtssubjekt zu konstituieren und dieses den Regeln des Rechts zu unterwerfen. Denn Foucault begreift die Ebene der Machtbeziehungen als methodologischen Ausgangspunkt für die kritische Beschreibung und Analyse von sozialen Phänomenen und Prozessen. Die Diskurse des Rechts beruhen für Foucault auf grundlegenderen, nichtrechtlichen Disziplinen und Maßnahmen, die innerhalb gesellschaftlicher Machtdiskurse wirksam sind und dem Recht vorausgehen. Das Recht dient Foucault also eher als Negativfolie, von der er sich methodisch abgrenzt, um die darunter liegenden sozialen Machtstrukturen freizulegen, die das Rechtsgebäude von unten her tragen. In gesellschaftlichen Strukturen und Dynamiken artikulieren sich nach Foucault stets unterschiedliche Machtformationen, welche diesen Strukturen und Dynamiken voraus- und zugrunde liegen. Rechtliche Prozesse sind Teil sozialer Prozesse und als solche werden sie von Foucault zunächst als »*Analysatoren* von Machtverhältnissen« (Foucault 2015: 27, Hervorh. i.O.) verstanden. Auch in den Diskursen des Rechts geht es folglich um die Konfiguration, Modifikation und Konkurrenz unterschiedlicher Machtmodi und nicht um die Verwirklichung abstrakter Ideen oder Prinzipien.

3. Darstellung des Schlüsseltexts

Mit dem Konzept der *Gouvernementalität* beschreibt Foucault eine Form der Macht, die sich von dem souveränen Machttyp des Rechts fundamental unterscheidet und die klassische politische Theorie mitsamt ihrer Konzentration auf den Topos der Souveränität in Frage stellt. Im 18. Jahrhundert, so lautet seine Diagnose, beginnt sich die Macht auf etwas ganz anderes zu richten als auf die Unterwerfung der Untertanen, und sie zeitigt dadurch auch ganz andere gesellschaftliche Effekte als vorherige Formen der (souveränen) Macht. Der Text *Die ›Gouvernementalität‹* (Foucault 2012) ist Teil der von Foucault 1978 am Collège de France gehaltenen Vorlesungsreihe *Sicherheit, Territorium, Bevölkerung* (Foucault 2006a). Er beruht als Text also auf Foucaults öffentlichem mündlichen Vortrag, der anschließend redaktionell überarbeitet wurde. Als Lehrender am Collège de France war Foucault dazu verpflichtet, jedes Jahr ein neues eigenes Forschungsprojekt vor einem gemischten Publikum zu präsentieren, das sich sowohl aus Studierenden und

Dozierenden als auch aus interessierten und fachfremden Hörer:innen zusammensetzte. Die ›Gouvernementalität‹ entspricht der vierten Vorlesung, die Foucault in der Sitzung vom 1. Februar 1978 gehalten hat. Am Ende dieser merkt Foucault selbst an, dass er seiner Vorlesungsreihe rückblickend einen anderen Titel als *Sicherheit, Territorium, Bevölkerung* hätte geben wollen, nämlich den Titel *Geschichte der Gouvernementalität* (Foucault 2012: 64).

Bereits in früheren Studien und Vorlesungen ist es für Foucaults Untersuchungen charakteristisch und von geradezu fundamentaler Bedeutung, unterschiedliche Machtformen voneinander zu differenzieren und begrifflich gegeneinander abzugrenzen, beispielsweise die souveräne und die disziplinäre Macht. In diesem Kontext geht es Foucault vor allem darum, sich von den klassischen, abstrakten Topoi der politischen Theorie abzuwenden, allen voran den Begriffen des Staates, des Rechts und des Subjekts. Dementsprechend konstatiert er beispielsweise schon in seiner berühmten Vorlesungsreihe *In Verteidigung der Gesellschaft* aus dem Jahr 1976 programmatisch: »Anstatt die Machtanalyse auf das Rechtsgebäude der Souveränität, die Staatsapparate und die begleitenden Ideologien zu konzentrieren, sollte man sie meines Erachtens auf die Herrschaft (und nicht die Souveränität), auf die materiellen Träger, die Formen der Unterwerfung, die Verbindungen und Verwendungen lokaler Systeme dieser Unterwerfung und schließlich auf die Wissensdispositive richten« (Foucault 2016: 49). Diese methodische Basisentscheidung ist auch für die Vorlesungsreihe zur Geschichte der Gouvernementalität leitend und bestimmt von daher ebenfalls die systematische Konzeptualisierung der Gouvernementalität.

Mit dem Begriff der Gouvernementalität verweist Foucault zunächst ganz grundsätzlich auf einen fundamentalen Umbruch innerhalb der gesellschaftlichen Formen und Diskurse der Macht, den er historisch im 18. Jahrhundert verortet und in konzeptueller Hinsicht primär mit dem Begriff der Regierung und – unmittelbar damit verbunden – der Geburt der Bevölkerung als zu regierendem Subjekt verknüpft. Dabei geht Foucault von einer Multiplizität des semantischen Feldes der Regierungspraktiken aus. Regiert werden ganz unterschiedliche potenzielle Gruppen und auch die regierenden Akteure sind vielfältig: Während das Individuum sich im Bereich der Moral selbst regiert, lenkt der Familienvater im Raum des *oikos* seine Familie auf ökonomische Weise; der Priester führt im Rahmen pastoraler Macht die Seelen zum Heil; der Superior steht als Regent dem Kloster vor; der Erzieher lenkt seine Schüler:innen und der politische Herrscher schließlich regiert den Staat (ebd.: 47). Diese unterschiedlichen Bereiche des Regierens bilden zwar jeweils eigene Paradigmen, aber Foucault betont dennoch ausdrücklich, dass zwischen all diesen je eigenen Logiken eine »wesensmäßige Kontinuität« (ebd.: 47) besteht.

Im Umbruch vom 17. zum 18. Jahrhundert, so Foucault, wird das Konzept der Regierung nun aus dem klassischen Modell der Familie herausgelöst. Zugleich wird dadurch die Ökonomie als ein eigenes Interventionsfeld politischen Handelns hervorgebracht, das nun entscheidend über die Führung einer Familie hinausgeht und sich aus »neue[n] politische[n] Gegenstände[n] (Bevölkerungen, Individuen, Territorien) und neue[n] Bezüge[n] (komplexe Relationen zwischen Menschen und Dingen)« (Vogl 2015: 62) zusammensetzt. Die Herausbildung einer spezifischen Regierungskunst, welche sich nicht länger vornehmlich auf das Territorium, sondern auf die multiplen Beziehungen zwischen Menschen und Dingen innerhalb einer Gesamtpopulation richtet (Foucault 2012: 51), geht mit der Konstitution des Ökonomischen als eines »spezifischen Realitätsbereich[s]« (ebd.: 64) einerseits und der damit verbundenen Ausprägung der politischen Ökonomie als eigener Wissens(schafts)form andererseits Hand in Hand. Mit der Gouvernamentalität kristallisiert sich also die Ökonomie erstmalig als ein gesellschaftliches Subsystem mit einer spezifischen Eigendynamik heraus.

Bei der Regierung geht es dabei Foucault zufolge hauptsächlich um den Eintritt der vom hegemonialen Paradigma der Familie unabhängig gewordenen ökonomischen Techniken und Taktiken in den Bereich der Politik, d.h. um die »Einführung der Ökonomie in die politische Amtsführung« (ebd.: 49), sodass Ökonomie und Regierung von nun an begrifflich untrennbar miteinander verbunden werden: Regieren bezeichnet nach Foucault »die Kunst, die Macht in der Form und nach dem Vorbild der Ökonomie auszuüben« (ebd.: 49). Dabei zeichnet sich diese politökonomische Regierungskunst wesentlich dadurch aus, dass sie ihren Zweck, ihre Instrumente und ihre Regeln und Maßstäbe nicht einfach äußerlich gegenüber der tatsächlichen Regierungspraxis ableiten oder vorgängig auf abstrakte Weise begründen kann, sondern im Gegenteil aus der Immanenz der geleiteten Dinge selbst schöpfen muss. Die gute Regierung ist insofern gut, als sie über die Dinge gemäß der diesen Dingen eigenen Natur verfügt, indem sie sich beispielsweise flexibel der Eigendynamik der ökonomischen Kreisläufe anpasst und diese von außen steuert, anstatt direkt einzugreifen und diese Kreisläufe in ein starres juristisches Regime zu pressen. Das Kriterium der Bewertung der Regierung (und damit der Regierenden) liegt also in den regierten Dingen selbst, sodass sich die gelingende Praxis des Regierens nach den je angemessenen Zwecken und Zielen ausrichten muss, die den Dingen selbst immanent sind (ebd.: 54). Die Regierenden müssen mit anderen Worten so handeln, als stünden sie im Dienst der Regierten (ebd.: 55). Genau darin aber steht die Regierung machttypologisch in einem diametralen Gegensatz zur Souveränität, von der sie Foucault immer wieder explizit abgrenzt. Die systematische Unterscheidung von

Souveränität und Regierung ist dabei wesentlich, um die Gouvernementalität konzeptuell angemessen zu verstehen.

Denn das Aufkommen der Regierung als eines autonomen Problems innerhalb der Felder der bürgerlichen Gesellschaft und der modernen Politik ist Foucaults Diagnose zufolge wesentlich damit verbunden, dass die Souveränität nun als sekundäres Phänomen hinter den in der Moderne vorrangigen Machttypus der Regierung zurücktritt (Ders. 2012: 65). Unter Souveränität versteht Foucault dabei ein primär juridisches Modell der Macht, das sich in seiner Praxis in erster Linie auf einen Apparat von Rechten und Gesetzen stützt und in dem es vornehmlich um die Legitimierung der Herrschaft staatlicher Institutionen geht. In *Der Wille zum Wissen* beschreibt Foucault die souveräne Macht in einer berühmten Formel als »das Recht, sterben zu *machen* und leben zu *lassen*« (Ders. 1983: 132, Hervorh. i.O.). Souveränität kommt nach Foucaults Ansicht primär im Recht zu töten zum Ausdruck und wird aus diesem Grund von Foucault als ein wesentlich asymmetrisches Recht bestimmt: Das »Recht über Leben und Tod« (ebd.: 131), das den Kern der Souveränität ausmacht, ist nur ein Recht über das Leben, insofern es das »Recht zum Töten ausspielt – oder zurückhält« (ebd.: 132).

Die souveräne Macht bezieht sich auf Untertanen und zielt auf deren Gehorsam gegenüber dem Gesetz. Es gehört zum Wesen der Souveränität, dass sie stets mit dem Schwert drohen, also im Zweifel ihre Zwecke durch das Mittel der Gewalt durchsetzen kann. In der klassischen Idee der Souveränität als Ausdruck der »transzendenten Singularität des Fürsten« (Foucault 2012: 47) wird souveräne Macht »über ein Territorium und infolgedessen über die es bewohnenden Subjekte ausgeübt« (ebd.: 50). Der Zweck der Souveränität liegt im Gegensatz zur Regierung nicht in der Immanenz der von ihr beherrschten Dinge oder Menschen, sondern »in ihr selbst« (ebd.: 54). Zwar wird das Gemeinwohl theoretisch als Zweck der souveränen Macht definiert; gleichzeitig wird unter dem Gemeinwohl jedoch auf zirkuläre Weise der Gehorsam der Untertanen gegenüber dem Gesetz verstanden, in welchem wiederum die Souveränität zum Ausdruck kommt. Das Gemeinwohl, so Foucaults Argument, »ist letzten Endes nichts anderes als die absolute Unterwerfung« (ebd.: 53).

Der Grund für das Zurücktreten der Souveränität gegenüber der Regierung liegt nun Foucault zufolge vor allem im Aufkommen eines neuartigen und spezifisch modernen Problems, nämlich in der Entdeckung des Phänomens der Bevölkerung. Die Bevölkerung tritt dabei als ein Subjekt hervor, dessen Vitalität durch neue, ökonomische Regierungstechniken gefördert, optimiert und gesteigert werden muss und das nicht länger mithilfe von Gesetzen als den klassischen Instrumenten der Souveränität geführt werden kann. Das biologische Leben – sowohl das individuelle Leben des Einzelnen als auch die Lebendigkeit der Gattung – wird

nun zum primären Einsatz der politischen Macht und verdrängt den abstrakten, juridischen Zugriff der Souveränität auf die Untertanen: »Weit mehr als das Recht ist das Leben zum Gegenstand der politischen Kämpfe geworden, auch wenn sich diese in Rechtsansprüchen artikulieren.« (ebd.: 140) Gerade das Auftauchen der Bevölkerung als neues politisches Subjekt ist nach Foucault der entscheidende Grund, aus dem die Familie als privilegiertes Modell der ökonomischen Regierung verschwindet und auf den partikularen Status eines Teilelements innerhalb des umfassenderen Konzepts der Bevölkerung reduziert wird (Ders. 2012: 60).

In Bezug auf die Entwicklung von der Souveränitätsmacht zur gouvernementalen Regierungsmacht geht Foucault aber gerade nicht von einer eindeutigen Abfolge in Form von historisch voneinander abtrennbaren Stufen aus, in deren Rahmen die Souveränität von der Regierung einfach ersetzt oder verdrängt worden wäre. »Ganz besonders gilt das, wo die Abfolge auf einer progressiven Version der modernen europäischen Geschichte basiert, die im Übrigen die europäischen Kriege der beiden letzten Jahrhunderte außer Acht lässt.« (Butler 2020: 142) Vielmehr stellt sich das Problem der Souveränität und damit des Rechts angesichts der Dominanz der sich neu etablierenden Regierungspraktiken sogar »in größerer Schärfe« (Foucault 2012: 62). Denn nun – angesichts der neuartigen Herausforderungen, die mit der Regierung von Bevölkerungen einhergehen – geht es in den politischen Kalkülen der Macht um die spezifische Frage, »welche juridische Form, welche institutionelle Form und welche Rechtsgrundlage man der für einen Staat bezeichnenden Souveränität geben konnte« (ebd.: 62).

In seiner 1979 gehaltenen Vorlesungsreihe *Die Geburt der Biopolitik*, die die Themen der Gouvernamentalität und der Regierung fortführt und eng mit *Sicherheit, Territorium, Bevölkerung* zusammenhängt, unterstreicht Foucault in diesem Zusammenhang zunächst, dass sich Bevölkerungen mit den Mitteln rechtlicher Vorschriften, Maßnahmen und Verbote nicht angemessen steuern lassen und sich dementsprechend der Bereich des Ökonomischen anhand einer vornehmlich juridischen Regierungstechnik weder adäquat erfassen noch regieren lässt. Denn mit der Einführung der Bevölkerung entsteht gleichzeitig der *Homo oeconomicus* als Fluchtpunkt einer politischen Rationalität, die auf die Regierung eines in seinen Funktionsmechanismen autonomen und gegenüber dem Recht eigendynamischen ökonomischen Systems ausgerichtet ist (Menke 2015: 202). Ökonomische Prozesse – und mit ihnen der *Homo oeconomicus* als ökonomisch handelnder Akteur – unterliegen ökonomischen Logiken und nicht in erster Linie rechtlichen Regeln. Diese bilden eher den formellen Ermöglichungsrahmen für wirtschaftliche Handlungsspielräume. In den neu entstehenden Regierungstechniken geht es nach Foucault um die Beantwortung der Frage: »Wie soll man nach Rechtsregeln einen Raum der Souveränität regieren, der den Nachteil

oder Vorteil hat, von Wirtschaftssubjekten bevölkert zu sein?« (Foucault 2006b: 405). Und er konstatiert angesichts des Problems der Regierbarkeit der wirtschaftlichen Prozesse im Rahmen der bürgerlichen Gesellschaften des 18. und 19. Jahrhunderts: »Die Rechtstheorie ist nicht in der Lage, dieses Problem zu behandeln und die Frage zu entscheiden: Wie soll man in einem Raum regieren, der von Wirtschaftssubjekten bevölkert wird« (ebd.: 403).

Aber das bedeutet gerade nicht das Verschwinden der Souveränität und der Theorie des Rechts. Die Macht muss vielmehr am Schnittpunkt von zwei heterogenen, miteinander unvereinbaren Logiken operieren, nämlich zwischen der juridischen Logik des souveränen Rechtssubjekts und der neuen Logik des ökonomischen Menschen, welcher sowohl als bürgerliches Interessensubjekt, d.h. »als Subjekt individueller Entscheidungen [...], die zugleich nicht weiter zurückführbar und unübertragbar sind« (ebd.: 373), als auch ganz wesentlich als Teil von Bevölkerungsprozessen verstanden wird. Dementsprechend wird auch der Merkantilismus von Foucault als »die erste Rationalisierung der Ausübung der Macht als Praktik des Regierens« (Ders. 2012: 57) aufgefasst. Einerseits konstituiert sich die neue, gouvernementale Regierungskunst also in »Ablehnung einer politischen Vernunft, die sich am Staat und seiner Souveränität orientiert« (Ders. 2006b: 390), da die Geburt der Bevölkerung genau diesen klassischen machtheoretischen Rahmen sprengt. Andererseits bildet die politökonomische Regierung von Bevölkerungen zugleich eine Praxis, »deren rationales Maß sich juristisch an einer Wirtschaft ausrichten soll, die als Produktions- und Tauschprozess aufgefasst wird« (ebd.: 405) und in der folglich das Problem der Souveränität und die Figur des Rechtssubjekts nicht eliminiert sind (Ders. 2012: 63). Gouvernementale Macht muss also in ihren Operationen stets in Rechnung stellen, dass die Subjekte sowohl ökonomisch kalkulierende und handelnde Individuen – denen es um ihre Bedürfnisbefriedigung und die Verwirklichung ihrer Interessen geht – als auch juristische Personen sind, die Träger subjektiver Rechte sind und deren rechtlich garantierte Freiheiten gegeneinander abgegrenzt werden müssen.

Mit der Bevölkerung konstituiert sich damit neben der weiterhin existierenden und gesellschaftlich wirkmächtigen Figur des »Homo juridicus« (Ders. 2006b: 379) ein ökonomischer Objektbereich, der vor allem auf die effiziente Kontrolle und Regulierung des Lebens und seiner Sicherheit zielt und sich zu diesem Zweck hauptsächlich auf die Steuerung und Überwachung des Gesundheitsniveaus, der Hygiene, der Geburten- und Sterblichkeitsrate, der Lebensdauer, der Unfallhäufigkeiten sowie der Seuchen und Epidemien innerhalb der verschiedenen sozialen Milieus innerhalb einer Gesamtbevölkerung bezieht (Ders. 2012: 60), und zwar unter dem Einsatz neuer Wissensdispositive wie der Physiokratie und der Statistik (ebd.: 63). Auf diese Weise repräsentiert die

Bevölkerung »das schlechthin letzte Ziel der Regierung« (ebd.: 61), und zwar nicht mehr vorrangig als Bezugspunkt der souveränen Gesetzesmacht, sondern als ein ökonomisch zu führendes »Subjekt von Bedürfnissen und Bestrebungen« (ebd.: 61). Foucault spricht mit Blick auf diese komplexe Verhältnisbestimmung von Souveränität und Regierung von einem »Dreieck: Souveränität – Disziplin – gouvernementale Führung, dessen Hauptzielscheibe die Bevölkerung ist und dessen wesentliche Mechanismen die Sicherheitsdispositive sind« (ebd.: 64).

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion in der Soziologie und Rechtssoziologie

Foucaults kanonische Anerkennung ist angesichts von theoriepolitischen Rezeptionsblockaden im deutschsprachigen Raum nicht selbstverständlich, die sich insbesondere innerhalb der Kritischen Theorie um Jürgen Habermas und Axel Honneth mit einer abwehrenden Haltung gegenüber französischer Kulturtheorie beobachten lassen (Seyfert 2017: 648). Der Aufstieg zur festen Größe in den Human- und Sozialwissenschaften vollzieht sich entsprechend spät. In der allgemeinen Soziologie etabliert sich Foucault über die Arbeiten von Urs Stäheli, Andreas Reckwitz oder Stephan Moebius (Seyfert 2017: 647 f.). Die sozialwissenschaftliche Subdisziplin der Gouvernementalitätsstudien verdankt Foucault ihren Namen, exemplarisch ist der Sammelband *Gouvernementalität der Gegenwart* (Bröckling/Krasmann/Lemke 2000), in dem auch der hier besprochene Schlüsseltext erschienen ist. Heute gilt Foucault in der Soziologie als Klassiker, nicht zuletzt aufgrund grundlegender methodischer Errungenschaften wie der archäologischen und genealogischen Methoden der Diskursanalyse (zur ersteren in *Archäologie des Wissens* (Foucault 2022a) und zur letzteren in *Überwachen und Strafen* (Foucault 2022b)), die das soziologische Arbeiten nachhaltig geprägt haben. Foucaults Diskursanalyse wird als gesellschafts- oder differenztheoretische Konzeption rezipiert (Seyfert 2017: 650). Gesellschaftstheoretisch umfasst sie die »Selbstbeobachtung der Gegenwartsgesellschaft« sowie die »historische Analyse gesellschaftlicher Formationsumbrüche« (ebd.), differenztheoretisch interessiert sie sich für die Bedingungen der Möglichkeit von Diskursverschiebungen (ebd.). Foucault rückt dabei sprachtheoretisch Diskursformationen in den Mittelpunkt und grenzt seine Methode von einem ideengeschichtlichen Theorieverständnis ab, das Werke und Autoren streng nach Epochen trennt.

Wissenssoziologisch ist Foucaults eigene Abgrenzung von Immanuel Kant zentral (Foucault 2008: 50 f.). Was als wahr gilt, also was wir über die Dinge in der Welt wissen, ist für Foucault nicht länger allein von

der Vernunft, das heißt einem bestimmten geistigen Vermögen des Menschen zur Erkenntnis, abhängig. Es kommt nicht länger nur auf die subjektiven Bedingungen an, unter denen ein Subjekt die Möglichkeit hat, das Wahre zu erkennen. Entscheidend ist nun die Macht, die das erkennende Subjekt zum zu erkennenden Objekt ins Verhältnis setzt. Mehr noch: die herrschenden Machtverhältnisse bestimmen darüber, welches Verständnis von Vernunft als Bedingung der Erkenntnis von Wahrheit gilt, also was als legitimes Wissen behandelt wird. Diese Einsicht ist im Anschluss an Foucault für jede kritische Gegenwartsanalyse von fundamentaler Bedeutung: Wissen muss immer in seiner Verschränkung mit Macht, als diskursiver Ausdruck gesellschaftlich vermachteter Sinnerzeugung verstanden werden.

Foucault hat nie einen juristischen Diskurs direkt analysiert (Schweitzer 2015: 202). Doris Schweitzer (2015) formuliert in Hinblick auf etwaige Anpassungen, die bei der Anwendung einer Foucaultschen Analyseperspektive auf Rechtsdiskurse notwendig wären, folgendes: Foucault war in erster Linie an der Geschichte okzidentaler Wahrheitsproduktion durch Macht interessiert, während der Analyse des Rechts meist eine normative Perspektive auf Gerechtigkeit zugrunde liegt. Dennoch wirkt seine »Kritik der Repressionsvorstellung der Macht in ihrer Strafrechtswissenschaftlichkeit und Souveränitätsorientierung« (Gehring 2007: 175) bis in die Rechtssoziologie hinein. Diese Foucaultsche Analyseperspektive ist auch im Umgang mit empirischen Daten hilfreich. Derart verfolgt Sonja Buckel (2013) in ihrer Studie zum europäischen Migrationsrecht einen »rechtstheoretischen Ansatz, der auch auf machttheoretischen Annahmen Foucaults« (ebd. 2013: 71) basiert und letztlich danach fragt, »wie gesellschaftliche Kräfteverhältnisse sich in das Recht übersetzen« (ebd. 13). Um diese offenzulegen, entwickelt sie einen Theorierahmen, der eine Analyse empirischer Daten ermöglicht, die über die Rechtsform hinausreicht und das Politische, also in Foucaults Sinne die Verwobenheit von Wissen- und Machtbeziehungen, im Recht beleuchtet.

Das bereits eingeführte Dreieck von Souveränität, Disziplin und Gouvernementalität exemplifiziert ebenso eine rechtssoziologische Perspektive auf Foucaults Wirken. Das Recht ist mit Foucault Ausdruck einer bestimmten Souveränität, die beispielsweise in unseren liberalen Gesellschaften Freiheit und Gleichheit durch den rechtlichen Schutz des Individuums realisiert. Foucaults Rechtsverständnis, so zeigen Hunt und Wickham (1994: 60) und auch Thomas Biebricher (2020: 208), ist von der Imperativtheorie des Rechtstheoretikers John Austin, aber auch dem Begründer des panoptischen Konzepts Jeremy Bentham geprägt. Die Theorie des imperativen Rechts geht davon aus, dass als Recht gilt, was der Souverän als Recht setzt (Menke 2015: 104), und nicht, was beispielsweise als moralisch oder ethisch vertretbar gilt. Diesem Anschluss an das imperative Recht wollen Hunt und Wickham (1994: 59)

rechtssoziologisch begegnen, indem sie demgegenüber den disziplinierenden Charakter des Rechts stärker beleuchten. Wie Foucault andeutete (Biebricher 2020: 210, s. Kapitel 2), geht es darum, das Recht einer Machtanalyse zu unterziehen, die sich auf seine disziplinierende Wirkung über das verbrieftete Recht hinaus konzentriert.

Am Panoptikum lässt sich das gut illustrieren. Dieses wurde von Bentham, dessen utilitaristische Philosophie großen Einfluss auf den Liberalismus hatte, als effektives und effizientes Gefängnis-konzept entwickelt. Die Architektur des Panoptikums besteht aus einem zentralen Turm mit verspiegelten Fensterscheiben. Von diesem können die relevanten Bereiche beobachtet werden, ohne dass die Subjekte in diesen Bereichen wissen, ob sie akut beobachtet werden oder nicht. Die schiere Möglichkeit der Beobachtung fällt mit der tatsächlichen Beobachtung zusammen und hat unmittelbaren Einfluss auf das subjektive Verhalten, das sich fortan einer Norm angleicht – also dem Verhalten, welches vom vermeintlichen Beobachter als normal erwartet wird.

Das gelehrige Rechtssubjekt mitsamt seinem fügsamen Körper lässt sich so als Produkt einer spezifischen Regierungsform von zwei Seiten betrachten: von der Seite einer tatsächlichen und der Seite einer möglichen Beobachtung. Die tatsächliche Beobachtung erfolgt in formellen, vom Recht getragenen Institutionen, wie Justizvollzugsanstalten, aber auch soziale Einrichtungen wie Universitäten, Schulen oder andere Erziehungseinrichtungen sind Institutionen, die disziplinierend auf das Individuum wirken. Diese verkörpern das geltende Recht und stützen die Souveränität. Entscheidend für eine rechtssoziologische Weiterentwicklung ist die informelle, mögliche Beobachtung, die nicht direkt als Produkt souveräner Machtinstanzen erkannt werden kann. Diese bildet die Unterseite des Rechts, die sowohl die Techniken der Disziplinierung legalisiert wie sie auch das Recht zur Bestrafung legitimiert (Hunt/Wickham 1994: 56).

Der dritte Begriff im Dreieck, die Gouvernamentalität, verweist in diesem Kontext auf die Gesamtheit der Regierungspraktiken, die sich nicht auf die staatliche Regierung beschränken, sondern sich auch auf (vermeintlich) private Bereiche wie die Familie oder auf die Selbstregierung erstrecken. Eine Foucaultsche Perspektive ist rechtssoziologisch also nicht nur hinsichtlich der verdeckten legalisierenden und legitimierenden Aspekte der Rechtsprechung interessant, sie untersucht auch das Verhältnis von Recht und Wahrheit in unseren Wissensordnungen (Tucker 1990: 179) und beleuchtet die komplexe Beziehung zwischen Souveränität, disziplinierendem Recht sowie gouvernementaler Führung, um die vielfältigen Wirkweisen der Macht aufzuspüren.

Bemerkenswert sind dabei auch die Parallelen zwischen Foucaults Gouvernamentalitätsbegriff und dem seit einigen Jahren in den Sozial-, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften prominenten Begriff der

governance, der eine bestimmte Qualität politökonomischen Managements komplexer Regelsysteme beschreibt, das auf ›smarte‹ Weise weitgehend ohne Hierarchien funktionieren soll (Benz 2004). Hier lässt sich eine bestimmte Spielart der Ökonomisierung beobachten, die von einem Rückgang des Normativen begleitet wird und von der auch Rechtsstaat und -subjekt betroffen sind (Frerichs 2015: 236). Derartige marktförmige Regierungsvorstellungen gehen nicht selten mit einer »Individualisierung sozialer Konflikte« einher, die oft »als Herausforderung, wenn nicht als Bedrohung der [gesellschaftlichen] Integration durch Recht« (ebd.: 234) wahrgenommen werden.

Besondere Aufmerksamkeit verdient das Recht schließlich auch im Anschluss an Foucaults Suche nach neuen Formen der Gouvernamentalität, in deren Rahmen er sich 1979 dem deutschen Ordoliberalismus zuwendet (Lemke 2001: 114). Er kontrastiert diesen mit dem klassischen Liberalismus, dessen politische Ideologie staatlichen Zugriffen auf private und ökonomische Sphären ablehnend gegenübersteht (Hesse 2007: 223). Foucault erkennt im Ordoliberalismus eine »intelligente ›Selbstbegrenzung‹ des Staates, die die Regierung gerade wirkungsvoller« (ebd.: 223) macht. Der Ordoliberalismus ist für Foucault dabei gerade insofern interessant, als er eine »gestaltende Politik und die Herstellung eines entsprechenden institutionellen Rahmens« (Lemke 2001: 104) ermöglicht, da er anders als seine klassische Vorform den Markt nicht als eine zu schützende Sphäre, sondern als Prinzip des Staates versteht. Damit eröffnet sich ein neuer Raum der Regierung, dessen Grundlage die »Universalisierung der Unternehmensform und die Redefinition des Rechts« (ebd.: 105) ist. Die individualisierte Freiheit orientiert sich hier an Wettbewerbsbedingungen und ihr Schutz macht (sozial-)staatliche Sicherungen erforderlich, bei denen insbesondere das Recht zum gesellschaftspolitischen Regierungsinstrument wird, um das Individuum als Grundlage staatlicher Souveränität abzusichern (ebd.: 106). Dieser gesellschaftspolitische Gestaltungsraum, der aus der aufgehobenen Trennung von Staat und Markt erwächst, erscheint Foucault zwar begrüßenswert, offenbart sich aber postum wiederum nur als eine weitere Herrschaftstechnik. Denn die wirtschaftspolitischen Entwicklungen nach der neoliberalen Wende, die als Schutzreaktion auf die totalitären Systeme der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts vollzogen wurde, konnte Foucault nicht mehr voraussehen. Die Ägide des gegenwärtigen Neoliberalismus bedeutet eine ökonomische Regierungsmacht, die das Recht substituiert und der im Sinne Foucaults kritisch begegnet werden will.

Literatur

- Agamben, Giorgio (2008): *Was ist ein Dispositiv?*, Zürich/Berlin: diaphanes.
- Benz, Arthur (Hg.) (2004): *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen. Eine Einführung*, Wiesbaden: Springer VS.
- Biebricher, Thomas (2020): »Macht und Recht: Foucault«, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hg.), *Neue Theorien des Rechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 207–225.
- Bröckling, Ulrich/Krasmann, Susanne/Lemke, Thomas (Hg.) (2000): *Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Buckel, Sonja (2013): *Welcome to Europe – Die Grenzen Des Europäischen Migrationsrechts: Juridische Auseinandersetzungen um das »Staatsprojekt Europa«*, Bielefeld: Transcript.
- Butler, Judith (2020): *Die Macht der Gewaltlosigkeit. Über das Ethische im Politischen*, Berlin: Suhrkamp.
- Eribon, Didier (1991): *Michel Foucault. Eine Biographie*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Foucault, Michel (1983): *Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit 1*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Foucault, Michel (2005): »Gespräch mit Duccio Trombadori (1980)«, in: Ders. (Hg.), *Schriften in vier Bänden. Dits et Ecrits. Band IV. 1980–1988*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 51–118.
- Foucault, Michel (2006a): *Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Geschichte der Gouvernementalität I*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Foucault, Michel (2006b): *Die Geburt der Biopolitik. Geschichte der Gouvernementalität II*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Foucault, Michel (2008): *Dispositive der Macht: Über Sexualität, Wissen und Wahrheit*, Berlin: Merve Verlag.
- Foucault, Michel (2012): »Die ›Gouvernementalität‹«, in: Bröckling, Ulrich/Krasmann, Susanne/Lemke, Thomas (Hg.), *Gouvernementalität der Gegenwart. Studien zur Ökonomisierung des Sozialen*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 41–67.
- Foucault, Michel (2015): *Die Strafgesellschaft. Vorlesungen am Collège de France (1972–73)*, Berlin: Suhrkamp.
- Foucault, Michel (2016): *In Verteidigung der Gesellschaft. Vorlesungen am Collège de France (1975–76)*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Foucault, Michel (2022a): *Archäologie des Wissens*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Foucault, Michel (2022b): *Überwachen und Strafen. Die Geburt des Gefängnisses*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Foucault, Michel (2022c): *Wahnsinn und Gesellschaft. Eine Geschichte des Wahns im Zeitalter der Vernunft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Foucault, Michel/Trombadori, Duccio (1996): *Der Mensch ist ein Erfahrungstier: Gespräch mit Duccio Trombadori*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Frerichs, Sabine (2010): »Zwischen Gerechtigkeit und Wahrheit. Das

- Rechtssubjekt in der Marktgesellschaft«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 31 (2), 231–250.
- Gehring, Petra (2000): »Epistemologie? Archäologie? Genealogie? – Foucault und das Recht«, in: *Internationale Zeitschrift für Philosophie* 1, 18–33.
- Gehring, Petra (2007): »Foucaults ›juridischer‹ Machttyp, die ›Geschichte der Gouvernementalität‹ und die Frage nach Foucaults Rechtstheorie«, in: Krasmann, Susanne/Volkmer, Michael: *Michel Foucaults »Geschichte der Gouvernementalität« in den Sozialwissenschaften*, Bielefeld: Transcript, 157–180.
- Geisenhanslüke, Achim (2014): »Wahnsinn und Gesellschaft«, in: Kammler, Clemens/Parr, Rolf/Schneider, Ulrich J. (Hg.), *Foucault-Handbuch*, Stuttgart: J.B. Metzler, 26–37.
- Hesse, Jan-Otmar (2007): »›Der Staat unter der Aufsicht des Marktes‹ – Michel Foucaults Lektüren des Ordoliberalismus«, in: Krasmann, Susanne/Volkmer, Michael: *Michel Foucaults »Geschichte der Gouvernementalität« in den Sozialwissenschaften*, Bielefeld: Transcript, 213–237.
- Hunt, Alan/Wickham, Gary (1994): *Foucault and law: Towards a sociology of law as governance*, London: Pluto Press.
- Lemke, Thomas (2001): »›Die Ungleichheit ist für alle gleich‹ – Michel Foucaults Analyse der neoliberalen Gouvernementalität«, in: 1999. *Zeitschrift für Sozialgeschichte des 20. und 21. Jahrhunderts* 16, 99–115.
- Menke, Christoph (2015): *Kritik der Rechte*, Berlin: Suhrkamp.
- Sarasin, Philipp (2023): *Michel Foucault zur Einführung*, Hamburg: Junius Verlag.
- Schweitzer, Doris (2015): »Diskursanalyse, Wahrheit und Recht: Methodologische Probleme einer Diskursanalyse des Rechts«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 35 (2), 201–222.
- Seyfert, Robert (2017): »Foucault-Rezeption in der deutschsprachigen Soziologie«, in: Moebius, Stephan/Poder, Andrea (Hg.), *Handbuch Geschichte der deutschsprachigen Soziologie*, Berlin: Springer, 637–661.
- Turkel, Gerald (1990): »Michel Foucault: Law, Power, and Knowledge«, in: *Journal of Law and Society* 17 (2), 170–193.
- Vogl, Joseph (2015): *Der Souveränitätseffekt*, Zürich/Berlin: Diaphanes.

Helmut Schelsky: Die Soziologen und das Recht

1. Leben, Werk und Entstehungskontext

Als Helmut Schelsky im Jahre 1980 in Form einer Aufsatzsammlung mit seiner Rechtssoziologie (Schelsky 2022) hervortrat, konnte er bereits auf eine so steile wie bewegte akademische Laufbahn zurückblicken, die – weitgehend unbeschadet seiner Kollaboration mit dem nationalsozialistischen System (vgl. Schäfer 1997; Wöhrle 2015: 17 ff.) – in der bundesdeutschen Nachkriegszeit erst richtig Fahrt aufgenommen hatte. Geboren am 14. Oktober 1912 in Chemnitz, durchlief er als Schüler von Arnold Gehlen schnell und reibungslos die Stationen einer »akademischen Bilderbuch-Karriere im Dritten Reich« (Schäfer 1997: 645): 1935 wurde er mit einer Arbeit zu Johann Gottlieb Fichte promoviert, 1939 legte er eine Habilitation über die politische Philosophie von Thomas Hobbes vor, und 1943 erging der erste Ruf an die nationalsozialistische Reichsuniversität Straßburg, dem er aber nicht folgte, weil er, der schon die Jahre zuvor zwischen Schützengraben und Katheder hin- und hergewechselt war, erneut als Infanterist an die Ostfront bestellt wurde.

Schelsky, der bei seiner Habilitation auf einer Doppelvenia für Philosophie und Soziologie bestanden hatte, merkte nach 1945 recht schnell, dass der faschistisch-tatphilosophisch imprägnierte Idealismus, der seine philosophischen Arbeiten zu Fichte und Hobbes durchzog, nach dem Zusammenbruch des Nationalsozialismus einer weiteren akademischen Laufbahn kaum zuträglich war. So verschrieb er sich der »neuen«, weitgehend unverdächtigen und im Zuge der *reeducation* auch politisch stark nachgefragten Disziplin der Soziologie und sendete recht schnell Signale seiner neuen Demokratiekompatibilität. Bereits 1946 trat er mit der Schrift *Das Freiheitswollen der Völker und die Idee des Planstaats* hervor, die von der *Überparteilichen Demokratischen Arbeitsgemeinschaft* sogar mit einem Preis ausgezeichnet wurde. Nachdem er im Herbst 1948 auf einen Lehrstuhl für Soziologie an der neu gegründeten Akademie für Gemeinwirtschaft berufen worden und 1953 an die Universität Hamburg gewechselt war, folgten in schneller Taktung Monographien zur Familiensoziologie (Schelsky 1955a), zur *Soziologie der Sexualität* (Schelsky 1955b) und zur Jugendsoziologie (Schelsky 1975b), die eine unerhört breite öffentliche Aufmerksamkeit erfuhren und deren einprägsame Formeln (»nivellierte Mittelstandsgesellschaft«, »Anti-Kinsey«, »skeptische

Generation«) zu einer Art zeitdiagnostischer Begleitmusik des bundesdeutschen Wirtschaftswunders wurden.

Im Jahr 1960 wechselte Schelsky dann nach Münster, wo er zusätzlich zu der eigentlichen Professur auch die Leitung der Sozialforschungsstelle Dortmund, des damals größten sozialwissenschaftlichen Forschungsinstituts Europas, übernahm. 1963 erschien die Schrift *Einsamkeit und Freiheit* (Schelsky 1963), die auf ingeniose Weise eine lebhaftere Rekonstruktion des Humboldt'schen Bildungsideals mit einer nüchternen Funktionsanalyse der zeitgenössischen, auf Spezialisierung und Arbeitsteilung setzenden Universität verband. Dabei deutete Schelsky Reformansätze an, die von politisch-forschungsadministrativer Seite nicht lange unentdeckt blieben. Der damalige Kultusminister von Nordrhein-Westfalen, Paul Mikat, bat ihn um eine Mitarbeit bei der Planung einer neuen Hochschule in Ostwestfalen, und – zunächst – ausgestattet mit einer enormen Macht- und Gestaltungsfülle, verschrieb er sich ab 1965 der Aufgabe, eine stark forschungsorientierte Universität in Bielefeld zu gründen.

Als dort Ende der 1960er Jahre die ersten Professuren mit (heute) so prominenten Wissenschaftlern wie Niklas Luhmann, Hermann Lübbe oder Hartmut von Hentig besetzt wurden, hatte sich das Verhältnis zwischen Schelsky und seinem ›Kind‹, der Reformuniversität Bielefeld, bereits aus verschiedensten Gründen (vgl. Bock 1986) stark abgekühlt. Die Konflikte erwiesen sich letztlich als so gravierend, dass er sich 1973 mit seinem gesamten Lehrstuhl an die Universität Münster (zurück-) versetzen ließ, wo er bis zu seiner Emeritierung an der Juristischen Fakultät zur Rechtssoziologie forschte und lehrte. 1975 publizierte er die aufsehenerregende Kampfschrift *Die Arbeit tun die anderen*, in der er sich nunmehr zum Anti-Soziologen stilisierte und polemisch mit der als Linkspolisierung empfundenen Entwicklung der Soziologie abrechnete. In derselben Tonlage ließ er dann nach seiner Emeritierung 1978 noch weitere Philippika – etwa gegen die vermeintliche Machtfülle von (Gewerkschafts-)Funktionären (Schelsky 1982) – folgen, die ihn mehr und mehr zu einem politischen Schriftsteller machten. Am 24. Februar 1984 verstarb Schelsky in Münster.

2. Kontext des Werks

In biographischer Hinsicht sind es besonders die bereits angesprochenen Erfahrungen als Hochschulplaner und -gründer, die zu Schelskys ›später‹ Rechtssoziologie mehr oder minder offene Verbindungslinien aufweisen und zu weiten Teilen auch deren gewöhnungsbedürftigen polemischen Unterton verantworten. Wichtige Eckpfeiler seines Universitätskonzeptes – etwa das gezielte Niedrighalten der Immatrikulationszahlen – sah er unter dem Einfluss von entscheidungsunfähigen universitären

Selbstverwaltungsgremien, studentischen Protestnoten und einer zunächst untätigen, dann aber gegenüber den studentischen Forderungen umso nachgiebigeren Hochschulpolitik immer mehr gefährdet. Die Ereignisse in Bielefeld, die letztlich zu seiner Rückkehr nach Münster führten, wurden für Schelsky gleichsam zu einer biographisch-traumatischen Reaktionsbasis, von der aus sich der normative Ausgangspunkt seines rechtssoziologischen Ansatzes kristallisierte: Der Gedanke, dass Recht als Medium des geplanten und vor allem realisierbaren Wandels zu verstehen ist, durchzieht nahezu alle Beiträge, die Schelsky 1980 in dem hier zu diskutierenden Band *Die Soziologen und das Recht. Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung* (Schelsky 2022) vorlegt – ein Gedanke, der sich werkgeschichtlich allerdings bis in die unmittelbare Nachkriegszeit (Schelsky 1979) und den Nationalsozialismus zurückverfolgen lässt (vgl. Link/Schwarzferber 2019). Der polemische Gestus wiederum, in dem dieser Gedanke von Schelsky zu meist vorgetragen wird, geht in weiten Teilen zurück auf die aus seiner Sicht unheilvolle Trias von Rechtsfremdheit, Planungseuphorie und sozialrevolutionären Umtrieben, die er Ende der 1960er Jahre in resignativem Rückblick noch einmal martialisch ins »Fadenkreuz des Versagens« (Schelsky 1969) nahm. Zugleich aber setzt sich in der Rechtssoziologie Schelskys auch die resignative Abkehr von der soziologischen Disziplin selbst fort, wie sie sich bereits in seiner selbsterklärten »Antisozio logie« aus dem Jahre 1975 niederschlug (Schelsky 1975a). Schrieb er dort seinen Fachkollegen ins Stammbuch, dass sie aus der Soziologie ein vermeintliches Heilswissen und aus sich selbst die dafür zuständigen Sinnvermittler gemacht hätten, so ist seine Rechtssoziologie gewissermaßen die provokante Probe aufs Exempel: Das »Versagen der neueren deutschen Soziologie in der Erkenntnis des Rechts« (Schelsky 2022: 135), wie Schelsky es konstatiert, steht aus seiner Sicht paradigmatisch für das Versagen der Disziplin als ganzer, so sie an die Stelle soziologischer Wirklichkeitskontrolle (vgl. zu diesem Konzept näher Wöhrle 2019) die »Priesterschaft der Intellektuellen« setzt.

3. Darstellung des Werks

Wie stark Schelsky im Werk *Die Soziologen und das Recht*, das neben acht bereits publizierten Beiträgen aus den Jahren 1966–1978 auch vier bis dato unveröffentlichte Arbeiten enthält, immer auch die eigenen Enttäuschungen im Kontext seiner Universitätsgründung verarbeitet, ist daran ersichtlich, dass dieser Band nicht nur rechtssoziologische, sondern auch institutionentheoretische und planungskritische Beiträge (vgl. zu letzteren Wöhrle 2022a: 34 ff.; Link/Schwarzferber 2019: 334 ff.) versammelt, die ebenfalls häufig mit Verweisen auf die Bielefelder

Erfahrungen angereichert werden. Im Folgenden allerdings sollen nur diejenigen Beiträge interessieren, die genuin rechtssoziologischen Charakter tragen. Im titelgebenden Aufsatz »Die Soziologen und das Recht« von 1978 lässt sich die bereits angesprochene antisoziozoologische Tonlage schwerlich übersehen. In einem rasanten Ritt durch die zeitgenössischen Theorieangebote von Arnold Gehlen, Ralf Dahrendorf, Jürgen Habermas und Niklas Luhmann will Schelsky dort das »Versagen der neueren deutschen Soziologie« bei der gesellschaftstheoretischen Einordnung des Rechts eingehender belegen. Gegen seinen langjährigen Freund und Lehrer Arnold Gehlen wendet er ein, dass dessen Institutionenverständnis in seiner abstrakt ordnungspolitischen Fixierung jede Form von rechtsverändernder Dynamik und besonders die Gewähr subjektiver Rechte nur als Destabilisierungsgefahr wahrnehmen könne. Komplementär hierzu wirft Schelsky Jürgen Habermas vor, dass dessen Theorie über keinerlei Sensorium für die *genuin institutionellen* Qualitäten des Rechts, vor allem dessen Handlungs- und Entscheidungszwang, verfüge und so die Verhandlung im Gerichtssaal irrtümlich mit unverbindlichen Diskussionen im Oberseminar identifiziere. Eine ähnlich gelagerte Blindheit gegenüber den Leistungen des Rechts erblickt Schelsky bei Ralf Dahrendorf, für den das Recht nichts weiter als ein Herrschaftsverband sei, in dem die dominante Klasse über die unterdrückte Klasse im Wortsinne zu Gericht sitzt. Niklas Luhmann schließlich würde vor allem durch sein abstraktes Denken in funktionalen Äquivalenten die »Stabilität und Integrität der Person« umgehend Systemimperativen opfern und die Grundrechte der Person zu ideologischen Rahmenbedingungen des positiven, davon unabhängig operierenden Rechtssystems degradieren (152 f.).

Von diesen – zeitlich am spätesten vorgelegten – Abgrenzungen gegenüber zeitgenössischen Theorieangeboten aus lassen sich gleichsam retrospektiv die weiteren rechtssoziologischen Angriffspunkte Schelskys erschließen, die hier näher vorgestellt werden: a) erstens konkretisiert Schelsky die Kritik an der – vermeintlichen – Diffamierungssoziologie (Dahrendorf) des Rechts mit Blick auf die damals höchst kontrovers geführte Debatte, ob nicht nur »das Recht« als solches, sondern auch die juristische Grundausbildung ihre Wissensgrundlagen und Entscheidungsprinzipien stärker »soziologisieren« müsse; b) zweitens will er dem angeblichen Imperialismus der kritischen Theorie (Habermas) einen alternativen Rationalitätsbegriff entgegenhalten, der auf die Verfahrenslogik und die Entscheidungszwänge des Rechts zugeschnitten ist; c) drittens möchte er ein soziologisches Verständnis des Rechts entwickeln, das dessen Ordnungs- und Stabilisierungsleistungen weder anthropologisch verkürzt (Gehlen) noch systemtheoretisch abstrahiert (Luhmann).

ad a) Die beiden Beiträge »Soziologiekritische Bemerkungen zu gewissen Tendenzen von Rechtssoziologen« (267 ff.) und »Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen« (279 ff.)

liegen auf der Linie der Kritik an Ralf Dahrendorf und einer vermeintlichen »diffamierungssoziologischen« (145) Perspektive auf das Recht. Beim ersten dieser Texte handelt es sich um die äußerst harsche Reaktion auf ein Grundsatzpapier, das von einer Gruppe junger Rechtssoziologen (darunter Rüdiger Lautmann und Wolfgang Kaupen; vgl. zu letzterem auch den Beitrag von Apitzsch und Vogel in diesem Band) stammte und das Schelskys Verdacht, der Imperialismus der soziologischen »Heilswissenschaft« würde nunmehr auch vor dem Rechtswesen nicht mehr haltmachen, neue Nahrung gab. Die Autoren dieses Papiers wähten, wie ein Buchtitel des Schelsky-Schülers(!) Lautmann (1971) es plastisch ausdrückte, die »Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz« – und gedachten nach Schelskys Einschätzung mit einer seltsamen Melange aus arrogant-positivistischer Datengläubigkeit und hochfliegendem Theorieanspruch durch diese Tore auch alsbald hindurchzumarschieren. Schelskys Haupteinwand gegen derartige Ansprüche lautete, dass die Autoren des Grundsatzpapiers mit einer simpel stilisierten Dichotomie arbeiten: Unterscheidet man schematisch zwischen Recht als »konservativem« Stabilisierungsmittel, das mit antiquierten rechtshermeneutischen Verfahren arbeitet, und Recht als »progressivem« Medium sozialen Wandels, das dem gesellschaftlichen Gestaltungsauftrag mit wissenschaftlich-evidenzbasierten Methoden nachkomme, so hat man sich nicht nur schon automatisch selbst auf der »richtigen« Seite verortet, sondern auch die gesamte Tradition juristischer Auslegungsverfahren als gestrig diskreditiert. Genau dies aber sei letztlich ein wissenschaftlich verbrämter *eigener* Herrschaftsanspruch, der die interdisziplinäre Kooperation zwischen Soziologie und Rechtswissenschaften abbreche, bevor sie überhaupt begonnen habe.

Interessanter als diese in hohem Maße zeitgebundene und wohl auch von persönlichen Enttäuschungen getragene Debatte ist die in »Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen« näher behandelte Frage, wie (rechts-)soziologische Perspektiven *ohne* »imperialen« Anspruch in die juristische Grundausbildung integriert werden könnten. Zwar wird auch hier der polemische Tenor insoweit beibehalten, als »ein Soziologe die Juristen vor den Gefahren der Sozialwissenschaften in ihrer Ausbildung« (280) warnen zu müssen glaubt. Dennoch folgt Schelsky zumindest insoweit der Forderung einer stärkeren Verankerung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse in der juristischen Lehre, als er anmerkt, dass »der Gegenstand der Rechtsanwendung, die soziale Wirklichkeit« (197), tatsächlich nicht mehr über Erfahrungen erster Hand einzuholen ist, sondern einer wissenschaftlichen Aufbereitung bedarf. Ebenso sehr sieht Schelsky die Notwendigkeit, die werdenden Juristen mit den möglicherweise unintendierten gesellschaftlichen Folgewirkungen rechtlicher Verfahrenstechniken vertraut zu machen, die in der zumeist auf reine Fallbeurteilung angelegten Lehre kaum nennenswert

auftauchen. Eine stärkere Berücksichtigung jener Folgewirkungen in der juristischen Ausbildung muss nach Schelsky allerdings sozialwissenschaftliche Perspektiven ausgehend von der künftigen professionellen Kerntätigkeit der Juristerei, nämlich der Rechtsanwendung und Fallbearbeitung, entfalten und dabei vor allem die funktionsbezogene Frage in den Vordergrund stellen, was die institutionellen Besonderheiten einer über das Recht laufenden Konfliktbearbeitung und die »sozialen und geistigen Hintergründe ihrer Organisationstechnologie« (288) sind – eine Aufgabe, der eine sich allein auf rechtsdogmatische Aspekte und »tatbestandsmäßig vorformuliert[e]« (290) Fallkonstellationen versteifende Ausbildung nicht gerecht werden könne und die stattdessen einer interaktions- und anschauungsnahen Einübung in Verwaltungsabläufe, Gerichtsverfahren etc. bedürfe.

ad b) In diesen Überlegungen zur Reform der Juristenausbildung findet sich bereits ein Aspekt angedeutet, den Schelsky in einem weiteren Beitrag zu einem eigenständigen Thema ausbaut: die Frage, inwiefern sich ein Verständnis von genuin »juridischer Rationalität« entwickeln lässt, das von einem rein vernunftphilosophischen Rationalitätskonzept bewusst abweicht (83 ff.). Auf der Suche nach einer solchen Rationalität setzt er sich bewusst zwischen die Stühle *law in books* und *law in action*, indem er einerseits die Selbstbeschreibung des Rechts als »dogmatische Wissenschaft«, andererseits aber ebenso die mit »kritischem« Anspruch auftretende sozialwissenschaftliche Objektivierung der Rechtspraxis angreift. Den eigentlichen Sitz der juristischen Rationalität würden *beide* Seiten übersehen: Dieser liege im »arbeitsteilig organisierte[n] Entstehungsprozess juridischer Vernünftigkeit« (85), im »nach Regeln veranstalteten Rollenkonflikt juridischer Institutionen« (92), der an eine feste Ämterstruktur und hochgradig formalisierte Abläufe gebunden ist und dadurch Konflikte allererst isolieren, versachlichen und letztlich lösen kann – in vielem erinnert dieses Argument Schelskys an Niklas Luhmanns *Legitimation durch Verfahren* (Luhmann 1983), das *en détail* die mit der Verfahrensförmigkeit einhergehenden Einkapselungseffekte herausarbeitet (vgl. zu *Legitimation durch Verfahren* auch den Beitrag von Wolfgang L. Schneider in diesem Band).

Im weiteren Verlauf seiner Überlegungen – und dies ist der Leserfreundlichkeit und der Systematik des Beitrags eher abträglich – verleiht er seinem Verständnis von juridischer Rationalität jedoch noch (mindestens) zwei weitere Akzente, deren Verhältnis zueinander jedoch weitgehend ungeklärt bleibt: Erstens soll sie in Prozessen der Gesetzgebung sowohl gegenüber politischen Durchsetzungsinteressen wie wissenschaftlichen Planungshorizonten *genuin juridische* Rationalitätskriterien geltend machen, die sich nicht wie von selbst aus der zu regelnden Materie ergeben – und dies bedeutet für Schelsky immer auch, auf die *Grenzen* gesetzlicher Regelbarkeit zu verweisen (114). Zweitens begreift er

juridische Rationalität als eine bei aller Formalität phantasiegesteuerte Leistung, die sich von den richterzentrierten Auslegungshorizonten, wie sie in der Juristenausbildung prägend ist, emanzipiert und den Rechtsuchenden mit *verschiedenen* Wegen bekannt macht, die die verfahrensförmige Bearbeitung seines »Falls« nehmen könnte (116 f.). Diese unterschiedlichen Nuancen der »juridischen Rationalität«, wie Schelsky sie verstanden wissen will, verdeutlichen wohl, dass jener Beitrag nicht so sehr ein systematisch durchgearbeitetes Konzept enthält, wohl aber ein Konvolut an Gedanken, die sich heute nicht nur in rechts-, sondern auch in organisations-, professions- und wissenschaftssoziologische Fragestellungen hinein verlängern ließen.

ad c) Der umfangreichste und ambitionierteste rechtssoziologische Beitrag Schelskys indes findet sich in dem Aufsatz »Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie«, den er bereits im Jahre 1970 publizierte. Der Aufbau dieser Schrift allerdings ist hochgradig verschachtelt: In ihr verschränken sich auf oft schwer entwirrbare Weise u.a. (kultur-)anthropologische, ethologische, rechtshistorische, rechtspolitische, ideengeschichtliche, allgemein normtheoretische und soziologische Begründungsmomente, die zuletzt dann allesamt emphatisch auf ein normatives Ziel verpflichtet werden, nämlich die »Integration und Autonomie der Person« zu sichern.

Wie der Titel bereits vermuten lässt, will Schelsky den in der Soziologie traditionsreichen Funktionsbegriff nutzen, um seiner rechtssoziologischen Perspektive Kontur zu verleihen. Unter Rückgriff besonders auf Robert K. Merton schält Schelsky zunächst ein *systemfunktionales* Verständnis von »Funktion« heraus, das zwischen (subjektivem) Motiv und (objektiver) Funktion klar unterscheidet und auf diesem Wege systemische Bestandserfordernisse herausarbeitet, die sich in den seltensten Fällen im individuellen Handlungsbewusstsein oder -willen wiederfinden. Aus dieser Perspektive erscheint das Recht vor allem als ein Medium sozialer Kontrolle, dessen gesellschaftliche Hauptfunktion in geregelter, verfahrensförmiger Konfliktneutralisierung liegt.

Mit Bezug auf Bronislaw Malinowski grenzt er von diesem systemfunktionalen dann einen *anthropologisch-funktionalen* Funktionsbegriff ab, der die gesellschaftliche Organisation von Befriedigungshandlungen in den Mittelpunkt stellt und darin auf den konkreten menschlichen Organismus und dessen vitale Bedürfnis- und Motivlage bezogen bleibt. In einem Durchgang durch weitere anthropologische und ethologische Autoren (v.a. Arnold Gehlen, Dieter Claessens, Paul Leyhausen) will Schelsky verdeutlichen, dass ein derartiges Funktionsverständnis die über Institutionen zu leistende Kompensation der verlorenen oder zumindest reduzierten Instinktsicherheit zum Dreh- und Angelpunkt mache. Zur *spezifischen* gesellschaftlichen Funktion des Rechts aber könne man auf diesem Wege kaum vorstoßen, weil Institution und Recht durch den zu

abstrakt gewählten Bezugspunkt synonym würden. Allerdings scheine in einigen anthropologischen Ansätzen auch schon ein spezifischeres Verständnis von Recht auf, das »*die stets bewußte Regelung und Gestaltung sozialer Beziehungen durch freies und bewusstes Zweckhandeln*« (189) in den Vordergrund stelle und sich darin von anderen, ebenso notwendigen Formen institutionell bewirkter Entlastung – Sitte, Brauch, Gewohnheit, Tradition etc. – klar unterscheiden lasse.

Von dort aus gelangt Schelsky nun zu einem dritten Funktionsverständnis, von dem nicht immer klar ist, ob er es in der zuletzt angesprochenen Fortführung des anthropologischen Ansatzes verortet oder als distinkte Alternative verstanden wissen möchte. Die Rede ist von »*politischen Funktionsbegriffe[n]*« (167; 212), die insbesondere eine Verständigung mit den »*normativen*« Nachbarwissenschaften, v.a. der Jurisprudenz, erleichtern sollen. Das Charakteristikum dieses Funktionsverständnisses erblickt Schelsky darin, dass es das Recht im Hinblick auf den *politisch wollenden* Menschen und seine sich in ganzheitlichen Lebensentwürfen wiederfindenden »Endziele« bzw. »absoluten Motive« (192 f.) analysiert, die über systemische Bestandserhaltung und institutionell abgesicherte Mängelkompensation weit hinausreichen.

Im Binnenbereich dieses politisch-funktionalen Analyseansatzes unterscheidet Schelsky nun noch einmal zwischen einer »gesellschaftsprogrammatischen Funktionsanalyse«, die die Funktion des Rechts auf die in ihm verkörperten gesellschaftlichen Ideale respektive Ideologien – etwa Gerechtigkeit, Wohlfahrt, Sicherheit – bezieht, und einer »person-funktionalen« Perspektive, die gezielt danach fragt, welche »Leitideen« dem Recht mit Blick auf die Handlungs- und Freiheitschancen der *Person* zugrunde liegen. Diese Frage ist es, die Schelsky in der Rechtssoziologie seiner Zeit kaum nennenswert gestellt sieht und der er den verbleibenden Rest seines Aufsatzes widmet. Dabei destilliert er drei Leitideen, die zwar gesellschaftsgeschichtliche Indizes tragen, aber dennoch »strukturelogisch[e]« (200) Geltung beanspruchen.

Die *erste* und früheste dieser Leitideen lautet »Gegenseitigkeit auf Dauer« und nimmt ihren Ausgang von Reziprozitätsverpflichtungen, die die Ethnologie als ein Strukturprinzip iterativer Sozialbeziehungen in sog. einfachen Gesellschaften herausgearbeitet hat und die sich dann zu einem ersten herrschaftlichen Rechtsverhältnis verstetigen, wenn eine dritte, zumeist kollektive Instanz in *öffentlich-zeremonieller* Weise über die Einhaltung der wechselseitigen Obligationen wacht. Darin erblickt Schelsky gar die stammesgeschichtliche »Wurzel der Formalität des Rechts« (199), wie sie einem noch heute in jeder Gerichtsverhandlung begegnet.

Die *zweite* Leitidee, »Gleichheit bei Verschiedenheit«, hat sich nach Schelsky im Zuge obrigkeitlich-staatlicher Herrschaftsstrukturen herausgebildet und ist darauf gerichtet, den Herrschenden eine »über das

Recht zu erreichende Gleichheit der Verbindlichkeiten« (203) zwischen eigentlich Ungleichen (Herrschenden und Beherrschten) abzutrotzen. Hier findet sich also ein Gestaltungswille, der das Faktum sozialer Ungleichheit in die Bewusstseitsfront gezogen hat und es in der »Durchsetzung individuell-personaler Rechtsansprüche« (204) zugleich bändigen will. Dies ist für Schelsky entsprechend die Geburtsstunde subjektiver Rechte, die »die Herrschaftsmacht in den Dienst personfunktionaler Interessen [ziehen] « (205), selbst aber aufgrund ihrer konstitutiven Personbindung nicht zu einer (neuen) Herrschaft gerinnen können.

Der Problemhintergrund der *dritten* Leitidee, »Integrität und Autonomie der Person«, ist nach Schelsky sehr jungen Datums, und Schelsky lässt offen, ob dieselbe sich bereits in einer manifesten Form kristallisiert hat oder ob sie eher als eine auf die Zukunft gerichtete rechtspolitische Forderung zu verstehen ist. Besagter Problemhintergrund ist für Schelsky hier die hohe Organisationsdichte der heutigen Gesellschaft, die dazu tendiere, die subjektiven Rechte primär durch kollektive, auf den eigenen Bestandserhalt fokussierte Interessenvertretungen geltend zu machen und die konkrete Person dadurch zu einem austauschbaren Rädchen im Getriebe verbandsförmiger Konfliktrituale zu degradieren. Schlussendlich zieht Schelsky aus seinem als rechtssoziologisch ausgeflaggt »personfunktionalen« Ansatz daher auch eine rechtspolitisch eindeutige Konsequenz: Es gelte, die *Person* als selbstverantwortliche Handlungs- und Willenseinheit zu stabilisieren und so deren Autonomie und Integrität vor genau den »gesellschaftliche[n] Systemzwänge[n]« (214) zu schützen, die vom systemfunktionalen Erklärungsansatz eher sanktifiziert als analysiert würden.

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion

Das seit Mitte der 2010er Jahre in unterschiedlichen Zusammenhängen wiedererwachte Interesse an Schelskys Werk und Wirken (Gallus 2013; Wöhrle 2015; Ders. 2019; Schäfer 2015; Paßmann 2019; Römer 2017; Dammann/Ghonghadze 2018; Séville 2022) hat sich auf *Die Soziologen und das Recht* bisher kaum erstreckt. Zwar liegt seit einigen Jahren auch ein prominent besetzter Sammelband mit Akzent auf Schelskys Rechtssoziologie vor (Gutmann/Weischer/Wittreck 2017), doch sind sich die Beiträger keineswegs einig, ob ein erneuter Blick in besagtes Buch jenseits seiner unbestrittenen zeitdokumentarischen und disziplingeschichtlichen Bedeutung wirklich lohnt. Thomas Raiser etwa gibt zu bedenken, dass Schelskys »Argumentation unversehens von der wissenschaftlichen Wahrheitserkenntnis in eine rechtspolitische Forderung über[geht]« (Raiser 2017: 105) und einen »verdeckten Wechsel von der analytischen oder empirischen zur normativen Argumentation« (Raiser 2017: 105) aufweise, der klar zu Lasten der rechtssoziologischen Systematik gehe.

Doch auch die damalige Rezeption fiel – zumindest gemessen an der Resonanz, die Schelskys sonstiges Werk hervorrief – eher dünn aus. Schelskys späte Rechtssoziologie war wohl so sehr von hochgradig zeitgebundenen Debatten, persönlichen Verletzungen und der Entfremdung von seiner eigenen Disziplin (Stichwort »Antisozio­logie«) geprägt, dass eine systematischere Diskussion seiner Überlegungen ausblieb. Selbst in der voluminösen Festschrift, die Münsteraner Kollegen zu dessen 65. Geburtstag herausgaben (Kaulbach/Krawietz 1978), finden sich kaum Arbeiten, die dezidiert an Schelskys Grundbegriffe oder auch nur Einzelaspekte anschließen oder diese weiterdenken. In dieser Hinsicht stehen die Arbeiten von Werner Krawietz (Krawietz 1978; Ders. 2017) solitär, die wohlwollend und mit langem Atem die Grundbestimmungen Schelsky nachvollziehen, dabei aber dazu tendieren, deren Inkonsistenzen zu verdecken.

Ein weiterer Grund, warum Schelskys Rechtssoziologie vergleichsweise wenig Resonanz verzeichnen konnte, liegt wohl darin, dass deren Anlage bereits auf grundbegrifflicher Ebene zu viel Unschärfe aufweist. Dies gilt etwa für den Funktionsbegriff, der bei Schelsky oft zum bloßen Synonym für »Leistung«, »Zweck«, »Aufgabe« oder »Ziel« wird und darin insbesondere den Anschluss an das (auch) rechtssoziologisch hochrelevante Konzept latenter Funktionen verliert (vgl. zu diesem Problem und weiteren Schwächen Wöhrle 2022a: 26 ff.). Hinzu kommt, dass die Rechtssoziologie Niklas Luhmanns, den Schelsky Mitte der 1960er Jahre kennenlernte und dessen soziologische Laufbahn er bekanntlich entscheidend förderte, zur selben Zeit verstärkt und wohl auch konkurrierend rezipiert wurde. Wer sich der Rechtssoziologie dieser beiden Autoren vergleichend nähert, wird kaum um die Einsicht herumkommen, dass Luhmann zentrale Problem- und Fragestellungen Schelskys durchaus teilt, sie aber ungleich genauer, theoretisch kontrollierter und aufgrund seiner juristischen Ausbildung wohl auch kenntnisreicher durcharbeitet. Die zunehmende Aggressivität, mit der Schelsky seinem früheren Protegé Luhmann nicht nur, aber auch in rechtssoziologischen Zusammenhängen gegenübertrat, könnte hierin zumindest eine Teilursache haben (vgl. Wöhrle 2022a: 29 ff.; Ders. 2022b: 90 ff.).

Auch aufgrund der zuletzt genannten Umstände dürften Klassizität und Aktualität des Buches nicht so sehr in den Antworten liegen, die es gibt, sondern eher in den Fragen, die es stellt bzw. zu denen es führt: Stehen person- und systemfunktionale Perspektive wirklich in einem Gegensatz zueinander oder werden im modernen Rechtsstaat nicht vielmehr systemische Bestandserfordernisse über personale (Grund-)Rechtsansprüche gesteuert, so dass beide Perspektiven konvergieren (vgl. hierzu etwa den Problemzuschnitt in Luhmann 1965)? Wie, wie weit und aus welchem Blickwinkel kann sich die Rechtssoziologie den institutionellen Randbedingungen, den Verfahrensformen und den Auslegungspraktiken

des juristischen Feldes (Entscheidungszwang, Ämterstruktur, Unterscheidung von Sachverhalt und Tatbestand, Wortlautorientierung, teleologische Reduktion, unbestimmte Rechtsbegriffe etc.) nähern, ohne ihre disziplinäre Identität zu verlieren? Welche Formen der Kooperation zwischen Soziologie und Rechtswissenschaften sind denkbar, ohne dass (wechselseitige) Kolonialisierungsversuche zu einem vorzeitigen Abbruch führen? Welches soziologische bzw. sozialwissenschaftliche Wissen ist eigentlich geeignet und welches verzichtbar, um werdende Jurist:innen mit den Besonderheiten ihrer »Organisationstechnologie« vertraut zu machen? Lässt sich ein Verständnis juridischer Rationalität dingfest machen, das einerseits nicht einfach nur die Selbstbeschreibungen des rechtlichen Feldes verdoppelt (Deduktion, Gesetzesbindung, Gewaltenteilung etc.), andererseits aber auch nicht mit feldfremden Rationalitätskriterien und -vorstellungen (Aufklärung, Vernunft, Wahrheit) operiert?

Literatur

- Bock, Klaus Dieter (1986): »Helmut Schelsky: Hochschulreformer ›auf eigene Faust‹. Zur Vorgeschichte der Bielefelder Universitätsgründung«, in: Baier, Horst (Hg.), *Helmut Schelsky – ein Soziologe in der Bundesrepublik. Eine Gedächtnisschrift von Freunden, Kollegen und Schülern*, Stuttgart: Enke, 167–181.
- Dammann, Klaus/Ghonghadze, Dominik (2018): »Sozialforschungsstelle und die Soziologie ›an‹ und ›in‹ der Universität Münster 1945 bis 1969«, in: Endreß, Martin/Moebius, Stephan (Hg.), *Zyklus 4. Jahrbuch für Theorie und Geschichte der Soziologie*, Wiesbaden: Springer VS, 51–100.
- Gallus, Alexander (Hg.) (2013): *Helmut Schelsky – der politische Anti-Soziologe. Eine Neurezeption*, Göttingen: Wallstein.
- Gutmann, Thomas/Weischer, Christoph/Wittreck, Fabian (Hg.) (2017): *Helmut Schelsky. Ein deutscher Soziologe im zeitgeschichtlichen, institutionellen und disziplinären Kontext – Interdisziplinärer Workshop zum 100. Geburtstag. Rechtstheorie*, Beiheft 22, Berlin: Duncker & Humblot.
- Kaulbach, Friedrich/Krawietz, Werner (Hg.) (1978): *Recht und Gesellschaft. Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Krawietz, Werner (1978): »Helmut Schelsky – Ein Weg zur Soziologie des Rechts«, in: Kaulbach, Kaulbach/Krawietz, Werner (Hg.), *Recht und Gesellschaft. Festschrift für Helmut Schelsky zum 65. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, XIII–LXXVIII.
- Krawietz, Werner (2017): »Politisch-funktionaler Rechtsbegriff und neue normative Institutionen- und Handlungstheorie des Rechts nach Helmut Schelsky«, in: Gutmann, Thomas Gutmann/Weischer, Christoph/Wittreck, Fabian (Hg.), *Helmut Schelsky. Ein deutscher Soziologe im*

- zeitgeschichtlichen, institutionellen und disziplinären Kontext – Interdisziplinärer Workshop zum 100. Geburtstag. *Rechtstheorie*, Beiheft 22, Berlin: Duncker & Humblot, 133–215.
- Lautmann, Rüdiger (1971): *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz. Zur Kooperation der beiden Disziplinen*, Stuttgart u.a.: Kohlhammer.
- Link, Fabian/Schwarzferber, Andreas (2019): »Helmut Schelskys Rechtssoziologie als politisches Ordnungsinstrument vom NS-Regime in die Bundesrepublik«, in: Endreß, Martin/ Moebius, Stephan (Hg.), *Zyklus 5. Jahrbuch für Theorie und Geschichte der Soziologie*, Wiesbaden: Springer VS, 315–351.
- Luhmann, Niklas (1965): *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Luhmann, Niklas (1983): *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Paßmann, Johannes (2019): »Soziologiehistoriografische Reinigungsarbeit. Zur Einordnung Helmut Schelskys um 1960«, in: Endreß, Martin/Moebius, Stephan (Hg.), *Zyklus 5. Jahrbuch für Theorie und Geschichte der Soziologie*, Wiesbaden: Springer VS, 355–370.
- Raiser, Thomas (2017): »Helmut Schelskys Beitrag zur Rechtssoziologie«, in: Gutmann, Thomas/Weischer, Christoph/Wittreck, Fabian (Hg.), *Helmut Schelsky. Ein deutscher Soziologe im zeitgeschichtlichen, institutionellen und disziplinären Kontext – Interdisziplinärer Workshop zum 100. Geburtstag. Rechtstheorie*, Beiheft 22, Berlin: Duncker & Humblot, 95–110.
- Römer, Oliver (2017): »Politische Demokratie« oder »Nivellierte Mittelstandsgesellschaft«? Wolfgang Abendroth und Helmut Schelsky. Zwei politische Soziologien der Bundesrepublik«, *soziopolis.de*, <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ss0ar-82602-2> (letzter Zugriff: 27.03.2023).
- Schäfer, Gerhard (1997): »Soziologie als politische Tatphilosophie. Helmut Schelskys Leipziger Jahre (1931–38)«, in: *Das Argument* 39 (222), 645–665.
- Schäfer, Gerhard (2015): »Soziologie ohne Marx. Helmut Schelsky als »Starsoziologe« und Intellektueller im Hamburg der 1950er Jahre«, in: *Supplement der Zeitschrift Sozialismus* (1), Hamburg: VSA.
- Schelsky, Helmut (1955a): *Wandlungen der deutschen Familie in der Gegenwart. Darstellung und Deutung einer empirisch-soziologischen Tatbestandsaufnahme*, 3. durch einen Anhang erw. Aufl., Stuttgart: Enke.
- Schelsky, Helmut (1955b): *Soziologie der Sexualität. Über die Beziehungen zwischen Geschlecht, Moral und Gesellschaft*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.
- Schelsky, Helmut (1963): *Einsamkeit und Freiheit. Die deutsche Universität und ihre Reformen*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.
- Schelsky, Helmut (1969): *Abschied von der Hochschulpolitik oder Die Universität im Fadenkreuz des Versagens*, Bielefeld: Bertelsmann Universitätsverlag.
- Schelsky, Helmut (1975a): *Die Arbeit tun die anderen. Klassenkampf und*

- Priesterherrschaft der Intellektuellen*, 2. erw. Aufl., Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Schelsky, Helmut (1975b): *Die skeptische Generation. Eine Soziologie der deutschen Jugend*, Frankfurt a. M./Berlin/Wien: Ullstein.
- Schelsky, Helmut (1979): »Über die Stabilität von Institutionen, besonders Verfassungen. Kulturanthropologische Gedanken zu einem rechtssoziologischen Thema«, in: Ders., *Auf der Suche nach Wirklichkeit. Gesammelte Aufsätze zur Soziologie der Bundesrepublik*, München: Goldmann, 38–63.
- Schelsky, Helmut (1982): *Funktionäre – Gefährden sie das Gemeinwohl?*, Stuttgart: Seewald.
- Schelsky, Helmut (2022): *Die Soziologen und das Recht. Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung*, herausgegeben u. eingeleitet v. Patrick Wöhrle, 2. Aufl., Wiesbaden: Springer VS.
- Séville, Astrid (2022): »Demokratieskepsis und Institutionentheorie. Helmut Schelsky auf der Suche nach Stabilität und Sachlichkeit in der Bonner Republik«, in: Höntsch, Andreas/Wöhrle, Patrick (Hg.), *Provisorische Ewigkeit. Staatstheoretische Reflexionen der frühen Bundesrepublik*, Baden-Baden: Nomos.
- Wöhrle, Patrick (2015): *Zur Aktualität von Helmut Schelsky. Einleitung in sein Werk*, Wiesbaden: Springer VS.
- Wöhrle, Patrick (2019): »Wirklichkeitskontrolle. Konturen der Münsteraner Soziologie in den 1960er Jahren«, in: Fischer, Joachim/Moebius, Stephan (Hg.), *Soziologische Denkschulen in der Bundesrepublik Deutschland*, Wiesbaden: Springer, 249–276.
- Wöhrle, Patrick (2022a): »Das Recht als Deus ex machina des Sozialen? Einleitung zur Neuausgabe von Patrick Wöhrle«, in: Schelsky, Helmut, *Die Soziologen und das Recht. Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung*, herausgegeben u. eingeleitet v. Patrick Wöhrle, Wiesbaden: Springer VS, 1–47.
- Wöhrle, Patrick (2022b): »Rechtssoziologie ohne Recht, ohne Soziologie – und mit ›zu viel‹ Recht«, in: *Reform, Revolte Rechtssoziologie, Mittelweg* 36 31 (5), 84–98.

Heinrich Popitz: Die normative Konstruktion von Gesellschaft

1. Leben und Werk

Heinrich Popitz (1925–2002) stammte aus großbürgerlichem Elternhaus; sein Vater, von 1933 bis 1944 preußischer Finanzminister, wandelte sich schließlich zum Regimegegner, gehörte dem Widerstandskreis um Carl Friedrich Goerdeler an, wurde 1944 nach dem Juli-Attentat verhaftet und 1945 hingerichtet. Das, so vermutet ein Nachruf, hat Popitz' Interesse an Normen und Macht geprägt (Endreß 2002). Diese Themen, die sein Werk bestimmen, sind in seinem Studium von Philosophie, Geschichte und Ökonomie noch nicht zwingend angelegt; es ist vielmehr eine auch in seiner Soziologie bedeutsame anthropologische und philosophische Tönung, die schon seine Dissertation zu den Frühschriften von Karl Marx (Popitz 1953) durchzieht. 1951–1955 arbeitet er an der Sozialforschungsstelle der Universität Münster, habilitiert sich 1957 in Freiburg, wird 1959 an die Universität Basel und 1964 an die Universität Freiburg berufen, wo er mit der kurzen Unterbrechung einer Professur in New York bis zu seiner Emeritierung lehrt.

