# Zweiter Teil.
# Juridische Soziologien: Soziologische Adressierungen des Rechts in der entstehenden Soziologie

Die Historische Rechtsschule führt das epistemische Ding ‚Gesellschaft' in den privatrechtswissenschaftlichen Diskurs ein. Nun muss das Verhältnis zwischen Recht und Gesellschaft bestimmt werden – ein Problem, das seinen Ausdruck zunächst im Repräsentationsdispositiv, dann im gesellschaftsfunktionalen und schließlich im normativen Zweckdispositiv findet. Das Recht steht der Gesellschaft also zunächst repräsentierend, dann ordnend und schließlich wertend gegenüber. *Vice versa* ist damit das Recht für die Bestimmung der Gesellschaft maßgeblich, gerade weil es diese repräsentiert, ihre Ordnung sichert oder aber als ihre abgesonderte Wertsphäre erscheint. Und in der Tat erweisen sich die drei verschiedenen Arten der Verhältnisbestimmung von Recht und Gesellschaft als wirkungsvolle epistemische Schemata, die zur Genese der Soziologie als eigenständige Disziplin beitragen. Dies lässt sich deutlich an den Arbeiten von Émile Durkheim, Ferdinand Tönnies und Max Weber zeigen, die ihre Soziologien unter anderem jeweils aus der Auseinandersetzung mit den drei rechtlichen Dispositiven entwickeln. Man kann daher von ‚juridischen Soziologien' sprechen, gerade weil diese Auseinandersetzung eine jeweils theoriekonstitutive Funktion erfüllt. Genau diese Funktion wird im Folgenden rekonstruiert.

Zugleich aber werden innerhalb der soziologischen Aktualisierungen der Verhältnisbestimmung von Recht und Gesellschaft von den drei Autoren Abzweigungen gewählt, die das Recht in den Hintergrund treten lassen. In dieser Bewegung, die einerseits das Recht für die zu begründende Disziplin der Soziologie zentral setzt, jedoch zugleich der weiteren soziologischen Auseinandersetzung mit dem Recht die Notwendigkeit nimmt, ist der Ursprung der Probleme der Soziologie mit dem Recht zu suchen, wie sie eingangs erwähnt wurden.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## § 6. Émile Durkheim und das Repräsentationsdispositiv

Émile Durkheim will in seinen frühen Arbeiten die Soziologie als eine neue, eigenständige Disziplin im wissenschaftlichen Fächerkanon begründen (statt vieler Lukes 1973: 66ff.). Für dieses Vorhaben ist die Auseinandersetzung mit dem Recht zentral (vgl. Schluchter 2000b).[629] Daher findet sie sich v.a. in seinen frühen Schriften.[630] Dort beschäftigt er sich unter anderem mit den wissenschaftlichen Vorläufern der neuen Disziplin Soziologie, um ihr eine wissenschaftliche Fundierung zu geben – und findet jene zu einem guten Teil bei den Juristen.[631] Daneben folgt das besondere Interesse Durkheims am Recht nicht nur aus seiner Bestimmung als Gegen-

---

629 Diese Erkenntnis ist nicht neu, wobei die explizite Untersuchung der theoriekonstitutiven Funktion der Auseinandersetzung mit dem Recht bei Durkheim (vgl. etwa Gephart 1993a: 321ff.; Jones 1994b) nach wie vor eine Ausnahme darstellt. Allerdings lassen sich auch in diesen Arbeiten – wie im Übrigen in Webers Fall – eine Engführung auf die Rechtssoziologie erkennen.

630 Auch wenn Durkheim seine Vorlesung „*Physiologie*" respektive „*Physik der Sitten und des Rechts*" aus dem Jahr 1890/91 bis an sein Lebensende abhielt und er fortlaufend Rezensionen juristischer Arbeiten für die *L'Année sociologique* verfasst, tritt das Recht nach der Jahrhundertwende in seiner theoriekonstitutiven Funktion zugunsten der Religion in den Hintergrund. Das bedeutet aber nicht, dass Durkheim seine Überlegungen zum Recht nicht weitergeführt hätte (vgl. etwa die Beiträge in Lukes, Scull 1983). Auch sind hier konzeptionelle Änderungen – insbesondere infolge seiner religionssoziologischen Arbeiten – auszumachen, die Ansätze für die Überwindung der Schwächen der Indexthese bieten (vgl. insbesondere Cotterrell 1999). All das wird hier vernachlässigt, um die theorie- und disziplinen-konstitutive Funktion der Auseinandersetzung mit dem Recht in seinen frühen Schriften deutlich herauszuarbeiten.

631 Durkheims Strategie, die Soziologie als neue Wissenschaft im Kanon der Disziplinen zu etablieren, lässt sich sicherlich nicht nur über seine theoretischen Abhandlungen erklären, ohne eine Verbindung zur akademischen, intellektuellen, politischen und sozialen Geschichte zu ziehen (vgl. etwa Lepenies 2006: 49ff.). Eine entscheidende Rolle spielen auch institutionelle Aspekte wie die generelle Aufteilung (und Entgegensetzungen) der Fachgebiete an den Universitäten (vgl. Clark 1973; kritisch hierzu Chamboredon 2013: Rn. 10ff.), sowie die Etablierung einer außeruniversitären interdisziplinären eigenen Schule der Durkheimianer v.a. im Rahmen der von Durkheim begründeten Zeitschrift *L'Année sociologique* (vgl. Clark 1981). Da es hier jedoch nicht um die tatsächlichen Strategien in ihrer Fülle, sondern um den strategischen Rekurs auf das Recht im Rahmen der Begründung der Soziologie geht, wird sich auf Durkheims textuelle Adressierungen des Rechts konzentriert.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

stand einer – von der allgemeinen Soziologie zu unterscheidenden – „besonderen Soziologie“,[632] der im Rahmen einer gesonderten Sektion in der *L'Année sociologique* („Sociologie morale et juridique“) zahlreiche, zum Teil von ihm verfasste Rezensionen gewidmet sind.[633] Das Recht als eine unzweifelhaft moralische Tatsache wird für Durkheim vielmehr zum zentralen Gegenstand einer Soziologie, die im Hinblick auf die krisenhaften Entwicklungen und Tendenzen der arbeitsteiligen Gesellschaft als eine positive, empirische „Wissenschaft der Moral“ zu entwerfen ist (vgl. Müller 1983). Eine solche Adressierung des Rechts hat Auswirkungen auf die Frage, was man im Recht erkennen kann, zeitigt aber ebenso Folgen auf methodologischer Ebene, wenn es nämlich darum geht, die Regeln der Methode einer soziologischen Moralwissenschaft zu entwickeln.

Um das Recht im Rahmen der Begründung der neuen wissenschaftlichen Disziplin der Soziologie auf diese Art und Weise adressieren zu können, rekurriert Durkheim in spezifischer Art und Weise auf das Repräsentationsdispositiv. Denn auch wenn er dieses epistemische Schema im Rahmen seiner soziologischen Adressierung des Rechts auf charakteristische Weise umdeutet, sind es doch gerade die Rechtsentstehungslehre sowie der Repräsentationsgedanke, denen er letztlich eine disziplinen-konstitutive Funktion zuschreibt.

## *I. Die juristischen Vorläufer der Soziologie und die Gewohnheitsrechtslehre*

Durkheims Suche nach den juristischen Vorläufern der Soziologie führt ihn insbesondere zu Jhering und Montesquieu. In ihren Rechtsphilosophien bzw. -theorien macht Durkheim in der Frühphase seines Schaffens spezifische Umstellungen in der Analyse des Rechts aus, die er zu den Bedingungen der Etablierung einer genuin soziologischen Perspektive als Voraussetzung einer eigenständigen Disziplin zählt. Dabei setzt er sich durchaus kritisch mit diesen Autoren auseinander, während er den spezifisch soziologischen Gehalt ihrer Ansätze herausarbeitet. Diese Kritik offenbart zugleich seine spezifische Problematisierungsweise des Rechts, indem er nämlich die Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule aufgreift.

---

632 Zu den verschiedenen Formen der Klassifikation der Soziologie in allgemeine und besondere Soziologie(n) bei Durkheim vgl. die Anmerkungen bei Chamboredon 2013: Rn. 30ff.

633 Siehe die entsprechenden Beiträge in der dreibändigen Sammlung der Texte Durkheims von Victor Karady (Durkheim, Karady 1975a-c).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 1. Jhering und die positiven Moralwissenschaften in Deutschland

In seinen frühen Publikationen aus den 1880er Jahren bekundet Durkheim ein großes Interesse an den philosophischen und sozialwissenschaftlichen Arbeiten in Deutschland.[634] Dieses zeigt sich insbesondere in seinen akademischen Reiseberichten, die er nach einem mehrmonatigen Studienaufenthalt an deutschen Universitäten im Jahr 1887 veröffentlicht (Durkheim 1995a, b [1887]).[635] Darin drückt er seine Wertschätzung der spezifischen deutschen Art der Moralwissenschaften jenseits von Spiritualismus, Kantianismus und Utilitarismus aus. Sie entsprang nach Durkheim dem „Protest gegen die Verwendung der Deduktion in den moralischen Wissenschaften und [ist] ein Versuch, in ihr endlich eine wahrhaft induktive Methode heimisch zu machen" (Durkheim 1995b [1887]: 165). Denn „[a]lle Moralphilosophen, von denen wir hier sprechen, sehen in den sozialen Phänomenen Fakten *sui generis*, die man mit einer besonderen Methode gesondert untersuchen muss" (ebd.: 107 FN 19). So gesehen erkennt Durkheim in der deutschen Moralwissenschaft den Wegbereiter der Soziologie.[636]

Das Besondere liege in den rechtstheoretischen Umstellungen. Die Leistung der deutschen Moralwissenschaft bestehe nämlich insbesondere darin, die Prämisse eines auf das Subjekt begründeten unwandelbaren Naturrechts zu Fall gebracht zu haben: „Die neuen Moraltheoretiker, wie auch die neuen Volkswirtschaftler weisen darauf hin, daß jener sich stets und überall gleich bleibende Mensch an sich eine reine Abstraktion ist und niemals real existiert hat." (Durkheim 1995a [1887]: 58) Damit aber erscheine die Moral nicht mehr als etwas „Abstraktes, Inertes und Totes, das von einer überpersönlichen Vernunft betrachtet wird" (ebd.). Sie zeige sich

634 Vgl. etwa Durkheim 1885c; 1885b; 1886; 1888; 1889; 1991a [1889]. Im Vergleich zu Frankreich seien in Deutschland größere intellektuelle Anstrengungen zu erkennen, die Soziologie zu etablieren: „C'est ainsi que la sociologie, française d'origine, devint de plus en plus une science allemande." (Durkheim 1885b: 627).

635 Vgl. hierzu Lukes 1973: 87ff.; Filloux 1977: 24ff.; Gephart 1993a: 326ff.; Gipper, Schultheis 1995; zum ‚deutschen Einfluss' insbesondere Lepenies 2006: 80ff.; Jones 1994b; Feuerhahn 2014 sowie „Chapitre 3: Sources et modèles, l'influence allemande" in Durkheim, Karady 1975a.

636 Gerade diese Herleitung der Soziologie aus Ansätzen des ehemaligen Kriegsgegners und ideologischen Erzfeinds der französischen Dritten Republik kritisiert der Neo-Thomist Simon Deploige in seiner Polemik gegen diese neue Disziplin, woraufhin Durkheim den Einfluss deutscher Denker zu relativieren sucht (vgl. die Nachweise bei Feuerhahn 2014: 80; Lepenies 2006: 80ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vielmehr als ein positiver Faktor des kollektiven Lebens, als ein eigenständiger Gegenstandsbereich (vgl. Durkheim 1995b [1887]: 107), der jedoch stets im Wandel begriffen sei. Durkheim erkennt in dieser Veränderung eine „faktenorientiertere Wendung" (ebd.: 108), die die Moral dem „Kraftfeld der Metaphysik und der allgemeinen Philosophie" (ebd.: 107) entzieht und zum Gegenstand einer empirischen Disziplin – und damit der Sozialwissenschaft – werden lässt.

Auch wenn sie erst in den Kinderschuhen stecke, erweise sich die deutsche Moralwissenschaft in dieser spezifischen Prägung als anschlussfähig für die neue Disziplin der Soziologie. Denn die Moral sei damit nicht nur Gegenstand einer spezifischen Sozialwissenschaft, sondern stellt für Durkheim – wie er bereits ein Jahr später in der Eröffnung seiner Vorlesung „Einführung in die Sozialwissenschaft" an der Universität Bordeaux aus dem akademischen Jahr 1887/88 kundtut – denjenigen Bereich der Soziologie dar, „dem wir den Vorzug geben und mit dem wir uns zuerst befassen werden" (Durkheim 1991b [1888]: 48).[637] Das primäre Anliegen seiner Soziologie ist es, 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 (z.B. Durkheim 1996 [1893]: 76).[638] Das wollen auch die neuen Moraltheorien, wie er sie insbesondere in der deutschen Nationalökonomie und der Rechtswissenschaft vorfindet.

Über die Feststellung dieser Konvergenz wird die neue Disziplin Soziologie in das wissenschaftliche Feld eingebettet. Denn dank der Übereinstimmung mit diesen beiden Wissenschaften

> verliert die Soziologie […] schlagartig den Charakter der Improvisation, der ihr bisher angehaftet hatte und der manchmal Zweifel an ihrer Zukunft aufkommen ließ. Sie erscheint nicht mehr als ein Wunder, das eines schönen Tages aus dem Nichts entstand, sondern sie hat jetzt ihre historischen Vorläufer […]. (Durkheim 1991b [1888]: 43)

Ja, letztlich habe man sich sogar bei der Schaffung der Vorlesung „Einführung in die Sozialwissenschaft" gefragt, „ob ihr Platz nicht eher an der Ju-

637 Demgegenüber definiert Durkheim im Jahr 1887 die Soziologie noch nicht als Moralwissenschaft, wenn er schreibt: „Die Moral ist keine Folge oder eine Art Fortführung der Soziologie, sondern eine Sozialwissenschaft für sich und neben anderen." (Durkheim 1995b [1887]: 166).

638 Vgl. statt vieler Turner 1993; Karsenti 2013; Isambert 2013 jeweils m.w.N.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ristischen Fakultät sei" (ebd.: 50).[639] Die Entwicklung der Moralwissenschaften garantiert bei Durkheim also die Wissenschaftlichkeit der neuen Disziplin Soziologie, die sich über ihre Hinwendung zur Moral in die Entwicklung der Wissenschaften selbst einzuschreiben vermag (vgl. ebd.).

Der beschriebene Transformationsprozess in den Moralwissenschaften ging nach Durkheim einerseits von den Wirtschaftswissenschaftlern, namentlich von Kathedersozialisten wie Schmoller und Wagner, aus;[640] andererseits von den juristischen Entwürfen einer neuen Rechtsphilosophie jenseits des Naturrechtsdenkens, wie sie insbesondere Jhering[641] vorgelegt habe (vgl. Durkheim 1995b [1887]: 86; 1995a [1887]: 53f.; 1991b [1888]: 43).[642] Jherings *Zweck im Recht* stehe dabei paradigmatisch für ein solches Denken des Rechts, das einerseits Recht und Moral in einer einheitlichen Normenordnung miteinander verbindet und andererseits dadurch das em-

639 Nicht ohne Stolz berichtet Durkheim in seiner *Einführung in die Soziologie der Familie* davon, dass dieser Kurs wiederholt von der Rechtsfakultät beansprucht wurde (vgl. Durkheim 1991c: 74).

640 Durkheim ging von der Kritik an der naturrechtlich inspirierten Idee der Trennung von Moral und Ökonomie in der theoretischen ‚Manchesterschule' aus. Eine Sonderstellung bei den Wirtschaftswissenschaftlern gebühre Albert Schäffle, dessen *Bau und Leben des sozialen Körpers. Erster Band* Durkheim bereits in seiner ersten Veröffentlichung bespricht (Durkheim 1885c). Im Gegensatz zu den Kathedersozialisten habe jener nämlich den „schweren Irrtum" vermieden, die Gesellschaft als vom Gesetzgeber leitbar anzusehen. Gegen diese konventionelle Rechtsauffassung habe Schäffle zurecht gekämpft (Durkheim 1995b [1887]: 102f.) Mit dieser Interpretation verteidigt Durkheim Schäffle gegen die in Frankreich dominierende Gruppe der „orthodoxen", d.h. der freihändlerischen Ökonomen, die dessen Soziologie als Sozialismus verwerfen (Durkheim 1995b [1887]: 87; 1885a: 447; s.a. 1888; Feuerhahn 2014: 80f.; zu Durkheims ambivalentem Verhältnis zum Sozialismus vgl. Durkheim 1993; Filloux 1977; zu seinem Verhältnis zum französischen Solidarismus s. Gülich 1991).

641 Durkheims Interesse gerade für Jherings Arbeiten mag sich auch daraus erklären, dass in den 1880er Jahren begonnen wurde, Jherings Schriften ins Französische zu übersetzen (etwa *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement* 1880; *Etudes complementaires de l'esprit du droit romain*, 1880–1903).

642 Der von Durkheim so hoch geschätzte Wilhelm Wundt wiederum brachte mit seiner *Ethik* diese Entwicklung auf den Punkt, habe er es doch vermocht, „all diesen Versuchen, die bis dahin ein wenig unentschlossen und über sich selbst und ihr Ziel nicht recht im klaren waren, Gestalt zu verleihen" (Durkheim 1995b [1887]: 85). In Rechtswissenschaft, Ökonomie und Ethik findet sich Durkheim mit einer Art Paradigmenwechsel vom Individuum zur Gesellschaft konfrontiert, der von der Kritik des Naturrechtsdenkens ausgeht und auf die Entstehung seiner Idee einer unabhängigen Soziologie als neu zu schaffende Wissenschaft von der Gesellschaft maßgeblichen Einfluss hatte (vgl. Gipper, Schultheis 1995: 12).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

pirische Studium der Sitten als Ausgangspunkt nehmen kann (vgl. Durkheim 1995b [1887]: 120).[643] Dabei stimmt Durkheim den Jhering'schen Thesen in vielen Punkten explizit zu: Auch er versteht das Recht als eine Art der sozialen Normen, deren Spezifik gegenüber anderen Normen über die beiden Elemente „äußerlicher Zwang" und „Körperschaft" (Gericht, bei Jhering Staat) zu bestimmen sei (vgl. Durkheim 1996 [1893/1902]: 144ff.).[644] Insofern ist Recht nach Durkheim ebenfalls ein Machtbegriff, da es aus Interessenkonflikten hervorgehe und diese regele (Durkheim 1995b [1887]: 116). V.a. aber stimmt er Jherings These zu, dass das Recht – ebenso die Moral, insofern Rechtsvorschriften doch letztlich nur besondere Kristallisationsformen bestimmter moralischer Regeln seien (vgl. 1991b [1888]: 45f., 51) – einen bestimmten Zweck habe: die Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft.[645] Das sei seine „Sozialfunktion" (1995b [1887]: 104). Recht lasse sich weder von einem apriorischen Subjekt noch von Spekulationen der Vernunft ableiten, sondern sei ein Mittel zum Zweck (ebd.: 117). Dieser Zweck bestehe darin, die soziale Ordnung zu garantieren (ebd.: 118). Wenn man daher das – unzweifelhaft soziologische – Phänomen des Rechts erfassen wolle, muss man Durkheim (wie Jhering) zufolge seinen Zweck, und d.h. seine gesellschaftliche Funktion, zu erfassen suchen (vgl. ebd.: 110). Daher bildet auch für Durkheim der Nutzen den stets relativen Maßstab des Rechts: „Eine Rechtsbestimmung zu beweisen, bedeutet nicht, nachzuweisen, daß sie wahr ist, sondern daß sie etwas nützt, daß sie dem Zweck, den sie erfüllen soll, angemessen ist." (Ebd.)

643 Während Durkheim in diesem Aufsatz die empirischen Arbeiten zur Rechtsvergleichung von Albert Hermann Post dahingehend kritisiert, dass er letztlich nur Details sammele, aber nichts erkläre (Durkheim 1995b [1887]: 161ff.), schreibt er ihm ein Jahr später eine gleichbedeutende Rolle wie Jhering in der Entwicklung der Rechtswissenschaft zu (Durkheim 1991b [1888]: 43).

644 Da der äußerliche Zwang allen moralischen Normen eigne, betont Durkheim die Organisiertheit als Differenzierungskriterium, um das Recht von anderen sozialen Normen unterscheiden zu können (vgl. Durkheim 1900).

645 Mit dieser Annahme nähert sich Durkheim später auch Jherings Ansatz der Subjektivierung der Gesellschaft an. Obwohl Durkheim zwar von der Gesellschaft nicht als „Zwecksubjekt", sondern in Anlehnung an Wundt als „Zweckobjekt" der moralischen Regeln spricht (Durkheim 1976a [1906]: 102), fasst er sie wie Jhering als „kollektives Subjekt" oder „moralische Person", die als eigenständiges Subjekt jenseits der individuellen Subjekte zu verstehen ist. Schon zuvor zog er nämlich den „logische[n] Schluß: Wenn die Gesellschaft das Ziel der Moral ist, so ist sie auch ihre Schöpferin." (Durkheim 2011 [1925 posthum]: 134).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Trotz dieser Zustimmung steht Durkheim Jhering nicht kritiklos gegenüber. Seine Einwände richten sich insbesondere gegen die Idee des Rechtswandels, die Jhering aus der Fundierung des Rechts im Zweck entwickelt.[646] Indem Jhering den Motor der Rechtsentwicklung im alltäglichen Kampf um die Behauptung des Rechts sieht, bestimmt er den Zweck als Telos, d.h. als praktisches Motiv der Rechtssätze, als bewegende Kraft im Recht. Dies führt in der Folge nicht nur zur Aufwertung der Gesetzgebung, die den Rechtssätzen ein solches Telos zugrunde legt, sondern mündet konsequenterweise in die Trennung einer am mechanischen Kausalgesetz orientierten Naturwissenschaft und einer am Zweckgesetz orientierten Wissenschaft des Rechts. Soziale Phänomene wie das Recht (und überhaupt die sozialen Normen) gehorchen nicht den Naturgesetzen und sind daher auch der menschlichen, willentlichen Intervention, der Zwecksetzung, zugänglich (s.o. § 3.I).

Durkheim wendet sich gegen die Annahme einer solchen Verfügbarkeit des Rechts.[647] Er setzt mit seiner Kritik dabei an Jherings Rechtsentstehungs- und -entwicklungslehre an (Durkheim 1995b [1887]: 154) – und genau dies rückt ihn in die Nähe der Historischen Rechtsschule.[648] Denn auch Durkheim sieht die Quelle des Rechts in der Gewohnheit: Mit den „Sitten" entstehe „jener Urkern, aus dem dann später das Recht und die Moral hervorgehen. Recht und Moral nämlich sind nichts anderes als Kollektivgewohnheiten, das heißt konstante Handlungsmuster, die einer ganzen Gesellschaft gemeinsam sind." (Ebd.: 95) Wenn also alles Recht aus dem – später explizit benannten – „Gewohnheitsrecht" komme (Durkheim 1996 [1893/1902]: 124), so liege die zwingende Kraft nicht nur in der „Autorität des Brauches", sondern ebenso in dem „mehr oder weniger deutliche[n] Gefühl, daß der öffentliche Nutzen sie erfordert" (Durkheim

---

646 Anders jedoch Werner Gephart, demzufolge Durkheim an Jhering v.a. die handlungstheoretische Fundierung der Sozialwissenschaft kritisiere (vgl. Gephart 1993a: 326ff.).

647 Dafür hatte er schon die ansonsten von ihm geschätzten Kathedersozialisten kritisiert (vgl. Durkheim 1995b [1887]: 102ff.).

648 Durkheim rechnet im Übrigen auch Jhering (sowie Post) der Historischen Rechtsschule zu, wobei er das Spezifikum dieser Schule – wie die französischen Juristen in ihrer Rezeption der Historischen Rechtsschule (vgl. Bürge 1991: 150ff.) – in der Historisierung des Rechts sieht (vgl. Durkheim 1995b [1887]: 155). Aus der dadurch bedingten Relativierung wird ihm zufolge die Verfügbarkeit des Rechts hergeleitet. Er erkennt nicht, dass die Historische Rechtsschule mit ihrer Lehre im Rahmen des Kodifikationsstreits gerade gegen eine solche Verfügbarkeit anschrieb. Zu Durkheims Verhältnis zur Historischen Rechtsschule siehe auch Jones 1999: 194ff.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1995b [1887]: 95). Dieses Gefühl wiederum entspringe der kollektiven Ebene (ebd.; s.a. 1996 [1893/1902]: 126), d.h. der Gesellschaft, so wie Moral und Recht „Funktionen des gesellschaftlichen Organismus" seien (Durkheim 1995b [1887]: 104).[649]

Ein Rechtswandel erfolgt nach Durkheim angesichts dieser Rechtsentstehungslehre also weder über einen willentlichen Akt oder eine Zwecksetzung noch über generalisierte Nützlichkeitserwägungen, sondern über den Wandel der kollektiven Sphäre des Brauchs bzw. des kollektiven Gefühls, also aufgrund dessen, was Durkheim später „Kollektivbewusstsein" nennen wird. Der Wandel des Rechts folgt dem Wandel der Gesellschaft. Wenn demnach Moral und Recht historische Produkte sind, können sie nicht individuell bzw. willkürlich verändert werden (vgl. ebd.: 174f.). Daher nimmt der Gesetzgeber bei Durkheim eine ähnlich untergeordnete Rolle ein wie sie Savigny in seiner Volksgeistlehre bestimmt hatte: „Der Gesetzgeber erfindet die Gesetze nicht, sondern kann sie lediglich feststellen und klar formulieren." (Ebd.: 104f.) Oder, wie Durkheim ein Jahr später schreibt: „Das Recht arbeitet sich aus dem Innern der Gesellschaft selbst hervor, und der Gesetzgeber bestätigt nur ein Werk, das sich ohne ihn vollzogen hat." (Durkheim 1991b [1888]: 50f.) Gesetze (Recht) seien das „gemeinsame Werk der Gesellschaft" (Durkheim 1995b [1887]: 105), und daher nicht der sozialpolitischen oder sonstigen Intervention anhand von „sozialen Zwecke[n]" zugänglich (ebd.: 106). Sie ließen sich insbesondere deshalb nicht willkürlich gestalten, als Moral (und damit Recht) selbst ein „natürlicher Tatbestand" sei: „Die moralischen Gesetze und das Reich des Sozialen unterscheiden sich von den anderen Bereichen der Natur nur durch Nuancen und Gradunterschiede." (Ebd.: 101f.) Dann könnten aber trotz ihrer (historischen) Flexibilität Veränderungen „nur aus einem Zusammenwirken von Naturgesetzen hervorgehen" (ebd.: 102).

Wenn aber moralische und rechtliche Phänomene dem Wandel des Zusammenwirkens der Naturgesetze unterliegen, dann ergebe erstens Jherings Aussonderung der ‚gesellschaftswissenschaftlichen' Analyse des Rechts aus dem Bereich der kausalgesetzlich verfahrenden Naturwissenschaft über das Zweckgesetz keinen Sinn. Zweitens müsse der soziale Zweck induktiv aus der Beobachtung abgeleitet werden, weshalb er gerade nicht als vorgegebenes Telos einer sozialpolitischen Intervention fungieren

649 So schreibt Durkheim über die Moral: „Sie ist eine Sozialfunktion oder vielmehr ein System von Funktionen, das sich allmählich unter dem Druck der kollektiven Bedürfnisse herausgebildet und gefestigt hat." (Durkheim 1995b [1887]: 104).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

könne.[650] Wenn also Durkheim Jherings Zweckdenken zustimmt, dann nur unter der Prämisse, dass man unter dem „sozialen Zweck" die gesellschaftliche Funktion des Rechts und keinerlei inhaltlich bestimmtes Telos oder Nutzen wie Sittlichkeit oder Nützlichkeit versteht (s.a. Durkheim 1996 [1893/1902]: 95).[651] Dann wird das Recht und – über Jherings Einbettung in das Kontinuum der sozialen Normen auch – die Moral einer streng empirisch-induktiv verfahrenden Wissenschaft zugänglich. Die Moral wird zum Gegenstand der Sozialwissenschaft, der mit einer eigenen Methode, nämlich „Beobachtung und das indirekte Experimentieren, mit anderen Worten die vergleichende Methode" (Durkheim 1991b [1888]: 44), untersucht werden könne (vgl. Durkheim 1995b [1887]: 165f.). Das setzt aber in Durkheims Argumentation voraus, dass man der Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule folgt, da nur sie die Unverfügbarkeit der Moral und des Rechts sichert.

### 2. *Montesquieus Beitrag zur Gründung der Soziologie*

Wie sehr Durkheim dem epistemischen Schema der Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule verhaftet ist, zeigt nicht nur seine Auseinandersetzung mit Jhering, sondern auch seine durchaus kritische Würdigung von Montesquieus bedeutendem *Beitrag zur Gründung der Soziologie* (Durkheim 1991d [1892]).[652] Dieser habe mit seinem Werk *De l'Esprit des*

650 Durkheim sieht diesen Irrtum auch bei den nationalökonomischen Kathedersozialisten (vgl. ebd.: 103ff.).

651 Mit Blick auf Jhering müsse man also den Nutzen als Funktion und nicht im Sinne einer utilitaristisch zu verstehenden Nützlichkeit verstehen. Zudem wendet Durkheim gegen Jhering ein, dass das Kriterium der Nützlichkeit nicht unbedingt eine bewusste, bestimmende Ursache sei (Durkheim 1995b [1887]: 111). Zeitlicher Bestand und Verbreitung der Phänomene seien jedoch Indizien für eine solche Nützlichkeit: „Zweifellos gibt es Phänomene, die zu gar nichts dienen und die an nichts angepaßt sind; aber wenn sie fortdauern und vor allem wenn sie sich allgemein verbreiten, kann man einigermaßen sicher sein, daß sie nützlich sind, bzw. nützlich geworden sind. Zumindest kommt dieser Hypothese die größte Wahrscheinlichkeit zu, und daher muß sie auch vorrangig erprobt werden." (ebd.: 112).

652 Denn selbst wenn man anerkennt, daß es „immer ein Fehler [war], die Geburtsstunde einer Wissenschaft diesem oder jenem Denker zuzuschreiben […], dennoch bleibt Montesquieu derjenige, der die fundamentalen Prinzipien der Sozialwissenschaft zuerst dargelegt hat" (Durkheim 1991d [1892]: 126). Zu Durkheims lateinischer These über Montesquieu vgl. die Beträge von Peyre und Davy in Durkheim 1960 sowie insbesondere Jones 1994a.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

*Lois* den „Grundstein" für die neue Wissenschaft der Soziologie gelegt (ebd.: 87). Denn er „entdeckte die beiden fundamentalen Ideen, die zur Errichtung der Sozialwissenschaften notwendig waren: Die Idee des ‚Typs' und die Idee des ‚Gesetzes'" (ebd.: 126).

Montesquieu könne die Gesellschaften typisieren, da er jene Tatsache erkannt habe, die zu den notwendigen Voraussetzungen zur Gründung der Soziologie zu zählen sei: dass es sich bei der Sphäre der Gesellschaft um einen abgegrenzten Forschungsbereich handele (vgl. ebd.: 88).[653] Die Gesetze, die Montesquieu in den Blick nehme, d.h. Völkerrecht, Privatrecht, Öffentliches Recht sowie alle wichtigen sozialen Erscheinungen, leiteten sich nämlich keineswegs wie im Naturrecht aus der Natur des Menschen ab (vgl. ebd.: 97f.), sondern eben aus der Natur der Gesellschaft als eigenständiges Phänomen. Insofern erkläre Montesquieu richtigerweise, dass „der gesamte Kontext der Gesetze, wie sie bei den verschiedensten Völkern gelten und galten, ‚natürlich' seien: dies aber leitet er nicht aus der Natur des menschlichen, sondern aus der Natur des sozialen Organismus her" (ebd.: 100). Die Gesetze (*lois*) unterliegen als soziale Erscheinungen einer festen Ordnung und eignen sich für eine rationale Interpretation (ebd.: 110).[654] Dabei deduziere Montesquieu seine drei Typen von Staatsformen (Republik, Monarchie und Despotie) nicht aus *a priori* gegebenen Prinzipien, sondern gewinne sie anhand des Vergleichs der Gesellschaften, d.h. auf empirischer Grundlage (vgl. ebd.: 103).[655] Die Induktion in den Sozialwissenschaften trete bei Montesquieu zum ersten Mal in Erscheinung[656] – auch wenn er sie noch mit der deduktiven Methode vermische (vgl. ebd.: 121), und trotz der Tatsache, dass er das historische Moment ver-

653 Denn nur dann lässt sich nach Durkheim von einer eigenständigen wissenschaftlichen Disziplin sprechen, deren eigentliche Funktion ja in der Beschreibung und Interpretation einer solchen Realität liege, um „ein möglichst getreues Abbild" zu erstellen (Durkheim 1991d [1892]: 89).

654 Da es sich um einen „sozialen Organismus" handele, sei damit die zweite Voraussetzung zur Gründung der Soziologie erfüllt: Der Gegenstand ist typisierbar (vgl. ebd.: 92f.), so wie der Organismus in den Naturwissenschaften typisierbar ist (vgl. ebd.: 128).

655 Auch wenn Montesquieu die Klassifizierung an der Herrschaftsform festmacht, handelt es sich nach Durkheim dabei nur um eine begriffliche Ungenauigkeit. Denn tatsächlich leite er sie über den Vergleich der strukturellen Grundlagen (Zahl, Gliederung und Zusammenhang der Teile) sowie sämtlichen sozialen Phänomenen des Lebens (z.B. Religionen, Sitten, Familien etc.) her (vgl. ebd.: 103ff.).

656 Montesquieu folge aber auch einer zweiten wichtigen methodischen Regel, indem er die Phänomene nicht isoliere, sondern – dem Organismusgedanken folgend – in einem Zusammenhang analysiere (vgl. ebd.: 123).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nachlässige (die Entwicklungsstufen der Gesellschaft) und daher eine statische Typik entwerfe (vgl. ebd.: 125).

Dass die Gesetze einer festen Ordnung folgen, beruht nach Durkheim auf ihrer Genese: Sie haben „ihre Wurzeln in den Gewohnheiten, d.h. im Leben selbst", und entwickelten „sich in einem langsamen, unmerklichen Prozeß, ohne Eingriff des Gesetzgebers" (ebd.: 94). Genau das aber habe Montesquieu mit seiner Betonung der herausragenden Rolle des Gesetzgebers verkannt. Dabei liege das Grundproblem nicht nur für Montesquieu, sondern für viele soziologische Ansätze in der Trennung von Brauch und Gesetz. Nach Montesquieu gelte: „Bräuche entwickeln sich von selbst aus dem sozialen Geschehen: Gesetze aber können ohne den Willen eines Gesetzgebers nicht zustande kommen." (Ebd.: 113) Die Natur der Gesellschaft sei für Montesquieu zwar Ursache der Gesetze, aber nur „zielgerichtete" Ursache (ebd.: 114), d.h. Telos. Der Gesetzgeber verfolge soziale Zwecke und setze als Mittel hierfür die Gesetze ein.

Für Durkheim können soziale Phänomene jedoch nicht das Ergebnis einer planmäßigen Handlung sein. Folglich sind Gesetze auch keine Einfälle des Gesetzgebers, sondern folgen „mit der gleichen Notwendigkeit aus jenen wirkenden Ursachen" wie Bräuche:[657] „Leugnet man das, so muß man annehmen, daß die meisten sozialen Erscheinungen, besonders die bedeutungsvolleren, völlig ohne Ursache zustande kommen." (Ebd.: 114f.) Auch wenn Gesetze eine nützliche Funktion in der Gesellschaft haben, sind sie „nicht wegen dieser Nützlichkeit geschaffen worden, denn diese wird in der Regel weder erkannt, noch vorausgesehen" (ebd.: 115).

Das ist erneut – nun etwas abgewandelt – als Kritik an Jhering zu verstehen: Weder schaffe der Zweck das Recht noch könne man über den Zweck zu den kausal wirkenden Ursachen der Gesetze vordringen. Denn „[w]enn wir also untersuchen, inwiefern ein Gesetz nützlich ist, erfahren wir nichts über seinen Ursprung" (ebd.). Das gilt aber nicht nur für das Recht, sondern generell für die Soziologie: Über die Untersuchung der „zielgerichteten Ursachen", d.h. das Telos oder den Nutzen der sozialen Erscheinungen, bleiben die Ursprünge verborgen: „Dies würde bei der Soziologie passieren, wenn wir der Methode Montesquieus folgen würden." (Ebd.)

657 Gesetze sind also letztlich für Durkheim „nichts anderes als einfach schärfer bestimmte Bräuche" (ebd.: 115).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der Rechtsentstehungslehre in Form der Gewohnheitsrechtslehre zu folgen (vgl. Jones 1994a: 26, 32)[658], erscheint für Durkheim also geradezu essentiell – und zwar nicht nur im Rahmen einer soziologischen Analyse des Rechts, sondern ebenso für die Begründung der Eigenständigkeit der Soziologie. Denn würde man die Gesetzgebung auf den Willen eines Souveräns zurückführen, der nach Belieben Gesetze schaffen, verändern oder aufheben könnte, dann müsste man die Ursachen für Gesetze, Institutionen und Sitten letztlich in zufälligen Ereignissen suchen, die den Gesetzgeber zu dieser oder jener Handlung veranlassen. Das ist für Durkheim nicht hinnehmbar. Denn „diese Ansicht akzeptieren heißt, die Existenz irgendeiner festen Ordnung in der menschlichen Gesellschaft leugnen" (Durkheim 1991d [1892]: 94). V.a. aber gelte: „Nichts hat die Entwicklung der Soziologie so behindert wie dieser Standpunkt […]. Denn die anderen Hindernisse, von denen wir sprachen oder im folgenden sprechen werden, konnten nicht eher beseitigt werden, ehe diese Ansicht nicht ihre Bedeutung verloren hatte." (Ebd.: 94f.)