Popitz – »ein leiser, aber unüberhörbarer Soziologe« (Blankenburg 2002: 137) – hat ein vielgestaltiges Werk hinterlassen; exemplarisch erwähnt seien lediglich die Untersuchungen zu Technik und Industriearbeit (Popitz et al. 1957a), zum Gesellschaftsbild des Arbeiters (Popitz et al. 1957b/2018) und zur Macht (Popitz 1976 (1968)). Seine Basler Antrittsvorlesung (Popitz 1961) präludiert dann schon eines seiner Leitthemen und greift dem hier im Mittelpunkt stehenden Buch voraus: »Die Fragestellung, um die es hier geht, ist diejenige nach den Bedingungen der Möglichkeit menschlichen Zusammenlebens. Wie ist, um die Wendung Durkheims zu gebrauchen, die ›Tatsache Gesellschaft‹ möglich?« (ebd.: 198). Das ist – anschließend an Theodor Geiger und den von Popitz seiner soziologischen Phantasie wegen bewunderten Georg Simmel – fortan die Popitz'sche Grundfrage, die auch eine erst nach seinem Tod im Druck erschienene Vorlesung (Popitz 2011) entwickelt. Popitz zeigt sich dabei als allgemein-soziologischer Theoretiker, der Konzepte von Norm und Sanktion als zentrale Elemente von Gesellschaftlichkeit analysiert. Er begreift Normen als das universale Konstruktionsprinzip von Gesellschaftlichkeit überhaupt, und der Rollenbegriff spezifiziert dann Bündel von Normen für unterschiedliche gesellschaftliche Positionen mit den

entsprechenden Sanktionen (Popitz 1967). Dieser Ausgangspunkt, einzig Normen die konstitutive Bedeutung für Gesellschaft zuzuschreiben, unterscheidet seine Analyse von anderen Gesellschaftstheorien.

Die früher erschienene, kleine Schrift zur Präventivwirkung des Nichtwissens (1968/2003) bildet zwar in einem ideenarchitektonischen Sinn das Gerüst des Theorieentwurfs in *Die normative Konstruktion von Gesellschaft* – so Sack und Treiber (in Popitz 2003: vii); Dreher und Göttlich (2011: 391f.) weisen jedoch darauf hin, »dass etwa zeitgleich zu diesem Gerüst bereits die Außenwände wie auch die Inneneinrichtung des Popitz'schen Gedankengebäudes größtenteils fertig gestellt waren«. Tatsächlich arbeitet Popitz bereits hier Differenzierungen des Normen- und Sanktionsbegriffs heraus. Einleitend zitiert er da eine Glosse von William Thackeray (1869), der die Fantasie einer bezüglich persönlicher Abweichungen völlig transparenten Gesellschaft entwickelt. Das sei »eine ›unmögliche Gesellschaft‹. Aber warum?« (5) Und Popitz zeigt: »Eine Gesellschaft, die jede Verhaltensabweichung aufdeckte, würde zugleich die Geltung ihrer Normen ruinieren. [...] Normbrüche sind unvermeidbar. Aber es ist vermeidbar – und es wird stets vermieden –, daß sie alle ans Tageslicht kommen.« (9) Das ist eine auf den ersten Blick überraschende Erkenntnis, die verdeutlicht, dass normative – und damit gesellschaftliche – Strukturen nicht nur von ihrer Einhaltung (wie sich das erwarten ließe), sondern auch vom Ignorieren ihrer Nicht-Einhaltung aufrecht erhalten werden. Dem Recht als Korpus von Normen kommt damit eine doppelte Bedeutung zu, nämlich diese Normen und eine Sanktionsstruktur bereitzustellen, während zugleich eine konsequente Anwendung auf alle vorkommenden Ereignisse gesellschaftlich vermieden werden muss – Recht entfaltet demnach seine Relevanz sowohl durch seine Existenz wie durch die Selektivität seiner Nutzung. Die systemstabilisierende Wirkung solchen Nicht-Wissens findet empirisch eine gewisse Bestätigung (Diekmann et al. 2011), doch entstammt das Argument merklich vordigitalen Zeiten und berücksichtigt nicht die heteronom wie autonom hergestellte Selbst-Durchsichtigkeit der Individuen. Unter diesem Gesichtspunkt könnte es zu relativierenden wie erweiternden Reformulierungen kommen.

Popitz zählt neben Helmuth Plessner, Arnold Gehlen und Helmut Schelsky zur Denkschule einer Philosophischen Anthropologie. Darunter versteht man das philosophisch angeleitete Bemühen, das Wesen des Menschen zu ergründen und zu erklären; bei den genannten Autoren geht dies einher mit Kategorien der Soziologie. Deswegen kann diese Richtung als dritte Schule der Soziologie neben der Kölner um René König und der Frankfurter um Theodor W. Adorno gelten (Fischer 2006). Besonders gerühmt wird Popitz' Schreibstil, denn manche seiner Texte seien »in ihrer Form und Sprache so durchkomponiert, dass sie Wissenschaft als Kunst sind – im deutschen Sprachraum etwas höchst Rares«

(Pohlmann 2005: 7), und mit seinem Tod »geht und vergeht auch etwas von der bürgerlichen Substanz dieser Republik, das nur sehr schwer zu ersetzen sein wird« (Schwengel 2002: 615).

2. Der wissenschaftliche Kontext

Popitz' Text muss bei seinem Erscheinen ein wenig aus der Zeit gefallen gewirkt haben. Zwar ist seine Kernfrage nach den Strukturprinzipien von Gesellschaftlichkeit keineswegs neuartig, doch der außerordentlich weitreichende Anspruch seiner Theorie mit der Spannweite von »Naturvölkerkulturen«, wie das in der Sprache der Zeit hieß, bis zu gegenwärtigen Gesellschaften sprengte den Rahmen des Gewohnten und unterstrich das Originäre der Konzeption. »Angestrebt wird der Entwurf einer soziologischen Anthropologie, und hierin unterscheidet sich Popitz prägnant von den meisten bedeutenden deutschen soziologischen Theoretikern der Gegenwart« (Pohlmann 2005: 6). Auch die Argumentationsweise, theoretisierende Überlegungen zum Entwurf einer allgemeinen soziologischen Theorie zu verwenden, die »die gegenständlichen Bezüge bewußt nur für illustrative Zwecke einsetzen, während die Konzepte und ihre Kausalverknüpfungen generalisiert werden« (Lautmann 1983: 72), hob sich ab von der damals verbreiteten Vorgehensweise, die von quantitativen, später als *number crunching* verspotteten Methoden dominiert wurde und kleinteilige empirische Forschungen favorisierte. In theoretischer Hinsicht wiederum gibt es keine Anschlussmöglichkeiten an die strukturell-funktionale Analyse, wie sie durch Talcott Parsons vertreten wurde, oder an die beginnende Prominenz des französischen Poststrukturalismus, der etwa mit Michel Foucault verknüpft ist. Der konstruktivistische Ansatz an der Schnittstelle von Philosophie, Kulturanthropologie und Soziologie verleiht dem Buch hingegen vor allem durch diese über engere soziologische Grenzen hinausweisende Perspektive eine besondere Stellung und verfolgt eine mit der zentralen theoretischen Grundlegung eines soziologischen Konstruktivismus durch Peter Berger und Thomas Luckmann (1966) vergleichbare Zielsetzung, jedoch ohne dieses Buch zu erwähnen. Anders als die dort vorgelegte systematische Theorie der Wissenssoziologie, die die Kategorie des Alltagswissens in den Mittelpunkt rückt und zugleich Ansätze einer soziologischen Psychologie bietet, stellt Popitz Normen in den Mittelpunkt, behandelt sie als anthropologische Universalie und analysiert nicht ihre jeweilige gesellschaftsspezifische Soziogenese, sondern ihre Bedeutung als Grundbedingung sozialer Ordnung überhaupt; es geht ihm nicht, wie Berger und Luckmann, um die gesellschaftliche Konstruktion von Wirklichkeit, sondern um die gesellschaftliche Konstruktion von Gesellschaft und damit um »die basalen Phänomene der Vergesellschaftung« (Dreher/Walter

2010: 292). Dies und die Anthropologisierung der Fragestellung macht seine Sonderstellung in Rahmen der deutschsprachigen Soziologie seiner Zeit aus; sein »Denkstil ist innerhalb der deutschen Nachkriegs- und Gegenwartsoziologie singulär und deutlich konturiert« (Pohlmann 2005: 5). Damit steht in Einklang, dass sein »Grundverständnis von Allgemeiner Soziologischer Theorie und – darauf aufbauender – empirischer Forschung von vornherein jenseits der großen ideologischen Grabenkämpfe (zum Beispiel zwischen Frankfurt und Köln) angesiedelt« ist (Paris 2013: 129). Popitz' Referenz hinsichtlich des Normenbegriffs bildet vor allem Theodor Geiger, womit er innerhalb einer nationalen Theorietradition verbleibt, dieser jedoch durch die Zusammenführung von »Philosophischer Anthropologie, materialer Kulturanthropologie und soziologischer Klassik« (Paris 2013: 129) eigenständige Akzente hinzufügt.

3. Die normative Konstruktion von Gesellschaft

Popitz geht es merklich weder um eine soziologische Theorie des Rechts im eigentlichen Sinne noch um eine Theorie der Moderne, sondern um eine universale Theorie von Gesellschaft, eine soziologische Weltformel gewissermaßen, die aus einer Verschränkung mikro- und makrosozialer Perspektiven hervorgeht. Er sieht sich deswegen auch weniger als Rechtssoziologe denn als allgemein-soziologischer Theoretiker, wobei er die Konzepte von Norm und Sanktion als zentrale Elemente von Gesellschaftlichkeit analysiert und diese nicht notwendig an kodifiziertes Recht bindet. Popitz kennt vielmehr auch Sittennormen, während strafrechtliche Normen Kodifizierungen am Ende eines rechtlichen Normenkontinuums bilden und mit einer Form von Staatlichkeit verbunden sind, die die Normen durchzusetzen ermöglicht. In seinen Differenzierungen der Konzepte entwirft Popitz ein Bindeglied, das die Rechts- mit der allgemeinen Soziologie verknüpft. Das wird an diesem schmalen, aber gewichtigen Bändchen von 92 Seiten besonders deutlich, dessen Titel mit präziser Eindeutigkeit seinen Gegenstand bezeichnet. Eine Vorbemerkung weist darauf hin, dass »der hier dargelegte Entwurf einer allgemeinen soziologischen Theorie [...] in seiner begrifflichen Konzeption« (iii) an dem Rechtssoziologen Geiger (siehe den Beitrag von Holzhauser in diesem Band) orientiert ist, Übernahmen und Abweichungen jedoch nicht detailliert aufgeführt werden.

Eine universell gültige Gesellschaftstheorie muss mit einer Definition ihres Gegenstandes beginnen: Gesellschaft bedeutet, »daß mehrere Menschen aufeinander bezogen sind, indem sie ihr Verhalten aneinander orientieren« (1). Dadurch sind Verhaltensorientierung und Verhaltensnormierung miteinander verbunden, da sich eigenes Verhalten an erwartetem zukünftigem Verhalten anderer ausrichtet, wie das auch reziprok

gilt. Voraussetzung dafür ist Vertrauen als eine Form des Kredits, wie es durch Regelmäßigkeiten als »eine *Gleichsetzung* von Verhaltensabläufen in *gleich gesetzten* Situationen« (5; i.O.) ermöglicht wird. Solche Erwartungen an Regelmäßigkeiten drücken ein Wollen aus und »sind verbunden mit Wertungen, Wünschen, Forderungen« (8). Werden Erwartungen enttäuscht, ist deswegen eine Sanktion die Folge, die von alltäglicher Missbilligung bis zu den Sanktionen des Strafrechts reichen kann.

Der universale Anspruch der Theorie lässt sich dann konkretisieren, wenn der Schlüsselbegriff »soziale Norm« als Prädikat in »*widerlegungs-fähige Universalitätsthese*« (14; i.O.) eingesetzt wird: »In allen Gesellschaften gibt es soziale Normen« (14). »Norm« erscheint dabei als »die eindeutigste und zugleich die umfassendste« (16) begriffliche Abstraktion, um die Standardisierung von Verhalten zu beschreiben, wenngleich ihre Inhalte höchst variabel sind (»Normierungs Offenheit«, 17). Gesellschaftlichkeit erfordert jedoch Normen, da Menschen anthropologisch durch relative Instinktentbundenheit, Selbstbewusstsein und Sprache charakterisiert sind; dies aber geht mit der »unumgänglichen Bedürftigkeit [einher], soziales Verhalten zu normieren« (18). Dabei entstehen Normen allerdings nicht beliebig, sondern sind Gesetzmäßigkeiten unterworfen und objektivieren sich »unter den verschiedensten Bedingungen in immer gleichen Formen« (18) nach Regelungsprinzipien, die »Konstrukte sozialer Normierung« (18) darstellen. Auf diese Konstrukte bezieht sich die postulierte Universalität: sie wirken in allen Gesellschaften.

Normen werden gefasst als soziale Verhaltensregelmäßigkeiten, als in gleichartigen Situationen wiederholte Abläufe, die in Fällen abweichenden Verhaltens durch negative Sanktionen bekräftigt werden, durch Reaktionen, die der Betroffene als solche erkennen können soll. Erkennbar gemacht werden muss also sowohl die Tatsache einer Sanktion wie auch ihr Bezug auf ein bestimmtes Verhalten. Ob eine Sanktionierung eintritt, lässt sich dann als Grad der Sanktionsgeltung bestimmen. Dabei ist von Bedeutung, ob Akteure Normen und Sanktionen überhaupt kennen (»Orientierungswissen«, 22) – der Ausgangspunkt der damaligen KOL-Forschung (*Knowledge and Opinion about Law*), die als technokratisch kritisiert wurde (Smaus 1981) und inzwischen keine Bedeutung mehr hat. Popitz unterscheidet daneben als »Realisierungswissen« (23) die Einschätzung, ob eine Norm überhaupt befolgt wird, und, anknüpfend an Weber (siehe den Beitrag von Bucholz in diesem Band), den Legitimitätsglauben. Ist dieser gegeben, so wird normkonformes Verhalten wahrscheinlicher. Die Umkehrung wird nicht erwähnt: fehlender Legitimitätsglauben dürfte zum Ignorieren der Norm führen. Ebenfalls nicht erwähnt sind die Folgen relativer Normlosigkeit (Anomie) für Gesellschaftlichkeit, obwohl sie von höchster analytischer Relevanz sind. Der fehlende Rückgriff auf Émile Durkheim (1897) (siehe den Beitrag von Schweizer in diesem Band) stellt hier eine wesentliche Lücke dar.

Nach den Stufen ihrer Institutionalisierung, die auch den Einbezug von »Naturvölkerkulturen« (32) erlauben, unterscheidet Popitz Sitten- und Rechtsnormen; solche Stufen sind die Herausbildung von Sanktionsinstanzen, die Monopolisierung der Sanktionsgewalt, die Existenz von Erzwingungsinstanzen, die Etablierung förmlicher Verfahrensweisen und die Kodifizierung von Normen. Rechtsnormen liegen nur dann vor, wenn innerhalb territorialer Einheiten zentrale Institutionen die politische Ordnung garantieren und auf diese Institutionen bezogene spezifische Rechtsinstanzen mit Durchsetzungsmacht und Sanktionsfunktionen ausgestattet sind.

Ob und inwieweit Normen gelten, lässt sich nach dem Ausmaß von Normkonformität bzw. Normbruch mit oder ohne Sanktion quantifizieren. Der Anteil der Fälle konformen Verhaltens an der Gesamtzahl normrelevanter Verhaltensweisen bestimmt die Verhaltensgeltung der Norm, der Anteil der sanktionierten Abweichungen an allen Abweichungen die Sanktionsgeltung, der Anteil der nicht sanktionierten Abweichungen die relative Nichtgeltung der Norm: »Die Norm gilt in dem Grade, in dem sie eingehalten oder durch Sanktionen bekräftigt wird« (35). Die Gesamtzahl normrelevanter Verhaltensweisen ist jedoch ebenso wenig bestimmbar wie die Gesamtzahl tatsächlicher Abweichungen, was Popitz selbst (in *Präventivwirkung*, s.o.) gezeigt hat; eine Quantifizierung bleibt somit eher theoretisches Desiderat als empirische Möglichkeit.

Popitz unterscheidet drei verschiedene Normstrukturen, nämlich Verpflichtungs-, Sanktions- und Geltungsstruktur. Die Verpflichtungsstruktur, die den Situations- und Interaktionszusammenhang erfasst, in dem Normen sich entfalten, stellt er in Anlehnung an Geiger formal dar:

$$\Sigma (s \rightarrow g)_n A/B,$$

wobei Σ den jeweils untersuchten sozialen Bereich als nach außen geschlossene soziale Gruppierung im Sinne Webers bezeichnet, deren »Sinngeltung oder ihre geltenden Ordnungen die Teilnahme ausschließen oder beschränken oder an Bedingungen knüpfen« (Weber 1972: 23), was sich von Familie bis Staat auf vielerlei soziale Gruppierungen anwenden lässt. »s« bedeutet die normrelevante Situation, »g« das jeweilige Verhalten als Normierung von Handlung oder Sprache, »n« gibt an, dass es sich um eine Verhaltensnormierung mit sanktionierter Abweichung handelt. »A« steht für die Personenkategorie, für die bestimmte Situations- und Interaktionszusammenhänge normativen Charakter haben (Normadressat:innen). Dies können alle Mitglieder einer sozialen Einheit (allgemeine Normen) oder lediglich bestimmte Personenkategorien sein (partikuläre Normen). »B« steht für die Normbenefiziar:innen: manche Verhaltensweisen gewinnen erst durch den Bezug auf bestimmte Personenkategorien normativen Charakter, so etwa Höflichkeits- und

Solidaritätsnormen. Normen können des weiteren reziprok ausgestaltet sein und sich an Personen richten, die gegenseitig zugleich Adressat:innen und Benefiziar:innen sind: Verpflichtungen hat man nur denjenigen gegenüber, die ihrerseits gleiche Verpflichtungen einem selbst gegenüber haben, was immer für allgemeine Normen gilt. Partikuläre Normen können ebenfalls reziprok sein; nicht reziprok sind sie dann, wenn deren Adressat:innen und Benefiziar:innen sich nicht decken.

Die Beteiligten lassen sich unterscheiden nach denen, die Normen senden (man lässt erkennen, für die Geltung einer Norm einzutreten), denen, die Normen hüten (etwa Polizei oder Vorgesetzte) und denen, die (neue) Normen setzen.

Normen treten zudem nicht singular auf. Die Handlungen einer Personenkategorie können über allgemeine Normen hinaus durch partikuläre Normen normiert werden (Normbündelung); Normverklammerungen wiederum konstituieren normative Bezüge, die Personen der gleichen Kategorie gegenseitig verpflichten. Da Personen in komplexen Gesellschaften regelmäßig mehreren Kategorien angehören, sind sie in unterschiedliche Normverklammerungen eingebunden, was zu Konflikten führen kann. Popitz nähert sich hier zwar Simmels Begriff der Kreuzung sozialer Kreise (1908), doch die Nicht-Erwähnung verdeutlicht auch den Unterschied zwischen beiden: Simmel leitet aus dieser Kreuzung die Möglichkeit von Individualität ab, Popitz verbleibt in einem eng gefassten Rollenbezug, der auf der normativen Ebene durch partikuläre Normen, Normbündelung und -verklammerung hergestellt wird.

Als zweite Normstruktur bezeichnet die Sanktionsstruktur die Normierung von Situationen, in denen Sanktionen erlaubt sein können. Schließlich bildet jegliche Sanktion, isoliert betrachtet, eine Art von Devianz: »Im allgemeinen wäre eine Sanktionshandlung, *wenn* sie nicht eine *Sanktionshandlung* wäre, ein Normbruch« (49, kursiv i.O.) Lediglich ihre Legitimation als Norm verhindert diese Wertung – das unterscheidet etwa Gewalt im privaten Leben von polizeilicher Gewalt in spezifischen Situationen. Erforderlich ist demnach »eine besondere soziale Definition der Situation, die durch Normbrüche entsteht« (49). Das sind sekundäre Normierungen, die sich in verschachtelte Einzelfragen aufsplitten lassen. Wann ein Sanktionsfall vorliegt, ergibt sich bereits aus der Verpflichtungsstruktur. Wer aber fungiert als Sanktionssubjekt? Das kann der/die unmittelbar Betroffene oder eine Gruppenöffentlichkeit sein, das können aber auch Personen sein, die das Recht oder die Pflicht haben, über Sanktionen zu entscheiden; die Herausbildung solcher Sanktionsinstanzen gehört »zu den folgenreichsten gesellschaftlichen Prozessen« (55). Selbst zugefügte Sanktionen durch den Normbrechenden sind als Versuch, Sanktionen durch andere zuvorkommen, ebenfalls möglich; Popitz erwähnt als Beispiele den freiwilligen Gang ins Exil oder die Selbstkasteiung. Ein solcher Selbstvollzug antizipierter Sanktionen

biete eine »vergleichsweise friedliche« Regelung (56). Diese Grundformen können kombiniert auftreten, was sich durch die Aufteilung des Sanktionsvorgangs in Sanktionsfunktionen (Schuldspruch, Sanktionszumessung, Sanktionsvollzug) erfassen lässt. Popitz begreift eine solche Differenzierung und Kombination von Sanktionssubjekten und -funktionen als ein Schlüsselphänomen für die Analyse sozialer Strukturen.

Die jeweils verhängte Sanktion folgt in aller Regel dem Prinzip der Entsprechung von Tat und Sanktion und einem Prinzip der Hierarchisierung, da nicht alle Sanktionen gleichen Rang haben. Eine erhöhte Sanktionsschärfe dürfte dann eintreten, wenn es sich um wiederholte Normbrüche handelt. Die Verhängung von Sanktionen wiederum geschieht nach Verfahrensregeln, die als solche rationalisierend wirken und die Chance auf ein Konfliktende bieten.

Die Geltungsstruktur bezeichnet die Relation von Verhaltens-, Sanktions- und Nichtgeltung einer bestimmten Norm. Sie bezieht sich meistens auf Verhaltensakte und lässt modellartig drei Fälle von Nichtgeltung der Norm zu, wenn nämlich Normbruch und Täter:in bekannt sind, aber keine Sanktion erfolgt, wenn der Normbruch bekannt ist, aber nicht der/die Täter:in und wenn beides unbekannt bleibt. Fragen nach der Geltungsstruktur erlauben Analysen von differentiellen Aufklärungsquoten und von Prozessen des Normwandels, vielleicht sogar die Entwicklung einer Theorie, die Bestand und Zusammenbruch von Normen in Beziehung setzt zu den Relationen der Geltungsstruktur.

Fasst man Gesellschaft als eine nach außen geschlossene soziale, sich wenigstens zum Teil biologisch selbst rekrutierende Gruppe von einer gewissen Intensität, so gelten Konstrukte sozialer Normierung universal für alle bekannten Gesellschaften. Immer existieren in ihnen allgemeine Normen, die Gleichheit und Zugehörigkeit manifestieren. Immer gibt es aber auch partikulare, zwischen Gesellschaftsmitgliedern differenzierende Normen. Das geschieht einmal als Normverklammerung durch nicht reziproke Partikularnormen, die Beziehungsformen zwischen Personenkategorien mit normativ unterschiedlichem Status regeln – kommunikativ sind deren Reaktionen nicht spiegelbildlich. Hier »erhält das Anderssein normative Gestalt« (76). Zum anderen gibt es immer auch Normverklammerungen verschiedener Personenkategorien durch reziproke Partikularnormen: Beziehungen etwa unter Ranggleichen, in Männerbünden oder Geheimgesellschaften, wobei »dem Anderssein eine Gleichheit entgegengesetzt« (76) wird.

Komplexer als die Normen- ist die Integrationsstruktur von Gesellschaften. Sie weisen immer eine Integrationsstruktur mit universalen Positionsmustern zur Aufnahme Neugeborener auf. Ein Kind findet ein auf sich selbst hin differenziertes und normiertes Gefüge von Beziehungen vor, in dem bestimmte Personen ihm gegenüber bestimmte Verantwortungen haben, die sich mit seinem Alter verändern, wie auch das Kind

nach Alter unterschiedliche Rechte und Pflichten hat. Neugeborene werden in jeder Gesellschaft mit primären Bezugspersonen verbunden, was eine Verklammerung durch nicht reziproke Partikularnormen bildet. Über die Positionen Vater und Mutter hinaus wird Kindern ein positionelles Bezugssystem zugewiesen (Großeltern, Ahnen). Manche Positionen sind zudem in sozialen Einheiten (Familie, Clan) zusammengeschlossen, die allgemeine Normen und soziale Zugehörigkeit vermitteln. Alle diese Strukturen lassen sich intergenerationell reproduzieren und ermöglichen Kindern, »die normativen Grunderfahrungen menschlichen Zusammenlebens zu machen« (82).

In allen Gesellschaften sind die Einzelnen zudem Mitglieder sich überschneidender sozialer Einheiten, die durch Grenznormen voneinander abgegrenzt sind, wie sie vor allem als Zulassungsbedingungen oder durch auf die Mitglieder der Einheit beschränkte Normen fixiert sind. Vergesellschaftung besteht derart als »Pluralität von sozialen Einheiten« (86) mit eigenen normativen Gefügen.

In allen Gesellschaften gibt es darüber hinaus Sanktionsnormen, die Sanktionssubjekte, Verfahrensweisen und Sanktionsinhalt festlegen. Damit im Konfliktfall nicht Machtwillkür regiert, ist Machtverlagerung auf eine dritte Kraft nötig, etwa auf staatliche Instanzen. Für Gesellschaften ohne Sanktionsinstanzen lässt sich dagegen annehmen, dass die Gruppe des Normbrechers wie die des Sanktionierenden die Solidarität mit ihrem Mitglied lockert, womit sie ansatzweise als dritte Kraft tätig werden.

Diese Thesen fügen sich auf eine Weise zusammen, »daß ein Gesamtbild von großer Einfachheit entsteht« (90). Der normativen Konstruktion von Gesellschaft liegt ihre Integrationsstruktur zugrunde, die die sozialen Beziehungen, Rechte und Pflichten festlegt. Über diese Struktur hinaus entwerfen Menschen bei dauerhafter Vergesellschaftung eine Pluralität sozialer Einheiten, die voneinander abgegrenzt und zugleich so miteinander verbunden sind, dass sich mehrfache Mitgliedschaften ergeben. Die normativen Verbindungen zwischen den Gesellschaftsmitgliedern entfalten sich in der Idee der Gleichheit, der Auffächerung nach Personenkategorien und den Enklaven spezieller normativer Gleichheiten, und diese Prinzipien haben ihre strukturelle Basis in der Integrationsstruktur einer Gesellschaft. Alle Normierungen werden durch ein Sanktionssystem aufrecht erhalten, das ebenfalls normatives Gewicht erhält. Die Grundzüge der normativen Konstruktion von Gesellschaft weisen somit »auf Bedingungen hin, die konstitutiv sind für die Art und Weise, in der Menschen sich sozial selbst definieren« (92).

4. Rezeption

Dieses Buch demonstriert zwar besonders prägnant Popitz' »Arbeit *am* Begriff und das Arbeiten *mit* Begriffen« (Paris 2013: 127; kursiv i.O.), spielt aber eine wesentlich geringere Rolle als manche seiner anderen Arbeiten. Während seine Machttheorie den Ausgangspunkt für die Analyse von Konfliktlösungen, Recht und Herrschaft als *Ordnungsformen der Gewalt* (von Trotha 1995, 2000) bildete und noch heute aufgegriffen wird (Treiber 2021) und der Text über die Präventivwirkung zum rechtssoziologisch-kriminologischen Kanon zumindest des deutschsprachigen Wissenschaftskontextes gehört, ruht das hier behandelte Buch vorrangig im gläsernen Sarg der Lehrbücher (z.B. Röhl 1987; Raiser 2013; Baer 2017; Fuchs 2019). Google Scholar weist im Frühjahr 2024 zwar 420 Zitationen des Buches nach, in ihrer Mehrzahl dürften sie aber lediglich auf den aussagekräftigen Titel zurückgreifen, während produktive Aneignungen ebenso selten sind wie kritische Auseinandersetzungen (siehe aber Hopf 1987). Die Zahl der Besprechungen ist gering, und nicht einmal die im Erscheinungsjahr des Buches begründete Zeitschrift für Rechtssoziologie weist eine solche auf. Von den auffindbaren beiden Besprechungen schlägt die eine vor, den Begriff der Norm durch Konvention zu ersetzen (Kraml 1987), ein Begriffstausch, der Popitz' Intentionen kaum entsprochen haben dürfte. Wesentlich substanzieller ist die zweite, die das Buch als »eine Variation des handlungstheoretischen Versuchs, makrostrukturelle Aussagen von mikrostrukturellen her aufzubauen«, sieht (Lautmann 1983: 73). Dabei habe Popitz »ein Interesse für ethno-soziologische Fragestellungen. Hier dürften die theoretischen Ideen auch – trotz ihres Allgemeinheitsanspruchs – am ehesten Widerhall finden und die Feldforschung anleiten« (ebd.).

Dazu ist es nicht gekommen. Nicht zuletzt wegen des Universalitätsanspruchs sind empirische Prüfungen seines Modells komplex und nie versucht worden. Mit einem Körnchen Salz lässt sich jedoch behaupten, dass die entsprechende Empirie partiell lange vor seinem Erscheinen stattgefunden hat: Harold Garfinkel hat (bei anderer theoretischer Intention) Vertrauen als Bedingung stabiler Handlungen ebenso untersucht (1963) wie die implizite Normierung von Kommunikation, die Erwartungssicherheit schafft (1967).

Neben den Schwierigkeiten empirischer Prüfung gibt es aber für diese relative Folgenlosigkeit sowohl allgemein-soziologische wie rechtssoziologische Gründe. Allgemein-soziologisch kam es mit den 1970er-Jahren zur tendenziellen Marginalisierung der Philosophischen Anthropologie (Fischer 2006) zugunsten anderer theoretischer Ausrichtungen, und damit verlor auch die zentrale Popitzsche Fragestellung an Bedeutung. Nun trat seine Frage nach den universalen Möglichkeitsbedingungen von Gesellschaft gegenüber der Frage nach den Wirklichkeitsbedingungen der

modernen Gesellschaft in den Hintergrund, und die Prägung des Begriffs der Risikogesellschaft (Beck 1986) signalisiert deutlich diese Akzentverlagerung von einer empirisch nur schwer prüfbaren Universalität auf die Spezifika der Moderne. Zu solchen Untersuchungen hat Popitz – jedenfalls auf den ersten Blick – nichts beizutragen.

Rechtssoziologisch wiederum steht Popitz im Schatten einerseits von Geiger, dessen Theorie er variiert und mit Abweichungen weiterentwickelt, andererseits des systemtheoretischen Ansatzes von Luhmann (siehe die Beiträge von Schneider und Schmidt/Heck in diesem Band). Dabei sind Konzepte von Norm und Sanktion weiterhin von Bedeutung, werden nun aber im Kontext der Soziogenese von Moderne gelesen, wie der enorme Einfluss von Foucault belegt (siehe den Beitrag von Faets/Weber in diesem Band). Auch in der Rechtswirkungsforschung (Wrase 2019) und der Forschung zur Rechtskonformität (im Überblick Kretschmann 2016: 82 ff.) lässt sich ohne Konzepte von Norm und Sanktion nicht argumentieren, ebenso wie in der Devianzsoziologie (etwa Dellwing 2015). Doch angesichts der Zahl von 82 unterschiedlichen Normdefinitionen, die Lautmann (1969: 98) im sozialwissenschaftlichen Gebrauch fand, liefert Popitz ungeachtet seiner Präzision lediglich eine Variante unter vielen.

Dennoch eröffnet gerade diese Präzision neuartige theoretische Sichtweisen auf empirische Fragestellungen. Seine Konzepte von Normverklammerung und Geltungsstruktur etwa ließen sich für Untersuchungen zum Normwandel in einer flexiblen Moderne nutzbar machen, in der sich einerseits die Geltung mancher Rechtsnormen verändert und sich neue herausbilden, andererseits die Strukturen der Normverklammerung zu (des-)integrativen Prozessen führen können. Subkulturelle Variationen von Geltungsstrukturen und ihre Relation zur Normenstruktur der Mehrheitsgesellschaft böten ebenso ein Untersuchungsfeld wie weitere Differenzierungen seines Normbegriffs im Hinblick auf normative Innen- und Außenlenkung der Individuen. Vielleicht, mutmaßte einmal Ralf Dahrendorf (zitiert nach Göttlich 2017: 247), werde Popitz »als Klassiker erst noch entdeckt«. Mit diesem Buch ließe sich anfangen.

Literatur

- Baer, Susanne (2017): *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, Baden-Baden: Nomos.
- Beck, Ulrich (1986): *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Blankenburg, Erhard (2002): »Nachruf«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 23 (1), 137–138.
- Berger, Peter L./Thomas Luckmann (1966): *The Social Construction of Reality*, Garden City: Anchor Books.

- Dellwing, Michael (2015): *Recht und Devianz als Interaktion. Devianz- und Rechtssoziologie in Prozessstudien*, Wiesbaden: VS.
- Diekmann, Andreas/Przepiorka, Wojtek/Rauhut, Heiko (2011): »Die Präventivwirkung des Nichtwissens im Experiment«, in: *Zeitschrift für Soziologie* 40 (1), 74–84.
- Dreher, Jochen/Walter, Michael K. (2010): »Nachwort«, in: *Heinrich Popitz, Einführung in die Soziologie*, Konstanz: Wallstein, 284–300.
- Dreher, Jochen/Göttlich, Andreas (2011): »Nachwort. Die Vorlesung im Werkkontext von Heinrich Popitz«, in: Popitz (2011): *Allgemeine Soziologische Theorie*, Konstanz: Wallstein, 389–418.
- Durkheim, Émile (1897): *Le suicide. Étude de sociologie*, Paris: Félix Alcan.
- Endreß, Martin (2002): »Nachruf«, in: *Berliner Journal für Soziologie* 12 (3), 406–408.
- Fischer, Joachim (2006): »Philosophische Anthropologie – Ein wirkungsvoller Denkansatz in der deutschen Soziologie nach 1945«, in: *Zeitschrift für Soziologie* 35 (5), 322–347.
- Fuchs, Walter (2019): »Erkundung der Theorielandschaft. Klassische rechtssoziologische Ansätze«, in: Boulanger, Christian/Rosenstock, Julika/Singelstein, Tobias (Hg.): *Interdisziplinäre Rechtsforschung. Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis*, Wiesbaden: VS, 31–68.
- Garfinkel, Harold (1963): »A Conception of, and Experiments with, ›Trust‹ as a Condition of Stable Concerted Actions«, in: O. J. Harvey (Hg.), *Motivation and social interaction*, New York: Ronald Press, 187–238.
- Garfinkel, Harold (1967): *Studies in Ethnomethodology*, Kap. 2, Englewood Cliffs: Prentice-Hall.
- Göttlich, Andreas (2017): »›Dass in die Nachwelt ragen solle, Dein Erdenweg als Sagenrolle. Der Nachlass von Heinrich Popitz am Sozialwissenschaftlichen Archiv Konstanz«, in: Endreß, Martin/ Lichtblau, Klaus/ Moebius, Stephan (Hg.), *Zyklus 3*, Wiesbaden: VS, 247–258.
- Hopf, Christel (1987): »Normen in formalen Organisationen. Theoretische und methodische Probleme der empirischen Analyse«, in: *Zeitschrift für Soziologie* 16 (4), 239–253.
- Kraml, Hans (1987): »Heinrich Popitz, Die normative Konstruktion von Gesellschaft«, in: *Zeitschrift für Katholische Theologie* 109 (2), 245–246.
- Kretschmann, Andrea (2016): *Regulierung des Irregulären. Carework und die symbolische Qualität des Rechts*, Weilerswist: Velbrück.
- Lautmann, Rüdiger (1969): *Wert und Norm. Begriffsanalysen für die Soziologie*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Lautmann, Rüdiger (1983): »Heinrich Popitz, Die normative Konstruktion von Gesellschaft«, in: *Soziologische Revue* 6 (1), 71–73.
- Paris, Rainer (2013): »Handwerk der Lehre und der Theorie. Heinrich Popitz als Beispiel«, in: *Soziologische Revue* 36 (2), 125–131.
- Pohlmann, Friedrich (2005): »Heinrich Popitz – Konturen seines Denkens und Werks«, in: *Berliner Journal für Soziologie* 15 (1), 5–24.
- Popitz, Heinrich (1953, gekürzt 1967, 1980): *Der entfremdete Mensch*.

- Zeitkritik und Geschichtsphilosophie des jungen Marx*, Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft.
- Popitz, Heinrich/Bahrtdt, Hans P. J./Jüres, Ernst A./Kesting, Hanno (1957a und Folgeauflagen): *Technik und Industriearbeit. Soziologische Untersuchungen in der Hüttenindustrie*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Popitz, Heinrich/Bahrtdt, Hans P. J./Jüres, Ernst A./Kesting, Hanno (1957b und Folgeauflagen): *Das Gesellschaftsbild des Arbeiters. Soziologische Untersuchungen in der Hüttenindustrie*, Tübingen: J.C.B. Mohr, 2018 neu herausgegeben von Jochen Dreher, Wiesbaden: VS.
- Popitz, Heinrich (1961): »Soziale Normen«, in: *European Journal of Sociology/Archives Européennes de Sociologie/Europäisches Archiv für Soziologie* 2 (2), 185–198; wieder abgedruckt in Popitz (2006): *Soziale Normen*, hrsg. von Friedrich Pohlmann und Wolfgang Eßbach, Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Popitz, Heinrich (1967): *Der Begriff der sozialen Rolle als Element der soziologischen Theorie*, Tübingen: Mohr Siebeck; wieder abgedruckt in Popitz (2006): *Soziale Normen*, hrsg. von Friedrich Pohlmann und Wolfgang Eßbach, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Popitz, Heinrich (1968/2003): *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe*, Tübingen: Mohr Siebeck; wieder abgedruckt in Popitz (2006): *Soziale Normen*, hrsg. von Friedrich Pohlmann und Wolfgang Eßbach, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.; auch 2003: *Über die Präventivwirkung des Nichtwissens*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag mit einer Einführung von Fritz Sack und Hubert Treiber.
- Popitz, Heinrich (1976 (1968)): *Prozesse der Machtbildung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Popitz, Heinrich (1980): *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Popitz, Heinrich (1986/erw. Aufl. 1992): *Phänomene der Macht*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Popitz, Heinrich (2006): *Soziale Normen*, hrsg. von Friedrich Pohlmann und Wolfgang Eßbach, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Popitz, Heinrich (2011): *Allgemeine Soziologische Theorie*, Konstanz: Wallstein.
- Raiser, Thomas (2013⁶): *Grundlagen der Rechtssoziologie*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Röhl, Klaus F. (1987): *Rechtssoziologie*, Köln: Heymanns.
- Schwengel, Hermann (2002): »In memoriam«, in: *Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie* 54 (3), 614–615.
- Simmel, Georg (1908): *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, Kapitel VI, Leipzig: Duncker & Humblot.
- Smaus, Gerlinda (1981): »Theorielosigkeit und politische Botmäßigkeit der KOL-Untersuchungen«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2 (2), 245–277.
- Treiber, Hubert (2021²): »Macht – ein soziologischer Grundbegriff«, in: Gostmann, Peter/Merz-Benz, Peter-Ulrich (Hg.): *Macht und Herrschaft*.

- Zur Revision zweier soziologischer Grundbegriffe*, Wiesbaden: VS, 91–106.
- Von Trotha, Trutz (1995): »Ordnungsformen der Gewalt oder Aussichten auf das Ende des staatlichen Gewaltmonopols«, in: *Politische Institutionen im Wandel* (Sonderheft 35 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie), hrsg. von Birgitta Nedelmann, Wiesbaden: VS, 129–166.
- Von Trotha, Trutz (2000): »Was ist Recht? Von der gewalttätigen Selbsthilfe zur staatlichen Rechtsordnung«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 21 (2), 327–354.
- Weber, Max (1972, urspr. 1922): *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Wrase, Michael (2019): »Rechtswirkungsforschung revisited. Stand und Perspektiven der rechtssoziologischen Wirkungsforschung«, in: Boulanger, Christian/Rosenstock, Julika/ Singelstein, Tobias (Hg.): *Interdisziplinäre Rechtsforschung. Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis*, Wiesbaden: VS, 127–141.

Pierre Bourdieu: Die Kraft des Rechts

1. Leben und wissenschaftliches Werk

Die Funktion der Soziologie besteht für Bourdieu darin, Gesellschaft in ihrer Herrschaftsförmigkeit zu untersuchen (Bourdieu 1993: 7), um in kritischer Absicht Gesellschaftsanalyse zu betreiben (Scholz 2002: 201). In Anknüpfung an Bachelard (Papilloud 2003: 21) verfolgt Bourdieu mit seiner Soziologie das Ziel, »verborgene und manchmal verdrängte Dinge« aufzudecken (Bourdieu 1993: 20). Verknüpft ist dies mit dem Anliegen, sich als Soziologe auch gesellschaftspolitisch einzubringen. Als Wissenschaftler sieht Bourdieu sich mit einer Macht ausgestattet, die ihn dazu verpflichtet, »direkt ins öffentliche Leben ein[zugreifen], um zu versuchen, eine analysierend-katalysierende Funktion auszuüben« (Ders. 2003: 16).

Diese Auffassung Bourdieus ist auch biographisch begründet, denn seine wissenschaftstheoretische Ausrichtung ist entscheidend durch seinen – für Frankreich mit seinem elitären Bildungssystem äußerst seltenen – Bildungsaufstieg geprägt (vgl. Jurt 2004: 204). Bourdieu (1930–2002) wächst im ländlichen Raum der Pyrenäen auf, was im damals noch weit aus zentralistischer strukturierten Frankreich stigmatisierendes Potenzial hat. Seine Herkunft ist als »Sohn eines kleinen Beamten« zudem kleinbürgerlich geprägt (ebd.: 1). Bourdieu steigt noch zu Lebzeiten zum soziologischen Klassiker auf und zählt zu den bedeutendsten und einflussreichsten Soziolog:innen des 20. Jahrhunderts. Müller bezeichnet ihn für die Nachkriegszeit als »den Soziologen, Wissenschaftler und Intellektuellen schlechthin« (2014: 13). Auch über die Grenzen der Disziplin hinaus wird er stark rezipiert, so dass er als der meistzitierte Sozialwissenschaftler der Nachkriegszeit gilt (Schultheis 2017: 149). Bourdieu gelingt sein Aufstieg trotz der sozialen Grenzziehungen, die sich ihm herkunftsbedingt stellen – er erzählt vielfach im Interview, dass er die Auseinandersetzungen um ungleiche soziale Voraussetzungen im Bildungssystem immer wieder selbst zu spüren bekommen habe – vor allem durch herausragende Leistungen. Diese bringen ihn zunächst an die Elitehochschule École Normale Supérieure (ENS). Sein anschließendes Studium der Philosophie an der Sorbonne schließt er als Jahrgangsbester ab.

Zum Soziologen wird Bourdieu erst durch seine Militärzeit in Algerien, die seine wissenschaftliche Laufbahn stark prägt (vgl. Jurt 2004: 301 f.). Bald nach Abschluss seines Studiums im Jahr 1955 wird er einberufen.

Die kolonialen Verhältnisse im Land kritisch analysierend, vollzieht er zunächst eine Wandlung zum Ethnologen, dabei seinen Blick für soziale Hierarchien, soziale Ungleichheiten, marginale Positionen und Machtbeziehungen auch innerhalb der französischen Gesellschaft schärfend. Seine geplante philosophische Laufbahn gibt er auf zugunsten intensiver Feldforschungen in Algerien, die auch nach seiner Zeit im Militär noch andauern und die ihn letztlich zur Soziologie führen. Nach einigen Zwischenstationen in Assistenzpositionen wird er Mitte der 1960er Jahre zum *Directeur d'études* an der *Ecole pratique des Hautes Etudes* gewählt. Ab 1964 arbeitet er an der Pariser Elite-Hochschule *École des hautes études en sciences sociales* (EHESS). Anfang der 1980er Jahre wird er als Professor für Soziologie an die renommierteste Institution im französischen Universitätssystem, das Collège de France, berufen.

Bourdieu's enorme Ausstrahlungskraft in die Sozial- und Geisteswissenschaften umfasst sowohl seine Sozial- als auch seine Gesellschaftstheorie (vgl. Papilloud 2003: 7). Mittels einer praxeologischen Herangehensweise erneuert er handlungs- und subjekttheoretische Zugänge. In gesellschaftstheoretischer Hinsicht entwickelt er mittels einer relationalen Perspektive konflikt- und differenzierungstheoretische Konzeptionen weiter. Zu seinen Hauptwerken gehört mit der Analyse der algerischen Arbeiter in der Kabylei, anhand der er seine Sozial- und Gesellschaftstheorie zunächst entwickelt, der *Entwurf einer Theorie der Praxis* (1979); mit *Die feinen Unterschiede* (1982) analysiert er die soziale Bedingtheit des Geschmacks entlang von Kategorien wie Klasse, Milieu und Geschlecht. Bourdieus Arbeit beschränkt sich jedoch nicht auf diese Bereiche; seine Analysen weisen eine große Themenvielfalt auf. Schwerpunkte finden sich im Bereich der Soziologie der Kunst und Kultur, der Bildungssoziologie sowie der Soziologie des Staates.

Der Analyse des Rechts widmet Bourdieu sich lediglich am Rande. Eine ausbuchstabierte Rechtssoziologie hat Bourdieu – anders als andere soziologische Klassiker – nicht vorgelegt (Madsen 2006: 2). Deziert wendet er sich dem Recht nur in zwei Publikationen zu: dem zentralen und daher hier besprochenen Aufsatz *La force du droit* aus dem Jahr 1986 (dt. *Die Kraft des Rechts*, Bourdieu 2019a) sowie dem im Jahr 1991 gehaltenen Vortrag *Les juristes. Gardiens de l'hypocrisie collective* (dt. *Die Juristen. Türhüter der kollektiven Heuchelei*, Ders. 2019b). Bourdieu streift den Gegenstand ›Recht‹ jedoch immer wieder. Dies gilt vor allen für seine Analysen des Staates; hier begegnet ihm das Recht im Rahmen von Bürokratie, Macht und Herrschaft (z.B. Ders. 1992; 2001; 2014; 1998; 2004; 2006). Neuere Publikationen verweisen auf die Relevanz und das bislang noch weitgehend unausgeschöpfte Potenzial von Bourdieus Rechtsdenken in der Rechtssoziologie (z.B. Kretschmann 2017; Dies. 2019b).

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext

Bourdieu's Wirken fällt in eine Zeit des Aufstiegs der Soziologie – in akademischer Hinsicht, aber auch mit Blick auf ihre politische Nachfrage. Im Gegensatz zur Philosophie und Ethnologie ist die Soziologie zu Bourdieus Karrierebeginn Fachwissenschaft mit der geringeren Reputation. Die zunehmende Institutionalisierung der Soziologie in den USA verleiht jedoch ihrem französischen Pendant einen bis dahin ungesehenen Auftrieb. In Frankreich ist es dabei weniger der Ausbau des Strukturfunktionalismus, als dass der philosophisch-marxistische Strukturalismus soziologisch reformuliert wird. Auch dient die Soziologie ab den späten 1960er Jahren verstärkt dem Zweck der gesellschaftlichen Selbstverständigung. Die Politik bezieht sich auf die Disziplin in sozialtechnologischer Absicht. Bourdieus große empirische Studie *Das Elend der Welt* (Bourdieu et al. 1997) etwa entsteht als staatliche Auftragsforschung in ebendieser Absicht.

Im Frankreich der 1980er Jahre steigt Bourdieu neben Zeitgenossen wie Lyotard, Foucault und Baudrillard in der ausgeprägten Debattenkultur Frankreichs zum öffentlichen Intellektuellen auf. Er äußert sich vor allem hinsichtlich fehlender sozialer Mobilität. Diese sieht er u.a. durch ungleiche Bildungschancen und die Reproduktion sozialer Eliten zementiert sowie durch die in den 1980er Jahren spürbar einsetzende neoliberale Wende in der Politik intensiviert.

Bourdieu ist ganz dem Zeitgeist soziologischer Theoriebildung gemäß im Strukturalismus verankert. Sein interdisziplinärer und integrativer Zugriff auf sozialtheoretisch eigentlich inkompatible Theoriebildungen weist aber bereits eine Nähe zum Poststrukturalismus auf. Bourdieu entwickelt eine spezifische Form von Handlungstheorie – die Theorie der Praxis (Bourdieu 1979) –, die den bis dahin üblichen Perspektivendualismus von Handlung und Struktur überwinden soll. Seine Herangehensweise ist relational, da sie das Soziale mittels der Beziehungen zwischen den Akteuren untereinander und zu größeren sozialen Einheiten begreift. Bourdieu grenzt sich diesbezüglich von voluntaristischen Ansätzen ab, wie sie in den handlungstheoretischen Ansätzen seiner Zeit verankert sind, indem er diese mit strukturalistischen Denkfiguren integriert; umgekehrt stellt er dem Determinismus strukturalistischer Ansätze interpretative und phänomenologische Ansätze gegenüber. In der Konsequenz entsteht ein konstruktivistisch-strukturelles sozial- und gesellschaftstheoretisches Vokabular (Ders. 1992: 135 ff.).

Eine ebensolche Perspektive kennzeichnet Bourdieus Konzeption des – vor allem – modernen Rechts, die er im Gegensatz zu seiner üblichen Arbeitsweise jedoch kaum über empirische Untersuchungen entwickelt (Lenoir 2004: 249; für Ausnahmen siehe Bourdieu 2006; Ders.

et al. 2001). Wie in seinem übrigen Werk nimmt er auch hier eine Differenzierungstheoretische Perspektive ein. Das Recht ist für ihn ein soziales Feld und somit eine eigene soziale Sphäre. Wie andere soziale Felder (etwa die Politik, die Wirtschaft etc.) ist seine Existenz soziohistorisch bedingt. Über die Zeit hat sich ein eigener *nomos* mit eigenen Regeln, Logiken und Praktiken ausgeprägt, dabei als »Ort komplexer Verhältnisse« stets in Relation zum Feld der Macht und zum gesellschaftlichen Feld stehend (Ders, 2019a: 613). Hiermit verwoben ist eine praxistheoretische Konzeption von Recht: Das Feld des Rechts entsteht und begründet sich laut Bourdieu durch die Praktiken der Rechtsexpert:innen. Da diese bei Bourdieu untrennbar mit deren Habitus verbunden sind, impliziert ein solches Verständnis auch einen rechtsbezogenen Subjektbegriff. Den Habitus begreift Bourdieu als das je singuläre, aber dennoch klassen- und milieuspezifische Produkt kollektiver, darunter auch rechtlicher Strukturen. Diese schlagen sich habituell in Form von Denk- und Wahrnehmungsmustern sowie Handlungsdispositionen nieder. Rechtssubjekte und rechtliches Feld sind in dieser Hinsicht als zweierlei Strukturen relational zu denken, die miteinander in Wechselwirkung stehen und füreinander prägend sind. Bourdieu erneuert mit diesen Konzeptionen Handlungs-, Subjekt- und letztlich Rechtsverständnisse in der Rechtssoziologie (Kretschmann 2016: 91 ff.).

3. Darstellung des Schlüsseltexts

Den Text *La force du droit* (Bourdieu 2019a) verfasst Bourdieu im Nachgang eines von ihm organisierten Seminars zum rechtlichen Feld (Guibentif 2010: 274). Es nimmt daher kaum Wunder, dass er sich dem Gegenstand feldanalytisch annähert. Mit diesem Fokus ist jedoch nur eine unter verschiedenen Theoretisierungen des Rechts durch Bourdieu abgebildet (siehe etwa andernorts konzeptionelle Zugriffe über die Illusion oder die symbolische Gewalt).

Im Text analysiert Bourdieu das juristische Feld innerhalb von fünf Abschnitten. Er setzt dabei, wie er eingangs verdeutlicht, an der Kritik der bisherigen wissenschaftlichen Rechtsbetrachtung an. Bourdieu grenzt sich damit ab vom »Formalismus, der von einer absoluten Autonomie der Rechtsform gegenüber der sozialen Welt ausgeht«. Gemeint ist die rechtswissenschaftliche und soziologische Vorstellung eines Rechts, das »von der Last des Sozialen losgelöst« allein aus der eigenen Logik heraus zu begreifen sei (35). Er distanziert sich außerdem vom »Instrumentalismus, der das Recht als Widerspiegelung oder Werkzeug im Dienste der Herrschenden begreift« (ebd.), womit er auf die marxistisch-strukturalistischen Ansätze seiner Zeit rekurriert. Eine Soziologie des Rechts – durchaus grundsätzlich verstanden als eine

bis *dato* fehlende Soziologisierung der wissenschaftlichen Rechtsbetrachtung – müsse, so Bourdieu, jenseits dieser Perspektiven entwickelt werden.

Bourdieu's nachfolgend entwickelte Perspektive legt eine sozialstrukturelle und eine kulturtheoretische Analyseebene an (Kretschmann 2023). Dies ermöglicht es ihm, das Recht macht- und konflikttheoretisch analysieren, aber auch dessen kulturelle Bedeutungsproduktionen fassen zu können. Mit seiner Feldanalyse verfolgt er das Ziel, die Möglichkeitsbedingungen der Autorität des Rechts zu erschließen, die es ihm erlaubt, auf legitime Weise »symbolischen Gewalt« auszuüben (36 f.). Seine sich stilistisch in unangenehm zirkulärer und dicht verfasster Weise an einer Reihe von Effekten entlangarbeitende Argumentation – der im Zentrum stehenden Universalisierung, die er als einen der »mächtigsten Mechanismen der symbolischen Herrschaft« in ausdifferenzierten Gesellschaften (67) begreift, aber auch der Apriorisierung, Officialisierung, Neutralisierung, Naturalisierung, Normalisierung etc. – wird untenstehend nachvollzogen.

(1) Im Abschnitt »Die juridische Arbeitsteilung« konzipiert Bourdieu das Recht als ein objektives Feld und damit als eine Sphäre, die sozialkonstitutiv auf rechtlicher Arbeitsteilung beruht. In seiner Struktur charakterisiert er es (wie alle seine Felder) konflikttheoretisch als ein Kampffeld, in dem seitens der Jurist:innen um das »Monopol des Rechts« (37) gerungen wird: Mit der Kompetenz versehen, Rechtstexte auszulegen, streiten diese sich um rechtliche Deutungen. Die Jurist:innen grenzt Bourdieu von den Laien ab, die mangels geeigneter Kompetenzen von dem Kampf um das Monopol ausgeschlossen sind.

Der Umstand zweier sich im sozialen Raum zwar ungerichtet, aber dennoch arbeitsteilig (38) gegenüberstehender sozialer Gruppen, von denen die eine in- und die andere exkludiert ist, begründet nun eine »relative Autonomie des Rechts«, die für die »symbolische Verkennung« jener Kräfteverhältnisse, die das Recht im immer schon hierarchisch und durch Machtbeziehungen geprägten sozialen Raum hervorbringen, konstitutiv ist (38). Sie lässt das Recht als Ausdruck universaler Vernunft erscheinen (39 f.), obgleich dessen Existenz – Bourdieu legt an dieser Stelle eine sozialstrukturelle und dabei relationale Perspektive an – auf Positionskämpfe im Feld zurückzuführen ist.

Die Produktion vermeintlich universaler rechtlicher Normen und Verfahren vollzieht sich konkret über Konkurrenzen verschiedener Akteursgruppen im Feld, die jeweils mit unterschiedlichen (und soziohistorisch variierenden) juridischen Kompetenzen, Interessen und Auffassungen ausgestattet sind (41 f.). Bourdieu unterscheidet zentral die »Theoretiker« von den »Praktikern«, wobei die erstgenannte – in sich durchaus selbst heterogene – Gruppe *qua* Arbeit am Rechtstext »rein auf die Konstruktion von Doktrinen abzielt« (42), während die zweitgenannte sich,

das Recht dabei permanent einer Aktualisierung zuführend, durch die Rechtsprechung »auf deren Anwendung beschränkt« (ebd.). Die Praktiken der Akteure erzeugen eine »Legitimitätskette« (44), in der sich die »praktische Bedeutung eines Gesetzes konkretisiert« (ebd.). In der Folge entsteht ein »*Apriorisierungseffekt*«, verstanden als eine Repräsentation des Rechts, die vorgibt, den Praktiken der Akteure vorgängig zu sein (40, Hervorh. i. O.).

Obgleich sich die Gruppen im Feld konfliktiv gegenüberstehen, betrachtet Bourdieu sie – hier legt er eine kultursoziologische Perspektive an – als »Komplizen«. Er sieht in der Hervorbringung des Rechts ein kulturelles Produkt, mittels dem seitens der Jurist:innen eine »*symbolische Herrschaft*« ausgeübt wird (43 f., Hervorh. i. O.). Dabei distanziert sich Bourdieu deutlich von einem Verständnis des Rechts als Ideologie (36); dies insofern, als dass sowohl die Herrschenden (die Jurist:innen) wie auch die Beherrschten (die Laien) den Effekten des juristischen Feldes unterliegen (39).

(2) Im Abschnitt »Die Institutionalisierung des Monopols« erörtert Bourdieu, wie die Jurist:innen sich gesellschaftlich ein Vorrecht auf das Austragen von Konflikten sichern. Zu diesem Zweck wird die im vorherigen Abschnitt eingeführte Konzeption des Rechts als soziales Feld mittels des analytischen Begriffs des *Habitus* konkretisiert: Bourdieu legt dar, dass das Recht gesellschaftlich als eine neutrale und rationale Instanz zur Regelung von Konflikten erscheinen kann (49 ff.), weil es seitens der Jurist:innen entlang einer vorgeblich interesselosen, unparteilichen und auch ökonomisch und politisch neutralen Haltung prozessiert wird (51). »Die Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit, die Weber dem ›rationalen Recht‹ zuschreibt, beruhen zweifelsohne vor allem auf der Konstanz und der Homogenität der juristischen *Habitus*« (54), formuliert Bourdieu. Wie auch andernorts beschreibt der Autor den *Habitus* an dieser Stelle als eine körperlich eingeschriebene Struktur, die für ein Feld – hier das Recht – konstitutiv ist. Die juristischen *Habitus* werden dabei »auf der Basis ähnlicher Erfahrungen im Zuge des Rechtsstudiums und der juristischen Berufspraxis ausgebildet und sie funktionieren als Wahrnehmungs- und Bewertungskategorien [...]« (54 f.). In einem zweiten Schritt sind es demnach die *Habitus* der Jurist:innen, die den Ausschluss der Laien aus dem rechtlichen Feld bedingen und die sie letztlich ihrer Konflikte enteignen (56). Auch dies führt für die Jurist:innen zu einer »Beherrschung der Situation«, sowohl, was das Operieren mit und im Recht, als auch, was die Regulierung des Zugangs zum Feld angeht (56).

Bourdieu legt dar, dass sich vor diesem Hintergrund ein rechtlicher Markt konstituieren kann, dessen Dienstleistungen über die Zeit für die Bearbeitung von immer mehr Konflikten verbindlich werden (57 f.); zu Ungunsten anderweitiger Konfliktlösungsinstrumente (etwa Gewalt

oder inoffizieller Schiedsgerichtsverfahren). Er argumentiert, dass die Jurist:innen einen solchen Bedarf selbst hervorbringen, »indem sie Probleme, die in der Alltagssprache formuliert sind, dadurch zu Rechtsproblemen machen, dass sie sie in die Sprache des Rechts übersetzen« (55). Das Recht sorgt so dafür, die »brennende Wirklichkeit des Augenblicks« einer vermeintlichen »*Neutralisierung*« zu unterziehen (51). Der Transfer eines Konflikts in das Recht bedeutet zugleich, die »Ungerechtigkeitsgefühle« der Laien zu delegitimieren (55): Einmal zu einem juristischen Fall geworden, stellen sich Konflikte für diese oft bis zur Unkenntlichkeit verzerrt dar (53 ff.).

(3) Im Abschnitt »Die Macht der Benennung« erörtert Bourdieu drittens die bedeutungskonstituierende Kraft des Rechts in der sozialen Welt. Hierzu dient ihm erneut eine kultursoziologische Perspektive. Die Monopolstellung des Rechts und seiner Repräsentation als transzendente Ordnung bildet ihm zufolge die Grundlage für dessen autoritative performative Kraft, »im Namen aller« Kategorisierungen zu vollziehen (59) und somit »*worldmaking*« zu betreiben (60, Hervorh. i. O.). Das Recht attribuiere soziale Phänomene durch »öffentlich[e]« und »offiziell[e]« Reden (59). Es nehme so Einteilungen vor, die die Dinge nicht bloß bezeichnen, sondern erst hervorbringen. Wenn Bourdieu diesbezüglich von »magische[n] Akte[n]« spricht, lehnt er sich, Austins Sprechakttheorie erweiternd, an Mauss' Magietheorie an. Mauss zufolge wird Magie darüber wirksam, dass *kollektiv* an sie geglaubt wird (ebd.).

Bourdieu möchte die Benennungsmacht jedoch nicht als total verstanden wissen. Die rechtlichen Attributionen müssen zumindest teilweise den Attributionen der sozialen Welt entsprechen, das Benannte und Instituierte muss »in der Realität begründet« sein (61). Gesellschaft könne »nicht per Dekret« verändert werden; stets bedürfe es zumindest gewisser Parallelen in der Strukturiertheit von Habitus und rechtlichem Feld (62). Diesbezüglich relativiert und differenziert Bourdieu den Abschreckungsgedanken im Recht: Eine rechtliche Sanktionierung könnte in sozialer Hinsicht magisch nur dann Wirkung entfalten, wenn sie gesellschaftliche Kräfte »wiederaufnimmt und vergrößert« (61). Das Recht könne keine beliebigen Schöpfungen vornehmen, zumeist segne es gesellschaftlich bestehende Kategorisierungen lediglich ab und ratifiziere sie.

Das *worldmaking* ist daher folgerichtig derart beschaffen, dass es die soziale und staatliche Ordnung tendenziell bestätigt. Es sorgt für »Beständigkeit« (60), indem es Identitäten und Institutionen schafft, auf Dauer stellt und diesen einen rechtlichen Status zuweist. Der Rückgriff auf seinen Begriff des Kapitals ermöglicht es ihm zu erörtern, dass mit den Benennungen die Zuweisung unterschiedlicher Arten und Mengen von Ressourcen verbunden ist, die den Akteuren im Recht wie auch in der sozialen Welt unterschiedliche Positionen und Spielräume zuweisen.

Das Recht stellt sich daher hier für Bourdieu (implizit deutlich durch Foucault und Butler inspiriert) als »produktive Macht« dar (ebd.).

(4) Im Abschnitt »Die Kraft der Form« geht Bourdieu der Autorität des Rechts durch die universalisierende »*Formalisierungsarbeit*« der Jurist:innen nach, für die er betont, dass sie stets mit den »sozialen Interessen der Formalisierenden« verknüpft ist (63, Hervorh. i. O.). Bourdieu argumentiert auch hier kultursoziologisch, indem er in Ansätzen eine artefakttheoretische Perspektive anlegt.

Bourdieu zufolge ist die Schrift dafür zentral, in der juridischen Kodifizierungsarbeit eine Verallgemeinerung partikularer Normen »über die Grenzen von Raum und Zeit« vornehmen zu können (66). Durch sie wird weiter eine Orientierung an Präzedenzfällen möglich, wodurch »Zukunft nach dem Bild der Vergangenheit« ausgestaltet werden kann (67). Genauer, als dies durch mündlich festgehaltene Regeln oder einverlebte Normen der Habitus je möglich wäre, produziert das Recht so Kontinuität und stellt Erwartungssicherheit her; dies einerseits allgemein hinsichtlich der Stabilisierung der sozialen Ordnung, andererseits in konkreten Verfahren, bei denen die Akteure auf ein »kohärentes und lückenloses Normraster zählen können« (71). Derartige »Universalisierungseffekt[e]« (67) umfassen in der Regel die Verallgemeinerung solcher räumlich oder sozial partikularer Positionen, die den Herrschenden zuzurechnen sind. Es sind ihre »Werte und Weltansichten« (64) und »Lebensstile« (69) – weshalb sie in der Regel am meisten vom Recht profitieren. Hintergrund dessen sind Habitusähnlichkeiten von Jurist:innen und Inhaber:innen politischen und ökonomischen Kapitals, die sich durch Überkreuzungen in der Berufsausbildung ergeben (64); die Gruppen entstammen schlichtweg einer ähnlichen sozialen Klasse bzw. einem ähnlichen Milieu.

Mit implizitem Verweis auf Durkheim betrachtet Bourdieu den Universalisierungseffekt zugleich als einen »Normalisierungseffekt« (67): Die Rechtsnormen vermögen Normalität (und damit zugleich pathologische Abweichungen) herzustellen. Auch wenn neue Rechtsbestände als Sollensregeln aufscheinen können (als »Orthodoxie«, 70), kommt ihnen die Tendenz zu, im Laufe der Zeit doxisch zu werden, d.h. »zum Normalen als Erfüllung der Norm, die sich als solche in ihrer Erfüllung aufhebt« (ebd.). Normalisierungen treten jedoch nicht von selbst ein, sondern der Glaube an die Rechtsordnung bzw. das Verkennen der Willkürlichkeit der gesetzten Ordnung muss permanent aktiv durch die Jurist:innen hergestellt werden. Erst ihre Repräsentationsarbeit am Recht macht die Akteure der sozialen Welt an das Recht glauben.

(5) Im letzten Abschnitt, »Die Effekte der Homologie«, justiert Bourdieu das Feld des Rechts abschließend in Relation zur sozialen Welt. Es verfüge über weniger Autonomie als andere soziale Felder, da es für die Konstitution des Sozialen in der sozialen Welt eine herausgehobene Rolle

innehabe (72). Hierarchien und Kämpfe in der sozialen Welt zeitigten daher schnell Auswirkungen im rechtlichen Feld. Vor diesem Hintergrund sieht Bourdieu das »spezifische Verhältnis zwischen dem juristischen Feld und dem Feld der Macht« begründet (74).

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion in der Rechtssoziologie

Bourdieu's Rechtsdenken wird trotz des Bekanntheitsgrads des Autors (vgl. 1.) international bislang nur in geringem Maße zur Kenntnis genommen (Conradin-Triaca 2014: 15). So fehlt es in rechtssoziologischen Einführungen und spielt auch in allgemeinen Abhandlungen zum Autor kaum eine Rolle (siehe jedoch Vauchez 2020). Jedoch ist zu beobachten, dass die Rezeption in den letzten Jahren zunimmt. Gab es bis dahin kaum vertiefte, kritische (Delazay/Garth 1996: 4) Auseinandersetzungen mit Bourdieus »Rechtsbegriffen« (vgl. in theoretischer Hinsicht lediglich Commaille 2004; Conradin-Triaca 2014; Hammerslev/Madsen 2006; Ocquetau/Soubrian-Paillet 1996), so ist dies allmählich in Veränderung begriffen (vgl. Kretschmann 2016; Dies. 2017; Dies. 2019a; Dies. 2021; Dies. 2023; Gianvito 2022; Witte/Striebel 2015; Israël 2017; Dies. 2019).

Mehrere Gründe sind hierfür ausschlaggebend, wobei hier nur die Wichtigsten in verknappter Form genannt werden sollen (vgl. umfänglich Kretschmann 2019b): Anzuführen ist diesbezüglich die marginale Rolle der Rechtssoziologie in den letzten Dekaden, ebenso wie ihre geringe theoretische Orientierung (mit Ausnahme der systemtheoretischen Rechtssoziologie). Hinzu kommt, dass Bourdieus Rechtsdenken durch den geringen Umfang seiner rechtsbezogenen Ausführungen erst durch die zusätzliche Lektüre seines übrigen Werks, inklusive seiner Gesellschaftstheorie, umfassend verständlich wird. Zudem liegt Bourdieus Rechtsdenken zu den bestehenden rechtstheoretischen Strömungen quer und lässt sich kaum in die klassischen rechtssoziologischen Themenfelder eingruppieren (Lenoir 2006: 11). Die geringe Rezeption ist im deutschsprachigen Kontext auch auf die späte Übersetzung der beiden originär rechtssoziologischen Publikationen Bourdieus zurückzuführen (Kretschmann 2023).

Die Relevanz von Bourdieus Rechtsdenken wird unterschiedlich eingeschätzt; in Frankreich hat sich hinsichtlich dieser Frage sogar eine polarisierte Debatte entwickelt (vgl. Ocquetau/Soubrian-Paillet 1996). Die beiden Extrempositionen sollen hier skizziert werden: Seitens der Rechtswissenschaften sind die kritischsten Stimmen zu vernehmen. Sie vertreten die Auffassung, Bourdieu habe eine Rechtssoziologie ohne Recht entwickelt (vgl. Scholz 2002: 203), nehme also eine unzulässige

Totalisierung der Soziologie vor. Doch auch seitens der Sozialwissenschaften werden Einschränkungen formuliert. So charakterisierte zuletzt Commaille (2015) Bourdieus Rechtsdenken als reduktionistisch. Noreau und Arnaud (1998: 267) wiederum sehen seine rechtsbezogenen Arbeiten als paradigmatisch für die Rechtssoziologie an, auch wenn Bourdieu es in seinen einschlägigen Texten zumeist an einer genauen Ausarbeitung fehlen lässt. Ich habe daher andernorts dafür plädiert, Bourdieus fragmentarisch gebliebenes Rechtsdenken vor allem in seinem Potenzial zu sehen und dieses weiterzuentwickeln (2019).

Literatur

- Bourdieu, Pierre (1979): *Entwurf einer Theorie der Praxis (auf der ethnologischen Grundlage der kabyliischen Gesellschaft)*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Bourdieu, Pierre (1982): *Die feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Bourdieu, Pierre (1992): *Rede und Antwort*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Bourdieu, Pierre (1993): *Soziologische Fragen*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Bourdieu et al. (1997): *Das Elend der Welt. Zeugnisse und Diagnosen alltäglichen Leidens an der Gesellschaft*, Konstanz: UVK.
- Bourdieu, Pierre (1998): *Praktische Vernunft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Bourdieu, Pierre (2001): *Meditationen. Zur Kritik der scholastischen Vernunft*, 4. Aufl., Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Bourdieu, Pierre (2003): »Die Welt entfatalisieren (Interview mit Sylvain Burmeau)«, in: Jurt, Joseph (Hg.), *Absolute Bourdieu*, Freiburg: orange-press, 7–20.
- Bourdieu, Pierre (2004): *Der Staatsadel*, Konstanz: UVK.
- Bourdieu, Pierre (2006): »Das Recht und die Umgehung des Rechts«, in: Florian, Michael/Hillebrandt, Frank (Hg.), *Pierre Bourdieu: Neue Perspektiven für die Soziologie der Wirtschaft*, Wiesbaden: Springer VS, 19–42.
- Bourdieu, Pierre (2014): *Über den Staat. Vorlesungen am Collège de France 1989–1992*, Berlin: Suhrkamp.
- Bourdieu, Pierre (2019a): »Die Kraft des Rechts. Elemente einer Soziologie des juristischen Feldes«, in: Kretschmann, Andrea (Hg.), *Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus*, Weilerswist: Velbrück, 35–78.
- Bourdieu, Pierre (2019b): »Die Juristen. Türhüter der kollektiven Heuchelei«, in: Kretschmann, Andrea (Hg.), *Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus*, Weilerswist: Velbrück, 29–34.
- Bourdieu, Pierre/Bouhedja, Salah/Givry, Claire (2001): *Der Einzige und sein Eigenheim*, Erweiterte Neuauflage der Schriften zu Politik & Kultur 3, Hamburg: VSA, 107–152.
- Brindisi, Gianvito (2022): »Bourdieu, Marxism and Law: Between Radical Criticism and Political Responsibility«, in: Paolucci, Gabriella (Hg.),

- Bourdieu and Marx: Practices of Critique*, Hampshire: Palgrave Macmillan, 285–312.
- Commaille, Jacques (2004): »La place du droit dans l'oeuvre de Pierre Bourdieu« *Schwerpunktheft*, in: *Droit et Société* 56/57, 111–71.
- Commaille, Jacques (2015): *À quoi nous sert le droit ?*, Paris: Gallimard.
- Conradin-Triaca, Philip (2014): *Pierre Bourdieus Rechtssoziologie. Interpretation und Würdigung*, Berlin: Duncker und Humblot.
- Dezalay, Yves/Garth, Bryant G. (1996): *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago: University of Chicago Press.
- Guibentif, Pierre (2010): *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu: une génération repense le droit*, Paris: LGDJ.
- Hammerslev, Ole/Madsen, Mikael Rask (Hg.) (2006): »Pierre Bourdieu: From law to legal field« *Schwerpunktheft*, in: *Retfærd* 114 (3), 1–115.
- Israël, Liora (2017): »Qui de droit«, in: Pierre Bourdieu (Hg.): *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, Paris: Éditions de la Sorbonne, 7–15.
- Israël, Liora (2019): »Recht und kollektive Aktion. Versäumnis oder verdeckte Thematisierung im Werk Bourdieus?«, in: Kretschmann, Andrea (Hg.), *Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus*, Weilerswist: Velbrück, 240–254.
- Jurt, Joseph (2004): »Vorwort«, in: Ders. (Hg.), *Pierre Bourdieu, Forschen und Handeln – Recherche et Action*, Freiburg: Rombach Verlag, 125–143.
- Jurt, Joseph (2009): »Leben und Zeit«, in: Fröhlich, Gerhard/Rehbein, Boike (Hg.), *Bourdieu-Handbuch. Leben – Werk – Wirkung*, Stuttgart/Weimar: J.B. Metzler, 1–9.
- Kretschmann, Andrea (2016): *Die Regulierung des Irregulären. Carework und die symbolische Qualität des Rechts*, Weilerswist: Velbrück.
- Kretschmann, Andrea (2017): »Der Laie als Präzedenzfall im Rechtsdenken Pierre Bourdieus«, in: *Sociologia Internationalis* 55 (1), 79–108.
- Kretschmann, Andrea (Hg.) (2019a): *Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus*, Weilerswist: Velbrück.
- Kretschmann, Andrea (2019b): »Pierre Bourdieus Beitrag zur Analyse des Rechts«, in: Dies. (Hg.), *Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus*, Weilerswist: Velbrück, 10–26.
- Kretschmann, Andrea (2021): »Obeying the Law: Towards a Cultural Theory«, in: *European Journal of Sociology* 62 (1), 105–139.
- Kretschmann, Andrea (2023): »Pierre Bourdieus Rechtsdenken. Die Integration von sozialstruktureller und kulturtheoretischer Perspektive«, in: *Zeitschrift für Soziologie* 52 (3), 247–261.
- Lenoir, Remi (2006): »Pierre Bourdieu and the law: An intellectual and personal encounter«, in: *Retfærd* 114 (3), 7–22.
- Müller, Hans-Peter (2014): *Pierre Bourdieu: eine systematische Einführung*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Noreau, Pierre/Arnaud, André Jean (1998): »The sociology of law in France: Trends and paradigms«, in: *Journal of Law and Society* 25 (2), 257–283.

- Ocqueteau, Frédéric/Soubrian-Paillet, Francine (Hg.) (1996): »Norme, règle, habitus et droit chez Bourdieu« Schwerpunktheft, in: *Droit et Société* 32, 9–72.
- Papilloud, Christian (2003): *Bourdieu lesen: Einführung in eine Soziologie des Unterschieds*, Bielefeld: Transcript.
- Scholz, Johannes Michael (2002): »Wahrnehmung als Reflexion. Pierre Bourdieu 1930–2002«, in: *Rechtsgeschichte* 1, 198–207, <http://dx.doi.org/10.12946/rgo1/198-207> (letzter Zugriff: 02.01.2023).
- Schultheis, Franz (2017): »Die Kamera im Dienste soziologischer Objektivierung. Pierre Bourdieus fotografisches Archiv«, in: Eberle, Thomas S. (unter Mitarbeit von Reichle, Niklaus) (Hg.), *Fotografie und Gesellschaft: Phänomenologische und wissenssoziologische Perspektiven*, Bielefeld: Transcript, 147–162.
- Vaucher, Antoine (2020): »Droit«, in: Sapiro, Gisèle (Hg.), *Dictionnaire international de Bourdieu*. Paris: CNRS Éditions, 755–759.
- Witte, Daniel/Striebel, Christian (2015): »Recht und Macht bei Bourdieu und Foucault, oder: Wie selbst aufgeklärte Machtanalysen des Rechts dessen Kulturalität ausblenden«, in: *Sociologia Internationalis* 53 (2), 161–198.

Jürgen Habermas: Faktizität und Geltung

I. Kontexte

Habermas gehört derjenigen Generation an, die während der Phase des Aufbaus der Bundesrepublik Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg aktiv wird (Brunkhorst/Müller-Doohm 2009: 14). Schon als Student und später als Sozialwissenschaftler und Philosoph beobachtet er diese Phase kritisch. Bereits in seinen frühen Arbeiten (Habermas et al. 1961) will er die realen Bedingungen einer effektiven Demokratie in Westdeutschland erfassen und an deren Etablierung und Stärkung als Forscher, aber auch als Staatsbürger, mitwirken. So entwickelt er einerseits empirische und theoretische Untersuchungen zum öffentlichen Diskurs, insbesondere mit und ausgehend von *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (Habermas 1990 (1962)) und seiner *Theorie des kommunikativen Handelns* (Habermas 1981). Andererseits nimmt er selbst an diesem Diskurs teil: »Habermas ist nicht nur der Theoretiker diskursiver Vernunft, sondern auch ein durchaus nicht erfolgloser Praktiker des Diskurses« (Brunkhorst/Müller-Doohm 2009: 14). Von 1981 an veröffentlicht er seine publizistischen Beiträge in regelmäßigen Abständen parallel zu seinen wissenschaftlichen Arbeiten in einer Reihe von Sammelbänden unter dem Titel *Kleine politische Schriften*. Ein besonderer Anlass zu einem öffentlichen Diskurs ist der Prozess der Wiedervereinigung Deutschlands nach dem Fall der Berliner Mauer am 9. November 1989. Bei dieser Gelegenheit befürwortet Habermas die Erarbeitung und Diskussion einer neuen Verfassung für das vereinigte Deutschland, wobei er sich auf die wenig später in *Faktizität und Geltung* vorgelegten Überlegungen stützt (Habermas 1990).

Verschiedene Ereignisse nach der Veröffentlichung von *Faktizität und Geltung* werden Weiterentwicklungen dieser Überlegungen anregen, wobei diese nicht mehr Deutschland im Besonderen, sondern Europa und die internationale Sphäre zum Thema haben. So beziehen sich diese auf die Terroranschläge vom 11. September 2001, die Invasion des Iraks durch die Streitkräfte der Vereinigten Staaten (Skordas/Zumbansen 2009) oder auf den Prozess der Europäischen Integration, insbesondere im Zusammenhang der Folgen der 2007 ausgebrochenen Finanzkrise.

Von *Strukturwandel der Öffentlichkeit* (1990 (1962)) bis *Faktizität und Geltung* (1994 (1992)) lässt sich ein durchgehender Faden spannen. Das erste dieser beiden Werke wird zu jener Zeit wieder mit einem neuen

Nachwort veröffentlicht, als Habermas gerade damit beschäftigt ist, das zweite zu verfassen¹. In seiner Untersuchung von 1962 stellt Habermas gravierende Unzulänglichkeiten in der Funktionsweise der Öffentlichkeit seiner Zeit fest, in welcher sich Strategien der Herstellung und Manipulation der öffentlichen Meinung verbreiten und für eine Mehrheit des Publikums keine Möglichkeit besteht, sich in die »räsonierende Publizistik« einzuschalten (Habermas 1990 (1962): 356). Diese empirischen Feststellungen veranlassen Habermas dazu, die Erarbeitung einer zur Deutung dieser Tatbestände erforderlichen Theorie des kommunikativen Handelns zu planen. Diese wird er 1981 vorlegen (Habermas 1981). Auf's Knappste zusammengefasst² lässt sich dieses Theorieangebot folgendermaßen umschreiben. Einerseits hätten die Systeme der Märkte und der öffentlichen Verwaltung Kommunikationskodes entwickelt, die sich nicht mehr ohne Weiteres mit denen der in der Lebenswelt sich reproduzierenden Kommunikation vereinbaren lassen. Erstgenannte seien in der Lage, diese zu »kolonisieren«. Andererseits hätten sich, auf der Seite dessen, was Habermas mit dem Begriff der »Lebenswelt« bezeichnet, Gräben geöffnet. Angesprochen sind die Bereiche der privaten Interaktionen und jene des professionalisierten Umgangs mit Geltungsansprüchen, die auch in der alltäglichen Kommunikation zur Anwendung kommen, wenn auch nicht explizit differenziert: Wahrheit, Wahrhaftigkeit und Richtigkeit, nämlich die Bereiche der Wissenschaft, der Kunst und des Rechts.

Der weitere Gang von Habermas wissenschaftlicher Arbeit nach Veröffentlichung seiner *Theorie des kommunikativen Handelns* lässt sich in dem Sinne deuten, dass Habermas einen Bereich sucht, in welchem sich praktische Lösungsansätze zu den kommunikativen Herausforderungen der Moderne erproben lassen. Dabei erscheint ihm das Recht als ein Bereich sozialen Handelns, in dem diese besonders klar zum Ausdruck kommen, so dass sich in diesem unter günstigen Voraussetzungen Praktiken entwickeln könnten, die den Herausforderungen gewachsen sein könnten.

Diese Arbeit am Recht, Herzstück einer theoretischen und praktischen Auseinandersetzung mit der modernen Demokratie, fügt sich bei Habermas in ein breiteres Unternehmen ein, welches sich als Kritik der Moderne betiteln ließe und insbesondere zwei weitere Arbeitsfelder einschließt: einerseits reflexive Überlegungen zur Stellung der Philosophie und der Sozialwissenschaften, und andererseits eine Arbeit zu den Beziehungen zwischen der modernen Vernunft und der Religion³. Selbst in diesem

1 Zu dieser Kontinuität siehe Habermas (2022: 10).

2 Knappe Formulierungen in Habermas (1981 (1980)). Siehe auch Habermas (2019, Bd. 1: 136 ff.).

3 Diese Gesamtanlage des Werkes lässt sich an der Gliederung der von Habermas veröffentlichten Sammelbände *Philosophische Texte* (Habermas 2009)

weiteren Rahmen bleibt jedoch das Recht ein zentrales Thema, was in den Schlussbemerkungen zu *Auch eine Geschichte der Philosophie* zum Ausdruck kommt (Habermas 2019, Bd. 2: 749 ff.).

2. Das Buch

Wie in vielen seiner anderen Arbeiten geht Habermas in *Faktizität und Geltung* diskursiv vor. Zu den meisten der im Buch behandelten Themen werden nämlich Autoren und Werke herangezogen, welche verschiedene Positionen in gängigen Diskussionen einnehmen und sich in Opposition zueinander kommentieren lassen. An diese Diskussion anschließend stellt Habermas, gemäß einem »triadischen Stil« (Möllers 2009: 257), denjenigen Standpunkt dar, der ihm geeignet erscheint, den rekonstruierten Gegensatz zu überwinden.

Von der langen Liste der auf diese Weise behandelten Autoren haben sich insbesondere vier Namen ab. Zahlreiche Hinweise und noch zahlreichere Anspielungen gelten Niklas Luhmann. Was die faktische Stellung des Rechts in der modernen Gesellschaft betrifft, stützt sich *Faktizität und Geltung* weitgehend auf Luhmanns Systemtheorie, deren Entwicklung Habermas aufmerksam verfolgt⁴ und deren Ergebnisse er sozusagen kooperativ verwertet. Zugleich aber nimmt er auch kritisch Stellung zu Luhmanns Ansatz, dessen »normative[r] Defätismus« (400) die Entwicklung einer »eigenen Theorie der Demokratie« (406, Hervorhebung i. O.) verhindere. An verschiedenen entscheidenden Stellen des Bandes wird Hannah Arendt zitiert (insb. 182 f.; 360; 446). Ihrem Denken entlehnt Habermas den Begriff der kommunikativen Macht, eben der Begriff, den er in der Systemtheorie vermisst (400). Schließlich seien zwei Autoren erwähnt, die eng mit Habermas zusammenarbeiteten. Mit ihnen im Austausch konnte er seine Beziehungen zur Rechtswissenschaft und zur Soziologie fortentwickeln. Die sind Klaus Günther und

ablesen. Nach drei Bänden, die den Grundlagen seiner Überlegungen gewidmet sind (Bd. 1: *Sprachtheoretische Grundlegung der Soziologie*; Bd. 2: *Rationalitäts- und Sprachtheorie*; Bd. 3: *Diskursethik*), können die Bände 4 und 5 als in die Anwendungsbereiche dieser Begrifflichkeiten einführend betrachtet werden: Bd. 4: *Politische Theorie*; Bd. 5: *Kritik der Vernunft*. Wobei Bd. 5 mit Texten zur Philosophie beginnt, und mit Texten zur deren Beziehung zur Religion endet.

4 Diese Aufmerksamkeit lässt sich in Habermas (1994 (1992): 71) dokumentieren, wo er ein *Juristische Argumentation* betiteltes, im Jahr 1991 verfasstes Manuskript von Luhmann zitiert, welches vermutlich eine frühe Fassung des künftigen Kapitels mit demselben Titel in *Das Recht der Gesellschaft* (Luhmann 1993) darstellt (siehe auch in diesem Band den Beitrag von Bora zu Luhmanns *Das Recht der Gesellschaft*).

Bernhard Peters, von welchen insbesondere *Der Sinn für Angemessenheit* (Günther 1988) und *Die Integration moderner Gesellschaften* (Peters 1993) zitiert werden.

Als lange Reihe von Autorendiskussionen konstruiert hat *Faktizität und Geltung* ein ganz bestimmtes, ausdrücklich formuliertes Hauptziel: »Mit der diskurstheoretischen Deutung von Recht und Politik verfolge ich die Absicht, einem dritten Rechtsparadigma, das die beiden anderen (sc. die des bürgerlichen Formalrechts und des sozialstaatlich materialisierten Rechts) in sich aufhebt, schärfere Konturen zu geben« (239). Es geht hier um folgendes. Das Recht als Bereich einer bestimmten sozialen Tätigkeit hat das Potenzial, komplexe Gesellschaften zu integrieren. Dies setzt jedoch voraus, dass es mit einer geeigneten Wahrnehmung seiner Stellung in der Gesellschaft praktiziert wird. Habermas identifiziert drei Typen solcher Wahrnehmungen, die er Rechtsparadigmen nennt. Nun, da zwei schon etablierte Rechtsparadigmen – nämlich das liberale und das sozialstaatliche – ihre Unzulänglichkeiten gezeigt haben, setzt er sich für die Aufwertung eines dritten ein – das prozedurale Rechtsparadigma (515) –, eine Aufwertung, die das Thema des letzten Kapitels von *Faktizität und Geltung* darstellt. Nun setzt das volle Verständnis dieser Zielsetzung jedoch einen Überblick über das von Habermas entwickelte Modell des Rechts voraus.

Im Laufe von *Faktizität und Geltung* werden an verschiedenen Stellen Bestandteile der im Untertitel des Buches angekündigten Diskurstheorie des Rechts und des Rechtsstaats vorgestellt, wobei Habermas aber davon absieht, seine Theorie in systematischer Weise in ihrer Gesamtheit vorzulegen. Stattdessen nähert er sich ihr – wie ebenfalls im Untertitel angekündigt – mittels einer Mehrzahl von »Beiträgen«. Diese Konstruktionsweise könnte darauf zurückzuführen sein, dass Habermas sich durch dieses Buch an einer öffentlichen Diskussion beteiligen will, deren Ausgang er möglichst offen lassen möchte – den Leser:innen die Freiheit anerkennend, sich seine Argumente auf jeweils eigene Weise anzueignen.

Dies auf den vorliegenden Beitrag übertragen, kann eine solche Aneignung darin bestehen, eine systematische Gesamtdarstellung zu skizzieren. Dieses Vorgehen ließe sich durch zwei Überlegungen rechtfertigen. Einerseits darf hier auf das eigene Vorgehen von Habermas verwiesen werden. Als es darum ging, seine Analyse der Voraussetzungen des kommunikativen Handelns in der Moderne zu einem für praktische Zwecke brauchbaren Denkinstrument zu machen und als solches zur Diskussion zu stellen, gab er dieser die Form einer systematisch formulierten Theorie. Ein Versuch der Gesamtformulierung seiner Diskurstheorie des Rechts dürfte also seinem Denkstil entsprechen. Andererseits könnte eine solche Formulierung auch eine Überführung der Theorie in Diskussionsarenen erleichtern, welche in einer gewissen Distanz zu jenen stehen, in welchen Habermas sich zur Verfassung des Buches positioniert hat. Dies

ist insbesondere der Fall mit Bezug auf die Rechtssoziologie, auf welche, mit Ausnahme der Schriften von Peters (siehe oben) und den systemtheoretischen Ansätzen von Luhmann, Teubner (466) und Willke (407 f.), in *Faktizität und Geltung* selten Bezug genommen wird⁵. In dieser Gesamtdarstellung lassen sich vier Hauptbestandteile unterscheiden.

(1) Als Ausgangspunkt der Diskurstheorie des Rechts und des Rechtsstaats dient hier eine der Kernthesen der Theorie des kommunikativen Handelns, welche sich folgendermaßen umschreiben lässt: die oben knapp zusammengefassten Merkmale der Moderne, nämlich die Ausdifferenzierung von Funktionssystemen einerseits und die Institutionalisierung von Bereichen andererseits⁶, die Habermas unter dem Begriff der Lebenswelt zu erfassen versucht, ermöglichen ein kommunikatives Handeln, welches Anspruch auf semantische Freiheiten erheben kann. Diese haben das Potenzial, gleichzeitig die Verwirklichung von Subjektivitäten und die Formulierung von einverständlichen kollektiven Handlungsziele zu ermöglichen (Geltung). Es ist dies ein Anspruch, der sich auf die geteilte Erfahrung von Subjektivierungs- und Entscheidungsprozessen stützen kann, die gewisse, wenn auch unvollständige Erfolge erreichen konnten (Faktizität). Auf das Knappste ausgedrückt: moderne soziale Interaktion ist potenziell emanzipatorisch – man könnte auch sagen: demokratisch – in dem Sinne, dass sie Raum schaffen kann für Gruppen, welche sich als solche und in ihren Zielsetzungen selbst bestimmen können, und zwar durch die selbstbestimmte individuelle Teilnahme ihrer Mitglieder (325). Davon ausgehend will Habermas jene Mechanismen orten, durch die Gesellschaften größeren Umfangs dieses demokratische Potenzial nutzen können. Seine Hypothese ist: Hier spielt das Recht eine entscheidende Rolle.

Das Recht ermöglicht die Schaffung von demokratischen Großgesellschaften durch drei Mechanismen. (i) Durch die positivierte Anerkennung subjektiver Rechte schafft es die Möglichkeit kommunikativen Handelns zwischen Individuen, die nicht denselben persönlichen Erfahrungsbereich teilen, und zwar dadurch, dass es die in konkreten Interaktionszusammenhängen sich entwickelnden Anerkennungserwartungen durch rechtlich gestützte Erwartungen ersetzt (Geltung). (ii) Durch administrative Maßnahmen der konkreten Durchsetzung des positiven Rechts schafft es die generalisierte Erfahrung von dessen faktischer Kraft (Faktizität). Damit lassen sich die beiden Merkmale emanzipatorischer

5 Einige der wenigen ausdrücklichen Hinweise: Habermas (1994 (1992): 67; 90; 476). Auseinandersetzung mit dem *Critical Legal Studies Movement* (261 f.).

6 Unter anderem im wissenschaftlichen Bereich (32). Zu Habermas' Erfassung der kommunikativen Verhältnisse in der Moderne, siehe insbesondere García Amado (2001: 377 ff.).

moderner Interaktion auf einer breiten Skala überführen. (iii) Sowohl diese Strukturierung der Interaktionen als auch konsistente Anwendungsmaßnahmen werden dadurch ermöglicht, dass ein ausdifferenzierter Rechtsbetrieb existiert, im Rahmen dessen durch rechtlich institutionalisierte Verfahren existierendes positives Recht im Hinblick auf seine Anwendung interpretiert und neues Recht produziert werden kann. An diesem Rechtsbetrieb nehmen insbesondere Juristen teil, also Personen, die beruflich zur Handhabung des Rechtsstoffs ausgebildet worden sind. Dieser Rechtsbetrieb enthält indessen eine Komponente von entscheidender Bedeutung: eine Instanz, in welcher Vertreter der dem Recht unterworfenen Staatsbürger über neue Gesetze und Reformen des existierenden Rechts entscheiden. Es ist dies das politische System.

Wesentlich in der von Habermas vorgelegten Diskurstheorie des Rechts ist, was an der Schnittstelle zwischen den Erfahrungsbereichen der Staatsbürger und dem Rechtsbetrieb geschieht. Was der eben skizzierten Konfiguration ihr demokratisches Potenzial gibt, ist die Tatsache, dass sich in der Lebenswelt der Rechtssubjekte autonome Öffentlichkeiten bilden können, in denen Problemerkahrungen thematisiert werden können, die ihrerseits über geeignete Medien an den Rechtsbetrieb herangetragen werden können. Sie können innerhalb des Rechtsbetriebs zur Kenntnis genommen werden und, in Rechtsfragen umgearbeitet, Impulse zur Rechtsetzung, zur Rechtsreform oder zur Revision des praktizierten Rechtsauslegung geben. In einem vorbereitenden Aufsatz hatte Habermas diese Wirkungsweise der Öffentlichkeit auf den Rechtsbetrieb mit der Metapher der ›Belagerung‹ gekennzeichnet (Habermas 1994 (1989)). In *Faktizität und Geltung* ist an verschiedenen Stellen von ›Schleusen‹ die Rede (364; 398; 430) oder von der Tatsache, dass das Recht auf diese Weise als ›Scharnier‹ (77 f.) oder als ›Transformator‹ wirkt (209; 429). Und zwar in dem Sinne, dass es kommunikative in administrative Macht umwandelt. Genau diese Rolle des Rechts als Scharnier hatte Habermas vor Augen, als er die Erarbeitung einer neuen Verfassung als ein geeignetes Verfahren zur Verwirklichung von Deutschlands Wiedervereinigung befürwortete.

(2) Dieses Modell der Beziehung zwischen Recht und Lebenswelt der Rechtssubjekte wird durch fünf Feststellungen ergänzt, welche die Komplexität der Gesellschaft berücksichtigen, in der sich der Zyklus von Rechtserfahrung und Rechtserzeugung abspielt.

(i) Die Etablierung einer Instanz der Rechtsetzung, in welcher Vertreter der Staatsbürger eingespannt sind, bringt eine enge Verbindung zwischen Recht und Politik mit sich.

(ii) Der Recht und Politik verbindende institutionelle Komplex bildet sich in einer Gesellschaft, in welcher sich insbesondere zwei weitere Systeme ausdifferenzieren haben: eine aus Märkten zusammengesetzte Wirtschaft und eine Staatsverwaltung (58 f.). Zwischen dem Recht und

diesen zwei Systemen besteht eine wechselseitige Beziehung. Einerseits ist das Recht maßgeblich an der Institutionalisierung dieser beiden Bereiche beteiligt, da sowohl Märkte als auch Verwaltung rechtlich gesicherte Beziehungen voraussetzen. Andererseits liefert die Verwaltung die materiellen Ressourcen der Rechtsdurchsetzung, in der Form von administrativer Macht. Die Märkte stellen die materiellen Ressourcen bereit, die an der Schaffung der Handlungsfähigkeit der Rechtssubjekte beteiligt sind, nämlich Geld.

(iii) Neben Recht, Politik, Staatsverwaltung und Wirtschaft weist Habermas auf die Strukturen der Öffentlichkeit hin, wobei er insbesondere die Rolle von Assoziationen in der Vermittlung zwischen individuellen Erfahrungen und der Medienagenda unterstreicht. Indem das Recht Verfahren ermöglicht, in denen in der Öffentlichkeit konstruierte gesellschaftliche Anliegen sowohl aus der Perspektive der Rechtsadressaten verschiedener sozialer Kategorien, als auch aus der Perspektive von Juristen diskutiert werden, schafft es das, was Habermas ›Solidarität‹ nennt. Neben Geld und Macht ist dies die dritte Ressource, mit welcher moderne Gesellschaften »ihren Integrations- und Steuerungsbedarf decken« (363).

(iv) Indem es im Zusammenspiel mit der Politik die Impulse der Öffentlichkeit wahrnimmt, und auf solche Impulse reagierend bindende Regeln hervorbringt, welche auch für Märkte und öffentliche Verwaltung gelten, ist das Recht in der Lage, eine ›Scharnierfunktion‹ zwischen System und Lebenswelt zu übernehmen (77).

(v) Zuletzt sei hier noch darauf hingewiesen, dass Habermas an einigen Stellen soziale Bereiche erwähnt, die in ihrem Normalbetrieb im Unterschied zur Verwaltung und zu den Märkten ohne positives Recht auskämen. Hier bezieht er sich ausdrücklich auf die Familie (240; 501) und die Schule (240; 428).

(3) Dieses Modell der Stellung und der Rolle des Rechts in komplexen Gesellschaften wird durch eine differenzierende Analyse des rechtsinternen Diskurses ergänzt. Tatsächlich kann das Recht seine Rolle nur unter der Voraussetzung voll wahrnehmen, dass Juristen imstande sind, rechtliche Fragen unter den drei folgenden Gesichtspunkten zu behandeln, und dies mit entsprechenden Argumenten (siehe insbesondere 197 f.; 221 f.; 345). Die Behandlung kontextunabhängiger Fragen, wie insbesondere die Rechtfertigung der Anerkennung von Rechtssubjekten als kommunikations- und handlungsfähige Menschen, erfordert die Einnahme eines *moralischen* Standpunkts. Die Rechtfertigung der Anerkennung eines Kollektivs als solches und der Zugehörigkeit von bestimmten Rechtssubjekten zu diesem Kollektiv, sowie der Rechten und Pflichten, die sich mit dieser Zugehörigkeit verbinden lassen, erfordert die Einnahme eines *ethischen* Standpunkts. Die Beurteilung von Rechtsfragen, die von bestimmten Rechtssubjekten auf der Grundlage konkreter Erfahrungen

an das Recht herangetragen werden, erfordert die Einnahme eines *pragmatischen* Standpunktes.

(4) Um seine Scharnierfunktion voll wahrnehmen zu können, muss das Recht jedoch auf geeignete Weise praktiziert werden. Dies setzt voraus, dass sowohl Juristen als auch juristische Laien (271) sich einen brauchbaren Begriff der Stellung des Rechts in der Gesellschaft haben bilden können. Dies nennt Habermas ein Paradigma des Rechts. Aus seiner Sicht dürfte das Paradigma, das den normativen Bedürfnissen einer komplexen modernen Gesellschaft am besten entgegenkommt, das prozedurale Rechtsparadigma sein. Es ist dies ein Begriff des Rechts, der dessen Scharnierfunktion ausdrücklich wahrnimmt.

3. Rezeption

In der Rezeption von *Faktizität und Geltung* lassen sich fünf Arten der Bezugnahme unterscheiden. Eine Reihe von Autoren arbeitet an einer Fortentwicklung des Ansatzes von Habermas (1). Andere treten mit ihm in einen diskursiven Austausch ein (2). Viele beziehen sich auf das Buch im Zusammenhang von bestimmten Forschungsthemen (3). Eine Gruppe von Autoren, die an sich auch einer den drei ersten Kategorien zugeordnet werden könnten, verdient es, einer besonderen Kategorie zugeordnet zu werden, und zwar aufgrund ihres gemeinsamen Interesses an der Thematik der *deliberativen Demokratie* (4). Schließlich ist im vorliegenden Band noch eine fünfte Kategorie von Autoren zu berücksichtigen, deren Anliegen es ist, mit Bezugnahme auf *Faktizität und Geltung* das Verhältnis zwischen Habermas und der Rechtssoziologie zu diskutieren (5).

(1) Unter den Autoren, von welchen sich behaupten lässt, dass sie an der von *Faktizität und Geltung* initiierten Baustelle weiterarbeiten, sind unter Berücksichtigung ihrer Relevanz für die Rechtssoziologie an dieser Stelle drei hervorzuheben. In erster Linie ist Bernhard Peters zu erwähnen⁷. Elemente seines Beitrags zum von *Faktizität und Geltung* angeregten intellektuellen Unternehmen ließen sich folgendermaßen zusammenfassen: Er weist einerseits auf die Notwendigkeit hin, den Pluralismus der modernen Gesellschaften jenseits von vereinfachenden Gegenüberstellungen und Hypothesen der funktionalen Differenzierung zu erfassen. Andererseits dringt er darauf, ein vorsichtig rekonstruktives theoretisches Vorgehen von der empirischen Feststellung von normativen

7 Zur Teilnahme von Bernhard Peters an der »Arbeitsgruppe Rechtstheorie« siehe Peters (1993: 10). Als Beiträge insbesondere zur Soziologie des Rechts: Peters (1991; 2007: 31 ff.). Zur Bedeutung von Peters' Untersuchungen für *Faktizität und Geltung* siehe Habermas (2007) und Aubert (2015: 394 ff.).

kulturellen Inhalten zu unterscheiden (Peters 1993: 402; 1994: 127). Hauke Brunkhorst bearbeitet die in *Faktizität und Geltung* entwickelte Begrifflichkeit im Hinblick auf deren Anwendung in den Bereichen der Europa- und der Weltpolitik (Brunkhorst 2001; 2010; 2016). Klaus Günther entwickelt als Jurist Arbeiten zur kommunikativen Freiheit (Günther 1998; 2005).

(2) Am 20. und 21. September 1992, also noch vor der Originalveröffentlichung von *Faktizität und Geltung* (Habermas 1996: 309), fand an der Benjamin N. Cardoso Law School in New York ein Treffen zur Diskussion des Werkes statt (Rosenfeld/Arato 1998). Die Beiträge der meisten Autoren, die an diesem Treffen teilnahmen, wurden von Habermas kommentiert (Habermas 1998 (1996)).

Man darf sich hier auf den Austausch zwischen Luhmann und Habermas beschränken. Unter den Argumenten, die Luhmann in seiner Kritik von *Faktizität und Geltung* anführt, mag hier auf eines hingewiesen werden: mit seinem Insistieren auf die Möglichkeit gleichberechtigter Beteiligung aller am öffentlichen Diskurs blendet Habermas den Umstand massiver global erfahrener Ungleichheiten und Exklusionen aus (Luhmann 1993: 53; 56), was die legitimierenden Grundlagen des demokratischen Diskurses radikal erschüttert. Luhmann fragt sich, inwieweit das Buch noch an der Tradition der kritischen Theorie anschließt, und er beendet seinen Beitrag damit, dass er Habermas dazu anregt, »meinetwegen in der Nachfolge von Marx, die Gesellschaft, so wie sie ist und wirkt, zu untersuchen, um Variationsmöglichkeiten zu finden, die eventuell zu weniger schmerzlichen Zuständen führen könnten. Könnten!« (Luhmann 1993: 172; dazu siehe auch Neves 2009: 64). Zu diesem bestimmten Punkt nimmt Habermas in seiner Replik nicht ausdrücklich Stellung.

Die Diskussion zwischen Habermas und Rawls findet in einem anderen Rahmen statt, nämlich durch Veröffentlichungen im *Journal of Philosophy*. In dieser Debatte scheint es beiden Autoren vorwiegend daran zu liegen, auf eine stringendere Formulierung des je eigenen Ansatzes hinzuwirken (ausdrücklich in diesem Sinne Rawls 1997 (1995): 142). Dabei hält Habermas insbesondere fest, dass der Philosophie keine privilegierte Stellung in einem demokratischen Lernprozess gewährt werden darf, in dem alle Teilnehmer selbst, individuell und kollektiv, die Gleichursprünglichkeit von privaten und öffentlichen Freiheiten sollten erfahren können (siehe insbesondere Habermas 1996: 122; 127).

(3) Viele Autoren beziehen sich im Zusammenhang ihrer eigenen Arbeit auf *Faktizität und Geltung*. In diesem der Rechtssoziologie gewidmeten Werk werden wir uns sozusagen als Stichprobe auf die in der *Zeitschrift für Rechtssoziologie* veröffentlichten Aufsätze beschränken, in welchen *Faktizität und Geltung* zitiert wird. Wenige dieser Aufsätze

enthalten eine eingehendere Diskussion des Werkes, im Zusammenhang mit einem empirischen Ansatz, der Aspekte des Theorieangebots von Habermas verwertet (Brock et al. 2008, zur rechtlichen Regelung privater Überschuldung; Wielsch 2018, zur Rechtserzeugung im Falle des Eigentums; Metzger/Schrör 2022, zur Kenntnisnahme von Fachzeitschriften durch Juristen). In den meisten anderen Fällen ist ein einziger – je nachdem kritischer oder anerkennender – Hinweis auf *Faktizität und Geltung* vorzufinden.

Um auch Buchveröffentlichungen in dieser Diskussion zu berücksichtigen, mögen hier vier Autoren angeführt werden. Zwei beziehen sich auf *Faktizität und Geltung*, wenn auch kritisch, so doch als ein Werk, das in eine Richtung weist, auf welche hin auch sie zu arbeiten sich vorgenommen haben: Axel Honneth, in *Das Recht der Freiheit* (Honneth 2011), und Rainer Forst, in *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse* (Forst 2011). Zwei andere Autoren beziehen sich auf Habermas und insbesondere auf *Faktizität und Geltung* als einen Ansatz vertretend, von dem sie sich distanzieren wollen. Teubner, in seinem Buch *Verfassungsfragmente*, erwähnt *Faktizität und Geltung* als ein Werk, in welchem Habermas den Tatbestand der funktionalen Differenzierung in seiner Analyse der Öffentlichkeit nicht gebührend berücksichtigt (Teubner 2012: 54; 140). In seinem Buch *Kritik der Rechte* erwähnt Christoph Menke *Faktizität und Geltung* als eine »idealistische Rechtstheorie« vertretend, welche den Umstand ignoriert, dass es keine Selbsthervorbringung von Rechten geben könne »ohne die Wirksamkeit materieller Triebe, Kräfte, des Nichtrechts im Recht« (Menke 2015: 159).

(4) Seit der Jahrtausendwende hat sich deliberative Demokratie zum Thema einer ausdifferenzierten Forschungsgemeinschaft etabliert. Dies dokumentiert insbesondere die Gründung des *Journal of Public Deliberation* im Jahr 2005, welches 2020 zum *Journal of Deliberative Democracy* umgetauft wurde. In einem in der ersten Ausgabe dieser Zeitschrift veröffentlichten programmatischen Aufsatz werden Habermas und Rawls als die beiden Autoren zitiert, welche die Relevanz der Thematik frühzeitig erkannt hätten (Levine et al. 2005: 7). Im selben Aufsatz wird unter den Veröffentlichungen, die zur Anerkennung dieses Forschungsfeldes beigetragen hätten, der von William Rehg 1997 mit herausgegebene Sammelband *Deliberative Democracy* angeführt (Bohman/Rehg 1997), der einen Aufsatz von Habermas enthält (Habermas 1997 (1989)). Vor wenigen Jahren wurde ein *Oxford Handbook of Deliberative Democracy* veröffentlicht (Bächtiger et al. 2018), welches ein Interview von Habermas enthält (Habermas 2022: 69 ff.). Die enge Beziehung zwischen Habermas und dieser Forschungsgemeinschaft zeigte sich auch 2020 in der Veröffentlichung einer Sondernummer vom *Journal of Deliberative Democracy* zum Buch *Democracy Without Shortcuts*

von Cristina Lafont (2019), eine der Herausgeberinnen des *Habermas Handbuches* (Brunkhorst et al. 2009) – eine Sondernummer, die von einem Interview von Habermas eingeleitet wird (Habermas 2020)⁸. In diesem Zusammenhang wurde auch der Beitrag von Habermas zur Frage einer demokratischen Ausgestaltung der Weltgesellschaft diskutiert (von Bogdandy/Habermas 2013; Prattico 2022).

(5) Unter den Autoren, die *Faktizität und Geltung* im Zusammenhang einer Gesamtwürdigung des Beitrages von Habermas zum rechtssoziologischen Diskurs zitieren, seien hier unter anderen José Antonio García Amado (2001), Peter Nielsen/Oliver Eberl (2006), Inger-Johanne Sand (2008), António Manuel Hespanha (2009), Pierre Guibentif (2010), Mathew Deflem (u. a. Deflem 2013) und Alfons Bora (u. a. 2023: 236 ff.) angeführt. Eine besondere Erwähnung verdient hier der Aufsatz von Erhard Blankenburg, »Diskurs oder Autopoiesis. Lassen sich Rechtstheorien operationalisieren?« (Blankenburg 1994). Dies ist der Aufsatz, durch welchen die *Zeitschrift für Rechtssoziologie Faktizität und Geltung* nach seiner Veröffentlichung zur Kenntnis nimmt. In ironischer Tonlage wird dabei festgestellt, dass das Werk, ebenso wie Luhmanns *Das Recht der Gesellschaft* (Luhmann 1993), eher einen Theoriebedürfnis der Juristen befriedigt als den soziologischen Werkzeugkasten anreichert.

4. Mögliche Weiterentwicklungen

Als Ausgangspunkt einer abschließenden Würdigung von *Faktizität und Geltung* aus rechtssoziologischer Sicht möchte ich auf Luhmanns Anregung an Habermas zurückkommen, »in der Nachfolge von Marx, die Gesellschaft, so wie sie ist und wirkt, zu untersuchen, um Variationsmöglichkeiten zu finden, die eventuell zu weniger schmerzlichen Zuständen führen könnten« (Luhmann 1993: 172). Ein Grund, weshalb Habermas diesen Aufruf unbeantwortet ließ, könnte sein, dass Luhmann damit genau sein eigenes Vorgehen beschreibt. Habermas widmet den Entwicklungen unserer modernen kommunikativen Praktiken deshalb seine Aufmerksamkeit, weil er vermutet, dass die durch diese erzeugte kommunikative Macht das Potenzial hat, soziale Zustände herbeizuführen, die für die an diesen Praktiken beteiligten – nach Luhmanns Wortwahl – »weniger schmerzlich« (ebd.) sein könnten. Dabei geht es ihm darum, als Akteur – Staats- bzw. Weltbürger und Philosoph – an der besseren Etablierung und Intensivierung geeigneter Kommunikationsformen teilzunehmen. Diese Kommunikationsformen sind eben die, welche er im

8 Auch in Frankreich wird Habermas in der Diskussion zur deliberativen Demokratie zitiert (Reber 2020).

Rahmen der oben vorgestellten diskurstheoretischen Rechtstheorie zu erfassen beansprucht.

Aufgabe der Rechtssoziologie ist es nicht, an der Etablierung gesellschaftsweiter kommunikativer Verhältnisse mitzuwirken⁹. Es liegt aber in ihrem Arbeitsbereich, festzustellen, welche Verhältnisse faktisch vorzufinden sind und wie sich das Recht in ihnen auswirkt. Ein solches Vorgehen könnte darin bestehen, das theoretische Angebot von Habermas als eine Konstellation von Hypothesen aufzugreifen und die Haltbarkeit dieser einem empirischen Test zu unterziehen (so etwa Bora 1999). So könnte eine rechtssoziologische Forschung sich ein bestimmtes Verfahren der Rechtssetzung oder die Rechtsprechung zu einem bestimmten Thema zum Gegenstand machen. Über die Dauer dieses Verfahrens ließe sich parallel, auf beide Seiten der Grenze zwischen dem Verfahren und seiner Umwelt, die Kommunikationen einsammeln und systematisch analysieren¹⁰. Die Wahl dieses Verfahrens und die Ausgestaltung der Instrumente der Datensammlung könnte sich auf die Gesamtdarstellung der Gesellschaft stützen, die Habermas weitgehend der Systemtheorie entnimmt. Die Inhaltsanalyse des gesammelten Materials könnte die Erstellung einer Typologie der angeführten Argumente ermöglichen, und Indizien bestimmter Wahrnehmungen der Stellung des Rechts in der Gesellschaft, die sich als Rechtsparadigma bezeichnen ließen, liefern (vgl. Kap. 3). Eine Rekonstruktion des Ablaufs der Kommunikationen auf beiden Seiten und der Wechselbeziehungen zwischen diesen beiden Kommunikationsebenen könnte für die Diskussion der Frage Stoff liefern, was konkret unter kommunikativer Macht und was unter »Umwandlung kommunikativer Macht in administrative« (209; vgl. Kap. 3) zu verstehen sein könnte. Grundsätzlicher könnte es darum gehen, sich mit der Hypothese auseinanderzusetzen, gemäß welcher das beobachtete Verfahren geeignet wäre, etwas zu leisten, das als Vermittlung zwischen System und Lebenswelt qualifiziert werden könnte. Die in Bora (1999) gesammelten Befunde lassen sich im Sinne einer Falsifizierung einer solchen Hypothese deuten, was den Autor – auf einen von Luhmann inspirierten systemtheoretischen Begriffsapparat zurückgreifend – dazu führt, Wege der sozialen Integration über strukturelle

- 9 Wohl aber an der Identifizierung und Aufrechterhaltung jener Kommunikationsverhältnisse, die zur Durchführung wissenschaftlicher Forschung erforderlich sind, was sich nicht völlig von der Problematik der gesamtgesellschaftlichen Verhältnisse trennen lässt.
- 10 Eine vergleichbare Forschung wurde in Frankreich mit Verweis auf Habermas durchgeführt. Dabei ging es jedoch nicht um ein gewöhnliches Verfahren der Rechtssetzung, sondern um eine von der Regierung einberufene Bürgerversammlung, deren Aufgabe es war, Leitlinien für die künftige Gesetzgebung zu den gegenüber dem Klimawandel zu ergreifenden Maßnahmen auszuarbeiten: die *Convention citoyenne pour le climat* (Reber 2020).

Kopplungen zwischen den im Verfahren aufeinandertreffenden Funktionssystemen zu suchen.

Schon in seiner Anlage würde ein solches empirisches Vorgehen – sozusagen mit Habermas über Habermas hinaus – den Rechtserfahrungen von Laien eine größere Aufmerksamkeit widmen als diesen in *Faktizität und Geltung* zukommt. Denn dort werden Fragen der juristischen Argumentation und der Typologie der Rechtsparadigmen im Wesentlichen mit Bezug auf Diskussionen behandelt, die sich in der Juristenwelt abspielen. Bei der Analyse der Rechtserfahrung von Laien darf man vermuten, dass juristische Argumente auch in den autonomen Öffentlichkeiten formuliert werden, und dies zum Teil eben im Hinblick auf ihre mögliche Wirkung auf den im rechtlichen Verfahren stattfindenden Diskurs. Und kommt das Recht in den autonomen Öffentlichkeiten zur Sprache, dann möglicherweise aufgrund von Wahrnehmungen der Stellung des Rechts in der Gesellschaft, die sich als Rechtsparadigmen von Laien bezeichnen ließen.

Über diese empirische Erweiterung hinaus kann hier auf drei Punkte hingewiesen werden, welche Diskussionen erfordern, die über den von *Faktizität und Geltung* abgesteckten begrifflichen Rahmen hinausgehen müssten.

(1) Fragwürdig ist der knappe Hinweis von Habermas auf die Tatsache, dass in Familie und Schule »das Recht erst im Konfliktfall aus seiner Hintergrundpräsenz hervortritt« (240), und dies aus zwei Gründen. Einerseits könnte die Wahrnehmung von Rechten in diesen Zusammenhängen eine Rolle spielen, die über das hinausgeht, was sich als »Hintergrundpräsenz« bezeichnen ließe, selbst wenn es sich um Bereiche handelt, die nicht in derselben Weise verrechtlicht sind wie wirtschaftliche Transaktionen oder Beziehungen zwischen Staatsverwaltungen und Rechtsadressaten. Andererseits müsste die Liste der sozialen Bereiche, in denen das Recht eine solche zweitrangige Rolle spielt, erweitert werden. Dies könnte unter anderem soziale Zusammenhänge einschließen, wie sie sich zum Beispiel im wissenschaftlichen Bereich bilden.

(2) In seiner Rekonstruktion demokratischer Verhältnisse richtet Habermas seine Aufmerksamkeit auf jene Verfahren, in denen Staatsbürgern die Gelegenheit gewährt wird, ihre politischen Rechte auszuüben: über Teilnahme an Wahlen und Abstimmungen sowie an der öffentlichen Diskussion von Verfahren der Rechtssetzung oder Rechtsprechung. Dieser Ansatz lässt unberücksichtigt, dass viele Staatsbürger auch dadurch am demokratischen Gemeinwesen teilnehmen, dass sie an den Operationen jener Organisationen teilhaben, durch welche sich die rechtsstaatliche Demokratie verwirklicht. Dazu gehören, neben dem von Habermas berücksichtigten Gerichtswesen, u. a. das Gesundheitswesen, das Erziehungssystem, die Medien und die wissenschaftliche Forschung. Will man die demokratische Wirklichkeit und darin die Rolle des Rechts erfassen, sind

auch die Beziehungen zum Recht der Handlungen von den in diesen Bereichen tätigen Staatsbürgern zu berücksichtigen. Die Staatsbürger haben sich mit einer gewissen Wahrnehmung der Freiheit, die ihnen in ihrer Berufswahl rechtlich zuerkannt wird, für ihre Tätigkeit entschieden und sie üben Berufe aus, denen bestimmte Freiheiten rechtlich anerkannt wurden. Schließlich tun sie dies in Zusammenhängen, die in bedeutendem Maße verrechtlicht sind, wie eben unter (1) festgehalten wurde¹¹. Hier ist jedoch auch festzuhalten, dass zum einen in diesen Zusammenhängen auch nichtrechtliche Normensysteme eine wichtige Rolle spielen – berufliche Standards, ethische Regeln, Methodologie usw. – womit die Rechtssoziologie auf eine ihrer identitätsstiftenden Thematiken zurückgeführt wird, nämlich diejenige des Normpluralismus. Und dass zum zweiten, dass dort – als Voraussetzung von individuellen und kollektiven Handlungen, die in diesen Zusammenhängen zu demokratischen Verhältnissen beitragen – auch Funktionssysteme operieren, zwischen denen Kopplungen zustande kommen sollten, die deren Integration sowie, jenseits deren Grenzen, die Integration der Gesellschaft fördern könnten (Bora 1999; 2023). Damit stößt die Rechtssoziologie einmal mehr auf die Notwendigkeit, ihren theoretischen Pluralismus zu pflegen und zu nutzen.

(3) Wie sich die Existenz von Rechtsparadigmen empirisch belegen lässt und welche Paradigmen sich etablieren konnten, sind Fragen, die eine rechtssoziologische Behandlung verdienen. Als Hypothese sei hier angeführt, dass gewisse Wahrnehmungen des Rechts heute ein viertes Paradigma indizieren könnten, nämlich ein ökologisches Rechtsparadigma: nach dem Schutz der Privatsphäre, dem Schutz von prekarierten Bevölkerungsteilen und dem Schutz der autonomen Öffentlichkeiten könnte es nun auch um die Konstitutionalisierung der Beziehungen zwischen der industrialisierten Menschheit und ihrer Umwelt gehen.

Literatur

- Aubert, Isabelle (2015): *Habermas – Une théorie critique de la société*, Paris: CNRS Éditions.
- Bächtiger, André/Dryzek, John S./Mansbridge, Jane/Warren, Mark E. (Hg.) (2018): *Oxford Handbook of Deliberative Democracy*, Oxford: Oxford University Press.

11 Die in den Punkten (1) und (2) vertretene Erweiterung des Feldes der rechtssoziologischen Rekonstruktion der Erfahrungen und Auswirkungen von Rechten kommt Honneths Anspruch entgegen, über das Unternehmen von Habermas hinaus eine normative Rekonstruktion »auf der ganzen Breite der aktuellen Entwicklung aller zentralen institutionellen Wertsphären durchzuführen« (Honneth 2011: 120).

- Blankenburg, Erhard (1994): »Diskurs oder Autopoiesis. Lassen sich Rechtstheorien operationalisieren?«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 15, 115–125.
- von Bogdandy, Armin/Habermas, Jürgen (2013): »Discourse Theory and International Law: An Interview with Jürgen Habermas«, in: *VerfBlog*, 15.05.2013, <https://verfassungsblog.de/discourse-theory-and-international-law-an-interview-with-jurgen-habermas/> (letzter Zugriff: 01.07.2023).
- Bohman, John/Rehg, William (Hg.) (1997): *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge: The MIT Press.
- Bora, Alfons (1999): *Differenzierung und Inklusion: Partizipative Öffentlichkeit im Rechtssystem moderner Gesellschaften*, Baden-Baden: Nomos.
- Bora, Alfons (2023): *Responsive Rechtssoziologie – Theoriegeschichte in systematischer Absicht. Soziologische Theorie des Rechts 1*, Wiesbaden: Springer VS.
- Brock, Ditmar/Lechner, Götz/Backert, Wolfram (2008): »Restschuldbefreiung und Verbraucherinsolvenz. Probleme und Lösungsansätze bei der rechtlichen Regelung von privater Überschuldung aus rechtssoziologischer Sicht«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 29, 235–259.
- Brunkhorst, Hauke (2001): »Globale Solidarität: Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft«, in: Wingert, Lutz/Günther, Klaus (Hg.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 605–626.
- Brunkhorst, Hauke (2010): »Cosmopolitanism and Democratic Freedom«, in: Thornhill, Chris/Ashenden, Samantha (Hg.), *Legality and Legitimacy: Normative and Sociological Approaches*, Baden-Baden: Nomos, 171–195.
- Brunkhorst, Hauke (2016): »The European Dual State: The Double Structural Transformation of the Public Sphere and the Need for Repoliticization«, in: Přibán, Jiří (Hg.), *Self-Constitution of European Society. Beyond EU Politics Law and Governance*, London/New York: Routledge, 239–273.
- Brunkhorst, Hauke/Kreide, Regina/Lafont, Cristina (Hg.) (2009): *Habermas-Handbuch*, Stuttgart: J.B. Metzler.
- Brunkhorst, Hauke/Müller-Doohm, Stefan (2009): »Intellectuelle Biographie«, in: Brunkhorst, Hauke/Kreide, Regina/Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas-Handbuch*, Stuttgart: J.B. Metzler, 1–14.
- Deflem, Mathieu (2013): »The Legal Theory of Jürgen Habermas: Between the Philosophy and the Sociology of Law«, in: Banakar, Reza/Travers, Max (Hg.), *Law and social theory*, Oxford/Portland: Hart Publishing, 75–90.
- Forst, Rainer (2011): *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse. Perspektiven einer kritischen Theorie der Politik*, Berlin: Suhrkamp.
- García Amado, Juan Antonio (2001): »Habermas y el derecho«, in: García Amado, Juan Antonio (Hg.), *El derecho en la teoría social – Diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid: Dykinson, 357–398.
- Guibentif, Pierre (2010): *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu. Une génération repense le droit*, Paris: Lextenso-Librairie générale de droit et de jurisprudence.

- Günther, Klaus (1988): *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Günther, Klaus (1998): »Communicative Freedom, Communicative Power, and Jurisgenesis«, in: Rosenfeld, Michel/Arato, Andrew (Hg.), *Habermas on Law and Democracy. Critical Exchanges*, Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 234–254.
- Günther, Klaus (2005): *Schuld und kommunikative Freiheit*, Frankfurt a. M.: Vittorio Klostermann.
- Habermas, Jürgen (1990 (1962)): *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Darmstadt/Neuwied a. Rh.: Luchterhand; Neuauflage mit neuem Nachwort, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1990.
- Habermas, Jürgen (1968): *Erkenntnis und Interesse*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen (1981 (1980)): Die Moderne – Ein unvollendetes Projekt, in: *Die Zeit* 19, 09.1980; Wiederveröffentlichung in: Habermas, Jürgen (1981), *Kleine politische Schriften I–IV*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 444–462.
- Habermas, Jürgen (1981) *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 Bde., Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen (1994 (1989)): »Ist der Herzschlag der Revolution zum Stillstand gekommen?«, in: Forum für Philosophie Bad Homburg (Hg.), *Die Ideen von 1789 in der deutschen Rezeption*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 7–36; 1989 unter dem Titel Volkssouveränität als Verfahren, 600–631, in Habermas (1994/1992) wiederveröffentlicht.
- Habermas, Jürgen (1997 (1989)): »Popular Sovereignty as Procedure«, in: Bohman, John/Rehg, William (Hg.), *Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics*, Cambridge: The MIT Press; engl. Fassung von Habermas, Jürgen (1994 (1989)), »Ist der Herzschlag der Revolution zum Stillstand gekommen?«, in: Forum für Philosophie Bad Homburg (Hg.), *Die Ideen von 1789 in der deutschen Rezeption*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 7–36; 1989 unter dem Titel Volkssouveränität als Verfahren, 600–631, in Habermas (1994/1992) wiederveröffentlicht, 35–66.
- Habermas, Jürgen (1990): Der DM-Nationalismus, in: *Die Zeit* 62, 30.03.1990, (überarbeitete Fassung: Nochmals: Zur Identität der Deutschen. Ein einig Volk von aufgebrachten Wirtschaftsbürgern, in: Habermas, Jürgen, *Die nachholende Revolution – Kleine politische Schriften VII*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 205–224.
- Habermas, Jürgen (1994 (1992)): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*. Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 1992; vierte, durchgesehene und um ein Nachwort und Literaturverzeichnis erw. Aufl. 1994; englische Fassung: *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press, 1998).
- Habermas, Jürgen (1996): *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

- Habermas, Jürgen (1998): Habermas Responds to his Critics, in: Rosenfeld, Michel/Arato, Andrew (Hg.), *Habermas on Law and Democracy. Critical Exchanges*, Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 381–452; deutsche Fassung in: Habermas, Jürgen (1996), *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 309–398.
- Habermas, Jürgen (2007): »Vorwort«, in: Peters, Bernhard, *Der Sinn von Öffentlichkeit*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 7–9.
- Habermas, Jürgen (2009): *Philosophische Texte*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen (2019): *Auch eine Geschichte der Philosophie*, 2 Bde., Berlin: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen (2020): Commentary on Cristina Lafont, *Democracy Without Shortcuts. Journal of Deliberative Democracy* 16 (2), 10–14.
- Habermas, Jürgen (2022): *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*, Berlin: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen/Friedeburg, Ludwig von/Oehler, Christoph/Weltz, Friedrich (1961): *Student und Politik. Eine soziologische Untersuchung zum politischen Bewusstsein Frankfurter Studenten*, Neuwied a. Rh.: Luchterhand.
- Hespanha, António Manuel (2009): *O Caleidoscópio do Direito. O Direito e a Justiça nos Dias e no Mundo de Hoje*, Coimbra: Almedina.
- Honneth, Axel (2011): *Das Recht der Freiheit*, Berlin: Suhrkamp.
- Lafont, Cristina (2019): *Democracy without shortcuts: A Participatory Conception of Deliberative Democracy*, Oxford: Oxford University Press.
- Levine, Peter/Fung, Archon/Gastil, John (2005): »Future Directions for Public Deliberation«, in: *Journal of Public Deliberation* 1 (1).
- Luhmann, Niklas (1993): *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (1998 (1993)): »*Quod omnes tangit*. Anmerkungen zur Rechts-theorie von Jürgen Habermas«, in: *Rechtshistorisches Journal* 12: 36–56; englische Fassung in: Rosenfeld, Michel/Arato, Andrew (Hg.), *Habermas on Law and Democracy. Critical Exchanges*, Berkeley/Los Angeles: University of California Press, 157–172.
- Menke, Christoph (2015): *Kritik der Rechte*, Berlin: Suhrkamp.
- Metzger, Axel/Schrör, Simon (2022): »Zwischen Wissenschaft, Praxis und Politik: Wie Juristen Gesetzgebungsverfahren in Fachzeitschriften begleiten«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 42, 243–269.
- Möllers, Christoph (2009): »Demokratie und Recht – Faktizität und Geltung« (1992), in: Brunkhorst, Hauke/Kreide, Regina/Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas-Handbuch*, Stuttgart: J.B. Metzler, 254–263.
- Neves, Marcelo (2009): »Systemtheorie«, in: Brunkhorst, Hauke/Kreide, Regina/Lafont, Cristina (Hg.), *Habermas-Handbuch*, Stuttgart: J.B. Metzler, 61–65.
- Niesen, Peter/Eberl, Oliver (2006): »Demokratischer Positivismus: Habermas und Maus«, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hg.), *Neue Theorien des Rechts*, Stuttgart: Luzius & Luzius, 3–28.

- Peters, Bernhard (1991): *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Peters, Bernhard (1993): *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Peters, Bernhard (1994): »On Reconstructive Legal and Political Theory«, in: *Philosophy and Social Criticism* 20, 45–70.
- Peters, Bernhard (2007): *Der Sinn von Öffentlichkeit*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Prattico, Emilie (Hg.) (2022): *Habermas and the Crisis of Democracy. Interviews with Leading Thinkers*, London u.a.: Routledge.
- Rawls, John (1997 (1995)): »Reply to Habermas«, in: *Journal of Philosophy* 92; hier auf Grundlage der französischen Übersetzung zitiert: »Réponse à Habermas«, in: Habermas, Jürgen/Rawls, John (1997): *Débat sur la justice politique*, Paris: Cerf, 49–142.
- Reber, Bernard (2020): »Précautions et innovations démocratiques«, in: *Archives de philosophie du droit* 62, 399–425.
- Rosenfeld, Michel/Arato, Andrew (Hg.) (1998): *Habermas on Law and Democracy. Critical Exchanges*, Berkeley/Los Angeles: University of California Press.
- Sand, Inger-Johanne (2008): »The Interaction of Society, Politics and Law: The Legal and Communicative Theories of Habermas, Luhmann and Teubner«, in: Wahlgren, Peter (Hg.), *Law and Society*, Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 45–75.
- Skordas, Achilles/Zumbansen, Peer (2009): *The Kantian Project of International Law: Engagements with Jürgen Habermas' The Divided West. German Law Journal* 10, 1–4, <https://germanlawjournal.com/volume-10-no-01/> (letzter Zugriff: 01.07.2023).
- Teubner, Gunther (2012): *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin: Suhrkamp.
- Wielsch, Dan (2018): »Die Vergesellschaftung rechtlicher Grundbegriffe. Vom Universalismus zum Multilateralismus in der Rechtserzeugung am Beispiel des Eigentums«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 38, 304–337.
- Wingert, Lutz/Günther, Klaus (Hg.) (2001): *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.

Niklas Luhmann: Das Recht der Gesellschaft

1. Der Kontext: Luhmanns rechtssoziologische Schriften

Unter den rechtssoziologischen Schriften soziologischer Theoretiker sticht Niklas Luhmanns Werk durch die große Zahl einschlägiger Veröffentlichungen hervor (vgl. <https://niklas-luhmann-archiv.de/person/nl-bibliographie>).¹ Bereits ein oberflächlicher Blick auf das Gesamtwerk lässt darüber hinaus die bemerkenswerte thematische Breite, begriffliche Tiefenschärfe und Sachhaltigkeit der rechtssoziologischen Arbeiten auf der Grundlage umfassender soziologischer Theoriebildung erkennen. Luhmanns Interesse an einer soziologischen Theorie des Rechts entstand mit seinen frühen Arbeiten zum Verwaltungsrecht und zur Verwaltungssoziologie (Becker und Luhmann 1963), aus denen sich im Laufe der Zeit Überlegungen zu einer Soziologie des Rechts entwickelten, die erstmals in »Grundrechte als Institution« (Luhmann 1965) erkennbar wurde. Es folgte eine allgemeine soziologische Verfahrenstheorie in *Legitimation durch Verfahren* (Luhmann 1969, vgl. den Beitrag von Schneider in diesem Band), die sich auch mit rechtlichen Verfahren befasste. Mit der *Rechtssoziologie* (Luhmann 1972, vgl. dazu den Beitrag von Schmidt und Heck in diesem Band) wurden die Grundbegrifflichkeiten erstmals umfassend ausgearbeitet. Ausgangspunkt war die allgemeine Normtheorie, auf deren Basis das Recht als normative Struktur der Gesellschaft beschrieben wurde. Positives Recht und konditionale Programmierung standen als Aspekte einer funktional differenzierten Moderne im Zentrum der Aufmerksamkeit. Außerdem thematisierte das Buch den Zusammenhang von Recht und sozialem Wandel in einer Auseinandersetzung mit damals prominenten Steuerungstheorien, die am Ende der 1960er Jahre in eine Krise geraten waren. Ohne den Begriff zu verwenden, nahm Luhmann etliche Aspekte der Diskussion vorweg, die später unter dem Label »Governance und Regulierung« geführt wurde (Paul et al. 2017). Gleiches gilt für die frühe Bezugnahme auf den Begriff der Weltgesellschaft. Seit *Grundrechte als Institution* (Luhmann 1965) fanden sich bei Luhmann Hinweise auf das Desiderat einer soziologisch informierten Rechtstheorie. Trotz ihres eher marginalen Charakters zeigten diese Bemerkungen, dass Luhmann parallel zur Rechtssoziologie eine auf die Praxis des Rechts und deren Reflexion zielende Rechtstheorie

1 (letzter Zugriff: 02.01. 2024). Zur Biographie vgl. ausführlich den Beitrag von Schneider in diesem Band.

für wichtig gehalten hat. Das ebenfalls um 1972 entstandene, aber erst posthum veröffentlichte *Kontingenz und Recht* (Luhmann 2013) stellt dieses rechtstheoretische Gegenstück zur *Rechtssoziologie* dar. Wenig später ergänzte Luhmann die rechtssoziologischen Schriften mit einer Kritik folgenorientierten Entscheidens im Recht in *Rechtssystem und Rechtsdogmatik* (Luhmann 1974), einem kleinen Werk, in dem er sich gegen eine Versozialwissenschaftlichung der Jurisprudenz aussprach. Er verstand eine solche Entwicklung als Entdifferenzierung, die dazu führen würde, »dass man nur noch vor dem Hintergrund von Einstellungen argumentieren kann« (Luhmann 1974: 7). Dies berge die Gefahr, »dass Annäherung und Verständigung auf der untersten Ebene für beide Seiten stattfinden « (ebd.: 9). »*Das Recht der Gesellschaft* (Luhmann 1993) schloss die Reihe der rechtssoziologischen Monografien ab. Neben den genannten Büchern gehört auch eine große Zahl von Zeitschriftenaufsätzen, von denen eine kleine Sammlung in *Ausdifferenzierung des Rechts* (Luhmann 1981) zu finden ist, zu Luhmanns vielfältigen Veröffentlichungen auf dem Gebiet der Rechtssoziologie. In dieser reichhaltigen Literatur lassen sich Leitmotive und zentrale Themenkomplexe von Luhmanns rechtssoziologischem Werk zwischen 1965 und 1993 erkennen, die den theoretischen Kontext des Werkes bilden. Das sind im Einzelnen die soziologische Theorie des Rechts, der Begriff der Gerechtigkeit, die Möglichkeit einer Folgenorientierung rechtlichen Entscheidens sowie Paradoxien im Recht und die Strukturbildungen, die sich aus der Reaktion des Rechts auf mögliche Paradoxien ergeben.

Im Unterschied zu anderen zeitgenössischen soziologischen Theoretikern entwickelte Luhmann vor dem Hintergrund dieser breit gefächerten thematischen Interessen seit den 1960er Jahren eine detaillierte soziologische Theorie des Rechts. Sie bildet einen kohärenten und konsistenten Zusammenhang wissenschaftlich begründeter Aussagen und dient dazu, soziale Realität und die zugrundeliegenden Gesetzmäßigkeiten zu erklären und erschöpfend mit Blick auf den Gegenstandsbereich – die Gesamtheit des Sozialen – zu formulieren. Das Recht wird als Funktionssystem beschrieben, das als sachlich, zeitlich und sozial kongruente Generalisierung auf der Form normativen, kontrafaktisch stabilen Erwartens aufbaut. Es operiert im Code von Recht und Nicht-Recht und hat sich evolutionär zum positiven Recht der funktional differenzierten Moderne entwickelt. Seine gesellschaftliche Funktion besteht in der Ermöglichung von Erwartungssicherheit.

Die 1993 erschienene Monographie *Das Recht der Gesellschaft* zählt zu Luhmanns Publikationen, die vor der Ausarbeitung der allgemeinen Theorie der Gesellschaft (Luhmann 1997) einzelne Funktionssysteme behandeln, etwa die Politik, die Wirtschaft oder die Wissenschaft (Luhmann 2000; 1988; 1990). Grundlage ist die zu Beginn der 1980er Jahre entwickelte autopoietische und kommunikationstheoretische Fassung

der soziologischen Systemtheorie, die mit *Soziale Systeme* (Luhmann 1984) erstmals im Zusammenhang vorgestellt wurde.

Luhmann verfolgt mit »*Das Recht der Gesellschaft* die Absicht, eine Theorie des Rechts »aus einer gesellschaftstheoretischen Perspektive« zu schreiben, »[...] mit möglichst viel Eingehen auf das, worum es den Insassen, also den Juristen [...] selber geht« (Guibentif und Luhmann 2000, 238). Diese zweifache Einbettung in die soziologische Beobachtung einerseits – also eine Außenperspektive – und in die »Insassenperspektive« andererseits, macht den theoretischen Reiz des Werkes aus. Zugleich errichtet es für ein soziologisches Publikum aber auch einigermaßen hohe Hürden wegen der notwendigen Bezugnahme auf rechtliche Begriffe und Diskussionen sowie teilweise ungeklärter reflexionstheoretischer Grundlagen rechtssoziologischer Interdisziplinarität (dazu Bora 2023b).

2. Das Recht der Gesellschaft: Theorie des Funktionssystems²

Die Argumentation beginnt mit einem imaginären interdisziplinären Gespräch zwischen Soziologie und Jurisprudenz, die sich als Erfahrungswissenschaft einerseits und als Normwissenschaft andererseits zunächst eher sprachlos gegenüberstehen. Beide sind jedoch an der Bestimmung des Gegenstandes interessiert, die als Frage nach den Grenzen des Rechts behandelt werden kann. Da der Gegenstand selbst, also das Recht, bestimmt, was zum Recht gehört und was nicht, bietet sich eine systemtheoretische Beschreibung vor allem deshalb an, weil die Systemtheorie konzeptionell auf die Innen- und Außenperspektiven sich selbst beschreibender Systeme eingestellt ist und deshalb eine »sachangemessene« (17) Perspektive ermöglicht. Damit lässt sich ein Zusammenhang von Rechts- und Gesellschaftstheorie in Gestalt einer gesellschaftstheoretischen Reflexion des Rechts herstellen. Diese soziologische Beobachtung ist nicht-normativ. Sie betrachtet die Unterscheidung von Normen und Fakten als eine rechtsinterne Form, die in der soziologischen Beobachtungstheorie selbst nicht ohne Weiteres verwendet werden kann.

Das Recht als selbsterzeugendes und selbstbegrenzendes System ist durch seine operative Geschlossenheit charakterisiert. Es besteht aus »faktisch vollzogenen Operationen, die als soziale Operationen Kommunikationen sein müssen« (41). Diese Operationen erzeugen in ihrem Vollzug die Differenz von System und Umwelt. Sie sind durch Strukturen verknüpft, in welchen kommunikative Anschlussmöglichkeiten

2 Die Darstellung in diesem Abschnitt geht in erweiterter und überarbeiteter Form auf Bora (2012) zurück.

»rechtsspezifischen Sinn erzeugen« (ebd.) Operative Geschlossenheit meint allerdings nicht »Abgeschlossenheit [...] Sie bestreitet nicht, ja betont auf ihre Weise, dass intensive Kausalbeziehungen zwischen System und Umwelt bestehen und daß Interdependenzen kausaler Art für das System strukturell notwendig sind« (43 f.) Umweltoffenheit tritt vor allem als kognitive, informationelle Offenheit in Erscheinung, als systeminterne Beobachtung der Welt, mit andern Worten. Auf dieser Grundlage bildet sich das Funktionssystem Recht aus zwei Errungenschaften, nämlich der funktionalen Spezifizierung, also der Konzentration auf das spezifische soziale Problem der Erwartungssicherheit, und aus der binären Codierung des Kommunizierens mit Hilfe der Unterscheidung von Recht und Unrecht. Aus dieser Kombination bezieht das Rechtssystem seine Autonomie.

Die entscheidende Innovation dieser einleitenden Überlegungen im Vergleich zu Luhmanns früheren rechtssoziologischen Schriften besteht in der kommunikationstheoretischen Grundlegung. Das Recht wird im strengen Sinne als Kommunikationszusammenhang verstanden, der eine Zuordnung der Bezeichnungen »Recht« und »Unrecht« vollzieht und im Vollzug dieser Unterscheidung keine Präferenz für eine der beiden Seiten des binären Schematismus voraussetzt, auch wenn in der externen Beobachtung des Rechts diese Präferenz eine Rolle spielt. Deshalb sind Recht einerseits sowie Ethik und Moral andererseits operativ voneinander getrennt.

Das Recht erzeugt seine Einheit durch das Symbol der Rechtsgeltung. Aus soziologischer Sicht wird dabei deutlich, dass Geltung eine kommunikative Struktur ist, mit Hilfe derer das Recht Paradoxieprobleme bearbeitet, die aus der Unmöglichkeit von Letztbegründungen herrühren. Früher waren diese mit dem Begriff der Rechtsquelle belegt, aus dem sich eine Antwort auf die verstörende Frage ergeben sollte, warum geltendes Recht tatsächlich Recht ist – und nicht Unrecht. Antworten auf diese Frage sind entweder tautologisch – es gilt, weil es gilt – oder verweisen auf externe »Fixpunkte«, etwa Gott, Natur, Vernunft usw. Der binäre Code Recht-Unrecht verursacht also Probleme, wie alle derartigen Formen, sobald nach dem Re-Entry, der Selbstanwendungsfähigkeit der Unterscheidung gefragt wird. Logische Antinomien wie das Beispiel vom »lügenden Kreter« und ähnliche Denkfiguren zeigen, dass derartige Selbstimplikationen geeignet sind, Kommunikationsblockaden hervorzurufen. Ähnliches trifft für den Übergang von einem Rechtszustand in einen anderen auf der operativen Ebene zu. Hier symbolisiert Rechtsgeltung die Einheit der Differenz eines gleichermaßen vorher und nachher geltenden Rechts. Das Symbol bearbeitet gleichsam die Frage, wie früheres Recht heutiges Unrecht sein und doch beide Male gelten kann. Geltung symbolisiert Systemzugehörigkeit. Sie ist selbst keine Norm, denn Recht »soll« nicht gelten, es gilt. Daher kann das Recht sich ändern,

ohne gegen eine Norm zu verstoßen, solange es Geltung beanspruchen kann. Das Symbol der Geltung bewirkt Anschlussfähigkeit im System als ein zirkulierendes Verknüpfungssymbol, das seine Referenz situationsabhängig wechselt (so genannter »shifter«, 107, dazu Bora 2023a: Kap. 13.) Ganz offenkundig trifft dieser Gedanke eines Symbols, das sich nur auf den Prozess bezieht, der es benutzt, und deshalb situativ seine Referenz wechselt, auf Gesetzgebung, Rechtsprechung und ebenso auf private Rechtsgestaltung durch Verträge zu.

Manche soziologischen Theorien betrachten Konfliktlösung oder gesellschaftliche Integration als Funktionen des Rechts (Habermas 1992; Peters 1993). Im Gegensatz dazu erkennt die soziologische Systemtheorie die gesellschaftliche Funktion des Rechts in der Ermöglichung von Erwartungssicherheit. Wie bereits in der *Rechtssoziologie* dargelegt, erzeugen Rechtskommunikationen eine »Stabilisierung normativer Erwartungen durch Regulierung ihrer zeitlichen, sachlichen und sozialen Generalisierung« (131). Das schließt rechtliche Konfliktlösung nicht aus, vermeidet aber den Fehler, diese als generelle Rechtsfunktion misszuverstehen. Denn das Recht hilft nicht nur dabei, soziale Konflikte zu lösen, es verursacht diese durchaus auch selbst. Als per se »wertfreies« Unterscheidungsinstrument steht es unabhängig von der Motivlage seiner Benutzer zur Verfügung (149) und kann nur deshalb, weil es seine Funktion in dieser Weise selbststeuernd erfüllt, zur gesellschaftlichen Konfliktlösung beitragen.

Wenn man sich fragt, mit welchen Mitteln das Recht diese Leistungen zu erbringen vermag, stößt man anstelle des althergebrachten Konzepts des Rechtsbefehls (»command«, 165) auf die schon erwähnte Tatsache der binären Codierung. Deren Zweiwertigkeit ist die »Minimalbedingung für das Offenhalten des operativ geschlossenen Systems« (180), also dafür, dass Rechtsentscheidungen überhaupt möglich (und: zwingend erforderlich!) sind und dass sie zugleich handhabbar bleiben. Mehrwertige Codierungen »würden Entscheidungslagen [...] so verkomplizieren, daß das System [...] empirisch nicht mehr sicher genug operieren könnte« (ebd.). Der Code allein reicht zur operativen Bestimmtheit allerdings nicht aus, denn er ist zeitlich invariant und, wie wir gesehen haben, sachlich tautologieverdächtig. Er liefert, mit andern Worten, noch keine hinreichende Entscheidungsgrundlage für Entscheidungen in der Vielfalt von Einzelfällen. Dazu verhilft erst das Zusammenspiel von Code und Programmen, welche die Zuweisung von Codewerten in der Mannigfaltigkeit der rechtlich zu beobachtenden Ereignisse ermöglichen. »Die Invarianz und Unabdingbarkeit wird durch den Code vertreten, die Änderbarkeit und in diesem Sinne: die Positivität durch die Programme des Systems.« (194) Rechtsprogramme, so Luhmann, »sind immer Konditionalprogramme« (195). Das ist sicherlich die am meisten umstrittene These der Luhmannschen Rechtssoziologie, mit welcher

er sich weit von der rechtstheoretischen ebenso wie der politikwissenschaftlichen Diskussion absetzt, die sich mit Zweckprogrammen und mit folgenorientiertem Entscheiden befassen.

Angesichts der operativen Schließung stellt sich die Frage, wie das Funktionssystem Recht sich selbst als von seiner Umwelt unterschieden beobachten und beschreiben kann. Die Einheit dieser Unterscheidung, so Luhmann, bezeichnet die Identität des Systems. Auf die Frage, wie das Recht diese »eigene Einheit in einem normativen Programm zum Ausdruck bringen (kann), das zugleich im System anwendbar ist [...]« (218), antwortet die Systemtheorie: mit der »Kontingenzformel« der Gerechtigkeit (ebd.). Mit diesem Topos fängt das Rechtssystem ebenfalls die in der Letzteinheit des Unterscheidens von Recht und Unrecht mitschwingende Blockade auf. Gerechtigkeit markiert hier die »adäquate Komplexität« (225) des Systems.

Operative Geschlossenheit schließt evolutionäre Veränderungen nicht aus. Die Entwicklung von Schriftkommunikation ruft die Differenz von Text und Interpretation hervor und ermöglicht so erhöhte Variabilität der Elemente und Selektionsstrukturen. Schriftliches Recht ist stets zu interpretierendes Recht, das wegen dieser Unbestimmtheit die Entstehung spezialisierter Berufsrollen und Verfahren ebenso begünstigt wie die Ausdifferenzierung einer elaborierten Rechtsdogmatik. Außerdem haben sich Gerichte als Organisationen des Rechts ausdifferenziert, die am Vollzug von dessen Autopoiese beteiligt sind. In der Anwendung von Recht bei der Produktion von Entscheidungen schaffen sie selbst Recht. Das an die Gerichte adressierte verfassungsrechtliche Verbot der Justizverweigerung resultiert aus der universellen Zuständigkeit des Rechts für seine Funktion und aus seiner Selbstbeschreibung als »entscheidungsfähig« (313). Ein Entscheidungszwang ist allerdings nur für das Zentrum des Systems – die Gerichte – unausweichlich, während es in der Peripherie durchaus »rechtsfreie Räume« im Sinne disponibler Verfügung über Recht geben kann, welche die Entwicklung evolutionär folgenreicher privater Rechtsgestaltung, insbesondere durch Vertrag, ermöglichen (320 ff.).

Textinterpretation ruft Argumentationen auf den Plan. Juristische Argumentation stellt eine systemeigene Beobachtung zweiter Ordnung dar, mit der die Frage beantwortet wird, wie Texte in Kommunikationen zu handhaben sind. Sie stellt, so gesehen, einen Aspekt der Programmierungstätigkeit des Systems dar. Dabei liegt nach Luhmanns Auffassung die Leistung der Argumentation nicht in der Angemessenheit von Gründen (so beispielsweise Günther 1988). Vielmehr reagiert sie auf beobachtete oder angenommene Meinungsverschiedenheiten bezüglich der Zuordnung der Codewerte Recht und Unrecht. Damit erzeugt sie Redundanz und Konsistenz im System (*adequate complexity*) und bringt diese in eine Beziehung zur systeminternen Varietät (*requisite variety*),

um dadurch Umweltanpassungen zu ermöglichen. Diese Funktion kann mit der argumentationstheoretischen Berufung auf gute Gründe nicht erfasst werden, da Gründe immer »etwas verschweigen müssen, und zwar ihre Redundanz« (370). Gründe sind deshalb sogar »Symbole für Redundanz« (373). An dieser Stelle grenzt Luhmann sich erneut von Konzepten der Folgenorientierung im Recht ab. Rechtsinterne Folgen sind selbstverständlicher Bestandteil jeder Entscheidungsbegründung (Selbstreferenz der Folgen). Die Berücksichtigung rechtsexterner Folgen (Fremdreferenz) hingegen führt, so Luhmann, zu einem »Einschwenken des Rechts auf Funktionen der Gesellschaftspolitik« und wird deshalb rechtsintern als »Verfall« beklagt (382). Aus soziologischer Perspektive erhöhen sich durch Folgenorientierung die Varietät und die Umweltabhängigkeit des Systems. Die Argumentation verlagert sich »vom Sicheren ins Unsichere, von der Vergangenheit in die Zukunft, vom Feststellbaren ins nur Wahrscheinliche« (383).

Die Aspekte der Selbst- und Fremdreferenz berühren auch das Verhältnis des Rechts zur Politik und anderen Systemen. Vor allem mit Blick auf die Politik bereitet das Konzept der operativen Schließung des Rechts, wie Luhmann einräumt, gewisse Schwierigkeiten. Gleichwohl, so gibt er zu bedenken, sind die Vorstellungen eines einheitlichen »rechtlich-politischen« Systems niemals so weit getrieben worden, dass man Recht ausschließlich als »politisches Trägheitsmoment« und die rechtlichen Schranken politischen Handelns in »ausschließlich politischen Gesichtspunkten« gesehen habe (417). Daher plädiert er dafür, beide Bereiche jeweils als operativ geschlossene Systeme zu konzipieren. Wie wir oben gesehen haben, bezieht dies die Möglichkeit kausaler Beziehungen zwischen diesen Systemen ausdrücklich ein. Solche Beziehungen können im Begriff der strukturellen Kopplung beschrieben werden. Damit ist das wechselseitige Zur-Verfügung-Stellen strukturierter Komplexität gemeint. Für das Recht sind besonders die Wirtschaft – mit den Formen Eigentum und Vertrag – und die Politik – mit den Kopplungsmechanismen Rechtsstaat und Verfassung – sowie psychische Systeme – mit der Form der subjektiven Rechte – als Umweltkomponenten von Bedeutung.

Die hier in knappen Zügen umrissene soziologische Beobachtung des Rechts stößt schließlich auf die Tatsache, dass das Rechtssystem ein sich selbst beschreibendes System ist. Soziologische und juristische Beschreibung stehen in einem schwierigen Verhältnis zueinander. Die juristische Selbstbeschreibung lief bei der Suche nach normativen Letztbegründungen seit Beginn der Neuzeit auf die Figur des Naturrechts hinaus. Nach dessen Verabschiedung hat sie heute die Gestalt einer differenzierten Quellenlehre, die so lange funktionieren mag, wie man »nicht fragt, was vor der Quelle liegt« (524). Die Rechtstheorie, so Luhmann, kann »die Einheit des Systems im System nur von der Umwelt her sehen« (534), wofür aber weder die Formel der Vernunft noch diejenige der Positivität

geeignet sind. Subjektive Rechte können das ebenfalls nicht leisten. Die Rechtstheorie muss deshalb mit »unvermeidbarer Diversität der Beobachtungsperspektiven« innerhalb des Systems rechnen (538 ff.). »Selbstbeschreibung selbst ist ein paradoxes Unterfangen« (545) und die Leistung der Reflexionstheorie besteht darin, in den Operationen des Systems differenzierte Antworten auf das Problem der Unausweichlichkeit und der gleichzeitigen Unmöglichkeit paradoxer Begründungen zu identifizieren.

Eine interdisziplinäre Herausforderung bildet der Umstand, dass die soziologische Beobachtung den Rechtscode ignoriert und an ihm vorbei operiert, weil sie Wissenschaft und nicht Recht ist. Sie bezieht sich, so Luhmann, auf sozialtypische Fallkonstellationen, während Rechtskundige am Einzelfall interessiert sind. Vielfach bleiben rechtssoziologische Konzepte unzulänglich, weil sie den Umstand ignorieren, dass das Rechtssystem als autopoietisch geschlossenes, sich selbst beschreibendes System operiert. Das Rechtssystem kann aus derartigen soziologischen Analysen keinen Nutzen ziehen. Die Kluft zwischen interner und externer Beschreibung erscheint freilich größer als sie tatsächlich sein müsste. »Jedenfalls könnte eine komplexere soziologische Theorie, die die Differenz als Folge von Systemdifferenzierung reflektiert, Verständnis dafür erzeugen, warum dies so ist, und dabei zugleich von seiten der externen (soziologischen) Beschreibung Vermittlungskonzepte anbieten« (542).

Mit Blick auf die Gesellschaft und ihr Recht, so resümiert Luhmann mit einem Verweis auf Eugen Ehrlich (siehe den Beitrag von Fuchs zu Ehrlich in diesem Band), hat man heute wieder von einer Differenz zwischen dem im Rechtssystem praktizierten und dem »lebenden Recht« auszugehen. Auf Letzteres trifft man in den vielfältigen (sub-) kulturellen Milieus gegenwärtiger Gesellschaft. Obgleich auf die Stabilisierung von Erwartungen ausgerichtet, kann das Recht angesichts der Vielfalt »lebender« Rechtsformen seine eigenen Realitätsunterstellungen an beobachtete Veränderungen seiner Umwelt anpassen. Es bleibt bei aller Flexibilität aber darauf ausgerichtet, die offene Zukunft der Gesellschaft durch Generalisierung normativen Erwartens zu binden. Ob und in welchem Umfang sich diese gesellschaftlich wichtige Funktion des Rechts dauerhaft wird bedienen lassen, ist angesichts der gestiegenen Erwartungen an Individualität und Selbstbestimmung, der weltgesellschaftlichen Verflechtung aller Funktionssysteme und der zunehmenden Bedeutung der Unterscheidung von Inklusion und Exklusion schwer abzuschätzen. Die »Geschichtsabhängigkeit aller autopoietischen Systeme« (585) schließt Erwartungssicherheit in dieser Hinsicht jedenfalls aus. Am Ende steht deshalb angesichts einer vermuteten Bedeutungszunahme der Inklusions-Exklusion-Differenz die irritierende Möglichkeit, dass das Recht in seiner heutigen Form »nichts weiter ist als eine europäische Anomalie, die sich in der Evolution einer Weltgesellschaft abschwächen wird« (586).

3. Rezeption und Wirkung des Werkes

Die Reaktionen auf »*Das Recht der Gesellschaft*« lassen sich kaum von der wissenschaftlichen Debatte um Niklas Luhmanns Gesamtwerk und seine Rechtssoziologie trennen. Unmittelbar nach dem Erscheinen des Bandes setzte international eine Welle von Rezensionen ein, die nach dem Erscheinen der englischen Übersetzung 2004 nochmals anwuchs (z.B. King 1993; Horster 1994; Michailakis 1995; Kaube 1995; Clam 1996; Rabault 1998; Přibán 2005; Bell 2006; Christodoulidis 2006).

Zahlreiche Monographien, Sammelbände und Aufsätze befassen sich mit der Anwendung oder Weiterentwicklung der Luhmannschen Rechtssoziologie (z.B. King 1993; 2006; 2009; King/Schütz 1994; Teubner 1997; Bora 1999, 2023b; Perez/Teubner 2005; Neves 2001; Kjaer et al. 2001; Moeller 2006; Philippopoulos-Mihalopoulos 2010; Nobles/Schiff 2013; Bagai 2015; Philippopoulos-Mihalopoulos/Webb 2015; Thornhill 2016; 2018.)

Die Vielfalt der Themen zeigt sich in jüngerer Zeit insbesondere in zahlreichen Arbeiten zur Verfassungssoziologie (Sand 2008; Kjaer 2014; 2018; Thornhill 2011; Teubner 2012; Přibán 2015), zum Familienrecht (Sargent 2015; Newnham 2015), zur zivilgesellschaftlichen Partizipation (Bora/Hausendorf 2010), zur Lerntheorie des Rechts (Mölders 2011), zum Investigativ-Journalismus (Mölders 2015) oder zum Internationalen Strafrecht (de Vries 2022).