Für Durkheim wird die Anerkennung der Gewohnheitsrechtslehre also zur notwendigen Voraussetzung der Gründung der Soziologie. Andernfalls billige man zu, dass in Gesellschaften alles zufällig sei. Dann wäre aber eine Typenbildung nicht möglich. Wenn es wirklich Soziologie geben solle, müsse man der Gesellschaft eine gewisse „Eigennatur" zugestehen, d.h. sie müsse zu den Gegenständen gehören, „deren Natur in sich stabil ist und auch entgegen dem menschlichen Willen, konstant bleibt" (ebd.: 95). Das wirkt sich auf den Gesetzesbegriff aus. Denn dann müsse man anerkennen, dass „alle Regeln sowohl des Rechts als auch der Sitte und die das individuelle Dasein betreffenden, sich aus der gesellschaftlichen Existenz ergeben" (ebd.: 102). Recht, Ethik und Moral sind für Durkheim gesellschaftliche Phänomene, die in der Gesellschaft ihren Ursprung haben – und nicht *vice versa*, wie er in seiner Kritik der Idee des Rousseau'schen Gesellschaftsvertrags ausführt (vgl. Jones 1996: 331ff. m.N.).[659] Das anzuer-

658 Dass bedeutet aber nicht, dass keine Differenzen zur Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule auszumachen wären, s.u. § 6.IV.1.2.

659 Ohne die Existenz vorausgehender Normen, die die Einhaltung von Verträgen sichern, führe ein Vertrag nirgendwohin. Diese sozialen Normen – man kann sie auch die „außervertraglichen Voraussetzungen des Vertrages" (Röhl 1978) nennen – können nur aus der überindividuellen Sphäre stammen. Die Kontrakttheorie setze daher das voraus, was sie begründen wolle (die Gesellschaft). Trotz dieser Polemik stellt Durkheim später in einem posthum veröffentlichten überarbeiteten Vorlesungsmanuskript aus dem Jahr 1901/1902 fest, dass Rousseau



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

kennen, sei die Voraussetzung der Begründung der Soziologie als eigenständige Disziplin.

### 3. Die Anerkennung der Gewohnheitsrechtslehre als Voraussetzung der Soziologie

Obwohl Durkheim in den Bestimmungen der Wegbereiter der Soziologie schwankt (vgl. Lukes 1973: 277f.) und nur ein geringer Teil seiner Studien über den Ursprung der Soziologie erhalten sind,[660] zeigt seine Auseinandersetzung mit den juristischen Vorläufern, dass er die Anerkennung der Gewohnheitsrechtslehre für notwendig hält, um die Soziologie als eine streng wissenschaftliche Disziplin begründen zu können. Einerseits garantiert der Rekurs auf die Rechtswissenschaft einen Anschluss der Soziologie ans wissenschaftliche Feld: Sie baut auf der Entwicklung der Moralwissenschaften auf, und zählt damit selbst als Wissenschaft. Andererseits gilt: Nur wenn gewährleistet ist, dass das Recht der Gesellschaft entspringt, dass es kondensierte respektive konsolidierte Gewohnheit ist, ist garantiert, dass es gegenüber dem menschlichen Willen und damit dem Zufall konstant bleibt. Erst dann zeigt sich die normative Struktur der Gesellschaft – der eigentliche Bereich der Soziologie als einer „Wissenschaft der Moral" – als ein Gegenstand, der der wissenschaftlichen Analyse zugänglich ist. Denn auch wenn sich diese normative Struktur der Gesellschaft als historisch flexibel erweist, folgt sie doch den Gesetzen der Entwicklung der Gesellschaften – und damit den Gesetzen eines Gegenstandes, den man mit wissen-

---

den Eigenwert der Gesellschaft erkannt habe, d.h. dass die gesellschaftliche Ordnung „un ordre de faits hétérogènes par rapport aux faits purement individuels" (Durkheim 1966 [1918 posthum]: 136) sei: „Pour lui, la société n'est rien si elle n'est pas un corps un et défini, distinct de ses parties." (Ebd.: 137) Weil er dabei das Problem des Zusammenhangs von Individuum und Gesellschaft insbesondere über die moralische Kraft der *volonté générale* zu lösen suche, sei er als Vorläufer der Soziologie anzusehen (zu Durkheims Wandel im Rekurs auf Rousseau vgl. Jones 1996).

660 Von seiner letzten Vorlesung an der Universität Bordeaux über die „Histoire des doctrines sociologiques" (1901/02) ist nur der später überarbeitete Teil über Rousseau erhalten geblieben (Durkheim 1966 [posthum]). Zudem unterblieb die von Mauss angekündigte Veröffentlichung der Studien über den Ursprung der Soziologie bei Hobbes, Rousseau, Condorcet, Saint-Simon, Comte und Spencer (Mauss 1925: 15). Die entsprechenden Manuskripte existieren ebenfalls nicht mehr. Lediglich zu Saint-Simon wurde posthum eine Studie veröffentlicht (Durkheim 1925).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schaftlichen Methoden der positiven Wissenschaften (Beobachtung und Experiment) untersuchen kann. Anders formuliert: Gerade weil Durkheim ein sehr enges Wissenschaftsverständnis vertritt, das letztlich nur den Verfahren einen wissenschaftlichen Charakter zuspricht, die sich an denjenigen der Naturwissenschaften orientieren, muss er der normativen Struktur der Gesellschaft Eigenschaften zusprechen, die es der Beobachtung und dem Experiment (respektive dem Vergleich) zugänglich machen. Genau dies gewährleistet in seinen Augen die Gewohnheitsrechtslehre.

### *II. Recht als Repräsentation: Arbeitsteilung, Recht und soziale Solidarität*

Bereits im Reisebericht über die positiven Moralwissenschaften in Deutschland formuliert Durkheim das zentrale Problem, das ihn in der *Arbeitsteilung* beschäftigen wird: das „scheinbar[] widersprüchliche[] Phänomen" der Zunahme der individuellen Freiheit bei gleichzeitiger Zunahme der sozialen Verpflichtungen (Durkheim 1995b [1887]: 115). Denn obwohl das Individuum zusehends autonomer werde, hänge es immer mehr von der Gesellschaft ab (Durkheim 1996 [1893/1902]: 82). Im Grunde geht es um die Ordnungsfrage, d.h. wie gerade angesichts einer fortschreitenden Individualisierung soziale Ordnung möglich bzw. erklärbar ist.[661] Die „Auflösung dieser scheinbaren Antinomie" liegt dabei für Durkheim in der Arbeitsteilung begründet, da diese selbst zu einer Veränderung der sozialen Solidarität führe (ebd.). Denn Arbeitsteilung erzeuge soziale Beziehungen durch Abhängigkeiten nach dem Muster, dass „Schuster ohne Schneider nicht leben können" (Luhmann 1996: 25).

Arbeitsteilung und soziale Solidarität werden dergestalt miteinander korreliert, dass die Moral der Gesellschaft ins Zentrum der Untersuchung rückt. Die Funktion der Arbeitsteilung besteht nach Durkheim in der Herstellung von sozialen Beziehungen. Sie erzeuge eine soziale Solidarität als das „soziale Band" (Durkheim 1996 [1893/1902]: 111), das die Gesellschaft zusammenhält bzw. ihre Auflösung verhindert. Dieses Band ist bei Durkheim wiederum ein genuin moralisches Phänomen: „Moralisch ist, könnte man sagen, alles, was Quelle der Solidarität ist" (ebd.: 468). Moral sei also

661 Nach Luhmann beruht Durkheims Fokussierung in der Ordnungsfrage auf die Moral – mit all ihren Inkongruenzen und Widersprüchlichkeiten – auf dem Umstand, dass er die beiden möglichen Bestandteile dieser Frage (Wie ist angesichts der Freiheit des Einzelnen soziale Ordnung möglich? Und wie ist das Verhältnis der Person zur immer schon konstituierten Sozialordnung?) nicht hinreichend voneinander trennt (vgl. Luhmann 1996: 28).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

letztlich immer auf die Gesellschaft gerichtet und habe keine individuellen Zwecke (vgl. ebd.: 469).[662] Gesellschaft wiederum werde durch Moral zusammengehalten. Denn es seien moralische Tatbestände, definiert als „sanktionsbewehrte Verhaltensregeln" (Durkheim 1999 [posthum]: 9), die den ‚sozialen Körper' der Gesellschaft integrieren und seine Einheit sichern (vgl. Durkheim 1996 [1893/1902]: 109).[663] Anders formuliert: Nur über gemeinsame Normen und Werte ist für Durkheim soziale Integration der Individuen und damit Gesellschaft möglich und erklärbar. Allerdings sei zu beachten: Die Gesellschaft folge nicht aus der Moral oder sei ihr *aliud*, sondern „[s]ie ist im Gegenteil deren notwendige Bedingung" (ebd.: 469). Gesellschaft wird bei Durkheim zu einem genuin normativen Phänomen: „Jede Gesellschaft ist eine moralische Gesellschaft." (Ebd.: 285) Soziale Ordnung ist dann synonym mit normativer Ordnung zu verstehen.[664]

Will man nun beweisen, dass die gegenwärtige Gesellschaft über Arbeitsteilung integriert werde, dann muss man die Vorherrschaft der spezifischen arbeitsteiligen sozialen Solidarität nachweisen. Um dies bestimmen zu können, bedarf es eines Vergleichs. Daher unterscheidet Durkheim verschiedene Arten der sozialen Solidarität. Und genau hierfür kommt dem Recht eine entscheidende methodische Rolle zu: Es dient ihm als objektiver Indikator bzw. als sichtbares Symbol einer unsichtbaren sozialen Solidarität, die als „durch und durch moralisches Phänomen der unvermittelten, exakten Beobachtung nicht zugänglich [ist], vor allem nicht der Messung" (ebd.: 111). Um die soziale Solidarität „also klassifizieren wie vergleichen zu können, muss man die innere Tatsache, die sich uns ent-

662 Das gilt auch für das Recht (vgl. Durkheim 1893).

663 Jenseits jeglicher individualistischer Moralkonzeption dient die Moral bei Durkheim also „keineswegs dazu, den Menschen zu emanzipieren, ihn aus dem ihn umgebenden Milieu zu loszulösen, sondern hat im Gegenteil die wesentliche Aufgabe, aus ihm einen integrierten Teil eines Ganzen zu machen und ihm folglich etwas von der Freiheit seiner Bewegung zu nehmen" (Durkheim 1996 [1893/1902]: 468). Die Freiheit sei letztlich selbst Resultat des sozialen Handelns (ebd.: 456). Dem widerspreche nun nicht die zunehmende Individualisierung, da der „Kult des Individuums" zum einen selbst Teil des Kollektivbewusstseins und daher nicht Bestandteil einer individuellen Moral sei (s.a. Durkheim 1986a [1898]: 66) – auch wenn es eine Ausnahme im Kollektivbewusstsein darstelle (s.u.); zum anderen führe dieser Kult ja gerade zum Postulat der Nächstenliebe, da man zunehmend von anderen abhängig werde (Durkheim 1996 [1893/1902]: 478; vgl. hierzu Müller 1986).

664 An anderer Stelle befindet Durkheim: „Recht und Moral sind die Gesamtheit der Bande, die uns untereinander und mit der Gesellschaft verbinden, die aus einer Masse von Individuen ein kohärentes Aggregat werden lassen." (Durkheim 1996 [1893/1902]: 468).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zieht, durch eine äußere Tatsache ersetzen, die sie symbolisiert, und die erste vermittels der zweiten erforschen. Dieses sichtbare Symbol ist das Recht." (Ebd.: 111)

### 1. *Recht als Repräsentation der Solidaritätsform*

Recht repräsentiert nach Durkheim „alle wesentlichen Solidaritätsformen" (Durkheim 1996 [1893/1902]: 113), ja man könne „sicher sein, im Recht alle wesentlichen Varianten der sozialen Solidarität widergespiegelt zu finden" (ebd.: 112). Denn wenn das soziale Leben Bedeutung erlange und auf Dauer gestellt werde, nehme es notwendigerweise die „Rechtsform" an (ebd.); eine Gesellschaft, die sich allein auf Sitten begründe, sei zu instabil und könne sich nicht erhalten (ebd.: 113).[665] Daher sei die Anzahl der sozialen Beziehungen nach Durkheim mit der Zahl der Rechtsregeln „proportional", so dass sich das Rechtsleben „zu gleicher Zeit und in demselben Verhältnis" erweitere wie die Gesellschaft (ebd.: 112).

Durkheim denkt das Soziale in Begriffen der Repräsentation. Es geht um „kollektive Repräsentationen" als eigenständige Form von Bewusstseinsinhalten (vgl. Durkheim 1976b [1898]). Das Recht wiederum sei das Symbol, das diese Repräsentationsleistung in sichtbarer Form erbringt.[666] Eine Klassifikation der sozialen Solidarität erfolgt dementsprechend über die Klassifikation der verschiedenen Arten des Rechts (Durkheim 1996 [1893/1902]: 115). Für diese Arbeit könne man sich jedoch nicht der gebräuchlichen juristischen Unterscheidung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht bedienen, da letztlich jedes Recht aufgrund seines Individualbezugs privat und aufgrund seiner sozialen Funktion öffentlich sei (ebd.: 116; s.a. Durkheim 1903b). Daher greift Durkheim auf die Bestim-

665 So schreibt Durkheim: „Die Verpflichtungen, die die Gesellschaft ihren Mitgliedern auferlegt, nehmen, wenn sie nur einige Bedeutung und Dauer haben, eine Rechtsform an; folglich erlaubt die relative Ausdehnung dieses Apparats das relative Ausmaß des sozialen Handelns genau auszumessen." (Ebd.: 260f.).

666 Zum Repräsentationsproblem bei Durkheim vgl. die Beiträge in Pickering 2000, zum Symbolismus bei Durkheim siehe Karsenti 2014. Denkt man das Soziale in der Begrifflichkeit von Repräsentationen, so sei man – wie Bruno Karsenti anmerkt – genötigt, es in der Form eines Kollektivbewusstseins zu hypostasieren (Karsenti 2013). Dieses Dilemma werde erst – so eine gängige Lesart – in Durkheims späterer Religionssoziologie gelöst. Davon ausgehend könne man dann Rückschlüsse auf die Lösung rechtlicher Problemstellungen ziehen (vgl. etwa Gephart 1993a: 407ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mung durch die Sanktionsart zurück, mit der auf die jeweiligen Rechtsregeln reagiert werde.

Er unterscheidet bekanntermaßen zwei Hauptformen der Sanktionen und entwickelt davon ausgehend das Konzept der aufeinanderfolgenden Typen der Solidarität (mechanische und organische), die in zwei verschiedenen Rechtsformen zum Ausdruck kommen: Einerseits handelt es sich um repressives Recht, das als Strafrecht darauf abziele, den Schuldigen zu bestrafen, indem er ihm Leid zufüge. Andererseits gebe es das restitutive Recht, zu dem Durkheim Zivil-, Handels-, Prozessrecht sowie Verwaltungs- und Verfassungsrecht zählt (vgl. Durkheim 1996 [1893/1902]: 117). Dessen Sanktionsart besteht darin, die Dinge gewissermaßen wieder zurechtzurücken respektive einen *status quo ante* wiederherzustellen.

Dem repressiven Recht entspricht 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. ebd.: 126f.). Das setzt die Existenz eines vorgängigen gemeinsamen Bewusstseins voraus,[667] jener so umstrittene und vieldeutige Begriff des Kollektivbewusstseins als ein umgrenztes System der „Gesamtheit der gemeinsamen religiösen Überzeugungen und Gefühle im Durchschnitt der Mitglieder einer bestimmten Gesellschaft", dem Durkheim eine eigenständige Wirklichkeit zuspricht (ebd.: 128). Die Regeln, die das gemeinsame Bewusstsein sanktioniert, drücken diese tief verwurzelten gemeinsamen Überzeugungen und damit „die wesentlichsten sozialen Ähnlichkeiten aus" (ebd.: 155). Das Strafrecht symbolisiere also einen solidarischen Zusammenhalt, „dessen Ursache in einer bestimmten Übereinstimmung des Bewußtseins aller einzelnen Individuen mit einem gemeinsamen Typ liegt" (ebd.: 155). Und die Strafe habe als „rein mechanischen Reaktion" (ebd.: 158) die Wirkung, diesen Zusammenhalt aufrechtzuhalten, indem sie das gemeinsame Bewusstsein am Leben erhalte (vgl. ebd.: 159).

Das restitutive Recht symbolisiere demgegenüber die „organische Solidarität", die sich der Arbeitsteilung verdanke. Denn auch wenn hier primär individuelle Interessen ausgeglichen werden und die entsprechenden Regeln nach Durkheim entweder „gar nicht am Kollektivbewußtsein teil-

667 Insofern gilt: „Mit anderen Worten: man darf nicht sagen, daß eine Tat das gemeinsame Bewußtsein verletzt, weil sie kriminell ist, sondern sie ist kriminell, weil sie das gemeinsame Bewußtsein verletzt. Wir verurteilen sie nicht, weil sie ein Verbrechen ist, sondern sie ist ein Verbrechen, weil wir sie verurteilen." (Durkheim 1996 [1893/1902]: 130).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

haben oder nur schwach ausgebildet sind“ (ebd.: 163),[668] kommen auch sie aus der gesellschaftlichen Sphäre und förderten daher den sozialen Zusammenhalt.[669] Auch sie stellten soziale Beziehungen her, wie Durkheim am Beispiel des – hierfür prototypischen – Vertragsrechts erklärt:[670] Verträge rufen korrelative und gegenseitige Verpflichtungen hervor oder bezögen sich auf bereits erbrachte Leistungen. Eine solche Gegenseitigkeit setze aber Zusammenarbeit voraus, „und diese ihrerseits entsteht nicht ohne Arbeitsteilung“ (ebd.: 175f.). 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.

Damit rücken die privatrechtlichen Austauschverträge ins Zentrum der Bestimmung der Solidaritätsform der arbeitsteiligen Gesellschaft:

> 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. (Ebd.: 450)

---

668 Die Kritik an Durkheims Begriff des Kollektivbewusstseins richtet sich insbesondere gegen den logischen Widerspruch, der aus seinen unterschiedlichen Verwendungsweisen resultiert: Zum einen handelt es sich beim Kollektivbewusstsein um ein allgemeines Strukturmerkmal jeder Gesellschaft, wenn Durkheim es als eine Art Set an gemeinsamen Glaubensvorstellungen und Gefühlen definiert, das die einzelnen Individuen in die Gesellschaft integriert. Zum anderen macht Durkheim das Kollektivbewusstsein zu einem entwicklungsgeschichtlichen Kriterium, wenn er den Wandel zur arbeitsteiligen Gesellschaft über die Abnahme des Kollektivbewusstseins beschreibt (vgl. Parsons 1966: 318; König 2007: 29f.).

669 Der Umstand, dass das Vorliegen eines sittenwidrigen Vertrages etwa sehr wohl große Empörung hervorrufen kann, nimmt Durkheim nur als Beweis, dass die verschiedenen Bereiche des moralischen Lebens nicht streng voneinander getrennt seien (Durkheim 1996 [1893/1902]: 163).