Luhmanns Rechtstheorie wird heute also weltweit breit rezipiert. Bemerkenswert ist das Interesse nicht nur im englischen Sprachraum, sondern auch in asiatischen und vor allem in vielen romanischen Ländern. In Italien treten über die Luhmann-Rezeption theoretische Interessen in den Vordergrund, beispielsweise im Zusammenhang mit Fragen der Verfassungssoziologie (Febbrajo/Teubner 1992; Febbrajo/Corsi 2016). In Frankreich hat Pierre Guibentif (2010) eine rechtswissenschaftlich wie soziologisch gleichermaßen produktive rechtssoziologischen Theorie unter anderem im Anschluss an Luhmann verfasst. In Lateinamerika existiert eine systemtheoretisch breit informierte Rechtssoziologie, etwa in Mexiko (Torres Nafarrate 2004), Chile (Mascareño 2014), Argentinien (Birle et al. 2012) und Brasilien (Neves 1992; 2007; 2021). In der brasilianischen Rechtssoziologie sind systemtheoretische Arbeiten beispielsweise zu verfassungssoziologischen Fragen (Holmes 2013; Carvalho 2016) oder zur Nichtbefolgung des Rechts (Moita 2023) entstanden.

Die thematische Fruchtbarkeit von Luhmanns Rechtsdenken ist heute an vielen Stellen erkennbar. So mündete die oben erwähnte Debatte über Folgenorientierung im Recht (Teubner 1975; 1995); (Cotterrell 1998; Nelken 1998) in das systemtheoretische Konzept einer responsiven Rechtsdogmatik (Vielzeuner 2012; Grünberger 2019), das heute innerhalb der Jurisprudenz weiter verwendet und entwickelt wird.

Außerdem hat sich ebenfalls aus der Folgenorientierungs-Diskussion heraus über die Frage nach einer Gesellschaftsgestaltung durch Recht eine bis in die Soziologie hinein ausstrahlende Diskussion über Möglichkeiten und Voraussetzungen einer mit der Systemtheorie kompatiblen Steuerungs- und Regulierungstheorie herausgeschält. Sie entzündete sich unter anderem am Konzept des reflexiven Rechts (Teubner/Willke 1984) und wird heute unter dem Begriff der Irritationsgestaltung weiter geführt (Mölders 2013; 2015; 2019). Schließlich ist neuerdings die kritische Systemtheorie des Rechts zu nennen (Amstutz/Fischer-Lescano 2013; Möller/Siri 2016; Scherr 2020; Teubner 2020). Aus solchen Weiterentwicklungen können sich neue Ansatzpunkte für eine soziologische Analyse von Krisensymptomen moderner Gesellschaft ergeben. Luhmanns systemtheoretische Rechtssoziologie im Allgemeinen und *Das Recht der Gesellschaft* im Besonderen bieten insofern einen reichhaltigen Fundus für die soziologische Theorie des Rechts.

Literatur

- Amstutz, Marc/Fischer-Lescano, Andreas (Hg.) (2013): *Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie*, Bielefeld: Transcript.
- Baghai, Katayoun (2015): *Social systems theory and judicial review: taking jurisprudence seriously*, Farnham: Ashgate.
- Becker, Franz/Luhmann, Niklas (1963): *Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz: Möglichkeiten gesetzlicher Regelung der Rücknehmbarkeit von Verwaltungsakten*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Bell, John (2006): »Review: Law as a Social System by Niklas Luhmann. Translated by Klaus A. Ziegert. Edited by Fatima Kastner, Richard Nobles, David Schiff and Rosamund Ziegert«, in: *The Cambridge Law Journal* 65 (3), 721–723.
- Birle, Peter/Dewey, Matias/Mascareño, Aldo (Hg.) (2012): *Durch Luhmanns Brille. Herausforderungen an Politik und Recht in Lateinamerika und in der Weltgesellschaft*, Wiesbaden: Springer VS.
- Bora, Alfons/Hausendorf, Heiko (Hg.) (2010): *Democratic transgressions of law. Governing technology through public participation*, Leiden/Boston: Brill.
- Bora, Alfons (1999): *Differenzierung und Inklusion: Partizipative Öffentlichkeit im Rechtssystem moderner Gesellschaften*, Baden-Baden: Nomos.
- Bora Alfons (2012): »Das Recht der Gesellschaft«, in: Jahraus, Oliver/Nashehi, Armin/Grizelj, Mario/Saak, Irmhild/Kirchmeier, Christian/Müller, Julian (Hg.), *Luhmann-Handbuch, Leben – Werk – Wirkung*, Stuttgart/Weimar: J.B. Metzler, 230–236.
- Bora, Alfons (2023a): *Reflexion des Rechts. Beiträge zur responsiven Rechtssoziologie*, Soziologische Theorie des Rechts, Bd. 2, Wiesbaden: Springer VS.

- Bora, Alfons (2023b): *Responsive Rechtssoziologie. Theoriegeschichte in systematischer Absicht*, Soziologische Theorie, Bd. 1, Wiesbaden: Springer VS
- Carvalho, Henrique (2016): *Verfassungen in der globalisierten Weltgesellschaft ein systemtheoretischer Beitrag zur Verfassungssoziologie*, Baden-Baden: Nomos.
- Christodoulidis, Emiliós (2006): »Review: Law as a Social System by Niklas Luhmann and Klaus Ziegert«, in: *The Modern Law Review* 69 (1), 123–129.
- Clam, Jean (1996): Une nouvelle sociologie du droit? Autour de *Das Recht der Gesellschaft* de Niklas Luhmann, in: *Droit et Société* 33, 405–423.
- Cotterrell, Roger (1998): »Why Must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically?«, in: *Journal of Law and Society* 25 (2), 171–192.
- de Vries, Henning (2022): *Die internationale Strafverfolgung durch den Internationalen Strafgerichtshof. Zur Rekonstruktion ihrer Struktur in der Weltgesellschaft*, Weilerswist: Velbrück
- Febbrajo, Alberto/Corsi, Giancarlo (Hg.) (2016): *Sociology of Constitutions. A paradoxical perspective*, London/New York: Routledge.
- Febbrajo, Alberto/Teubner, Gunther (Hg.) (1992): *State, Law and Economy as Autopoietic Systems. Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Milano: Giuffrè.
- Grünberger, Michael (2019): »Responsive Rechtsdogmatik: Eine Skizze. Erwiderung auf Karl Riesenhuber«, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 219 (6), 924–942.
- Guibentif, Pierre/Luhmann, Niklas (2000): »Niklas Luhmann und die Rechtssoziologie. Gespräch mit Niklas Luhmann, Bielefeld, den 7. Januar 1991«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 21 (1), 217–245.
- Guibentif, Pierre (2010): *Foucault, Luhmann, Habermas, Bourdieu, une génération repense le droit*, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Lextenso éditions.
- Günther, Klaus (1988): *Der Sinn für Angemessenheit. Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen (1992): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Holmes, Pablo (2013): *Verfassungsevolution in der Weltgesellschaft: Differenzierungsprobleme des Rechts und der Politik im Zeitalter der Global Governance*, Baden-Baden: Nomos.
- Horster, Detlef (1994): »Das Recht in modernen Gesellschaften«, in: *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 80 (1), 117–123.
- Kaube, Jürgen (1995): »Rezension: Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft«, in: *Politische Vierteljahresschrift* 36 (4), 772–774.
- King, Michael/Schütz, Anton (1994): »The Ambitious Modesty of Niklas Luhmann«, in: *Journal of Law and Society* 21 (3), 261–287.
- King, Michael/Thornhill, Chris (2003): *Niklas Luhmann's theory of politics and law*, Basingstoke: Palgrave Macmillan.

- King, Michael (1993): »The ›Truth‹ About Autopoiesis«, in: *Journal of Law and Society* 20 (2), 218–236.
- King, Michael (2009): *Systems, not People, Make Society Happen*, Ewing: Holmcombe.
- Kjaer, Poul F. (2014): *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*, London: Routledge.
- Kjaer, Poul F. (2018): »Constitutionalizing Connectivity: The Constitutional Grid of World Society«, in: *Journal of Law and Society* 45 (1), 114–134.
- Kjær, Poul F./Teubner, Gunther/Febbrajo, Alberto (Hg.) (2011): *Financial Crisis in Constitutional Perspective: The Dark Side of Functional Differentiation*, Oxford: Hart.
- Luhmann, Niklas (1965): *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Luhmann, Niklas (1969): *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied a. Rh.: Luchterhand.
- Luhmann, Niklas (1972): *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.
- Luhmann, Niklas (1974): *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: Kohlhammer.
- Luhmann, Niklas (1981): *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (1984): *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (1988): *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (1990): *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (1993): *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (1997): *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (2000): *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (2013): *Kontingenz und Recht. Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Mascareño, Aldo (2014): *Die Moderne Lateinamerikas. Weltgesellschaft, Region und funktionale Differenzierung*, Bielefeld: Transcript.
- Michailakis, Dimitris (1995): »Review: Law as an Autopoietic System«, in: *Acta Sociologica* 38 (4), 323–337.
- Moeller, Hans-Georg (2006): *Luhmann Explained: From Souls to Systems*, Chicago: Open Court.
- Möller, Kolja/Siri, Jasmin (Hg.) (2016): *Systemtheorie und Gesellschaftskritik Perspektiven der kritischen Systemtheorie*, Bielefeld: Transcript.
- Mölders, Marc (2011): *Die Äquilibration der kommunikativen Strukturen. Theoretische und empirische Studien zu einem soziologischen Lernbegriff*, Weilerswist: Velbrück.

- Mölders, Marc (2013): »Kluge Kombinationen. Zur Wiederaufnahme systemtheoretischer Steuerungskonzepte im Governance-Zeitalter«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 33 (1), 5–30.
- Mölders, Marc (2015): »Das Janusgesicht der Aufklärung und der Lenkung. Irritationsgestaltung: Der Fall ProPublica«, in: *M&K Medien & Kommunikationswissenschaft* 63 (1), 3–17.
- Mölders, Marc (2019): *Die Korrektur der Gesellschaft: Irritationsgestaltung am Beispiel des Investigativ-Journalismus*, Bielefeld: Transcript.
- Moita, Edvaldo (2023): *The Nature and Impacts of Noncompliance*, Bloomsbury: Hart.
- Nelken, David (1998): »Blinding Insights? The Limits of a Reflexive Sociology of Law«, in: *Journal of Law and Society* 25 (3), 407–426.
- Neves, Marcelo (1992): *Verfassung und Positivität des Rechts in der peripheren Moderne eine theoretische Betrachtung und Interpretation des Falls Brasilien*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Neves, Marcelo (2001): »From the Autopoiesis to the Allopoiesis of Law«, in: *Journal of Law and Society* 28 (2), 242–264.
- Neves, Marcelo (2007): »Grenzen der Autonomie des Rechts in einer asymmetrischen Weltgesellschaft. Von Luhmann zu Kelsen«, in: *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 93 (3), 363–395.
- Neves, Marcelo (2021): *Constitutionalism and the paradox of principles and rules: between the Hydra and Hercules*, Oxford: Oxford University Press.
- Newnham, Annika (2015): »Shared parenting, law and policy: considering power within the framework of autopoietic theory«, in: *International Journal of Law in Context* 11 (4), 426–443.
- Nobles, Richard/Schiff, David (2013): *Observing Law through Systems Theory*, Oxford: Hart.
- Paul, Regine/Mölders, Marc/Bora, Alfons/Huber, Michael/Münste, Peter (Hg.) (2017): *Society, Regulation and Governance. New Modes of Shaping Social Change?*, Cheltenham: Edward Elgar.
- Perez, Oren/Teubner, Gunther (Hg.) (2006): *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, Portland: Hart.
- Peters, Bernhard (1993): *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas (2010): *Niklas Luhmann: law, society, justice*, London u.a.: Routledge.
- Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas/Webb, Thomas E. (2015): »Introduction: critical-socio-legal engagements with systems-theory«, in: *International Journal of Law in Context* 11 (4), 381–382.
- Pribán, Jirí (2005): »Review: Law as a Social System by Niklas Luhmann, trans. by K. A. Ziegert«, in: *Journal of Law and Society* 32 (2), 325–332.
- Pribán, Jirí (2015): »Power in sovereignty and its self-legitimation: on the autopoietic semantics and contingency of popular sovereignty«, in: *International Journal of Law in Context* 11 (4), 481–495.
- Rabault, Hugues (1998): »Luhmann, Niklas. Das Recht der Gesellschaft«, in: *Droit et Société* 38, 150–156.

- Sand, Inger-Johanne (2008): »The Interaction of Society, Politics and Law: The Legal and Communicative Theories of Habermas, Luhmann and Teubner«, in: Wahlgren, Peter (Hg.), *Law and society*, Scandinavian Studies in Law 53, Stockholm: Stockholm Institute for Scandinavian Law, 45–76.
- Sargent, Sarah (2015): »Transracial adoption in England: a critical race and systems theory analysis«, in: *International Journal of Law in Context* 11 (4), 412–425.
- Scherr, Albert (Hg.) (2020): *Systemtheorie und Differenzierungstheorie als Kritik: Perspektiven im Anschluss an Niklas Luhmann*, 2. überarbeitete und erweiterte Aufl., Weinheim/Basel: Beltz-Juventa.
- Teubner, Gunther/Willke, Helmut (1984): »Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 5 (1), 4–35.
- Teubner, Gunther (1975): »Folgenkontrolle und responsive Dogmatik«, in: *Rechtstheorie* 6, 179–204.
- Teubner, Gunther (Hg.) (1995): *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Folgenorientiertes Argumentieren in rechtsvergleichender Sicht*, Baden-Baden: Nomos.
- Teubner, Gunther (Hg.) (1997): *Global Law Without a State*, Aldershot: Dartmouth.
- Teubner, Gunther (2012): *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus der Globalisierung*, Berlin: Suhrkamp.
- Teubner, Gunther (2020): »Die Verfassung gesellschaftlicher Mehrwerte«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 40 (1–2), 117–150.
- Thornhill, Chris (Hg.) (2016): *Luhmann and Law*, Abingdon: Routledge.
- Thornhill, Chris (2018): *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Thornhill, Christopher (2021): *Democratic crisis and global constitutional law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Torres Nafarrate, Javier (2004): *Luhmann la política como sistema*, Política y derecho, Mexico City: Fondo de Cultura Económica.
- Vielhechner, Lars (2012): »Responsiver Rechtspluralismus: Zur Entwicklung eines transnationalen Kollisionsrechts«, in: *Der Staat* 51 (4), 559–580.

TEIL IV:
GEGENWÄRTIGE RECHTSOZIOLOGIE
UND PERSPEKTIVEN

Catharine A. MacKinnon: Nur Worte

1. Leben und wissenschaftliches Werk

Wer sich mit der Geschichte der Legal Gender Studies auseinandersetzt, wird früher oder später auf den Namen der Amerikanerin Catharine Alice MacKinnon stoßen. Als eine der wohl bekanntesten noch aktiven juristischen Feministinnen und Theoretikerinnen (vgl. Oberkofler 2001: 928; Haus 2023: 409) hat sie auch die deutschsprachige Rechtssoziologie geprägt. Spezialisiert auf Fragen der Geschlechtergleichstellung und Geschlechtergerechtigkeit im innerstaatlichen (amerikanischen) und internationalen Recht arbeitet sie als Professorin für Rechtswissenschaften an der University of Michigan und als Gastprofessorin für Rechtswissenschaften an der Harvard Law School (vgl. University of Michigan 2023; Harvard Law School 2023).

Im Jahr 1946 geboren, wuchs sie zusammen mit zwei kleineren Brüdern auf einer Farm in Minneapolis, Minnesota, auf. Ihre Mutter war Hausfrau, ihr Vater George E. MacKinnon ein bekannter Kongressabgeordneter und Richter am US-Berufungsgericht (vgl. New York Times vom 03.05.1995, Section D, P. 21).

Schon von Kindesbeinen an beschäftigt sich MacKinnon mit der Bedeutung des Rechts, insbesondere des Verfassungsrechts, im Hinblick auf die Unterdrückung der Frau. Die grundlegende Relevanz geschlechtlicher Chancengleichheit spiegelt sich bereits in ihrer schulischen Sozialisation wider. So besuchte sie nach ihrem High-School-Abschluss, wie schon ihre Mutter und Großmutter zuvor, das Smith College, ein College für Frauen, dessen Gründung 1871 auf dem Anspruch beruhte, Frauen eine Ausbildung zu ermöglichen, die jener der Männer gleichgestellt war (Smith College 2023). Ihre Zeit am College beendete sie 1969 mit einem Bachelor of Arts, gefolgt von einem J.D. (juristischer Abschluss in den USA) an der Yale Law School (1977) und einem Ph.D. an der Yale University (1987) (vgl. Harvard Law School 2023).

Ihre Arbeiten sind stark beeinflusst durch die nordamerikanische zweite feministische Welle der 70er Jahre und ihre persönlichen Erfahrungen in der Frauenbewegung, welche sie während ihres Studiums in Yale in New Haven erlebte und aktiv mitgestaltete (vgl. MacKinnon 2011: 7:18–08:11). Dabei war es der arbeitsrechtliche Fall von Carmita Wood, der im Jahr 1975 in der studentischen Bewegung in Ithaca, New York, für Aufsehen sorgte und in der Protestbewegung »Working

Women United« mündete, die das Thema der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz zum öffentlichen Diskurs machte. Der Angestellten, die wegen fortgesetzter sexueller Belästigung ihres Arbeitgebers ihre Anstellung in einem Labor der Cornell University gekündigt hatte, wurde ein Anspruch auf Arbeitslosengeld gerichtlich versagt, mit der Begründung, dass die Kündigung »aus persönlichen Gründen« erfolgt sei (vgl. MacKinnon 2016: 9:08–10:20).

Berührt durch das Schicksal der jungen Frau formulierte MacKinnon einen Gesetzesentwurf, in dem erstmalig die sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz unter die Kategorie »Diskriminierung aufgrund des Geschlechts« gefasst werden konnte. Dies sollte die Möglichkeit der Klage gegen sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz eröffnen (vgl. MacKinnon 2016: 10:53–11:13).

Wenn auch nicht in gleichem Ausmaß, so lässt sich die damalige soziale Bewegung, für die auch die Arbeit MacKinnons maßgeblich war, als Vorreiterin der heutigen #MeToo Kampagne lesen (so titelte die New York Times am 19.03.2018 »Before #MeToo, There was Catharine A. MacKinnon and her book »Sexual Harassment of Working Women«).

Neben diesem hat MacKinnon eine Vielzahl weiterer juristischer Fälle (insbesondere für Frauenorganisationen) unterstützt. Besondere mediale Aufmerksamkeit erlangte ein Gerichtsverfahren, in dem sie als Repräsentantin muslimischer und kroatischer Frauen auftrat, welche im Bosnienkrieg Opfer von Massenvergewaltigungen im Zuge »ethnischer Säuberungen« von serbischen Soldaten oder Milizen geworden waren (vgl. MacKinnon 2011: 50:00–51:30). Zusammen mit weiteren Anwält:innen gewann sie im Jahr 2000 im Rahmen eines Geschworenenurteils die Klage auf Schadensersatz in Höhe von 745 Millionen US Dollar gegen den damaligen Milizenführer Radovan Karadžić (vgl. ebd.: 52:00–52:12).

Ihr Engagement in Fragen der Gleichstellung zeigt sich auch in ihren außeruniversitären Ämtern. Sie berät und vertritt bis heute weltweit verschiedene Institutionen bei Menschenrechtsfragen, insbesondere solchen zu geschlechtlicher Gleichstellung. Neben ihrer Arbeit für die Vereinten Nationen beriet sie auch die schwedische Regierung bei der Einführung eines Prostitutionsverbots und war von 2008–2012 am internationalen Gerichtshof in Den Haag als erste »Gender-Beraterin« tätig (vgl. University of Michigan 2023).

Privat engagiert sich MacKinnon aktiv gegen Pornographie und Prostitution (vgl. MacKinnon, Dworkin 1987). In den »Feminist Sex Wars«, worunter man die in den 70er Jahren beginnende und bis heute anhaltende Auseinandersetzung zwischen sexpositiven und radikalfeministischen Frauen in den USA fasst, spielt sie seit Anbeginn eine führende Rolle. Dabei gilt sie als Wortführerin der US-amerikanischen Antiporno-Kampagne, aber auch als eine Leitfigur in der deutschen Debatte um Pornographie (Hieber 2007: 131).

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Werkes

Prägend für MacKinnons Forschungsinteresse war seit jeher das vergleichende Verfassungsrecht im Kontext der gelebten Kulturkämpfe in den USA (Chapman 2015; Geisler 2018). Als eine zentrale Figur der feministischen Rechtstheorie und -praxis lässt sich ihr Werk im Bereich der *critical legal studies* verorten. Es beinhaltet den dezidierten Anspruch, gesellschaftspolitische Machtverhältnisse kritisch zu hinterfragen (Baer 2022: 158). Die fortschrittliche, linke Strömung, die seit den 70er Jahren die amerikanische Rechtstheorie und Hochschullandschaft mitbeeinflusste, sieht das Recht untrennbar mit Macht und Herrschaft verbunden. Aufbauend auf den (keineswegs vorrangig auf das Recht bezogenen) Ungleichheitstheoretischen Ansätzen zu Ungleichheit von Karl Marx, Friedrich Engels, aber auch Antonio Gramsci, Michel Foucault oder Jacques Derrida und den Konzepten der Frankfurter Schule, besteht das Hauptanliegen der *critical legal studies* in der Dekonstruktion der rechtlichen Dogmatik (Oberkofler 2001: 925).

Das ernannte Ziel ist die Offenlegung von Ungleichheit fördernden Faktoren. Ausgehend von einem Verständnis, das Gesellschaften als relativ dauerhafte Systeme hierarchischer Machtausübung organisiert sieht, sei es gerade die Funktion des Rechts, solche Strukturen zu stabilisieren (Wihl 2005: 47). Dementsprechend liege eine dem Recht immanente Logik und Struktur auch in den Machtverhältnissen der jeweiligen Gesellschaft begründet (Oberkofler 2001: 927). Recht ist demnach weder neutral noch objektiv. Um aufzuzeigen, was Recht im Gegensatz zur behaupteten Funktion bewirkt, nimmt MacKinnon es als spezifische Form in den Blick. Ihr Fokus liegt dabei auf der Kategorie Geschlecht als Ungleichheitskategorie und zugleich auf den sich daraus sowohl im kodifizierten Recht als auch in der rechtssprachlichen Anwendungspraxis ergebenden Wechselwirkungen (Baer/Elsuni 2021: 296). Ihr sozialkonstruktivistisches Geschlechterkonzept fußt auf einem dualistischen Verständnis, welches das soziale Geschlecht als entscheidende Statuskategorie und Mittel der sozialen Klassenzuweisung anerkennt (MacKinnon 1989: 163). Inspiriert durch die Philosophin Simone de Beauvoir, bestreitet sie nicht grundlegend die Existenz biologischer Geschlechtsunterschiede, führt deren hohe Bedeutung aber ebenfalls auf ihre soziale Überfrachtung zurück. Dass sie neben der gesellschaftlichen Relevanz auch die rechtliche Ebene in ihre Analyse integriert, macht ihre Arbeit in diesem Zusammenhang zur rechtsbezogenen Pionierarbeit. Zugleich widerspricht sie mit ihrem Ansatz all jenen feministischen Vertreter:innen ›anatomischer Theorien der Ungleichheit‹, die die Fortpflanzungsfähigkeit der Frau als Quelle ihrer Machtlosigkeit begreifen (vgl. Jackson

1992: 197). Bei ihr ist es vor allem die sexuelle Ungleichheit der Geschlechter, der eine weitreichende Bedeutung im Recht zukommt. Anders als z.B. Foucault mit seinem macht- und diskurstheoretischen Ansatz oder Marx, der Recht als Ideologie und als Ausdruck der wirtschaftlichen Interessen der herrschenden Klasse verstand, sieht MacKinnon die Fehlleistung des Rechts in den Herrschaftsverhältnissen, und hier insbesondere der sexuellen Ungleichheit, manifestiert (Baer 2022: 155).

Dabei ist bei MacKinnon Sexualität als »primäre Sphäre männlicher Macht« (Freivogel 1983: 22) der Dreh- und Angelpunkt der Geschlechterungleichheit (MacKinnon 1982: 533), sei es bei ihren Arbeiten zur Pornographie, bei jenen zur Prostitution oder auch bei der von ihr formulierten feministischen Staatstheorie, der zufolge Sexualität im Patriarchat die gleiche Rolle zukommt wie der Arbeit im Kapitalismus (MacKinnon 1989a: 86). Als Vertreterin des radikalen Differenzfeminismus (Schubert/Schwartz 2021: 575), dessen Prämisse die Ungleichheit der Geschlechter bildet, kritisierte MacKinnon bereits in ihrem Aufsatz *Reflections on Sex Equality Under Law* (MacKinnon 1991) auf Geschlechterungleichheit beruhende Praktiken im Rechtssystem und forderte die Aufgabe des Gleichheitsprinzips zugunsten sozialer Gleichheit (Althoff 2010: 258).

Damit unterscheidet sich ihre Sicht von der gleichheitsfeministischen Perspektive, die in Anschlussfähigkeit an (liberal-egalitaristische) Gerechtigkeitdiskurse der zeitgenössischen politischen Theorie (wie z.B. John Rawls Theorie der Gerechtigkeit) die Naturalisierung von Geschlechterunterschieden als allein gesellschaftlich bedingt ansieht und sich eine geschlechtergerechte Gesellschaft durch die Beendigung diskriminierender Praktiken verspricht. Im Gegensatz dazu betont der Differenzfeminismus die Besonderheiten der Frau und eine Hierarchisierung der Unterschiede durch die gezielte Abwertung der weiblichen Seite. Damit verbunden ist eine gezielte Infragestellung der männlichen Norm als Ideal und Maßstab der Gleichstellung der Geschlechter. Das erhoffte Ziel ist nicht allein die Überwindung geschlechterspezifischer Unterschiede, sondern deren Befreiung aus der patriarchalen Herrschaft (Haus 2023: 389 f.).

Wie für feministische politische (Rechts-)Theorien üblich, strebt MacKinnon nach der Überwindung des *Androzentrismus*, also einem auf Männlichkeit fixierten Denken. Demnach impliziert das vergeschlechtlichte Recht eine männliche Sichtweise auf die Welt und sieht und behandelt Frauen so wie Männer sie sehen und behandeln (MacKinnon 1989: 161). Diese differenzierungstheoretische Perspektive findet sich in allen Werken MacKinnons, u.a. in ihrem Text *Theory of the state* (1989), in denen sie der Frage nach »rechtlicher Gleichheit« auf den Grund geht, aber auch schon in *Feminism unmodified. Discourses on Life and Law* (1987), in dem sie ebenfalls den »male standard« (MacKinnon 1987: 34) des Rechts kritisiert.

MacKinnons theoretische Konzepte und aktivistische Bemühungen sind durch eine emanzipatorische Perspektive miteinander verbunden. Was sie auf wissenschaftlicher Ebene bemängelt, versucht sie in der (Rechts-)Praxis zu ändern. Als ausgebildete Juristin ergeben sich (rechts-)soziologische Bezüge in ihrer Arbeit vor allem durch den intensiven Austausch und die Zusammenarbeit mit Andrea Dworkin, der US-amerikanischen Soziologin, Radikalfeministin und Wegbegleiterin von MacKinnon im Kampf gegen Pornographie. Zusammen verfassten sie einen Gesetzesentwurf, der Pornographie als Verletzung von Bürgerrechten einklagbar machen sollte (vgl. Dworkin/MacKinnon 1988). Das Ziel der beiden war keine strafrechtliche Verfolgung und Zensur pornographischen Materials durch den Staat, sondern die Schaffung einer Möglichkeit für die von Pornographie betroffenen Frauen, zivilrechtliche Klagen wegen Diskriminierung und auf diese Weise ihre Stimmen gegen die Pornoindustrie zu erheben (Wölte 1995: 413). Die Grundauffassung dieses Entwurfes, der Pornographie als sexualisierte Gewalt fasst, markierte den Anfang des so genannten Nordischen Modells (ehemals »schwedisches Modell«), das Prostitution durch ein Sexkaufverbot und damit einer Kriminalisierung der Kund:innen reguliert (Camozzi 2023: 208; MacKinnon 2007: 91f.).

3. Darstellung des Schlüsseltexts

Das Buch *Nur Worte* (1994) ist ein Musterbeispiel für MacKinnons kritische Betrachtung des amerikanischen Rechtssystems und ihren Kampf gegen geschlechtsbezogene Diskriminierung. Eingebettet in die zur Entstehungszeit des Werkes geführte politische Debatte um ein Pornographieverbot, nutzt die Autorin eine rechtssoziologische Vorgehensweise, um ihre kritische Haltung zum Thema wissenschaftlich zu untermauern. Die für das gesamte Buch zentrale These ist, dass Pornographie einen Fall von Geschlechterungleichheit darstellt, auf deren Grundlage Frauen gesellschaftlich diskriminiert und als Opfer mundtot gemacht werden. Zudem konstruiere Pornographie die soziale Realität im Sinne des Patriarchats und unterdrücke Frauen durch Sexualität (vgl. auch Wölte 1995: 412; Schütze 2022: 26).

Das Buch gliedert sich in drei voneinander unabhängige Kapitel, deren gemeinsamer Bezugspunkt die Debatte um die rechtliche Bewertung und Bedeutung pornographischen Materials darstellt. Bei den Kapiteln handelt es sich um redigierte Abschriften von Vorträgen, die MacKinnon bereits im April 1992 an der Universität von Princeton hielt und im Anschluss ausgiebig mit dem Forum und Fachkolleg:innen, u.a. solchen der feministischen Rechtstheorie, diskutierte (MacKinnon 1994: 7). Trotz dieser Überarbeitungen ging der ursprüngliche Vortragscharakter nicht

gänzlich verloren. Anders als man es von einer Rechtswissenschaftlerin erwarten würde, entspricht die gewählte Sprache keiner rechtlichen oder rechtssoziologischen Ausdrucksweise. Das Buch mutet eher kriminalgeschichtlich, belletristisch bis aktivistisch an, was das Potential bietet, die Leser:innenschaft von Beginn an auf emotionaler Ebene mitzunehmen, einen wissenschaftlichen (insbesondere wertneutralen) Zugang zu dem Werk jedoch erschwert. So fordern bereits die einleitenden Worte MacKinnons die Leser:innenschaft dazu auf, sich in die Rolle der Opfer pornographischen Materials zu versetzen. Das mit der Beschreibung gräulichster Straftaten einhergehende Unbehagen lässt die von MacKinnon konstatierte ›Sprachlosigkeit‹ betroffener Frauen nachempfinden, welche einen zentralen Bezugspunkt im ersten Kapitel »Diffamierung und Diskriminierung« (9) bildet.

Das Kapitel, das für sich genommen ein vehementes Plädoyer für die Abschaffung von Pornographie darstellt, lässt sich nur auf der Grundlage des amerikanischen Rechtssystems verstehen. Die von MacKinnon angeführte Rechtsanalyse nimmt dabei Bezug auf den Schutz von Pornographie als ›freie Meinungsäußerung‹ nach dem First Amendment. Der erste Zusatzartikel der US-amerikanischen Verfassung verbietet dem Gesetzgeber ein Gesetz zu erlassen, das die Freiheit der Rede oder Presse verletzt (Fn. 15, A.d.Ü.) Die Autorin argumentiert, dass die Einstufung pornographischen Materials als Bildsprache unter diesen Artikel rechtlich und moralisch falsch und mit einer Vielzahl praktischer Konsequenzen in der Rechtspraxis und im alltäglichen Leben verbunden sei. So führe die Wertung dazu, dass Pornographie innerhalb des Rechts lediglich als Diffamierung und nicht als (rechtlich zu unterbindende) Diskriminierung behandelt werden könne (9 ff.).

Zentral für ihr Verständnis von Pornographie ist dabei die Annahme des diskriminierenden Ausmaßes des Materials. Ihre Argumentation fußt auf der Wirkmacht illokutionärer Äußerungen, wie sie bereits in der der Sprechakttheorie von J.L. Austin in *How To Do Things With Words* (1962) angeführt wird (Fn. 41). Dieser sprechhandlungstheoretische Ansatz beschreibt, dass nicht alle Worte als *nur Worte* begriffen werden können, sondern dass auch solche Worte existieren, mit deren Äußerung ein unmittelbarer, sozialer Effekt einhergeht. Der komplexe Charakter performativer Rede beinhaltet also, dass »Sprache Handlung sein kann« (45), mit entsprechenden Folgen auf die Rechtswirklichkeit.

MacKinnon sieht diese Konsequenzen in der Institutionalisierung männlicher Dominanz und Diskriminierung von Frauen (36). Durch Pornographie werde die Welt zu einem pornografischen Ort (20), wobei die Grenzen zwischen fiktivem Charakter und realer Welt verschwimmen würden. Zudem verändere sich die durch die gewalttätige Praxis der Pornographie gesättigte Gesellschaft in dem, was Sexualität und Erregung ausmache (26). Die pornographischen Wirkmechanismen seien

wesentlich für die weibliche Unterwerfung und verhinderten die Gleichheit zwischen den Geschlechtern. Der rechtliche Schutz führe dazu, dass die Stimmen missbrauchter Frauen entweder nicht gehört oder überhört würden. Pornographie, die für MacKinnon immer gewaltsam ist (23), unterdrücke Frauen durch Sexualität in ihrer eigenen weiblichen Wahrnehmung (29) und erschwere ein Vertrauen ins Rechtssystem (11). Zudem beeinflusse die pornographische Realität auch die Sozialisation der Frauen und konstruiere ihre Wirklichkeit, denn das Aushalten von Pornographie werde gleichermaßen erlernt wie Mechanismen der Freundlichkeit, Unterwürfigkeit und weitere Weiblichkeit formierende Attribute (12).

Wesentlich für diese Entwicklung ist nach MacKinnon das Rechtssystem, dessen Fokus darauf liege, was Pornographie sagt, und nicht darauf, was sie tut (15). Pornographie im Sinne einer Theorie geschützter Rede nur als Worte und nicht als Handlung zu begreifen, steht nach MacKinnon auch im Widerspruch zur gängigen Rechtsprechung. So zweifle niemand an dem Effekt von Worten, wenn man z.B. einem Kampfhund den Befehl »töte« erteile oder ein Schild die Aufschrift »nur Weiße« trage (16 f.) und an der entsprechenden rechtlichen Wertung und Sanktionierung solcher Aussagen als kausale (Tat-)Handlung. Als Untermauerung ihres sprechhandlungstheoretischen Machtkonzepts antizipiert sie im Folgenden potentielle Gegenargumente auf unterschiedlichen Deutungsebenen. Anhand eines Vergleichs mit den härteren rechtlichen Regelungen zu Obszönität und Kinderpornographie sowie dem Verweis auf gesellschaftliche Fehlinterpretationen von Pornographie als »Fantasie« oder »Repräsentation« (27 f.) veranschaulicht sie den konstatierten Wertungswiderspruch innerhalb der amerikanischen Rechtsprechung.

Die performative Macht der Worte zeige sich auch anhand der Bedeutung des Rechts, denn hier sei es offensichtlich, dass Gesetze nicht nur Worte darstellen: »Es macht nicht mehr Sinn, Pornographie als schlichte Abstraktion und Repräsentation zu behandeln, als es Sinn macht, Recht als Simulation oder Fantasie zu betrachten.« (38).

In dem zweiten Kapitel stützt MacKinnon ihr zuvor angebrachtes Argument, indem sie erneut auf die mangelnde Stringenz der Rechtsprechung verweist. Dafür weitet sie ihre Analyse der Sprechakte auf die Bereiche »Rassistische und sexuelle Belästigungen« (51 ff.) aus.

Die Vorgehensweise verdeutlicht MacKinnons juristisches Geschick, denn das Herausarbeiten der Gemeinsamkeiten zwischen Pornographie und den angeführten Belästigungsformen dient als Mittel der rechtlichen Analogie dazu, ihr Argument für ein Pornographieverbot zu stärken (vgl. Dinielli 1994: 1947). So erkennt sie einen rechtssystematischen Widerspruch, da in anderen Kontexten Worte grundsätzlich als geeignet gelten würden, um im Sinne einer Handlung als Diskriminierungsformen eingestuft zu werden. Anhand von Fällen aus dem Arbeitsrecht

veranschaulicht MacKinnon, wie sexuelle Belästigung hier auch unabhängig von der Ausdrucksform rechtlich verstanden werde, und zwar als das, was sie tue: »auf der Grundlage des Geschlechts diskriminieren« (51). Gleiches gelte für Formen von rassistischer Belästigung, bei denen ebenfalls nicht auf den Schutz des Ersten Amendments zurückgegriffen werde (52).

Anhand einer dichten Beschreibung diverser Rechtsfälle und den entsprechenden Urteilssprüchen zur geschlechtlichen Diskriminierung veranschaulicht MacKinnon, dass im Kontext dieser Belästigungsarten keine rein individualisierte Zuschreibung erfolge, sondern eine gesellschaftliche Ungleichbehandlung gesehen und ein Schaden rechtlich anerkannt werde (53). Einem intersektionalen Ansatz entsprechend verweist sie darauf, wie Belästigung aufgrund von Rasse und Geschlecht miteinander verbunden sein können (60).

Wie kontextabhängig und diskursiv das Rechtsdenken ausgeprägt ist, veranschaulicht sie anhand zweier Bereiche: der Veränderungen durch Pornographie im Erwerbsleben (57 ff.) und rassistischen Beleidigungen im universitären Kontext. Dabei zeichnet sie nicht nur die Schwierigkeiten und Unwegsamkeiten der Rechtsprechung nach, sondern verweist auch auf die Wechselwirkungen zwischen Sprache und gesellschaftlicher Wirklichkeit (63). Durch eine differenzierte Perspektive erörtert sie zudem die Frage nach dem Bezugsobjekt rassistischer Diskriminierung, welche auf eine individuelle Person oder die Gruppe referieren kann, und erkennt dabei einen inkonsequenten Umgang des Justizsystems bei der Bestrafung von Rassendiskriminierung (56).

Das dritte Kapitel »Gleichheit und Rede« verdeutlicht die rechtlichen Widersprüche, die MacKinnon zwischen der Redefreiheit des Ersten Amendments und dem Gleichheitsanspruch, geschützt durch das Vierzehnte Amendment, sieht. Insbesondere im Hinblick auf die Einstufung von Pornographie zeigen sich der Kollisionskurs und die Priorisierung des Ersten Grundsatzes. Die Regelungen zur geschützten Rede schaffen Ungleichheit und verbergen, dass nicht alle Menschen über die gleichen Rederechte verfügen (78). MacKinnon kritisiert auch hier die Rechtsprechung, die keine wirkliche Interessensabwägung vornehme, sondern einseitig Freiheitsrechte von Männern über die Gleichheitsrechte der Frauen stelle (77 ff.). Sie fordert dazu auf, die Freiheiten des Ersten Amendments einer Gleichheitsprüfung zu unterziehen (im Sinne einer Güterabwägung), da ansonsten die Gründe für Ungleichheit übersehen würden (79). Ihr Appell umfasst einen Gleichheitsbegriff substantieller (statt formeller) Natur, der darauf gerichtet ist, »ungleiche gesellschaftliche Beziehungen zu verändern, anstatt ihrer Gleichsetzung vor dem Recht zuzuschauen« (98). Eine Vorbildfunktion hat für sie dabei das benachbarte Kanada, dessen Oberstes Gericht sich zu einer weitreichenden Kriminalisierung bestimmter Formen pornographischen Materials entschied und

damit weitgehend der in ihrem Gesetzesentwurf zugrundeliegenden Definition von Gewalt folgte (101).

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion in der Rechtssoziologie

MacKinnons Arbeiten wurde und wird weltweit viel Aufmerksamkeit zuteil. Bis heute liefern sie die Grundlage für aktuelle feministische Debatten, wie z.B. #MeeToo oder auch die Diskussionen um die Abschaffung der Prostitution, die Grundlage für Diskussionen dar.

Auffällig ist dabei, dass die Texte von MacKinnon vor allem in Hinblick auf die Grundlagen des Rechts, und hier meist von den an Rechtssoziologie interessierten Jurist:innen, rezipiert werden. Vor allem auf rechtsdogmatischer Ebene hat ihre Rechtskritik im feministischen Diskurs um Gleichheit und Differenz große Aufmerksamkeit erlangt. Dies gilt vor allem für ihre auf der Grundlage des Aristotelischen Gerechtigkeitsparadigmas – ›Gleiches gleich, Verschiedenes aber nach seiner Eigenart zu behandeln‹ – basierenden Rechtsauslegung. Diese wurde Ausgangspunkt zur Weiterentwicklung diverser Interpretationsmaßstäbe des Gleichberechtigungsartikels (Art. 3 II, III GG) in Deutschland, wie z.B. im Rahmen des von Ute Sacksofsky angeführten Dominierungs- und individualrechtlichen Differenzierungsverbots oder bei dem von Suanne Baer angeführten Hierarchisierungsverbot (Gerhard 2009: 179).

Angelehnt an die von MacKinnon und Dworkin konzipierten Antipornographiegesetze entstanden auch in Deutschland sowie im Europäischen Parlament Bemühungen, Pornographie rechtlich entgegenzutreten. Hiesige Gesetzesvorlagen boten zwar innerhalb der sozialen Bewegung, nicht jedoch beim deutschen Gesetzgeber Anlass zur Diskussion (Holzleithner 2006: 209). Auch auf der Unionsebene kam man bislang nicht über eine eher allgemein gehaltene EntschlieÙung aus dem Jahr 1997 hinaus, jedwede Form von Pornographie in den Medien zu verhindern (Amtsblatt Nr. C 304 vom 06/10/1997: 0060).

Innerhalb der *Legal Gender Studies* wurde vor allem das von MacKinnon gezeichnete Frauenbild zum Ausgangspunkt feministischer Debatten. Dabei sind es vor allem poststrukturalistische und postkoloniale Argumente (Gerhards 2014: 21), die den Opferstatus der Frau thematisieren. Der *Poststrukturalismus* hinterfragt die konstruierte Kategorie ›Frauen‹ kritisch, die bei MacKinnon eine Gruppe unterwürfiger Opfer männlichen Begehrens darstellt. Dadurch überzeichne die Autorin die Macht sexistischer Herrschaftspraktiken der Pornographie und münde in einem verallgemeinerten Opferdiskurs (Offermann/Steiml 2014: 393). So gibt es in ihrer angeführten geschlechtlichen Rollenaufteilung weder

eine autonome weibliche Subjektivität noch eine eigene weibliche Sexualität (vgl. MacKinnon 1989: 149). Begründet wird diese Annahme mit dem Fehlen adäquater Handlungsmöglichkeiten aufgrund von ökonomischer und sozialer Abhängigkeit in patriarchalen Gesellschaften unter permanenter Anwesenheit von Zwang und Manipulation (Holzleithner 2002: 54). Auch in *Nur Worte* mangle es an weiblicher Autonomie, denn betroffene Frauen kommen selbst nicht zu Wort, sondern MacKinnon ergreife für sie die Stimme (Wölte 1995: 415f.). Damit ignoriere die Autorin die Handlungsfähigkeit der Frauen, die freiwillig in diesem Bereich arbeiten, selbst Pornographie konsumieren (Baker 1994: 1208 f.) oder ein positives Bild von Sexualität aufweisen (Ahrendts 1997: 57).

Insbesondere die jüngere feministische Theorie wirft MacKinnon zu dem *Genderessentialismus* vor. Dies betrifft MacKinnons Annahme, dass alle Frauen wesentliche, auf gemeinsamer gesellschaftlicher Unterdrückungserfahrung basierende, Attribute teilen (Harris 1990: 585; Higgins 1996: 91). Aus *postkolonialer* Sicht verkenne solch eine Perspektive die Bedeutung anderer Differenzen wie z.B. Klasse oder Rassenzugehörigkeit oder andere Lebensrealitäten (Harris 1998: 588). Sie widerspreche somit der empirischen Heterogenität und schließe systematisch die Erfahrungen bereits auf anderer Ebene marginalisierter Frauen aus. Zudem forcierten entsprechende Diskurse imperialistische oder rassistische Tendenzen, da sie als Maßstab die weiße Frau der Mittelklasse nutzen (Gerhards 2014: 21; Kapur 2002: 9 f.) und reproduzierten somit die Art von Unterdrückung, die sie eigentlich abschaffen wollen (Kempf 2016: 66).

Auch wurde der Vorschlag MacKinnons, Pornographie nicht als freie Meinungsäußerung zu schützen, sondern als Form sexualisierter Gewalt zu begreifen und entsprechend als Hassrede zu kriminalisieren, von Judith Butler aufgegriffen und kritisiert (vgl. Baer 1998; Dhawan 2018). In *Haß Spricht* (Butler 1998) (i.O. *Excitable Speech*; Butler 1997) hinterfragt Butler die zwangsläufige Reproduktion von Macht durch diskriminierende Aussagen und Hassrede kritisch und spricht sich gegen eine Forderung nach staatlicher Regulierung aus, da sie ansonsten eine Verfestigung des staatlichen Gewaltmonopols, eine Verschärfung staatlicher Kontrolle sowie eine Begrenzung der Opposition auf den Akt der juristischen Verfolgung befürchtet (Butler 1998: 41 f.). Eine unhinterfragte Akzeptanz der Zensurmacht des Staates stärke die diskursive Macht der justiziellen Sprache (ebd.: 110) und führe dazu, dass der Staat die Grenze zwischen Sagbarem und Unsagbarem ziehe (ebd. 197). Die damit einhergehende rein staatliche Normierungsmacht sei jedoch für den angestrebten gesellschaftlichen Wandel kontraproduktiv (Butler 1998: 99 f.).

Im Rahmen der klassischen soziologischen Theoriebildung dagegen fand MacKinnons Wirken kaum Berücksichtigung. Ein Rückgriff z.B. der Körpersoziologie auf ihre Arbeit scheitert daran, dass sich ihren Arbeiten keine Definition von Körper entnehmen lässt. Zwar thematisiert

und kritisiert sie die Objektivierung und Instrumentalisierung des weiblichen Körpers, die mit Pornographie einhergehe, und verweist auf Möglichkeiten der körperlichen Entfremdung bzw. Distanzierung, dies jedoch nur im Kontext der männlichen Instrumentalisierung (vgl. MacKinnon 1994: 27).

Zudem mag die geringe soziologische Bezugnahme ihrer Teilnehmer:innenperspektive geschuldet sein. So entspricht ihr Beobachtungstandpunkt verstärkt einer (juristischen) Selbstbeobachtung erster Ordnung. Zahlreiche Fälle der Rechtsprechung (insbesondere des Supreme Courts), aber auch Rechtsvergleiche mit anderen Ländern, dienen ihr als Stütze der Argumentation, darüberhinausgehende empirische Nachweise bleibt sie jedoch schuldig. So mangelt es im Sinne Luhmanns an einer empirischen adäquaten Beschreibung (Luhmann 2019: 18), bzw. lässt sich an der empirischen Evidenz ihrer Kernannahmen zweifeln. Der Mangel an Empirie ist Anknüpfungspunkt vieler Rezensionen (vgl. Dinielli 1994: 1944, 1951; Posner 1993: 34). Auf rechtssoziologischer Ebene führt er dazu, dass der gesellschaftskritische Feminismus argumentativ auf der rechtstheoretischen Ebene verwurzelt bleibt. Dies macht ihre Texte für Soziolog:innen nur schwer greifbar und wenig anschlussfähig. Das mit MacKinnons Werk einhergehende Potential bleibt somit in rechtssoziologischer Hinsicht noch unausgeschöpft.

Literatur

- Ahrendts, Katharina (1997): »Rechts-Trouble? Feministische Rechtstheorie vor neuen Herausforderungen«, in: *Freiburger FrauenStudien* 1, 49–71, <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ss0ar-318757> (letzter Zugriff: 08.02.2024).
- Althoff, Martina (2010): »Intersektionalität. Ein neues Paradigma zur Erfassung sozialer Ungleichheit im Strafrecht?«, in: Temme, Gaby/Künzel, Christine (Hg.), *Hat Strafrecht ein Geschlecht?: Zur Deutung und Bedeutung der Kategorie Geschlecht in strafrechtlichen Diskursen vom 18. Jahrhundert bis heute*, Bielefeld: Transcript, 255–268.
- Austin, James L. (1962): *How To Do Things With Words*, Oxford: Clarendon Press.
- Baer Susanne (1998): »Inexcitable Speech. Zum Rechtsverständnis postmoderner feministischer Positionen in Judith Butlers Excitable Speech«, in: Hornscheidt, Antje/Jähner, Gabriele/Schlichter, Annette (Hg.), *Kritische Differenzen – geteilte Perspektiven*, Opladen, 229–252.
- Baer, Susanne/Elsuni, Sarah (2021): »Feministische Rechtstheorien«, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C. (Hg.), *Handbuch Rechtsphilosophie*, Berlin: J.B. Metzler Verlag, 296–303.
- Baer, Susanne (2022): *Rechtssoziologie*, Baden-Baden: Nomos.

- Baker, C. Edwin (1994): »Of Course, More Than Words«, in: *The University of Chicago Law Review* 3, 1181–1211.
- Butler, Judith (1998): *Haß spricht – Zur Politik des Performativen*, Berlin: Berlin-Verlag.
- Butler, Judith (1997): *Excitable Speech – A Politics of the Performative*, London: Routledge.
- Camozzi, Anna (2023): »Prostitution in der Schweiz: eine kritisch-feministische Würdigung der Rechtslage nach Catharine A. MacKinnon Das Schwedische Modell als Alternative?«, in: Beier, Marisa et al. (Hg.), *Gender und Recht: Perspektiven aus den Legal Gender Studies*, Bielefeld: Transcript, 203–222.
- Chapman, Roger (2015): *Culture Wars in America: An Encyclopedia of Issues, Viewpoints, and Voices*, 2. Aufl. (eBook), New York: Routledge.
- Dhawan, Nikita (2018): »Meinungsfreiheit, Hassrede und die Politiken der Zensur«, *Frühmittelalterliche Studien* 36 (2), 322–334.
- Dinielli, David C., (1994): »Review of Only Words«, *Michigan Law Review* 6, 1943–1952.
- Dworkin, Andrea/MacKinnon, Catharine A. (1988): *Pornography and Civil Rights: A New Day for Women's Equality*, Minneapolis: Organizing Against Pornography.
- Freivogel, Lisbeth (1983): »Theorieansätze von Catharine A. MacKinnon: Sexualität – Macht – Politik«, *Emanzipation: feministische Zeitschrift für kritische Frauen* 7, 22–25.
- Geisler, Florian (2018): »Materialismus und feministische Staatstheorie. Lesenotiz zu Catharine MacKinnons ›Toward a Feminist Theory of the State‹«, in: theorieblog.de, 29.11.2018, <https://www.theorieblog.de/index.php/2018/11/materialismus-und-feministische-staatstheorie-lesenotiz-zu-catharine-mackinnons-toward-a-feminist-theory-of-the-state/> (letzter Zugriff: 24.01.2024).
- Gerhard, Ute (2009): »Von der Frauenbewegung zur feministischen Rechtswissenschaft – Wegmarken und Diskussionen«, *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 92 (2), 163–180.
- Gerhards, Theresa (2015): *Opferfeminismus? – Catharine MacKinnons feministische Subjektkonzeptionen zwischen Viktimisierung und Handlungsfähigkeit*, Saarbrücken: Akademiker Verlag.
- Harvard Law School (2023): »Catharine A. MacKinnon James Barr Ames Visiting Professor of Law. Online«, <https://hls.harvard.edu/faculty/catharine-a-mackinnon/> (letzter Zugriff: 18.10.2023).
- Harris, Angela. (1990): »Race and Essentialism in Feminist Legal Theory«, in: *Stanford Law Review* 42 (3), 581–616.
- Haus, Michael (2023): *Grundlagen der Politischen Theorie*, Wiesbaden: Springer VS.
- Higgins, Tracy (1996): »Anti-Essentialism, Relativism, and Human Rights«, in: *Harvard Women's Law Journal* 19, 89–126.
- Holzleithner, Elisabeth (2002): »Sexuelle Anatomie. Ein Konzept im Spannungsfeld von Recht, Macht und Freiheit«, in: *Olympe, feministische Arbeitshefte zur Politik* 2, 48–59.

- Holzleithner, Elisabeth (2006): »Pornographie. Ritualisierungen des Sexuellen im Spiegel feministischer Theorien«, in: Sauer, Birgit/Knoll, Eva M. (Hg.), *Ritualisierung von Geschlecht*, Wien: WUV, 203–221.
- Jackson, Emily (1992): »Catharine MacKinnon an Feminist Jurisprudence. A Critical Appraisal«, in: *Journal of Law and Society* 19 (2), 195–213.
- Kapur, Ratna (2002): »The Tragedy of Victimization Rhetoric: Resurrecting the ›Native‹ Subject in International/ Post-colonial Feminist Legal Politics«, in: *Harvard Human Rights Journal* 15 (1), 1–37.
- Kempf, Annegret (2016): »Frauenförderung und strategischer Essentialismus – Eine Analyse im Spannungsfeld von theoretischem Anspruch und politischer Praxis«, in: *Freiburger Zeitschrift für GeschlechterStudien* 22 (1), 65–80.
- Luhmann, Niklas (2019): *Das Recht der Gesellschaft*, Berlin: Suhrkamp.
- MacKinnon, Catharine A. (1982): »Feminism, Marxism, Method, and the State. An Agenda for Theory«, in: *Signs* 3, 515–544.
- MacKinnon, Catharine A. (1987): *Feminismus unmodified. Discourses on Life and Law*, Cambridge, MA/London: Harvard Univ. Press.
- MacKinnon, Catharine A./Dworkin, Andrea (1987): *The Harm's Way. The Pornography Civil Rights Hearings*, Cambridge, MA/London: Harvard Univ. Press.
- MacKinnon, Catharine A. (1989): *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, MA/London: Harvard Univ. Press.
- MacKinnon, Catharine A. (1989a). »Feminismus, Marxismus, Methode und der Staat. Ein Theorieprogramm«, in: List, Elisabeth/Studer, Herlinde (Hg.), *Denkverhältnisse. Feminismus und Kritik*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 86–132.
- MacKinnon, Catharine A. (1991): »Reflections on Sex Equality under Law«, in: *The Yale Law Journal* 5, 1281–1328.
- MacKinnon Catharine A. (1994): *Nur Worte*, Frankfurt am Main: Fischer.
- MacKinnon Catharine A. (2007): *Are Women Human? And Other International Dialogues*, Cambridge, MA/London: The Belknap Press of Harvard University Press.
- MacKinnon, Catharine A. (2011): »Catharine MacKinnon Interview: Paving the Way for Gender Equality in Law and Society«, *Life Stories*, <https://www.youtube.com/watch?v=ns2tmBopstE> (letzter Zugriff: 18.10.2023).
- MacKinnon, Catharine A. (2016): »Sex, Lies and Justice: a conversation between Catharine MacKinnon and Ron Suskind«, https://www.youtube.com/watch?v=uflxaC_opAo&t=621s (letzter Zugriff: 18.10.2023).
- MacKinnon, Catharine A. im Gespräch mit Baer, Susanne (2019): »Gleichheit, realistisch«, in: Baer, Susanne/Lepsius, Oliver/Schönberger, Christoph/Waldhoff, Christian/Walter, Christian (Hg.), *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, Tübingen: Mohr Siebeck, 361–375.
- Oberkofler, Anja (2001): »Kritische Ansätze im amerikanischen Rechtsdenken«, in: *UTOPIE kreativ* (Okt.), 925–934.
- Offermann, Stefan/Steiml, Silke (2014): »I want the right to see a dirty picture. Die feministische Auseinandersetzung mit Pornographie von der

- sexuellen Revolution bis zu den Porn Studies«, in: Feminismus Seminar (Hg.), *Feminismus in historischer Perspektive: Eine Reaktualisierung*, Bielefeld: Transcript, 367–414.
- Posner, Richard A. (1993): »Obsession – Only Words by Catharine A. MacKinnon«, in: *The New Republic* 209, 31–36.
- Schubert, Karsten/Schwartz, Helge (2021): »Konstruktivistische Identitätspolitik. Warum Demokratie partikulare Positionierung erfordert«, in: *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 31, 565–593.
- Schütze, Christian V. (2022): *Die Subversion verletzender Worte: Grundlagen einer Politik des Performativen*, Frankfurt a. M.: Campus Verlag.
- Smith College (2023): »Why is Smith College a Women's College?«, <https://www.smith.edu/about-smith/why-a-womens-college> (letzter Zugriff: 18.10.2023).
- University of Michigan (2023): »Catharine A. MacKinnon Elizabeth A. Long Professor of Law«, <https://michigan.law.umich.edu/faculty-and-scholarship/our-faculty/catharine-mackinnon> (letzter Zugriff: 18.10.2023).
- Wahl, Tim (2005): »Die Critical Legal Studies. Ansätze zu einer progressiven Kritik des Rechts«, in: *Forum Recht* 2, 45–47.
- Wölte, Sonja (1995): »Review von Nur Worte, Catharine A. MacKinnon«, in: *Kritische Justiz* 3, 412–417.

Gunther Teubner und Helmut Willke: Kontext und Autonomie

I. Leben, wissenschaftliches Werk der Autoren

Gunther Teubner (*1944) studierte von 1963 bis 1967 Rechtswissenschaften in Göttingen und Tübingen, wo er 1970 mit einer Arbeit zu »Standards und Direktiven in Generalklauseln« promoviert wurde. In Tübingen folgte dann auch 1977 seine Habilitation zum Thema: »Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung: Rechtsmodelle für politisch relevante Verbände«. Seine *Venia legendi* lautete Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Wirtschaftsrecht und Rechtssoziologie. 1977 wurde er als Professor an die Universität Bremen berufen. Von 1981 bis 1993 arbeitete Teubner am Europäischen Hochschulinstitut Florenz. In diese Zeit fällt die Arbeit am hier besprochenen Schlüsselwerk. 1993 bis 1998 hatte er die Otto-Kahn-Freund Professur an der London School of Economics inne. Anschließend und bis 2009 lehrte und forschte Teubner an der Universität Frankfurt, in dieser Zeit wurde er *Principal Investigator* des Exzellenzclusters »Normative Ordnungen«. Von 2010 bis 2013 war er Jean-Monnet-Professor am International University College in Turin. Gastprofessuren führten ihn nach Nord- und Westeuropa, Nordamerika und Ostasien.

Fast von Beginn an versteht sich Teubner als Rechtstheoretiker, der Anschlüsse sowohl an die Rechtswissenschaft als auch an die Soziologie sucht und findet. Die auch für das Schlüsselwerk zentrale Figur des reflexiven Rechts entwickelt Teubner schon zu Beginn der 1980er-Jahre. *Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive* erscheint 1982 und ist bis heute in fünf weitere Sprachen übersetzt (Englisch, Französisch, Spanisch, Dänisch und Chinesisch). 1984 erscheint das mit Helmut Willke gemeinsam publizierte und hier zu besprechende Schlüsselwerk *Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht*. Dieses nimmt auch für Teubners Werk eine Schlüsselstellung ein, denn seither hat ihn die Frage nach Steuerungsmöglichkeiten in einer differenzierten Gesellschaft – und der zugehörigen Rolle des Rechts – durchgängig beschäftigt. Dazu bestimmt er zunächst *Recht als autopoietisches System* (1989) (ins Englische, Französische, Italienische, Portugiesische, Japanische, Spanische, Ungarische, Chinesische und Georgische übersetzt). Damit wird steuerungstheoretisch klar, dass auch das Recht allenfalls indirekt Einfluss auf

gesellschaftliche Entwicklungen nehmen kann. Früh treibt ihn die Idee von »Verfassungen ohne Staat« um. Schon 1983 erscheint der Aufsatz ›Corporate Responsibility‹ als Problem der Unternehmensverfassung (in: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 12, 1983, 34–56). Steuerungs- und Verfassungstheorie konvergieren im weiteren Werkverlauf. Die Leitfrage bleibt, wie eigensinnige gesellschaftliche Einheiten dazu angeregt werden können, anderen eine brauchbare Umwelt abzugeben – abgesichert durch »Sozialverfassungen«: Konstitutionalismus kann nur dann Geltung erfahren, wenn die enge Verbindung von Verfassung an das Recht aufgegeben und stattdessen funktional gefragt wird, was in anderen Gesellschaftsbereichen (vor allem der Ökonomie) wie eine Verfassung – also konstituierend und limitierend – wirken könnte. Dies zeigt, dass jede von Teubners rechtstheoretischen Fragen immer auch auf rechtssoziologische Antworten zielt.

Helmut Willke (*1945 †2024) studierte ab 1968 Rechtswissenschaft und Soziologie in Tübingen und Köln. Auch er wurde in Tübingen promoviert, 1975 mit einer Arbeit über »Stand und Kritik der neueren Grundrechtstheorie, Schritte zu einer normativen Systemtheorie«. Der Titel seiner Habilitationsschrift lautete *Entzauberung des Staates*. Das Verfahren durchlief er in Köln, noch währenddessen wurde er 1982 an die Universität Bielefeld berufen. Ab 1983 war er an der Bielefelder Fakultät für Soziologie Professor für Planungs- und Entscheidungstheorie. 1994 wurde er mit dem Leibniz-Preis der Deutschen Forschungsgemeinschaft ausgezeichnet. 2002 wechselte er dort auf die Professur für Staatstheorie und Global Governance. 2008 folgte er dem Ruf auf den Lehrstuhl für Global Governance an der Zeppelin-Universität Friedrichshafen.

Aus der *Entzauberung des Staates* (1983) wird später der Auftakt einer ersten Trilogie, die 1992 über die *Ironie des Staates* 1997 zur *Super-vision des Staates* führt. Die schon im Schlüsselwerk thematisierte »Kontextsteuerung« erfährt in diesen Werken einen Feinschliff. Willkes Blick ruht aber weiter auf dem Staat und fragt nach dessen Steuerungskapazität unter Bedingungen wachsender gesellschaftlicher Komplexität, wobei die Entwicklungen der Globalisierung und der Wissensgesellschaft von zunehmender Bedeutung sind. So wie Teubner die unmittelbaren Interventionsmöglichkeiten des Rechts entzauberte, tut Willke dies mit Blick auf den Staat. Dieser bleibe zwar der Souverän und Politik verfüge als einziges soziales System über die Kompetenzkompetenz des Steuerens, müsse aber Wege aus der unausweichlichen Überforderung finden. Diese Gedanken baut Willke zunächst in drei weiteren Büchern mit dem Titel »Systemtheorie« aus (I: *Eine Einführung in die Grundprobleme*, 1982; II: *Interventionstheorie*, 1994; III: *Steuerungstheorie*, 1995). Auch die »Atopia-Reihe« umfasst drei Bände (*Atopia*, 2001; *Dystopia*, 2002; *Heterotopia*, 2003) und verschärft die Steuerungsproblematik

dahingehend, dass dem Staat politisch zu klärende Fragen epistemisch über den Kopf wüchsen. Willke reagiert mit zwei Büchern auf die politikwissenschaftliche Governance-Debatte (*Global Governance*, 2006; *Smart Governance*, 2007.)

Die nächsten drei Bücher widmen sich der politischen Form der Demokratie (*Demokratie in Zeiten der Konfusion*, 2014; *Dezentrierte Demokratie*, 2016; *Komplexe Freiheit*, 2019). Wie kann demokratisches Planen und Entscheiden auf eine komplexe Gesellschaft eingestellt werden? Um der Politik unter diesen Bedingungen überhaupt noch die Möglichkeit einzuräumen, einen steuernden Unterschied zu machen, müsste sie davon überzeugt werden, dass es sich lohnt, mehr zu wissen. Gemeint ist damit, dass politische Entscheidungen stärker von inhaltlichen Kriterien der Expertise und Kompetenz bestimmt werden. Hierin zeigt sich ein weiterer roter Faden in Willkes Schaffen, nämlich das Denken in prozeduralen Fragen. Waren dies zu Beginn noch »Verhandlungssysteme«, so kennzeichnet sein Modell der »reflexiven Repräsentativität« (Willke 2019), das es dem endgültig entzauberten Staat erlaubt, besonders schwierige und langfristige Aufgabenkomplexe an »Spezialsenate« zu delegieren. Dieses Modell reicherte er in seinem letzten Buch *Klimakrise und Gesellschaftstheorie* (2023) noch um Überlegungen zu einem »Weltkongress für Ökologie ›von unten‹« an (Willke 2023: 203 f.). Von unten meint hier erneut, aus der gesammelten Expertise von »Organisationen, Bewegungen und Gruppierungen ein dezentriertes, polyzentrisches Netz von Netzwerken« zu formen (ebd.: 209), das dann, womöglich über Spezialsenate, noch den Weg in politische Entscheidungen finden muss. Helmut Willke verstarb am 15. Januar 2024.

Teubner und Willke sind zwei der wichtigsten Autoren der Weiterentwicklung der insbesondere von Niklas Luhmann gelegten Grundlagen einer soziologischen Systemtheorie. Wer heute auf dieser Basis über gesellschaftliche Steuerung spricht, kann entweder das hier zu besprechende Schlüsselwerk zum Ausgangspunkt nehmen oder an die von den Autoren vorgenommenen Weiterführungen anschließen (siehe Abschnitt 4). Insbesondere in der Rechtssoziologie, aber auch darüber hinaus, ist *Kontext und Autonomie* zum festen Referenzpunkt für Fragen danach geworden, welche Rolle Politik und Recht in einer komplexen Gesellschaft bleibt. Wie für die Systemtheorie generell ist dabei ein deutliches Ungleichgewicht zwischen deutschsprachiger und darüber hinausweisender Rezeption zu konstatieren. In diesem Zusammenhang ist gleichwohl auf den von Alberto Febbrajo und Gunther Teubner (1992) herausgegebenen englischsprachigen Sammelband *State, Law and Economy as Auto-poietic Systems. Regulation and Autonomy in a New Perspective* hinzuweisen, der diese Debatte erstmals internationalisierte. Sowohl die Texte Teubners als auch Willkes wurden in den Folgejahren in viele Sprachen (siehe oben) übersetzt. Die Spezialsoziologien und Nachbardisziplinen

orientierten sich dann eher an den jeweiligen Schwerpunkten: Teubner wirkte stärker in Rechtswissenschaft und -soziologie hinein, Willke diskutierte man intensiver in Politikwissenschaft und politischer Soziologie.

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Werkes

Das intensivierte Nachdenken über erschwerte Steuerungsbedingungen folgt der sogenannten Planungseuphorie, die in den 1960er-Jahren bis in die 1970er-Jahre hinein Hochkonjunktur hatte (Bröckling 2016; Seefried 2014; van Laak 2012). Insbesondere mit Blick auf die 1960er-Jahre formuliert Helmut Schelsky (1980: 23 f.): »Man wird einmal das Jahrzehnt seit der Mitte der sechziger Jahre als eine Euphorie, ein Überschäumen des *Planungsgedankens* beschreiben und dann den bis heute wenig erforschten Abklang dieser Hoffnungen ergründen müssen.« Schelsky (ebd.) hatte dabei die zentralen Planungsstäbe Horst Ehmkes im Bundeskanzleramt unter Willy Brandt oder die der rheinland-pfälzischen Landesregierung unter Helmut Kohl vor Augen. Die Planungseuphorie aber war ein globales Phänomen. Berühmt geworden ist das chilenische Projekt *Cybersyn* (»cybernetic synergy«) in der Amtszeit Salvador Allendes (1970–1973). Eine Gruppe von Ingenieuren um dem Kybernetiker Stafford Beer entwickelte ein Computernetzwerk, das die gesamte chilenische Wirtschaft in Echtzeit regeln sollte (Medina 2011; Schweer 2019). Kybernetisches Regelungsdenken fand ab 1965 (unter Präsident Lyndon B. Johnson) in Form des *Planning Programming Budgeting System* (PPBS) sogar Eingang in die US-amerikanische Haushaltspolitik auf Bundesebene. Es wurde 1971 eingestellt.

Planung hatte also auch Einzug in liberale Demokratien gefunden. Der Ost-West-Konflikt der Nachkriegszeit kann durchaus als weiterer gesellschaftlicher Kontext hinzugezogen werden. Teubner und Willke, hierzu wird Abschnitt 3 ausführlicher, nahmen die Unmöglichkeit zentraler Gesellschaftssteuerung gerade zum Anlass, über Alternativen nachzudenken. Das Modell sozialistischer Zentralsteuerung diente ihnen als Beispiel für eine hohe Steuerungskomplexität, die jedoch an einer zu niedrigen Autonomie gesellschaftlicher Teilbereiche laborierte und somit eine dankbare Kontrastfolie abgab. Ein zu liberales Marktmodell war ihnen zufolge aus umgekehrten Gründen ebenfalls zum Scheitern verurteilt, denn es überließ den Gesellschaftsbereichen zu viel an Selbststeuerung, sodass von unterkomplexer Steuerungskapazität auszugehen sei.

Den Abklang der Planungseuphorie zu erforschen, wie Schelsky es gefordert hatte, setzte sich dann die differenzierungstheoretische Ernüchterungsoffensive zum Ziel. Beiträge wie Luhmanns (1981) *Politische*

Theorie im Wohlfahrtsstaat stellten die Möglichkeit der Steuerung komplexer Gesellschaften grundsätzlich in Frage, sodass nicht nur das Scheitern von Großprojekten wie dem PPBS oder *Cybersyn* geradezu erwartbar wurde. Auch die anschließende, im Laufe der 1970er- und 1980er-Jahre aufkommende Rede von Vollzugsdefiziten und Steuerungskrisen zeige, so Markus Gottwald (2014: 29), dass dieser Steuerungs- pessimismus keineswegs nur eine intellektuelle Spitzfindigkeit sei, sondern darunter »eine theoretische Generalisierung von sich zu jener Zeit aufdrängenden empirischen Beobachtungen« verstanden werden könne.

Steuerungsversuche, so wurde aus differenzierungstheoretischer Sicht deutlich, scheiterten am Eigensinn der Zielsysteme und setzten schon mit ihrer Artikulation Prozesse frei, deren Dynamik Unplanbarkeit zur Folge haben musste. Planung wurde selbst nicht als Resultat, sondern als Element soziokultureller Evolution aufgefasst (hierzu auch: Espino- to 2002: 331 ff.).

Luhmann war es nun darum zu tun, diese Diagnose in Form einer neuen Gesellschaftstheorie zu verdichten; *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie* erscheint im selben Jahr wie *Kontext und Autonomie*. Die gesellschaftstheoretische Debatte ist vielfach nachgezeichnet und beschrieben worden (Habermas/Luhmann 1990). Mit der mit den *Sozialen Systemen* vollzogenen »autopoietischen Wende« standen nun Aspekte wie Autonomie und Selbstreferenz im Mittelpunkt des Interesses und zur Erklärung scheiternder externer Eingriffe zur Verfügung. Luhmann machte diesen Punkt stark, ein Nachdenken über verbleibende Steuerungsoptionen unter diesen Bedingungen überließ er vollständig anderen. Genau diese Lücke bearbeiten Teubner und Willke mit *Kontext und Autonomie*.

3. Darstellung des Schlüsselwerkes

Teubner und Willke stellen zunächst die Grundthese auf, dass Selbstreferenz und Eigendynamik ausdifferenzierter Systeme – gegeben werden hier die Beispiele: Wirtschaft, Wissenschaft, Erziehung, Kultur, Militär, Technologie – eine zentrale politische Steuerung durch Mittel des Rechts immer weniger zuließen (5). Sie belassen es aber von Beginn an nicht bei einer Problem diagnose, sondern fügen sogleich hinzu, dass es dann darum gehen müsse, Selbstorganisation und Selbststeuerung anzuregen.

Auch wenn im Folgenden besonderes Augenmerk auf die von Teubner und Willke ins Spiel gebrachten Lösungen gelegt wird, ist zunächst ihre dreigliedrige Problem diagnose (Teile I und II) zu skizzieren. (1) *Steigerung der Eigenkomplexität gesellschaftlicher Systeme*: Die Ausdifferenzierung gesellschaftlicher Spezialbereiche (Funktionssysteme) habe einerseits zu einer enormen Steigerung des Leistungsvermögens geführt.

Andererseits sei diese Spezialisierung mit dem Preis erkauft, dass die Systeme ihre gesellschaftliche Umwelt aus dem Blickfeld verloren hätten, obwohl die Bereiche aufeinander angewiesen seien (keine Wissenschaft ohne Wirtschaft, keine Wirtschaft ohne Recht usw.). Das (globale) Wachstum der Funktionssysteme sowie ihre Verflochtenheit hätten überdies unkontrollierbare Prozess- und Handlungsketten zur Folge. Eine Kommunikation könne andernorts unbeabsichtigte Folgen aufweisen, die eine unüberblickbare und schon gar nicht kontrollierbare Dynamik in Gang setzten. (2) *Steigerung der Weltkomplexität und die Emergenz lateraler Weltsysteme*: Dieser Aspekt rekurriert vor allem auf Probleme des Nationalstaats. Zum einen seien die Teilsysteme ihrerseits mächtig und operierten nicht selten längst global (z.B. Wirtschaft oder Wissenschaft), zum anderen hätten sich transnationale Organisationen rund um diese globalisierten Probleme gebildet, wie etwa die WTO für den Bereich des Handels, aber auch Wissenschaft, Religion oder Arbeiterbewegung hätten sich längst vom Nationalstaat emanzipiert (9). (3) *Verlagerung des Zeithorizontes und der operativen Perspektive in die Zukunft*: Noch immer, so konstatieren die Autoren hier, dominierten in Recht und Politik kurzfristige Rücksichten und Zwänge und auch die Modellierung mache in Rechtswissenschaft, Staatstheorie, Soziologie und Politologie kaum Fortschritte. Gleichzeitig aber steige der Problemdruck künftiger Generationen (10).

In einem Vierfelderschema illustrieren Teubner und Willke die bisherige Lage, aber auch die aus ihrer Sicht Abhilfe schaffende Option. Die Tabelle sieht die Dimension Teilsystemkomplexität (»intern«) mit den Ausprägungen hoch und niedrig vor. Diese Werte kann auch die zweite Dimension, Steuerungskomplexität (»extern«), annehmen. Ist beides niedrig, hat man es mit prä-moderner, repressiver Steuerung zu tun. Eine niedrige Steuerungs- bei hoher Teilsystemkomplexität kennzeichnet die liberale Selbststeuerung, während umgekehrt eine hohe Steuerungs- bei niedriger Teilsystemkomplexität sozialistische Zentralsteuerung anzeige. Vonnöten sei aber ein hohes Selbst-Steuerungspotential mit hoher Steuerungskomplexität in Einklang zu bringen. Ebendies charakterisiert ihr eigenes Modell, das hier als post-moderne, reflexive Steuerung eingeführt wird (13).

In Teil III wird »Reflexion als Steuerungsprinzip« eingeführt. Reflexion wird definiert als »die Fähigkeit der Teilsysteme, Mechanismen zu institutionalisieren, durch welche sie ihre eigene Identität thematisieren können und genau darauf einstellen, daß in ihrer relevanten Umwelt andere Teilsysteme in Interdependenzbeziehungen agieren – daß also jedes Teilsystem eines vernetzten Systems für die jeweils anderen Teilsysteme eine brauchbare Umwelt darstellen muß« (6). Wie also macht man selbstreferentiellen System klar, dass es auch in ihrem eigenen Interesse liegt, anderen eine brauchbare Umwelt abzugeben? Verhaltenssteuerung

sowie jeder Versuch direkter Einflussnahme pralle an der Autonomie der Teilsysteme ab. Also, so Teubner und Willke, müsse es um »Strukturvorgaben für Organisationsformen, Verfahrensweisen und Kompetenzabgrenzungen« gehen (14). Der Rest von Teil III befasst sich konkreter mit dem (Teil-)Vorschlag »dezentraler Kontextsteuerung«, während Teil IV sich »reflexivem Recht« widmet. Wer das weitere Werk beider Autoren auch nur oberflächlich kennt, wird keine Mühe haben, zu erkennen, dass der erste Aspekt von Helmut Willke und der zweite von Gunther Teubner ausgearbeitet wurde.

In »Willkes Part« zur Kontextsteuerung tritt ein Element hervor, das sich wie ein roter Faden auch durch spätere Publikationen zieht: Willke denkt über prozedurale Lösungen nach. Wenn das Ziel lautet, die Vorteile der (internen) Teilbereichsautonomie zu wahren, dabei aber (externe) Steuerung zu lancieren, sofern negative Externalitäten aus der Selbststeuerung der Funktionssysteme erwachsen, könnten *Verhandlungssysteme* das Mittel der Wahl sein. Diese Vokabel ist auch (siehe Abschnitt 4) für die Governance-Forschung von erheblicher Bedeutung. Reflexive Steuerung erscheint möglich, »wenn die Kontrolle der Kontrolle verlagert wird auf die Organisation der Interaktionsbeziehungen zwischen den Teilsystemen« (17; Hervorh. i. O.). Genau zu diesem Zweck werden hier Verhandlungssysteme vorgeschlagen. Verbindliche Kontextregelungen würden so nicht mehr von der Politik allein formuliert und vorgegeben, sondern Regeln wären das Ergebnis »der interdependenzgesteuerten Interaktion aller betroffenen Akteure« (ebd.). Nicht nur würde man damit der Annahme selbstreferentieller Systeme gerecht, in die von außen nicht eingegriffen werden könne. Für die Steuerungswirksamkeit dezentraler Kontextsteuerung in Form von Verhandlungssystemen spreche zudem, dass die Beteiligung der Teil(system)e Bindungswirkung entfalte. Hierzu passten »Formen reflexiven Rechts«, die kontextuierende Verfahrens- und Organisationsregelungen beisteuerten (18).

Damit ist zu »Teubners Teil« übergeleitet. Das Recht müsse zunächst einmal darauf eingestellt werden, seinerseits ein selbstreferentielles System mit einer so hohen operativen Autonomie zu sein, dass es nur noch »ein sehr rudimentäres Bild seiner gesellschaftlichen Umwelt« hat (21). Auch das Recht scheidet als zentrale gesellschaftliche Steuerungsinstanz also aus. Reflexives Recht zielt stattdessen auf »regulierte Autonomie«. Es »fördert aktiv selbst-regulierende ›lernende‹ Sozialsysteme und versucht zugleich, deren negative externe Effekte mit kompensatorischen Korrekturen abzubauen. [...] Die Rolle reflexiven Rechts besteht dann darin, einerseits integrative Mechanismen für Verfahren und Organisation innerhalb der betroffenen Teilsysteme selbst bereitzustellen, andererseits Vorgaben und Organisation externer Verhandlungssysteme zu regulieren« (24).