670 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. Durkheim 1996 [1893/1902]: 166ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das bedeutet nach Durkheim – in Abgrenzung zum individualistischen Utilitarismus à la Spencer – nun aber gerade nicht, dass die Gesellschaft das Produkt solcher individuellen Vertragsabschlüsse wäre (vgl. ebd.: 259). Vielmehr entwickelten sich die nicht-vertraglichen Beziehungen proportional zur Vervielfachung der Vertragsbeziehungen selbst (vgl. ebd.: 263, 434). Das zeige sich nicht nur in der tatsächlichen Zunahme rechtlicher Regeln, die sich auf nicht-vertragliche Verhältnisse wie beispielsweise die Familie richteten (vgl. ebd.: 266), sondern sei im Wesen des Vertrags selbst begründet. Denn letztlich gelte: „[N]icht alles ist vertraglich beim Vertrag." (Ebd.: 267)

Durkheim geht davon aus, „daß der Vertrag sich nicht selber genügt; er ist nur möglich dank einer Reglementierung des Vertrags, die sozialen Ursprungs ist" (ebd.: 272). Möglicher Regelungsgegenstand, Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit eines Vertrages beruhten nicht auf den Willen der Vertragsschließenden, sondern auf dem Vertragsrecht, das gesellschaftlichen Ursprungs sei: „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." (Ebd.: 272) Das Vertragsrecht sei also die „Grundnorm" respektive die „Basis" der vertraglichen Beziehungen, und die Gesellschaft sei auch im privaten Vertrag immer regulierend präsent. Daher steige mit der Zunahme der vertraglichen Beziehungen in der arbeitsteiligen Gesellschaft auch der die Präsenz der Gesellschaft.[671]

Durkheim macht aus der Analyse der sozialen Solidarität „in Relation zum System juristischer Regeln" (ebd.: 81) letztlich ein Argument der Zahl: Habe man das Recht und darüber die Arten der sozialen Solidarität klassifiziert, dann genüge es, deren jeweiligen Anteil zu messen, d.h. „die Anzahl der Rechtsregeln miteinander zu vergleichen, denen dieser Anteil im jeweiligen Gesamtvolumen des Rechts entspricht" (ebd.: 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 (ebd.: 125), trete in quantitativer Hinsicht zunehmend in den Hintergrund: „Ein Blick auf unsere Gesetzbücher genügt, um den geringen Platz

671 So werde der Umfang des Rechtsapparats immer größer und komplizierter (vgl. ebd.: 261). Aber nicht nur die rechtlichen, sondern auch die moralischen Regeln nehmen zu, nämlich durch die Entwicklung bereichsspezifischer Berufsmoralsysteme (ebd.: 284).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

festzustellen, den das Strafrecht im Verhältnis zum kooperativen Recht einnimmt." (Ebd.: 200)

Wenn gegenwärtig also ein fortschreitendes Übergewicht der organischen Solidarität festzustellen sei, so entspreche diese Entwicklung dem „Gesetz der Geschichte" (ebd.: 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 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).[672] Gesellschaft wird in diesem Fall durch funktionale Interdependanz integriert, und dies findet seinen Ausdruck im restitutiven respektive kooperativen Recht. Auch die Zusammenarbeit hat ihre „eigenständige Moralität" (Durkheim 1996 [1893/1902]: 285).

## 2. *Die Gewohnheitsrechtslehre in der Arbeitsteilung*

Wenn Durkheim in seiner Abhandlung über Montesquieu die Anerkennung der Gewohnheitsrechtslehre zur Voraussetzung der Soziologie macht, so zeigt sich ihr zentraler Stellenwert auch in der *Arbeitsteilung*, und zwar für zwei Bereiche: zum einen für die kausale Erklärung der sozialen Solidarität, zum anderen für den Rekurs auf das Recht als empirischer Indikator der Moral.

Mit Ausnahme der pathologischen Formen (anomische, erzwungene und auf innerorganisatorischem Koordinationsmangel beruhende Arbeitsteilung) erzeugt die in der Gesellschaft fortschreitende Arbeitsteilung nach

672 Wenn Durkheim in der arbeitsteiligen Gesellschaft als gemeinsame Glaubensvorstellung den Kult der ‚Würde der Person' ausmacht, in der „das Individuum der Gegenstand einer Art von Religion" geworden sei (ebd.: 227), dann stelle das eine „völlige Ausnahmesituation im Kollektivbewußtsein" dar (ebd.: 228). Denn die entsprechenden Ziele seien nicht sozial, sondern individuell. Daher bilde diese Gemeinsamkeit im Glauben kein soziales Band. Dieses entspringe vielmehr der Arbeitsteilung. Auch hier zeigt sich also wieder die widersprüchliche Bestimmung des Kollektivbewusstseins: Einerseits ist der Kult des Individuums der Inhalt des Kollektivbewusstseins, andererseits wird letzteres dadurch schwächer.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Durkheim „normalerweise", „von selbst" und „spontan" die soziale Solidarität (ebd.: 421, 434, 446).[673] Die Lösung des Ordnungsproblem liegt somit in der ‚normalen' Arbeitsteilung selbst. Denn der im Gefolge der Arbeitsteilung sich verstärkende Austausch „regelt sich von selbst, und mit der Zeit konsolidiert er sich vollends" (ebd.: 437). Dies geschehe einerseits durch die Entwicklung von berufsspezifischen Moralsystemen, denen sich der einzelne Akteur unterordne (vgl. Durkheim 1996 [Vorwort zur 2. Aufl. 1902]: 41ff.; Meier 1987: 35ff). Andererseits bewirke die Notwendigkeit, die ausdifferenzierten Tätigkeitsbereiche wieder zusammenzuführen, dass jedem Akteur die Abhängigkeit von anderen bewusst werde und er daher dazu bereit sei, die Bedürfnisse anderer Akteure zu erfüllen (vgl. Schmid 1989: 519) – allerdings nur unter der Voraussetzung, dass dieser wechselseitige Austausch als „gerecht" empfunden werde und sich eine entsprechende Vertragssolidarität herausbilde (vgl. Durkheim 1996 [1893/1902]: 451ff.).[674]

Um nun die normalerweise eintretende spontane Selbstregulierung in der Arbeitsteilung zu begründen,[675] greift Durkheim auf die Gewohnheitsrechtslehre zurück: Erfolge der Austausch zunächst noch provisorisch, so wiederholten sich diese Handlungen und würden zu Gewohnheiten werden. „Diese Gewohnheiten" wiederum „verwandeln sich, je stärker sie werden, sodann in Verhaltensregeln" (ebd.: 435), die schließlich die Rechtsform annehmen und auf diese Weise verbindliche Verkehrsformen stiften

673 Quelle der organischen Solidarität sei also die Arbeitsteilung, wobei diese wiederum in einer bereits bestehenden Gesellschaft wurzele. So könne sich „die Arbeitsteilung nur unter den Mitgliedern einer bereits konstituierten Gesellschaft verwirklichen" (Durkheim 1996 [1893/1902]: 335). Die Mitglieder müssen schon solidarisch sein, damit die Arbeitsteilung mit ihrer Spezialisierung und Konkurrenz selbst Solidarität erzeugen könne (vgl. ebd.). Die Ursachen für den Fortschritt der Arbeitsteilung sucht Durkheim dementsprechend in der Gesellschaft selbst, nämlich in den sozialökologischen Faktoren der Zunahme des Volumens und der materiellen wie moralischen Dichte von Gesellschaften (z.B. Bevölkerungswachstum und -konzentration, Ausbau der Verkehrs- und Kommunikationswege, Urbanisierung, vgl. ebd.: 314ff.). Daher kann nach Durkheim die Arbeitsteilung nicht als Quelle der Gesellschaft angesehen werden. Ein hohes Maß an Arbeitsteilung setze stets eine moralisch integrierte Gesellschaft voraus (vgl. Müller, Schmid 1996: 514).

674 Das Gerechtigkeitsempfinden sei v.a. insofern nötig, um die nicht erzwungene, „spontane" Zustimmung und Bindung der Einzelnen an den Vertrag zu bewirken (vgl. Durkheim 1996 [1893/1902]: 452).

675 So schreibt Durkheim: „Was aber die Einheit der organisierten Gesellschaften wie eines jeden Organismus ausmacht, ist der spontane *Konsensus* der Parteien, ist die innere Solidarität" (ebd.: 429, H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(vgl. Müller, Schmid 1996: 302). Auch in der *Arbeitsteilung* ist Recht immer gewachsenes Recht bzw. „Gewohnheitsrecht", das sich „zum geschriebenen Recht wandelt und kodifiziert wird" (Durkheim 1996 [1893/1902]: 124), das seinen Ursprung in der Sitte und im Brauch hat, und das letztlich vom Staat als Organ der moralischen Disziplin nur deklariert und nicht geschaffen wird (vgl. ebd.: 133).[676] Im Gegensatz zur älteren Historischen Rechtsschule aber geht Durkheim angesichts der arbeitsteiligen Solidarität nicht davon aus, dass das Recht damit automatisch immer einer harmonischen Sphäre entspringe. Vielmehr resultiere die Entwicklung der Arbeitsteilung aus dem Konflikt selbst, und die Aufgabe der Moral sei gar nicht, den Konflikt zu beseitigen, sondern vielmehr ihn zu mäßigen.

Die Gewohnheitsrechtstheorie erfüllt in Durkheims Argumentation eine zentrale strategische Funktion. Denn nur auf ihrer Basis hat letztlich die von ihm proklamierte Kausalkette Bestand. Nur wenn er Recht nicht als eigenständigen Kausalfaktor in der gesellschaftlichen Entwicklung adressiert, indem es einer gesetzgeberischen Intervention zugänglich ist, kann er die eigentliche Ursache für die Entwicklung der Solidarität in der Arbeitsteilung sehen. Ein eigenständiger Kausalfaktor „ethische Überlegungen" oder „individueller Wille" des Gesetzgebers scheidet aus. Erneut geht es also darum, soziale Ordnung als normative Ordnung jeglicher willkürlichen Intervention zu entziehen. Zur „Basis der moralischen Ordnung" wird bei Durkheim vielmehr die Arbeitsteilung selbst (ebd.: 471). Die entsprechenden Kausalfaktoren sind dann in der Gesellschaftsstruktur zu suchen, und die Entwicklungsgesetze der Gesellschaft folgen aus der Veränderung dieser ‚objektiven' Faktoren.

Selbst wenn Durkheim am Ende seiner Untersuchung eine „schwere Krise" der arbeitsteiligen Gesellschaft konstatiert (ebd.: 479), weil sich die normalerweise durch Arbeitsteilung erzeugte organische Solidarität realiter durch die drei pathologischen Formen der Arbeitsteilung in einem „krankhaften Zustand" befände, dann sucht er die Lösung nicht über sozialrechtliche Vorschläge, d.h. in einer Theorie der richtigen Gesetzgebung, zu geben. Angesichts der Krise sieht Durkheim zwar seine Pflicht darin, „eine neue Moral zu bilden" und damit auf ein neues Recht hinzuwirken. Aufgabe der Wissenschaft sei es dabei aber, die Natur und die Ursache für dieses Missverhältnis zwischen der tiefgreifend veränderten Struktur der

676 Zur Gewohnheitsrechtslehre siehe auch Durkheim 1991c [1888]: 63f. Dort stellt Durkheim klar, dass es nicht um die schlichte Wiederholung einer Handlung geht, sondern um Verhaltensregeln in Form von sanktionierbaren Imperativen: „Die Existenz einer Sanktion ist das Kriterium, das eine Verwechslung des Brauchs mit einer einfachen Gewohnheit verhindert." (Ebd.: 63).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gesellschaft und dem gegenwärtigen Zustand der Moral zu verstehen. Für letzteres dient das Recht als empirischer Indikator, darüber wird die Moral objektiv erfassbar. Ihm kommt insofern eine entscheidende Bedeutung in der Feststellung der Pathologien zu. Und von der Analyse dieser Pathologien ausgehend könne man dann das Ziel der Bildung einer neuen Moral verdeutlichen (ebd.: 479f.).

## *III. Rechtsentstehungslehre und soziologische Methode*

Auch in seiner grundlegenden Abhandlung zu den *Regeln der soziologischen Methode* erscheint Durkheim der Rekurs auf das Recht notwendig für die Soziologie – nun aber nicht nur mit Blick auf das Ordnungsproblem, sondern als ein allgemeines methodologisches Erfordernis. Dieser Rekurs erfolgt auf mehreren Ebenen.

### *1. Der forschungspragmatische Rekurs auf das Recht in den Regeln*

Auf der Gegenstandsebene erscheint das Recht als der Prototyp des „soziologischen Tatbestands“[677]: Die Pflichten, die es begründet, liegen außerhalb des Einzelnen. Indem sie bereits für ein Leben jenseits des individuellen Gebrauchs vorhanden sind, wird der Mensch quasi in sie hineingeboren.[678] Daher habe das Recht „etwas Objektives“, d.h. individuell Unverfügbares, an sich (Durkheim 2007 [1894]: 105). Sein zwingender Charakter sei in den Sanktionen, die im Falle des Normbruchs erfolgten, letztlich „unschwer zu konstatieren“ (ebd.: 112). Im Recht zeige sich auch deutlich die Spaltung zwischen kollektiven Zuständen und individuellen, psychologischen Tatsachen, selbst wenn letztere bei allen Mitgliedern einer Gesellschaft oder ihrer Mehrheit anzutreffen seien. Denn als „kollektive Gewohnheit“ (ebd.: 109), d.h. als „kristallisierte[] Formen“ (ebd.: 107) des sozialen Handelns, existiere das Recht jenseits individueller Verwirkli-

677 Durkheims Definition lautet: „Ein soziologischer Tatbestand ist jede mehr oder minder festgelegte Art des Handelns, die die Fähigkeit besitzt, auf den Einzelnen einen äußeren Zwang auszuüben; oder auch, die im Bereiche einer gegebenen Gesellschaft allgemein auftritt, wobei sie ein von ihren individuellen Äußerungen unabhängiges Eigenleben besitzt.“ (Durkheim 2007 [1894]: 114).

678 So schreibt Durkheim über die rechtlichen Pflichten: „Denn nicht ich habe diese Pflichten geschaffen, ich habe sie vielmehr im Wege der Erziehung übernommen.“ (Ebd.: 105).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

chungen: „Keine dieser Normen geht vollkommen in den Anwendungen auf, die die Einzelnen von ihr machen, da sie ja vorhanden sein können, ohne wirklich angewendet zu werden." (Ebd.: 110) Recht gebe es also unabhängig von seinen einzelnen Verbreitungsformen. Dabei weise es gewissermaßen die gleiche Festigkeit auf wie die Erscheinungen der morphologischen Ordnung (z.B. Verkehrswege etc.): „[E]ine rechtliche Norm ist eine nicht minder dauerhafte Einrichtung wie ein architektonischer Typus, obwohl es sich um eine physiologische Tatsache handelt." (Ebd.: 114) Wenn also die soziologischen Tatbestände das genuine Gebiet der Soziologie bilden (ebd.: 107), dann kann man sich nach Durkheim beim Recht – verstanden als Norm i.S.e. verfestigten Gewohnheit – sicher sein, einen solchen Tatbestand vor sich zu haben. Das gilt umso mehr, als die Gesellschaft in ihrer „Immaterialität *sui generis*" (ebd.: 221) nur in ihren Erscheinungen analysierbar ist – und das Recht zählt unzweifelhaft zu diesen Erscheinungen.

Diese Form der Adressierung des Rechts wirkt sich auf die methodische Ebene aus: Wenn Durkheim als erste Regel der soziologischen Methode fordert, die soziologischen Tatbestände wie Dinge zu behandeln, dann kann man dies bzgl. der Analyse des Rechts in geradezu unproblematischer Weise verwirklichen. Dem geforderten Dingbezug der Betrachtungsweise der soziologischen Tatbestände entspricht eine Art der Dinghaftigkeit des Rechts (vgl. ebd.: 195). Für die kollektiven Gewohnheiten, die sich in den Rechtsformen kristallisiert haben und durch ihre Kodifizierung geradezu „ungezwungener" und „unmittelbarer dingliche Eigenschaften" aufweisen (ebd.: 127), gelte:

> 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. (Ebd.: 139)

Man besitze also mit dem Recht ein objektives, von den individuellen Manifestationen losgelöstes Kriterium, das man etwa wie in der *Arbeitsteilung* anhand seiner Sanktionsarten ordnen, klassifizieren und vergleichen könne, um daraus Rückschlüsse auf die vorherrschende Solidaritätsform zu ziehen (s.o.).

Oder aber man erkennt in den inhaltlichen Regelungen des Rechts die wesentlichen Einrichtungen der Gesellschaft (vgl. ebd.: 215). Diese finden in historisch gewachsenen Rechtsinstituten ihren Ausdruck: Familie (s.a. Durkheim 1991c [1888]: 62), Schutz des Lebens, Eigentumsrecht und Ver-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

trag (vgl. Durkheim 1999 [posthum]: 156ff.). Damit rücken dann gegenüber der formellen Betrachtung nach Sanktionsart nun die materiell-rechtlichen Regelungen in den Blick. Allerdings interessieren Durkheim weniger die einzelnen Rechtsregelungen, sondern eben die Bündelungen der Normen zu gesellschaftlichen „Institutionen" (vgl. Durkheim 2007 [Vorwort zur 2. Aufl. 1901]: 100).

Wenn also Durkheim den soziologischen Tatbeständen durch die Gleichsetzung mit Dingen „den gleichen Grad an Wirklichkeit" (ebd.: 89) zuspricht wie den Phänomenen der Außenwelt,[679] und sie damit als Gegenstände konzipiert, die objektiv – und d.h.: im strengen Sinne wissenschaftlich – untersucht werden können (vgl. ebd.: 91), dann sei das im Falle des Rechts gewährleistet. Indem man sich dem Recht zuwende, werde man der Forderung gerecht, „die erste Niederlassung der Wissenschaft auf festen Grund und nicht auf Flugsand" zu bauen (Durkheim 2007 [1894]: 140). Dass sei umso dringlicher, als die Wissenschaft der Soziologie noch im Entstehen begriffen sei und man auf keinerlei sonstigen Erkenntnisse zurückgreifen könne, die nicht die sozialen Phänomen verfälschten. Aufgrund der einfachen Möglichkeit der Klassifizierung von sozialen Handlungen anhand äußerer Merkmale eigne sich als Ausgangspunkt das Recht besonders, weil sich damit auch in der Folge umfassende Vergleiche anstellen ließen (vgl. ebd.: 131).[680] Das Recht erweist sich forschungspragmatisch also als bevorzugter Untersuchungsgegenstand einer gerade entstehenden Soziologie. Denn sowohl die Strategie der Begründung einer autonomen Disziplin über einen spezifischen, ihr eigenen Gegenstand als auch die geforderte objektive Betrachtungsweise dieses Gegenstandes finden im Recht – verstanden als sanktionsbewährte Handlungsanweisungen, die man in Rechtsinstitutionen bündeln kann – ihr unproblematisches Anwendungsfeld.

Allerdings beschränkt sich die Rolle des Rechts auf der methodischen Ebene auf diesen pragmatischen Nutzen, ein besonders leicht zugängliches

679 Wenn Durkheim dabei keineswegs behauptet, dass die sozialen Phänomene materielle Dinge seien (s.o. § 1.I.2.2), ändert der immaterielle Charakter der Gesellschaft nichts daran, dass sie für Durkheim ein „natürlicher" Gegenstand ist (Durkheim 2007 [1894]: 203).