Die Reflexion innerhalb der Teilsysteme könne rechtlich bereitgestellt werden und die Regeln von Verhandlungssystemen, die mehrere

Teilsysteme versammeln, sollten ebenfalls rechtlich reguliert werden. Mit anderen Worten schaffe das Recht strukturelle Voraussetzungen für die Reflexionsprozesse anderer Sozialsysteme; ebendies wird hier als »responsives Recht« gefasst (30). Diese Reflexionen zielen darauf, dass sich die Systeme als Teil eines Ganzen auffassen und ihre Handlungen dementsprechend darauf einstellen, anderen eine brauchbare Umwelt zu sein, die auch zur je eigenen Reproduktion benötigt wird. Hierzu solle das Recht von einer umfassenden »Konfliktregulierung in allen möglichen Sozialkontexten« absehen (28). Stattdessen solle es sich darauf konzentrieren, »Normierungen für Verfassungen, Verfahren, Organisation und Kompetenzen (zu) entwickeln, die andere Sozialsysteme als Voraussetzung demokratischer Selbst-Organisation und Selbst-Regulierung benötigen« (29). Auch wenn die Bedeutung dieser Reflexionsanstoßkompetenz hoch anzusiedeln ist, sei damit nicht gemeint, dass das Recht die Gesamtverantwortung für soziale Ergebnisse übernehme (ebd.).

Teil V thematisiert abschließend die (veränderten) Funktionen von Politik und Recht. Eine hochgradig differenzierte Gesellschaft schließt direktes und unmittelbares Beeinflussen aus. Wirkungen könnten nicht kausal zielsicher determiniert, wohl aber angestoßen werden (31). Steuerungstheorie müsse »die Geschlossenheit und Undurchdringlichkeit komplexer Teilsysteme« ernst nehmen (33). Steuernde Systeme, für die »die Politik mit den Mitteln des reflexiven Rechts« am Ende eher ein Beispiel ist, müssten ihre Steuerungswirksamkeit darauf aufbauen, sich selbst in einer solchen Weise zur Umwelt des gesteuerten Systems zu machen, »daß das gesteuerte System aus seiner Umweltbeobachtung heraus systemintern Informationen und Bedeutungen generiert, welche die strukturelle Organisation seines Operationsmodus in einer bestimmten Weise verändert« (ebd.).

Teubner und Willke haben damit gezeigt, auf welchem Komplexitätsniveau eine Steuerungstheorie anzusiedeln ist, um auf eine vielfältig differenzierte Gesellschaft eingestellt werden zu können, die unmittelbare Durchgriffe ausschließt. Damit war der Grundstein dafür gelegt, über (verbliebene) Steuerungsoptionen unter differenzierten Bedingungen nachzudenken. Wie an diese Vorlage angeschlossen wurde, thematisiert der nächste Absatz.

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion in der Rechtssoziologie

Die Rezeptionsgeschichte von *Kontext und Autonomie* beginnt am selben Ort, nämlich in der *Zeitschrift für Rechtssoziologie*. Im ersten Heft des Jahres 1985 erscheinen drei den Beitrag von Teubner und Willke

kommentierende Artikel von Niklas Luhmann, Richard Münch und Peter Nahamowitz (siehe Abschnitt 5).

Der erste Satz von Luhmanns (1985) Replik lautete: »Ein mutiger Vorschlag!« Aus seiner Sicht aber war das Initiieren von Reflexion im Rahmen von Verhandlungssystemen schon zu direkt konzipiert. Zwar seien autonome Systeme durchaus zu Reflexionen anzuregen, ansonsten wären sie zu bestandserhaltendem Wandel auch gar nicht fähig, aber: »Allenfalls auf Umwegen würde man mithin zu rechtstheoretischen, rechtsdogmatischen oder gar rechtspolitischen Konsequenzen kommen (aber eben dieser Verweis auf Umwege über hohe Abstraktionslagen dürfte das Fruchtbare an dem Gedanken sein).« (ebd.: 2)

An dieser Stelle verfolgt Luhmann nun nicht diesen Umweg zum responsiven Recht (Bora 2023). Genau auf solche Umwege in Richtung Rechtsdogmatik wird sich Teubner (2010; 2014) gleichwohl später begeben. Luhmann aber betont, dass es sich auch beim Recht um ein autopoietisch-geschlossenes System handele, das folglich nur sich selbst regulieren könne.

Teubner und Willke hatten diesen Punkt gerade stark gemacht: Eine anspruchsvolle Steuerungstheorie sollte ja gerade davon ausgehen, dass Steuernde wie auch Gesteuerte selbstreferentiell operierten. Auch an den im kommentierten Artikel zuletzt geäußerten Gedanken, sich selbst derart zur Umwelt eines Zielsystems zu machen, dass dort Veränderungen wahrscheinlicher werden, schließt Luhmann nicht weiter an.

Richard Münch (1985) kritisiert vor allem die Architektur der Systemtheorie selbst, die etwa kulturelle Unterschiede einebene, demgegenüber Autonomie und funktionale Differenzierung überbetone. Zentral für die weitere Rezeptionsgeschichte ist dann sein Hinweis, dass solche Konzepte nicht ohne handlungstheoretische Rückbindung auskommen könnten. Der Beitrag von Peter Nahamowitz (1985) argumentiert kapitalismustheoretisch und kommt so zu dem Schluss, dass schon die Annahme der Selbstregulierung grundlegend falsch ansetzt. Der Schädlichkeit des Kapitalismus sei durchaus beizukommen, dafür aber bräuchte es mehr und eben nicht weniger staatliche Wirtschaftssteuerung.

Zwei wesentliche Linien auch der weiteren Rezeptionsgeschichte sind hier im Kern bereits erkennbar: (1) Die reflexive Steuerung wird selbst als steuerungsskeptischer Ansatz rezipiert. (2) Eine von Akteuren absehbende Steuerungstheorie sei empirisch inadäquat.

Auf beide Probleme schien zunächst der akteurzentrierte Institutionalismus (Scharpf 1989; Mayntz/Scharpf 1995; Mayntz/Scharpf 2005) und später die *Governance-Theory* (Mayntz 2006) Antworten zu haben. Renate Mayntz und Fritz Scharpf, um die wichtigsten Figuren der deutschsprachigen Debatte zu nennen, nahmen ihren Steuerungsrealismus ab. Auch sie betonten vielfältige Schwellen, Implementationsprobleme, nicht intendierte Nebenfolgen usw. Ihr Steuerungsverständnis war ebenfalls nicht

an die Wirkung, sondern an die Intention gebunden. In seinem Rückblick auf die Rezeptionsgeschichte des hier besprochenen Schlüsselwerks kommentiert Klaus J. Röhl (2013) pointiert: »Wissenschaft und Politik haben sich vom systemtheoretischen Steuerungs nihilismus nicht abhalten lassen. Scharpf und Mayntz haben sich auf der ganzen Linie durchgesetzt.«

Die akteursorientierte Steuerungstheorie, so zeichnet es Gottwald (2014: 56) nach, konnte umstandslos Akteure als Dolmetscher mit »multilingualer Kommunikationskompetenz« (Scharpf 1989: 15) voraussetzen. Mayntz (1997: 199) sieht in der Berücksichtigung der Akteursebene *den* analytischen Vorzug gegenüber der Systemtheorie: »Und da alle Menschen in den Sprachen verschiedener Teilsysteme sprechen, gibt es auch keine Schranken für die intersystemische Kommunikation infolge medialer Inkompatibilität.«

Auch Michael Hutter (1989) Konzept der »Konversationskreise« gehört zu den Pionierarbeiten differenzierungstheoretischer Steuerungsüberlegungen. Ironischerweise wurde diesem von Teubner (1989: 103) entgegengehalten, dass die Konversationskreise so konzipiert seien, dass Funktionssysteme in Interaktionen einträten, die nach dem Muster *Alter* und *Ego* gedacht seien. Da aber Funktionssysteme nicht direkt miteinander in Verbindung treten könnten, läge die Sache komplizierter: Konversationskreise seien vielmehr Inter-Organisationssysteme, die zunächst einmal einen Transfer zu rechtlichen *und* wirtschaftlichen Grenzstellen bewerkstelligen müssten – erst dann könnte ein weiterer Transfer auf die Ebene der beteiligten Funktionssysteme erfolgen (ebd.: 103 f.; hierzu auch: Amstutz 2002). Damit antwortet Teubner indirekt auch auf den Kritikpunkt, dass die Verhandlungssysteme der reflexiven Steuerung ihrerseits doch mit Akteuren besetzt seien, die ebenso wenig Funktionssysteme repräsentieren könnten. 1994 veröffentlichen Hutter und Teubner dann gemeinsam den Aufsatz »Der Gesellschaft fette Beute. *Homo juridicus* und *homo oeconomicus* als kommunikationserhaltende Fiktionen«. Die wenigen Protagonisten dieser Tradition bilden einen eigenständigen Referenzrahmen.

Wenig später verabschiedet sich auch der institutionalistische Ansatz vom Paradigma der Steuerungstheorie, um fortan von Governance zu sprechen (Benz et al. 2007; Mayntz 2008; Schuppert 2006). Fortan galt es, »Strukturen, Mechanismen und Wirkungen der Bewältigung von Interdependenz zwischen individuellen, kollektiven oder korporativen Akteuren zu beleuchten« (Benz et al. 2007: 18). Damit ebbten die Bezüge zu Teubner und Willke ab, bis pauschal gefragt wird, ob Arbeiten zum systemtheoretischen Gestaltungsdenken überhaupt »noch von Aktualität sind oder als ›gesunkenes Kulturgut‹ eher in das Spektrum der Ideengeschichte gehören« (Lange 2007: 176).

Eine Erörterung der Entwicklung zur *Governance-Theorie* kann hier nicht geleistet werden (dazu: Bora 2017). Erstaunlich aber ist, dass viele

für das Governance-Paradigma wesentliche Elemente bereits bei Teubner und Willke enthalten sind: Verhandlungssystem als Mechanismus der Interdependenzbewältigung, die Relation und Verschachtelung unterschiedlicher Ebenen (»der regionalen Bereiche Gemeinde, Regionen und Länder«, Teubner/Willke 1984: 15), das Aufkommen neuer Einflussakteure jenseits von Politik und Recht.

Wie in Abschnitt I bereits geschildert, gehören zur Geschichte der Weiterentwicklung dieses Ansatzes die weiteren Arbeiten der beiden Autoren. Sowohl der Ursprung der reflexiven Steuerung von 1984 als auch die vielfältigen Aus- und Umbauten seither werden verstärkt seit den 2010er-Jahren aufgenommen. Zu denken sei dabei an die zwar heterogenen, gleichwohl unter einem Dach versammelten Ansätze einer »Kritischen Systemtheorie« (Amstutz/Fischer Lescano 2013; Möller/Siri 2016; Scherr 2015). Auch das Konzept der »Irritationsgestaltung« (Mölders 2019; 2021) knüpft explizit an *Kontext und Autonomie* an. Es teilt den Grundgedanken, nicht von unmittelbaren Durchgriffen, wohl aber von gestaltbaren Irritationschancen auszugehen. Das Ignorieren von Steuerungsansinnen könne entlang von Sach-, Sozial- und Zeitdimension erschwert werden: Es könne nur irritiert werden, dies aber in signifikant unterschiedlicher Art und Weise. Auch die schon bei Teubner und Willke (1984) angelegte und bei beiden weiter ausgearbeitete Annahme, Instanzen jenseits des (Rechts-)Staates als »gesellschaftliche Korrektive« aufzufassen, wird hier etwa am Beispiel des Investigativ-Journalismus fortgeführt.

Wer sich auf die Annahme autonomer Gesellschaftsbereiche einlässt, gleichzeitig aber nach Bedingungen und Möglichkeiten von Steuerung fragt, wird in diesem Schlüsselwerk fündig. Unverändert ist aber ebenfalls zu konstatieren, dass differenzierungstheoretische Beiträge zum Gestaltungsdenken – wenn überhaupt – eher zur Erklärung scheiternder Steuerung herangezogen werden.

5. Lesehinweise (wichtigste Sekundärliteratur, online-Fundstellen, Kapitelauswahl u.ä.)

Nachdem *Kontext und Autonomie* in Heft 1 des sechsten Jahrgangs der *Zeitschrift für Rechtssoziologie* erschienen war, druckte dieselbe Zeitschrift in Heft 1 des folgenden Jahrgangs drei Besprechungen des Schlüsselwerks ab:

Luhmann, Niklas: »Einige Probleme mit reflexivem Recht« (1 ff.); Münch, Richard: »Die sprachlose Systemtheorie. Systemdifferenzierung, reflexives Recht, reflexive Selbststeuerung und Integration durch Indifferenz« (19 ff.); Nahamowitz, Peter: »Reflexives Recht:

Das unmögliche Ideal eines postinterventionistischen Steuerungskonzepts« (29 ff.).

Dieser Debattenstrang wurde dann weiter kommentiert, u.a. in:

Maus, Ingeborg (1986): »Perspektiven ›reflexiven Rechts‹ im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen: Zur Kritik herrschender Konzeptionen und faktischer Entwicklungen«, in: *Kritische Justiz* 19 (4), 390 ff.; Reh binder, Eckard (1988): »Reflexives Recht und Praxis. Der Betriebsbeauftragte für Umweltschutz als Beispiel«, in: Grimm, Dieter/Maihofer, Werner (Hg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 13, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 109 ff.; Hartmann, Michael (1988): »Komplexitätssteigerung und dezentrale Kontextsteuerung: Zur systemtheoretischen Bewältigung des Klassenkampfes«, in: *European Journal of Sociology* 29 (1), 51 ff.

Anlässlich des dreißigjährigen Jubiläums des Erscheinens von *Kontext und Autonomie* veröffentlichte erneut die *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2015 die Beiträge zur Sektionsveranstaltung »Krise, Kritik und Konstitution – Neuere systemtheoretische Ansätze zur Rechtssoziologie« zum 37. Kongress der Deutschen Gesellschaft für Soziologie (DGS) in Trier 2014 in Heft 1 ihres 35. Jahrgangs:

Guibentif, Pierre: »Theorien und Menschen im Werk von Gunther Teubner« (5 ff.); Fatima Kastner: »Lex Transitus: Zur Emergenz eines globalen Rechtsregimes von Transitional Justice in der Weltgesellschaft« (29 ff.); Mölders, Marc: »Der Wachhund und die Schlummertaste. Zur Rolle des Investigativ-Journalismus in Konstitutionalisierungsprozessen« (49 ff.); Teubner, Gunther: »Exogene Selbstbindung: Wie gesellschaftliche Teilsysteme ihre Gründungsparadoxien externalisieren« (69 ff.).

Zuvor hatte, abermals publiziert in der *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, der Artikel »Kluge Kombinationen. Zur Wiederaufnahme systemtheoretischer Steuerungskonzepte im Governance-Zeitalter« (2013; 33 (1), 5 ff.) sowohl die differenzierungstheoretische Steuerungsdebatte als auch den Übergang zum Governance-Paradigma aufbereitet.

Aus einer anderen Perspektive beleuchtet der Weblog zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie von Klaus F. Röhl die von *Kontext und Autonomie* ausgelöste Debatte und die Auseinandersetzung zwischen Systemtheorie und akteurzentriertem Institutionalismus: https://www.rsozblog.de/zum-dogma-vom-vollzugsdefizit-des-rechts/#_ftn1.

In einem in der *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* erschienenen Artikel blickt Teubner selbst auf sein Werk und explizit auch auf das Konzept des reflexiven Rechts zurück: Teubner, Gunther (2022): »Auf

Umwegen: Zum Privatrecht als Gesellschaftsverfassung«, in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 30 (3), 648 ff.

Literatur

- Amstutz, Marc (2002): *Evolutorisches Wirtschaftsrecht: Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Baden-Baden: Nomos.
- Amstutz, Marc/Fischer-Lescano, Andreas (Hg.) (2013): *Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie*, Bielefeld: Transcript.
- Benz, Arthur/Lütz, Susanne/Schimank, Uwe/Simonis, Georg (Hg.) (2007): *Handbuch Governance. Theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder*, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften.
- Bora, Alfons (2017): »Semantics of ruling: reflective theories of regulation, governance and law«, in: Paul, Regine/Mölders, Marc/Bora, Alfons/Huber, Michael/Münste, Peter (Hg.), *Society, Regulation and Governance: New Modes of Shaping Social Change?*, Cheltenham: Edward Elgar, 15–37.
- Bora, Alfons (2023): *Soziologische Theorie des Rechts*, 2 Bde., Wiesbaden: Springer VS.
- Bröckling, Ulrich (2016): »Zukunftsmanagement zwischen Planung, Selbstorganisation und Prävention«, in: Leendertz, Ariane/Meteling, Wencke (Hg.), *Die neue Wirklichkeit. Semantische Neuvermessungen und Politik seit den 1970er-Jahren*, Frankfurt a. M.: Campus, 269–280.
- Esposito, Elena (2002): *Soziales Vergessen. Formen und Medien des Gedächtnisses der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Febbrajo, Alberto/Teubner, Gunther (Hg.) (1992): *State, Law and Economy as Autopoietic Systems. Regulation and Autonomy in a New Perspective*, Milan: Giuffrè.
- Gottwald, Markus (2014): »Liebe« *Re-Embedded: Paare zwischen Emanzipation und instrumenteller Verwertung*, Opladen u.a.: Budrich UniPress Limited.
- Habermas, Jürgen/Luhmann, Niklas (1990): *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Hutter, Michael (1989): *Die Produktion von Recht. Eine selbstreferentielle Theorie der Wirtschaft, angewandt auf den Fall des Arzneimittelpatentrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hutter, Michael/Teubner, Gunther (1994): »Der Gesellschaft fette Beute. *Homo juridicus* und *homo oeconomicus* als kommunikationserhaltende Fiktionen«, in: Fuchs, Peter/Göbel, Andreas (Hg.): *Der Mensch – das Medium der Gesellschaft?*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, 110–145.
- Lange, Stefan (2007): »Kybernetik und Systemtheorie«, in: Benz, Arthur/Lütz, Susanne/Schimank, Uwe/Simonis, Georg (Hg.), *Handbuch*

- Governance. Theoretische Grundlagen und empirische Anwendungsfelder*, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften, 176–187.
- Luhmann, Niklas (1981): *Politische Theorie im Wohlfahrtsstaat*, München: Olzog.
- Luhmann, Niklas (1985): »Einige Probleme mit ›reflexivem Recht‹«, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1), 1–18.
- Mayntz, Renate (1997): *Soziale Dynamik und politische Steuerung. Theoretische und methodologische Überlegungen*, Frankfurt a. M.: Campus.
- Mayntz, Renate (2006): »Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?«, in: Schuppert, Gunnar F. (Hg.), *Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien*, Baden-Baden: Nomos, 11–20.
- Mayntz, Renate (2008): »Von der Steuerungstheorie zu Global Governance«, in: Schuppert, Gunnar F./Zürn, Michael (Hg.): *Governance in einer sich wandelnden Welt*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 43–60.
- Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz W. (Hg.) (1995): *Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung. Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung Köln*, Frankfurt a. M.: Campus.
- Mayntz, Renate/Scharpf, Fritz W. (2005): »Politische Steuerung – Heute?«, in: *Zeitschrift für Soziologie* 34 (3), 236–243.
- Medina, Eden (2011): *Cybernetic revolutionaries. Technology and politics in Allende's Chile*, Cambridge: The MIT Press.
- Mölders, Marc (2019): *Die Korrektur der Gesellschaft. Irritationsgestaltung am Beispiel des Investigativ-Journalismus*, Bielefeld: Transcript.
- Mölders, Marc (2021): »Irritation Design: Updating Steering Theory in the Age of Governance«, in: *Politics and Governance* 2, 393–402.
- Möller, Kolja/Siri, Jasmin (Hg.) (2016): *Systemtheorie und Gesellschaftskritik. Perspektiven der Kritischen Systemtheorie*, Bielefeld: Transcript.
- Münch, Richard (1985): »Die sprachlose Systemtheorie. Systemdifferenzierung, reflexives Recht, reflexive Selbststeuerung und Integration durch Indifferenz«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1, 19–28.
- Nahamowitz, Peter (1985): »›Reflexives Recht‹: Das unmögliche Ideal eines post-interventionistischen Steuerungskonzepts«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1, 29–44.
- Röhl, Klaus J. (2013): »Zum Dogma vom Vollzugsdefizit des Rechts«, in: *RSOZBLOG.de* 10.02.2013, https://www.rsozblog.de/zum-dogma-vom-vollzugsdefizit-des-rechts/#_ftn1 (letzter Zugriff: 03.04.2023).
- Scharpf, Fritz W. (1989): »Politische Steuerung und politische Institutionen«, in: *Politische Vierteljahresschrift* 1, 10–21.
- Schelsky, Helmut (1980): *Die Soziologen und das Recht. Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Scherr, Albert (Hg.) (2015): *Systemtheorie und Differenzierungstheorie als Kritik. Perspektiven in Anschluss an Niklas Luhmann*, Weinheim: Beltz Juventa.

- Schuppert, Gunnar F. (Hg.) (2006): *Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien*, Baden-Baden: Nomos.
- Schweer, Sebastian (2019): »Salvador Allende, TINA-Turner, die ›Kommunistenmaschine‹ und die Hypothek des Totalitarismus. Die literarische Verhandlung des chilenischen Cybersyn-Projekts in Sascha Rehs Roman Gegen die Zeit«, in: Bageritz, Imme/Hombreicher, Hartmut/Kostial, Vera K./Kroucheva, Katerina (Hg.), *Fortschritt und Rückblick. Verhandlungen von Technik in Literatur und Film des 20. und 21. Jahrhunderts*, Göttingen: V&R unipress, 225–240.
- Seefried, Elke (2014): »Steering the future. The emergence of ›Western‹ futures research and its production of expertise, 1950s to early 1970s«, in: *European Journal of Futures Research* 1, 1–12.
- Teubner, Gunther (1989): *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Teubner, Gunther (2010): »Selbst-Konstitutionalisierung transnationaler Unternehmen? Zur Verknüpfung ›privater‹ und ›staatlicher‹ Corporate Codes of Conduct«, in: Grundmann, Stefan/Haar, Brigitte/Merkt, Hanno (Hg.), *Unternehmen, Markt und Verantwortung. Festschrift für Klaus J. Hopt*, Berlin: de Gruyter, 1449–1470.
- Teubner, Gunther (2014): »Recht und Sozialtheorie: Drei Probleme«, in: *Ancilla Iuris* 135, 182–221.
- Teubner, Gunther/Willke, Helmut (1984): »Kontext und Autonomie: Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 1, 4–35.
- van Laak, Dirk (2012): »Technokratie im Europa des 20. Jahrhunderts – eine einflussreiche ›Hintergrundideologie‹«, in: Raphael, Lutz (Hg.), *Theorien und Experimente der Moderne. Europas Gesellschaften im 20. Jahrhundert. Unter Mitarbeit von Clelia Caruso*, Köln: Böhlau, 101–128.
- Willke, Helmut (2023): *Klimakrise und Gesellschaftstheorie. Zu den Herausforderungen und Chancen globaler Umweltpolitik*, Frankfurt a. M.: Campus.

Kimberlé W. Crenshaw: Race, Reform, and Retrenchment

I. Leben und wissenschaftliches Werk

In epistemologischer Hinsicht ist Crenshaws Denken wesentlich von einer induktiven Herangehensweise geprägt. Ob es um die Begründung und weitere Ausarbeitung ihrer Intersektionalitätstheorie oder auch die Entwicklung der Critical Race Theory (CRT) geht, stets bildet die rassebewusste (*race conscious*) Empirie die Grundlage ihrer Theoriebildung. So analysiert sie für ihre Theorie der Intersektionalität (siehe den Text von Sußner in diesem Band) die Begründungen sich negativ auswirkender Gerichtsurteile für Schwarze¹ Frauen. Als eine der bedeutendsten Schwarzen feministischen Rechtswissenschaftlerinnen, die zu Schwarzem Rechtswissen und Schwarzen Rechtspraktiken forscht, sieht sich Crenshaw einem epistemologischen Dilemma unterworfen. Die Bezeichnung der Forschungssubjekte als »sie« (*they*), die durch die wissenschaftlichen Konventionen vorgegeben sind, soll Objektivität suggerieren, riskiert allerdings, nur die Perspektive der Dominanzgesellschaft darzustellen. Zwar räumt Crenshaw ein, dass in dem »sie« ein stilles »wir« (*we*) mitschwingt. Dennoch berge die Bezeichnung zum einen die Gefahr des Selbstausschlusses aus der eigenen kulturellen Gruppe, und zum anderen bringe die Verwendung des »wir« den Vorwurf der unwissenschaftlichen Annäherung mit sich. Dieses Dilemma versucht die Autorin durch die gelegentliche Verwendung des »sie« zu überwinden, während sie die Effekte dessen zu reflektieren vermag (Crenshaw 1988: 1332).

Nach ihrem Bachelor of Arts in 1981 an der Cornell University und ihrem Juris Doctor (vergleichbar mit dem Studium der Rechtswissenschaften in Deutschland) 1984 an der Harvard Law School absolvierte sie ihren LL.M. (Master of Laws) 1985 an der University of Wisconsin. Seit 1986 hat Crenshaw eine Professur an der UCLA Law School und seit 1991 an der Columbia University School of Law inne. Als

1 Crenshaw (und ihr folgend die Autor:innen dieses Textes) verwendet den Begriff »Schwarz« (*Black*) als Selbstbezeichnung (Crenshaw 1988: 1332). »Schwarz« wird großgeschrieben und nominalisiert, um damit eine spezifische kulturelle Gruppe zu bezeichnen und dem Begriff seine Funktion der bloßen Beschreibung äußerlicher Merkmale zu entziehen, die ihm in der Unterordnung von Schwarzen inhärent war.

Rechtswissenschaftlerin mit Fokus auf das Antidiskriminierungsrecht gehört Crenshaws Werk zum Kanon der US-amerikanischen Jurisprudenz. Während im deutschen Kontext vielfach auf ihre theoretische Konzeption der Intersektionalität zurückgegriffen wird und Crenshaw zu Recht (und insbesondere von feministischen Rechtswissenschaftler:innen) für diese Arbeit gewürdigt wird (vgl. Gunda-Werner-Institut und CIJ: 2019), bleibt die Bedeutung von Rasse und rassistischem Bewusstsein in ihrem Werk weitgehend unbeachtet (Barskanmaz 2019a). Die Gründe hierfür sind wohl ähnliche wie in den USA, wo die Bedeutung der Wirkmächtigkeit von Rassebewusstsein (*race consciousness*) und die Vielschichtigkeit des Rassebegriffs verkannt werden (siehe Abschnitt 3 als Hauptinhalt des Schlüsselwerkes; Barskanmaz 2019a).

Crenshaw trennt Wissenschaft nicht von Aktivismus, wenngleich ihre Veröffentlichungen durchgehend eine brillante analytische Tiefe und akurate Rechtsdogmatik aufweisen. Zwar war sie nicht Teil der Bürgerrechtsbewegung (*Civil Rights Movement*), allerdings kann sie als ihre unmittelbare intellektuelle Erbin bezeichnet werden. Nach eigenen Angaben ist sie in einem Haushalt groß geworden, in dem sowohl die Lehren und Ansätze von Martin Luther King Jr. als auch Malcolm X diskutiert und befürwortet wurden. Elemente beider Denkschulen schimmern in ihren Arbeiten gelegentlich durch: Auf der politischen Ebene lebt sie den Pragmatismus von Martin Luther King Jr. vor, in ihren Analysen bleibt sie radikal herrschaftskritisch. Sie ist Mitbegründerin des 1996 gegründeten *African American Policy Forum* (AAPF), dessen Vorsitz und Geschäftsführung sie heute noch inne hat. In der Zielsetzung und Arbeit des AAPF wird auch das Selbstverständnis von Crenshaw erkennbar: Der Abbau struktureller Ungleichheit und die Förderung von rassialer Gerechtigkeit (*racial justice*) durch das Zusammenbringen von Akademiker:innen, Aktivist:innen und politischen Entscheidungsträger:innen, die den politischen Diskurs prägen und Strategien entwickeln, um jene Strukturen zu durchbrechen und abzubauen. Über die AAPF gab sie das Buch *Say Her Name: Resisting Police Brutality Against Black Women* (2015) heraus und startete anschließend die Kampagne #SayHerName, um auf Polizeigewalt gegen Schwarze Frauen und Mädchen aufmerksam zu machen. Sie gehörte unter anderem zum juristischen Team von Anita Hill, einer ehemaligen Schwarzen Mitarbeiterin des für den US-Supreme Court nominierten konservativen Schwarzen Juristen Clarence Thomas (Crenshaw: 2019; für den Fall siehe Schäffner: 2022). Zum einen die Erfahrung als Anwältin für Anita Hill und zum anderen die Beobachtung des Verfahrens gegen O.J. Simpson verfestigten ihre Analysen hinsichtlich der Wirkmacht von Rasse und Geschlecht. In beiden Fällen waren die Angeklagten Schwarze Männer: Clarence Thomas wurde des sexuellen Übergriffs an Anita Hill, einer Schwarzen Frau, und O.J. Simpson des zweifachen Mordes an seiner weißen Ex-Frau und ihrem weißen

Partner beschuldigt. Während Clarence Thomas die Kampagne gegen ihn als »high-tech lynching« bezeichnete und somit alte Bilder des gelynchten Schwarzen Mannes nutzte, um Solidarität zu generieren, wurde Anita Hill mit typischen Stigmata gegenüber Schwarzen Frauen in Form der sexuellen Verfügbarkeit, Unglaubwürdigkeit und fehlender Fürsorge belastet. In diesem Fall warf Crenshaw der antirassistischen Bewegung eine männerzentrierte, rassiale Solidarität mit Thomas vor und bezichtigte die feministische Bewegung der Ignoranz gegenüber der rassialen Dynamiken in diesem Fall. Im Verfahren gegen O.J. Simpson beobachtete sie hingegen die paradoxe Rolle von Rasse: Einerseits wurde der Verteidigung vorgeworfen, die *race card* zu spielen, andererseits spielte Rasse eine performative Rolle, gerade weil der Beschuldigte ein Schwarzer Mann und die Ermordete eine weiße Frau waren.

Ihre Arbeiten zur Intersektionalität und zu der CRT prägten die Ausarbeitung des Gleichheitssatzes in der Verfassung Südafrikas. Aufgrund ihrer Expertise wurde sie 2001 zur Berichterstatterin der UN-Weltkonferenz gegen Rassismus, Rassendiskriminierung, Fremdenfeindlichkeit und damit zusammenhängender Intoleranz. Sie verfasste das Hintergrundpapier zu Rassen- und Geschlechterdiskriminierung mit. Zusammen mit Catherine A. MacKinnon, mit der Crenshaw seit Jahrzehnten akademisch verbunden ist, veröffentlichte sie einen Beitrag mit einem eigenen Vorschlag für ein Zusatzprotokoll für Gleichheit, weil das geltende Recht, die Doktrin und Rechtspraxis der Komplexität der intersektionalen Diskriminierung nicht gerecht würden (MacKinnon/Crenshaw 2019).

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Werkes

Den Artikel *Race, Reform and Retrenchment* (Crenshaw 1988), der in diesem Beitrag als Schlüsseltext erörtert wird, verfasst Crenshaw in der wissenschaftlichen Tradition des Rechtsanwalts und Universitätsprofessors Derrick Bell, der als Pionier der CRT gilt und die Rolle von Rasse im Recht herausgearbeitet hat (1331). Crenshaw selbst prägt den Begriff »Critical Race Theory«, welche sie als eine Deutungsmethode versteht, durch die Geschichte, soziale Beziehungen und politische Ergebnisse verstanden und beschrieben werden können (NPR 2022), d.h. »racial literacy«. Dabei weist sie darauf hin, dass bereits Personen wie z.B. Martin Luther King in dieser Tradition standen, bevor es den Begriff gegeben hat (Crenshaw 2022). In ihrem Beitrag erarbeitet sie drei zentrale Punkte, die elementar für die sich zu jenem Zeitpunkt entwickelnde CRT werden. Sie stellt heraus, dass Rasse den zentralen Unterbau der US-amerikanischen Gesellschaft bildet. Die Umstände, die zur Unterdrückung von

Schwarzen führten, seien diejenigen, die aufgebrochen werden müssten, um rassiale Gerechtigkeit zu erreichen. Rein formalistische Gleichheitsverständnisse seien dazu nicht in der Lage.

Der Beitrag entstand zwanzig Jahre nach der Verabschiedung der Bürgerrechte für Schwarze, insbesondere des Civil Rights Acts 1964 als eine der ersten Bürgerrechtsreformen. 1984 wurde eine Kommission durch Präsident Ronald Reagan einberufen, um den Geburtstag von Martin Luther King Jr. zu ehren, der im Jahr zuvor zum nationalen Feiertag erklärt wurde. Die Kommission sollte Richtlinien für die Staaten für die Vorbereitung des Feiertages entwerfen. Auch wenn dessen Erklärung in die Amtszeit von Reagan fiel, so war doch seine politische Agenda ablehnend gegenüber den Bürgerrechtspolitikern der vergangenen Jahre, so dass sie als anti-Schwarz und bürgerrechtsgegnersch skandalisiert wurde (1338). Stiftungen wie die *Heritage Foundation* bildeten sowohl durch die Beratung der Regierung als auch durch Diskursverbreitungen und -verschiebungen in den 1970er-Jahren die Grundlage dieser Politik, welche ein rein formalistisches und farbenblindes (*color-blind*²) Verständnis von Bürgerrechten propagierten (1337 ff.). Es war die Reagan-Administration, die sich zum Ziel setzte, eine rechtspositivistisch-formalistische Auslegung des Antidiskriminierungsrechts voranzutreiben, um so einen *color-blind*-Ansatz zu etablieren. Dabei standen vor allem die *affirmative action*-Maßnahmen zur Förderung von Schwarzen Minderheiten an staatlichen Universitäten im Zentrum. Die *Bakke*-Entscheidung des US-Supreme Court³ (1978) stellt hier eine judikative Zäsur dar. Mit diesem Urteil erklärte der Oberste Gerichtshof starre Quoten für Schwarze Studierende für das Medizinstudium an der University of California (Davis) erstmalig für verfassungswidrig.

An diese Debatten um Bürgerrechte und das Antidiskriminierungsrecht schließt sich Crenshaws Ausformung der CRT insbesondere mit

- 2 Für ein weitreichendes Verständnis des Konzepts der Farbenblindheit/Farbenignoranz, s. Apfelbaum et al. 2012: »Color blindness is rooted in the belief that racial group membership and race-based differences should not be taken into account when decisions are made, impressions are formed, and behaviors are enacted. The logic underlying the belief that color blindness can prevent prejudice and discrimination is straightforward: If people or institutions do not even notice race, then they cannot act in a racially biased manner. This notion that color blindness has the capacity to ›short-circuit‹ the typical processes by which bias emerges was epitomized by U.S. Supreme Court Chief Justice John Roberts' opinion in a 2007 case involving a local school district's efforts to achieve diversity: ›The way to stop discrimination on the basis of race is to stop discriminating on the basis of race‹ (Parents Involved in Community Schools v. Seattle School District, 2007).«
- 3 US Supreme Court, 438 U.S. 265 (1978), *Regents of the University of California v. Bakke*.

dem besprochenen Text an, mit der sie die Verständnisse des Antidiskriminierungsrechts von der *New Right* und der *New Left* kritisiert. Beiden Seiten wirft sie vor, in ihrer Kritik am Antidiskriminierungsrecht die Geschichte sowie den *status quo* der Realität von Schwarzen in den USA nicht gebührend zu berücksichtigen und so das für diese befreiende Potential des Antidiskriminierungsrechts zu übersehen (siehe unten). Das Anliegen der CRT besteht ihrer Lesart nach darin, Rasse und Recht kritisch zu hinterfragen und deren Chancen für eine Ermächtigung und Emanzipation aufzuzeigen und zu nutzen (Barskanmaz 2019b: 16). Eine zeitliche oder auch inhaltliche Demarkierung zwischen ihren Arbeiten zu Intersektionalität und CRT ist nicht zielführend, vielmehr sind beide Kritiken und Theorien gleichursprünglicher Natur. Die Untrennbarkeit von Rasse und Intersektionalität sowie ihr Verständnis der Rolle des Rechts wird zutreffend so formuliert: »Politische Intersektionalität bedeute, so Crenshaw, dass rechtlich wirksame Maßnahmen nur daran gemessen werden, wie sie imstande sind, die Lebenslagen der am meisten marginalisierten Zugehörigen von dehumanisierten Gruppen sichtbar zu machen« (Auma 2019). Für ihre Kritik an strukturellen Ungleichheiten von Schwarzen zieht sie regelmäßig Ergebnisse quantitativer soziologischer Studien heran. Mehr noch, Crenshaw lässt keine Gelegenheit aus, auf den entscheidenden Beitrag aussagekräftiger Statistiken bei der Bekämpfung struktureller Diskriminierung hinzuweisen. Daneben stützt sie sich vornehmlich auf die kanonischen Werke von etwa Jacques Derrida, Frantz Fanon, Sander L. Gilman oder Georg M. Fredrickson, um die historischen, ideologisch-diskursiven Konstruktionen von Schwarzsein zu diskutieren.

3. Darstellung des Schlüsseltextes

Crenshaw systematisiert in ihrem Artikel *Race, Reform and Retrenchment* die Bedeutung der Bürgerrechtsreformen für rassiale Gleichheit sowie die Rolle von Rassismus in der Unterdrückung Schwarzer in den USA in drei Abschnitten: Sie stellt die Kritik an der Bürgerrechtsreform durch Neokonservative, die sie als Neue Rechte bezeichnet, sowie durch Wissenschaftler:innen der *Critical Legal Studies* (CLS), die sie innerhalb der Neuen Linken verortet, dar und zeigt das mangelnde Verständnis dieser beiden Kritiken für die Permanenz der Unterdrückung Schwarzer sowie der tief verwurzelten weißen Überlegenheit in der US-amerikanischen Gesellschaft auf. Zuletzt erweitert sie den Ansatz der CLS um die Dimension Rasse und schlägt damit eine neue kritische Lesart des Antidiskriminierungsrechts vor.

(1) Im Abschnitt *The New Right Attack: Civil Rights as ›Politics‹* stellt Crenshaw die Argumentationsstruktur der Neuen Rechten dar, deren

Kritik an den Bürgerrechten insbesondere darin besteht, dass diese bloß eine Politik von Sonderrechten sei. Dabei zeigt Crenshaw auf, wie politisch aufgeladen das Argument selbst ist. Laut der Autorin sind aus Sicht der Rechten Recht und Politik voneinander getrennte Systeme, weshalb Bürgerrechte vor einer politischen Instrumentalisierung zu schützen seien. Aus konservativer Sicht sei die Bürgerrechtsbewegung über das Ziel hinausgeschossen, da diese nicht mehr für Gleichheit vor dem Gesetz, sondern für Ergebnisgleichheit kämpfe. Vor diesem Hintergrund seien die aufkommenden Ressentiments gegenüber Schwarzen nachvollziehbar, zumal die Visionen der Bürgerrechtsbewegung eine Bedrohung für die demokratischen Institutionen darstellten, die Justiz delegitimierten und die Bevölkerung demoralisierten. In diesem Kontext greift Crenshaw die Kritik an den Bürgerrechten des neokonservativen Wissenschaftlers Thomas Sowell auf, um darzustellen, welche Ambiguitäten das Antidiskriminierungsrecht selbst beinhaltet, die es laut Crenshaw auszuhalten und zu verstehen gilt (1339 ff.).

Sowell zufolge repräsentierten Bürgerrechtspolitikern eine faschistische Haltung, die die Demokratie gefährdeten. Die Politiken selbst würden die anti-Schwarze Haltung nicht nur rechter politischer Akteure, sondern auch der demokratischen Mitte verursachen (Sowell 1984 in Crenshaw ebd.). Denn die Erringung der Bürgerrechte sei bereits abgeschlossen, sodass weitere Forderungen um Gleichheit nur eine Politisierung des Rechts durch eigene Interessen darstellten. In der Folge führe dies zu einer Destabilisierung der US-amerikanischen Gesellschaft, an der sich auch Richter:innen beteiligten (ebd.). Ihre Kritik an dem Vorwurf der Politisierung bzw. der Behauptung, Recht und Politik seien voneinander getrennte Systeme, finden Anschluss im Rechtsrealismus (*Legal Realism*) sowie im europäischen Strukturalismus und Post-Strukturalismus.

Der Kritik Crenshaws liegt zum einen ihre Erkenntnis zugrunde, dass dem Antidiskriminierungsrecht die Spannung von Gleichheit vor dem Gesetz sowie Ergebnisgleichheit inhärent ist (ebd.). Gleichheit, verstanden in einem weiten Sinne, richtet sich nach der Ergebnisgleichheit und misst diese an den tatsächlichen Konsequenzen für Afro-Amerikaner:innen. Ziel ist demnach die Beseitigung der Umstände, die zur Unterdrückung der Schwarzen führten. Institutionen wie Gerichte würden somit als Instanzen verstanden, die diese Unterdrückungsmechanismen auflösen können. Das hierbei angelegte enge Verständnis von Gleichheit hingegen beziehe sich auf das Verfahren und die Gleichheit vor dem Gesetz. Die tatsächliche Wirkung von Diskriminierung verharmlost würde und als Fehlverhalten verstanden gegenüber Individuen, die über bestimmte Merkmale verfügen, aufgrund derer sie diskriminiert werden, zum Beispiel der Hautfarbe, nicht aber gegen eine gesamte Gruppe, zum Beispiel Schwarze. Wenn es um die Aufarbeitung der Verbrechen, die in der Vergangenheit gegenüber Schwarzen begangen worden sind, ginge, würde

immer gegen die Unschuld der weißen Personen abgewogen mit dem Ergebnis, dass Letztere stets überwiege. Es geht also nach diesem restriktiven Verständnis von Gleichheit nur um Einzelfallgerechtigkeit. Dass es ein formalistisches und materiales Gleichheitskonzept gibt, zeigt nach Crenshaw, dass die Interpretation des Antidiskriminierungsrechts von dem politisch-gesellschaftlichen Verständnis der auslegenden Person abhängt. Nach einem restriktiven Verständnis sei der Grund dafür, dass beispielsweise Schwarze mehr von Armut betroffen sind, auf das Unvermögen der Individuen innerhalb der jeweiligen Gruppen, sich anzupassen oder ›hart‹ zu arbeiten, um Wohlstand zu erreichen, zurückzuführen. Doch die Gleichheit vor dem Gesetz würde nur Chancengleichheit hervorbringen, wenn alle anderen gesellschaftlichen Faktoren in einer nichtdiskriminierenden Weise operierten. Wenn also festgestellt würde, dass nicht alle Personen gleiche Voraussetzungen haben und dass Diskriminierung aufgrund von Rasse die Grundlage für gesellschaftliche Zustände bildete, würde Rasse zum einen als Konstruktion entlarvt sowie dessen Funktion in der Unterdrückung von Schwarzen erkannt werden. Insoweit ist Crenshaw im Einklang mit den CLS, die davon ausgehen, dass die eigene Weltanschauung die normative Funktion des Rechts, die man ihr zuschreibt, bestimmt (1345). Für Crenshaw ist es daher elementar, dass es sich nicht um unterschiedliche Auslegungen des Rechts, sondern um unterschiedliche Deutungen von Welt handelt (1346).

Um das Antidiskriminierungsrecht in einer Weise auslegen zu können, die die Beendigung der Unterdrückung von Schwarzen herbeiführen kann, ist es aus Crenshaws Sicht notwendig, dem *bottom up*-Ansatz nach Matsuda zu folgen, der zufolge die Wahrnehmung und der Blick auf das Leben von unterdrückten Minderheiten eine andere Perspektive der Realität bietet (Matsuda 1987; Crenshaw 1988: 1349). Denn die Verabschiedung der Bürgerrechtsreformen in den 1960ern erweckte Erwartungen an diese Rechtstexte, die diese gar nicht zu erfüllen in der Lage waren und sind. Sie beinhalteten Widersprüche und schafften somit Ungewissheit hinsichtlich der wahren Absicht bezüglich der Beseitigung der Rassendiskriminierung. Das reine Bekenntnis zu Rassengleichheit durch ein farbenblindes Antidiskriminierungsrecht behindere den Kampf um die Beseitigung der weißen Vorherrschaft. Diese könne nur angegangen werden, wenn die Realität der sogenannten Anderen anerkannt werde. Auf der anderen Seite mache gerade diese Rhetorik der Gleichheit es für Schwarze schwer, die eigene soziale Wirklichkeit anzuerkennen und zu benennen. Denn zum einen identifizieren sich die diskriminierenden Personen als Unterstützer:innen von Chancengleichheit, ohne gerade jene zu verwirklichen, und zum anderen sind die formalen Zugangshindernisse durch die Abschaffung der Segregation nicht mehr sichtbar. Dies führt zu einer Akzeptanz des *status quo*. Daher ist dieses

Verständnis des Antidiskriminierungsrechts aus Crenshaws Sicht ein Instrument, das die bestehenden Ungleichheitsverhältnisse stabilisiert und bestärkt (1348).

(2) Mit dieser kritischen Bestandsaufnahme der Wirkung des Antidiskriminierungsrechts steht Crenshaw zwar den CLS nahe. In dem Abschnitt *The New Left Attack: The Hegemonic Function of Legal Rights Discourse* kritisiert sie diese für den Kontext der Bürgerrechte aufgrund ihrer mangelnden Berücksichtigung struktureller rassialer Unterdrückung und der Bedürfnisse von Schwarzen allerdings als unzureichend (1350). Die *crits* (Vertreter:innen der CLS) seien nicht in der Lage, adäquate Vorschläge für die Bürgerrechtsbewegung zu entwickeln. Ausgangspunkt der *crits* sei das Verständnis von Recht als kontingent und als Aneinanderreihung von ideologischen Konstrukten, die hegemoniale Verhältnisse aufrechterhalten (1350). Für Crenshaw steht die meisterhafte Leistung dieser Denkschule, die gerade die Inkonsistenzen der Doktrin musterhaft entlarven konnte, außer Zweifel. Der zentrale theoretische Baustein der *crits* ist das gramscianische Hegemoniekonzept. Demnach gehen sie davon aus, dass Herrschaft nicht nur aufgrund bloßen Zwangs funktioniere, sondern die Unterdrückten würden durch die Internalisierung von institutionellen Praktiken (Bildung, Politik, Medien, Familie, Religion, etc.) ihrer Unterdrückung zustimmen. Die Hegemonie lebt mit anderen Worten einen Konsens vor, der durch die sozialen Arrangements unausweichlich sei und sogar im Interesse der Unterdrückten erscheine. Vor diesem Hintergrund stellten Rechtsreformen für die *crits* lediglich leere Versprechungen dar, für grundlegende gesellschaftliche Fortschritte seien sie untauglich. Crenshaw diskutiert in diesem Zusammenhang die Grundlagenforschung von Alan Freeman, Mark Tushnet und Peter Gabel, die allesamt auf wichtige Aspekte, etwa die *critique of rights* (vgl. Buckel/Christensen/Fischer-Lescano 2020), verweisen. Den *crits* zufolge sind also jene, die sich der Illusion der Gerechtigkeit durch Rechte hingeben und die gegebenen sozialen Umstände akzeptieren, an der Reproduktion und Verfestigung von Unterdrückung beteiligt (1354).

Nach Crenshaw sind die Ansätze der *crits* zwar hilfreich, um die begrenzte transformative Kraft der bloßen Antidiskriminierungsrhetorik aufzuzeigen, sie wirken aber im Ergebnis unvollständig, da sie konkret die Schwarze Unterdrückung nicht in ihre Analyse aufnehmen. So würden die *crits* die transformative Bedeutung der Bürgerrechtsbewegung mit neuen politischen Forderungen für die Mobilisierung Schwarzer Amerikaner:innen und anderer Unterdrückter übersehen. Darüber hinaus verlören Crenshaw zufolge die *crits* die entscheidende hegemoniale und grundlegende Funktion des Rassismus für die US-amerikanische Gesellschaft selbst aus dem Blick (1356). Nicht nur das Recht, sondern auch Rassismus erfülle eine hegemoniale und somit formative Rolle für den Status quo in der US-amerikanischen Gesellschaft. Wie das Rechtsbewusstsein,

so behindert auch das implizite Rassebewusstsein von Weißen die Möglichkeit der Imagination einer anderen Welt. Damit weist Crenshaw auf die pertinente, aber unsichtbare weiße Normativität hin (1381).

Für die *crits* scheint das *trashing* – also die Abschaffung der herrschenden Ideologien des Rechts – die einzige Lösung für eine freie und gleiche Zukunft zu sein. Crenshaw konstatiert aber, dass es unwahrscheinlich ist, dass Schwarze es überhaupt in das »gelobte Land« der *crits* schaffen würden.

(3) Daher widmet sich Crenshaw im Abschnitt *The Context Defined: Racist Ideology and Hegemony* jenem Denkfehler, der dem Herrschaftsverständnis der *crits* unterliegt. Denn die Herrschaftsform konzeptuell als Hegemonie zu fassen, sei für das Phänomen der Unterdrückung Schwarzer aus einem einfachen Grund untauglich: Schwarze hätten ihre Unterdrückung nie konsentiert. Die Ausbeutung durch Versklavung, die Segregation und generell die Unterdrückung von Schwarzen in den Vereinigten Staaten konnte nur durch gewaltvolle Herrschaftstechniken durchgesetzt werden. Von Zustimmung bei ihrer Unterwerfung könne keine Rede sein. Für Schwarze sei es überlebenswichtig gewesen, zunächst ihre jahrhundertelange Dehumanisierung zu beseitigen, indem sie für formelle Gleichheit kämpften, also für die Beseitigung der Zweiklassengesellschaft. Wenngleich der Liberalismus eine gewisse Mystifizierung von Machtverhältnissen herbeiführe, so wohne dem Liberalismus (»Gleichheit vor dem Gesetz«) weiterhin ein transformatives Potenzial inne und er könne einigen Forderungen von Schwarzen entgegenkommen. So betrachte führe das *trashing* des Bewusstseins für Bürgerrechte unintendiert zur Entmachtung von Schwarzen Menschen, während die weiße Vorherrschaft unangetastet bleibe. Zugespitzt könne man von jahrhundertlang versklavten und entrechteten Menschen nicht erwarten, dass sie auf die Forderung nach Staatsbürgerschaft und Gleichheit vor dem Gesetz verzichteten und sich stattdessen für die Abschaffung der US-amerikanischen Staatsbürgerschaft einsetzten. Crenshaw stellt fest, dass formale Gleichheit für die Bürgerrechtsbewegung nach wie vor eine große Errungenschaft darstellt (ebd.), wenngleich diese nur der Anfang sein kann, da dieser die tief verwurzelten rassialen Hierarchien, konkreter die weiße Vorherrschaft, nicht beseitigen könne (1384).

Dass die Einforderung und das Erringen von Bürgerrechten mit Risiken und Gefahren für Schwarze verbunden ist, ist auch Crenshaw bewusst, weshalb sie sich den *crits* intellektuell und analytisch weiterhin verbunden fühlt. Sowohl ein sich Einreihen in dominante Diskurse als auch der Verzicht darauf bleibe eine Wahl zwischen Pest und Cholera. Es komme darauf an, eine Analyse für die Schwarze Gemeinschaft zu bieten, die geschickt zwischen den Diskursen navigiert, um so ihre Existenzgrundlagen zu verbessern. Hierfür sei ein rassebewusster und pragmatischer Ansatz entscheidend (1369), um das befreiende Potenzial des

Antidiskriminierungsrechts zu maximieren und um gleichzeitig auf die Gefahren der Aufrechterhaltung von struktureller Diskriminierung hinzuweisen. Diesen Ansatz begründet sie in Anlehnung an Gramscis »Krieg der Positionen«, mit dem sie auf das Potenzial von Gegenhegemonien verweist. Dies bedeute wiederum Massenproteste, individuelle Formen von Widerstand (Rosa Parks), die Anrufung der Öffentlichkeit (Martin Luther King Jr.) und strategische Prozessführungen von Schwarzen Organisationen wie etwa der NAACP (*National Association for the Advancement of Colored People*) anzuerkennen (1382).

Neben der nötigen (theoretischen) Innovation des Antidiskriminierungsrechts bleibt für Crenshaw der selbstbewusste und ideologisch gefestigte Kampf in den USA für Schwarze und andere Unterdrückte stets unausweichlich (1384 ff.). So beendet sie ihre Analyse mit der Forderung: »[T]his new approach should not be defined and thereby limited by the possibilities of dominant political discourse, but should maintain a distinctly progressive outlook that focuses on the needs of the African-American community« (1387).

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung und Diskussion in der Rechtssoziologie

Der dargestellte Text gilt als einer der Schlüsseltexte der CRT. 1988 erstveröffentlicht, war er der zweite Artikel überhaupt, der im *Harvard Law Review* zu Schwarzem Bewusstsein veröffentlicht wurde (Matsuda 2020). 2011 erschien er in einer gekürzten Version (Crenshaw 2011) und 2020, nachdem Breonna Taylor 2020 durch einen polizeilichen Schuss getötet wurde, wurde er nochmals in der Erstfassung abgedruckt (Crenshaw 1988 in 2020). Zur ersten Generation von CRT gehören etwa Texte von Derrick Bell, Richard Delgado, Mari Matsuda, Gary Peller, Patricia Williams, Lani Guinier, Charles Lawrence III, Neil Gotanda, Cheryl Harris und Kendall Thomas. Die Wiederveröffentlichung 2020 reihte sich ein in die Proteste im Rahmen der *BlackLivesMatter*-Bewegung nach der Ermordung von George Floyd durch Polizeibeamte (Matsuda 2020), die weltweit und auch in Deutschland Widerhall fand. Es wurden zwar die Erkenntnisse der CRT für die Kritik der Institution Polizei und rassistischer (Polizei-)Gewalt herangezogen (siehe für einen Überblick Hunold/Singelnstein 2022). In der Rechtssoziologie fand sie keine besondere Berücksichtigung. Die CRT ist heute vermehrt Gegenstand von rechten Angriffen, sowohl in den USA, als auch in Deutschland. In den USA herrscht regelrecht ein Kulturkampf um die CRT und inzwischen gelten in einigen US-Bundesstaaten Verbote, die Inhalte der CRT an Schulen zu unterrichten (ACLU 2022).

Der in Deutschland nur wenig beachtete Ansatz der CRT wird durch ein europaweites Netzwerk auf den europäischen Kontext übertragen (Barskanmaz 2019b; Benthoumi/Möschel 2017, Bruce-Jones 2008; Möschel 2011, Zevounou 2021). Dessen Erkenntnisse werden genutzt, um beispielsweise die Aufarbeitung des Diskriminierungsverbots aufgrund von Rasse in der Rechts- und Rassismusforschung voranzutreiben. Die geringe Beachtung der CRT in Deutschland wird insbesondere an den Diskussionen um die Verwendung des Rasse-Begriffs im Grundgesetz und anderen Rechtstexten deutlich. Während einige Stimmen die Streichung des Begriffs aufgrund seiner historischen Aufladung insbesondere durch den Nationalsozialismus mit dem Argument befürworten, dass es keine Menschenrassen gäbe (Cremmer 2010; Liebscher 2021, Tabbara 2021; rechtshistorisch allerdings nicht tragbar, siehe Hong 2020), vertritt die CRT den Ansatz, dass Rasse eine zentrale analytische Kategorie bilde (Barskanmaz 2022; Kaneza 2021), ohne die Rassismus als System und Machtverhältnis nicht zu verstehen sei. Denn nicht Rassismus sei das Ergebnis von Rasse, sondern umgekehrt (Ahmed 2004: Rn. 48 ff.). Den deutschen Anti-Rasse-Diskurs und die CLS-Kritik am Antidiskriminierungsrecht verbindet die fehlende analytische Tiefe des Rassebegriffs und die Ignoranz des emanzipatorischen Potenzials von Rasse als eine identitätspolitische und somit performative Kategorie.

Der grundgesetzliche Rassebegriff setzt nicht die Existenz von Rassen voraus, sondern knüpft an das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse an (Barskanmaz/Samour 2020; Barskanmaz 2022). Aufgrund der Gefahr der Verharmlosung und der historischen Unsichtbarmachung sowie Wirkmacht des Konzepts Rasse wies auch der UN-Ausschuss für die Beseitigung von Rassendiskriminierung (CERD) eine Streichung des Begriffs ab (Angst 2020: Rn. 8). Auch der Zentralrat der Juden hat sich für die Beibehaltung des Rassebegriffs ausgesprochen, da dieser unter anderem an die Shoa erinnere (Schuster 2023). So wirken also Forderungen aus den Lehren der CRT fort, wenn ein sozialwissenschaftlich informierter Ansatz für die Rechtswissenschaft gefordert wird, um Diskriminierung überhaupt erst messen und sichtbar machen zu können, wenn es um Phänomene wie *Racial Profiling* geht (Barskanmaz 2022). Denn nur das Verständnis von Rasse als soziale und performative Kategorie kann die Bemühungen um rassiale Gleichheit sowohl innerhalb als auch außerhalb des Rechts verdeutlichen. Es stellt sich die Frage, inwiefern sowohl die qualitative als auch die quantitative Soziologie in Deutschland im Sinne der CRT Rasse (und nicht *race*) als analytische Kategorie wieder einzuführen vermag. In Frankreich werden bereits erste Entwicklungen in diese Richtung beobachtet (im Überblick Blanc 2023).

Rechtssoziologisch relevante Arbeiten im Sinne von Crenshaw sind insbesondere für Themenfelder wie Rechtsmobilisierung (strategische Prozessführung) und das emanzipatorische Potenzial des Antidiskriminierungsrechts zu vermerken. So zeigt die Pionierarbeit von Eddie Bruce-Jones (2018), welche Widerstandspraktiken Schwarze und weitere

Communities gegen institutionalisierte Formen von Rassismus entwickeln und wie sich das Rechtswissen hiergegen formiert. Als langjähriger Prozessbeobachter und Rechtsethnologe zeigt Eddie Bruce-Jones (SOAS) aufgrund des Oury-Jalloh-Falls, wie Schwarze Communities transnationale Rechtskämpfe führen und das ambivalente Verhältnis von Rasse und Recht aushalten und immer wieder neu verhandeln. Auch die Arbeit von Iyiola Solanke (University of Oxford) zu Entwicklungsphasen anti-rassistischer Gesetzgebungen ist hier zu erwähnen. Sie führt im Vergleich zwischen Großbritannien und Deutschland vor, wie liberale, aber auch rechtsextreme Akteur*innen den Gesetzgebungsprozess bestimmen und beeinflussen. Desweiteren sind Crenshaws Arbeiten für die Weißseinsforschung relevant, die in rechtssoziologischer Hinsicht Bedeutung für Objektivitätsverständnisse erlangt (Hauck 2022).

Bei diesen Studien handelt sich jedoch um einzelne Ausnahmen, weiterhin besteht eine erhebliche Lücke im Hinblick auf Critical Race Theory in der Rechtssoziologie. Erforderlich und erkenntnisreich wären etwa künftige empirische Forschungen zur rassialen Zusammensetzung von rechtsanwendenden Institutionen, um so auch rassebewusste Prozesse empirisch zu durchdringen.

Literatur

- ACLU (American Civil Liberties Union (2022)): *Defending our Right to Learn*, <https://www.aclu.org/news/free-speech/defending-our-right-to-learn> (letzter Zugriff: 10.03.2024).
- Ahmed, Sara (2004): Declarations of Whiteness: The Non-Performativity of Anti-Racism, in: *borderlands* 3(2), http://www.borderlands.net.au/vol3no2_2004/ahmed_declarations.htm (letzter Zugriff: 10.03.2024).
- Angst, Doris (2020): »Einführung«, in: Angst, Doris/Lantschner, Emma (Hg.), *ICERD – Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung*, Handkommentar, Baden-Baden: Nomos.
- Apfelbaum, Evan P./Norton, Michael I./Sommers, Samuel R. (2012): »Racial Color Blindness: Emergence, Practice, and Implications«, in: *Current Directions in Psychological Science* 21(3), 205–209.
- Auma, Maisha-Maureen (2019): *Kimberlé Crenshaws Einfluss auf mein gerechtigkeitsstrategisches Denken*, 15.04.2019, Gunda Werner Institut, <https://www.gwi-boell.de/de/2019/04/15/kimberle-crenshaws-einfluss-auf-mein-gerechtigkeitsstrategisches-denken> (letzter Zugriff: 10.03.2024).
- Barskanmaz, Cengiz (2019a): »Antidiskriminierungsrecht mit Crenshaw – aber ohne Rasse?«, in: Gunda-Werner-Institut in der Heinrich-Böll-Stiftung/Center for Intersectional Justice (Hg.), *»Reach Everyone on the Planet ...« – Kimberlé Crenshaw und die Intersektionalität. Texte von und für Kimberlé Crenshaw*, Berlin, 99–104.

- Barskanmaz, Cengiz (2019b): *Recht und Rassismus: Das menschenrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse*, Berlin: Springer.
- Barskanmaz, Cengiz/Samour, Nahed (2020): »Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse«, in: *VerfBlog*, <https://verfassungsblog.de/das-diskriminierungsverbot-aufgrund-der-rasse/> (letzter Zugriff: 10.03.2024).
- Barskanmaz, Cengiz (2020), »Critical Race Theory in Deutschland«, in: *VerfBlog*, <https://verfassungsblog.de/critical-race-theory-in-deutschland/> (letzter Zugriff: 10.03.2024).
- Barskanmaz, Cengiz (2022), »Rasse: Eine interdisziplinäre Einordnung eines verfassungsrechtlichen Begriffs«, in: Froese, Judith/Thym, Daniel (Hg.), *Grundgesetz und Rassismus*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Benthouami, Hourya/Möschel, Mathias (2017): *Critical race theory: une introduction aux grands textes fondateurs*, Paris: Dalloz.
- Blanc, Maurice (2023): »Le Retour de la race dans les sciences sociales en France«, in: *Espaces et sociétés* 190 (3), 223–233.
- Bruce-Jones, Eddie (2008): »Race, Space, and the Nation State: Racial Recognition and the Prospects of Substantive Equality under Anti-Discrimination Law in France and Germany«, in: *Columbia Human Rights Law Review* 39 (2), 423–470.
- Bruce-Jones, Eddie (2018), *Race in the Shadow of Law. State Violence in Contemporary Europe*, London u.a.: Routledge.
- Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hg.) (2020): *Neue Theorien des Rechts*, 3. Aufl., Tübingen: Mohr Siebeck.
- Cremer, Hendrik (2010): *Ein Grundgesetz ohne »Rasse« – Vorschlag für eine Änderung von Art. 3 Grundgesetz*, Policy Paper Nr. 16, DIMR.
- Crenshaw, Kimberlé W. (1988): »Race, Reform, and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law«, in: *Harvard Law Review* 101 (7), 1331–1387.
- Crenshaw, Kimberlé W./Gotanda, Neil/Peller, Gary/Thomas, Kendall (Hg.) (1995): *Critical Race Theory. The Key Writings That Formed the Movement*, New York: The New Press.
- Crenshaw, Kimberlé W. (2011): »Race, Reform and Retrenchment: Transformation and Legitimation in Antidiscrimination Law«, in: *German Law Journal* 12 (1), 247–284.
- Crenshaw, Kimberlé W./Ritchie, Andrea J./Anspach, Rachel/Gilmer, Rachel/Harris, Luke (2015): *Say Her Name: Resisting Police Brutality Against Black Women*, https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/3226 (letzter Zugriff: 10.03.2024).
- Crenshaw, Kimberlé W. (2019): »»We Still Have Not Learned From Anita Hill's Testimony««, in: *UCLA Women's Law Journal* 26 (1), 17–20.
- Crenshaw, Kimberlé W. (2022), »Op-Ed: King was a critical race theorist before there was a name for it«, in: *Los Angeles Times*, 17.01.2022, <https://www.latimes.com/opinion/story/2022-01-17/critical-race-theory-martin-luther-king> (letzter Zugriff 20.03.24).
- Fredman, Sandra (2022): *Discrimination Law*, 3. Aufl., Oxford: Oxford University Press.

- Gunda-Werner-Institut in der Heinrich-Böll-Stiftung/Center for Intersectional Justice (Hg.) (2019): ›*Reach Everyone on the Planet ...*‹ – Kimberlé Crenshaw und die Intersektionalität. Texte von und für Kimberlé Crenshaw, Berlin, https://www.boell.de/sites/default/files/crenshaw_-_reach_everyone_on_the_planet_de.pdf (letzter Zugriff: 10.03.2024).
- Hauck, Sué G. (2022), »Weiße Deutungshoheit statt Objektivität: Der ›objektive Dritte‹ und die systematische Abwertung rassismuserfahrener Perspektiven«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 42 (2), 153–175.
- Hong, Mathias (2020): »›Rasse‹ im Parlamentarischen Rat und die Dynamik der Gleichheitsidee seit 1776 (Teil I)«, in: *VerfBlog*, <https://verfassungsblog.de/rasse-im-parlamentarischen-rat-i/> (letzter Zugriff: 10.03.2024).
- Hunold, Andrea/Singelnstein, Tobias (Hg.) (2022): *Rassismus in der Polizei: eine wissenschaftliche Bestandsaufnahme*, Wiesbaden: Springer VS.
- Kaneza, Elisabeth (2021): Rasse und der Grundsatz der Gleichheit, in: *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR)* 11–12, 395–399.
- Liebscher, Doris (2021): *Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus. Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie*, Berlin: Suhrkamp.
- Mangold, Anna K./Sacksofsky, Ute (Hg.) (2024): *Materiale Gleichheit*, Baden-Baden: Nomos Verlag (i.E.).
- Matsuda, Mari (2020): »Reflection on Kimberlé Crenshaw's Race, Reform, and Retrenchment«, in: *Harvard Law Review Blog*, <https://blog.harvardlawreview.org/reflection-on-kimberle-crenshaws-race-reform-and-retrenchment/> (letzter Zugriff: 10.03.2024).
- MacKinnon, Catherine A./Crenshaw, Kimberlé W. (2019): »Reconstituting the Future: An Equality Amendment«, in: *Yale Journal of Law and Feminism* 129, 343–364.
- Möschel, Mathias (2011): »Race in Mainland European Legal Analysis. Towards a European Critical Race Theory«, in: *Ethnic and Racial Studies* 34 (10), 1648–1664.
- NPR (2022): »Ideas that make up critical race theory have been around long before it got its name«, in: [npr.org, Radiobeitrag, 7 Minuten](https://www.npr.org/2022/09/13/1122621454/ideas-that-make-up-critical-race-theory-have-been-around-long-before-it-got-its-), <https://www.npr.org/2022/09/13/1122621454/ideas-that-make-up-critical-race-theory-have-been-around-long-before-it-got-its->.
- Roig, Emilia (2017): »Uttering ›race‹ in man colorblind France and post-racial Germany«, in: Fereidooni, Karim/El, Meral (Hg.), *Rassismuskritik und Widerstandsformen*, Wiesbaden: Springer VS, 613–627.
- Schäffner, Jannina (2022): »Anita Hill – Die Juristin, die einen Supreme Court Richter der sexuellen Belästigung beschuldigte«, in: *jurios.de*, <https://jurios.de/2022/04/13/anita-hill-die-juristin-die-einen-supreme-court-richter-der-sexuellen-belaestigung-beschuldigte/> (letzter Zugriff: 10.03.2024).
- Schuster, Josef (2023): »Der Begriff ›Rasse‹ erinnert an die Schoa«, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/rasse-im-grundgesetz-verfassung-muss-klar-und-schnoerkellos-sein-18728133.html> (letzter Zugriff: 10.03.2024).

- Solanke, Iyiola (2008): *Making Anti-Racial Discrimination Law. A Comparative History of Social Action and Anti-Racial Discrimination law*, London u.a.: Routledge.
- Tabbara, Tarik (2021): »Von der Gleichbehandlung der ›Rassen‹ zum Verbot rassistischer Diskriminierung«, in: *Der Staat* 60, 577–607.
- Zevounou, Lionel et al. (Hg.) (2021): *Race et droit. Seminar ›Race and colonial law‹*, Collection Transition & justice 31, Bayonne: Institut Franco-phone pour la Justice et la Démocratie.
- Kimberlé Crenshaw: Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics⁴

4 Mein Dank für Unterstützung und wertvolle Rückmeldungen in der Textarbeit gehen an Ali Mehrens.

Kimberlé W. Crenshaw: Demarginalizing the Intersection of Race and Sex

1. Leben und Werk

»Wer Kimberlé Crenshaw sagt, meint Intersektionalität – und umgekehrt« (Hark 2019: 31). Im Schlüsseltext *Demarginalizing Race and Gender* (Crenshaw 1989; idF *Demarginalizing*) prägte die Rechtswissenschaftlerin durch die Metapher einer Straßenkreuzung – der Intersektion – das Konzept der Intersektionalität. Ihre Ausgangsperspektive ist die Schwarzer¹ Frauen. So zeigt sie, wie ein kumulatives Zusammenspiel von *Rasse*² und Geschlecht Ausschlüsse aus Antidiskriminierungsrecht, feministischen und rassismuskritischen Bewegungen (re)produziert. Heute ist das Konzept der Intersektionalität fest in Gender Studies, Sozialwissenschaften und Rechtspraxis verankert (im Überblick Meyer 2017). Auch in der Rechtssoziologie wird ihr Werk rezipiert, wenngleich sich Crenshaw selbst nicht explizit in diesem Feld verortet. Für rechtssoziologische Arbeiten eröffnet ihre Metapher der Intersektionalität die Chance, Recht in seiner eigenlogischen »Funktion für das Soziale« (Baer 2023: 114) zu verstehen und einzuordnen (vgl. Rössl 2021). Dagmar Schiek sieht Intersektionalität in einer »socio-legal critique« (Schiek 2018: 82; vgl. auch Skeet 2019) verankert. Der Schlüsseltext *Demarginalizing Race and Gender* zeigt, dass diese Kritik in einem Anspruch auf soziale Gerechtigkeit verwurzelt ist.

»Intersektionalität war gelebte Realität, bevor sie zu einem Begriff wurde« (Crenshaw 2019a: 13). Kimberlé Crenshaw, geboren 1959, wuchs in Ohio (USA) im Kontext der erstarkenden Bürgerrechtsbewegung und als Kind von Lehrer:innen auf. 1981 erwarb sie ihren B.A. in Rechtswissenschaften an der Cornell University. Danach besuchte sie die Harvard Law School, die sie 1984 abschloss. 1985 folgte ein LL.M. der University of Wisconsin-Madison und anschließend eine Stelle als

- 1 Der Begriff ›Schwarz‹ ist in diesem Text in Anlehnung an *Demarginalizing* und im Sinne einer Selbstbezeichnung mit großem Anfangsbuchstaben geschrieben.
- 2 Dieser Beitrag setzt den Begriff *Rasse* kursiv, um auf die im deutschsprachigen Raum anhaltende Debatte über Beibehaltung/Streichung des Begriffs in rechtlichen Texten hinzuweisen (siehe etwa Gesetzentwurf Bündnis 90/Die Grünen, 19/24434 vom 18.11.2020 sowie Barskanmaz/Samour 2020).

Mitarbeiterin von Shirley Abrahamson, der ersten weiblichen Höchstrichterin am Wisconsin Supreme Court. Seit 1991 ist Crenshaw als Rechtsprofessorin tätig, 1995 nahm sie eine weitere Professur an der Columbia Law School an. Aus ihrer Zeit in Harvard erinnert Kimberlé Crenshaw die Proteste rund um die Nachfolge des Harvard-Professors und Bürgerrechtsaktivisten Derek Bell als prägend (Crenshaw 2002: 1344–1354). Bell war der erste fest angestellte Schwarze Professor und mit seinem Weggang drohte dem Thema Verfassungsrecht und Minderheiten der Ausschluss vom Lehrplan. Studierende rund um die Black Law Students Association und Third World Coalition – unter ihnen Kimberlé Crenshaw – formierten Widerstand, besetzten Räume und forderten eine Professur für *Minority Law*. Aus den Protesten entstand eine Kursinitiative mit später prominenten Critical Race-Theoretiker:innen, wie Richard Delgado, Linda Green, Mari Matsuda – und Kimberlé Crenshaw. Es war in dieser Zeit, als Crenshaw auch der feministischen Rechtskritikerin Catherine MacKinnon erstmals begegnete (Crenshaw 2010: 157–163). Deren – auf marxistischer Rechtstheorie aufbauende – radikal- oder dominanzfeministischer Zugang rief damals kritische Fragen nach Universalismus hervor. Crenshaw wechselte die Perspektive und nahm – retrospektiv folgerichtig – eine kritische Haltung gegenüber der Binarität von Rassismus- und Sexismuskritik selbst ein: »Indeed, having learned to think in institutional and structural terms about the everyday features of American racial stratification, MacKinnon's efforts to do the same with respect to gender seemed perfectly reasonable to me« (Crenshaw 2010: 160). Wenig später präsentierte sie auf einem gemeinsamen Podium mit MacKinnon erstmals ihr Intersektionalitätskonzept (Crenshaw 2010: 163–169). 1989 erschien im Chicago Legal Forum der Schlüsseltext *Demarginalizing Race and Gender*. In der Stanford Law Review folgte 1991 der Beitrag *Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence Against Women of Color* (Crenshaw 1991), der Intersektionalität anhand häuslicher Gewalterfahrungen von Frauen of Color weiterentwickelt. Gemeinsam bilden *Demarginalizing* und *Mapping the Margins* den Grundstock von Crenshaws Intersektionalitätskonzept.

Zusammengefasst lassen sich Leben und Werk von Kimberlé Crenshaw kaum trennen. Ihre *Rasse* – der Perspektive Schwarzer Frauen – verbunden. Als Wissenschaftlerin legte sie ihren Anspruch auf soziale Gerechtigkeit und damit ihr Vorverständnis explizit offen. Innerhalb der traditionellen Rechtswissenschaften, die Objektivität und Wertneutralität betonen, kann eine solche starke Positionalität (Harding 1992; vgl. zur *Outsider Jurisprudence* Hill Collins 1986) irritieren. Aus Perspektive der Critical Legal Studies scheint ihr Standpunkt konsequent.³

3 Siehe dazu gleich unter 2.

Hervorzuheben ist dabei Crenshaws außerwissenschaftliches Engagement und ihr Einsatz für tatsächliche Veränderung. Bereits 1995 unterstützte die Rechtswissenschaftlerin die rechtliche Vertretung von Anita Hill im sexuellen Belästigungsfall gegen den späteren US-Supreme Court Richter Clarence Thomas (Crenshaw 2019b). Ein Jahr später gründete sie den Think Tank African American Policy Forum mit, und 2011 rief sie das Center for Intersectionality and Social Policy Studies an der Columbia Law School ins Leben. Mit diesen Instituten initiierte sie 2014 die Initiative #SayHerName, die für Polizeigewalt gegen Schwarze Frauen sensibilisiert (Khaleeli 2016). Internationalen Einfluss entfaltete Kimberlé Crenshaws Wirken insbesondere auf UN-Ebene, wo sie an der UN-Weltkonferenz gegen Rassismus, Diskriminierung, Fremdenfeindlichkeit und Intoleranz im Jahr 2001 mitwirkte (Yuval-Davis 2006). Enge Verbindungen pflegt sie zum deutschsprachigen Raum, den sie zum zwanzig- und zum dreißigjährigen Jubiläum von *Demarginalizing* besuchte. In Berlin ist sie Ehrenpräsidentin des von Emilia Roig gegründeten Center for Intersectional Justice.

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Werks

Die Metapher der Intersektionalität entspricht ihrem historischen Kontext. Als Element der Critical Legal Studies steht sie weniger für ein geschlossenes Begriffs- und Aussagesystem, denn für ein entwicklungsoffenes Konzept (vgl. jedoch auch Carbado u. a. 2013 mwN; Crenshaw, 2019). »[...]Demarginalising, was informed by and written to bridge a number of divisions and discursive traditions that made up critical legal studies (CLS) in the 1980ies. [...] Navigating spaces constituted by such shifting dynamics and distinct discursive registers was art as much as politics. In fact, one might think of Demarginalising as a performance piece [...].« (Crenshaw 2019b: 225) Zu Beginn der 1980er Jahre, als Crenshaw Harvard besuchte, hatten die Critical Legal Studies (CLS) dort eine Plattform gefunden (Unger 1984). Die Bewegung umfasste Professoren wie Duncan Kennedy oder Gerald Torres, reflektierte den politischen Aufbruch der 1960er und 1970er Jahre und zielte auf nichts Geringeres ab, als »der Rechtsdogmatik die Unschuld zu rauben« (Frankenberg 2020: 178). Gefunden hatten sich die Crits auf Konferenzen, Workshops und Summerschools. 1977 hatte die erste Critical Legal National Conference stattgefunden. Gerade in Opposition zur Law and Economics-Bewegung (Baumgardner 2019: 2 ff.) galt es, Machtstrukturen im juristischen Diskurs herauszufordern (Menand 1986; Tushnet 1991). Dazu wandten sich die Crits – wie schon der Rechtsrealismus – gegen

die Idee, Recht existiere als kohärenter und gegenüber (anderen) sozialen Faktoren autonomer Formalzusammenhang (Tushnet 1980). Während für Rechtsrealist:innen die tatsächliche Wirkmächtigkeit extralegaler Faktoren im Zentrum steht (deutschsprachig etwa Stegmaier 2009; Kranenpohl 2011), gehen die Crits allerdings einen Schritt weiter. Sie interessieren sich für die gesellschaftlichen Zusammenhänge dieser extralegalen Faktoren und rekonstruieren vermeintlich objektive und wertneutrale juristische Techniken – wie Subsumtion oder Auslegungsmethoden – als juristische Machttechniken. Dabei legen sie sich auf keine spezifische Machttheorie fest (»väterlose Rechtskritik«, Frankenberg 2020: 176). Ende der 1970er Jahre konzentrierte sich eine erste Generation (Frankenberg 2020: 172 f.) von Crits auf Widersprüche und Unbestimmtheiten in juristischem Textmaterial. Dazu bauten sie auf marxistische Rechtszugänge auf, ließen sich jedoch – mittels des so genannten *trashings* – bewusst auf Details der Rechtsdogmatik ein: »Take specific arguments very *seriously* in their own terms; discover that they are actually *foolish* [...]; and then look for some (external observers's) *order* (not the *germ* of truth in the internally contradictory, incoherent chaos we've exposed« (Kelman 1990: 293, dazu auch Frankenberg: 179).

Mit den Jahren traten weitere Perspektiven hinzu. Eine zweite – feministische und rassismuskritische – Generation (Frankenberg 2020: 173) formierte sich (»FemCrit and RaceCrit turn«, Crenshaw 2002: 1355). Ein historisch entscheidender Punkt war die 1985 in Massachusetts stattfindende Critical Legal Studies Feminist Conference. Während dieser Zeit erlebte die feministische Bewegung gerade ihre »zweite Welle« (vgl. Lacey 2004; Sacksofsky 2019). Androzentrismus und männliche Dominanz standen im Zentrum der Kritik. Interventionen in geltendes Recht verdichteten sich, auch über juristische Fakultäten. Innerfeministisch war die Kategorie »Frau« zusehends umstritten und Differenzen innerhalb der Kategorie gewannen an Raum. FemCrits legten in diesem Zusammenhang weniger Fokus auf Rechtsinterventionen, etwa über Gewaltschutz oder Antidiskriminierungsrecht. Sie interessierten sich für strukturelle Verknüpfungen von Recht und Geschlecht als gesellschaftliche Machtverhältnisse (Crenshaw 2002; Baumgardner 2019) und wandten sich gegen männliche Dominanz innerhalb der eigenen Bewegung. »[F]eminist critique [...] originates not only in conceptual constructs but in experience – in *being* dominated, not just thinking about domination.« (Menkel-Meadow 1988: 61) Folgerichtig lässt sich die Fem-Crit Conference 1985 als eine *walk the talk*-Konferenz qualifizieren, die dezentrale und zugängliche Formate, Kinderbetreuung und peer-support integrierte. Feministische Methodologien, das Re-Reading von Judikatur sowie das Erfahren von *Otherness* standen inhaltlich im Zentrum (Baumgardner 2019: 5). Kimberlé Crenshaw organisierte damals einen Workshop zur Frage: »What is it about the whiteness of CLS that keeps

people of color at bay?» (Crenshaw 2002: 1355) Damit zentrierte sie Schwarze Frauen und nahm eine Perspektive ein, die sie wenige Jahre später unter dem Titel der Intersektionalität bekannt machte. Für die Critical Legal Studies markiert Crenshaws Verknüpfung zugleich einen Grundstein in der Entwicklung Critical Race Theory (Crenshaw et al. 1995) – der FemCrit Konferenz folgte 1987 in Los Angeles die Critical Legal Studies Conference, die *Rasse* zum Schwerpunkt machte.

Schließlich folgt auch Crenshaws Fokus auf Geschlecht und *Rasse*, die Perspektive Schwarzer Frauen, einem eigenen historischen Pfad. Die Autorin transformiert darüber Fragen und Analysen in den akademischen Raum, deren Wurzeln in Aktivismus und (Rechts-)Praxis liegen. Berühmtes Beispiel ist das Combahee River Collective. Dessen Manifest macht – auch unter Bezug auf Sexualität – stark, dass »Hauptunterdrückungssysteme miteinander verschränkt sind. Unsere Lebensbedingungen entstehen aus der Synthese dieser Unterdrückungsformen« (Combahee River Collective, 2022 (1977): 48). Crenshaw selbst verweist in *Demarginalizing* auf die Aktivistin Sojourner Truth (»Ain't I a woman?«, Crenshaw 1989: 153). Auch die Figur der »Jane Crow«, mit der die Juristin Pauli Murray Bürgerrechts- und Frauenrechtsbewegung auf einen gemeinsamen Nenner brachte, gilt als Teil dieser »Intersektionalität avant la lettre« (Holzleithner 2022: 548 ff.; Rössl 2023). Dass Kimberlé Crenshaws Verständnis von Intersektionalität transformativ und auf soziale Gerechtigkeit ausgerichtet ist, erscheint vor diesem Hintergrund folgerichtig. Im Crit-Zusammenhang hebt sie dies gegenüber der – dem Nihilismusvorwurf ausgesetzten – ersten Generation der Crits (Frankenberg 2020: 180) hervor. Auch im Verhältnis zu einem zunehmenden Abstraktionslevel in der Arbeit der Crits (ebd.: 173) prägen diese Wurzeln im Aktivismus Schwarzer Frauen Crenshaws Profil. In *Race, Reform and Retrenchment* schreibt sie selbst: »The Critics' product is of limited utility to Blacks in its present form. [T]rashing offers no idea of how to avoid the negative consequences of engaging in reformist discourse or how to work around such consequences. Even if we imagine the wrong world when we think in terms of legal discourse, we must nevertheless exist in a present world where legal protection has at times been a blessing – albeit a mixed one.« (Crenshaw 1988: 1366)

3. Darstellung des Schlüsselwerks

Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics (Crenshaw 1989; deutsche Fassung Crenshaw 2022, übersetzt von Céloné Berry) führte Intersektionalität in die akademische – und damit in die rechtstheoretische und später rechtsoziologische – Debatte ein.

Der im University of Chicago Legal Forum erschienene Aufsatz umfasst knapp dreißig Seiten und gliedert sich in vier Abschnitte: (1) Antidiskriminierungsrecht (2) Feminismus (3) Bürgerrechtsbewegung und (4) die Intersektion von feministischer Theorie und antirassistischer Politik. Verbunden sind die Abschnitte über die Frage nach der (Un)Sichtbarkeit Schwarzer Frauen im jeweiligen Kontext. Dem liegt die These zugrunde, dass *Rasse* und Geschlecht als juridisch und sozial konstruierte Kategorien nicht bloß additiv, sondern kumulativ zusammenwirken können (Intersektionalität). Dieses Zusammenspiel kann eine spezifische (Un-)Sichtbarkeit hervorbringen, die sich aus dem simplen Addieren der Erfahrungen beispielsweise Schwarzer Männer und weißer Frauen nicht begreifen lässt. Um dieses Phänomen plausibel zu machen, nutzt Crenshaw die inzwischen etablierte Metapher der Straßenkreuzung: »But given the terrain upon which the accident occurred, the women were placed in a particular intersection because they were on the subordinate side of both the race and the gender divide. It was as if, in my mind, the ambulance was called to arrive at the scene of the collision and rather than picking up the plaintiffs, the drivers simply left them there because the cause of their injuries was unlike all the others they had been trained to treat [...]« (Crenshaw 2011: 230).

Diese Einsicht bleibt für Crenshaw nicht ohne Konsequenzen. Sie plädiert für einen »Bottom-Up«-Zugang (Crenshaw 1989: 145; 151). Antidiskriminierungsrecht und Bewegungspolitik sollten nicht (länger) bei der relativ privilegiertesten Subjektposition einer Kategorie – wie zum Beispiel weiß und weiblich, Schwarz und männlich – ansetzen (siehe das »creamy layer«-Problem, Sarkar 2019; vgl. auch Spade 2020). So würden nämlich vulnerablere Positionen – wie etwa Schwarz und weiblich – unsichtbar gemacht. Würden umgekehrt die verhältnismäßig vulnerabelsten Perspektiven zum Ausgangspunkt, ließe sich größtmögliche Inklusion und soziale Gerechtigkeit erreichen: »When they enter, we all enter« (Crenshaw 1989: 167).

Methodisch erklärt sich *Demarginalizing* über den Entstehungskontext der Crits, den dekonstruktiven Zugriff auf rechtsdogmatische Probleme. Crenshaw selbst betont, dass der Text für Rechtsdogmatik wie für die Critical Legal Studies anschlussfähig ist (Crenshaw 2011: 152): Er lässt sich auf konkrete juristische Widersprüche und Unbestimmtheiten ein, systematisiert diese aber nicht – wie in der Rechtsdogmatik – binnenlogisch, sondern rekonstruiert sie als intersektionales Phänomen. Das Ergebnis legt offen, wie ein eindimensionales Diskriminierungsverständnis vulnerable Gruppen ausgrenzt und schutzlos lässt. Im Vorgehen greift Crenshaw auf letztinstanzliche Entscheidungsbegründungen in Verfahren zurück, in denen Schwarze Frauen Diskriminierung vorgebracht hatten. Diese Judikaturkritik verknüpft sie mit der Frage, wie – zusehends akademisierte – feministische Ansätze und Bürgerrechtsbewegung

Schwarze Frauen unsichtbar machen. Sie übt in diesem Sinn nicht nur Kritik an der herrschenden Praxis des Antidiskriminierungsrechts, sondern zeigt, wie deren eindimensionale Logik als teile-und-herrsche Mechanismus in marginalisierten Bewegungen fortwirkt (vgl. Demirović/Maihofer 2013). Dazu integriert marginalisiertes – feministisches und rassismuskritisches – Wissen in ihre wissenschaftliche Arbeit.

Den Einstieg des Artikels bildet Crenshaws Analyse von drei gerichtlichen Verfahren, in denen sich Schwarze Frauen jeweils gegen Diskriminierung gewandt hatten (ebd.: 141 ff.). Im Fall *De Graffenreid v. General Motors* waren Kündigungen verfahrensgegenständlich, die mit Geschäftsrückgang begründet und auf Basis des Dienstalters vorgenommen wurden. Das betraf überproportional Schwarze Frauen, da General Motors, wie Crenshaw hervorhebt (ebd.: 142), bis zum Inkrafttreten des *Civil Rights Acts* im Jahr 1964 keine Schwarzen Frauen eingestellt hatte. Der US-amerikanische Supreme Court erkannte keine Diskriminierung an, denn weder hätten Schwarze Männer dieselbe Erfahrung gemacht, noch weiße Frauen. Die Berufung auf ein kumulatives Zusammenwirken von Diskriminierungsgründen – Schwarz und Frau – sei eine unzulässige Kombination von Rechtswegen, die zu einem uferlosen diskriminierungsrechtlichen Schutz führe. *Moore vs. Hughes Helicopter, Inc.* betraf ein diskriminierendes Beförderungssystem. Die Gerichte stellten tatsächlich ein geschlechterspezifisches Missverhältnis und ein verhältnismäßig geringeres Ungleichgewicht zwischen weißen und Schwarzen Männern fest. Vor dem Bundesberufungsgericht scheiterten die Klägerinnen schließlich, weil sie ihr Vorbringen nicht als Frauen, sondern als *Schwarze Frauen* erhoben hatten. Der Einbezug von *Rasse* mache es unmöglich, die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts anzuerkennen. In *Payne vs. Travenol* ging es um eine Sammelklage wegen rassistischer Diskriminierung, die Schwarze Frauen im Namen aller Schwarzer Angestellter eingebracht hatten. Das Berufungsgericht bejahte letztinstanzlich eine solche Diskriminierung gegenüber Schwarzen *Frauen*. Die Entscheidung ließe sich jedoch nicht auf Schwarze *Männer* ausdehnen, denn hier würden allfällige geschlechterspezifische Unterschiede nicht berücksichtigt.

In ihrer Analyse konzentriert sich Crenshaw weniger auf einzelne Verfahrensergebnisse, als auf das juristische Verständnis von Gleichheit und Differenz, das in den Judikaten zum Ausdruck kommt (Crenshaw 2011: 148 ff.; vgl. etwa Baer 1995; Sacksofsky 1996). Sie zeigt, wie die juristische Fortschreibung der Diskriminierung Schwarzer Frauen über die Vergleichsebene funktionierte, die innerhalb der Kategorie Geschlecht oder *Rasse* nur die jeweils privilegierteste Position erfasste (männlich/weiß): In *De Graffenreid v. General Motors* war es Schwarzen Frauen verwehrt, Frauen oder Schwarze zu repräsentieren. *Moore vs. Hughes Helicopter, Inc.* verneinte die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, da die Betroffenen als *Schwarze Frauen* geklagt hatten, und *Payne vs.*

Travenol verweigerte es Schwarzen Frauen, für Schwarze Angestellte zu sprechen. So definiert Crenshaw intersektionale Diskriminierung (Crenshaw 1989: 149).

Im zweiten Abschnitt, »Feminism and Black Women« (ebd.: 152 ff.) bezieht Crenshaw feministische Theoriebildung und Aktivismus ein. Sie zeigt, wie das (Un)Sichtbarmachen Schwarzer Frauen intersektional und vergleichbar mit antidiskriminierungsrechtlicher Dogmatik funktioniert: Beiträge Schwarzer Frauen würden strukturell in die Erfahrungswelten weißer Frauen eingepasst. Dies illustriert sie etwa an Sojourner Truth's berühmter Frage »Ain't I a Woman?« (ebd.: 152 ff.). Truth stellte sie auf einer Frauenrechtskonferenz in Ohio. Weiße Männer argumentierten mit weiblicher Schwäche und Zerbrechlichkeit gegen das Frauenwahlrecht. Truth stellte dem ihre eigene Person und die Stärke entgegen, die sie als Überlebende der Sklaverei verkörperte. Es sei dies eine Perspektive, so kritisiert Crenshaw, von der weißer Feminismus profitiere, ohne jedoch Rassismuskritik substantiell in dessen Perspektive zu integrieren. Eine ähnliche Problematik legt die Autorin in feministischen Debatten zu Öffentlichkeit/Privatheit und Vergewaltigung/sexualisierter Gewalt offen (ebd.: 157 ff.). Zentrale Errungenschaft feministischer Dekonstruktion von (rechts)diskursiver Trennung zwischen Öffentlichkeit und Privatheit ist das Aufbrechen der damit einhergehenden Positionierung »der Frau« in häuslicher Passivität. Crenshaw zeigt, wie diese Errungenschaft die Lebenswelten – stärker in den Arbeitsmarkt integrierter – Schwarzer Frauen ausblendet. Ein ähnliches Problem zeigt sie im Zusammenhang mit feministischen Kämpfen um Schutz vor Vergewaltigung. Crenshaw demonstriert anhand einer juristischen Literaturanalyse, wie diese Kämpfe in ein strafrechtliches Begriffsverständnis verstrickt sind, das auf den Schutz weiblicher – weißer – Keuschheit abzielt. Dieses strafrechtliche Verständnis baut auf ein Bild von *anderen*, Schwarzen, promiskuitiven – und (daher) nicht schutzbedürftigen Frauen auf. Ein Feminismus, der sich unhinterfragt für die strafrechtliche Verfolgung von Vergewaltigung einsetzt, schreibt, wie Crenshaw zeigt, diese Ausgrenzungserfahrungen Schwarzer Frauen fort.

Im dritten Abschnitt »When and Where I Enter: Integrating an Analysis Of Sexism Into Black Liberation Politics« (ebd.: 160 ff.), konfrontiert Crenshaw antirassistische Politiken mit geschlechtsspezifischen Ausschlüssen.⁴ Sie eröffnet mit einem Zitat der Schwarzen Feministin Anna Julia Cooper: »Only the Black Woman can say, when and where

- 4 Crenshaw spricht im Bereich *Rasse* – im Gegensatz zum zweiten Abschnitt – nicht von Theorie, sondern ausschließlich von Politik und Bewegung. Das mag dem Umstand geschuldet sein, dass die Akademisierung feministischer Ansätze zum Erscheinungszeitpunkt von *Demarginalizing*

I enter [...]« (Crenshaw 1989: 160). Dieses Bild verknüpft die Autorin mit einer eigenen Erfahrung aus Harvard. Gemeinsam mit Schwarzen Kommilitonen hatte sie es während ihrer Studienzeit geschafft, in einen traditionell weiß-männlich dominierten prestigereichen Club eingeladen zu werden. Als der Abend gekommen war, konnten ihre Schwarzen Kollegen problemlos eintreten. Crenshaw wurde als Frau jedoch auf den Hintereingang verwiesen. Das Eintreten der Schwarzen Männer in den weiß dominierten Raum hatte keine Aussagekraft über ihre Möglichkeiten als Schwarze Frau. Schlussendlich weist Crenshaw auf Filme wie *The Color Purple* hin. Diese zeigten, wie schwierig es für Schwarze Frauen sei, gegen Sexismus – im gewählten Beispiel häusliche Gewalt – aufzustehen. Im schlimmsten Fall bedeute das den Vorwurf von Verrat an der Bürgerrechtsbewegung und Kooperation mit einem rassistisch organisierten Strafrechtssystem.

Im finalen Abschnitt »Expanding Feminist Theory And Antiracist Politics By Embracing The Intersection« (ebd.: 166 f.) plädiert Crenshaw schließlich für substantielle Veränderung: »By [focusing on the most disadvantaged], we may develop language which is critical of the dominant view and which provides some basis for unifying activity« (Crenshaw 1989: 167).

4. Rezeptionsgeschichte

Seit über 30 Jahren hat sich Intersektionalität in der Wissenschaft etabliert und dabei rasch räumliche und disziplinäre Grenzen überschritten (vgl. Cho et al. 2013; Davis 2008; Dill/Kohlman 2012; Hill Collins, 2020). »Intersectionality [...] moves more broadly as a prism linking and engaging scholarly subfields, research methodologies, and topical inquiries [...] a method and a disposition, a heuristic and analytic tool.« (Carbado 2013: 307; 312) Intersektionalität bildet, in anderen Worten, ein *travelling concept* (vgl. Crenshaw 2011b: 223; Meyer 2017: 49), dessen Rezeption sich über die räumliche, disziplinäre und konzeptuelle Ebene nachvollziehen lässt. Herausforderungen stellen sich gerade im deutschsprachigen Raum mit Blick auf die Dimension *Rasse*.

Intersektionalität ist dabei ein international rezipiertes Konzept. Im Jahr 2000 legte Kimberlé Crenshaw beim Vorbereitungstreffen für die UN-Weltkonferenz gegen Rassismus einen Grundstein für intersektionale Zugänge im internationalen Menschenrechtsfeld (Yuval-Davis 2006). Auch in Europa etablierte sich Intersektionalität auf institutioneller Ebene, insbesondere in den Anfängen des Antidiskriminierungsrecht Anfang

bereits relativ weit fortgeschritten, während Critical Race Theory gerade erst im Entstehen war.

der 2000er Jahre (Holzleithner 2022: 574 ff.; Verloof 2006).⁵ Das so genannte Kopftuchverbot ist ein prominentes Beispiel dafür, wie sich Antidiskriminierungsrecht intersektional – als Zusammenwirken von Religion und Geschlecht – zur Anwendung bringen lässt, in der Praxis jedoch oft noch eindimensional über Religion verhandelt wird (Holzleithner 2022; Skeet 2019). In der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) machte Dagmar Schieck sogar einen so genannten einen »DeGraffenreid Moment« (Schieck 2018: 82) aus: Die EuGH Entscheidung Parris⁶ befasst sich mit einem Pensionsausschluss, der durch ein Zusammenwirken von Homosexualität und Alter bedingt war. Für die Auszahlung einer Hinterbliebenenrente musste die eingetragene Lebenspartnerschaft vor dem 60. Lebensjahr geschlossen worden sein. Das war in diesem Fall nicht möglich, da die Lebenspartnerschaft zum relevanten Zeitpunkt heterosexuellen Paaren vorbehalten war. Der EuGH entschied, dass »eine nationale Regelung [...] keine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung in Verbindung mit dem Alter begründen kann, wenn sie bei getrennter Betrachtung dieser Faktoren weder eine Diskriminierung wegen der sexuellen Ausrichtung noch eine Diskriminierung wegen des Alters darstellt«. Wie in *DeGraffenreid* das Zusammenspiel von Rasse und Geschlecht, bewirkte hier das Zusammenspiel von Sexualität und Alter eine antidiskriminierungsrechtliche Fortschreibung von Diskriminierung. Auseinandersetzung rund um Intersektionalität und Diskriminierung findet insbesondere (Baer/Bittner/Göttsche 2010), aber nicht ausschließlich (Philipp u. a. 2014), in den feministischen Rechtswissenschaften/Legal Gender Studies statt. Wesentliche Errungenschaften wie ein materiales Gleichheitsverständnis – das Ausgehen von tatsächlicher (Un-)Gleichheit – und die rechtliche Anerkennung von positiven Maßnahmen wie der Quote, wurden im deutschsprachigen Kontext durch eine starke feministische Rechtswissenschaft erreicht.

Auch jenseits der Rechtswissenschaften sind es die Gender Studies, die Intersektionalität im deutschsprachigen Raum zu einem Teil des interdisziplinären Kanons gemacht haben (Klinger/Axeli-Knapp 2013; Winker/Degele 2015; Kallenberg u. a. 2013; Hess, Langreiter/Timm 2014; Smykalla/Vinz 2013; Bronner 2021; Meyer 2017). Neben empirischen Arbeiten zu ungleichheitsgenerierenden Kategorien entwickelte sich eine konzeptuelle Auseinandersetzung mit der Idee von Intersektionalität. Das Verhältnis zwischen Identitätskategorien und gesellschaftlichen Verhältnissen – das Machtverständnis – und die Frage, welche Kategorien die Arbeit mit Intersektionalität prägen sollten (international McCall 2005),

5 Auf nationaler Ebene bietet seit 2006 insbesondere § 4 Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG; BGBl. I S 2510) Anknüpfungspunkte für ein intersektionales Diskriminierungsverständnis.

6 EuGH, Urteil vom 26.11.2016, C-443/15, *Parris*.

wurden zentrale Themen. Kritik erfuhr Intersektionalität insbesondere aufgrund der Verankerung in – juristisch determinierten – Identitätskategorien (Lorey 2010; Hornscheidt 2013). Alternativkonzepte wie die »Assemblage« (Puar 2007), »Interdependenz« (Walgenbach 2012) oder »Mehrdimensionalität« (Demirović/Maihofer 2013) sollten Prozesshaftigkeit und Kontingenz in den Vordergrund rücken. Ebenso lässt sich ein Bedürfnis nach theoretischer und methodischer Präzisierung ausmachen, etwa in Verknüpfung mit sozialwissenschaftlicher Unterteilung in gesellschaftliche Mikro- und Makroebenen (Knapp 2005). Crenshaw selbst – die Deutschland sowohl zum zwanzig- als auch zum dreißigjährigen Jubiläum der Einführung des Intersektionalitätsbegriffs in die akademische Debatte besuchte (Crenshaw 2019a; Crenshaw 2011) – zeigte sich gegenüber methodologischen Fixierungen skeptisch. »One question that has been asked is whether intersectionality will develop ›a methodology‹. I sometimes call this the ›will intersectionality settle down and get a real job?‹ question.« (Crenshaw 2011: 223) Sie selbst plädiert dafür, Intersektionalität als ein Konzept zu verstehen, dass das machtvolle Zusammenspiel von sozialen und identitätsbezogenen Konstruktionen zugänglich macht und herausfordert (Crenshaw 2011: 230; siehe auch Cho/Crenshaw/McCall 2013). Darin liegt ein normativer – emanzipatorischer (Holzleithner 2010) – Anspruch auf soziale Gerechtigkeit. Verengt sich das Verständnis von Intersektionalität stark auf technisch-abstrakte Fragen, kann dieser ins Hintertreffen geraten. Theoretisieren lässt sich dieser Anspruch auf soziale Gerechtigkeit etwa mit Nancy Frasers Unterscheidung zwischen Differenz und Ungleichheit (Fraser 2010), Andrea Maihofer und Alex Demirovićs Arbeit mit Hegemonietheorie (Demirović/Maihofer 2013) oder Patricia Hill Collins Auseinandersetzung mit epistemischer Ungerechtigkeit im akademischen Feld (Hill Collins 2017).

Gerade im deutschsprachigen Raum ist ein solcher Anspruch auf Machtkritik kaum von der Kategoriefrage zu trennen. Geschlecht, *Rasse* und auch Klasse (vgl. Crenshaw 1991; Cho/Crenshaw/McCall 2013) gelten als – teils sogar zwingende (Hancock 2016) – Grundlagen. Sexualität und Behinderung bilden typische Erweiterungen (vgl. Meyer 2017: 127 ff.). Gleichzeitig zeigt(e) sich in der *Rasse* zu Klasse (kritisch bereits Chebout 2013). Sirma Bilge kritisiert diese Entwicklung als »whitening« (Bilge 2013; vgl. auch Carbado 2013) von Intersektionalität. Auch Kimberlé Crenshaw selbst äußert sich kritisch: »I guess the similarity that strikes me the most is denial. [...] American exceptionalism is all about the legacy of ›our founding fathers‹ that created this great country [...]. It's interesting to come to Europe and also see European's own colonial past and in some countries its anti-democratic past and its fascist past, but these things are locked away.« (Coin 2020) Dazu gegenläufig – auch unter Bezug und Zusammenarbeit mit Crenshaw (Barskanmaz

2019) – intensiviert sich in den deutschsprachigen Rechtswissenschaften aktuell die Arbeit mit rassismuskritischen und postkolonialen Ansätzen (Liebscher 2021; Barskanmaz 2019b; Theurer/Kaleck 2020; Dann/Fiechtner/Bernstorff 2022). Intersektional herausfordernd sind hier postkoloniale Kontinuitäten und Spezifika einer postnationalsozialistischen Täter:innengesellschaft. In der Rezeptionsgeschichte von Intersektionalität eröffnet sich dabei die Chance, etabliert feministisch-rechtswissenschaftliche Perspektiven mit erstarkenden rassismuskritischen und postkolonialen Zugriffen zu verbinden und intersektionales Vorgehen – im Sinn von *Demarginalizing* – laufend neu in den deutschsprachigen Kontext zu übersetzen.

Für die Rechtssoziologie bietet Arbeit mit Intersektionalität die Chance für eine Verknüpfung von Recht und Gesellschaft, die über eine deskriptive Ebene hinausgeht. Mit seiner Verankerung in den Critical Legal Studies arbeitet Crenshaws Schlüsseltext jenseits der Binarität von »soziologische[r] Jurisprudenz« und »Soziologie des Rechts« (Schweitzer 2018: 211). Weder kommt der Auseinandersetzung mit gesellschaftlichen Phänomenen im Verhältnis zur Rechtsdogmatik eine Hilfsstellung zu, noch ist das Recht ein in seiner Eigenlogik unzureichend durchdrungenes Forschungsobjekt (vgl. auch Boulanger 2019). »[M]y attention was focused on using intersectional analysis to advance an argument within law while at the same time interrogating certain dynamics about law and its relation to social power« (Crenshaw 2011: 231). Diese beiden Ebenen verknüpft Crenshaw gleichwertig über die kritische Frage nach der Sichtbarkeit von Schwarzen Frauen, mit grundsätzlichem Fokus auf das Recht und unter Achtung der Eigenlogiken von sozialen und juristischen Feldern. Damit bietet das Konzept der Intersektionalität der Rechtssoziologie ein Konzept (Skeet 2019), im Recht »gesellschafts- und sozialtheoretische Implikationen ausfindig zu machen« (Schweitzer 2018: 210) und dabei einen herrschaftskritischen Anspruch zu verfolgen. Dieser ist freilich nicht zwingend. Intersektionale Ansätze können auch in einer unterstützenden Rolle zur Rechtsdogmatik funktionieren. Das bietet sich etwa im Bereich mittelbarer Diskriminierung an, wo diese stark auf empirische Erkenntnisse zu sozialen Realitäten angewiesen ist (Sacksofsky 2022). Umgekehrt lässt (kritischer) Bezug auf Intersektionalität auch eine theoretische Anreicherung von Recht als gesellschaftliches Phänomen zu, etwa über die kritische Auseinandersetzung mit essentialisierenden juristischen Kategorien (Puar 2007; Lorey 2010). Gerade im Schlüsseltext *Demarginalizing* liegt jedoch das Potential, althergebrachte Binaritäten nicht nur neu zu deuten, sondern zu überwinden.

Literatur

- Baer, Susanne (1995): *Würde oder Gleichheit?: zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA*, Baden-Baden: Nomos.
- Baer, Susanne/Bittner, Melanie/Göttische, Anna L. (2010): *Mehrdimensionale Diskriminierung-Begriffe, Theorien und juristische Analyse: Teilexpertise*, Antidiskriminierungsstelle des Bundes.
- Baer, Susanne (2023): *Rechtssoziologie. Eine Einführung in die interdisziplinäre Rechtsforschung*, Baden-Baden: Nomos.
- Barskanmaz, Cengiz (2019): »Reading antidiscrimination law with Crenshaw, but without race?«, in: Gunda-Werner-Institut/Heinrich Böll Stiftung/Center for Intersectional Justice (Hg.), ›Reach everyone on the planet...‹ *Kimberlé Crenshaw and Intersectionality*, Berlin.
- Barskanmaz, Cengiz (2019): *Recht und Rassismus Das menschenrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse*, Berlin, Heidelberg: Springer Berlin/Heidelberg.
- Barskanmaz, Cengiz/Samour, Nahed (2020): Das Diskriminierungsverbot aufgrund der Rasse, in: *Verfassungsblog.de*, 16.05.2020, <https://verfassungsblog.de/das-diskriminierungsverbot-aufgrund-der-rasse/> (letzter Zugriff: 07.06.2023).
- Baumgardner, Paul (2019): »Ronald Reagan, the Modern Right, and...the Rise of the Fem-Crits«, in: *Laws* 8 (4), Art-Nr. 26.
- Bilge, Sirma (2013): »Intersectionality Undone: Saving Intersectionality from Feminist Intersectionality Studies«, in: *Du Bois review* 10 (2), 405–424.
- Boulanger, Christian (2019): »Die Soziologie juristischer Wissensproduktion: Rechtsdogmatik als soziale Praxis«, in: Boulanger, Christian/Rosenstock, Julika/Singelnstein, Tobias (Hg.), *Interdisziplinäre Rechtsforschung: Eine Einführung in die geistes- und sozialwissenschaftliche Befassung mit dem Recht und seiner Praxis*, Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden.
- Bronner, Kerstin/Paulus, Stefan (2021): *Intersektionalität: Geschichte, Theorie und Praxis*, Opladen: UTB.
- Carbado, Devon W./Crenshaw, Kimberlé W./Mays, Vickie M./Tomlinson, Barbara (2013): »Intersectionality: Mapping the Movements of a Theory«, in: *Du Bois review* 10 (2), 303–312.
- Carbado, Devon W. (2013): »Colorblind Intersectionality«, in: *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 38 (4), 811–845.
- Chebout, Lucy (2013): »Wo ist Intersectionality in bundesdeutschen Intersektionalitätsdiskursen? – Exzerpte aus dem Reisetagebuch einer Traveling Theory«, in: Smykalla, Sandra/Vinz, Dagmar (Hg.), *Intersektionalität zwischen Gender und Diversity. Theorien, Methoden und Politiken der Chancengleichheit*, Münster: Westfälisches Dampfboot.
- Cho, Sumi/Crenshaw, Kimberlé W./McCall, Leslie (2013): »Toward a Field of Intersectionality Studies: Theory, Applications, and Praxis«, in: *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 38 (4), 785–810.

- Coin, Francesca (2020): »Liberty. Equality. Intersectionality. An antidote against fascism. Interview with Kimberlé Crenshaw«, in: *Lefteast*, 26.06.2020, <https://lefteast.org/interview-w-kimberle-crenshaw-liberty-equality-intersectionality-an-antidote-against-fascism/> (letzter Zugriff: 09.06.2023).
- Combahee River Collective (2022): »Ein Schwarzes feministisches Statement 1977«, in: Kelly, Natasha A. (Hg.), *Schwarzer Feminismus: Grundlagentexte*, Münster: Unrast.
- Crenshaw, Kimberlé W. (1989): »Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics«, in: *The University of Chicago Legal Forum* 1, 139–167.
- Crenshaw, Kimberlé W. (1991): »Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color«, in: *Stanford law review* 43 (6), 1241–1299.
- Crenshaw, Kimberlé W. (2002): »The First Decade: Critical Reflections, or ›A Foot in the Closing Door‹«, in: *UCLA Law Review* 49, 1343–1372.
- Crenshaw, Kimberlé W. (2010): »Close encounters of three kinds: on teaching dominance feminism and intersectionality«, in: *Tulsa law review* 46 (1), 151–190.
- Crenshaw, Kimberlé W. (2011): »Postscript«, in: Lutz, Helma/Vivar, Maria Teresa Herrera/Supik, Linda (Hg.), *Framing intersectionality: debates on a multi-faceted concept in gender studies*, London u.a.: Routledge.
- Crenshaw, Kimberlé W. (2019): »Warum Intersektionalität nicht warten kann«, in: Gunda-Werner-Institut/Heinrich Böll Stiftung/Center for Intersectional Justice (Hg.), »Reach everyone on the planet...« Kimberlé Crenshaw and Intersectionality, Berlin, 13–18.
- Crenshaw, Kimberlé W. (2019): »We Still Have Not Learned From Anita Hill's Testimony«, in: *UCLA women's law journal* 26 (1), 17–20.
- Crenshaw, Kimberlé W. (2022): »Das Zusammenwirken von Race und Gender ins Zentrum rücken Eine Schwarze feministische Kritik des Antidiskriminierungsdogmas, der feministischen Theorie und antirassistischer Politiken 1989«, übersetzt von Céline Berry, in: Kelly, Natasha A. (Hg.), *Schwarzer Feminismus: Grundlagentexte*, Münster: Unrast, 144–184.
- Dann, Philipp/Feichtner, Isabel/Bernstorff, Jochen von (2022): *(Post)Koloniale Rechtswissenschaft: Geschichte und Gegenwart des Kolonialismus in der deutschen Rechtswissenschaft*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Demirović, Alex/Maihofer, Andrea (2013): »Vielfachkrise und die Krise der Geschlechterverhältnisse«, in: Nickel, Hildegard Maria (Hg.), *Krise, Kritik, Allianzen: Arbeits- und geschlechtersoziologische Perspektiven*, Weinheim: Beltz Juventa, 30–48.
- Frankenberg, Günter (2020): »Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc.«, in: Buckel, Sonja/Christensen, Ralph/Fischer-Lescano, Andreas (Hg.), *Neue Theorien des Rechts*, Tübingen: Mohr Siebeck, 171–188.

- Fraser, Nancy (2010): »Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, participation«, in: *WZB Discussion Paper Nr. FS*, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/44061/1/269802959.pdf>, 98–108 (letzter Zugriff: 15.04.2024).
- Gomis, Christelle (2019): »Als Kimberlé Crenshaw nach Paris kam ...«, in: Gunda-Werner-Institut/Heinrich Böll Stiftung/Center for Intersectional Justice (Hg.), »*Reach everyone on the planet...*« *Kimberlé Crenshaw and Intersectionality*, Berlin, 85–90.
- Hancock, Ange-Marie (2016): *Intersectionality: an intellectual history*, New York: Oxford University Press.
- Harding, Sandra (1992): »Rethinking Standpoint Epistemology: What Is »Strong Objectivity?««, in: *The Centennial Review* 36 (3), 437–470.
- Hark, Sabine (2019): »Intersectionality – ein Konzept von Gewicht und mit Geschichte«, in: Gunda-Werner-Institut/Heinrich Böll Stiftung/Center for Intersectional Justice (Hg.), »*Reach everyone on the planet...*« *Kimberlé Crenshaw and Intersectionality*, Berlin, 31–36.
- Hess, Sabine/Langreiter, Nikola/Timm, Elisabeth (Hg.) (2014): *Intersektionalität revisited: Empirische, theoretische und methodische Erkundungen*, Bielefeld: Transcript.
- Holzeithner, Elisabeth (2010): »Emanzipatorisches Recht. Über Chancen und Grenzen rechtlicher Geschlechtergleichstellung«, in: *juridikum. zeitschrift für kritik | recht | gesellschaft* 1, 6–14.
- Hill Collins, Patricia (1986): »Learning from the Outsider Within: The Sociological Significance of Black Feminist Thought«, in: *Social Problems* 33 (6), 14–32.
- Hill Collins, Patricia (2017): »Intersectionality and Epistemic Injustice«, in: Kidd, Ian J./Medina, José/Pohlhaus Jr., Gaile (Hg.), *The Routledge Handbook of Epistemic Injustice*, London u.a.: Routledge, 115–124.
- Hill Collins, Patricia (2020): »Intersectionality as Critical Social Theory«, in: Kivisto, Peter (Hg.), *The Cambridge Handbook of Social Theory: Volume 2: Contemporary Theories and Issues*, Cambridge: Cambridge University Press, 120–142.
- Holzeithner, Elisabeth (2022): »Intersektionale (mehrdimensionale) Diskriminierung«, in: Mangold, Anna-Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hornscheidt, Lann (2013): »akademische entpositionierungen und paradoxe entkomplexisierungen durch intersektionalität«, in: *Erwägen, Wissen, Ethik* 24 (3), 400–403, <https://meta-katalog.eu/Record/61330genderbib> (letzter Zugriff: 18.10.2023).
- Kallenberg, Vera/Meyer, Jennifer/Müller, Johanna M. (Hg.) (2013): *Intersectionality und Kritik Neue Perspektiven für alte Fragen*, Wiesbaden: Springer Fachmedien.
- Kelman, Mark (1990): *A Guide to Critical Legal Studies*, Cambridge: Harvard University Press.
- Klinger, Cornelia/Axeli-Knapp, Gudrun (Hg.) (2013): *Überkreuzungen*

- *Fremdheit, Ungleichheit, Differenz*, Forum Frauen- und Geschlechterforschung: Westfälisches Dampfboot, <https://www.dampfboot-verlag.de/shop/artikel/ueberkreuzungen> (letzter Zugriff: 18.10.2023).
- Knapp, Gudrun-Axeli (2005): »Intersectionality« – ein neues Paradigma feministischer Theorie? Zur transatlantischen Reise von »Race, Class, Gender«, in: *Feministische Studien* 23 (1), 68–81.
- Kranenpohl, Uwe (2010): *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Lacey, Nicola (2004): »Feminist Legal Theory and the Rights of Women«, in: Knop, Karen (Hg.), *Gender and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 13–55.
- Lautmann, Rüdiger (2011), *Justiz – die stille Gewalt Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Liebscher, Doris (2021): *Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus: Genealogie einer ambivalenten rechtlichen Kategorie*, Berlin: Suhrkamp.
- Lorey, Isabell (2010): »Konstituierende Kritik. Die Kunst, den Kategorien zu entgehen«, in: *Kunst der Kritik*, 47–64, <http://portal-intersektionalitaet.de/theoriebildung/ueberblickstexte/lorey/> (letzter Zugriff: 18.10.2023).
- Macaulay, Stewart/Mertz, Elizabeth/Mitchell, Thomas W. (Hg.) (2016): *The new legal realism. Volume I, Translating law-and-society for today's legal practice*, New York: Cambridge University Press.
- McCall, Leslie (2005): »The Complexity of Intersectionality«, in: *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 30 (3), 1771–1800.
- Menand, Louis (1986): »Radicalism for yuppies: what is »Critical Legal Studies?«, in: *The New republic* 194 (11), 20–23.
- Menkel-Meadow, Carrie (1988): »Feminist Legal Theory, Critical Legal Studies, and Legal Education or »The Fem-Crits Go to Law School«, in: *Journal of Legal Education* 38 (1), 61–85.
- Meyer, Katrin (2017): *Theorien der Intersektionalität zur Einführung*, Hamburg: Junius.
- Philipp, Simone/Meier, Isabella/Apostolovski, Veronika/Starl, Klaus/Schmidlechner, Karin M. (Hg.) (2014): *Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung: soziale Realitäten und Rechtspraxis*, Baden-Baden: Nomos.
- Puar, Jasbir K. (2007): *Terrorist assemblages: homonationalism in queer*, London: Duke University Press.
- Rössl, Ines (2021): »Rereading Crenshaw. Aspekte einer intersektionalen rechtswissenschaftlichen Forschungsperspektive«, in: *juridikum* 1, 31–40.
- Rössl, Ines (2023): »Wer war Pauli Murray (1910–1985)? Hinter den Kulissen und der Zeit voraus«, in: *juridikum* 2, 271–275.
- Sacksofsky, Ute (1996): *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung: eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*, Baden-Baden: Nomos.
- Sacksofsky, Ute (2019): »Rechtswissenschaft: Geschlechterforschung im Recht – Ambivalenzen zwischen Herrschafts- und Emanzipationsinstrument«,

- in: Kortendiek, Beate/Riegraf, Birgit/Sabisch, Katja (Hg.), *Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung*, Wiesbaden: Springer Fachmedien Wiesbaden.
- Sacksosky, Ute (2022): »Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung«, in: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht: Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Sarkar, Arpita (2019): »Jarnail Singh and Others v. Lachhmi Narain Gupta and Others: Supreme Court of India declares application of the creamy layer test on the Scheduled Castes and the Scheduled Tribes«, in: *Verfassung und Recht in Übersee* 52 (3), 383–395.
- Schiek, Dagmar (2018): »On uses, mis-uses and non-uses of intersectionality before the Court of Justice (EU)«, in: *International journal of discrimination and the law* 18 (2–3), 82–103.
- Schweitzer, Doris (2018): »Rechtssoziologie versus ›Recht in der Soziologie‹: Anmerkungen zum Verhältnis von Rechtswissenschaft und Soziologie aus soziologiegeschichtlicher Perspektive«, in: *juridikum* 2, 210–221.
- Skeet, Charlotte H. (2019): »Intersectionality as theory and method: Human rights adjudication by the European Court of Human Rights«, in: Creutzfeldt, Naomi/Mason, Marc/McConnachie, Kirsten (Hg.), *Routledge Handbook of Socio-Legal Theory and Methods*, London u.a.: Routledge.
- Smykalla, Sandra/Vinz, Dagmar (Hg.) (2013): *Intersektionalität zwischen Gender und Diversity: Theorien, Methoden und Politiken der Chancengleichheit*, Münster: Westfälisches Dampfboot.
- Spade, Dean (2020): »Solidarity not Charity: Mutual Aid for Mobilization and Survival«, in: *Social Text* 38 (1), 131–151.
- Stegmaier, Peter (2009): *Wissen, was Recht ist. Richterliche Rechtspraxis aus wissenssoziologischethnografischer Sicht*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Theurer, Karina/Kaleck, Wolfgang (Hg.) (2020): *Dekoloniale Rechtskritik und Rechtspraxis*, Baden-Baden: Nomos.
- Tushnet, Mark (1980): »Post-Realist Legal Scholarship«, in: *Wisconsin Law Review*, 1383–1401.
- Tushnet, Mark (1991): »Critical Legal Studies: A Political History«, *The Yale law journal* 100 (5), 1515–1544.
- Verloo, Mieke (2006): »Multiple Inequalities, Intersectionality and the European Union«, in: *European Journal of Women's Studies* 13 (3), 211–228.
- Walgenbach, Katharina/Dietze, Gabriele/Hornscheidt, Lann/Palm, Kerstin (2012): *Gender als interdependente Kategorie: neue Perspektiven auf Intersektionalität, Diversität und Heterogenität*, Leverkusen: Barbara Budrich.
- Winker, Gabriele/Degele, Nina (Hg.) (2015): *Intersektionalität Zur Analyse sozialer Ungleichheiten*, Bielefeld: Transcript.
- Yuval-Davis, Nira (2006): »Intersectionality and Feminist Politics«, in: *The European journal of women's studies* 13 (3), 193–209.

Patricia Ewick und Susan Silbey: The Common Place of Law

1. Leben und wissenschaftliches Werk

Susan S. Silbey, geboren zu Beginn der 1940er Jahre, studierte Politikwissenschaft in New York (BA) und Chicago (MA und PhD) und bildete sich nach ihrer Promotion an der Harvard Law School weiter. Ihre inhaltlichen Interessenschwerpunkte brachten sie zur Rechtssoziologie. Silbey arbeitete von 1974 bis 2000 am Institut für Soziologie des Wellesley College zunächst als Lektorin, später als Professorin. Seit 2008 hat Silbey den Leon and Anne Goldberg Chair in Humanities, Anthropology and Sociology inne und ist Professorin für Behavioral and Policy Sciences an der Sloan School of Management des Massachusetts Institute of Technology (MIT) in Cambridge.

Die inhaltlichen Schwerpunkte ihrer Arbeit sind vielfältig und liegen von Beginn an im Bereich der Rechtssoziologie. Zunächst setzt sie sich mit Gerichtsprozessen, dem Staat und Organisationen, aber auch mit allgemeinen rechtssoziologischen Fragestellungen auseinander. Ab den 1980er Jahren beginnt sie sich für die Perspektiven der Betroffenen zu interessieren; 1991 erscheint der erste Beitrag zum Thema Rechtsbewusstsein – ein Thema, mit dem sie sich einen Namen macht, nicht zuletzt mit dem hier besprochenen Schlüsselwerk *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Während *The Common Place of Law* bisher die einzige Monographie Silbeys geblieben ist, hat sie unzählige Zeitschriftenartikel und Buchartikel wie auch einige Sammelbände (mit-)herausgegeben.

Die Soziologin Patricia Ewick schloss 1976 ihr Bachelorstudium an der US-amerikanischen Tufts University ab und erhielt nach zwei Masterabschlüssen an der Yale University 1985 ebendort ihren PhD-Abschluss. Sie ist Professorin am Institut für Soziologie der Clark University in Massachusetts. Dort ist sie dem Bereich der Women's and Gender Studies angegliedert und hat ihren Schwerpunkt im Themenfeld Recht und Gesellschaft. Zu Ewicks Hauptforschungsgebieten gehören Devianz, Recht und soziale Kontrolle. Sie hat gemeinsam mit Silbey das Rechtsbewusstsein US-amerikanischer Bürger:innen untersucht und beschäftigt sich zudem mit narrativen Diskursen und kollektivem Handeln. Patricia Ewick hat zahlreiche Artikel und Buchbeiträge veröffentlicht, war Mitherausgeberin der ›Law & Society Review‹ und, ebenso wie Silbey, der Buchreihe ›Studies in Law, Politics and Society‹.

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Werkes

Entstehungskontext von *The Common Place of Law* ist die ›Law and Society‹-Bewegung, welche seit den späten 1960ern die rechtssoziologische Forschungslandschaft in den Vereinigten Staaten maßgeblich prägt (Gründung der Law and Society Association in 1964, Etablierung von einschlägigen Fachzeitschriften wie etwa der ›Law and Society Review‹ im Jahr 1966 oder ›Law and Social Inquiry‹ in 1976, regelmäßige Kongresse ab 1975). Rechtswissenschaftler:innen treffen hier auf Soziolog:innen (Vauchez 2001), mit dem geteilten Ziel, den im Entstehen begriffenen »Markt der rechtssoziologischen Forschung« (Dezalay et al. 1989: 85) zu besetzen. Private Stiftungen (v.a. Russell Sage, Ford) und staatliche Institutionen subventionieren nämlich ab den 1960er Jahren Studien über den vermeintlichen *gap* zwischen ›dem Recht‹ und ›der Gesellschaft‹ – bezüglich des Zuganges zum Recht, der Effektivität von Rechtsnormen, abweichenden Verhaltens, der Einstellungen zum positiven Recht, etc. – um soziologisches Wissen für die Steuerung der amerikanischen Gesellschaft mittels Recht einsetzen zu können.

Die in diesem Kontext vorgelegten rechtssoziologischen Studien, in denen Recht mehrheitlich als Instrument sozialen Wandels verstanden wird, werden ab den 1970er Jahren von mehreren Seiten kritisiert, prominent in den ›Critical Legal Studies‹ (vgl. hierzu die Beiträge zu McKinnon von Gomille und zu Crenshaw von Barkanmasz/Deniz und Sußner in diesem Band). In diesem Zusammenhang formiert sich Anfang der 1980er Jahre am Amherst College in Massachusetts das ›Amherst Seminar on Legal Ideology and Legal Process‹ (Trubek/Esser 1989), an dem Ewick und Silbey teilnehmen. Soziolog:innen, Ethnolog:innen, Rechts- und Politikwissenschaftler:innen arbeiten hier an einer ›konstitutiven Perspektive‹ auf das Recht, in Abgrenzung zur instrumentellen Perspektive der ›Law & Society‹-Bewegung. Im ›Amherst Seminar‹ werden auf eklektizistische Art und Weise marxistische Konzepte (Marx, Gramsci) mit kulturanthropologischen Arbeiten (Geertz, Swidler) in Verbindung gesetzt, aber auch post-strukturalistische Autoren (Foucault, De Certeau) und soziologische Klassiker aus dem Bereich der Handlungs- und Praxistheorien (Weber, Bourdieu, Giddens, Goffman) werden rezipiert. Umfassendes Projekt ist es, die Macht des Rechts analytisch und empirisch neu zu fassen, indem die ›Ideologie‹ des Rechts in der Strukturierung alltäglicher Praktiken von Individuen aufgespürt wird: Es geht um Recht *in der* Gesellschaft anstatt Recht *und* Gesellschaft. Gerade die ethnographischen Arbeiten von Sally Engle Merry und Barbara Yngvesson spielen dabei eine wesentliche Rolle für die empirische, interpretative Orientierung der entstehenden Forschungen – darunter *The Common*

Place of Law – sowie deren Verankerung im ›cultural turn‹. Dies veranlasst Ewick und Silbey dazu, die Ideologie des Rechts nicht lediglich als Ausdruck materieller Verhältnisse, sondern als *Kultur* zu verstehen; als ein Ensemble von Bedeutungssystemen und Handlungsmustern, die von gewöhnlichen Individuen im Alltag erzeugt und perpetuiert werden, wie untenstehend näher erläutert wird.

Auch das zentrale Konzept von *The Common Place of Law*, das Rechtsbewusstsein, wird wesentlich durch die theoretischen Debatten im ›Amherst Seminar‹ geprägt. Wie schon bei Sarat (1977), einem der Ko-Autor:innen von Silbey, werden dabei frühere Konzeptualisierungen von Rechtsbewusstsein, etwa als ›knowledge and opinion of law‹, sowie die indikatorenbasierte Forschung über Rechtskultur, als zu positivistisch, deterministisch und einer instrumentellen Perspektive verhaftet verworfen. Stattdessen werden marxistische Begriffe wie ›Ideologie‹ und ›Bewusstsein‹ interpretativ und sozialkonstruktivistisch weiterentwickelt. Sie werden als Element sozialer Praktiken verstanden, durch die Hegemonie erzeugt wird. Vor allem der Austausch mit Sally Engle Merry, mit welcher Silbey in den 1980er Jahren Feldforschungen unternimmt, dürfte dabei zentral gewesen sein. Merry legt mit *Getting Justice and Getting Even: Legal Consciousness Among Working-Class Americans* bereits 1990 einen Meilenstein für die Entwicklung des Forschungsfeldes des Rechtsbewusstseins (Merry 1990), in dem sie die Debatten in Amherst gekonnt mit empirischer Feldforschung kombiniert. *The Common Place of Law* entwickelt den Ansatz von Merry weiter, indem anstatt der Diskrepanz zwischen Erfahrungen mit dem Recht und Rechtsbewusstsein die Diversität von Formen von Rechtsbewusstsein im Alltag in den Fokus genommen wird.

3. Darstellung des Schlüsselwerkes

Das Werk *The Common Place of Law* möchte abbilden und erklären, welche Formenvielfalt das Recht im alltäglichen Leben von Menschen einnimmt. Anhand von Geschichten und Berichten von Menschen in verschiedensten Lebenslagen in den 1990er Jahren in den USA nähern sich die Autorinnen der Frage, wie diese Recht im Alltag verstehen, ihm Sinn zuschreiben und wie alltägliche Beziehungen und Ereignisse dadurch einen rechtlichen Charakter annehmen. Ewick und Silbey, die sich als interpretative Sozialkonstruktivist:innen verstehen, zeigen auf diese Weise, dass Recht – bzw. ›Legalität‹, wie sie es nennen – in sozialen Beziehungen und aus diesen heraus entsteht und somit kein externer Apparat ist, der

- 1 Der Verständlichkeit halber wurden einige Begriffe und Passagen des Schlüsseltextes in diesem Text von den Autor:innen auf deutsch übersetzt.

›von außen‹ auf das soziale Leben einwirkt. Sie verwenden den Begriff der Legalität, um sich vom Begriff des geltenden Rechts als Analysekatgorie zu lösen und sich ›auf die Bedeutungen, Autoritätsquellen und kulturellen Praktiken zu beziehen, die allgemein als rechtlich anerkannt werden, unabhängig davon, wer sie einsetzt oder zu welchen Zwecken.« (22) Die Entstehung und Aufrechterhaltung von Legalität erfolgt in dieser Perspektive vor allem durch kulturelle Schemata oder Narrative, auf welche diese sich stützt und die sie hervorruft; Legalität lässt sich nicht auf das formale Recht, Gesetze und Gerichtsentscheidungen reduzieren.

Ewick und Silbey fassen Rechtsbewusstsein nicht wie andere Autor:innen entweder als Einstellung (Fokus auf individuelle Vorstellungen und Bestrebungen; Annahme, dass soziale Gruppen aus dem aggregierten Handeln Einzelner entstehen) oder als Epiphänomen (d.h. als Nebenprodukt sozialer Strukturen; soziale Beziehungen rücken anstatt von Individuen in den Vordergrund). Vielmehr wird Rechtsbewusstsein von den Autorinnen als eine soziale und kulturelle Praxis verstanden, die menschliches Handeln und strukturelle Zwänge verbindet. In der Tradition von Giddens plädieren sie für die Überwindung des Dualismus von Individuum und sozialer Struktur auch in der Rechtssoziologie. (Rechts-)Bewusstsein wird nicht nur als ein Effekt der Struktur verstanden, sondern als ihr integraler Bestandteil; das Bewusstsein ist somit an der Produktion von Strukturen beteiligt.

Ewick und Silbey skizzieren in Kapitel 3 ›The Social Construction of Legality‹ (33–52) drei Formen des Rechtsbewusstseins, die sie anhand ihrer empirischen Daten identifizieren und in weiterer Folge für die Gliederung des zweiten Buchteils (57–221) heranziehen: ›before the law‹, ›with the law‹ und ›against the law‹ (45–49). Abschließend präsentieren Ewick und Silbey vier Charakteristika für die Produktion von Legalität: (1) Die interpretativen Schemata und Ressourcen, die Legalität konstituieren, sind größtenteils nicht ausschließlich rechtlicher Natur, sondern auch in anderen sozialen Strukturen zu finden, wie zum Beispiel die Idee einer transzendenten, nichtmenschlichen Macht in der Religion oder der Wirtschaft. (2) Die Formen des Rechtsbewusstseins entsprechen keinen konkreten Akteur:innen, d.h. einzelne Individuen können nicht bestimmten Bewusstseinsformen zugeordnet werden. (3) Legalität ist vielstimmig – sie setzt sich aus verschiedenen Formen von Bewusstsein zusammen, die auch widersprüchlich sein können und die sich auch in der Populärkultur wiederfinden (z.B. in Geschichten über das Recht). (4) Während Ewick und Silbey eine Rechtskultur beschreiben, die aus Sedimentschichten verschiedener Interpretationsschemata besteht, ist die Variabilität, die ein Individuum ausdrücken kann, weder grenzenlos noch zufällig oder willkürlich. Es ist das (Nicht-)Vorhandensein sozialer und materieller Ressourcen wie Bildung, Einkommen oder Zugang zu einem Rechtsbeistand, das dazu

führt, dass sich bestimmte Formen des Rechtsbewusstseins eher ausbilden als andere (49–53).

Aufgebaut ist die Monographie in drei Teile: Die Einleitung (Teil 1, 1–55) beginnt mit einer biographischen Falldarstellung und stimmt die Leser:innen direkt auf den Stil des Buchs ein, denn die Präsentation von sechs weiteren detaillierten Einzelfällen wird im zweiten Teil folgen. Die Geschichte von Millie Simpson, einer Frau, die als Haushälterin arbeitet und fälschlicherweise eines Verkehrsdelikts angeklagt wird, soll aufzeigen, dass die teilweise widersprüchlich erscheinenden Praktiken von Unterwerfung, Widerstand und Taktik ein wesentlicher Bestandteil ihrer Biographie wie auch ihres Rechtsbewusstseins sind. Ihre Beziehung zum Recht und ihre sozialen Praktiken in diesem Zusammenhang sind auch in ihrem Umgang mit der Kirche und ihrem Arbeitgeber wiederzuerkennen. Auf dieser Argumentation baut das darauffolgende Kapitel, ›The Common Place of Law‹ (15–32), auf, indem die Autorinnen auf eine Forschungslücke hinweisen, die in der Rechtssoziologie lange Zeit bestanden hat: Der Fokus habe in der Regel auf den Institutionen des Rechts gelegen. Nur selten seien die betroffenen Personen, die Individuen, Teil der Untersuchungen gewesen. Ihrer Forderung nach der Erforschung des Rechts im alltäglichen Leben, verstanden als Legalität, lassen die Autorinnen in der Einleitung eine methodische Reflexion ihrer Studie folgen.

Teil 2, der Hauptteil des Buches, ›Stories of Legal Consciousness: Constructing Legality‹ (57–221), ist der Darstellung und Diskussion der empirischen Forschungsergebnisse gewidmet, welche auf 141 transkribierten (von 403 geführten) narrativen Tiefeninterviews basieren. Diese wurden im Rahmen eines siebenjährigen Projekts durchgeführt, das von einer Arbeitsgruppe für Minderheitenbelange des Obersten Gerichtshofs von New Jersey initiiert wurde. Basierend auf diesen Interviews erörtern Ewick und Silbey die drei bereits genannten Formen des Rechtsbewusstseins. In allen drei Kapiteln interpretieren sie die Geschichten einzelner Individuen über das Recht im Rahmen von vier Dimensionen von Rechtsbewusstsein, anhand derer Legalität konstruiert und erlebt wird. Bei den Dimensionen handelt es sich um die analytisch unterschiedenen Aspekte sozialen Handelns als Normativität (die Vorstellungen darüber, wie professionelle Akteur:innen und Lai:innen in rechtlichen Interaktionen handeln sollten), Zwang (die Determiniertheit rationaler, strukturierter Aktion; einschränkende Wirkung) und Kapazität (die Wirkmacht des Rechts; Aktivität ebenso wie Nicht-Aktivität) der Legalität sowie schließlich die Frage, wie Recht Zeit und Raum in Anspruch nimmt.

Das vierte Kapitel präsentiert die erste Form des Rechtsbewusstseins, »before the law«, in welchem das Recht als eine fremde und einschränkende, aber auch gerechte Kraft wahrgenommen wird, die der Gesellschaft von außen auferlegt wird und grundsätzlich vom Alltag getrennt

ist. Sein Archetyp ist das Bild der Kafkaesken Bürokratie, in der das Recht neutral und rational ist, »diskontinuierlich, distinktiv, gleichzeitig autoritativ und vorhersehbar.« (47) Als empirische Beispiele werden Rita Michaels und Dwayne Franklins Erfahrungen geschildert. Damit die Leser:innen dieses Beitrags einen Eindruck über die ausgewählten Fallbeispiele gewinnen können, werden die Geschichten hier exemplarisch zusammengefasst (für die restlichen Kapitel wird davon aus Platzgründen abgesehen): Der Dienst in einer Jury, ihre Scheidung und der Verkehrsunfall ihres Sohnes waren die einzigen formellen Interaktionen, die Rita Michaels mit Gerichten oder Rechtsbeiständen hatte. In einer Welt lebend, in der das Private und das Öffentliche klar voneinander getrennt sind, glaubt Michaels, dass das Recht mit dem Alltag nichts zu tun hat. Dwayne Franklin, Bediensteter des Sozialamts, ist Mitglied einer Art Nachbarschaftswache, hat negative Erfahrungen mit der Polizei gemacht und findet dennoch, dass diese ihre Arbeit gut macht. Er glaubt daran, dass das Recht und die Gerichte dafür da sind, Menschen zu beschützen. »In dem Schema, das [sie] ›vor dem Recht‹ nennen, reifizieren die vier Dimensionen auf wirkungsvolle Weise Legalität, befreien gleichzeitig soziales Handeln von menschlicher Handlungsfähigkeit und konstruieren für das Recht eine dingähnliche Natur.« (82 ff.) Diese Konzeption von Legalität als einer kohärenten und autonomen Einheit verkörpert viele der Eigenschaften, die liberale Rechtsinstitutionen für sich beanspruchen.

Im Gegensatz dazu sieht die als »with the law« bezeichnete Form des Rechtsbewusstseins das Recht als vertraut, zugänglich und manipulierbar und somit als etwas in den alltäglichen Praktiken Nutzbares an. Recht wird hier als ein organisiertes Spiel unter interessierten Spieler:innen konzeptualisiert, als eine »arena of contest«, aus der Gewinner:innen und Verlierer:innen hervorgehen. Im fünften Kapitel beschreiben Ewick und Silbey die Fälle von Charles Reed und Nikos Stavros: Beide Erzählende sehen das Recht aus einer instrumentellen Perspektive: Es stellt Werkzeuge, Ressourcen, Symbole und Vokabular zur Verfügung, die für das Verfolgen individueller Strategien nützlich sind. »[...] Legalität wird oft als amoralisches oder unpolitisches Medium beschrieben, das jedoch, weil es von einer Struktur sozialer Ungleichheit überlagert ist, zu systematisch ungleichen Ergebnissen führen kann.« (132 ff.)

Schließlich wird im Bewusstsein, das »against the law« ist, Recht als weitgehend willkürliche, bedrohliche und unterdrückende Kraft wahrgenommen; als ein Machtnetz, dem man ausweichen oder entkommen möchte oder dem widerstanden werden muss. Im sechsten Kapitel werden die Erzählungen von Bess Sherman und Jamie Leeson geschildert: Der Archetyp dieses Schemas ist das Sich-Behelfen. Ewick und Silbey schließen aus den Erzählungen der Betroffenen, dass Narration ein

wesentlicher Teil des Bewusstseins ›gegen das Recht‹ ist: Sie sehen das Teilen von Widerstandsgeschichten als ein Mittel, durch das individuelle Begegnungen mit der Macht des Rechts zur Grundlage für kollektives Handeln werden. Während Ewick und Silbey sich zunächst von der Vorstellung von Widerstand als kollektivem Handeln abgrenzen, um die unsichtbaren Mikro-Widerstände und das Aus-dem-Weg-Gehen der Akteur:innen (der Fokus des Kapitels) zu beschreiben, kommen sie am Ende doch zu dem Schluss, dass dies eine Art erstes Stadium zu kollektivem Dissens sein kann (165–221).

Im abschließenden dritten Teil des Buches (›Conclusions‹, 223–250) verknüpfen die Autorinnen ihre theoretischen und empirischen Erkenntnisse. In Kapitel 7 ›Mystery and Resolution: Reconciling the Irreconcilable‹, fassen sie zusammen, dass jedes der drei Legalitätsverständnisse auf je andersartige kulturelle Schemata zurückgreift, sich auf unterschiedliche Rechtfertigungen und Werte beruft, verschiedene Erklärungen für rechtliche Schritte ausdrückt, Legalität zeitlich und räumlich anders verortet, und die Interviewten unterschiedlich in Bezug auf Recht und Legalität positioniert. Sie führen ihre theoretischen Überlegungen zu Struktur, Bewusstsein und Ideologie aus, indem sie aufzeigen, dass die vordergründig unterschiedlichen und widersprüchlichen (nur analytisch, nicht aber empirisch trennbaren) Formen von Rechtsbewusstsein zusammengekommen die Hegemonie der Legalität aufrechterhalten (›before/with the law‹), aber auch anfechten (›against the law‹) können. Die Diversität an Formen von Rechtsbewusstsein ermöglicht es Individuen beispielsweise, einen als Diskriminierung erfahrenen Kontakt mit dem Rechtssystem mit der Überzeugung zu vereinbaren, Recht sei neutral, objektiv und gerecht. Gleichzeitig aber ermöglichen diese Widersprüche auch antihegemoniale Lesarten und Konstruktionen. Schließlich argumentieren die Autorinnen, dass die vielfältigen und widersprüchlichen Bedeutungen des Rechts nicht als Schwäche, sondern als entscheidende Komponente seiner Macht zu verstehen sind (230–233). Die Hegemonie der Legalität, so eine zentrale These, besteht darin, dass Strukturen Macht einbetten, gleichzeitig aber die Wirkungsweise der Macht in und durch Strukturen verdeckt bleibt.

Im letzten Kapitel ›Consciousness and Contradiction‹ (245–250) gehen die Autorinnen auf den US-amerikanischen Kontext ein, in dem ihre Forschung stattgefunden hat. Ewick und Silbey schreiben dem Recht in den USA eine geradezu omnipräsente Rolle zu, sichtbar zum Beispiel an der besonders großen Anzahl an Anwält:innen und dem Bedürfnis vieler Menschen, Streitigkeiten durch das Recht zu lösen. Gleichzeitig wollen sie anhand ihrer Forschung zeigen, dass die Bevölkerung dem Recht nicht notwendigerweise ehrfürchtig gegenübersteht. Zusammenfassend beschreiben sie sowohl Rechtsbewusstsein als auch Legalität als objektive, beobachtbare und interpretierbare Phänomene und argumentieren

schließlich, dass die Legalität in der US-amerikanischen Gesellschaft eine dauerhafte und mächtige Struktur darstellt, weil sie kollektiv und tief im Alltag verankert ist.

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion in der Rechtssoziologie

Die Rezeption von *The Common Place of Law* wurde von den jeweiligen rechtssoziologischen Feldern geprägt, in denen sie stattfand (siehe Chappe et al. 2018 für Frankreich). In den Vereinigten Staaten erfolgte die Rezeption unmittelbar nach Erscheinen des Buches in renommierten Zeitschriften (u.a. Rezensionen in *Contemporary Sociology*, im *American Journal of Sociology* und ein in *Law and Social Inquiry* publiziertes Review Symposium) und ist bereits weitgehend abgeschlossen. Das Werk von Ewick und Silbey hat hier Platz in einem eigenständigen Forschungsbereich innerhalb der Rechtssoziologie genommen, zu dessen Konstituierung es im Übrigen einen wesentlichen Beitrag geleistet hat (Chua/Engel 2019). In Europa ist die Rezeption noch im Gange. Im Folgenden sollen zunächst zentrale Kritikpunkte dargestellt und anschließend der ›Import‹ des Werkes in den europäischen Kontext erläutert werden, mit Bezug auf den Stand aktueller Debatten.

In der kritischen Auseinandersetzung mit *The Common Place of Law* wurde erstens bemängelt, dass Ewick und Silbey ›Legalität‹ nicht ausreichend sozial verorten (McCann 1999). Dabei werde nicht nur außer Acht gelassen, dass Legalität je nach betroffenen Lebens- und Rechtsbereichen unterschiedliche Ausprägungen haben kann (Arbeits-, Sozial-, Zivil-, Strafrecht...) (McCann 1999; Engel 2012), sondern auch, dass die Position von Individuen in der Sozialstruktur – etwa in Bezug auf Kapitalsorten, Gender, *race* – einen wesentlichen Einfluss darauf hat, welche Rolle Recht im Alltag spielt (siehe Nielsen 2000; García Villegas 2003; Marshall/Barclay 2003; Young/Billings 2020). Damit eng zusammenhängend wurde zweitens darauf hingewiesen, dass Ewick und Silbey zwar aufzeigen, dass Individuen im Alltag unterschiedliche Narrative mobilisieren, nicht aber, wie und weshalb der Wechsel zwischen diesen praktisch vonstattengeht (Heimer 1999).

Drittens lasse *The Common Place of Law* die Frage offen, wie die beschriebenen kulturellen Narrative entstehen, wer diese definiert und wie sich diese durch den sozialen Raum bewegen, um in alltägliche Praktiken Einhalt zu finden (Mezey 2001). Ewick und Silbey unterließen es auch, das vorgefundene kulturelle Repertoire an Narrativen an einen konkreten, empirisch feststellbaren (regionalen, kulturellen, geschichtlichen, nationalstaatlichen, politischen...) Kontext rückzubinden

(Pohn-Weidinger/Dahlvik 2024), was gerade im ›Export‹ der Theorie in Kontexte außerhalb der USA zu konzeptuellen Schwierigkeiten führt.

Viertens erscheint die Unterscheidung zwischen ›Legalität‹ (legality) und ›Recht‹ (law) manchen Autor:innen als zu weitreichend (McCann 1999). Sollte nicht eher das Ineinandergreifen von formalrechtlichen Regeln und Recht im Alltag analysiert werden (Kirk 2021), anstatt beide analytisch zu trennen und deren Unterschiede zu verwischen (Piana et al. 2018)? Damit zusammenhängend weist Mezey (2001) darauf hin, dass die drei Formen des Rechtsbewusstseins stark rechtstheoretischen Positionen ähneln (Formalismus, Realismus, kritische Rechtstheorie). Damit hängt auch ein fünfter Kritikpunkt eng zusammen, nämlich, dass das vorgelegte empirische Material die Interpretationen und theoretischen Überlegungen oftmals nicht stütze (McCann 1999; Commaile 2018).

Sechstens wird darauf hingewiesen, dass die Präsenz von Recht im Alltag in *The Common Place of Law* stets vorausgesetzt wird, in bestimmten Kontexten Recht aber überhaupt keine Relevanz hat (Herzog 2018), zum Beispiel für Frauen in der urbanen Drogenökonomie (Levine/Mellema 2001). Deshalb wurde siebte auch die These der hegemonialen Kraft von Recht angezweifelt, welche erst dadurch zustande kommt, dass die Form »against the law« lediglich als individuelles Ausweichmanöver gesehen wird, nicht aber als ein potenzielles Moment kollektiver Mobilisierung (Lovell 2012). Diese fehlende politische Dimension von Rechtsbewusstsein wurde vor allem bei Fritsvold thematisiert (und später bei Halliday, siehe unten), welcher die für ihn unvollständige Typologie von Ewick und Silbey um ein »under the law« genanntes Narrativ erweitert (Fritsvold 2009).

Die Rezeption von *The Common Place of Law* im europäischen Kontext erfolgte zeitversetzt und geprägt von Dynamiken der jeweiligen nationalen Kontexte. Eine Ausnahme stellt der deutschsprachige rechtssoziologische Raum dar, in dem Rezensionen oder spezialisierte Studien fehlen, mit Ausnahme der Arbeiten von Andrea Fritsche (2012; 2020). Sicherlich spielen der temporäre Bedeutungsverlust der deutschen Rechtssoziologie und deren institutionelle Prekarität hierfür eine Rolle (Machura 2012), genauso wie deren fehlende Anbindung an das Law and Society-Feld und die geringe Verwendung qualitativer und vor allem ethnographischer Forschung im Bereich der Rechtssoziologie. Außerhalb des deutschsprachigen Raums werden dagegen Mitte der 2000er Jahre erste Rezeptionen vorgelegt. In Großbritannien prüft Dave Cowan (2004) die Anwendbarkeit der neuen Perspektive in einer empirischen Forschung über Obdachlose, mit positivem Urteil. Der französische Soziologe Jérôme Pélisse (2003; 2005) findet die drei Narrative im Rechtsbewusstsein von französischen Arbeiter:innen wieder, deutet aber an, dass zusätzliche Formen existieren können. Der niederländische

Rechtssoziologe Marc Hertogh (2004) hingegen kritisiert, dass in den Forschungen über Rechtsbewusstsein lediglich soziale ›Variationen‹ von Einstellungen zum positiven, offiziellen Recht erhoben werden. Was Recht für Individuen oder soziale Gruppen sei, bleibe hingegen unerforscht. Hertogh sieht die Wurzeln dieses Problems in einer spezifisch ›amerikanischen‹, auf Roscoe Pound zurückgehenden ›instrumentellen Perspektive‹ auf ›das Recht‹ (siehe oben). Dementgegen stehe eine von Eugen Ehrlich inspirierte, ›europäische Konzeption‹ von Rechtsbewusstsein, verstanden als das, was Individuen eigensinnig unter Recht verstehen.

Eine zweite, bereits besser informierte Rezeptionswelle setzt in Europa Mitte der 2010er Jahre ein. Halliday und seine Co-Autor:innen wenden den Ansatz in empirischen Studien an und finden, ähnlich wie Fritsvold, ein viertes Narrativ, in welchem kollektive Vorstellungen und Nutzungsweisen von Recht zum Ausdruck kommen. (Halliday et al. 2015; Halliday/Morgan 2013). Gleichzeitig argumentiert Halliday in Anlehnung an Margarete Mead, dass die vier Formen von Rechtsbewusstsein in bestimmten Typen von Gesellschaften vorkommen, abhängig davon, ob in diesen Gesellschaften Individualismus oder Kollektivismus vorherrsche, und inwieweit soziale Hierarchien, Autorität und staatliches Recht sozial akzeptiert seien. Dies wird allerdings nicht empirisch belegt. Unklar bleibt auch, weshalb sich die angeblich kulturell geprägten Formen von Rechtsbewusstsein in sehr unterschiedlichen Kontexten wiederfinden – bei radikalen Umweltaktivist:innen in Kalifornien (Fritsvold 2009) wie auch bei Nutzer:innen von britischen Ombudsleuten (Creutzfeldt/Gill 2017) –, was für manche Beobachter:innen die Gefahr einer Verwässerung der Theorie oder einer impliziten kognitiven Bestimmung von Rechtsbewusstsein mit sich bringt (Pohn-Weidinger/Dahlvik 2024). Hertogh kippt in seinen neueren Arbeiten die Hegemonie-These: Statt von der Omnipräsenz des Rechts müsse in den von ihm untersuchten Kontexten von einer generellen Entfremdung vom (offiziellen) Recht die Rede sein (Hertogh 2018), vor allem, wenn politische Akteur:innen den Rechtsstaat untergraben (Hertogh/Kurkchian 2016). Von Anhänger:innen des Ansatzes von Ewick und Silbey im europäischen Raum wurde diese stellenweise vereinfachende Gegenthese kontrovers diskutiert (Halliday 2019; Kirk 2021), vor allem hinsichtlich der sich wie ein roter Faden durch die Literatur ziehenden Frage, welcher Begriff von Recht den Arbeiten zugrunde liegt (Piana et al. 2018), sowie der nicht immer stimmigen empirischen Analysen.

5. Lesehinweise

The Common Place of Law ist als klar strukturiertes und im nordamerikanischen Duktus flüssig geschriebenes Buch für Studierende und Interessierte relativ leicht zugänglich. Gleichzeitig führt aber die Vielzahl an empirischen Belegen und der nicht immer stimmige Bezug zu Interpretationen und theoretischen Reflexionen dazu, dass zentrale Argumente im Text nicht ausreichend hervorgehoben werden (etwa die ›Hegemonie-These‹), was bei den Leser:innen zu Verwirrung führen kann. Es macht daher durchaus Sinn, als Ergänzung zu vor- und nachgehenden Texten von Ewick und – vor allem – Silbey zu greifen, in denen Rohfassungen der Kapitel vorgestellt und zentrale Argumente des Buchs zusammengefasst wurden.

Um die allgemeine Perspektive von *The Common Place of Law* zu verstehen, eignen sich die Texte von Silbey (2005), wobei hier kurioserweise das dritte Narrativ ›against the law‹ zwar vorgestellt, aber nicht als solches benannt wird, sowie von Ewick und Silbey (1999). Studierende, die sich dem Thema eher vom empirischen Material her nähern wollen, können sich als Ergänzung Texte vornehmen, die jeweils eines der Narrative anhand eines ethnographischen Falls erläutern: Das »against the law«-Narrativ wird in Ewick und Silbey (1991) thematisiert, das »before the law«-Narrativ bei Ewick und Silbey (1995). Der ›kulturelle‹ Kern der Thesen wird bei Silbey (1992) deutlich, die theoretische und forschungspraktische Abgrenzung zu früheren Arbeiten über ›Rechtskultur‹ findet sich in Silbeys Beitrag zur International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences (2001). Hintergrundinformationen über die Entstehung von *The Common Place of Law* und Hinweise über theoretische Einflüsse finden sich in den bereits erwähnten Interviewtexten (siehe Ewick/Silbey 2009; Sénéchal/Silbey 2020) sowie in einem autobiographischen Text von Silbey (2019). Der intellektuelle Entstehungskontext der *legal consciousness studies* in den 1970er Jahren kann zum Beispiel bei Engel (1998) nachgelesen werden.

Als Sekundärliteratur zur kritischen Auseinandersetzung mit dem Werk liefert McCann (1999) eine erste knappe Lektüre. Anschließend seien Interessierten vor allem die Besprechungen von Mezey (2001) und Levine und Mellema (2001) angeraten. Schließlich können einzelne Aspekte anhand der oben erwähnten Literatur (siehe Rezeptionsgeschichte) vertieft werden.

Eine interessante audiovisuelle Quelle stellt ein Video von Silbey dar, in dem sie die in nordöstlichen Städten der USA gängige Praxis, selbstständig von Schnee freigeschaufelte Parkplätze mit Objekten wie Stühlen zu besetzen, um deren Nutzung zu beanspruchen, als empirisches Beispiel für Legalität beschreibt (siehe dazu auch Silbey 2010).²

- 2 <https://www.youtube.com/watch?v=wocpho2ow6A> (letzter Zugriff: 30.05.2024).