680 In seiner *Einführung in die Soziologie der Familie* betont Durkheim als weiteren Vorteil, dass Brauch und Recht nicht nur objektive Tatsachen darstellten, sondern selbst als eine Zusammenfassung einer Vielzahl von Tatsachen anzusehen seien. Damit werde dem Forscher das Allgemeine unmittelbar und auf konkrete und greifbare Weise geliefert (Durkheim 1991c [1888]: 62), und dies am besten im gesatzten Recht (ebd.: 64).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

soziales Phänomen zu sein, das den methodischen Vorgaben zupass kommt. Für die weiteren Regeln der soziologischen Methode kann Durkheim aus dem Recht keine entscheidenden Impulse gewinnen. So sei das Normale als das, was sein soll, und das Pathologische als das, was nicht so sein soll, über den Allgemein- bzw. den Ausnahmecharakter einer Erscheinung in Bezug auf den Entwicklungsstand einer spezifischen Gattung zu bestimmen, d.h. aus Kriterien, die Durkheim in Analogie zur Biologie versteht. Diese seien rein objektiv und den Erscheinungen immanent (vgl. ebd.: 142) und hätten mit einem normativen Faktor wie etwa das rechtlich Gebotene nichts zu tun. Nur wenn man sein Vorgehen auf derartige objektive Kriterien stütze, verfahre man streng wissenschaftlich und vermeide, in eine ideologische Falle zu tappen (ebd.: 142). Selbst wenn also der Fluchtpunkt von Durkheims wissenschaftlicher Arbeit nach wie vor der moralische Zustand der Gesellschaft ist (vgl. ebd.: 219f.) und das Recht in seiner Sanktionsart Strafe nach wie vor auf das letztlich normativ bestimmte Kollektivbewusstsein verweist, kann Durkheim für die gattungsspezifische Unterscheidung von Normal und Pathologisch nicht auf das Recht zurückgreifen. Allenfalls lässt sich die Normalität einer Erscheinung mit Rechtsbezug darlegen, wie Durkheim auch mit Blick auf das Vorkommen des Verbrechens vorführt (vgl. ebd.: 155ff.).

Ähnliches gilt für die Regeln der Aufstellung der sozialen Typen: Die wesentlichen Eigenschaften sind morphologischer Art, d.h. sie liegen in Natur, Zahl und Verbindungsart der Komponenten, wobei diese Komponenten „einfachere Gesellschaften" im Sinne von „sozialen Aggregaten" seien (vgl. ebd.: 170).[681] Die Rechtsformen korrespondieren mit den sozialen Typen und repräsentieren deren wesentlichen Eigenschaften, wobei sie selbst nicht zu diesen wesentlichen Eigenschaften zählen. So symbolisiert das Recht in seiner jeweiligen Sanktionsart die soziale Solidarität, deren Fundament aber in der sozialen Arbeitsteilung zu suchen ist.

Schließlich eignet sich ein Rekurs auf das Recht auch nicht für die Erklärung der soziologischen Tatbestände – insbesondere auch deshalb nicht, weil die erklärenden Ursachen nach Durkheim nicht aus dem Zweck oder der Funktion herleitbar sind. Solche teleologischen Erklärungsmuster, die über den Nutzen eines sozialen Phänomens auf dessen Entstehung oder Wesen schließen wollen, lehnt er strikt ab: Aus dem auch in der Soziologie geltenden biologischen Grundsatz, „daß das Organ von der Funktion unabhängig ist", folge, „daß die Ursache, auf denen sein Da-

681 Daher stellt die monosegmentäre Horde das einfachste soziale Aggregat dar (Durkheim 2007 [1894]: 170).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sein beruht, von den Zwecken, denen es dient, unabhängig ist" (ebd.: 178). Nach Durkheim muss man also gegen Jhering einwenden, der Zweck sei nicht der Schöpfer des Rechts, und schon gar nicht liege jedem Rechtssatz ein praktisches Motiv zugrunde. Denn selbst wenn man die Zweckseite im Recht anerkenne, könne man daraus nicht auf Kausalitäten schließen.[682] Daher verneint Durkheim auch in den *Regeln* die Möglichkeit, den Bereich des Sozialen über irgendein sogenanntes „Zweckgesetz" von der kausalgesetzlichen Betrachtungsweise zu scheiden (vgl. ebd.: 218). Die Konzentration auf den Zweck schließe sogar letztlich jede soziologische Erklärung aus, die ja auf Kausalbeziehungen gerichtet sei (vgl. ebd.: 205), denn wo das teleologische Prinzip und damit der subjektive Zweck herrsche, herrsche auch der Zufall (vgl. ebd.: 180).

Selbst wenn Durkheim darauf insistiert, die Erklärung des sozialen Lebens aus der Natur der Gesellschaft als Realität *sui generis* – seinem inneren sozialen Milieu – herzuleiten und das Recht dieser Sphäre unzweifelhaft zuzurechnen ist, führt er sozialen Wandel nicht auf das Recht zurück, nicht zuletzt weil er in dieser Hinsicht die Zweckperspektive ausschließt. Im Recht gibt es sozusagen nichts, was über das Recht hinausweist (vgl. ebd.: 198). Es hat eine Sozialfunktion (s.o.), aber kein Telos. Man kann allenfalls – wie in der *Arbeitsteilung* – die Ursachen für den Wandel des sozialen Phänomens ‚Recht' benennen, und zwar über die Formen der Assoziation (soziale Typen). Durkheim trennt also strickt zwischen Ursache und Funktion, und selbst wenn er anerkennt, dass beide in Wechselwirkung zueinander stehen und man für eine vollständige Erklärung auch auf die Feststellung der Funktion zurückgreifen muss, steht die Ursache für ihn an erster Stelle (vgl. ebd.: 181f.).

Wenn man also mit der vergleichenden Methode die Beweisführung für Kausalbeziehungen im Bereich der Soziologie antritt, dann bildet das Recht eine Tatsache in der zu variierenden Reihe – allerdings unter einer doppelten Bedingung: Erstens müsse man dann aufgrund der allgemeinen Verbreitung der Rechtsregeln im ganzen Land zum Vergleich mehrere Völker desselben Typus heranziehen (vgl. ebd.: 214); und zweitens müsse man aufgrund der Gewachsenheit der Rechtsinstitutionen (Ehe, Familie, Eigentum usw.) historisch ihre integrale Entwicklung durch alle soziale Typen nachverfolgen (vgl. ebd.: 215f.). Man mag auch hier dann aus for-

682 Selbst wenn die Strafe die nützliche Funktion habe, die intensiven Bereiche des Kollektivbewusstseins zu erhalten, so liege die Ursache für die Strafe nicht in diesem Nutzen, sondern in der Verletzung des Kollektivgefühls von entsprechender Intensität (ebd.: 181).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schungspragmatischen Gründen eine Hinwendung zum Recht befürworten. Ein eigentlicher Beweiswert entspringt dem Recht aus eigener Kraft aber nicht.

### 2. *Die Rechtsentstehungslehre in den Regeln*

Wie für die *Arbeitsteilung* gilt für die *Regeln*: Die Art der Adressierung des Rechts im Rahmen des Entwurfs der Soziologie als eigenständige Disziplin erfolgt bei Durkheim vor dem Hintergrund der Gewohnheitsrechtslehre. Auch hier bestimmt er, dass sich Rechtsnormen (wie auch Moralgebote oder religiöse Dogmen usw.) auf „festgesetzte Glaubensvorstellungen und Gebräuche" stützten (ebd.: 107). Tatbestände, die dem Einzelnen mit äußerem Zwang gegenübertreten, leiten sich also vom Brauch her. Dementsprechend sieht Durkheim den Ursprung und die Natur rechtlicher (und sittlicher) Gebote in der Genese „kollektiver Gewohnheiten":

> In der Tat nehmen manche Arten des Handelns und des Denkens infolge ihrer ständigen Wiederholung eine gewisse Konsistenz an, welche sie gewissermaßen beschleunigt und sie von den einzelnen Ereignissen isoliert, in denen sie sich vollziehen. Sie nehmen körperhafte Gestalt, wahrnehmbare, ihnen eigene Formen an und bilden eine Realität *sui generis*, die sich von den individuellen Handlungen, in denen sie sich offenbart, vollständig unterscheidet. (Ebd.: 109)

Dass sich die rechtlichen Normen nicht mit den individuellen Willen oder Bedürfnissen decken, kennzeichnet bei Durkheim einen soziologischen Tatbestand. Und genau diese Kongruenz markiert die herausgehobene Stellung des Rechts sowohl für die Bestimmung der soziologischen Tatbestände als auch für deren adäquater Analyse.

## IV. *Die Kehrseite des Repräsentationsdispositivs*

Durkheim verbindet also die Rechtsentstehungslehre mit methodischen Fragen – eine Verbindung, die er über die Herleitung des Rechts aus der Gewohnheit begründet. Mit diesem Vorgehen bewegt er sich nicht nur in den Debatten über die Begründung der Soziologie als eigenständige Disziplin, sondern ebenso in einem privatrechtswissenschaftlichen Diskurs, der in seinen verschiedenen Formen das Verhältnis von Recht und Gesellschaft zu klären sucht. Dabei scheinen die juristischen Problemlagen für den Franzosen Durkheim ganz andere zu sein als im deutschen Diskurs:



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Mit den Napoleonischen Gesetzbüchern liegt bereits eine umfassende Kodifizierung vor, und angesichts dieser Positivierung des Rechts ist die *école d'exégèse* in den Rechtswissenschaften bis zum Ende des 19. Jahrhunderts vorherrschend. Und doch setzt Durkheim sich teils explizit, teils implizit mit den Problematisierungsweisen des deutschen Diskurses auseinander. Das folgt aus seiner Aufnahme des juristischen Repräsentationsdispositivs, wobei sich Durkheim in der Problematisierung des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft dessen Kehrseite zuwendet.

## *1. Durkheim und die Historische Rechtsschule*

### *1.1 Konvergenzen mit dem juristischen Repräsentationsdispositiv*

Für die um ihre Eigenständigkeit ringende Soziologie erscheint es nach Durkheim – wie er in seinen frühen Schriften geltend macht – also notwendig, das Recht über die Gewohnheit herzuleiten. Darüber lassen sich Konvergenzen mit den Annahmen der Historischen Rechtsschule aufzeigen: Gerade weil das Recht aus der gesellschaftlichen Sphäre hervorgeht, gilt es für Durkheim genauso wenig als ein Mittel der gesellschaftlichen Steuerung, das als Instrument der politischen Ideen dienen könnte. Auch er entzieht es der willkürlichen Verfügbarkeit des Staates. Zudem geht Durkheim ebenfalls von einem dem Objekt ‚Gesellschaft' inhärenten Erkenntnismangel aus, der gerade die Notwendigkeit der Hinwendung zum Recht begründet: Da man letztlich die Moral bzw. das Kollektivbewusstsein genauso wenig erkennt wie bei Savigny oder Puchta den Volksgeist ist man auf Repräsentationen wie das Recht angewiesen.

Nicht nur aufgrund dessen wird der Einfluss der Historischen Rechtsschule im Savigny'schen Sinne auf Durkheims Denken von manchen als offensichtlich angesehen (vgl. Lascoumes 1991).[683] Andere wiederum gehen von einem indirekten Einfluss aus, der über Jhering vermittelt werde: Dieser übernehme trotz seiner Kritik am Volksgeistkonzept die kritische Haltung der Historischen Rechtsschule gegenüber dem Naturrecht; auch Jhering orientiere sich diesbezüglich an Savigny – und in diesem Sinne dann auch Durkheim (Jones 1999: 196ff.).

683 Pierre Lascoumes hebt hervor, dass in der *L'Année Sociologique* zahlreiche Rezensionen über Arbeiten der Historischen Rechtsschule veröffentlicht wurden, Jherings *Zweck im Recht* erstaunlicherweise jedoch keine Beachtung fand (Lascoumes 1991: 41f.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Demgegenüber werden Isomorphien zwischen Durkheim und der Historischen Rechtsschule hervorgehoben, der Schwerpunkt jedoch auf die Differenz der Ansätze gelegt (vgl. Carbonnier 1974: 62). Denn die Gewohnheitsrechtslehre Durkheims ist bei genauerer Hinsicht ja nicht mit der der Historischen Rechtsschule in eins zu setzen: Selbst wenn Durkheim die Gesellschaft ebenfalls in Anlehnung an die biologische Organismuslehre konzipiert und sie der natürlichen Sphäre zurechnet, so ist diese Realität *sui generis* – wie ja gerade die arbeitsteilige Gesellschaft zeigt – bei ihm weder zwangsläufig homogen noch harmonisch. Zudem unterscheidet Durkheim das Recht von anderen moralischen Vorgaben nicht über die zugrunde liegende Wertentscheidung, die sich wie bei Savigny inhaltlich an einer allgemeinen Aufgabe allen Rechts orientiert und daher das reine Recht in Form des Privatrechts abzugrenzen vermag. Vielmehr bettet er das Recht in das Kontinuum der sozialen Nomen als sanktionsbewährte Verhaltensregeln ein, wobei die Trennlinie dann über die Organisiertheit der Sanktion läuft und nicht über die Abgrenzung (reines) Privatrecht/(anormales) Öffentliches Recht.

Dass Durkheim die Grundzüge des epistemischen Schemas der Historischen Rechtsschule kannte, ist anzunehmen. So erwähnt er die „Juristen der historischen Schule" in Deutschland schon in seinen frühen Arbeiten (vgl. Durkheim 1995b [1887]: 155). Auch nach der Jahrhundertwende wird er sich über seine Rezensionen mit der Historischen Rechtsschule im Gefolge Savignys auseinandersetzen (vgl. Durkheim 1903a) bzw. in seiner Treitschke-Kritik explizit auf sie zu sprechen kommen (vgl. Durkheim 1915: 29f.), wenn er ihre Opposition zum Naturrecht hervorhebt (vgl. Gephart, Hermes 2014: 237). Zudem lassen sich Verbindungen zwischen Durkheim und Vertretern einer französischen *école historique* nachzeichnen, die sich im Zuge der Rezeption der Historischen Rechtsschule, und hier insbesondere Savignys, herausgebildet hatte:[684] So ist einerseits davon auszugehen, dass Durkheim aufgrund seiner These über Montesquieu die Arbeiten des Rechtshistorikers Édouard Laboulaye kannte, gehörte dieser damals doch zu den prominentesten Kommentatoren Montesquieus (vgl. Sembel 2013: 22f.). Zugleich hatte Laboulaye Savigny in Frankreich populär gemacht (vgl. Laboulaye 1842, 1855). Andererseits zählt Paul Huvelin zu den geschätzten Mitarbeitern der *L'Année sociologique*, der als Rechtshis-

684 Zum „Eindringen der historischen Rechtsschule in Frankreich" seit Ende der 1810er Jahre insbesondere über die Arbeiten Savignys, was zur Wiederentdeckung der geschichtlichen Dimension des Rechts in Frankreich führte und damit zur Verfestigung einer französischen *école historique* beitrug, vgl. Bürge 1991: 150ff.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

toriker ebenfalls mit den Arbeiten der Historischen Rechtsschule vertraut gewesen sein dürfte (vgl. hierzu Audren 2001; Cotterrell 2004a, 2005).[685]

Aufgrund dessen kann man davon ausgehen, dass Durkheim die allgemeine Rechtstheorie, d.h. die Gewohnheitsrechtslehre als Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule, bekannt war (vgl. Durkheim 1915: 30). Ob er darüber hinaus die dogmatisch-methodischen Folgerungen kannte, die die Historische Rechtsschule aus der Gewohnheitsrechtslehre zog, ist jedoch anzuzweifeln. Die großen dogmatischen Konstruktionen etwa von Savigny, Puchta oder Windscheid finden keinerlei Erwähnung, nur Jherings zweiter Band des *Geistes* wird an so peripheren Stellen zitiert, dass dies keinerlei Rückschlüsse auf die Kenntnis der dogmatisch-methodischen Ausführungen in diesem Werk zulässt (vgl. Durkheim 1999 [posthum]: 86; 1899), so wie auch das überwiegende Gros von Durkheims Rezensionen sich auf rechtshistorische, -ethnologische und rechtsphilosophische Untersuchungen bezieht, nicht auf dogmatisch-methodische Werke (zu den Ausnahmen s. gleich).

Jenseits der Frage, ob und wieviel Kenntnis Durkheim von der Historischen Rechtsschule hatte, kann man eine deutliche Übereinstimmung erkennen: Beiden ist gemein, dass aus den jeweiligen Versionen der Gewohnheitsrechtslehre auf die gesellschaftliche Repräsentationsleistung eines staatlich unverfügbaren Rechts geschlossen wird. Auch Durkheim problematisiert das Verhältnis von Recht und Gesellschaft über die Repräsentation, und auch er sucht dementsprechend die Gesellschaft im Recht. Allerdings zieht Durkheim aus dieser Prämisse gänzlich andere Schlüsse für die Methode.

### *1.2 Abweichungen vom juristischen Repräsentationsdispositiv*

#### *Recht und Rechtssystem*

Die Historische Rechtsschule geht davon aus, dass sich das Recht im Zuge der gesellschaftlichen Entwicklung ausdifferenziert und zu einem eigenständigen Organ wird. Die Repräsentation der Gesellschaft im Recht ver-

685 Zahlreiche Mitarbeiter der *L'Année sociologique* waren juristisch ausgebildet, sei es, dass sie in den Rechtswissenschaften promovierten oder juristische Abschlüsse besaßen (Hubert Bourgin, Maurice Halbwachs, Jean Ray, François Simiand, Georges Bourgin, Georges Davy, Louis Gernet und Marcel Mauss, vgl. Vogt 1983: 177f.), oder aber als Rechtsprofessoren arbeiteten (neben Paul Huvelin auch Emmanuel Lévy, vgl. hierzu Didry 2004; Cotterrell 2004b).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

doppelt sich: Zum einen repräsentiert das Recht den unsichtbaren Volksgeist, zum andern wird der Jurist zum Repräsentanten des Ganzen, indem im Zuge der Professionalisierung das Rechtsbewusstsein auf ihn übergeht. Um zur bewegenden Kraft in der unsichtbaren Kollektivsphäre vorzudringen, um die Gesellschaft im Recht zu finden, muss man diesen Organismus als solchen untersuchen, und d.h.: mittels der historisch-systematischen Methode. Zugleich erweist sich der Rechtswissenschaftlicher als der eigentliche Volkskundige, d.h. als dasjenige Subjekt, das in der Lage ist, solche Erkenntnisse zu gewinnen. Es ist dies die Idee des „lebendigen Rechts", die in sich die Kraft der Entwicklung trägt und darüber die Zuständigkeit des Rechtswissenschaftlers für diese Entwicklung begründet.

Demgegenüber interessiert sich Durkheim nicht für die Eigendynamik eines wie auch immer definierten Rechtssystems. Zwar bildet auch bei ihm das Recht ein „juristisches System" (*système juridique*), d.h. eine individuierte Einheit, die auf fundamentale Elemente rückführbar ist (Durkheim, Fauconnet 1901). Diesen System-Charakter leitet er später ebenfalls aus dem Entstehungszusammenhang von Recht und Gesellschaft ab: „Un système juridique se définit par l'organisation sociale qu'il exprime […]." (Durkheim 1910: 286) Er sieht darin ein Ensemble von Praktiken, die sich auf Rechtsregeln beziehen (*practiques juridiques*), und die sich ihrerseits zu bestimmten Institutionen bündeln lassen, welche dann wiederum theoretisch ein System bilden (Durkheim, Fauconnet 1901). Abgesehen davon, dass dieser Systemzusammenhang in Durkheims Augen um die Jahrhundertwende noch ein Desiderat der Wissenschaft darstellt und er die Aufgabe der Soziologie gerade auch darin sieht, durch ihre Forschung diese systematisierende Leistung zuallererst zu ermöglichen,[686] geht es bei ihm nicht um die Frage der Auswirkung eines solchen Systems auf die Bedeutung der Institutionen (oder Institute). Was ihn beschäftigt, sind Genese, Funktion und Funktionsmechanismus der „rechtlichen Institutionen" (Durkheim 1991c [1888]: 73) wie Familie, Eigentum und Vertrag. Diese Fragen bilden für Durkheim den Ausgangspunkt einer jeden wissenschaft-

686 So schreibt er zusammen mit Fauconnet im Jahr 1901: „Quand la sociologie sera plus avancée, elle montrera comment les éléments d'un même système juridique tiennent les uns aux autres, comment ils sont tous placés sous l'influence de quelque élément dominateur. Mais actuellement cette étude synthétique n'est guère encore qu'un *desideratum* de la science." (Durkheim, Fauconnet 1901) Aufgrund der strikten Rückbindung des Rechts an die jeweiligen Gesellschaften (vgl. Durkheim 1910: 287f.) interessiert sich Durkheim zur Vorbereitung dieser Synthese für die Analyse insbesondere rechtsethnologischer Untersuchungen ganzer Völker bzw. „sozialer Typen" (vgl. Durkheim 1903b).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lichen Betrachtung des Rechts. Er formuliert sie auch explizit in seiner Vorlesung *Physik der Sitten und des Rechts* und führt bzgl. Eigentum und Vertrag aus:

> Die Wissenschaft hat zu klären 1. wie diese Regeln im geschichtlichen Verlauf entstanden sind, das heißt, auf welche Ursachen sie zurückgehen und welchen Zwecken sie dienen; 2. wie sie innerhalb der Gesellschaft funktionieren, das heißt, auf welche Weise sie von den Individuen angewandt werden. (Durkheim 1999 [posthum]: 9)[687]

Durkheim nimmt also nicht den logisch-systematischen Zusammenhang der Rechtsregeln in den Blick, um sie über die Rekonstruktion des dem Gesetz innewohnenden Gedankens durch die Auslegung zu verstehen. Er analysiert stattdessen den Kausalzusammenhang sozialer Phänomene anhand der Untersuchung von Genese und Funktionieren des Rechts, was in seinen Augen die einzige Möglichkeit ist, Wissenschaft zu betreiben. Das Recht und die Sitten sind nach Durkheim „keine Systeme […], die logisch mit abstrakten Maximen verbunden sind, sondern organische Phänomene, die im Leben von Gesellschaften selbst gelebt haben" (Durkheim 1991c [1888]: 69). Aus seiner Perspektive ergibt eine dogmatische Arbeit am Recht, wie sie die Historische Rechtsschule auf der Basis einer logisch-systematischen Arbeit entwickelte, für die Suche der Gesellschaft im Recht keinen Sinn.[688] Man gelangt ihm zufolge nicht über Begriffskonstruktionen zum kausal definierten Leben, sondern nur durch Beobachtung und Erklärung. Wenn also auch für Durkheim Werte das Wahre im Wirklichen sind, dann gilt es, sie zu erklären, nicht sie zu verstehen.

---

687 Durkheim hielt die Vorlesungen zwischen 1896 und 1900 zweimal in Bordeaux sowie unter verschiedenen Bezeichnungen mehrfach zwischen 1902 und 1915 in Paris. Sie wurde 1950 in unvollständiger Form veröffentlicht (Müller 1999: 311). Es handelt sich um die wissenschaftlichen Vorarbeiten für eine „neue Moralökologie" (ebd.: 316), in der Durkheim sich – so Hans-Peter Müller – mit den ungelösten Problemkomplexen aus der *Arbeitsteilung* beschäftigt, nämlich mit der Klärung der Rolle kollektiver Akteure sowie des Staates und der Entwicklung des modernen Kollektivbewusstseins (ebd.: 315). Wenn überhaupt, dann nimmt Durkheim in dieser Vorlesung eine Systematisierung des Rechts anhand der Geltungsreichweite der Rechtsnormen vor, nämlich ob es sich um Regeln mit universeller oder partikularer Geltung handele (Durkheim 1999 [posthum]: 11ff.; vgl. Gephart 1993a: 352ff.).

688 Diesen Vorwurf richtet Durkheim schon früh gegen die rechtsphilosophische logische Untersuchung von Gaston Richard, da man aus der gedanklich-logischen Konstruktionen des Rechts nicht auf die Empirie des Rechts schließen könne (vgl. Durkheim 1893: 295).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

*Recht und „lebendes Recht"*

Obwohl das Recht nach Durkheim in der Gesellschaft „gelebt" hat (s.o.), lehnt er aus dem oben genannten Grund die Idee eines „lebendigen Rechts" ab – und zwar explizit: Das gesatzte Recht gehört für ihn zu den ‚Dingen', die mit den Personen das innere soziale Milieu einer Gesellschaft bilden. Wenn er in den *Regeln* den Ursprung eines jeden bedeutungsvollen sozialen Vorgangs in diesem Milieu sucht, so kommen als aktive Faktoren jedoch nun gerade nicht die ‚Dinge' in Betracht: „Sie sind die Materie, an welcher die lebendigen Kräfte der Gesellschaft angreifen, doch entwickeln sie selbst keine lebendige" respektive keine „bewegende Kraft" (Durkheim 2007 [1894]: 195). Über die Analyse des Rechts lassen sich zwar Merkmale des jeweiligen sozialen Typs der Gesellschaft erkennen; eine Erklärung für die kollektive Entwicklung vermag das Recht allerdings nicht zu liefern – und konsequenter Weise rekurriert Durkheim hierfür auf die Personen, d.h. das „menschliche Milieu" (hier insbesondere auf Volumen und Dichte der Gesellschaft, ebd.: 195ff.).

Bemühungen wie die der Historischen Rechtsschule, über die Rechtsdogmatik eine Anbindung an das Leben zu gewährleisten, erkennt Durkheim folglich nicht an. Anders als in der Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Rechtsschule führt der Repräsentationsgedanke Durkheim also nicht zur Annahme eines autonomen Rechts, das eine eigene Kraft der Entwicklung in sich trage. Daher bestreitet er letztlich die Existenz einer systemisch-organischen Eigendynamik des Rechts, über die man dann die gesellschaftliche Kraft der Entwicklung erkennen könne. Ein wissenschaftlich erzeugtes Recht, das „Recht der Wissenschaft" oder – kritisch gewendet – das Juristenrecht, scheidet also bei Durkheim als Rechtsquelle aus. Recht ist bei ihm immer Volksrecht, dessen einzige Quelle in der Gesellschaft liegt. Der Franzose Durkheim, der über die napoleonischen Kodifizierungen mit einem rational ausgeformten, gesatzten Recht zu tun hat und daher die Probleme des Rechtspluralismus nicht (mehr) kennt, stellt sich weder Fragen der Rezeption oder der Oktroyierung von Recht (eigenes und fremdes Recht), noch sieht er sich mit sich widersprechenden Rechten konfrontiert, die zu einer Entscheidung zwingen (römisch-liberales versus germanisch-soziales Recht). Das Problem der richtigen Quelle des Rechts kennt Durkheim nicht. Das Recht erscheint bei ihm in Form des Gesetzes, und nicht wie in der Historischen Rechtsschule angesichts des Rechtspluralismus als freizulegendes Recht hinter den Rechtssätzen. Unabhängig von der Frage, ob Durkheim überhaupt die juristischen Debatten über Miss- oder Nicht-Repräsentation und -Repräsentierbarkeit der Gesellschaft im Recht kannte (s.o. § 2.III.2), hat es also konzeptionelle



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gründe, dass diese Problematisierungen der rechtlichen Repräsentationsleistung im deutschen Diskurs der Privatrechtswissenschaften bei Durkheim keinen Widerhall finden.

### *Die Bedürfnisse der Zeit*

Durkheim erwähnt allenfalls in verschiedenen Facetten das Problem, ob das gegebene Recht den Bedürfnissen seiner Zeit entspricht. So könne es sehr wohl der Fall sein, dass „eine juristische Institution die Ursachen für ihre Existenz um lange Zeit überleben [kann], sie bleibt mit sich selbst identisch, obgleich sich die sozialen Phänomene, die sie umfaßt, verändert haben" (Durkheim 1991c [1888]: 65). Auch für ihn ist es also denkbar, dass rechtliche Normen nicht mit dem tatsächlichen Zustand übereinstimmen und letztlich nur durch die Macht der Gewohnheit fortdauern (vgl. ebd.). Wenn also das Recht unter Umständen nicht den Bedürfnissen der Zeit entspricht, können „die Regeln selbst die Ursache des Übels" sein (Durkheim 1996 [1893/1902]: 443).

Das sei aber letztlich kein Problem des Rechts respektive der Rechtswissenschaft. Denn sollte der – Durkheim zufolge – äußerst seltene Fall eintreten, dass sich die Sitten gegen das Recht stellen, dann würden sich die Sitten in neues Recht wandeln (vgl. ebd.: 113).[689] Ein solcher pathologischer Zustand schaffe sich letztlich immer selbst ab: „Wenn sich dagegen eine Strafvorschrift eine Zeitlang hält, obwohl sie von jedem abgelehnt wird, dann dank eines Zusammenfallens außergewöhnlicher und folglich anormaler Umstände, und ein derartiger Zustand kann niemals andauern." (Ebd.: 123) Wenn Recht nicht mehr dem gegenwertigen Stand der Gesellschaft entspreche, gehe entweder die Sitte unter, da sie es nicht schaffe, sich zu verstetigen, oder aber das Recht wandele sich, indem die neuen Sitten in der Rechtsform auf Dauer gestellt würden.

Diese Selbstregulierung kann nach Durkheim weder über den Gesetzgeber (s.o.) noch unter der Ägide der Rechtswissenschaft erfolgen. Recht und Sitte initiieren nicht den sozialen Wandel, sondern folgen ihm. Folglich lehrt einen das Studium des Rechts auch nicht, was sich gerade im Wandel befindet: „Das Recht und die Sitten drücken nur den bereits fixierten und konsolidierten sozialen Wandel aus; sie lehren uns folglich nichts über die

689 So gilt für den Konflikt selber: „Das Recht drückt die Sitten aus, und wenn es sich gegen sie stellt, dann mit der Kraft, die es ihnen entnommen hat." (Durkheim 1996 [1893/1902]: 198).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Phänomene, die noch nicht bis zum Grad der Kristallisation gelangt sind oder die etwa gar nicht dahin kommen werden […]!" (Durkheim 1991c [1888]: 65) V.a. aber stellt die Rechtswissenschaft in Durkheims Rechtsentstehungslehre gerade keinen Kausalfaktor für rechtlichen Wandel dar. Anders als der Historischen Rechtsschule geht es Durkheim letztlich gar nicht um die Differenz zwischen Recht und Volksgeist als normativ-moralische Sphäre, sondern um diejenige zwischen Recht und gesellschaftlichem Entwicklungsstand. Die eigentliche Ursache für einen Rechtswandel liegt gar nicht in der Moral, denn auch ihr Wandel geht auf die Veränderung der Strukturmerkmale der Gesellschaft, d.h. ihres inneren Milieus zurück (s.o.). Die Arbeitsteilung erzeugt neues Recht – zwar vermittelt über neue Sitten und Gebräuche, aber die Ursache liegt trotzdem jenseits dieser Normen. Für die Erklärung müssen also die Strukturmerkmale der Gesellschaft in den Blick genommen und nicht auf Erkenntnisse der Rechtswissenschaften über die Normen des Rechts abgestellt werden.

Wenngleich Durkheim sich auch nach der *Arbeitsteilung* noch bemüht, eine neue Moral zu entwerfen, und obwohl er spätestens mit seiner *Suizid*-Studie nicht mehr optimistisch auf die Selbstheilungskräfte der Arbeitsteilung verweist, erscheint ihm die neue Moral nicht als ein Rechtsproblem. Nicht nur aufgrund der vagen, und – wie die Kritik an Durkheim immer wieder anmerkt – widersprüchlichen Bestimmungen über den Zusammenhang von gesellschaftlichem Wandel und Recht, sondern aus konzeptionellen Gründen schließt Durkheim für die Suche nach einem Umgang mit der Krise der modernen Gesellschaft den Rekurs auf das Recht und die Rechtswissenschaft aus.

### 2. *Durkheims funktionale Perspektive jenseits des gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositivs*

Da er die Rolle des Rechts respektive der Rechtswissenschaft für die Bewältigung der Krise der Moderne abwertet, ist Durkheim die Perspektive des gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositivs, wie sie in der Debatte um die „soziale Aufgabe" des BGBs anzutreffen ist, fremd. Er mag zwar umstandslos zentrale Prämissen mit diesem Diskurs teilen. Denn selbst wenn er durch die Gewohnheitsrechtslehre der Gesetzgebung die Legitimation zur eigenständigen Handlung abspricht – hierin ähnelt er der Historischen Rechtsschule –, geht es ihm ja nicht um eine (idealistische) Verankerung des Rechts in der Vergangenheit. Für ihn liegt – wie im gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositiv – das Problem im krisenhaften Zustand der Gegenwart. Das epistemische Ding ‚Gesellschaft' wird sich selbst zum Prob-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lem, und damit rücken auch bei Durkheim das Ordnungsproblem, die Frage der gesellschaftlichen Bindungswirkung und der Erhalt der Gesellschaft in den Mittelpunkt. Wie Jhering sieht er den Zweck des Rechts in der Sicherung der sozialen Ordnung; das sei seine ‚Sozialfunktion'. Dass angesichts dessen das Recht, und zwar gerade auch das Privatrecht, eine soziale Aufgabe hat, ist für Durkheim selbstverständlich. Das gelte für alle Bereiche des Rechts gleichermaßen, so dass eine Aufgabenteilung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht – und damit auch eine Verlagerung der gesellschaftstheoretischen Frage in Rechtsgebietsstreitigkeiten – nicht möglich ist.

Damit lassen auch Durkheims Überlegungen eine Aufwertung des Zweckgedankens für die Bestimmung des Rechts erkennen, wobei der Zweck gerade nicht normativ, sondern funktional zu verstehen und daher als ein Wahrheitsproblem anzusehen ist. Aber obwohl das Recht in Durkheims funktionaler Wendung des Repräsentationsgedankens kein Selbstzweck, sondern ein Mittel zum Zweck der gesellschaftlichen Ordnungssicherung ist, entzieht sich dieses Mittel sowohl der gesetzgeberischen als auch insbesondere der rechtswissenschaftlichen Verfügbarkeit. Während er eine gegenüber dem gewachsenen Recht selbstständig agierende Gesetzgebung aufgrund der Gewohnheitsrechtslehre ausschließt, gilt für die Rechtswissenschaft: Aus der Bestimmung der Funktion bzw. des Zwecks des Rechts lassen sich weder Vorgaben für die juristische Analyse des Rechts noch für die Bestimmung eines wie auch immer gearteten richtigen, angemessenen oder adäquaten Rechts durch die Rechtswissenschaft herleiten. Die erklärenden Ursachen können ihm zufolge ja gerade nicht über den Zweck oder die Funktion hergeleitet werden; vom Nutzen eines sozialen Phänomens könne man nicht auf dessen Entstehung oder Wesen schließen. Für Durkheim ist die „soziale Aufgabe" also die gesellschaftliche Funktion des Rechts. Diesbezügliche Vorgaben sind hingegen nicht aus dem Recht herleitbar, geschweige denn dadurch zu erklären. Letztlich ist es vor diesem Hintergrund nicht möglich, über die Rechtswissenschaft zur „Lösung des sozialen Sphinxräthsels" (Fuld) der sozialen Frage zu gelangen, weil das Recht keinen Kausalfaktor in der gesellschaftlichen Entwicklung darstellt. Daher ist der Sachverständige für die soziale Ordnung auch nicht der Rechtswissenschaftler, sondern der Soziologe, der sich damit einem eigenständigen Gegenstandsbereich zuwendet. Angesichts der Krise der gegenwärtigen Gesellschaft bedarf es in Durkheims Konzeption nicht eines soziologischen Korrektivs (etwa Menger, Petrazycki), sondern genuin und allein soziologischer Forschung.

Angesichts dieser Divergenzen verwundert es auch nicht, dass Durkheim sich trotz zahlreicher Rezensionen deutscher juristischer Arbeiten für



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die doch so prominente Debatte um die soziale Aufgabe des BGBs nicht interessiert. Das zeigt sich deutlich in der Rezension eines Beitrags aus dieser Diskussion, nämlich Ludwigs Fulds Aufsatz „Die Frauen und das bürgerliche Gesetzbuch". Dort beleuchtet er die Problematik weder – wie Fuld – aus der Perspektive der Sozialpolitik, noch geht er auf die zugrunde liegende Frage der Angemessenheit der Ordnungsleistung des neuen Rechts mit Blick auf das Geschlechterverhältnis ein (vgl. Fuld 1900). Durkheim listet letztlich nur die von Fuld erwähnten positiven Regelungen des BGBs bzgl. der Stellung der Frauen auf (Durkheim 1901).

Dementsprechend kann man sagen: Auch wenn Durkheim letztlich den Repräsentationsgedanken im Recht funktional wendet, lassen sich daraus keine Rückschlüsse für die Rechtswissenschaft und das Recht ziehen. Er bleibt trotz allen in den Bahnen des Dispositivs der Repräsentation.

### 3. *Durkheims Ablehnung der Problemlagen des normativen Zweckdispositivs*

Die Irrelevanz der Rechtswissenschaft hat bei Durkheim auch einen wissenschaftstheoretischen Grund, womit er sich im normativen Zweckdispositiv verorten lässt. Denn aufgrund seines naturwissenschaftlich orientierten Wissenschaftsverständnisses hegt Durkheim starke Zweifel an der generellen Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz.

Dass die Spekulationen der Rechtsphilosophie für ihn keinerlei wissenschaftlichen Wert haben, ist selbstredend. Doch auch die eigentliche Anwendungsfrage des Rechts, die juristische Methodenlehre, die Anleitungen zur Auslegung des Gesetzes gibt, ist für Durkheim keine Wissenschaft: „Die Interpretation eines Textes stellt jedoch eine Kunst und keine Wissenschaft dar, weil sie nicht darauf hinausläuft Gesetze zu entdecken." (Durkheim 1991b [1888]: 43) Die Rechtswissenschaft habe praktische Ziele, und daher sei sie keine Wissenschaft im strengen Sinne des Wortes. So etwas wie eine ‚normative Wissenschaft' ist für Durkheim ein Widerspruch in sich (Durkheim 1904b: 380f). Er weist also die Möglichkeit einer Rechts*wissenschaft* im strengen Sinne insgesamt zurück, geht aber zugleich davon aus, dass sie ohne wissenschaftliche – und d.h. dann: soziologische – Erkenntnis nicht agieren kann: „Die Praxis der Rechtsprechung ist im Wesentlichen eine Kunst, eine Angelegenheit der Erfahrung. Aber jede Kunst, die nicht Routine ist, stützt sich auf eine Wissenschaft, von der sie sich inspirieren läßt. Für das Recht kann diese Wissenschaft nur die Soziologie sein" (Durkheim 1991c [1888]: 73) – auch wenn diese im Jahr 1888 noch in den Kinderschuhen stecke (ebd.). Da man für den Umgang mit den rechtlichen Institutionen deren Ursachen kennen müsse (ebd.), scheint es



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

geradezu unmöglich, dass die Rechtswissenschaft nicht durch eine geänderte Vorstellung über die Gesellschaft und die sozialen Funktionen modifiziert werde. Für diese Erkenntnis bedürfe es aber der soziologischen Methode, denn „es gibt nur ein Mittel, diese Ursachen zu entdecken, und das ist die vergleichende Methode, die wir anwenden wollen" (ebd.).