Literatur

- Chappe, Vincent-Arnaud/Pélisse, Jérôme/Egea, Anna (2018): »Importation, dissemination, and inflections of legal consciousness studies in French sociology«, in: *Droit et société* 100, 665–684.
- Chua, Lynette J./Engel, David M. (2019): »Legal Consciousness Reconsidered«, in: *Annual Review of Law and Social Science* 15 (1), 335–353.
- Commaille, Jacques (2018): »Legal consciousness studies according to Susan Silbey: Dissonance between empirical data and theoretical resources?«, in: *Droit et société* 100, 657–664.
- Cowan, Dave (2004): »Legal Consciousness: Some Observations«, in: *The Modern Law Review* 67 (6), 928–958.
- Creutzfeldt, Naomi/Gill, Chris (2017): »The ›Ombuds Watchers‹: Collective Dissent and Legal Protest Among Users of Public Services Ombuds«, in: *Social and Legal Studies* 27 (3), 367–388.
- Dezalay, Yves/Sarat, Austin/Silbey, Susan (1989): »D'une démarche contestataire à un savoir méritocratique«, in: *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* 78, 79–93.
- Engel, David (2012): »Vertical and Horizontal Perspectives on Rights Consciousness«, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies* 19 (2), <https://www.repository.law.indiana.edu/ijgls/vol19/iss2/2>, 423–455.
- Engel, David M. (1998): »How Does Law Matter in the Constitution of Legal Consciousness?«, in: Garth, Bryant G./Sarat, Austin (Hg.), *How does law matter?*, Evanston: Northwestern University Press, 109–145.
- Ewick, Patricia/Silbey, Susan (2009): »Patricia Ewick and Susan Silbey and The Common Place of Law«, in: Schmidt, Patrick/Halliday, Simon (Hg.), *Conducting Law and Society Research: Reflections on Methods and Practices*, Cambridge: Cambridge University Press, 214–226.
- Ewick, Patricia/Silbey, Susan S. (1991): »Conformity, Contestation, and Resistance: An Account of Legal Consciousness«, in: *New England Law Review* 26 (3), 731–750.
- Ewick, Patricia/Silbey, Susan S. (1995): »Before the Law: Reification of Legal Institutions«, in: *Philippine Law Journal* 70 (4), 457–475.
- Ewick, Patricia/Silbey, Susan S. (1999): »Common Knowledge and Ideological Critique: The Significance of Knowing That the ›Haves‹ Come out Ahead«, in: *Law & Society Review* 33 (4), 1025–1041.
- Fritsche, Andrea (2012): »Zeit. Macht. Flüchtlinge. Und Flüchtlinge machen Zeit? Konzeptionen biografischer Zeiten im Asylkontext«, in: *SWS-Rundschau* 52 (4), 362–388.
- Fritsche, Andrea (2020): *Zwischen Recht und Menschlichkeit: Asyl als Institut der Rechtebeanspruchung und Asylwerber*innen als ›Rights-Holders‹ bzw. ›Rights-Claimants‹? – Bedeutungen von Recht und Rechten für Asylsuchende in Österreich*. Wien: Wien.
- Fritsvold, Erik D. (2009): »Under the Law: Legal Consciousness and Radical Environmental Activism«, in: *Law & Social Inquiry* 34 (4), 799–824.
- García Villegas, Mauricio (2003): »Symbolic Power without Symbolic

- Violence? Critical Comments on Legal Consciousness Studies in USA«, in: *Droit et société* 53, 137–163.
- Halliday, Simon (2019): »After Hegemony: The Varieties of Legal Consciousness Research«, in: *Social & Legal Studies* 28 (6), 859–878.
- Halliday, Simon/Kitzinger, Celia/Kitzinger, Jenny (2015): »Law in everyday life and death: a socio-legal study of chronic disorders of consciousness«, in: *Legal Studies* 35 (1), 55–74.
- Halliday, Simon/Morgan, Bronwen (2013): »I Fought the Law and the Law Won? Legal Consciousness and the Critical Imagination«, in: *Current Legal Problems* 66 (1), 1–32.
- Heimer, Carol (1999): »The Common Place of Law: Stories from Everyday Life by Patricia Ewick and Susan S. Silbey«, in: *Contemporary Sociology* 28 (6), 734–735.
- Hertogh, Marc (2004): »A ›European‹ Conception of Legal Consciousness: Rediscovering Eugen Ehrlich«, in: *Journal of Law and Society* 31 (4), 457–481.
- Hertogh, Marc (2018): *Nobody's law: legal consciousness and legal alienation in everyday life*, London: Palgrave Macmillan.
- Hertogh, Marc/Kurkchian, Marina (2016): »When Politics Comes into Play, Law is No Longer Law: Images of Collective Legal Consciousness in the UK, Poland and Bulgaria«, in: *International Journal of Law in Context* 12 (4), 404–419.
- Kirk, Eleanor (2021): »Legal consciousness and the sociology of labour law«, in: *Industrial Law Journal* 50 (3), 405–433.
- Levine, Kay/Mellema, Virginia (2001): »Strategizing the Street: How Law Matters in the Lives of Women in the Street-Level Drug Economy«, in: *Law & Social Inquiry* 26 (1), 169–207.
- Lovell, George I. (2012): »The Myth of the Myth of Rights«, in: Sarat, Austin (Hg.), *Special Issue: The Legacy of Stuart Scheingold*, Studies in Law, Politics, and Society, Bd. 59, Bingley: Emerald, 1–30.
- Machura, Stefan (2012): »German sociology of law: a case of path dependency«, in: *International Journal of Law in Context* 8 (4), 506–523.
- Marshall, Anna-Maria/Barclay, Scott (2003): »In Their Own Words: How Ordinary People Construct the Legal World«, in: *Law & Social Inquiry* 28 (3), 617–628.
- McCann, Michael (1999): »The Common Place of Law: Stories from Everyday Life by Patricia Ewick and Susan S. Silbey«, in: *American Journal of Sociology* 105 (1), 238–240.
- Merry, Sally Engle (1990): *Getting justice and getting even: legal consciousness among working-class Americans*, Chicago: University of Chicago Press.
- Mezey, Naomi (2001): »Out of the Ordinary: Law, Power, Culture, and the Commonplace«, in: *Law & Social Inquiry* 26 (1), 145–167.
- Nielsen, Laura B. (2000): »Situating Legal Consciousness: Experiences and Attitudes of Ordinary Citizens about Law and Street Harassment«, in: *Law & Society Review* 34 (4), 1055–1090.

- Pélisse, Jérôme (2003): »Consciences du temps et consciences du droit chez des salariés à 35 heures«, in: *Droit et société* 53, 163–186.
- Pélisse, Jérôme (2005): »A-t-on conscience du droit ? Autour des Legal Consciousness Studies«, in: *Genèses* 59, 114–130.
- Piana, Daniela/Schijman, Emilia/Wagener, Noé (2018): »Where is the law living? Juridicity and methods of research in the works of Susan Silbey«, in: *Droit et société* 100, 645–655.
- Pohn-Weidinger, Axel/Dahlvik, Julia (2024): »Can we import the concept of legal consciousness? On the relation between legal consciousness and legal culture in Susan Silbey's work«, in: Mouralis, Guillaume/Kretschmann, Andrea/Zeigermann, Ulrike *Laypersons in Law. Social Science Perspectives on Non-Professionals*, London u.a.: Routledge (i.E.).
- Sarat, Austin (1977): »Studying American Legal Culture: An Assessment of Survey Evidence«, in: *Law & Society Review* 11 (3), 427–488.
- Sénéchal, Yan/Silbey, Susan S. (2020): »À la découverte des configurations de la légalité: une odyssée intellectuelle dans le tournant culturel du mouvement Law & Society aux États-Unis. Entrevue avec Susan S. Silbey«, in: *Sociologie et Sociétés* 52 (2), 41–60.
- Silbey, Susan (1992): »Making a Place for Cultural Analyses of Law«, in: *Law & Social Inquiry* 17 (1), 39–48.
- Silbey, Susan S./Ewick, Patricia (1993): *Differential use of courts by minority and non-minority populations in New Jersey*, New Jersey Judiciary, <https://www.ojp.gov/pdffiles1/Digitization/149226NCJRS.pdf>
- Silbey, Susan S. (2001): »Legal Culture and Legal Consciousness«, in: Smelser, Neil J./Baltes, Paul B. (Hg.), *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences*, 8623–8629.
- Silbey, Susan (2005): »Everyday Life and the Constitution of Legality«, in: Jacobs, Mark D./Hanrahan, Nancy (Hg.), *The Blackwell companion to the sociology of culture*, Malden: Blackwell, 332–345.
- Silbey, Susan (2010): »J. Locke, Op. Cit.: Invocations of Law on Snowy Streets«, in: *Journal of Comparative Law* 5 (2), 66–91.
- Silbey, Susan S. (2019): »The Every Day Work of Studying the Law in Everyday Life«, in: *Annual Review of Law and Social Science* 15, 1–18.
- Trubek, David M./Esser, John (1989): »»Critical Empiricism« in American Legal Studies: Paradox, Program, or Pandora's Box?«, in: *Law & Social Inquiry* 14 (1), 3–52.
- Vauchez, Antoine (2001): »Entre droit et sciences sociales: Retour sur l'histoire du mouvement Law and Society«, in: *Genèses* 45, 134–149.
- Young, Kathryn M./Billings, Katie R. (2020): »Legal Consciousness and Cultural Capital«, in: *Law & Society Review* 54 (1), 33–65.

Bruno Latour: Die Rechtsfabrik

1. Leben und wissenschaftliches Werk

Verglichen mit Werken wie *Science in Action* (1987), *Wir sind nie modern gewesen* (2008, frz. 1992) oder *Eine neue Soziologie für eine neue Gesellschaft* (2007, engl. 2005) gehört *Die Rechtsfabrik* (2016, frz. 2002) zu den weniger stark rezipierten Monographien Bruno Latours. Die Studie wird von den einschlägigen Einführungsbüchern in Latours Denken lediglich am Rande behandelt (vgl. Gertenbach/Laux 2019; Schmidgen 2019), verfügt über signifikant niedrigere Zitationszahlen und wurde auch in den Nachrufen anlässlich von Latours Tod am 9. Oktober 2022 kaum hervorgehoben. Das mag daran liegen, dass mit dem *Conseil d'État* eine Einrichtung im Mittelpunkt steht, deren Verfahrensweisen und Rollenkonstellationen sogar einer rechtssoziologisch versierten Leserschaft höchst eigentümlich erscheinen dürften. Der idiosynkratische Charakter des obersten französischen Verwaltungsgerichts hat jedoch den Vorzug, einen verfremdenden Blick auf die Herstellungsbedingungen des Rechts zu eröffnen. Diesen Verfremdungseffekt macht sich Latour zunutze, wenn er mit größter Detailliebe »den Übergang, die Bewegung, die Metamorphose einer besonderen Kraft« (151) zu erfassen sucht: der Rechtskraft.

Die Rechtsfabrik basiert auf einer rund fünfzehnmonatigen Ethnographie am Staatsrat in Paris. Damit ist das Buch eine von insgesamt drei Monographien in Latours Gesamtwerk, die auf einer substanziellen Feldforschung basieren: neben der Techniksoziologie des U-Bahn-Projekts *Aramis* (2018, frz. 1992) die ungleich berühmtere, gemeinsam mit Steve Woolgar veröffentlichte Studie *Laboratory Life* (1979). Obgleich die opulenten Sitzungszimmer des Staatsrats auf den ersten Blick wenig Ähnlichkeit mit den Laborräumen am Salk Institute in San Diego haben, in denen Latour die Forschung zu Peptidhormonen im Gehirn begleitet hat, sind die Überlappungen im Zugang frappierend. Genau wie das Labor als Ort jener »slow practical craftwork« der Konstruktion wissenschaftlicher Fakten analysiert wird (Latour 1979: 236), ist der französische Originaltitel einer *fabrique de droit* buchstäblich zu lesen, insofern er das Gericht als materielle Fertigungsstätte des Juridischen vorstellt. Die methodologische Maxime, »science in the making« anhand von Kontroversen zu studieren (Latour 1987: 4; 21 ff.), übersetzt

sich in das Programm, *law in the making* anhand der Verhandlung von Streitsachen zu erfassen. Wie die Wissenschaft soll das Recht dabei unter keinen Umständen mit dem Verweis auf seinen gesellschaftlichen Kontext erklärt werden. Und ebenso wie die wissenschaftssoziologischen Schriften die Dualität von Repräsentation und Wirklichkeit problematisieren, zielt die Gerichtsethnographie darauf ab, die Dualität von Regel und Sachverhalt zu überwinden. Auf diese Weise kommt in der Untersuchung des Rechts wie in der Auseinandersetzung mit der Wissenschaft jene »empirische Philosophie« zur Blüte, als die Latour (2010a; Latour/Röbler 1997) seine Arbeit verstanden haben wollte.

In *Die Rechtsfabrik* bündeln sich darüber hinaus drei Motive, die Latours Gesamtwerk auszeichnen. Erstens hat er zeitlebens herausgestellt, dass der sozial- und geisteswissenschaftliche Ausweis des Konstruktionscharakters eines Phänomens nicht dazu dienen soll, dessen Realitätsgehalt zu schwächen. Dieses Motiv findet sich bereits in Latours 1975 abgeschlossener Dissertation zur Bibelexegese des Theologen Rudolf Bultmann, in der er sich mit den textuellen Operationen der Übersetzung und Umarbeitung auseinandersetzt, mit denen die Tradition jeweils aktualisiert wird. Anders als es eine dekonstruktive Kritik hervorheben würde, unterminiert diese Praxis den Wahrheitswert der Überlieferung gerade nicht. Vielmehr hat die ständige Umformung einen stabilisierenden Effekt: »[T]he more a layer of texts is interpreted, transformed, taken up anew, stitched back together, replayed, and rewoven, each time in a different way, the more likely it is to manifest the truth it contains.« (Latour 2013: 289) Mehr als 20 Jahre später legt Latour dar, wie das Recht seine Autorität und Belastbarkeit in ganz ähnlicher Weise gewinnt. Es erzeugt die für seine Fortexistenz so entscheidende Kohärenz, indem es Texte immer wieder auftrennt und von Neuem miteinander verwebt, um die fortlaufend gefällten Entscheidungen von Streitsachen in das bestehende Gewebe einzuarbeiten und dieses dadurch zu verändern. Eine solche Darlegung der »Gemachtheit« eines Phänomens impliziert gerade nicht, dass es substanzlos oder frei erfunden wäre (»made up«), sondern bildet überhaupt erst die Bedingung, um eine solide von einer unsoliden Machart unterscheiden zu können. Diese Pointe wurde verkannt, als Latour in den »science wars« der 1990er Jahre der postmodernen Beliebigkeit gescholten und sein Ruf ans Institute for Advanced Studies in Princeton aus den »hard sciences« heraus verhindert wurde.

Ironischerweise ist Latours Werk innerhalb der Soziologie oftmals in geradezu entgegengesetzter Weise gelesen worden: als Artefakt-Soziologie, die sich gegen eine »rein diskursive« Konstruktion der Wirklichkeit wendet. Ein entsprechender Ruf nach einer Rückkehr zu den Dingen riskiert jedoch ein zweites Motiv in Latours Denken zu verfehlen, das ebenfalls in *Die Rechtsfabrik* weiter ausgestaltet wird, nämlich das Anliegen einer materiellen Semiologie. Plakativ gesagt, war der Leib Christi für

Latour als bekennenden Katholiken niemals eine rein ideelle noch eine rein physische Entität – weder immaterielles Zeichen noch bloßer Körper (vgl. Latour 2011). Seine Arbeiten zielen stattdessen darauf ab, Referenzialität jenseits solcher Brüche zu konzipieren (Latour 2000: 36 ff.). Bereits die frühe Techniksoziologie spricht zu diesem Zweck von »inscription devices« (Latour 1979: 55). Bei diesen handelt es sich um Medien, in denen immer schon in Form gebrachte Materien graphische, numerische oder sprachliche Spuren hinterlassen und auf diese Weise an Lesbarkeit gewinnen. Während in *Laboratory Life* Bioassays und Apparate der Magnetresonanzspektroskopie im Zentrum standen, sind an deren Stelle in *Die Rechtsfabrik* Akten, Dossiers und Fallsammlungen getreten. An deren formativer Kraft lässt sich die »Plastizität« (219) des Rechts untersuchen. Sie bilden ebenso »materiell-semiotische Knoten« (Haraway 1997: 10) wie die Anordnung der Postfächer, die organisatorische Hierarchien in Szene setzt, oder jene langjährig eintrainierten Gesten der Räte, die in den Beratungs- und Entscheidungssituationen als Ausweis der juristischen Profession gelten.

Drittens schließlich kommt in *Die Rechtsfabrik* noch eine Lektion zum Tragen, die sich bei Latour ebenfalls sehr früh, nämlich bereits Mitte der 1970er Jahre im Rahmen einer entwicklungspolitischen Auftragsarbeit in Abidjan in der Elfenbeinküste einzustellen beginnt: die Notwendigkeit einer »symmetrischen Anthropologie«, die er mehr als eine Dekade später in *Wir sind nie modern gewesen* (2008: 133 ff.) explizit einklagt. Latour soll in einem Forschungsprojekt herausfinden, weshalb es Firmen und Verwaltung in der postkolonialen Situation nicht gelänge, kompetentes Leitungspersonal aus der einheimischen Bevölkerung zu rekrutieren. Er erlebt, wie dieses Problem auf eine prämoderne Mentalität der Afrikaner zurückgeführt wird – die kulturalistische Erklärung dient als Vehikel für rassistische Stereotype (vgl. Kofman 2018). Latour wird aus dieser Erfahrung die Kritik entwickeln, dass die Anthropologie die Kultur vorzugsweise bei den anderen gesucht habe. Wie die Masken »primitiver Völker« an einer weißen Museumswand würde die Kultur dann vor einem vorgeblichen neutralen Hintergrund ausgestellt (vgl. 282). Die Korrektur dieser modernistischen Schiefelage könne jedoch nicht darin bestehen, eine derart »scheußliche Form des Exotismus« (ebd.) nun auch auf die »eigenen« gesellschaftlichen Praktiken zu wenden. Das wäre etwa der Fall, wenn man in der Untersuchung des Rechts primär auf dessen exzentrische Rituale und mythischen Gehalte abhebt. Damit würde man das Recht im »Modus der Kultur« (ebd.) analysieren, während Latour im Gegensatz dazu dessen Ontologie freilegen möchte. Um eine Anthropologie der Modernen vorzulegen, die neben der wissenschaftlichen Objektivität, der technischen Effizienz und der ökonomischen Profitabilität auch das Recht als Seinsbereich ernstnimmt, dürfen alle diese Rationalitäten nicht im Register des Symbolischen behandelt werden.

In dieser Hinsicht sollte *Die Rechtsfabrik* die spätere Entwicklung der *Existenzweisen* (2014) wesentlich informieren, insofern hier das erste Mal in Latours Werk der systematische Versuch unternommen wird, die dem Recht eigene Operationsweise von anderen Formen der Verbindung zu unterscheiden. Ausgehend von einer empirisch dichten Beschreibung des Rechts öffnet sich der Blick auf die plurale Kosmologie jener, die nie modern gewesen sind.

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Werks

Die Rechtsfabrik bildet eine theoretische Scharnierstelle, die der Positionierung der Studie im Gesamtwerk entspricht. Zum einen findet das Programm der *Actor Network Theory* (ANT) Anwendung, insofern das Recht als Netzwerk von Übersetzungen analysiert wird (Levi/Valverde: 2008). Die Zurückweisung sozialstruktureller Erklärung korreliert mit einer Soziologie jener Assoziationen, die das Recht versammeln. Zum anderen geht Latour über das Programm der ANT hinaus, insofern er nicht nur das technologische Gestell in den Blick nimmt, welches das Recht ausrichtet, sondern zudem die Spezifik des Rechtsvollzugs selbst freilegt: die Art und Weise, wie unterschiedlichste Phänomene in rechtliche Angelegenheiten transformiert und dadurch zugleich gegen andere Ausdrucksregime abgegrenzt werden. Die Entwicklung dieser theoretischen Scharnierstelle in einer empirisch dichten Studie führt dazu, dass sich Latour wie in kaum einem anderen seiner Werke mit zentralen soziologischen Debatten und Ansätzen auseinandersetzt. Unter anderem wendet er sich gegen die Dichotomie von Struktur und Handlung, entwickelt ein spezifisches Verständnis gesellschaftlicher Differenzierung und unterzieht die Rolle von Kritik einer Neubestimmung.

So manifestiert sich die analytische Ausrichtung an den Prämissen der ANT in Latours Absatzbewegung von einer Form der Kritik, die er auch in *Die Rechtsfabrik* mit den Schriften Pierre Bourdieus verbindet (vgl. 298). Dessen kritische Soziologie zeichne sich durch eine Geste der Entschleierung aus. Sie wolle zeigen, dass im Recht rechtsfremde Kräfte am Werk sind, die von den professionellen Akteuren aufgrund ihrer feldspezifischen »Illusio« verkannt würden – Klasseninteressen, die patriarchale Geschlechterordnung oder sonstige Machtverhältnisse. Demgegenüber erklärt Latour, er wolle die »Küche des Gesetzes« nicht als »Inspekteur« betreten, »der die Hygienebedingungen untersucht« (38). Letztlich verfehlten die »Soziologen des Sozialen« (303) das Recht, weil sie dessen Funktionsweise auf außerrechtliche gesellschaftliche Ursachen zurückführen würden, anstatt die »praktischen Mittel« (ebd.) ins Zentrum der

Analyse zu stellen, anhand derer es sich laufend in Form bringt. Hier tritt das Programm der ANT auf den Plan: Es gilt, jenen »Mittlern« (Latour 2007: 66 ff.) zu folgen, welche die Rechtskraft mobilisieren, sie dabei in jedem Übersetzungsmoment umwandeln und ihre Wirkung neu ausrichten. Entsprechend will Latour in seiner Darstellung des Staatsrats »die Halterungen vermehren« (17), welche die Stabilität des institutionellen Gefüges gewährleisten. Genauso wie ein Gasnetz nicht nur aus Gas, sondern aus Rohrleitungen, Standards und vertraglichen Über-einkünften zusammengesetzt ist, besteht auch das Rechtsnetz nicht nur aus Recht, sondern aus vielfältigen Aktanten, ohne welche die rechtliche Versorgung nicht gesichert wäre.

Allerdings geht Latour in *Die Rechtsfabrik* zugleich über dieses Programm hinaus. In *Existenzweisen* (2014: 75) wird er selbstkritisch formulieren, dass die Analytik der ANT zu einer allgemeinen Theoriesprache geworden ist, welche über unterschiedlichste Phänomene »das gleiche sagt, nämlich, dass sie aus ›unvorhergesehenen heterogenen Elementen bestehen‹.«. In Anlehnung an den Pragmatismus John Deweys und die Ethnomethodologie Harold Garfinkels (vgl. Twellmann 2016: 37 ff.) plädiert er deshalb für die Ausbildung einer »Infra-Sprache«, welche es erlaubt, das Recht als Produktionsstätte »seine[r] eigene[n] Meta-Sprache« (300) zu erfassen. Das Ziel ist es, die Besonderheit des Rechts im Verhältnis zu anderen Logiken hervortreten zu lassen. Man müsse das Augenmerk auf die »legal connectors« (Latour 2010b: x) richten, die Vorfälle als juristische Fälle behandelbar machen und das Recht als distinktes Äußerungsregime artikulieren.

Latour stellt damit das Problem, wie Ereignisse einen rechtlichen Anschlusswert erhalten. In diesem Zusammenhang setzt er sich dezidiert mit Niklas Luhmanns Arbeiten auseinander (vgl. 304), verkennt jedoch deren frappierende Nähe zu seinem eigenen Projekt. So übersieht er, dass Luhmann Systeme nicht als totale Ganzheiten, sondern als rekursive Verket-tungen differenzsetzender Ereignisse begreift. Das ist geradezu tragisch, weil Latours gesamte Studie letztlich um die Frage kreist, wie Verbindungen so bewerkstelligt werden, dass eine rechtliche Trajektorie im Unterschied zu anderen, etwa wissenschaftlichen oder politischen Trajektorien entsteht. Die Figur der *passage de droit* bringt diesen Vorgang im französischen Original besser zum Ausdruck als der deutsche Terminus des *Übergangs*. Neben dem prozessualen Aspekt, dass Recht in einer Verknüpfung von Akten *passiert* (*se passe*), verweist der Begriff der Passage auf die gerichtete Weitergabe von rechtlichen Impulsen (*passer quelque chose à quelqu'un*) sowie auf ein Passieren im Sinne des Hindurchgehens oder des Über- bzw. Durchquerens. Eine Person oder Sache »findet durch die ›Passage des Rechts‹ (ihren) Weg in die rechtliche Existenz« (Scheffer 2016: 95).

Der Fokus auf die Passage des Rechts leitet die ethnographische Beobachtung des Staatsrats an und richtet sie aus. Dieser forschungspraktische

Wert korreliert mit einer theoriepolitischen Bedeutung. Latour verschafft sich die Möglichkeit, die Vollzüge des Rechts zu analysieren, ohne es zu verdinglichen oder zu purifizieren. Statt in kritischer Absicht den Einfluss nicht-rechtlicher Kräfte auf das Recht zu problematisieren, verschiebt er den Blick auf den Modus, in dem das Recht sich laufend Materien unterschiedlichster Art annimmt und diese prozessierend formt. Das Recht erweist sich dabei als »morphogenerativ« (McGee 2014: 160) bzw. »jurimorph« (Latour 2017a). Es stößt Personen oder Sachen regelrecht zu, bezieht sie ein und verwandelt sie grundlegend, indem es ihnen eine rechtliche Gestalt verleiht. Es produziert jurimorphe Verwicklungen mit Dingen von Belang und versetzt sich dadurch in einen Prozess der Selbsterleerung.

Dieser analytische Zugriff dient in letzter Konsequenz auch bei Latour der Formulierung einer Kritik. Jedoch handelt es sich um eine bergende Kritik, die den Gegenstand zu stärken sucht: Statt den Ruin des Rechts durch die Gesellschaft zu verzeichnen, legt sie dar, wie das Recht gesellschaftliche Verhältnisse hervorbringt. Statt das Recht als Machtinstrument zu kritisieren, soll dessen Neubeschreibung gerade jene Werte, die den rechtlichen Akteuren lieb und teuer sind, zur Geltung bringen. Die Reartikulation der Wertschätzung für die rechtliche Existenzweise soll es möglich machen, ihren Institutionen neues Vertrauen zu schenken. Dieses genuin politische Motiv seines Schreibens wird in Latours öffentlicher Positionierung im Kontext der ökologischen Krise an Bedeutung gewinnen. So wird er in einem Interview in der Zeitschrift *Science* (de Vrieze 2017) erläutern, dass nur der wissenschaftssoziologische Blick auf *science in action* ein wirksames Mittel gegen die Desavouierung wissenschaftlicher Fakten ist – also die Explikation jener Werte, Entscheidungen und Ungewissheiten, die der Wissenschaftspraxis immanent sind. In ähnlicher Weise soll bereits die Öffnung der *black box* des Staatsrats dazu beitragen, die »zahllosen Verbindungen zu gewinnen, die es einer Institution erlauben zu atmen« (17).

3. Darstellung des Schlüsselwerks

Im umfangreichen ersten Kapitel von *Die Rechtsfabrik* nutzt Latour eine Reihe von Fallvignetten, um die Spezifik der Gerichtsbarkeit des Staatsrats vorzustellen.¹ Das Verwaltungsrecht ist in Frankreich nicht kodifi-

1 Latours Anliegen, das Recht als öffentliches Ding empirisch zu entfalten, steht allerdings in einem Spannungsverhältnis mit dem Interesse des Staatsrats an der Geheimhaltung seiner Beratungen. Deren ungeschützte Veröffentlichung könnte, so die Befürchtung der Gesprächspartner im Feld, die Rechtswirkung von Beschlüssen gefährden. Latour hat deshalb die Fälle

ziert, die Entscheidungsfindung orientiert sich nach Art des angelsächsischen Fallrechts an bestehenden Urteilen zu Individualklagen. Es bewegt sich »von Eigennamen zu Datum und von Datum zu Eigennamen wie eine Metro von einer Station zur nächsten« (25). Am Umgang mit der Klage eines Sonnenblumenzüchters wird die liberale Rationalität dieser Bahnung hervorgekehrt. Ein Individuum reklamiert sein subjektives Recht gegenüber dem Staat und stößt damit eine Dynamik der Rechtsproduktion an, durch die sein singuläres Anliegen in die relationale Textur der bestehenden Regelungen integriert wird. Eine zweite Vignette hebt die Fragilität dieser jurimorphen Kette hervor. Der Streit, ob ein Dekret ohne Unterschrift ungültig ist oder ob eine beglaubigte Kopie für die Übertragung der Geltung ausreicht, blendet die »ganz besondere Form von Kontinuität« (48) des Rechts im Moment der drohenden Unterbrechung auf. Eine dritte Vignette widmet sich den Auswirkungen, welche die Gabelung von Rechtswegen hat. Mit Blick auf die Unterscheidung zwischen Verwaltungsrecht und Prozessrecht wird das Recht als Kanalsystem porträtiert, dessen Anlage darüber bestimmt, welche Kraft mit welcher Reichweite über welche Leitung mobilisiert werden kann. Konkret geht es um die Frage, ob alleine das Verwaltungsrecht für die Frage zuständig ist, inwiefern Geflüchtete von Grenzbeamten daran gehindert werden dürfen, von Bord eines Schiffes zu gehen. Würde das Prozessrecht zugunsten des Verwaltungsrechts ausgeschaltet werden, würde sich jener Zugang zum Recht verschließen, über den ein größerer Schutz für Geflüchtete erreicht werden könnte. Es würde schwieriger, jene rechtlichen Bande zu mobilisieren, »die Zöllner, Illegale, humanitäre Organisationen, Journalisten, Berichterstatter, Rechtsprofessoren, Richter und Anwälte verbinden [...] (und) die sich über ganz Frankreich wie ein verborgenes Netz an Lymphgefäßen erstrecken« (56).

Neben der Gerichtsbarkeit hat der Staatsrat noch eine weitere Funktion inne. In einer zweiten Kammer berät er die Regierung bei der Erstellung von Gesetzesinitiativen. Hier will der Staatsrat nicht zuletzt verhindern, dass er auf eine zukünftige Klage hin ein Dekret zurücknehmen muss, das zuvor seine eigene Qualitätskontrolle passiert hat. Latour kontrastiert zwei Temporalitäten der rechtlichen Arbeit. Während die gerichtliche Entscheidungskammer langsam verfährt, handelt es sich bei der rechtlichen Prüfung um ein »Just-in-time-Verfahren« (63) in hoher Geschwindigkeit. Wo im ersten Fall ein »bewegter, schockierter, gekränkter Antragssteller« (82) das bereits geltende Recht nachträglich in Bewegung versetzt, antizipiert der Rat im zweiten Fall in Form von Gedankenexperimenten hypothetische Anfechtungen, die in der Zukunft

verfremdet, die Eigennamen der Beteiligten abgeändert und die Wortwechsel so »rekonstruiert, dass sie wie *wahrscheinliche Fiktionen* erscheinen können« (11).

stattfinden könnten. Dabei agiert er als »Schreibwerkstatt«, in der Entwürfe redigiert werden und auf diese Weise eine »Transsubstantiation rechtlich schwacher Texte in rechtlich starke Texte« stattfindet. Das Ziel ist es, »annehmbare Texte« zu schreiben [...], die in der Lage sind, Prüfungen zu bestehen« (81).

Mit dieser Darstellung stellt Latour den Rechtsbezug in beiden Kammern des Staatsrats in den Vordergrund. Zusammen mit seinem eindeutig größeren Interesse an der richterlichen Entscheidungskammer führt das dazu, dass der doppelte Funktionsbezug des Staatsrats bei ihm lediglich im Ansatz erscheint.² Indem der Staatsrat nicht nur als Gericht über verwaltungsrechtliche Streitsachen entscheidet, sondern zudem die Regierung im Stile einer Fachverwaltung rechtlich berät, vereinigt er in sich Elemente politischer und juristischer Organisationen, die für gewöhnlich im Sinne des Prinzips der Gewaltenteilung getrennt gehalten werden. Dass Latour diese Überlappung eher beiläufig behandelt, ist zweifellos seinem primären Interesse an der Existenzweise des Rechts geschuldet. Es ließe sich aber fragen, ob seine Darstellung des Rechts anders ausgefallen wäre, wenn die juridisch-administrative Hybridität des Staatsrats eine stärkere Berücksichtigung gefunden hätte.

Das zweite Kapitel setzt den methodischen Imperativ der ANT prominent in Szene: den »Akteuren [zu] folgen« (Latour 2007: 28), bedeutet im Staatsrat vor allem, den Akten zu folgen. Latour imaginiert das Gericht als eine Art Fracht-Terminal, an dem Recht zu einer logistischen Verlademaschine wird. Die Akte ist jene Technologie, welche das oben markierte Anschlussproblem praktisch löst, indem sie die Elemente eines Falls zusammenbindet und entlang organisatorisch ausgezeichneten Bahnen transportabel macht. Um sie in Gang zu setzen, muss der Affekt eines empfundenen Unrechts die schriftliche Form einer gerichtlichen Anrufung annehmen. Von dem Moment an, in dem die Klage ein Aktenzeichen erhält, beginnt der Rechtsprozess als Prozess des »Reifens der Akte« (89). Beglaubigungen, Vernehmungsprotokolle, Prüfzertifikate, medizinische Atteste oder bauliche Gutachten werden als »Beibringungen« (94) zu den Akten gelegt und bezeugen einen Sachverhalt in einer rechtlich kompatiblen Form. Sie verweisen auf eine institutionelle Ökologie des Gerichts, in der für das Recht prä-formierte Dokumente produziert werden, die »quasi-rechtliche Formen des Vertrauens übertragen« (94). Zusätzlich dokumentiert die Akte den Fortgang des Verfahrens selbst, indem sie die Kommunikation zwischen den Parteien in sich aufnimmt, inklusive der Belege der postalischen Einschreiben. Fehler in der Aktenführung können selbst wieder rechtliche Wirkungen entfalten. Die Akte erweist sich somit als selbstreferenzielles Medium par excellence. Für

2 Ich danke Alfons Bora dafür, diesen Punkt mir gegenüber hervorgehoben zu haben.

Latour entscheidender ist jedoch ihre Brückenfunktion: vom Transfer einer außerrechtlichen Begebenheit in einen rechtlich abgesicherten Tatbestand hin zur Vermittlung des in der Akte versammelten Dokumentenbündels mit dem Korpus des geschriebenen Rechts. Auch letztgenannte intertextuelle Operation wird in Form einer »Note« (105) wiederum der Akte beigelegt, um die Entscheidungsfindung vorzubereiten.

Latour charakterisiert das Reifen der Akte als eine Art inkrementelles Recht-Werden, bei dem sich »nach und nach die relative Proportion des Rechts im Verhältnis zu den Fakten vergrößert« (111). Wo genau sich ein Fall im Prozess dieser rechtlichen Anreicherung befindet, lässt sich an der Raumstelle ablesen, die eine Akte in einem im Staatsrat befindlichen Regalsystem belegt – eine »Papiertechnologie« (101), von der Latour mehrere Photographien präsentiert. Am Ende, kurz vor der Entscheidung, würden die Räte beginnen, »wie Bücher [zu] sprechen« (115) und auf diese Weise mögliche Passagen der schriftlichen Urteilsbegründung schon mal mündlich austesten. Man verfehlt deshalb diesen gesamten Ablauf, wenn man ihn bloß als Subsumtion einer Streitsache unter eine Norm beschreibt. Das gilt selbst für die Entscheidung, die fällt, nachdem die Akte nicht nur mit Materialien prall gefüllt wurde, sondern ihr Inhalt in verschiedenen Gremien ausgebreitet, durchgearbeitet und schließlich wieder kondensiert worden ist. In einem letzten Schritt werden von einem Dokumentationsdienst die Konsequenzen dargelegt, die eine Entscheidung für das Gewebe des Rechts hat – werden bestehende Urteile bestätigt, neu verknüpft oder gar gekippt? In mal mehr, mal minder großem Umfang verändert sich der Regelbestand und mit ihm das Potenzial, ein Unrecht so zu artikulieren, dass es rechtliche Berücksichtigung findet. Sollte es in der Zukunft zu einem entsprechenden Akt kommen, dann wird die Akte längst geleert sein, wichtige Dokumente werden an ihre Eigentümer zurückgesandt worden sein, während andere Bestandteile ihren Weg ins Archiv gefunden haben.

Nachdem das dritte Kapitel die Karrierewege zwischen Ministerialbürokratie und Staatsrat professionssoziologisch knapp umrissen hat, setzt das umfangreiche vierte Kapitel erneut an der Passage des Rechts an. Es verhält sich dabei komplementär zum zweiten Kapitel: Während die Akte den Prozess medientechnisch stabilisiert, untersucht Latour nun die juristische Argumentation darauf hin, wie sie die rechtlichen Anschlüsse durch den Transfer spezifischer Wertobjekte bewerkstelligt. Wertobjekte werden dabei in Anlehnung an die Semiotik von Algirdas Julien Greimas als »Zeichen« verstanden, an denen die Räte »die *Bedingungen des Gelingens* oder *des Misslingens* der rechtlichen Darlegung« (151) erkennen. Der Transfer der Wertobjekte wird von Latour als »Bewährungsprobe« begriffen (163). Die sehr ausführlich dokumentierten Konversationen lassen keinen Zweifel daran, dass mit den Mitteln des Rechts zäh um den Ausgang der Verfahren gerungen wird. Latour kennzeichnet

diesen Vorgang als den »Übergang der Macht in die so besondere Bewegung des Rechts« (166). Die Ratsmitglieder werfen ihre Autorität in die Waagschale, üben argumentativ Druck aufeinander aus und vollziehen durch kreative Auslegungen überraschende Volten: »Wir müssen zugeben, dass [...] diese Mikro-Lustspiele und Taschenopern kaum Zuschauer haben und die Massen nicht begeistern können. Dennoch handelt es sich um Dramen: Es fehlt tatsächlich nichts, weder die Helden noch die Bewährungsproben, weder die Verbündeten noch die Gegenspieler, weder die Verräter noch – letztlich – die Triumphe.« (161 f.)

Insgesamt identifiziert Latour in seinen Gesprächsprotokollen zehn Wertobjekte, die in verschiedenen Phasen des rechtlichen Äußerungsregimes übertragen werden müssen. Sie sorgen für den Übergang des Rechts und erfahren in der durch sie beförderten Metamorphose der Rechtskraft selbst eine Modifikation. Zwei der Wertobjekte haben Latour zufolge einen besonders hohen Stellenwert: die Rechtsmittel und das Zögern. Die Rechtsmittel (*moyen*) verknüpfen die Streitsache so mit den Rechtstexten, dass sie überhaupt gerichtlich behandelbar wird. Wenn es den Staatsräten nicht gelingt, aus der schriftlichen Anrufung des Gerichts belastbare Klagegründe zu extrahieren, besteht der Fall eine entscheidende Bewährungsprobe nicht. Die Passage des Rechts bricht dann ab, bevor sie wirklich begonnen hat. Rechtsmittel sind damit der »Haken« (221), an dem eine Angelegenheit ins Recht gezogen wird. Sie bieten zugleich einen »Antrieb« (221), dessen Stärke durchaus variieren kann. Manche Mittel sind »schwach«, manche dagegen reichen »sehr weit« (ebd.), etwa bis hin zu präsidentiellen Befugnissen oder wichtigen Präzedenzfällen.

Mindestens ebenso bedeutsam für das Gelingen der rechtlichen Passage ist die Frage, ob vor der Entscheidung ausreichend gezögert wurde. Das mag paradox erscheinen, weil das Zögern eher auf ein Moment des Stockens hindeutet. Genau dadurch wird jedoch eine »Reserve an Freiheitsgraden« (173) mobilisiert. Das Zögern eröffnet Handlungsspielräume sowohl in Bezug auf die Bestimmung des Tatbestands als auch auf die Auswahl und Auslegung der Rechtstexte. In ihm zeigt sich die »Begabung, etwas loszubinden«, um es danach neu »zusammenzubinden« (173). Diese Begabung hat keinesfalls bloß einen taktischen Wert. Das zögernde Tasten und »Umherirren« (175) ist vielmehr ein Güte Merkmal des Rechts. Man darf nicht zu schnell urteilen, die Schlüsse zu eilig ziehen, einer Sache von Beginn an zu sicher sein: »Damit (... die Justiz) gerecht spricht, muss sie gezögert haben.« (175) Ähnliches lässt sich letztlich über alle behandelten Wertobjekte sagen – etwa die Wahrung argumentativer Konsistenz, die ständig reflexiv mitlaufende Verfahrenskontrolle oder die Regulierung der Grenzen rechtlicher Zuständigkeit. In den Umleitungen, in denen die Ansprüche dieser Wertobjekte erfüllt werden, entsteht nichts Geringeres als die Legitimität des Rechts.

Im fünften Kapitel schärft Latour das Profil des rechtlichen Äußerungsregimes, indem er es mit dem der Wissenschaft vergleicht. Beide Modi falten die Welt in sich ein, verwenden dazu allerdings verschiedene »Arten von Reduktion« (262). Latour fasst seine Analyse in einer langen Liste an Kontrasten zusammen (269 f.). Ein Unterschied sticht jedoch hervor: der zwischen rechtlicher *Objektivität* und wissenschaftlicher »*Objektivität*« (270). Wie Latour an anderer Stelle ausführlich vorgeführt hat, baut die Wissenschaft Referenzketten, welche die Rückkehr zum Objekt jederzeit erlauben (Latour 2000: 36 ff.). Das apparativ zum Sprechen gebrachte Untersuchungsobjekt ist Zeuge und zugleich Richter in letzter Instanz, an den Berufungen aller Art zu adressieren sind. Die Staatsräte wollen dagegen die Partikularitäten des Falls möglichst rasch klären und dann hinter sich lassen, um alleine die rechtlichen Implikationen zu ermessen. Das beginnt schon damit, dass die Fakten selbst rechtlich bestimmt werden. Wenn etwa das Arbeitsrecht einen Illustrator als Journalisten bezeichnet, ist es unerheblich, ob er *de facto* journalistische Tätigkeiten ausführt. Seinen Arbeitsalltag wissenschaftlich zu analysieren, wäre aus rechtlicher Sicht sinnlos. Anhand einer *factio legis* kann das Recht sogar »eine Katze einen Hund [...] nennen« (274). Diese diametrale Haltung zum Objekt äußert sich in unterschiedlichen Arten des Sprechens. Während die Rede im Labor von Gesten des Zeigens auf Instrumente und Präparate durchwirkt ist, tendiert die gedrechselte Rede am Gericht zur Schriftform der Jurisprudenz. Nicht zuletzt korrelieren damit zwei affektive Intensionen. Wissenschaftler pflegen ein passioniertes Verhältnis zu ihren Gegenständen. Die Räte zeichnen sich hingegen durch eine betonte Gleichgültigkeit (*détachement*) gegenüber den von ihnen zu entscheidenden Materien aus, eine Indifferenz, die sich auch in ihrer körperlichen Hexis manifestiert. Diese Entbindung erst erlaubt es, »den ständig aufgeschobenen Zweifel aufrechtzuerhalten« (241). Im Recht ist es, mit anderen Worten, nicht das Objekt, sondern die Institution, die Objektivität durch die Schaffung einer distanzierten und desinteressierten Haltung verbürgt. Sie konstruiert »ein wasserdichtes Behältnis zur Vermeidung allzu überstürzter Gewissheiten« (249), die durch eine zu starke Bindung »an die Sache selbst« hervorgerufen werden könnten.

Wie Latour im sechsten Kapitel unterstreicht, begreift sich das Recht bei alledem als »Totalität« (296), die in jedem Einzelfall immer wieder auf dem Spiel steht. Die behandelten Fälle, die sich um die Genauigkeit von Grundstücksregistern, die Müllentsorgung oder die Bekämpfung marodierender Tauben drehen, betreffen in ihrer obskuren Spezifik immer das Recht in seiner Gesamtheit; das Lokale muss mit dem Globalen möglichst nahtlos in Einklang gebracht werden. Das erklärt, weshalb das Recht ein äußerst gespaltenes Verhältnis zu Innovationen hat. Während revolutionäre Erkenntnisse in der Wissenschaft höchste Wertschätzung genießen, hat die Rede von »rechtlichen Revolutionen«

für den juristisch geschulten Praktiker einen tendenziell beunruhigenden Klang. Im Recht sind Überraschungen eher unwillkommen. Rechtssicherheit impliziert, dass das Recht als Technik der Erwartungssicherung selbst zu einem gewissen Grad erwartbar operiert. Die englische Semantik der *legal stability* akzentuiert dies (wohingegen die Rede von wissenschaftlicher Stabilität einem Oxymoron nahekommt). Natürlich ändert sich auch das Recht laufend. Doch selbst wenn sich der Staatsrat über Präzedenzfälle hinwegsetzt, wird ein solcher Schritt als Bestätigung eines immer schon bestehenden Rechtsprinzips vollzogen (250). Die Neuerung gewährleistet die Konstanz des Ganzen, das dank seiner Transformation besser mit sich übereinstimmt: »Alles hat sich geändert und doch hat sich nichts geändert; [...] der Antrag war nur die ersehnte Gelegenheit, das Recht schließlich in Ordnung zu bringen. Ah, das ist die Homöostase des Rechts.« (218)

Die ethnographische Rekonstruktion des komplizierten Prozesses, der zur Herstellung der Rechtskraft unterhalten werden muss, mündet bei Latour in die finale Forderung, die Äußerungsregime in ihrer Distinktheit zu achten. Die Kritik an der »modernen Konstitution« (Latour 2008: 22 ff.) öffnet sich hier auf eine positive Neubeschreibung hin, welche die Differenzen der Existenzweisen auf eine Art und Weise auszeichnet, die nicht länger auf der Unterscheidung zwischen Natur und Kultur bzw. Fakten und Werten basiert. Symptomatisch ist Latours Abneigung gegen die Anrufung von Experten, die Rechtskraft durch einen Kurzschluss mit unbestreitbaren Wahrheiten generieren sollen. Eine solche Expertise setze sich über die »fragile Immanenz« (277) der Passage des Rechts hinweg, konstruiere aber in aller Regel auch keine wissenschaftlich tragfähige Referenzkette. Latour geht es jedoch nicht alleine um die Wahrung des Unterschieds zur Wissenschaft. Ebenso wenig sei das Recht mit politischen Erwartungen zu überlasten. »Auch hier irrt man sich im Medium« (312), denn Recht bildet keine Kollektive und stattet sie auch nicht mit Autorität aus. Ferner würde man das Recht verfehlen, wenn man von ihm heilende, humanisierende oder gar erlösende Wirkungen erwarte (313). Recht ist weder ein therapeutisches noch ein religiöses Mittel. Nicht zuletzt handelt es sich beim Recht um keine Fiktion, auch wenn die Bedeutung der *fictio legis* in der juristischen Argumentation diesen Schluss vielleicht nahelegt. Fiktionen haben das Vermögen, Aktanten aus einer aktuellen Situation »auszukuppeln« (316). Sie befördern in eine andere Zeit, versetzen an einen anderen Ort und verwandeln in eine andere Gestalt. Das Recht tut das Gegenteil, indem es Zurechnungen erzeugt und Akteure mit dem verknüpft, was sie getan haben.

In diesem letzten Kontrast scheint bereits mehr als deutlich jenes juridische Spezifikum auf, das Latour in *Existenzweisen* in den Mittelpunkt rücken wird: das Recht verfertigt Obligationenketten, die Aktanten an vergangene Akte zurückbinden (Latour 2014: 501 ff.) und dadurch

verpflichten. Ohne die rechtliche Zuweisung von getätigten Äußerungen verlören »*wir die Spur dessen [...], was wir gesagt haben*. Die Aussagen würden herumgeistern, ohne jene Instanzen je wiederzufinden zu können, die sie hervorgebracht haben. Nichts würde die Raum-Zeit in einem Kontinuum bündeln.« (320) Das Recht setzt uns in die Verantwortung, es verzeichnet Schuld oder Urheberschaft. Eine rechtsgültige Unterschrift transformiert uns in Eigentümer oder Versicherte. Anhand des Rechts wird in einem erweiterten Sinn Haftung produziert: Wir werden zu Verhafteten vergangener Taten und Aussagen.

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion in der Rechtssoziologie

Mindestens drei Einwände lassen sich aus der Literatur synthetisieren, die sich kritisch mit Latours Rechtssoziologie auseinandergesetzt hat (vgl. Pottage 2012; Scheffer 2016; Wolff 2017). Erstens habe Latours Akzentverlagerung hin zu der Unterschung von Äußerungsregimen zu einer Entmaterialisierung seiner Beschreibung geführt. Entgegen den Sensibilitäten der ANT erscheine der rechtliche Modus des »Wahr-Sprechens« als vorwiegend textuelles Gebilde. Das sei zweitens dem Ort geschuldet, an dem Latour das Recht studiert habe. Mit der Entscheidung für eine Gerichtsethnographie näherte er sich seinem Gegenstand ausgerechnet dort, wo sich das Recht selbst als besonders einheitlich, geschlossen und »rein« präsentiert. In der organisatorischen Umwelt wirke die Rechtskraft dagegen vermittelter, die legalen Verbindungen seien lockerer geknüpft und verfahrenstechnisch nicht immer deutlich gebahnt. Drittens schließlich provoziere der Durchgriff vom französischen Verwaltungsgericht auf die allgemeine Existenzweise des Rechts berechtigte Zweifel, ob nicht ausgehend von ganz anderen Rechtsbereichen auch ganz andere Qualifizierungen der Existenzweise entstanden wären. Alle drei Kritikpunkte blenden Limitationen von *Die Rechtsfabrik* auf und markieren zugleich eine Reihe produktiver Anknüpfungspunkte.

Latour hebt selbst hervor, dass sich die Prominenz des Gesprochenen und Geschriebenen in seiner Abhandlung der Beschaffenheit des Untersuchungsgegenstands verdanke. Das Recht sei das »*am wenigstens technische*« (315) von allen Äußerungsregimen, seine Bindungen ließen sich nicht an ein »mechanisches Dispositiv« (ebd.) delegieren. Allerdings verweist vor allem das Kapitel zur Aktenführung durchaus auf die Bedeutung materieller Artefakte im Recht. Dieser Vektor ließe sich durch Anschlüsse an medienwissenschaftliche Forschungen stärken. Vor allem Cornelia Vismann (2011) hat unterschiedliche mediale Konfigurationen des Rechts herausgearbeitet – von architektonischen Anordnungen bis

hin zu unterschiedlichen Aufnahme- und Übertragungstechniken. Auch seien Akten in ihren Wirkungen nicht homogen: »Eine neue Bindungsart, eine neue Aufschreibeform, ein geänderter Aufbereitungsmodus, eine Umstellung der Datenerhebung wirken sich auf die Fassung des Rechts aus.« (Vismann 2001: 9) Die vergleichsweise schwache Berücksichtigung der medientechnischen Dimension des Rechts hat bei Latour letztlich zu einer »Subtraktion« der Verwaltung vom Verwaltungsrecht geführt (Nellen 2016: 66). Das hat Auswirkungen auf das Verständnis des Rechts. Folgt man den administrativen Medien ein wenig weiter, würde etwa sichtbar werden, dass Verwaltungsprozesse nicht bloß rechtlich verfasst sind, sondern im Vollzug auch laufend neues Recht hervorbringen.

An diesem Punkt erkennt man bereits, dass die Entscheidung, das Recht im Gericht aufzusuchen, Konsequenzen dafür hat, in welcher Gestalt man es erfasst. Zwar gibt Latour auch das nur allzu bereitwillig zu: Der Ethnograph habe »die Arbeit des Rechts aus einer Institution extrahiert, so wie ein Physiologe das Rückenmark eines Hundes hätte extrahieren können, wobei er ganz genau wüsste, dass es nicht das ganze Tier ist« (291). Dennoch wäre es wichtig, die Proben zukünftig verstärkt an Stellen zu entnehmen, an denen das Recht nicht so sehr dem allzu vertrauten Bild der Urteilsmaschinerie ähnelt, die eingehende Klagen prüft. Eigentlich bietet Latours Analytik durchaus brauchbare Ressourcen, um zum Beispiel Bereiche des Weltrechts zu untersuchen, in denen Indikatoren als »Rechenschaftstechnik« für die Einhaltung völkerrechtlicher Abkommen eingesetzt werden (Merry 2016). Ähnliches gilt etwa für das internationale Gesundheitsrecht, das auf keinen Spruchkörper bezogen ist, sondern mithilfe eines Arsenal an Standards, Checklisten und Ablaufprotokollen weltweite Zirkulationsprozesse aufrechterhalten soll (Opitz 2016a). Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass ausgerechnet Latour derartige »Technikalitäten des Rechts« (Riles 2005) nicht ins Zentrum seiner Analyse gerückt hat. Die Konzentration auf den Staatsrat als ein Entscheidungszentrum hat zu einer Vernachlässigung jener Mittel geführt, welche die Rechtskraft über dessen organisatorische Grenzen hinaus distribuieren.

Latour selbst hat den Faden des Rechts nach der Publikation seiner Ethnographie nur noch punktuell aufgenommen. Vor allem hat er das Recht nie systematisch im Rahmen seiner politischen Ökologie behandelt. In den letzten Jahren seines Schaffens stellte er die Maßgabe auf, dass alle Existenzweisen auf die Bedingungen des »Terrestrischen« eingestellt werden müssten, um das Überleben in einem Erdsystem zu sichern, welches durch die Aktivitäten der Menschheit in Aufruhr geraten ist. Zwar hat sich Latour in diesem Zusammenhang auch auf rechtstheoretische Ansätze bezogen. So nehmen Carl Schmitts *Nomos der Erde* und Michel Serres' *Naturvertrag* einen prominenten Platz in seinen Ausführungen ein (Latour 2017b: 106 ff.; 386 ff.). Insgesamt steht jedoch die kosmopolitische Dimension der Versammlung von Kollektiven im Vordergrund (Opitz

2016b), weniger die Rekonfiguration juridischer Bande. Dieses Desiderat der Untersuchung und Neubeschreibung eines terrestrischen Rechts im Anthropozän steht heute oben auf der Tagesordnung.

Literatur

- De Vrieze (2017): »Bruno Latour, a Veteran of the ›Science Wars‹ has a New Mission«, in: *Science* 6360, 159–159.
- Gertenbach, Lars/Laux, Henning (2019): *Zur Aktualität von Bruno Latour. Einführung in sein Werk*, Wiesbaden: Springer VS.
- Haraway, Donna (1997): *Modest_Witness@Second_Millennium. Female-Man©_Meets_OncoMouse™. Feminism and Technoscience*, London/ New York: Routledge.
- Kofman, Ava (2018): »Bruno Latour, the Post-Truth-Philosopher, Mounts a Defense of Science«, in: *New York Time Magazine*, <https://www.nytimes.com/2018/10/25/magazine/bruno-latour-post-truth-philosopher-science.html> (letzter Zugriff: 2.06.2024).
- Latour, Bruno/Woolgar, Steve (1979): *Laboratory Life. The Construction of Scientific Facts*, Princeton: Princeton University Press.
- Latour, Bruno (1987): *Science in Action. How to Follow Scientists and Engineers through Society*, Cambridge: Harvard University Press.
- Latour, Bruno/Roßler, Gustav (1997): »Ein neuer Empirismus, ein neuer Realismus. Bruno Latour im Gespräch mit Gustav Roßler«, in: *Mittelweg* 36 6 (1), 40–52.
- Latour, Bruno (2000): *Die Hoffnung der Pandora. Untersuchungen zur Wirklichkeit der Wissenschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Latour, Bruno (2010a): »Coming out as a Philosopher«, in: *Social Studies of Science* 40 (4), 599–608.
- Latour, Bruno (2010b): *The Making of Law. An Ethnography of the Conseil D'État*, London: Polity.
- Latour, Bruno (2011): *Jubilieren. Über die religiöse Rede*, Berlin: Suhrkamp.
- Latour, Bruno (2013): »Biography of an Inquiry: On a Book about Modes of Existence«, *Social Studies of Science* 43 (2), 287–301.
- Latour, Bruno (2014): *Existenzweisen. Eine Anthropologie der Modernen*, Berlin: Suhrkamp.
- Latour, Bruno (2016): *Die Rechtsfabrik. Eine Ethnographie des Conseil d'État*, Konstanz: Konstanz University Press.
- Latour, Bruno (2017a): »The Strange Entanglement of Jurimorphs«, in: McGee, Kyle (Hg.), *Latour and the Passage of Law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 331–353.
- Latour, Bruno (2017b): *Kampf um Gaia. Acht Vorträge über das neue Klimaregime*, Berlin: Suhrkamp.
- Latour, Bruno (2018): *Aramis oder Die Liebe zur Technik*, Tübingen: Mohr Siebeck.

- Levi, Ron/Valverde, Mariana (2008): »Studying Law by Association: Bruno Latour Goes to the Conseil D'État«, in: *Law & Social Inquiry* 33 (3), 805–825.
- Merry, Sally E. (2016): *The Seductions of Quantification. Measuring Human Rights, Gender Violence, and Sex Trafficking*, Chicago: Chicago University Press.
- Nellen, Stefan (2016): »Die Akte der Verwaltung. Zu den administrativen Grundlagen des Rechts«, in: Twellmann, Marcus (Hg.), *Wissen, wie Recht ist. Bruno Latours empirische Philosophie einer Existenzweise*, Konstanz: Konstanz University Press, 65–92.
- Opitz, Sven (2016a): »Regulating Epidemic Space: The Nomos of Global Circulation«, in: *Journal for International Relations and Development* 19 (2), 263–284.
- Opitz, Sven (2016b): »Neue Kollektivitäten: Das Kosmopolitische bei Bruno Latour und Ulrich Beck«, in: *Soziale Welt* 67 (3), 249–266.
- Pottage, Alain (2012): »The Materiality of What?«, in: *Journal of Law and Society* 39 (1), 167–183.
- Riles, Annelise (2005): »A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities«, in: *Buffalo Law Review* 53 (3): 973–1034.
- Scheffer, Thomas (2016): »Latours rechts-/soziologische Variante«, in: Laux, Henning (Hg.), *Bruno Latours Soziologie der ›Existenzweisen‹. Einführung und Diskussion*, Bielefeld: Transcript, 95–122.
- Schmidgen, Henning (2019): *Bruno Latour zur Einführung*, Hamburg: Junius.
- Twellmann, Marcus (2016): »Wozu Gerichtsethnographie?«, in: Ders., *Wissen, wie Recht ist. Bruno Latours empirische Philosophie einer Existenzweise*, Konstanz: Konstanz University Press, 21–46.
- Vismann, Cornelia (2001): *Akten. Medientechnik und Recht*, Frankfurt a. M.: Fischer.
- Vismann, Cornelia (2011): *Medien der Rechtsprechung*, Frankfurt a. M.: Fischer.
- Wolff, Leon (2017): »Im Zweifel für den Soziologen: Beobachtungen von und über Bruno Latour vor Gericht«, in: *soziopolis.de*, <https://www.sozopolis.de/im-zweifel-fuer-den-soziologen.html> (letzter Zugriff: 2.06.2024).

Gunther Teubner: Verfassungsfragmente

I. Wissenschaftliches Werk und Fragestellung

Gunther Teubners Schriften haben maßgeblichen Einfluss auf rechtstheoretische wie auch rechtssoziologische Debatten genommen und darüber hinaus die Diskussion über die Weiterentwicklung der Systemtheorie im Anschluss an Niklas Luhmann inspiriert. Das Werk zeichne sich, so Mölders in diesem Band, durch eine Konvergenz von Steuerungs- und Verfassungstheorie aus. Man könnte auch sagen, durch eine Konvergenz von Rechtstheorie und soziologischer Theorie, die ihn auch über rechtssoziologisch besonders interessierte Kreise zu einem geschätzten soziologischen Autor macht.¹ Schon früh trieben Teubner Fragen nach den Bedingungen der Möglichkeit nichtstaatlicher (Teubner 1978; 1983) und transnationaler (Teubner 1996) Verfassungen um. (Wie) können Verfassungen abseits des Nationalstaats entwickelt und wirksam werden? Ist dies empirisch möglich und welche normativen Implikationen ergeben sich daraus? Teubner stellt damit nicht weniger als die Frage nach dem *Ort des Rechts* – und die normative Tradition ›alteuropäischer‹ Staatsrechtslehre infrage. Er argumentiert eine Gleichzeitigkeit und Kohärenz politischer Verfassungsnormen mit jenen, die in gesellschaftlichen Kontexten außerhalb des Rechts emergieren. Die massiven rechts*dogmatischen* Folgen für eine staatszentrierte Betrachtung des Rechts und der Verfassung liegen auf der Hand, stehen aber nicht im Fokus der Arbeiten Teubners. Vielmehr geht er in seinen Beobachtungen über eine idiosynkratische Rechtslehre hinaus, indem er die Emergenz des Rechts (und auch deren normativen Wirkungen) in vielfältigen empirischen Praxen lokalisiert. Die Perspektive ist dabei nicht de(kon)struktiv: Das Recht wird weder ›ent-örtlicht‹ noch wird es in seiner Wirkung entnormativiert oder beliebig. Jedoch, die Örtlichkeiten an denen es zu finden ist pluralisieren sich, sie überraschen, sie binden sich nicht an funktionssystemische oder gar nationale Grenzen. Aus derlei Beobachtungen ergibt sich für Teubner eine ›neue Verfassungsfrage‹: die Frage nach den Möglichkeiten und der empirischen Praxis einer globalen Konstitutionalisierung abseits des Nationalstaats. Was der Verfassungsdebatte fehle, sei »der unbedingte Respekt vor der Eigenrationalität und Eigennormativität

1 Vgl. hierzu sowie für biografische Notizen Mölders in diesem Band.

gesellschaftlicher Funktionssysteme, der sich in Eigenverfassungen gesellschaftlicher Teilbereiche verwirklicht« (Teubner 2012: 55).

2. Darstellung des Schlüsselwerks

Die Monografie stellt sich diesen Fragen in sechs nun darzustellenden Kapiteln, beginnend mit einer Auseinandersetzung und rechtssoziologischen Kritik prominenter Debattenstränge über den Rang nationaler Verfassungen und der Pathologien der Globalisierung der späten 1990er und frühen 2000er Jahre. Die Krise nationaler Verfassungen werde sowohl von deren ›Verteidiger:innen‹ als auch von jenen, die sie mittels der Strahlkraft ›kosmopolitischer‹ Sozialphilosophien auf die transnationale Ebene zu übersetzen wünschten, vereinfacht und unter falschen Prämissen dargestellt. Sie leide insbesondere unter einer »obstinaten Staats- und Politikzentrierung« (14), unter mangelnder historischer Empirizität sowie einer kausalistischen Überbetonung von Globalisierung und Transnationalisierung für die diagnostizierte Krise (18 f.). Teubner stellt dem eine empirische, differenzierungstheoretisch geschulte soziologische Betrachtung entgegen, die korrekt beschriebene Probleme (bspw. des entfesselten Finanzkapitalismus) bereits in der neuzeitlichen Verfassung der Nationalstaaten selbst und deren politischen Entscheidungsgeschichten lokalisiert (19) und produktiv von der fokussierten Betrachtung des Rechts und der Politik löst.²

Die neue Verfassungsfrage stelle sich nicht erst jetzt und nicht nur für Recht und Politik, sondern für *alle* autonomen Teilsysteme der Weltgesellschaft (15). Begreift man mit Teubner Probleme der Globalisierung als Folgen kontingenter, aber historisch dennoch nicht beliebiger sozialer Differenzierung so liegt es nahe, dass seine Lösung weder im Zurückdrängen der Globalisierung im Sinne einer Re-Nationalisierung noch in der Schaffung einer äquivalenten, kosmopolitischen Weltverfassung liegen kann (22 f., 29 f., 76 f.). Die Einhegung destruktiver Effekte und sozialer Konflikte spreche vielmehr für die Anerkennung der empirischen Wirklichkeit einer ausdifferenzierten und mit unterschiedlichsten nicht-staatlichen Regelungen bereits durchzogenen Weltgesellschaft, der normativ kaum mit einer (im Übrigen von westlichen Denker:innen auch

- 2 Dies sei unter anderem dadurch zu leisten, dass die Spurensuche nach dem neuen Konstitutionalismus nicht alleine im Recht, sondern in allen Teilsystemen der Weltgesellschaft zu suchen sei. Einführend bemerkt Teubner die enge Zusammenarbeit mit Poul F. Kjaer, dessen Werk zur strukturellen Transformation der Demokratie und der Emergenz transnationaler Governance-Strukturen (Kjaer 2014; vgl. Bora 2015a) als komplementäre Studie zu den Veränderungen des politischen Systems bezeichnet wird.

noch eurozentrisch und nationalstaatlich konzipierten) Weltverfassung zu begegnen sei. »Vielmehr macht die [...] Fragmentierung der Welt in unterschiedliche Regionalkulturen, die auf prinzipiell unterschiedlichen gesellschaftlichen Ordnungsprinzipien beruhen, die einheitlichen Standards einer Weltverfassung gänzlich illusorisch. Wenn man überhaupt an der Vorstellung einer ›Weltverfassung‹ festhalten will, dann kann die Formel nur heißen: Eigenverfassungen der globalen Fragmente – der Nationen, der transnationalen Regimes, der Regionalkulturen – in einem Verfassungskollisionsrecht miteinander zu vernetzen« (31; vgl. Fischer-Lescano/Teubner 2006). Dabei stelle sich nicht zuletzt die Frage nach der aktivbürgerlichen Rolle privater Bürger:innen, für die Aktivbürgerrechte auch in den in den kommunikativen Medien anderer Sozialsysteme als der Politik bereitzustellen wären (29; 100 ff.).³

Das zweite Kapitel skizziert die Gründe für die »eigentümliche Blindheit des liberalen Konstitutionalismus« (34), also jener Perspektiven, welche die Form der Verfassung auf den Staat beschränken und damit liberale Freiheitsrechte und die rechtsstaatliche Begrenzung des staatlichen Zugriffs begründen (33). Mit Rekurs auf eine breite wissenschaftliche Literatur argumentiert Teubner, dass die Beschränkung der Verfassungsfunktionen auf das System der Politik empirisch nicht haltbar sei, sondern sich Verfassungsfragen mit der Durchsetzung funktionaler Differenzierung für *alle* gesellschaftlichen Teilsysteme stellen (36 ff.). Die diesbezügliche Blindheit des liberalen Konstitutionalismus erklärt Teubner sozialhistorisch, nämlich mit der Überbetonung des Politischen in der Selbstbeschreibung der bürgerlichen Gesellschaft im Zuge der europäischen Revolutionen (37 f.). Die Regulierung der Umwelt des politischen Systems, der anderen Funktionssysteme und ihrer Organisationen wurden in die gesellschaftliche Latenz abgeschoben bzw. mit Mitteln der Hilfskonstruktion ›Privatrecht‹ bearbeitet (38). Die Erfahrung korporatistischer Staatsverfassungen der 1920er und autoritärer Regime der 1930er Jahre habe bei den sozialstaatlichen Verfassungen nach 1945 zu einer Ambivalenz gegenüber den gesellschaftlichen Teilbereichen geführt: »Sie respektieren die Autonomie und Leistungsfähigkeit gesellschaftlicher Subsysteme und hüten sich davor, ihre Grundstrukturen im direkten politischen Durchgriff festzulegen. Deshalb ziehen sich die Sozialstaaten darauf zurück, ihnen nur maßvolle verfassungsrechtliche Vorgaben zu machen.« (45 f.) Der Wohlfahrtsstaat ist das Ergebnis dieser Ambivalenz, leidet aber bei seinen Interventionsversuchen in die Eigendynamik sozialer Systeme darunter, dass Politik in einer differenzierten Gesellschaft

- 3 Diese Stelle sei exemplarisch für viele andere markiert, die den allgemein-soziologischen Wert des vorliegenden Bandes deutlich machen. So ist die Frage nach Kollektivität und Partizipation nicht zuletzt unter Bedingungen einer digitalen Öffentlichkeit für die Soziologie des 21. Jahrhunderts von hoher Relevanz.

eben nur eine narrative und keine realpolitische Spitze der Gesellschaft darstellt (52 ff.; vgl. Luhmann 2002: 22). Erschwerend komme hinzu, »dass die sozialstaatliche Gesellschaftskonstitutionalisierung regelmäßig einen folgenreichen Kategorienfehler begeht: Entscheidungsmuster der Politik werden ungeprüft auf gesellschaftliche Teilbereiche übertragen.« (53) Der Grundfehler des sozialstaatlichen Gesellschaftskonstitutionalismus bestehe darin, »dass er zwar zu Recht die liberale Trennung von Staat und Gesellschaft, den Dualismus des Öffentlichen und des Privaten und die verfassungsrechtliche Ignorierung gesellschaftlicher Teilbereiche kritisiert, dass er dann aber aus der Kritik die falsche Konsequenz zieht. Die Unterscheidung privat/öffentlich zu dekonstruieren, ist heute schon zum Ritual geworden, aber die für sozialstaatliche Denkmuster typische Konsequenz, sie durch eine gesellschaftsweite Fusion des Öffentlichen und des Privaten zu ersetzen, ist schlicht irreführend.« (54) Differenzierung und die Eigendynamik der Funktionssysteme ließen sich keinesfalls dadurch heilen, dass man sie als »(para-)politische« Systeme verstehe und organisiere (55). In gleicher Weise kritisiert Teubner anschließend das ordoliberalen Paradigma, welches ausschließlich auf den Verfassungskonflikt zwischen Wirtschaft und Politik fokussiere und damit ebenfalls die Komplexität von Gesellschaft auf unzulässige Weise reduziere (56 ff.). Auch der Versuch, die Logik von Verfassungen rein aus rationalen, »wirtschaftlichen« Motiven abzuleiten wird am Beispiel der Constitutional Economics (60 ff.) deutlich hinterfragt.

Mit David Sciulli (1992; 2001) wird dann eine wichtige Quelle des Textes, die Theorie des gesellschaftlichen Konstitutionalismus eingeführt (67). In diesem wird den politischen Institutionen des Nationalstaats die »Aufgabe der Integration konfligierender Subsysteme zugewiesen, jedoch nicht dadurch, dass sie kollektiv-verbindliche Sachentscheidungen treffen, sondern dadurch, dass sie die Kooperation gesellschaftlicher und politischer Organisationen koordinieren« (70). Sciullis Konzeption ist noch stark auf den Nationalstaat bezogen. Teubner widmet sich im dritten Kapitel seiner Schrift der Frage, ob und wie es sich auf eine globalisierte Weltgesellschaft beziehen ließe (72 ff.) in der sich eine »konstitutionelle Totalität« von Normen und einem politischen Kollektiv nicht mehr herstellen lässt (86). »Im Meer der Globalität bilden sich nur noch Inseln des Konstitutionellen. Es zeichnen sich Umrisse einer neuen globalen Verfassungswirklichkeit ab, die durch die Ko-Existenz unabhängiger Ordnungen, aber nicht nur der von Staaten, sondern zugleich auch der autonomen nicht-staatlichen Sozialgebilden charakterisiert ist. Die umfassende strukturelle Kopplung von Politik und Recht, wie sie Luhmann für die Verfassungen des Nationalstaats beobachtete, hat offensichtlich auf der Ebene der Weltgesellschaft keine Entsprechung.« (86 f.) In der Folge begannen die Teilsysteme der Weltgesellschaft selbst damit, Normen und Rechtsprechungen herauszubilden. Wie dies geschieht, das

weist Teubner an einer Fülle von Literaturen und Empirie im Folgenden nach und kommt zu einem (auch theoretisch) spannenden Ergebnis: »Die real ablaufende Konstitutionalisierung produziert nicht funktions-systemspezifische Entscheidungsprämissen und Grundrechtsgarantien. Wie schon neokorporatistische Verfassungsbestrebungen im Nationalstaat erfahren mussten, fehlt den Funktionssystemen selbst Handlungsfähigkeit, Organisationsfähigkeit und damit anscheinend auch Verfassungsfähigkeit. Die vielfältigen globalen Konstitutionalisierungen setzen anderswo an, an verdichteten Sozialprozessen unterhalb der Funktionssysteme, an formalen Organisationen und an formalisierten Transaktionen, die nicht an die territorialen Grenzen der Nationalstaaten gebunden sind, sondern globale Reichweite beanspruchen. Und erst ihr Zusammenspiel innerhalb des Funktionszusammenhangs erzeugt dann – auf dem Umweg ihrer Eigenverfassungen – eine Konstitutionalisierung der weltweiten Funktionssysteme.« (90) An dieser Stelle der Monografie wird eine besondere Stärke der von Teubner eingeführten Perspektive deutlich: Sie nimmt die Eigenzeitlichkeit sozialer Systeme ernst und ist im besten Sinne praxistheoretisch angelegt. So zeigt Teubner zum Beispiel an der Frage nach der Differenz von *pouvoir constituant* und *pouvoir constitué*, dass es bei Verfassungsbildung nicht nur um einen legitimatorischen Rückgriff auf eine imaginierte Gemeinschaft gehe sondern vielmehr um das Ernstnehmen eines kommunikativen Potenzials, um »eine Art sozialer Energie, buchstäblich als eine ›Gewalt‹, die sich mit Hilfe von Verfassungsrechtsnormen zur ›pouvoir constitué‹ aktualisiert, die aber als Dauerirritation der konstituierenden Gewalt ständig präsent bleibt.« (102). Selbstbeobachtung und Selbstreflexion von Individuen, Organisationen und rechtlichen Institutionen setzen sich *praktisch* in ein Verhältnis und produzieren Entscheidungsketten, Kommentierungen, öffentliche Debatten, aus denen emergente, im Sinne der Staatstheorie unpolitische Verfassungsstrukturen hervorgehen können: »Das ›konstitutionelle Subjekt‹ ist dann nicht bloß als ein semantisches Artefakt der Kommunikation zu verstehen, dem konstitutionelle Akte zugerechnet werden, sondern als ein realer pulsierender Prozess der Begegnung von Sozialsystem und Bewusstsein, als deren Produkt der *pouvoir constituant* erscheint.« (103) Damit wird die Legitimation der Verfassung(en) dem engen Rahmen des Politischen entzogen und kann nun in allen Sozialsystemen – zunächst als chaotisches, ungeordnetes Potenzial, später als mittels Recht hergestellte kollektive Identität (108) – lokalisiert werden.

Das vierte Kapitel des Buches beschäftigt sich mit dem Einwand, dass die aus den oben beschriebenen Prozessen emergierenden Normen und Rechtskommunikationen aber doch schließlich »weniger wert« wären als jene, die aus der Kopplung von Recht und Politik entstünden. Zur Diskussion dieser Frage arbeitet Teubner entlang von vier Kriterien die Bedingungen der Möglichkeit von Verfassungsgebung unter globalen

Bedingungen heraus: der Verfassungsfunktion, der Verfassungsbereiche, der Verfassungsprozesse und der Verfassungsstrukturen (120). Er bedient sich dabei erneut illustrativer empirischer Beispiele, insbesondere der Vollgeldreform, die er besonders ausführlich diskutiert (150 ff.). Die Verfassungsfunktion wird dabei als sowohl konstitutiv wie limitativ konzipiert, begründet mit einem dynamischen Ungleichgewicht, das soziale Systeme grundsätzlich erfasse (125) und die Frage nach einem pathologischen Steigerungszwang funktionssystemischer Autopoiesis aufwerfe (126 ff.). Die Begrenzung dieser Steigerungszwänge wird dabei nicht der Umwelt der Funktionssysteme zugeschrieben, sondern muss in die Form einer *Selbstbegrenzung* übersetzt werden, um praktisch Wirksamkeit zu erlangen (133 ff.) Hier verweist Teubner auf die Bedeutung der doppelten Struktur der Funktionssysteme in eine Binnenstruktur und einen »Spontanbereich« in dem sich die funktionssystemspezifische Teilöffentlichkeit artikuliere (140). Vom Zusammenspiel dieser beiden Bereiche hänge »die demokratische Qualität des jeweiligen Gesellschaftssektors ab« (141) und ihr Zusammenspiel in der Aufdeckung und Problematisierung möglicher Pathologien ermögliche erst die Emergenz einer teilsystemischen Verfassung.

Unter dem Begriff der Verfassungsprozesse diskutiert Teubner dann die »doppelte Reflexivität« (159) der gesellschaftlichen Konstitutionalisierung: »Verfassungen entstehen erst, wenn Phänomene doppelter Reflexivität auftauchen – Reflexivität des sich selbst konstituierenden Sozialsystems und Reflexivität des die Selbstkonstituierung abstützenden Rechts.« (161) Das bedeutet nicht zuletzt, dass dem zuvor eingeführten Spontanbereich für die Fragmente der globalen Verfassung eine wichtige Rolle zukommt. »Die Verfassung lässt sich weder auf ein Rechtsphänomen noch auf ein Sozialphänomen reduzieren. Sie ist immer Doppelphänomen, die Verknüpfung zweier realer Prozesse. Aus der Sicht des Rechts ist sie Sekundärrechtsnormenproduktion, die eigentümlich mit Grundstrukturen des Sozialsystems verflochten ist; aus der Sicht des verfassten Sozialsystems ist sie Erzeugung von Grundstrukturen der Sozialordnung, die zugleich das Recht informieren und ihrerseits von diesem normiert werden.« (165) Praktisch bedeute dies, dass der Verfassungscodex die Form eines hybriden Meta-Codes einnehmen müsse, der die Eigenverfassung des Sozialsystems dem allgemeinen Rechtscode überordne (170). Damit ist nicht mehr alles, was rechtlich möglich wäre, auch für das betreffende System »in Ordnung« – also verfassungsgemäß. Vielmehr können (durch den Spontanbereich oder auch durch die staatliche Politik für wichtig befundene) Faktoren wie Nachhaltigkeit, Ökologie, Arbeitsschutz oder auch langfristige ökonomische Stabilität zu den Bedingungen und in der Sprache des jeweiligen Teilsystems in Entscheidungen einbezogen werden (176 ff.).

Nachdem die Frage gesellschaftlicher Verfassung auf Ebene der Teilsysteme ausgearbeitet wurde widmet sich Teubner im fünften Kapitel den

Grundrechten (189 ff.). Auch hier argumentiert er wieder praxistheoretisch-soziologisch: Es sei die Entscheidungspraxis der transnationalen Regimes selbst, die Grundrechte innerhalb ihrer Grenzen durchsetzen könne (196), nicht etwa eine Expansion der Geltung nationalen Rechts (vgl. 189 ff.) oder eine quasi-magische Durchsetzung von westlichen Denker:innen für universell gehaltener humanistischer Werte. Auch hier kommt die bereits zuvor erwähnten Figur einer ›Entstaatlichung‹ zum Tragen: Die Grundrechte müssten aus dem Klammergriff des Politiksystems und damit des Machtmediums befreit und in die Sprache anderer Kommunikationsmedien übersetzt werden (201) und dies eben nicht, um die Rechte von Individuen zu schwächen, sondern gerade, um ihnen unter globalen Bedingungen Geltung zu verschaffen. Der Zugriff der Grundrechte auf das Soziale würde durch ihre ›Entpolitisierung‹ nicht geschwächt, sondern durch ihre Re-Implementation in andere Funktionssysteme praktisch gestärkt und ebenso praktisch (aber außerhalb der staatlich-politischen Sphäre) repolitisiert (204 f.). Damit wird im Sinne des gesellschaftlichen Konstitutionalismus der Blick von Abwehrrechten hin zu Inklusionsrechten geöffnet (207 ff.): »Grundrechte wirken dann nicht nur als Grenzen der Funktionssysteme gegenüber der Autonomie der Individuen, sondern als Garanten der Inklusion der Bevölkerung in die Funktionssysteme.« (208)

In seiner abschließenden Reflexion bearbeitet Teubner die Frage nach der diskursiven Anschlussfähigkeit einer fragmentierten Verfassung, die mit den Denkgewohnheiten des (alteuropäischen) Rechts auf so vielen Ebenen bricht und demgemäß auch starke affektive Reaktionen hervorbringt. Dies liegt nicht nur am Machtverlust des nationalen Rechts (was jene, die es wissenschaftlich und juristisch zu vertreten für sich in Anspruch nehmen habituell kratzt) sondern vor allem an der (nicht nur im Deutschen aber hier geistesgeschichtlich wie sprachlich vielleicht besonders gravierenden) Schwierigkeit, das Recht nicht im Singular, sondern im Plural zu denken. Diese Schwierigkeit führt nicht nur dazu, dass Laien dieses pluralisierte, praktisch emergierende Recht vielleicht zunächst gar nicht als solches erkennen und benennen können sondern auch noch dazu, dass unterschiedliche Praktiken der Verfassungsauslegung und der Rechtsfindung miteinander kollidieren können. Nicht nur bedient man sich also an alten Pfründen beim Aufbau intellektueller Komplexität: Es funktioniert nicht einmal reibungslos. Diese Beobachtung ist angesichts des Niveaus der diskutierten Schrift zwar recht banal, verdeutlicht aber möglicherweise die verschiedenen Gründe der Emotionalität und Aufgeladenheit von Debatten um globales Recht und gesellschaftlichen Konstitutionalismus.

Teubner arbeitet die Problematik aus und benennt seine Argumentation abschließend vier Konflikttypen der »Kollision und Vernetzung transnationaler Verfassungen« (225): »(1) Normen zweier oder mehrerer internationaler Rechtsregimes kollidieren in der gleichen Fallkonstellation [...]. (2) Die Gerichtsinstanz eines Rechtsregimes steht vor der

Frage, ob sie Normen eines anderen Regimes anwenden soll. [...] (3) Die gleiche Rechtsfrage wird von verschiedenen Streitschlichtungsinstitutionen aufgeworfen [...]. (4) Verschiedene internationale Tribunale interpretieren die gleiche Rechtsnorm unterschiedlich [...].« (225 f.) In einer Weltgesellschaft bleibe »nur ein Weg, mit den Verfassungskonflikten umzugehen – die strikt heterarchische Konfliktlösung« so Teubner in einer erneuten Absage an kosmopolitische Wunschträume (228). Kollisionsfragen wären als existenzielle Fragen der beteiligten Teilsysteme zu verstehen und keine beobachtende oder mitwirkende Position könne sich ihre neutrale Mediation oder Bewertung zurechnen: »Einen objektiven und neutralen Standpunkt gibt es nicht, er kann weder geoffenbart noch vernünftig erschlossen werden. Nur im jeweiligen Teilsystem kann die Auflösung gefunden werden. Der Rationalitätskonflikt wird nicht ›aufgehoben‹, sondern ist ›auszuhalten‹.« (229) In dieser Weise mit neuer Bedeutung versehen verändern sich sowohl Form, Anspruch und gesellschaftliche Bedeutung des Kollisionsrechts (231 ff.), nicht zuletzt dann, wenn es als ein *interkulturelles* Kollisionsrecht verstanden werden soll (244 ff.), welches nicht nur die Kollisionen innerhalb funktional differenzierter Gesellschaften und ihrer Organisationen behandelt, sondern den Sog funktionaler Differenzierung auf stratifikatorisch und segmentär differenzierte Systeme im Sinne einer anticolonialistischen Strategie begrenzen will (246 ff.): »Die Hyperstrukturen der globalisierten Moderne müssen dazu gezwungen werden, regionalkulturelle Unverfügbarkeiten zu respektieren«, so Teubner (247). Dabei argumentiert er mit einem zweifachen Prinzip der Nachhaltigkeit: »*Nachhaltigkeit kann sich nicht mehr nur auf das Verhältnis der Wirtschaft zur Natur, also auf das Verhältnis nur eines Wirtschaftssystems zu nur einer seiner Umwelten, beschränken. Das Prinzip der Nachhaltigkeit ist über die Wirtschaft hinaus auf sämtliche funktionalen Regimes umzudenken. Zugleich muss es über die natürliche Umwelt hinaus sämtliche relevanten Umwelten der Regimes einbeziehen.* Umwelt ist hier im weitesten Sinne zu denken, als die natürliche, die soziale und die humane Umwelt transnationaler Regimes.« (257, Hervorh. i. O.)

3. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion

Teubner schreibt dieses Buch unter dem Eindruck einer Verfassungsdebatte, die an der Präsenz und Essenz der gesellschaftlichen Transformationsprozesse aus seiner Sicht vorbeigegangen ist und von einer soziologischen Perspektive deutlich profitieren dürfte. So werde die gesellschaftliche Fundierung der Problemlage durch Fokussierung auf eigenbezügliche Debatten des Verfassungsrechts übersehen (47 f.) oder politisch-philosophisch überformt und dementsprechend mit

normativen Heilungsversuchen zu bearbeiten versucht. Empirisch zeigt er das Scheitern dieser (und weiterer) diskursiv starker Positionen auf, ohne jedoch deren Ansinnen einer Befriedung und normativen Bearbeitung der Probleme der globalen Moderne lächerlich zu machen oder aufzugeben. Das Buch ist damit im doppelten und besten Sinne kritisch und wurde daher auch nicht von ungefähr zu einem wichtigen Stichwortgeber der Kritischen Systemtheorie (vgl. für viele Amstutz/Fischer-Lescano 2013; Möller/Siri 2016). Ausgehend von Krisendiagnosen der Globalisierung bietet Teubner außerdem eine fein zisierte soziologische Einordnung und Theoretisierung der globalen Moderne und ihrer Pathologien, wobei er sich einfacher Antworten stets verwehrt und auf die Eigendynamik, Eigenzeitlichkeit und Komplexität moderner Sozialsysteme einlässt. Inspiriert ist die vorgelegte Monografie durch eine Vielfalt von gründlich bearbeiteten Quellen, die in zahlreichen lesenswerten Fußnoten dargelegt und gründlichst kontextualisiert werden. Entsprechend sind die von Teubner angedachten oder zitierten Lösungen für moderne Verfassungsprobleme dann auch nicht holzschnittartig, sondern kleinteilig und empirisch gesättigt. Das Buch wurde in vielerlei Kontexten rezipiert: natürlich als Beitrag zur Rechtssoziologie (vgl. Bora 2015b: 6) und Verfassungstheorie (vgl. Viellechner 2019; Möller 2015), kann aber auch als theoretisch-soziologischer Beitrag zur Differenzierungstheorie der Weltgesellschaft, als gutes Beispiel für eine empirisch-systemtheoretische Studie oder oder als Beitrag zur Globalisierungstheorie gelesen werden. Die Wirkung der in sieben Sprachen übersetzten Monografie ist dementsprechend hoch einzuschätzen und geht deutlich über den das Originalwerk betreffenden und in diesem Beitrag als Referenzhorizont angenommenen deutschen Sprachraum hinaus.

Literatur

- Amstutz, Marc/Fischer-Lescano, Andreas (2013): *Kritische Systemtheorie. Zur Evolution einer normativen Theorie*, Bielefeld: Transcript.
- Bora, Alfons (2015a): »Rezension: Poul F. Kjaer, Constitutionalism in the Global Realm. A Sociological Approach. London and New York: Routledge 2014«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 35 (1): 152–156.
- Bora, Alfons (2015b): *Rechtssoziologie in Deutschland – Eine diskursgeschichtliche Skizze in systematischer Absicht*, Draft, Online abrufbar unter: <https://pub.uni-bielefeld.de/download/2904477/2904488/Alfons-Bora-Rechtssoziologie-in-Deutschland-Eine-diskursgeschichtliche-Skizze-2015-09-25.pdf>. (letzter Zugriff: 20.3.2023).
- Kjaer, Poul F. (2014): *Constitutionalism in the Global Realm: A Sociological Approach*, London: Routledge.

- Luhmann, Niklas (2002): *Die Politik der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Möller, Kolja (2015): *Formwandel der Verfassung. Die postdemokratische Verfasstheit des Nationalen*, Bielefeld: Transcript.
- Möller, Kolja/Siri, Jasmin (Hg.): *Systemtheorie und Gesellschaftskritik. Perspektiven der kritischen Systemtheorie*, Bielefeld: Transcript.
- Sciulli, David (1992): *Theory of Societal Constitutionalism. Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Sciulli, David (2001): *Corporate Power in Civil Society: An Application of Societal Constitutionalism*, New York: New York University Press.
- Teubner, Gunther (1978): *Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Teubner, Gunther (1983): »Corporate Responsibility als Problem der Unternehmensverfassung«, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 12, 34–56.
- Teubner, Gunther (1996): »Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus«, in: *Rechtshistorisches Journal* 15, 255–290.
- Teubner, Gunther (2012): *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Viellechner, Lars (2019): *Verfassung ohne Staat: Gunther Teubners Verständnis von Recht und Gesellschaft*, Baden-Baden: Nomos.
- Weitere Lektüreempfehlungen (chronologisch)
- Für eine weitergehende Auseinandersetzung sei zunächst die gut gefüllte Research-Gate-Seite des Autors selbst empfohlen, auf der einige Texte direkt zum Download bereitgestellt werden. Sie ist hier zu finden: <https://www.researchgate.net/profile/Gunther-Teubner>
- Teubner, Gunther (2003): »Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie« in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63, 1–28.
- Teubner, Gunther (2006): »Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch ›private‹ transnationale Akteure.« Plenarvortrag Weltkongress der Rechtsphilosophie und Sozialphilosophie, 24.–29. Mai 2005, Granada, in: *Der Staat* 45, 161–187.
- Fischer-Lescano, Andreas/Teubner, Gunther (2006): *Regime-Kollisionen: Zur Fragmentierung des Weltrechts*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Beckers, Anna/Teubner, Gunther (2022): »Mensch-Algorithmus-Hybride als (Quasi-)Organisationen? Zu Verantwortung und Verantwortlichkeit von digitalen Kollektivakteuren«, in: *Soziale Systeme* 26 (1–2), 95–126.
- Golia, Angelo Jr./Teubner, Gunther (2021): Societal Constitutionalism: Background, Theory, Debates, in: *ICL Journal* 15 (4), 357–411.

Chris Thornhill: The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy

1. Leben und wissenschaftliches Werk

Christopher J. Thornhill, geboren 1966 in Bradford, studierte Philosophie, Germanistik und Romanistik an der Universität Cambridge, wo er 1994 mit einer Arbeit über die Frankfurter Schule promoviert wurde. Als Lecturer forschte und lehrte er zunächst von 1993 bis 1995 an der Universität Sussex, von 1995 bis 2006 sodann am King's College London, wo er 2003 zum Reader und 2004 zum Professor berufen wurde. Im Jahr 2006 wechselte er an die Universität Glasgow auf eine Professur für Politikwissenschaft; seit 2013 ist er Professor für Rechtswissenschaften an der Universität Manchester. Zahlreiche Gastprofessuren führten ihn parallel an verschiedene Universitäten in Brasilien und Chile; im Jahr 2018 hatte er die Niklas Luhmann-Gastprofessur an der Fakultät für Soziologie der Universität Bielefeld inne, 2021 eine Gastprofessur an der Universität Flensburg. Seine Arbeit wurde mit zahlreichen Preisen ausgezeichnet, unter anderem dem Wolfgang Kaupen-Preis der Sektion Rechtssoziologie der Deutschen Gesellschaft für Soziologie (2011), dem Humboldt-Forschungspreis (2018) und dem Award for Lifetime Achievement der World Complexity Science Academy (2020); seit 2016 ist er Mitglied der Academia Europaea.

Die Forschungsschwerpunkte Thornhills liegen in den Bereichen der Rechtssoziologie, der historischen Soziologie und der Rechtsgeschichte, der Rechtstheorie, der politischen und Rechtsphilosophie sowie des vergleichenden Verfassungsrechts. In den vergangenen Jahren thematisierten seine Arbeiten immer gezielter die Zusammenhänge von Demokratietheorie, Verfassungsrecht und Transnationalisierungsprozessen, also den Kontext, in den auch der hier vorgestellte Band einzuordnen ist. Aus seinen zahlreichen (in viele Sprachen, unter anderem das Chinesische, das Japanische, das Spanische und das Portugiesische übersetzten) Publikationen sind zunächst seine ebenso grundlegenden wie vielbeachteten Beiträge zur Verfassungssoziologie hervorzuheben (2011; 2016; Blokker/Thornhill 2017). Erwähnenswert ist aber auch eine intensive Auseinandersetzung gerade mit deutschsprachigen Traditionen im Feld von soziologischer Theorie, politischer Philosophie sowie Rechtstheorie und Rechtsgeschichte, die auch seiner stärker gegenstandsbezogenen Arbeiten nachhaltig geprägt haben; zu nennen sind hier Buchpublikationen

über *Political Theory in Modern Germany* (1999), über *Karl Jaspers: Politics and Metaphysics* (2002) und *German Political Philosophy: The Metaphysics of Law* (2007), nicht zuletzt auch über *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law* (2003), für dessen Rezeption im englischsprachigen Raum Thornhill eine wichtige Stellung einnimmt. Zuletzt erschien von ihm als Monografie *Democratic Crisis and Global Constitutional Law* (2021), das eine Brücke zwischen den verfassungssoziologischen Schriften und dem hier vorgestellten Band schlägt und diese Zusammenhänge unter dem Eindruck aktueller antidemokratischer Entwicklungen im globalen Maßstab weiterdenkt.

2. Gesellschaftlicher und theoretischer Kontext des Werkes

Das 2018 erschienene Buch *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy* (2018a), das in seinen empirischen Teilen auf Forschungsaufenthalten in sechs Ländern basiert und durch einen Advanced Grant (2014–2017) des European Research Councils gefördert wurde, steht werkbiographisch in engem Zusammenhang mit Thornhills zuvor genannter Forschung zur Genese transnationaler normativer Ordnungen beziehungsweise eines ›transnationalen Konstitutionalismus‹.¹ *Erstens* steht es damit im größeren Kontext einer Soziologie globaler Vergesellschaftung, die sich seit dem frühen und in der Rückschau vergleichsweise unterkomplexen Globalisierungsdiskurs der 1990er Jahre mittlerweile zu einem weitverzweigten Forschungsgebiet mit einer Vielzahl von theoretischen Perspektiven, methodologischen Ausrichtungen und Gegenstandsbereichen ausdifferenziert hat.

Zweitens reiht es sich in eigenständiger und kritischer Weise ein in die Diskussion um Varianten eines ›gesellschaftlichen Konstitutionalismus‹, in der nach Formen der supranationalen und globalen Ordnungsbildung jenseits der klassischen Nationalverfassungen sowie diesseits und jenseits des konventionellen internationalen Rechts gefragt wird. Ausgehend von der Annahme eines regulativen Bedeutungsverlustes des Nationalstaats hat sich aus der Frage nach den (Un-)Möglichkeiten einer ›Globalverfassung‹ (Fischer-Lescano 2005) beziehungsweise funktionalen Äquivalenten der gesellschaftlichen Selbstnormierung gerade im deutschen Sprachraum ein komplexer Diskurs an der Grenze zwischen (Rechts-) Soziologie und Jurisprudenz entwickelt, der nicht zuletzt maßgeblich

1 Grundzüge des vorgestellten Buches sind, mit etwas anderer Gewichtung und Akzentuierung, auch nachzulesen in der publizierten Fassung der Eintrittsvorlesung im Rahmen der Niklas Luhmann-Gastprofessur an der Universität Bielefeld (Thornhill 2018b).

von Autoren vorangetrieben wird, mit denen Thornhill enge Kooperations- und Austauschbeziehungen unterhält (vgl., maßgeblich, Teubner 2003; 2011; 2012; Fischer-Lescano/Teubner 2006; Brunkhorst 2005; 2007; 2012). Einen zusätzlichen und mit dem zuletzt genannten vielfach verwobenen Ausgangspunkt des Buches bildet *drittens* die zunehmende Sichtbarkeit und Relevanz eines globalen Regimes der Menschenrechte, das seit etwa zwei Jahrzehnten auch in der Soziologie sukzessiv Beachtung findet (exemplarisch für die deutschsprachige Diskussion: König 2002; 2005; Heintz/Müller/Schiener 2006; Heintz/Leisering 2015; Kastner 2017; international etwa Sjöberg/Gill/Williams 2001; Levy/Sznajder 2006; Morgan/Turner 2009; Brunsma/Smith/Gran 2013; Frezzo 2015).

Gesellschaftspolitisch fällt die Entstehung des Buches *viertens* in einen Zeitraum der Unruhe, in eine Periode, in der auf globaler Ebene die Nachwirkungen zahlreicher Globalisierungsdynamiken spürbar werden. Einerseits haben sich demokratische Prinzipien in vielen Teilen der Welt mit großer Wucht Bahn gebrochen, andererseits wurde, in Korrektur einer politischen Fortschrittseuphorie nach 1989, aber auch immer deutlicher, dass die fortschreitenden und mehrdimensionalen Prozesse der Globalisierung neue Konflikte und Koordinationsprobleme hervorbringen, für deren Einhegung es an institutionellen und strukturellen Werkzeugen mangelt. Aber auch das Bild eines globalen Trends zur Demokratisierung bekommt in dieser Phase der Geschichte erste Risse: etwa in Form der ambivalenten Folgen des ›Arabischen Frühling‹ oder mit Blick auf Tendenzen zu einer Rückkehr von Autoritarismen. Eine ›Krise der liberalen Demokratie‹ mag zum Zeitpunkt des Verfassens noch nicht in vollem Umfang sichtbar gewesen sein, aber erste Anzeichen jener Krise, mit deren Implikationen sich Thornhill in seinem Buch von 2021 befassen sollte, waren gleichwohl bereits deutlich erkennbar.

Ein *fünfter* und letzter kontextualisierender Hinweis betrifft schließlich die von Thornhill vertretene Disziplin der Rechtssoziologie. Diese befindet sich traditionell in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Anspruch, mit dem Blick für normative Grundstrukturen gesellschaftlicher Zusammenhänge eigentlich ein Kerngebiet der Soziologie zu bilden, und ihrer gemessen an diesem Selbstverständnis vergleichsweise randständigen Existenz in vielen nationalen Wissenschaftskulturen und Fachdiskursen; wo diese Spannung weniger deutlich zu Tage tritt, sind es allerdings typischerweise nicht »makrosoziologische« Fragestellungen und Debatten, in denen sie in besonderer Weise reüssieren kann. Gerade im Kontext der Debatten um die Globalisierung normativer Ordnungen steht die Rechtssoziologie dabei gegenwärtig vielfach in Konkurrenz zu Nachbarfächern wie der Politik- und insbesondere der Rechtswissenschaft, ohne dabei ihre genuinen Perspektiven und Werkzeuge in vollem Umfang ausspielen zu können. Man wird daher annehmen dürfen, dass der im Folgenden formulierte Anspruch auch vor diesem Hintergrund zu interpretieren ist.

3. Darstellung des Schlüsselwerkes

The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy ist ein ambitioniertes Werk, das mit der Erklärung eines zweifachen Ziels einsetzt: Einerseits geht es darin um nicht weniger als um einen wissenschaftlichen Beitrag zur *Verteidigung der Demokratie* (1).² Bislang stünden allerdings, so Thornhill, solchen Versuchen unrealistische, historisch unreflektierte und insbesondere auch soziologisch ungenügende Perspektiven auf Demokratie und demokratische Systeme im Wege, sodass ihre Verteidigung erst auf Grundlage eines neuen Zugriffs gelingen könne, der hierzu einen Großteil klassischer demokratietheoretischer Annahmen zurückzuweisen habe: »Overall, this book tries to show that democracy has been misunderstood by those who defend it« (2). Andererseits geht es aber auch um eine explizite *Verteidigung der Rechtssoziologie*, die ihrerseits sowohl in historischer als auch in gegenwartsbezogener Hinsicht den angemessensten Ausgangspunkt zum Verständnis der Demokratie (und sodann ihrer »Verteidigung«) bilde. Unter der Maßgabe, dass sie sich auf einige ihrer grundlegenden Prämissen zurückbesinne, stelle die Rechtssoziologie insofern »the original and eminent science of democracy« dar (3); Thornhills Buch verfolgt somit zugleich das Ziel, »to consolidate the position of the sociology of law as a basic science of democracy by restating its core principles« (3).

Unter »Demokratie« versteht Thornhill dabei einen institutionellen Rahmen, in dem die Individuen einer sozialen Formation in der Rolle von Bürger:innen in ein System politischer Repräsentation inkludiert werden, in dem sie gleichberechtigt (und typischerweise durch Wahlen) an der Bildung von Regierungen und der Legitimation von Gesetzen beteiligt sind (4). Notwendige Bedingungen, um eine dauerhafte, fortlaufende »Autorisierung« (5) der politischen Ordnung zu gewährleisten, seien dabei institutionalisierte Kommunikationsflüsse zwischen Bürger:innen und politischen Organen (5 f.), eine Konstruktion von Bürger:innenschaft, in der die mündige Bürgerin als »Subjekt der Demokratie« (6), als Ursprung aller Rechtsgewalt und damit als zentrale Legitimationsfigur des politischen Systems angelegt ist, und schließlich ein auch empirisch realisiertes Gleichheitspostulat, nach dem Bürger:innenrechte – und insbesondere die Einbeziehung der Bürger:innen in den Prozess der Etablierung von Recht, dem diese Bürger:innen als Inhaber:innen unverfügbarer (ökonomischer, politischer und »sozialer«) Rechte zugleich selbst unterworfen sind – keiner sozialen Gruppe vorenthalten werden können (7). Kurz: »Democracy can be defined as a condition marked by

2 Im Folgenden beziehen sich alle Verweise ohne weitere Angaben auf das Buch von Chris Thornhill. Alle Kursivierungen in Zitaten entstammen dem Original.

some ongoing production of consent through a line of norm-generating communication, articulated through rights of citizenship, between the people and the organs of governmental legislation. In its normative substance, the concept of democracy [...] contains an ineradicable presumption in favour of equal and comprehensive inclusion in the production of law. [...] Full democracy implies full citizenship: the less people act as citizens, exercising equal rights to obtain shared freedoms, the less democratic a society is«. (33) Der hierbei deutlich hervorscheinende Fokus auf die Bedeutung des legislativen Prozesses und die legitimisationstheoretische Perspektive auf *citizenship* sowie »[t]he ability of a citizen to insist on rights that are enacted in all law« (19) sind für Thornhills gesamte weitere Argumentation von elementarer Bedeutung. Demokratie erscheint so vorrangig als ein »system of rights-based legal integration, in which citizens themselves [...] create the rights in, and by means of which, they are integrated« (37) – zur besseren Durchdringung der Figur »Demokratie« lenkt Thornhill den Blick also gezielt auf das Rechtssystem und auf die Bürgerin als Rechtssubjekt.

Ausgehend von diesem Verständnis macht sich Thornhill sodann daran, eine Reihe von »Mythen« der Demokratieforschung zu zerschlagen und parallel die inhärente »Paradoxie« der Demokratie aufzudecken (39): Erstens habe die Demokratie als Form gesellschaftlicher Organisation erst deutlich später in nennenswertem Umfang Verbreitung gefunden als vielfach behauptet; während des gesamten 19. Jahrhunderts habe sie allenfalls »in the form of a rather crude, selective approximation« existiert (45), als ein System politischer Verwaltung nämlich, das Bürger:innenrechte weiterhin massiv beschnitt (wie Thornhill insbesondere an den vielfältigen Widerständen gegen tatsächlich allgemeine Wahlrechte aufzeigt) und in erster Linie regelrecht antidemokratischen Zielen, insbesondere der strategischen *Demobilisierung* bestimmter Bevölkerungsteile (nach Klassenlagen, ethnischen Kategorien usw.), diene (vgl. 45).

Zweitens sei die Demokratie *grosso modo* »ungewollt« gewesen: die demokratische Idee habe traditionell nur wenige konsequente Fürsprecher:innen gefunden und sich erst in einer Form durchsetzen können, die in grundlegender Weise von ursprünglichen Konzeptionen und dem heutigen Verständnis gleichermaßen abwich (46 ff.). Schon für viele liberale Vordenker sei Demokratisierung vorrangig ein Vehikel für die Mobilisierung großer Bevölkerungsteile für ökonomische und kolonialistische Zwecke gewesen (48 f.), während weitergehende Prozesse in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts (insbesondere die Durchsetzung des allgemeinen (Männer-)Wahlrechts) von konservativen Kräften aus machtpolitischen Interessen vorangetrieben worden seien (49 f.). Entscheidend ist hierbei, dass der schrittweise Prozess der Demokratisierung im späten 19. und auch noch im frühen 20. Jahrhundert für Thornhill keineswegs von einem kollektiven Streben nach Freiheit und Selbstbestimmung

oder der Kraft einer normativen Idee von Volkssouveränität getragen worden war, sodass der sich sukzessiv durchsetzenden Form politischer Organisation eher bonapartistische Züge denn klassische, liberal-demokratische Ideale eigen waren und die Exekutivgewalten der sich neu formierenden Staaten gegenüber der Legislative massiv an Übergewicht gewannen (52 ff.).

Drittens beruhe die Geschichte der Demokratie von Beginn an auf einem grundlegenden Missverständnis, das Thornhill gleichsam zu ihrem Gründungsmythos und ihrer inhärenten »Paradoxie« erklärt (56 ff.): Entgegen weitverbreiteter Annahmen formierte sich die Demokratie gerade nicht vorrangig als ein von breiten Bevölkerungsteilen getragener Aufstand gegen den Absolutismus (56), aus Widerstand gegen autoritäre politische Systeme (59) oder gar als Ergebnis der Artikulation eines kollektiven Willens, einer *pouvoir constituant* oder eines vom Drang zur Freiheit getriebenen Prozesses zur Selbstgesetzgebung. Die Frühgeschichte der Demokratie – bis in das 20. Jahrhundert hinein – sei vielmehr antikorporatistisch denn antimonarchisch und antiautoritär geprägt gewesen (56 ff.), besser als Nationalisierung und Ausdifferenzierung denn als Liberalisierung und Egalisierung des politischen Systems zu begreifen (58 ff.) und ihr Verlauf weniger als Erfolgsgeschichte kollektiver Emanzipation denn als Resultat kontingenter, vielfach von Partikular- und Herrschaftsinteressen getriebener Prozesse zu interpretieren: »Overall, the basic assumption that democratic law originates in reflexive acts of existing societal constituencies can only be very partially substantiated. Democratic government was not primarily created for reasons that we would now recognize as democratic.« (63)

Für Thornhill beginnt die Geschichte der Demokratie also mit einer paradoxen Asymmetrie zwischen postulierten emanzipatorischen Idealen und der deutlich weniger glamourösen Realität post-revolutionärer politischer Systeme (63). Den Vertretern protosoziologischer Gesellschaftstheorien (u.a. Bentham, Tocqueville, Comte, Hegel und Marx) musste die Idee des »Volkes« als eines mehr oder weniger rationalen, abstrakt zu formaler Freiheit strebenden und sich zur Selbstlegislation ermächtigenden Kollektivakteurs daher aus unterschiedlichen Gründen als naive Metaphysik erscheinen; tatsächlich mussten politische Subjekte nun, mit der schrittweisen Entdeckung von »Gesellschaft«, als situierte Akteure, Freiheiten als konkrete, in realen Strukturen verankerte Freiheiten verstanden werden; entsprechend skeptisch standen die Vertreter dieser Generation auch den Ideen früher Demokratietheorien gegenüber (67 ff.). Mit der Etablierung der klassischen Soziologie durch die Gründungsfiguren der Disziplin (hier: insbesondere Durkheim und Weber) setzten sich nach Thornhill die Ablehnung der Vorstellung eines kollektiven Willens am Grunde demokratischer Ordnungen und der Skeptizismus gegenüber der parlamentarischen Demokratie in Variationen fort

(82 ff.). Zugleich begann sich mit ihnen eine genuin rechtssoziologische Perspektive abzuzeichnen: Legitimität und Kraft des Rechts speisten sich aus dieser Perspektive gerade nicht daraus, dass in ihm ein direkter Ausdruck kollektiver Freiheitsstrebungen zu sehen wäre, sondern aus seiner Ausdifferenzierung als relativ autonomer gesellschaftlicher Sphäre mit einer eigenen Funktion der normativen Integration von Gesellschaft (96; vgl. auch 413); die sukzessive Etablierung demokratischer Strukturen erscheint so erstmals nicht mehr als das Ergebnis bewusster Strategien oder erfolgreich ausgetragener Kämpfe um staatsbürgerliche Freiheiten, sondern als Resultat historisch kontingenter Prozesse soziostrukturellen Wandels. Damit einher ging ein neues, soziologisiertes Verständnis von Freiheit: Diese konnte in differenzierten Gesellschaften nicht mehr sinnvoll als ein abstrakter Wert, sondern musste fortan als Bündel konkreter, situierter, heterogener Freiheiten begriffen werden, die der institutionellen Absicherung bedurften. Die Legitimität einer Ordnung entschied sich somit über die Stabilität, die organisationale Festigkeit und Leistungsfähigkeit dieser Institutionen (97).

Vor allem aber wurde die klassische Emergenzerzählung der Demokratie damit von der frühen Rechtssoziologie auf den Kopf gestellt: Nicht ein fiktiver Kollektivakteur (»the people«) gibt sich in der Gestalt des Volkssouveräns eine normative Ordnung und schafft sich entsprechende Institutionen, sondern dieser Akteur (»das Volk«, »der Souverän« usw.) wird überhaupt erst durch Institutionen hervorgebracht, die genau hieraus ihre Legitimität schöpfen; kurz: der demokratische Souverän ist der Demokratie keineswegs vorgängig, sondern wird vielmehr erst Schritt für Schritt durch sie konstruiert. »Democracy, in short, is not legitimated by the people – *it is legitimated by its construction of the people.*« (103) Indem sie durchschaute, dass das Prinzip der »Volks-herrschaft« »largely in absence of the people« (105) konkrete Formen annahm – und unter Rückgriff auf eine Figur der Staatsbürgerin, die im Wesentlichen Fiktion war (106) –, entwickelte die klassische Soziologie so erstmals ein Verständnis der paradoxen Grundstruktur der Demokratie. Von einigen Ausnahmen abgesehen (u.a. Ehrlich 1913; etwas später auch Gurvitch 1940) war ihr, auch noch in ihrer Ausprägung als Rechtssoziologie, hierbei allerdings ein Staatszentrismus eigen, der Gesellschaft insbesondere vom politischen System und seiner Inklusionsfunktion her konzipierte (106 ff.; vgl. zum Fall Durkheims auch Witte 2018). Obschon die frühe Soziologie – für Thornhill in ihrer Gesamtheit »a science of social differentiation« (110) – der differenzierungstheoretischen Perspektive einen so großen Stellenwert einräumte, sei hierbei der Ausdifferenzierung des Rechts insbesondere gegenüber der Politik nicht hinreichend Rechnung getragen worden, die weiterhin als gesellschaftliches »Zentrum« (vgl. Luhmann 1998, 803; klassisch auch die Kritik bei Luhmann 1971) und als Ort der Genese grundlegender Werte und

Normen sowie der Legitimation von Recht begriffen wurde: »Classical *legal* sociology was, in essence, *political* sociology, and it constructed the social functions of law by examining them in relation to politics.« (112)

Jenseits dieser Fehlgewichtung waren sich bedeutende Autoren der klassischen Soziologie nach Thornhill jedoch darin einig, dass der Aufstieg der Demokratie wesentlich als Ergebnis gesellschaftlicher Differenzierung zu interpretieren sei (132). Diese Einsicht blieb dann auch für zentrale Autoren der Rechtssoziologie des 20. Jahrhunderts leitend: Bei Parsons und Habermas hielten allerdings, wenn auch in sehr unterschiedlicher Form, erneut normative Ideen der Selbstgesetzgebung und der Legitimation politischer Ordnung durch souveräne Bürger:innen in die Analyse von Demokratisierungsprozessen Einzug (sei es als Mitglieder der »societal community« oder als aufgeklärte Teilnehmer:innen an einem rationalen öffentlichen Diskurs; 112 ff., vgl. nur Parsons 2007; Habermas 1998). Anders gelagert ist hier zunächst der Ansatz Luhmanns, der den Aufstieg der Demokratie – derjenigen Form des politischen Systems, die der funktionalen Differenzierung des Gesellschafts-systems am besten entspreche – als Effekt der Ausdifferenzierung und Positivierung des Rechts begreift, während das Volk (als Souverän) auf eine legitimatorische Semantik zurechtgestutzt wird, in der das politische System seine eigenen Gründungsparadoxien entfaltet (125 ff.; vgl. auch Luhmann 1990). Konkrete Freiheiten stellen daher hier auch nicht den Ausdruck von rationalen Willensentschlüssen dar, sondern kontingente Ergebnisse soziokultureller Evolution – in dieser Hinsicht erscheint Luhmann für Thornhill so als avanciertester Analytiker der Demokratie (128). Zugleich ist allerdings das politische System nach Luhmann aus legitimatorischen Gründen auf eine Zweitcodierung von politischer Macht entlang der Logik des Rechts (129 f.) und sodann auf seine Selbstbeschreibung als Rechts- und Verfassungsstaat ebenso angewiesen wie auf Personen, die in ihrer Funktion als Adressen politischer Kommunikation als Inhaber:innen von Grundrechten beschrieben werden müssen (130), sodass Thornhill an dieser Stelle eine Rückkehr zur Festlegung auf spezifische historische normative Formen und damit einer beinahe klassischen Demokratietheorie ausmacht, die Luhmanns im Übrigen radikalen soziologischen Ansatz unterminiere (130 f.).

Im Ergebnis erscheint die Demokratie Thornhill so als Resultat der Ausdifferenzierung des Rechtssystems, als Form der Etablierung spezifischer, nämlich »passender« politischer Institutionen und als andauernder sozialintegrativer Prozess. Die Rechtssoziologie war diesen Einsichten nach Thornhill auf der Spur, zog jedoch nie in der nötigen Radikalität die Konsequenzen aus ihren Einsichten und blieb in unterschiedlichen Varianten klassischen demokratietheoretischen Vorstellungen, einer Fokussierung auf das politische System und irreführenden Ideen rationaler Selbstlegislation verhaftet (132 f.). Genau diese tradierten Fehldeutungen

abzuschütteln, sich auf die ursprünglichen Einsichten der Rechtssoziologie zurückzubessern und insofern eine *radikal rechtssoziologische Perspektive auf Demokratie und Demokratisierungsprozesse* nach 1945 zu entwickeln, ist Gegenstand und Anspruch von Thornhills Buch: »In particular, the law plays a vital role in promoting the processes of integration that underpin democracy. *Democracy, thus, is produced through a process of spontaneous apersonal integration and institutionalization. The primary outcome of such differentiated political institutionalization is the preservation of partial, particular liberties.* On this account, democracy is not a finally realized political condition, but a continuing process of integration, closely linked to the autonomous functions of the law. [...] *The sociology of law holds the key to explaining democracy if it thinks not as the sociology of politics, but as the sociology of law: if it accepts the insight that law acts as a free-standing medium of integration.*« (132 f.)

Dieser Anspruch führt Thornhill unmittelbar zu den Zusammenhängen von Demokratie und Globalisierung des Rechts, und damit zur zentralen These des Buches, die zunächst systematisch entwickelt und sodann anhand zahlreicher empirischer Beispiele illustriert wird. Wie Thornhill vor dem Hintergrund seines oben skizzierten Begriffs von Demokratie argumentiert, sei diese noch bis zum 1. Weltkrieg allenfalls in rudimentären Formen verbreitet gewesen, getrieben vor allem von machtpolitischen Interessen und gekennzeichnet durch zahlreiche Ausnahmen im Bereich des »allgemeinen« Wahlrechts, der Staatsbürgerschaft sowie der staatsbürgerlichen Rechte (134 ff.). Den ersten weitreichenderen Demokratisierungsschub und eine allgemeinere Tendenz zur politischen und ökonomischen Inklusion macht Thornhill im Nachklang von 1918 aus, gespeist allerdings primär aus Prozessen der Nationalisierung von Politik und Gesellschaft, geprägt von einem Fehlen starker, kohärenter und inklusiver Konstruktionen von Staatsvolk oder Staatsbürgerschaft und mit dem Effekt einer Machtverschiebung von der Legislative zur Exekutive (138 ff.). In Ermangelung politischer Institutionen, welche die durch eine vergleichsweise breite Mobilisierung entfesselten Dynamiken einzuhegen imstande gewesen wären, war diese erste ernstzunehmende Demokratisierungswelle allerdings um 1940 bereits wieder auf katastrophale Weise in Autoritarismen umgeschlagen (149 ff.).

Als vergleichsweise stabile politische Form begann die Demokratie daher erst ab 1945, sich sukzessiv auszubreiten (153 ff.). Gelingen konnte dies nach Thornhill nur, *weil sich Demokratie zugleich Schritt für Schritt als eine globale Norm etablierte*, an der Nationalstaaten und Regierungen gemessen und bewertet werden und aus der diese zugleich ihre Legitimation schöpfen konnten (154). Dieser Prozess nahm, wie Thornhill schematisierend aufführt, ab 1945 in Deutschland, Japan, Indien und Italien seinen Ausgang, erfasste weitere Teile Südeuropas in den 1970er Jahren,

setzte sich im Zuge der lateinamerikanischen Transitionsprozesse in den 1980er sowie der osteuropäischen Umbrüche in den 1990er Jahren fort und fand seinen vorläufigen Abschluss in der Transformation zahlreicher afrikanischer Staaten in den 1990er und 2000er Jahren: »These different processes of transitional polity building induced an effective *globalization of democracy*« (154). Im Zuge dieses Prozesses – erst nun – setzte sich in großen Teilen der Welt ein tatsächlich allgemeines Wahlrecht durch, das nun immer seltener etwa nach Geschlecht oder ethnischen Zuschreibungen differenzierte und in Kombination mit einer weitergehenden Nationalisierung politischer Institutionen die Grundlage für inklusive Modelle von Staatsbürger:innenschaft legte, welche die Begründungslast normativer Ordnungen zu tragen imstande waren (154 ff.).

Den entscheidenden Rahmen für diese Prozesse bildete allerdings das parallel in Umfang und Bedeutung anwachsende internationale Recht, und hier insbesondere Menschenrechtsnormen mit universellem, das heißt auch globalem Geltungsanspruch (158 ff.). Mit Schlüsseldokumenten wie der Charta der Vereinten Nationen und der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte nahm schrittweise eine globale normative Ordnung Form an, die den Nationalstaat in seiner Deutungshoheit und Gestaltungsmacht transzendierte und die mit allgemeinen, unverbrüchlichen Rechten ausgestattete (Staats-)Bürgerin als eine *globale* Figur etablierte: »(T)hese documents reflected the rise of a global legal system in which certain normative principles acquired legitimacy above national jurisdictions, originating in norms whose existence was increasingly independent of different nation states, national governments and national societies. [...] From this time on, very slowly, it became accepted that national legal orders were, at least in principle, overarched by a system of higher norms, largely extracted from human rights law, by which states were morally obliged as constitutional subjects, and by which, in some cases, individuals were permitted to seek redress against their own governments.« (159)

Es ist dies die Hauptthese von Thornhills Buch: »[E]ventually it was only through the impact of international human rights law that democracy became globally widespread« (164). Auf dem Grund der Demokratie stößt Thornhill so nicht auf den Freiheitswillen und das politische Zusammenwirken von Staatsbürger:innen und -völkern, sondern auf globale Normen, die über die Schnittstelle der Figur der Staatsbürgerin in nationale politische und rechtliche Ordnungen einsickern und zugleich die Souveränität des Nationalstaates beschneiden (167 ff.). Das Fundament für den Aufschwung und die globale Verbreitung der Demokratie sowie für die Emanzipation der Bürger:innen bildet somit nicht etwa die Diffusion einer *world polity* (vgl. Meyer 2005; dazu 181 ff., 414 f.), sondern die Dynamik der Ausdifferenzierung und globalen Ausdehnung des *Rechtssystems*, wie Thornhill unter Verweis unter anderem

auf den *Jus Cogens*-Charakter der Menschenrechte, die Etablierung von Menschenrechtsgerichten und den zunehmenden Einfluss internationalen Rechts auf nationale Jurisdiktionen argumentiert (172 ff.). Thornhill stellt damit zahlreiche tradierte Narrative der politischen Theorie und Philosophie vom Kopf auf die Füße: Internationales Recht, insbesondere Menschenrechtsnormen, fungierten nach 1945 als *Primärverfassung*, der die globale Etablierung nationaler demokratischer Ordnungen in einem Prozess der *sekundären* Konstitutionalisierung *nachfolgte* (188); die Etablierung des Nationalstaates erfolgte erst *durch* seine Integration in eine transnationale Rechtsordnung (189); stabile *politische* Systeme konnten in den meisten Gesellschaften erst durch ihre Einbindung in ein globales *Rechtssystem* entwickelt werden (190); und die Demokratie setzte sich erst in dem Maße durch, in dem der *Demos* nicht mehr als treibende Kraft und Ausgangspunkt politischer *agency* erschien (189 f.). »In sum, nations first became nations *after* nationhood. Likewise, democracy first became democracy *after* the demos. Politics became political *after* politics. [...] Democracy, in short, took hold as it replaced the people with an abstracted concept of humanity as its central point of reference« (190, 193). In diesen paradoxen Feststellungen sieht Thornhill schließlich die Ahnungen und Annahmen der klassischen Rechtssoziologie verwirklicht, die der Disziplin seitdem allerdings aus dem Blick geraten seien und auf die es sich entsprechend zurückzubessern gelte (201 f.).

Aus dieser Warte zeichnet sich für Thornhill ein neues Verständnis von Demokratie ab, das in der Tat als radikal rechtssoziologisch – vielleicht gar als »rechtssoziologistisch« – gelten kann: Es sind nicht dem Recht vorausgehende politische Akteure, die demokratische Gemeinwesen erschaffen und legitimieren, sondern das globale Recht produziert überhaupt erst die Autorität und Legitimität nationaler demokratischer Systeme. In einer Mehrebenendynamik schafft sich das Recht so in selbstreferenzieller Weise selbst (209; Thornhill spricht auch von »*legal auto-genesis*«, vgl. 277); es bringt aber zugleich auch diejenigen Rechtssubjekte hervor, die ihm als legitimatorische Bezugspunkte dienen (nun in der Form von »*Persons Not People*«, 217), die aber entsprechend nicht mehr als dem Recht äußerliche oder vorgängige Legitimationsfiguren gedacht werden können.³ Das globale Recht selbst wird so zum »*subject that underlies democracy*« (209, vgl. 421); es übernimmt damit zugleich die Rolle eines funktionalen Äquivalents der Figur der

3 Thornhill geht so weit, ein »legitimational detachment of the political system from material agents in society« zur wichtigsten Bedingung nationaler Staatsbürgerschaft und Demokratie zu erklären (414); zugleich lasse sich die »Konstruktion von Staatsbürgerschaft« nicht mehr in nationalen politischen Systemen verorten: »the construction of citizenship has been displaced from the national political system into the global legal system« (416).

Staatsbürgerin. Diese Begründungsfigur »*moves from the beginning to the end of law*« (230, 274) und taucht im globalen Regime der Menschenrechte nicht mehr als ursprüngliche politische Akteurin, als Autorin oder Geltungsquelle des Rechts auf, sondern als Zurechnungsadresse für Rechte in einem fortschreitenden globalen Prozess der Inklusion (275 f.; vgl. 413 f.). So wird Thornhill dann auch nicht müde zu betonen, dass die Ausdifferenzierung, Autonomisierung und Globalisierung des Rechtssystems den Schlüssel zum Verständnis der normativen und politischen Strukturen der Weltgesellschaft bilden. Die Evolution demokratischer Nationalstaaten erscheint so als Effekt dieser Ausdifferenzierung des Rechtssystems, dem nun sogar – erneut im Kontrast zu klassischen Vorstellungen über die Rolle der Politik – die Stellung eines »dominant system in global society« zugesprochen wird (275).

Die Entstehung und Ausbreitung der Demokratie, die Neubestimmung von Staatsbürgerschaft und die global massiv angewachsene Relevanz der Menschenrechte, so lässt sich die Pointe von Thornhills weit ausholender Argumentation zusammenfassen, werden also gleichermaßen als Effekte einer spezifischen Entwicklungsdynamik des Rechtssystems begriffen, für die gerade die klassische (Rechts-)Soziologie etablierte Kategorien zur Verfügung stellt. Zugleich impliziert diese Perspektive eine weitreichende Neubewertung des Rechts, das nunmehr genuine Leistungen des politischen Systems übernommen habe: »The globalization of democracy is thus part of a wider process – namely, the globalization of the legal system. *The globalization of democracy is one consequence of a broader globalization of the legal system, in which the legal system has attained a high level of differentiation and influence in relation towards other systems through reference to human rights law. [...] Through these processes, both nationally and globally, the differentiation of the legal system has created a reality in which much that was once political is now simply law. The growing autonomy of the global legal system effectively means that, at different societal levels, the legal system has acquired primacy over the political system.*« (416 f.)⁴

Die bis hier nachgezeichnete historisch-soziologische Demokratietheorie wird in der Einleitung und den ersten drei Kapiteln des Buches entwickelt. Das umfangreiche Kapitel 4 widmet sich auf fast 150 Seiten des Bandes im Wesentlichen empirischen Beispielen und Fallstudien, in denen Thornhill die unterschiedlichsten Mechanismen anschaulich macht,

4 Wenig später geht Thornhill noch einen Schritt weiter – einen Schritt, der sowohl in allgemeiner theoretischer Hinsicht als auch mit Blick auf das obige Zitat Fragen aufwirft – und erklärt die Politik gleich zu einem *Teil* des globalen Rechtssystems: »Through the reconstruction of the citizen, in short, the political system of national society has become part of global law« (421; vgl. 424).

über welche die Ausdifferenzierung des globalen Rechtssystems mit der Formierung demokratischer Ordnungen einherging, globale Normen in die Rechtsetzung und Rechtsprechung von nationalstaatlichen Ordnungen einsickerten und so nationales Recht und die Handlungsspielräume staatlich-politischen Handelns konditionierten. Im Sinne einer vergleichenden »global sociology of democracy« (283) greift der Autor hierbei auf eigene Studien zurück, die in den USA, in Deutschland, Großbritannien, Kolumbien, Russland und Kenia durchgeführt wurden. Die Auswahl dieser Fälle folgt dabei auch dem Prinzip, gerade solche Gesellschaften in den Blick zu nehmen und miteinander zu vergleichen, die durch unterschiedliche strukturelle *Widerstände* gegen Demokratisierungsprozesse gekennzeichnet waren; es handelt sich hierbei also gerade nicht durchgängig um klassische »model cases« (Krause 2021), sodass die Stützung der zuvor vorgetragenen Argumentationen auf diese Weise noch einmal überzeugender gelingt.

Das fünfte und letzte Kapitel widmet sich schließlich den Implikationen, die sich vor dem Hintergrund von Thornhills Analyse für die Frage nach der Struktur demokratischer *agency* ergeben. Mit der Transformation der Staatsbürgerin von einer politischen Figur in ein formales Rechtskonstrukt (oder zumindest einer entsprechenden Aufspaltung, vgl. 421, 423) verliert sie nach Thornhills Ansicht zugleich in Teilen ihren Charakter als reale politische Akteurin (424 ff.); sie gebe diesen Raum jedoch frei für eine Vielzahl neuer Akteurstypen, die der pluralistischen Verfassung von Gegenwartsgesellschaften angemessener seien und neue Freiheitsspielräume eröffneten (427 ff.), etwa NGOs und soziale Bewegungen (434 ff.) oder indigene Gemeinschaften (437 ff.). Mit der globalen Verschiebung vom politischen zum Rechtssystem verändert sich dabei zugleich der Charakter dieser »politischen« Akteure (oder »demokratischen Subjekte«), die nun vielfach nicht mehr als »Bürger(-schaft)«, sondern als *Prozessparteien* (als individuelle oder kollektive »litigants«) in Erscheinung treten, wie Thornhill erneut an zahlreichen Beispielen aus den oben genannten Fallstudien zeigt (442 ff.). Diese Transformation wiederum führt zu einer Konstellation, die der Autor als transnationale und zugleich »segmentäre« Staatsbürgerschaft beschreibt (vgl. 487 ff.): Die Ausdifferenzierung des globalen Rechts gehe hier vielfach mit einer Fokussierung auf bereichsspezifische Forderungen und Normen (zum Beispiel in Gesundheits- oder Umweltfragen) einher und münde in einem Prozess der »distinctive constitutionalization of different social spheres«, wie er auch aus der Debatte um gesellschaftlichen Konstitutionalismus (siehe oben) geläufig ist. Diese breite Mobilisierung heterogener Akteure in globalen Kontexten schließlich führt nach Thornhill gegenwärtig – wenn auch bislang nur in ersten Ansätzen – zur Emergenz einer von Nationalstaaten entkoppelten Figur »globaler Staatsbürgerschaft«, die sich in genuin rechtlichen Praktiken manifestiert (491 ff.).

4. Rezeptionsgeschichte, Wirkung, Diskussion

Als jüngstes der hier in einem Kanon von ›Schlüsseltexten‹ versammelten Werke kann *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy* noch auf keine Rezeptionsgeschichte zurückblicken, die mit derjenigen ›klassischer‹ Texte vergleichbar wäre. Die bisherige Rezeption des ehrgeizigen Bandes ist insofern überschaubar, aber durchaus positiv. So beschließt Javier Trevino eine Kurzbesprechung für die Rezensionsschrift *Choice Reviews* mit dem Urteil »[h]ighly recommended« (Trevino 2019), und auch Jean de Munck (2019) gelangt für *Droit et Société* zu einem insgesamt positiven Urteil: Thornhills Buch komme das Verdienst zu, ein für die Auseinandersetzung mit der Thematik wegweisendes soziologisches Argument zu entwickeln und dieses mit profunden historisch-empirischen Analysen zu verknüpfen. Dabei eröffne der Text, der unzweifelhaft grundlegend für die gegenwärtige Rechtssoziologie sei, zugleich eine Reihe von anregenden Fragen: So weist de Munck sehr zu Recht darauf hin, dass Thornhills Begriff des globalen Rechts zu simpel bleibt, die Leserin nur wenig über die Emergenz dieser normativen Ordnung selbst erfährt und das globale Recht vor allem über weite Strecken schlicht mit dem Regime der Menschenrechte gleichgesetzt, insofern also ein verkürztes Bild von seiner Komplexität gezeichnet wird. Tatsächlich wird der von de Munck angesprochene Diskurs über einen (globalen) Rechtspluralismus in Thornhills Buch nur am Rande thematisch, wie auch das systematische Verhältnis seines Ansatzes zu der Debatte über gesellschaftlichen Konstitutionalismus trotz einzelner Bezüge auf diesen Diskussionszusammenhang letztlich unklar bleibt. De Munck moniert zutreffend, dass die Leserin gerne mehr darüber erfahren würde, wie sich die sukzessiv emergierenden, relativ autonomen normativen Ordnungen globaler Teilbereiche, etwa der globalen Ökonomie oder auch einer *lex digitalis*, zu Menschenrechten und ihrem globalen Geltungsanspruch verhalten, und man mag ihm zustimmen, dass Thornhills Verwendung des Begriffs des globalen Rechts nicht lediglich einseitig bleibt, sondern damit auch idealistische Züge aufweist.

Dieses idealistische Bild des globalen Rechts schlägt freilich auf die von Thornhill entfaltete Entwicklungsthese insgesamt durch. Auf den naheliegenden Einwand de Muncks, dass der gegenwärtigen Destabilisierung (nicht allein) westlicher Demokratien und dem offensichtlichen Rückfall in autoritäre Strukturen in vielen Ländern der Welt im vorliegenden Buch zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt wird, muss an dieser Stelle allerdings nicht weiter eingegangen werden: Man wird *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy* zukünftig wohl gemeinsam mit seinem Folgeband, dem 2021 erschienenen *Democratic Crisis and Global Constitutional Law* rezipieren und diskutieren müssen, der als Reaktion auf diese Entwicklungen zu lesen ist und

insofern den vorliegenden Band komplementiert. Beinahe unabhängig von dieser Frage ist Thornhills Buch auch schon deshalb von großer Bedeutung, weil es ihm gelingt, den konstitutiven Mythos einer reifizierten Volkssouveränität aus genuin soziologischer Warte zu dekonstruieren und so einem durchaus geläufigen Topos eine progressive Wendung zu geben. Herauszuheben ist abschließend aber vor allem die Konsequenz, mit der Thornhill eine an ihren Klassikern geschulte Rechtssoziologie als Schlüssel zum Verständnis der normativen Struktur einer globalen Moderne in Anschlag bringt und die Dynamiken globaler Normbildung an grundlegende soziologische, insbesondere differenzierungstheoretische Überlegungen knüpft – die Rechtssoziologie der Gegenwart ebenso wie ihre Nachbardisziplinen sind gut beraten, diese Perspektive in der weiteren Diskussion ernst zu nehmen.

Literatur

- Blokker, Paul/Thornhill, Chris (2017): *Sociological Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Brunkhorst, Hauke (2005): »Demokratie in der globalen Rechtsgenossenschaft. Einige Überlegungen zur poststaatlichen Verfassung der Weltgesellschaft«, in: Heintz, Bettina/Münch, Richard/Tyrell, Hartmann (Hg.), *Weltgesellschaft. Theoretische Zugänge und empirische Problemlagen*, Sonderheft der Zeitschrift für Soziologie, Stuttgart: Lucius & Lucius, 330–347.
- Brunkhorst, Hauke (2007): »Die Legitimationskrise der Weltgesellschaft. Global Rule of Law, Global Constitutionalism und Weltstaatlichkeit«, in: Albert, Mathias/Stichweh, Rudolf (Hg.), *Weltstaat und Weltstaatlichkeit. Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung*, 63–107.
- Brunkhorst, Hauke (2012): *Legitimationskrisen. Verfassungsprobleme der Weltgesellschaft*, Baden-Baden: Nomos.
- Brunsma, David L./Iyall Smith, Keri E./Gran, Brian K. (Hg.) (2013): *Handbook of Sociology and Human Rights*, Boulder/London: Paradigm.
- De Munck, Jean (2019): »Rezension: Chris Thornhill, The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy«, in: *Droit et Société* 101, <https://ds.hypotheses.org/5747> (letzter Zugriff: 10.01.2024).
- Ehrlich, Eugen (1913): *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München/Leipzig: Duncker & Humblot.
- Fischer-Lescano, Andreas (2005): *Globalverfassung. Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist: Velbrück.
- Fischer-Lescano, Andreas/Teubner, Gunther (2006): *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Frezzo, Mark (2015): *The Sociology of Human Rights*, Cambridge/Malden, MA: Polity Press.
- Gurvitch, Georges (1940 (1960)): *Grundzüge der Soziologie des Rechts*, Neuwied: Luchterhand.

- Habermas, Jürgen (1998): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Heintz, Bettina/Leisering, Britta (Hg.) (2015): *Menschenrechte in der Weltgesellschaft. Deutungswandel und Wirkungsweise eines globalen Leitwerts*, Frankfurt a. M./New York: Campus.
- Heintz, Bettina/Müller, Dagmar/Schiener, Heike (2006): »Menschenrechte im Kontext der Weltgesellschaft. Die weltgesellschaftliche Institutionalisierung von Frauenrechten und ihre Umsetzung in Deutschland, der Schweiz und Marokko«, in: *Zeitschrift für Soziologie* 35 (6), 424–448.
- Kastner, Fatima (2017): »Soziologie der Menschenrechte. Zur Universalisierung von Unrechtserfahrungen in der Weltgesellschaft«, in: *Österreichische Zeitschrift für Soziologie* 42 (3), 217–236.
- King, Michael/Thornhill, Chris (2003): *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*, Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- König, Matthias (2002): *Menschenrechte bei Durkheim und Weber. Normative Dimensionen des soziologischen Diskurses der Moderne*, Frankfurt a. M./New York: Campus.
- König, Matthias (2005): »Weltgesellschaft, Menschenrechte und der Formwandel des Nationalstaats«, in: Heintz, Bettina/Münch, Richard/Tyrell, Hartmann (Hg.), *Weltgesellschaft. Theoretische Zugänge und empirische Problemlagen* (Sonderheft der Zeitschrift für Soziologie), Stuttgart: Lucius & Lucius, 374–393.
- Krause, Monika (2021): *Model Cases. On Canonical Research Objects and Sites*, Chicago: The University of Chicago Press.
- Levy, Daniel/Sznajder, Natan (2006): »Sovereignty Transformed: A Sociology of Human Rights«, in: *The British Journal of Sociology* 57 (4), 657–676.
- Luhmann, Niklas (1971): »Die Weltgesellschaft«, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 57 (1), 1–35.
- Luhmann, Niklas (1990): »Verfassung als evolutionäre Errungenschaft«, in: *Rechtshistorisches Journal* 9, 176–220.
- Luhmann, Niklas (1998): *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Meyer, John W. (2005): *Weltkultur. Wie die westlichen Prinzipien die Welt durchdringen*, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Morgan, Rhiannon/Turner, Bryan S. (Hg.) (2009): *Interpreting Human Rights: Social Science Perspectives*, London: Routledge.
- Parsons, Talcott (2007): *American Society: A Theory of the Societal Community*, Boulder: Paradigm.
- Sjöberg, Gideon/Gill, Elizabeth A./Williams, Norma (2001): »A Sociology of Human Rights«, in: *Social Problems* 48 (1), 11–47.
- Teubner, Gunther (2003): »Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie«, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63, 1–28.
- Teubner, Gunther (2011): »Verfassungen ohne Staat? Zur Konstitutionalisierung transnationaler Regimes«, in: Kadelbach, Stefan/Günther, Klaus

- (Hg.), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, Frankfurt a. M./New York: Campus, 49–100.
- Teubner, Gunther (2012): *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin: Suhrkamp.
- Thornhill, Chris (1999): *Political Theory in Modern Germany*, Cambridge: Polity Press.
- Thornhill, Chris (2002): *Karl Jaspers: Politics and Metaphysics*, London: Routledge.
- Thornhill, Chris (2007): *German Political Philosophy. The Metaphysics of Law*, London/New York: Routledge.
- Thornhill, Chris (2011): *A Sociology of Constitutions: Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Thornhill, Chris (2016): *A Sociology of Transnational Constitutions: The Social Foundations of the Post-National Legal Structure*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Thornhill, Chris (2018a): *The Sociology of Law and the Global Transformation of Democracy*, Cambridge u.a.: Cambridge University Press.
- Thornhill, Chris (2018b): »The Sociology of Law and Global Sociology«, in: *Zeitschrift für Soziologie* 47 (6), 375–401.
- Thornhill, Chris (2021): *Democratic Crisis and Global Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Trevino, A. Javier (2019): »Rezension: Thornhill, C. J.: The sociology of law and the global transformation of democracy«, in: *Choice Reviews* 56.
- Witte, Daniel (2018): »Ein ambivalentes Erbe: Von Durkheims (un-)politischer Soziologie zu Bourdieus Religionssoziologie des Staates«, in: *Berliner Journal für Soziologie* 28 (3), 307–337.

Beitragende

Birgit Apitzsch ist Professorin für Soziologie/Arbeit, Wirtschaft und Wohlfahrt an der Ruhr-Universität Bochum. Ihre Arbeitsschwerpunkte liegen in der Rechts-, Professions- und Arbeitssoziologie, mit Forschungsprojekten zu Rechtspraxis und Rechtsstaatlichkeit in vergleichender und transnationaler Perspektive, zur Digitalisierung im Recht sowie zum Wandel von Arbeitsbeziehungen.

Cengiz Barskanmaz ist Professor für Recht der Sozialen Arbeit an der Hochschule Fulda. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Bereich des Verfassungsrechts (insbesondere Antidiskriminierungsrecht) und der Menschenrechte, der Critical Race Theory und Intersektionalität. Er veröffentlichte u.a. »Rasse – eine interdisziplinäre Einordnung des verfassungsrechtlichen Begriffs«, in: Froese, Judith/Thym, Daniel (Hg.), Grundgesetz und Rassismus, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, 99–139; »Menschenrechtliche Grundlagen Polizeilicher Praxis«, in: Hunold, Daniela/Singelnstein, Tobias (Hg.), *Rassismus in der Polizei*, Wiesbaden: Springer VS 2022, 55–82.

Alfons Bora, Dr. phil, Ass.iur., war bis 2023 Professor für Soziologie an der Universität Bielefeld. Seine Arbeitsschwerpunkte sind Rechtssoziologie, Wissenschafts- und Technikregulierung sowie partizipative Verfahren. Zu den neueren rechtssoziologischen Publikationen zählen u.a.: *Responsive Rechtssoziologie – Theoriegeschichte in systematischer Absicht. Soziologische Theorie des Rechts 1*, Wiesbaden: Springer Fachmedien 2023; *Reflexion des Rechts – Beiträge zur responsiven Rechtssoziologie. Soziologische Theorie des Rechts 2*, Wiesbaden: Springer Fachmedien 2023; »Rechtssoziologie zwischen Wissenschaft und social engineering. Zum historischen Verständnis interdisziplinärer Reflexionsprobleme«, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 2021; 41 (2), 1–35.

Marta Bucholc, Soziologieprofessorin an der Universität Warschau, leitet das ERC-Projekt »ABORTION FIGURATIONS« sowie das polnische Team im Projekt »Towards Illiberal Constitutionalism« der Volkswagen-Stiftung. Zuvor war sie Forschungsprofessorin am Käthe Hamburger-Kolleg »Recht als Kultur« an der Universität Bonn (2015–2020), Gastprofessorin an den Universitäten Saint-Louis Brüssel und Graz sowie Visiting Fellow an der University of Cambridge, am IWM in Wien und am Imre Kertész Kolleg in Jena. Sie ist Distinguished Fellow der KFG »Universalismus und Partikularismus« an der LMU. Veröffentlichungen: »Law«, in: Gutman, Yifat/Wüstenberg, Jenny (Hg.), *The Routledge*

Handbook of Memory Activism, London: Routledge 2023, 149–153; »Historical Sociology of Law«, in: McCallum, David (Hg.), *The Palgrave Handbook of the History of Human Sciences*, Palgrave Macmillan 2022, 561–576.

Julia Dahlvik ist Soziologin und hält eine Professur an der FH Campus Wien. Derzeit leitet sie ein Elise-Richter-Forschungsprojekt (FWF) zum Zugang zum Recht im Kontext digitalisierter öffentlicher Dienste. Ihre Arbeitsschwerpunkte liegen im Bereich der Rechts- und Verwaltungssoziologie. Ihre Monographie über die Verwaltung von Asylanträgen in Österreich erschien 2018.

Simon Faets vertritt im Sommersemester 2024 die Professur für Philosophie mit den Schwerpunkten Politische Philosophie und Rechtsphilosophie an der Universität Münster. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen in den Bereichen der Politischen Philosophie, Rechtsphilosophie und Sozialphilosophie sowie der Kritischen Theorie und des Postkolonialismus. Zuletzt veröffentlichte er seine Dissertation *Biopolitik und Recht. Christoph Menkes Kritik rechtlicher Normativität im Spektrum biopolitischer Theorien* 2023, Baden-Baden: Nomos.

Sabine Frerichs ist Professorin für Wirtschaftssoziologie an der Wirtschaftsuniversität Wien und war 2022–2024 Wissenschaftliche Direktorin des Internationalen Instituts für Rechtssoziologie in Oñati, Spanien, in Verbindung mit Forschungspositionen bei Ikerbasque und an der Universität des Baskenlands. Sie arbeitet mit einem theoretischen Schwerpunkt an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, unter anderem zu den normativen Implikationen der Verhaltensökonomik.

Walter Fuchs ist Professor für Kriminologie an der Hochschule für Wirtschaft und Recht in Berlin. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Bereich der Rechts- und Kriminalsoziologie, u.a. Rechtsmobilisierung und Rechtskulturenvergleich, Hasskriminalität, White Collar Crime. Aktuelle Veröffentlichung: »Between Anomie and Strategic Use of Justice – Common Roots of Crime and Litigation in the Late Habsburg Monarchy«, in: *European Review of History*, 2024, i. E.

Anika Gomille ist Juniorprofessorin für Rechtssoziologie und Legal Gender Studies an der Universität Siegen. Weitere Forschungsschwerpunkte sind die Grundlagen der Kriminologie sowie die qualitativen Methoden der empirischen Sozialforschung. Sie studierte Soziologie und Rechtswissenschaften an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz und der Goethe-Universität Frankfurt am Main und wurde 2018 mit einer kriminologischen Studie über die Bedeutung von Bürgerwehren im öffentlichen

Raum durch den Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften der JGU Mainz promoviert.

Pierre Guibentif ist Professor am ISCTE (Instituto universitário de Lisboa) und Forscher am Dinâmia'CET_Iscte. Von 2020 bis 2024 hat er die Maison des sciences de l'Homme Paris-Saclay geleitet. Jüngere Veröffentlichungen: »The Sociology of Legal Subjectivity«, in: Přibáň, Jiří (Hg.), *Research Handbook on Sociology of Law*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishers 2020, 177–189; »Socio-legal Agency in Late Modernity – Reappreciating the Relationship Between Normativity and Sociology of Law«, in: Hydén, Håkan et al. (Hg.), *Combining the legal and the social in sociology of law: An homage to Reza Banakar*, Oxford: Hart Publishing 2023, 215–226.

Justus Heck ist wissenschaftlicher Mitarbeiter für Forschung und Fortbildung beim Kommunalverband für Jugend und Soziales Baden-Württemberg (KVJS). An der Fakultät für Soziologie der Universität Bielefeld wurde er mit einer Arbeit zur Vermittlung im Streit promoviert. Seine Dissertation macht viele Anleihen bei Luhmanns rechtssoziologischem Denken.

Nicole Holzhauser ist Doktorin der Soziologie (Dr. rer. soc.) und wissenschaftliche Mitarbeiterin (Postdoc) am Institut für Soziologie der Technischen Universität Braunschweig sowie Leiterin des dortigen Theodor Geiger Archivs. Ihre Arbeitsschwerpunkte liegen im Bereich der soziologischen Theorie, Soziologiegeschichte und Wissenschaftsforschung. Zuletzt veröffentlichte sie »Theodor Geigers *Soziale Schichtung des deutschen Volkes* und die Mittelstände im Zeichen des Nationalsozialismus – Eine Analyse des Entstehungskontextes«, in: Acham, Karl/Moebius, Stephan (Hg.), *Soziologie der Zwischenkriegszeit. Ihre Hauptströmungen und zentralen Themen im deutschen Sprachraum*, Bd. 3, Springer: VS, 2024, i. E.

Dilan Deniz Kilic, M.Iur., ist Referentin der Intendanz mit dem Schwerpunkt Diversität am Düsseldorfer Schauspielhaus. Sie studierte Rechtswissenschaften, Menschenrechte und Sozialwissenschaften in Münster, Colchester und Viña del Mar.

Andrea Kretschmann ist Professorin für Kulturosoziologie an der Leuphana Universität Lüneburg und assoziierte Forscherin am Centre Marc Bloch in Berlin. Ihre Arbeitsschwerpunkte liegen im Bereich der Kulturosoziologie sowie der Rechts- und Kriminalsoziologie. Zuletzt veröffentlichte sie *Simulative Souveränität. Eine Soziologie Politischer Ordnungsbildung*, Konstanz: Konstanz University Press 2023 und »Politiken der

Dominanz. Das Polizieren von Protest in Deutschland« (mit Aldo Legnaro), in: Fillieule, Olivier/Jobard, Fabien: *Politiken der Unordnung. Dass Polizieren von Protest in Frankreich*, herausgegeben aus dem Französischen von Kretschmann/Legnaro, Wiesbaden: Springer VS 2024, 1–69.

Rüdiger Lautmann arbeitete von 1971 bis 2010 als Professor für Allgemeine Soziologie und Rechtssoziologie an der Universität Bremen. Seine Forschungsgebiete sind weiterhin die Soziologien von Recht und Kriminalität sowie Geschlecht und Sexualitäten. Mit anderen organisierte er die siebte, neubearbeitete Auflage des *Lexikon zur Soziologie*, Wiesbaden: Springer VS 2024.

Aldo Legnaro, Dr. rer. pol., ist freier Sozialwissenschaftler. Seine Forschungsschwerpunkte sind Soziologie der Abweichung und Konformität; Stadtsoziologie; Soziologie der Kontrollgesellschaft; Kriminologie. Zuletzt gab er mit Daniela Klimke *Kriminologische Diskussionstexte I (Verurteilen und Strafen)* und *Kriminologische Diskussionstexte II (Kontrollieren und Überwachen)*, Wiesbaden: Springer VS 2022, heraus.

Marc Mölders ist Postdoc und Privatdozent im Arbeitsbereich Mediensoziologie und Gesellschaftstheorie am Institut für Soziologie der Johannes Gutenberg-Universität Mainz. Zu seinen Schwerpunkten in Forschung und Lehre zähle neben der Rechts- auch die Organisationssoziologie und die soziologische Theorie. Er ist Mitherausgeber der Zeitschrift für Theoretische Soziologie (ZTS). Zuletzt erschien der Artikel: »Multiple Differenzierung und Wandel. Der Beitrag der evolutionär-institutionalistischen Perspektive«, in: *Zeitschrift für Soziologie* 52 (4), 345–360.

Sven Opitz ist Professor für politische Soziologie an der Philipps-Universität Marburg. Mit einem Hintergrund in soziologischer Theorie arbeitet er zu Sicherheitsdispositiven und ökologischen Biopolitiken. Er hat u.a. in *Theory, Culture & Society*, *European Journal for Social Theory*, *Social Studies of Science*, *Environment and Planning D: Society and Space*, *Distinktion*, *Soziale Systeme* und *Soziale Welt* publiziert.

Axel Pohn-Weidinger ist *Maitre de conférences* am Institut für Soziologie der Universität Straßburg. Seine Arbeitsschwerpunkte liegen im Bereich der Rechts- und Verwaltungssoziologie sowie der Soziologie des Sozialstaates und der sozialen Sicherheit. Zuletzt veröffentlichte er »Teaching Courtroom Ethnography«, in: Flower, Lisa/Klosterkamp, Sarah (Hg.), *Courtroom Ethnography*, Cham: Palgrave Macmillan 2023.

Johannes Schmidt ist der wissenschaftliche Koordinator des Akademieprojekts »Niklas Luhmann – Theorie als Passion. Wissenschaftliche

Erschließung und Edition des Nachlasses« (<https://niklas-luhmann-archiv.de>) an der Universität Bielefeld. Seine Interessenschwerpunkte liegen in den Bereichen Systemtheorie sowie Netzwerktheorie. Diverse Publikationen und Herausgaben aus dem Nachlass Niklas Luhmanns liegen vor: <https://pub.uni-bielefeld.de/person/25653450>.

Wolfgang Ludwig Schneider war bis zu seiner Emeritierung Ende September 2021 Professor für Allgemeine Soziologie an der Universität Osnabrück. Aktuelle Arbeitsschwerpunkte: Theorie gesellschaftlicher Differenzierung, Wissenschafts-, Religions- und Rechtssoziologie. Jüngste rechtssoziologische Publikation: »Legitimationsdefizite des chinesischen Rechtswesens: Blockierte Ausdifferenzierung, Folgeprobleme und Kompensationsversuche«, in: *Soziale Systeme*, 2017 (erschienen: 2020), 22 (1–2), 215–273.

Doris Schweitzer ist Professorin für Soziologie mit dem Schwerpunkt Soziologische Theorie und Theoriegeschichte an der Goethe-Universität Frankfurt. Neben dem historischen Interesse am Verhältnis von Soziologie und Rechtswissenschaft liegen ihre Forschungsschwerpunkte im Bereich der Rechtssoziologie und Gesellschaftstheorie. Aktuell beschäftigt sie sich mit der Frage nach einer »rechtlichen Neuordnung der Dinge«, wie sie im Recht insbesondere angesichts von Klimakrise und Digitalisierung erkennbar wird.

Katrin Seidel ist seit 2024 Vertretungsprofessorin für Kritische Afrikastudien an der Universität Leipzig und assoziierte Forscherin am Max-Planck-Institut für ethnologische Forschung. Ihre Arbeitsschwerpunkte liegen in den Bereichen Rechtsethnologie, Rechtssoziologie, Rechtsvergleichung, Rechtspluralismus und postkoloniale Rechtskritik mit einem transregionalen Afrikafokus. Zu ihren neueren Publikationen gehören u.a. die demnächst erscheinende Monographie *International Constitution-Making. Negotiating the Rule of Law in South Sudan and Somaliland*, Routledge und »Justitia ohne Schwert? Zum Spannungsfeld von Mediation und Justiz«, in: *Rechtswissenschaften, Zeitschrift für rechtswissenschaftliche Forschung* 3, 2022, 381–402.

Petra Sußner ist Post-Doc und Co-Investigator an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ihre Forschungsschwerpunkte liegen in Öffentlichem Recht, Menschenrechtsschutz und interdisziplinärer Rechtsforschung. Sie hat an der Universität Wien Rechtswissenschaften studiert und ihre Dissertation *Flucht – Geschlecht – Sexualität. Eine menschenrechtsbasierte Perspektive auf Grundversorgung und Asylstatus* ist 2020 in der juristischen Schriftenreihe im Verlag Österreich, Wien, erschienen.

Berthold Vogel ist Geschäftsführender Direktor des Soziologischen Forschungsinstituts Göttingen (SOFI) an der Georg-August-Universität und Sprecher des Teilinstituts Göttingen im Forschungsinstitut Gesellschaftlicher Zusammenhalt (FGZ). Er lehrt Soziologie an den Universitäten Göttingen und Kassel. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Bereich der Soziologie öffentlicher Güter, des Rechts- und Sozialstaats sowie des gesellschaftlichen Zusammenhalts.

Nicki K. Weber ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Politikwissenschaft, Friedens- und Konfliktforschung der Universität Augsburg. Nach dem Studium der Politischen Wissenschaft an der Hochschule für Politik und Philosophie an der Hochschule für Philosophie, beide München, forscht er aktuell zu Konflikten in (hiesigen) postkolonialen Gesellschaften. In seinem Dissertationsprojekt behandelt er den Schwarzen Existenzialismus und dessen politisch-philosophische Implikationen für eine spezifische Form Schwarzer Kritik.

Daniel Witte ist gegenwärtig Fellow am Käte Hamburger Kolleg »Einheit und Vielfalt im Recht« an der Universität Münster. Zu seinen Arbeitsschwerpunkten zählen soziologische Theorie, relationale Soziologien, vergleichende Differenzierungsforschung sowie Schnittstellen und Wechselwirkungen zwischen Recht, Religion und Politik in globalvergleichender Perspektive. Aktuelle Publikation: »Differenzierungskulturen: Elemente einer praxeologischen Komparatistik gesellschaftlicher Differenzierungsmuster«, in: Mölders, Marc/Renn, Joachim/Siri, Jasmin (Hg.), *Differenzierung und Integration. Zur Ausdifferenzierung der Differenzierungstheorie*. Sonderband der Zeitschrift für Theoretische Soziologie, Weinheim: Beltz 2024 (i. E.).

Patrick Wöhrle ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Sprecher des Labs für Organisations- und Differenzierungsforschung an der Technischen Universität Dresden. Seine derzeitigen Arbeitsschwerpunkte liegen auf medien-, rechts- und organisationssoziologischen Fragestellungen. Im Bereich der Rechtssoziologie veröffentlichte er zuletzt gemeinsam mit Rolf Nichelmann den Beitrag »Gerichte als Organisationen?«, in: Apelt, Maja/Tacke, Veronika (Hg.): *Handbuch Organisationstypen*, 2., überarb. und erw. Aufl., Wiesbaden: Springer VS 2023, 179–212.

Rechtssoziologie / Recht und Kultur
bei Velbrück Wissenschaft

Daniel Arjomand-Zoike

Deutungshoheit und Übersetzung

Zur Funktion juristischer Dogmatik bei der gerichtlichen Befassung
mit Romanen

456 Seiten · ISBN 978-3-95832-355-1 · EUR 49,90

Steffen Augsberg, Ino Augsberg,

Ludger Heidbrink (Hg.)

Recht auf Nicht-Recht

Rechtliche Reaktionen auf die Juridifizierung der Gesellschaft

300 Seiten · ISBN 978-3-95832-207-3 · EUR 39,90

Stefan Böschen, Stefan May, Roman Thurn (Hg.)

Resilientes Recht?

Synchronisationsprobleme, Rechtsformenwandel und Selbstbindung
durch das Recht

Etwa 250 Seiten · ISBN 978-3-95832-160-1 · EUR 39,90

Sonja Buckel

Subjektivierung und Kohäsion.

Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts

360 Seiten · ISBN 978-3-938808-29-0 · EUR 38,-

Dominik Hofmann

Impunität

Zur Frage, was es bedeutet, wenn nicht gestraft wird

536 Seiten · ISBN 978-3-95832-294-3 · EUR 59,90

Lena Kreck

Exklusionen / Inklusionen von Umweltflüchtligen

260 Seiten · ISBN 978-3-95832-086-4 · EUR 29,90

Andrea Kretschmann

Regulierung des Irregulären

Carework und die symbolische Qualität des Rechts

330 Seiten · ISBN 978-3-95832-094-9 · EUR 34,90

www.velbrueck-wissenschaft.de

Karl-Heinz Ladeur
Das Rechtssubjekt und sein Bildungsroman
Zu einer Kulturgeschichte des Privatrechts im 19. Jahrhundert
384 Seiten · ISBN 978-3-95832-362-9 · EUR 49,90

Karl-Heinz Ladeur
Die Textualität des Rechts
Zur poststrukturalistischen Kritik des Rechts
330 Seiten · ISBN 978-3-95832-080-2 · EUR 34,90

Linda Lilith Obermayr
Die Kritik der marxistischen Rechtstheorie
Zu Paschukanis' Begriff der Rechtsform
284 Seiten · ISBN 978-3-95832-296-7 · EUR 39,90

Sven Opitz
An der Grenze des Rechts
Inklusion/Exklusion im Zeichen der Sicherheit
448 Seiten · ISBN 978-3-942393-34-8 · EUR 45,-

Maximilian Pichl
Untersuchung im Rechtsstaat
Eine deskriptiv-kritische Beobachtung der parlamentarischen
Untersuchungsausschüsse zur NSU-Mordserie
348 Seiten · ISBN 978-3-95832-287-5 · EUR 39,90

Sarah Schulz
Die freiheitliche demokratische Grundordnung
Ergebnis und Folgen eines historisch-politischen Prozesses
404 Seiten · ISBN 978-3-95832-165-6 · EUR 49,90

Carolina Alves Vestena
Das Recht in Bewegung
Kollektive Mobilisierung des Rechts in Zeiten der Austeritätspolitik
336 Seiten · ISBN 978-3-95832-290-5 · EUR 44,90

Thomas Vesting
Gentleman, Manager, Homo Digitalis
Der Wandel der Rechtssubjektivität in der Moderne
264 Seiten · ISBN 978-3-95832-240-0 · EUR 34,90

www.velbrueck-wissenschaft.de