Das gelte umso mehr, als die rechtswissenschaftliche Rechtsvergleichung, wie sie sich gegen Ende des 19. Jahrhunderts als Teildisziplin im juristischen Fächerkanon gegenüber der nun von der Rechtsdogmatik abgesonderten Rechtsgeschichte ausdifferenzierte (vgl. Vogenauer 2012), ebenfalls nur eine Kunst darstelle: „Le droit comparé, au contraire, est un art; son rôle est tout pratique." (Durkheim 1904a: 375) Als Wissenschaft anzusehen sei nur eine ‚Rechtssoziologie' (oder eben eine ‚juridische Soziologie', „sociologie juridique", ebd.), die in historischer Perspektive vergleichend verfahre, um die Ursachen der Rechtsinstitutionen zu ermitteln (ebd.).[690] Allenfalls die Rechtsgeschichte verdient bei Durkheim also den Titel einer Wissenschaft (Durkheim 1902). Einer Rechtswissenschaft, die sich über Rechtsdogmatik und -methodik definiert, spricht er demgegenüber den Wissenschaftscharakter ab.

Das bedeutet allerdings nicht, dass Durkheim für die dogmatisch-methodischen Implikationen seiner Soziologie für die Rechtswissenschaft blind gewesen wäre, genauso wenig wie er die französischen Debatten seiner Zeit über die Reform der juristischen Methode ignoriert.[691] Denn auch in Frankreich gerät um die Jahrhundertwende die vorherrschende Methode der *école de l'exégèse* (Gläser 1996: 43) zunehmend in die Kritik (etwa von Saleilles oder Gény) – unter anderem als Folge der Rezeption der Historischen Rechtsschule und Jherings Zweckdenken.[692]

Auch Durkheim wendet sich gegen diese vorherrschende Schule. Deren methodischer Kern ist in der Gleichsetzung des Rechts mit dem Gesetz sowie in der Auslegung des Gesetzes – gerade auch im Falle von Lücken –

690 So heißt es bei Durkheim: „ Le droit civil comparé, tel que l'entend l'auteur, n'est pas l'histoire comparée du droit. Celle-ci est une pure science, qui, par voie de comparaison, cherche à déterminer la genèse des institutions juridiques. C'est un autre nom donné à ce que nous appelons ici sociologie juridique." (Durkheim 1904a: 375).

691 Zu Durkheims Verortung in den juristischen Debatten seiner Zeit in Frankreich vgl. Lascoumes 1991; Halpérin 2017.

692 Zu Génys eigenwilliger Adaption von Jhering vgl. Whitman 1997: 160ff.; zum Einfluss der Rezeption der Historischen Rechtsschule in Frankreich im 19. Jahrhundert auf die Methodenfrage vgl. insbesondere Bürge 1991: 199ff.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nach dem Willen des Gesetzgebers zu sehen.[693] Durkheim formuliert starke Vorbehalte gegen eine solche Rechtswissenschaft, die sich in einer reinen Exegese der Gesetze erschöpfe, indem sie lediglich Texte kommentiere. Dabei würden die juristischen Formulierungen als „Orakel" angesehen, deren „mysteriösen Sinn" es nach der verschleierten und oft unbewussten Intention eines Menschen oder einer Versammlung zu „erraten" gelte (Durkheim 1991b [1888]: 51). Wenn es also vor allem darum gehe, die Intention des Gesetzgebers herauszufinden (ebd.: 50), dann werde die einzige Quelle des Rechts fälschlicherweise im Willen der Legislative verortet: „Dies hieße jedoch, den Buchstaben für den Geist, den äußeren Schein für die Wirklichkeit zu nehmen." (Ebd.)[694]

Trotz dieser Kritik an der *école de l'exégèse* erteilt Durkheim den juristischen Methodenreformbestrebungen in Frankreich eine harsche Absage: Zwar signalisiert er Zustimmung zu Raymond Saleilles, der als direkter Vorläufer der französischen Debatte um die Erneuerung der Rechtswissenschaft gilt (vgl. Durkheim 1903a: 302). Dieser hatte in Auseinandersetzung mit der Historischen Rechtsschule einen Rechtsbegriff entwickelt, der sich zwar nicht gegen die Kodifikation richtet, Recht jedoch als konkretes, in bestimmten sozialen Milieus erwachsendes historisches Phänomen begreift (vgl. Sabbioneti 2010). Das habe eine Auslegungsmethode zur Folge, die auf objektiven Faktoren jenseits des subjektiven Willens des Gesetzgebers, aber auch jenseits subjektiver Gerechtigkeitsempfindungen abstelle (vgl. Durkheim 1903a). Was Durkheim dabei vehement kritisiert, ist jedoch die Idee, dass es sich bei diesen objektiven Faktoren um „natürliches Recht" jenseits des Gesetzes handele (ebd.: 303). Dabei wendet er sich nicht nur gegen die missverständliche Bezeichnung, sondern gegen die Konzeption an sich: „Il n'est pas plus, ni moins naturel que celui d'hier qu'il remplace, ou celui de demain qu'il prépare. Il correspond à des changements qui se sont produits dans l'état des sociétés où il s'élabore, comme celui du passé répondait à un état qui n'est plus." (Ebd.) Da für Durkheim das Recht die im Gesetz kristallisierten Gewohnheiten sind, existiert kein gelebtes, ‚natürliches' oder sonstiges Recht hinter oder neben dem Gesetz, auf das man im Falle von Anwendungsunsicherheiten rekurrieren könnte

693 Wobei jedoch der Wille des Gesetzgebers äußerst flexibel interpretiert wird (vgl. Gläser 1996: 44ff.).

694 Denn die Quelle liege im Kollektivbewusstsein, dem der Gesetzgeber nur einen Ausdruck verschaffe: „Das Recht arbeitet sich aus dem Innern der Gesellschaft hervor, und der Gesetzgeber bestätigt nur ein Werk, das sich ohne ihn vollzogen hat." (Durkheim 1991b [1888]: 50f.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und das – wie in der deutschen Debatte – dadurch methodische Implikationen für die Rechtswissenschaft entfalten würde.[695]

Auch der Ansatz des Saleilles-Schülers François Gény, der mit dem Entwurf der „libre recherche scientifique" der französischen Methodenreformbewegung den entscheidenden Impuls gab, ist für Durkheim nicht haltbar. Nach Gény, den er vermittelt über Edouard Lambert bespricht, dürfe eine Rechtsfortbildung nur im Falle einer echten Lücke im Gesetz erfolgen. Die Kriterien für die richterliche Entscheidung seien dann wissenschaftlichen Untersuchungen etwa der Ökonomie, der Politik, der Moralökologie des Landes etc. zu entnehmen.[696] Denn der Brauch, die Gewohnheit seien für Gény als Rechtsquelle aufgrund des zunehmenden Einflusses der Gesetzgebung mittlerweile absolut peripher. Recht entstehe nicht in unbewussten Gewohnheiten, sondern sei heute ein Produkt der rationalen gesetzgeberischen Entscheidung. Wenn Lambert nun dieser Abwertung der Gewohnheit als Rechtsquelle durch Gény widerspricht, so stimmt ihm Durkheim darin explizit zu (Durkheim 1904a: 376). Allerdings ist Durkheim nicht einverstanden mit dem, was Lambert unter ‚Gewohnheitsrecht' verstanden wissen will, nämlich richterliches Gewohnheitsrecht, wie es sich in den rational gefällten Urteilen herausbilde. Der These, dass das Gewohnheitsrecht ein Produkt der Jurisprudenz sei (ebd.: 377), hält Durkheim entgegen, dass das Recht auch in diesem Fall dem Kollektivbewusstsein entspringe. Denn die Rechtsprechung gehöre zu den „centres secondaires" (ebd.: 378) des Kollektivbewusstseins und repräsentiere in ihren Urteilen zwar nicht den ganzen Organismus, aber bestimmte Teile.[697]

Insofern hängt Durkheim auch in seinen Stellungnahmen zu den rechtswissenschaftlichen Methodenentwürfen seiner Zeit in Frankreich einer Gewohnheitsrechtslehre an, die die methodischen Überlegungen der

---

695 Durkheim richtet diesen Einwand ebenso gegen Stammler, aber auch gegen François Gény und seinen ehemaligen Kollegen Léon Duguit aus Bordeaux, die beide zu den Hauptakteuren in der französischen Methodendebatte um die Wende zum 20. Jahrhundert zählen (vgl. Chazal 2010).

696 Die freie wissenschaftliche Recherche hat nach Gény „pour préoccupation dominante, de découvrir elle-même, à défaut du secours des sources formelles, les *éléments objectifs* qui détermineront toute solution requise par le droit positif" (Gény 1954 [1899]: 77, H.i.O.) Zu diesen zählt er die „nature des choses" bzw. die „réalités objectives".

697 So heißt es über die rechtsprechenden Akteure: „ Ils ne sont avertis que de certains besoins, ne sentent que certains courants et l'étendue de leur action législative doit se restreindre en raison de l'étendue restreinte de leurs informations." (Durkheim 1904a: 378).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Juristen für obsolet erscheinen lassen. Denn selbst wenn Durkheim nicht bestreitet, dass es Lücken im Recht gibt bzw. das gesetzte Recht durch die gesellschaftlichen und ökonomischen Entwicklungen vor Probleme gestellt wird, so erscheint aus seiner Perspektive eine wissenschaftliche Reform der juristischen Methoden schlicht und ergreifend deshalb unnötig, weil man darüber keinerlei wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Rechtsquellen gewinnen könne. Gerade weil er in einer strengen Gewohnheitsrechtslehre das Recht an die Gesellschaft rückbindet, bleibt diese Erkenntnis allein der Soziologie vorbehalten.

In dieser Aufwertung der Soziologie gegenüber einer nun als unwissenschaftlich qualifizierten Rechtswissenschaft lassen sich Ähnlichkeiten zu den Ansätzen einer Soziologisierung der Rechtswissenschaft erkennen, wie sie im normativen Zweckdispositiv im Diskurs der deutschen Privatrechtswissenschaft zur Debatte stand. Allerdings führt Durkheim die Normativität des Rechts nicht als strategisches Problem ein. Auch wenn er Recht als sanktionsbewährte Gebote definiert, reduziert er die normative Seite des Rechts auf ein Faktum. Daher erscheinen ihm die Probleme eines juristischen Werturteilsstreits nicht als wissenschaftliche Probleme, und Auslegungsfragen werden gar nicht erst adressiert. In der Rechtsform erscheine eine kollektive Gewohnheit jenseits seiner Anwendung in Permanenz. Daher gibt es für Durkheim – wie bereits erwähnt – keine „zwei verschiedene[n] Arten", eine Rechtsnorm aufzufassen (Durkheim 2007 [1894]: 139). Aber auch auf inhaltlicher Ebene bewegt sich Durkheim jenseits von Interpretationsproblemen des Rechts, da er die Rechtsinstitutionen nur hinsichtlich ihrer Ursachen, Wirkungen und Funktionsmechanismen, aber nicht hinsichtlich ihrer jeweils konkreten Ausformungen in den jeweiligen Gesetzen bzw. in ihren Anwendungen untersuchen will. Damit steht für Durkheim folglich nicht zur Debatte, was ein konkreter Rechtssatz besagt, sondern welche Institutionen darin ihren Ausdruck finden.

Letztlich sieht Durkheim im Entwurf seiner Soziologie auch keine Konkurrenz zu den Rechtswissenschaften, nicht nur, weil sein Erkenntnisziel auf die außerrechtlichen Voraussetzungen des Rechts gerichtet ist, sondern weil er schlichtweg den Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft bestreitet. Das Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Soziologie erscheint bei Durkheim nicht diskussionswürdig. Insofern erstaunt es auch nicht, wenn Durkheim an Kantorowicz' Ausführungen zu dieser Frage am ersten deutschen Soziologentag aus dem Jahr 1910 einzig dessen Erkennt-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nis nennenswert erscheint, dass das soziologische Wissen für die Juristen unverzichtbar sei (Durkheim 1913: 23f.).[698]

### 4. Die Indexthese als Kehrseite des Repräsentationsdispositivs

Durkheims explizite und implizite Ausführungen zur Rechtstheorie und zur Rechtswissenschaft basieren allesamt auf einem vollkommen entproblematisierten Verständnis des Rechts. In seinen Ausführungen zum Recht gibt es kein Bestimmungsproblem (Recht ist Gesetz und nicht lebendiges oder lebendes Recht), kein Verständnisproblem (Auslegung), keine Probleme der Angemessenheit des Rechts (Bedürfnisse der Zeit), und aus wissenschaftlicher Perspektive schon gar kein Wertungsproblem („soziale Aufgabe"). Durch den Ausschluss der Rechtswissenschaft aus dem Kanon der Wissenschaften besteht auch kein Konkurrenzverhältnis bezüglich der Erkenntnis des Rechts, insbesondere auch deshalb nicht, weil Durkheim die rechtliche Norm nur als kristallisierte kollektive Gewohnheit betrachtet. Recht ist der Prototyp eines soziologischen Tatbestandes, der in seiner Positivität und Objektivität der soziologischen Analyse als Grundlage dienen kann – oder wie König diese Position beschreibt: „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, H.i.O.) Dabei zieht die Soziologie ihre Erkenntnisse aus der Repräsentationsleistung des Rechts, das doch in seinem jeweiligen Bestand das kollektive Bewusstsein indiziert.

Diese sogenannte „Indexthese" des Rechts, wie sie Durkheim insbesondere in der *Arbeitsteilung* aufstellt, wurde von Anfang an mit sehr überzeugenden Gründen einer harschen Kritik unterzogen. Schon der Durkheim-Schüler Albert Bayet bezweifelt den soziologisch indikativen Wert der Rechtsnormen, wenn er darauf hinweist, dass bei einer gegebenen Norm weder klar sei, ob sie noch angewendet werde oder trotz gleichen Wortlauts durch Auslegung gänzlich modifiziert worden sei, ob sie von verschiedenen Kreisen und Klassen überhaupt in derselben Weise angewandt werde bzw. ob sie nicht auf Widerstand in der Gesellschaft stoße. In all diesen Fällen könne das methodische Vorgehen, aus dem kodifizierten Recht die gemeinsamen Vorstellungen einer Gesellschaft abzuleiten, in die

698 Für Weber erscheint die Auseinandersetzung mit Kantorowicz' Vortrag demgegenüber zentral, s.u. § 8.III.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Irre führen (Bayet 1922, 1925, zitiert nach König 1971: 49). Darüber hinaus wies man immer wieder auf die Schwierigkeiten der Trennung zwischen repressivem und restitutivem Recht hin (Cotterrell 1999: 33). Die eigentümliche Art der Kategorisierung des Rechts wurde ebenfalls kritisch hervorgehoben, insbesondere Durkheims Einordnung des Verwaltungs- und Verfassungsrechts als restitutives Recht (etwa Gephart 1993a: 384f.). Von rechtshistorischer Seite griff man wiederum Durkheims Konzept primitiver Gesellschaften im Rahmen seiner Entwicklungsthese des Rechts an (vgl. Müller, Schmid 1996: 512 m.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 (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; s.a. Lukes, Prabhat 2013: 156)

Die Kritik an der „Indexthese" wird aber mit einer generellen Kritik an der *Arbeitsteilung* verbunden, lautet doch die allgemeine Meinung in der Literatur, dass es Durkheim nicht gelungen sei, seine Untersuchung über den Zusammenhang zwischen Arbeitsteilung und gesellschaftlicher Solidarität zu einem befriedigenden Abschluss zu führen (Schmid 1989: 518ff. m.w.N.). V.a. die logischen Widersprüche der Bestimmung des Kollektivbewusstseins einerseits als Grundbegriff jeglicher Gesellschaftslehre und andererseits als Spezifikum der mechanischen Solidarität, welches mit der Zunahme der organischen Solidarität abnehme, werfen Durkheim nicht nur völlig aus der Bahn (vgl. Parsons 1966: 318), sondern wirkten sich auch auf die rechtlichen Fragestellungen aus. Denn welche Rolle in qualitativer Hinsicht dann das Strafrecht spielt, auf das Durkheim ja trotz seiner These der Abnahme des repressiven Rechts immer wieder zurückkommt, bleibt völlig unklar (vgl. Gephart 1993a: 384). Letztlich 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



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vor – bzw. sind nur über eine Revision der Prämissen zu integrieren (vgl. hierzu Isambert 2013; Karsenti 2013).[699]

Diese Einwände sind zwar triftig, übersehen aber alle die strategische Funktion bzw. das „Prinzip der Forschungstechnik" (König 1971: 50), das der spezifischen Art der Adressierung des Rechts bei Durkheim zugrunde liegt – sowohl bezogen auf die Soziologie als auch auf die Rechtswissenschaft.

Wenn es nämlich um die Begründung der Soziologie als eine eigenständige Wissenschaft geht, die sich über einen spezifischen Gegenstandsbereich definiert, der zudem in seiner Konstitution den „Regeln der soziologischen Methode" zugänglich ist, und wenn man diesen Gegenstandsbereich außerdem als ein moralisches Phänomen definiert, dann bedarf es eines soziologischen Tatbestandes, der genau diese Anforderungen erfüllt. Würde er fehlen, gäbe es keinen Beweis dafür, dass man die Soziologie als Wissenschaft der Moral überhaupt auf eine empirische Basis stellen könne. Genau das gewährleistet für Durkheim das Recht. Denn welche anderen moralischen Normen kämen statt dem Recht in Betracht, die die gleichen Vorteile in sich vereinten, nämlich Sichtbarkeit, Permanenz, Objektivität und Repräsentation?

Sowohl für die *Arbeitsteilung* als auch für die *Regeln* gilt: Das Recht kann die von Durkheim proklamierte forschungspragmatische Funktionen nur in einer ganz bestimmten Form erfüllen. Die von Anfang an viel gescholtene Vorgehensweise, das Recht als Index der jeweiligen Solidaritätsform heranzuziehen, basiert auf der Annahme, dass das Recht die soziale Solidarität direkt repräsentiere. Durkheim muss vermeiden, das Recht gegenüber der Moral zu verselbständigen. Denn „wenn man Grund zur Annahme hätte, daß das Recht zu einem gegebenen Zeitpunkt nicht den wahren Zustand der sozialen Beziehungen zum Ausdruck bringt", dann wäre sein

699 Allerdings rückt auch Durkheim später die normative Dimension mehr und mehr in den Vordergrund, wenn er etwa im Jahr 1906 nun ein „gewisses Erstrebenswertsein" zu den Hauptmerkmalen der moralischen Tatsache zählt (Durkheim 1976a [1906]: 85) bzw. im Jahr 1911 versucht, Werturteile soziologisch zu fassen, ohne sie auf Wirklichkeitsurteile zurückzuführen „und damit den Begriff des Werts zum Verschwinden zu bringen" (Durkheim 1976c [1911]: 153). In seiner letzten moraltheoretischen Schrift, der Einleitung zu dem Buch, das er über die Moral schreiben wollte, trennt er dann für seine Art der Wissenschaft der Moral zwischen Wert und Wirklichkeit. Wenn er nun zwischen der Sitte als angewandte Moral und der „Moral selbst, d[er] ideale[n] Moral, die über den menschlichen Handlungen schwebt" unterscheidet (Durkheim 1986b [1917]: 48f.), will er nun gerade diese „Moral selbst" zum Ausgangspunkt seiner Wissenschaft machen (ebd.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verfahren in der *Arbeitsteilung* – wie er selbst anmerkt – „unzulässig" (Durkheim 2007 [1894]: 139 Anm.). Das bedeutet zugleich: Jegliche Intervention – sei es seitens des Gesetzgebers, seitens der Rechtswissenschaft oder des Individuums –, die eine Abweichung gegenüber dieser strengen und direkten Kopplung des Rechts an die soziale Sphäre bewirkt oder gar anderweitige Kausalfaktoren geltend macht, muss Durkheim ausschließen. Nur dann kann das Recht die geforderte Indexfunktion erfüllen, nur dann kann man es zu einem Argument der Zahl machen bzw. als Prototyp eines soziologischen Tatbestandes ansehen.

Genau das gewährleistet in Durkheims Konzeption die Rechtentstehungslehre, die er seinem Rechtsbegriff zugrunde legt. Nur in Form der Gewohnheitsrechtslehre, die das Verhältnis von Gesellschaft und Recht über die Repräsentationsleistung des Rechts konzeptionalisiert, sieht Durkheim sich also in der Lage, seiner Soziologie ein sicheres Fundament zu geben. Denn nur auf diese Weise wird das Recht unzweifelhaft zu einem soziologischen Tatbestand, der aufgrund seiner gänzlich entproblematisierten Bestimmung und seiner Dinghaftigkeit einer empirischen Analyse zugänglich ist – und zwar unabhängig von der Frage, ob man die Rechtssätze formal über die Sanktionsart oder inhaltlich über die darin geregelten Rechtsinstitutionen klassifiziert. Anders formuliert: Jede andere Herleitung des Rechts, jede Relativierung seines Gehalts über die Problematisierung der Ordnungsleistung oder gar der Normativität des Rechts, gefährdet das Projekt der Begründung einer Soziologie als „Wissenschaft der Moral" auf einer sicheren empirischen Basis. Es sind also theoriestrategische Gründe im Entwurf der Soziologie, die Durkheim in der Entstehungsphase der Soziologie das Recht aus der Gewohnheit herleiten lassen.

Durkheims soziologische Rechtsentstehungslehre steht dabei der juristischen Gewohnheitsrechtslehre sehr nahe. Daher ist sein Ansatz gegenüber den Rechtswissenschaften auch nicht neutral, und zwar nicht nur, wenn er explizit hierzu Stellung nimmt, sondern ebenfalls aufgrund der impliziten Konsequenzen. Durkheim gelangt jedoch zu gänzlich anderen methodischen Schlussfolgerungen als die Gewohnheitsrechtslehre der Historischen Rechtsschule, die letztlich zur Aberkennung des Wissenschaftscharakters für die Rechtswissenschaft führen. Dies folgt aus seiner soziologischen Verkehrung der Problematisierung des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft über den Repräsentationsgedanken:

Wenn sowohl Durkheim als auch die Gewohnheitsrechtslehre aufgrund des dem Objekt ‚Gesellschaft' inhärenten Erkenntnismangels auf das Recht rekurrieren, so entproblematisiert die Historische Rechtsschule in einem gewissen Sinne die Gesellschaft, um das Recht problematisieren zu können. Das Objekt ‚Gesellschaft' bildet ja gerade aufgrund dieses Erkenntnis-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mangels keinen legitimen Gegenstand für eine eigenständige Wissenschaft, und *vice versa* richtet sich dann das wissenschaftliche Interesse auf die Erkenntnismöglichkeiten des Rechts. Da eine – wie auch immer geartete – Wissenschaft der Gesellschaft nicht möglich erscheint, wird der eigentliche Gesellschaftswissenschaftler im dogmatisch arbeitenden Rechtswissenschaftler gesehen. Demgegenüber ist es für die Annahme der Indexfunktion des Rechts für Durkheim unerlässlich, dass er das Recht komplett entproblematisiert. Er weist die Möglichkeit einer Rechtswissenschaft zurück, die nicht selbst soziologisch bzw. soziologisch fundiert ist. Der Rechtswissenschaftler, will er als solcher und nicht als Praktiker auftreten, muss soziologisch verfahren. Durkheim reproduziert also die Asymmetrie der Historischen Rechtsschule in Bezug auf Fremd- und Selbstbeobachtung des Rechts, allerdings nun als soziologische Verkehrung des Repräsentationsgedankens, wie dies schon Lorenz von Stein – nur weit weniger erfolgreich – versucht hatte. Damit beschreibt Durkheims Entwurf der Soziologie die Kehrseite des juristischen Repräsentationsdispositivs.

## *V. Der Verlust des Rechts im Repräsentationsgedanken*

Aus dieser theoriestrategischen Anlage eines notwendigen Bezugs zum Recht lässt sich zugleich erklären, weshalb der Stellenwert des Rechts in Durkheims weiteren Arbeiten immer geringer wird. Man könnte auch sagen: Indem Durkheim sich dem Recht zuwendet, wendet er sich von ihm ab. Wenn er nämlich zum einen auf die Rechtsphilosophie (und -theorie) rekurriert, um die im Entstehen begriffene Soziologie wissenschaftlich einzubetten, so ist dieser Bezug im Moment der Konsolidierung der Soziologie nicht mehr nötig. Wenn Durkheim zum anderen über die Gewohnheitsrechtslehre den moralischen Tatsachen einen eigenständigen und damit eigenständig erforschbaren Charakter zuspricht, dann bedarf es im Moment der Etablierung einer selbständigen soziologischen Theorie der „soziologischen Tatbestände“ dieser Legitimation über die Rechtsentstehungslehre nicht mehr.

Diese Abkehr vom Recht hat aber auch mit Durkheims besonderer Art zu tun, in der er das Recht adressiert. Zwar mag man anerkennen, dass er sich sowohl für die Bestimmung der Rechtsform über die Sanktionsart als auch in der Untersuchung der im positiven Recht geregelten Rechtsinstitute dem positiv gesatzten Recht zuwendet. Damit ist aber letztlich kein Interesse am konkreten Inhalt dieser Rechtssätze, d.h. ihrem materiell-rechtlichen Regelungsgehalt, verbunden. Für die Bestimmung der Sanktionsart ist er irrelevant – ob im Vertragsrecht Pacht, Kauf, Tausch oder Leasing



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

etc. geregelt wird, macht dafür keinen Unterschied. Und weil er die Repräsentationsleistung auf inhaltlicher Ebene an den rechtlichen Institutionen festmacht und nicht an einzelnen positiven Regelungen, interessiert sich Durkheim auch nicht für aktuelle gesetzgeberische Vorhaben und Neuerungen. Das wird noch dadurch bestärkt, dass Durkheim mit seiner Betonung des Repräsentationsgedankens ja letztlich nicht auf die Steuerungsleistungen des Rechts zu sprechen kommt, d.h. auf die konkreten Auswirkungen der aktuellen Gesetze auf ökonomische, politische und soziale Prozesse.

Schließlich muss man sagen: Indem Durkheim jegliche Divergenz von Recht und Interpretation oder Wandel der Interpretation negiert, spielt für ihn der Wandel auch in der Rechtsanwendung keine Rolle. All das lässt nachvollziehen, weshalb Durkheim den Rechtswissenschaften im engeren Sinne, d.h. Rechtsdogmatik und Methodik, überhaupt keinen wissenschaftlichen Wert für die Soziologie zuspricht. Dass er sich mit seiner Konzeption des Rechts dabei gegenüber der Rechtswissenschaft keineswegs neutral verhält, ist für ihn daher auch nicht von Interesse, da es sich damit sowieso nicht um ein wissenschaftliches Problem handelt.

Recht erscheint als ein entproblematisierter Faktor, der in dieser Form in der Begründung der Soziologie eine notwendige Funktion erfüllt. Für eine konsolidierte Soziologie ist, wie erwähnt, ein Rekurs auf das Recht nicht mehr nötig. Ob man sich dann den rechtlichen Gegebenheiten zuwendet oder nicht, ändert nichts an der Selbstständigkeit der Soziologie und der Aussagekraft ihrer Ergebnisse.[700] Recht wird damit zum Gegenstand einer Rechts-Soziologie, und nicht mehr der allgemeinen Soziologie. Dies folgt sozusagen aus der Kehrseite des Repräsentationsgedankens.

700 Dem widerspricht nicht, dass das Recht bzw. rechtliche Phänomene einen zentralen Topos im Werk seiner Schüler Georges Davy, Paul Fauconnets, aber auch von Marcel Mauss bilden.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## § 7. Ferdinand Tönnies und das gesellschaftsfunktionale Zweckdispositiv

Für Durkheim stellt in dem Versuch der Gründung der Soziologie die Auseinandersetzung mit dem Recht insbesondere eine forschungspragmatische Notwendigkeit dar. Dabei erfolgt die Bezugnahme auf anderweitige wissenschaftliche Ansätze zum Recht, namentlich auf die Rechtswissenschaft und die Rechtsphilosophie, vorwiegend implizit. Zwar enthalten Durkheims Annahmen über Genese, Eigenart und Wirkung des Rechts zwangsläufig Positionierungen in den rechtswissenschaftlichen Debatten, wie man dies insbesondere als Kehrseite des Repräsentationsdispositivs kennzeichnen kann. Doch die entsprechende Rechtstheorie beansprucht trotz dieser Implikationen, als soziologische Theorie des Rechts für sich selbst zu stehen.

Ganz anders stellt sich die Situation bei Ferdinand Tönnies dar: Für die Entfaltung einer genuin soziologischen Perspektive auf das menschliche Zusammenleben rekurriert er explizit auf die rechtlichen Diskussionen.[701] So äußert er sich immer wieder zur Debatte um die Kodifikation des BGBs, schaltet sich aber auch in die Diskussionen um die juristische Methode ein (s.u. IV.2).[702] Es ist aber namentlich die Kritik der Historischen

701 Nichtsdestotrotz erfahren Durkheim und Tönnies jedoch eine geradezu entgegengesetzte Rezeption: Gegenüber Durkheim, der heute immer noch als Klassiker der Rechtssoziologie gehandhabt wird, sind Tönnies' explizite Auseinandersetzungen mit dem Recht und der Rechtswissenschaft seiner Zeit in der Rechtssoziologie mehr oder minder in Vergessenheit geraten.

702 So schaltet sich Tönnies nicht nur mit seinen Beiträgen zur der von Kohler, Liszt und Berolzheimer initiierten Enquête „Ein deutsches Institut für Rechtsphilosophie und soziologische Fragen?" (Tönnies in Kohler et al. 1910: 220ff.) sowie zur Debatte um das Verhältnis von *Soziologie und Rechtsphilosophie* in die laufende Diskussion ein (Tönnies 1911b; s.o.). Vielmehr ist auch sein Aufsatz *Gemeinschaft und Individuum* (Tönnies 2012g [1914]) in diesem Kontext zu sehen, veröffentlicht er ihn doch im Jahr 1914 kurz vor Kriegsbeginn in einem Schwerpunktheft der Zeitschrift „Die Tat", das ganz der juristischen Methodendiskussion gewidmet ist. Aufgrund der Kriegsereignisse erscheint diese Ausgabe nachträglich als eine Art Zwischenbilanz der Methodendiskussion, die mit Beiträgen u.a. von Radbruch, Sinzheimer, Fuchs, Rumpf, Korsch und Hedemann eine kleine Heerschau freirechtlicher und verwandter Richtungen enthielt (Gängel, Mollnau 1992: 291).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rechtsschule am Naturrechtsdenken, die – wie er immer wieder betont – zum Ausgangspunkt der Entwicklung seiner Grundbegriffe ‚Gemeinschaft' und ‚Gesellschaft' wird. Denn nach Tönnies gründet sich die Soziologie sowohl in geistesgeschichtlicher wie in sachlicher Hinsicht in dieser rechtstheoretischen respektive -philosophischen Konstellation.[703]

Angesichts dessen wird zwar immer wieder betont, dass die Auseinandersetzung mit dem Recht, einzelnen Rechtsinstituten und den theoretischen Überlegungen der Rechtswissenschaft (respektive der Rechtsphilosophie) bei Tönnies für den Entwurf der Soziologie als eigenständige Disziplin eine bedeutende Rolle spielt (vgl. etwa Jacoby 1971; Bickel 1991; Merz-Benz 2016). Allerdings werden daraus in der Regel keine Rückschlüsse für die Interpretation, aber v.a. auch für die Einordnung der Tönnies'schen Soziologie als neu zu begründende Disziplin gegenüber der Rechtswissenschaft gezogen (so ansatzweise bei Bond 2011a; 2011b).

Dabei wird erst vor dem rechtlichen Hintergrund Tönnies' theoretische Leistung und spezifischer geistesgeschichtlicher Einsatz in *Gemeinschaft und Gesellschaft* erkennbar, und hierin liegen in seinen Augen auch die Verständnisprobleme seines Werkes begründet: „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 2012e [1899]: 104)

In dieser Perspektive, d.h. der Rückbindung auf die juristischen Diskurse, zeigt sich, dass Tönnies sich zwar auf die Konfrontationslage von Naturrecht und Historischer Rechtsschule bezieht, wie sie im Kodifikationsstreit Anfang des 19. Jahrhunderts gegeben war. Sein theoretischer Einsatz besteht jedoch in der Umdeutung der zugrunde liegenden Rechtsquellenproblematik. Das führt ihn dazu, Recht nicht über seine Repräsentationsleistung, sondern mit Blick auf seine Ordnungsfunktion zu problematisieren. Tönnies greift also in spezifischer Weise die Problematisierungsweisen des gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositivs auf. Und erst daraus lässt sich die begriffliche Architektonik von *Gemeinschaft und Gesellschaft* erklären, nämlich die Tatsache, dass der Entwurf der Soziologie in den Entwurf

703 Gerade mit Blick auf den Entwurf der Grundbegriffe ist Cornelius Bickel zuzustimmen, wenn er schreibt: „In *Gemeinschaft und Gesellschaft* ist das Tönniesche Gesamtwerk in allen wichtigen Grundzügen bereits enthalten." (Bickel 2003: 120).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einer neuen Naturrechtstheorie in Form des gemeinschaftlichen Rechts (später: gemeinschaftlichen Naturrechts) mündet.

## I. Die geistesgeschichtliche Fundierung von Gemeinschaft und Gesellschaft in der Rechtsphilosophie

Tönnies gibt in seinen Schriften immer wieder Auskunft über jene wissenschaftlichen und intellektuellen Traditionen, die sein Denken und damit seine grundbegriffliche Unterscheidung zwischen ‚Gemeinschaft' und ‚Gesellschaft' maßgeblich geprägt haben. Gleich im ersten Satz seines Vorwortes zur ersten Auflage seines Hauptwerkes *Gemeinschaft und Gesellschaft* aus dem Jahr 1887[704] benennt er den entscheidenden geistesgeschichtlichen Hintergrund: „Der Gegensatz der historischen gegen die rationalistische Auffassung ist im Laufe dieses Jahrhunderts in alle Gebiete der Social- oder Cultur-Wissenschaften eingedrungen." (Tönnies 1979 [1887]: XV)[705] Zum Ausgangspunkt des Entwurfs seiner Soziologie wird also die Differenz zwischen Historismus, wie ihn Tönnies im Aufkommen der Romantik Anfang des 19. Jahrhunderts erblickt (vgl. Tönnies 1979 [1912]: XXVI), und

704 Vorliegend wird aus der Reproduktion der 8. Auflage von *Gemeinschaft und Gesellschaft* aus dem Jahr 1935 zitiert. Dabei wird das Zitat mit dem Verweis auf das Jahr 1887 versehen, wenn die Textstelle schon in der ersten Auflage vorhanden war. Abweichungen von der ersten Auflage werden mit Verweis auf das jeweilige Jahr gesondert gekennzeichnet; kleinere, nicht sinnverändernde Wortänderungen, genauso wie die terminologische Umstellung von Willkür zum Kürwillen, sind hiervon jedoch ausgenommen.

705 Bei Tönnies gibt es insofern ein Zusammenspiel von geistesgeschichtlicher Entwicklung, erkenntnis- und wissenschaftstheoretischen Prämissen und soziologischer Begrifflichkeit, wie Peter-Ulrich Merz-Benz darlegt: „Im Übergang von den historischen zu den rationalen Sozialformen sieht Tönnies nichts Geringeres ausgedrückt als die Genesis des menschlichen Zusammenlebens. Doch diese Genesis selbst und mit ihr die Konstitution der Sozialwelt wird nur erfassbar am Leitfaden des von Tönnies anhand seiner ‚tieferen Erklärung' des Übergangs vom Empirismus zum Rationalismus erschlossenen Konstitutionsprinzips der Wirklichkeit selbst. Die Begriffspaare von ‚Historismus und Rationalismus' sowie von ‚Empirismus und Rationalismus' bezeichnen letztlich bloß die beiden Seiten derselben Sache. Was nunmehr gefordert ist, ist die auf diese Weise begründete Sozialwissenschaft in ihren Einzelbegriffen im Detail auszugestalten, und genau dies hat Tönnies mit seinem Werk *Gemeinschaft und Gesellschaft* getan." (Merz-Benz 2016: 58f.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rationalismus, wie er ihn in seiner typischen Form in den naturrechtlichen Entwürfen bei Hobbes erkennt (vgl. Tönnies 2012l [1932]: 263).[706]

## 1. Naturrecht versus Historische Rechtsschule

Um die Historismus-Rationalismus-Problematik entspannt sich bei Tönnies eine – aufgrund der Vielzahl von teils widersprüchlichen Bezügen – nur schwer entwirrbare Reihe an Gedanken (vgl. Merz-Benz 2016: 49f.; Bickel 1991: 93ff.). Allerdings führt er von Beginn an diese Problematik auf den Gegensatz von rationalem Naturrecht und Historischer Rechtsschule zurück.

### 1.1 Die Ursprünge der Grundbegriffe in Naturrecht und Historischer Rechtsschule

Das rationale Naturrecht ist – wie Tönnies später schreibt – „die Lehre von der natürlichen Freiheit und Gleichheit der Menschen", die als Tatsache (zuweilen auch als Postulat) der Vernunft aufgefasst wird (Tönnies 1998 [1932]: 247). Wenn dabei „völlig getrennte und geschiedene Willenssphären der Menschen als allgemein und notwendig" vorausgesetzt werden (Tönnies 1925 [1905–1911]: 192), ergeben sich daraus Folgerungen für die Gestaltung der Gesetzgebung und damit des Rechts, „die selbst als vernünftig, darum als allgemein und notwendig zu postulieren" seien (Tönnies 1998 [1932]: 247). Recht ist in dieser Konzeption Resultante rationaler Willensakte (so etwa auch im Gesellschaftsvertrag), und genau daher erweise es sich als streng rationales System (vgl. Tönnies 1911a: 397).

706 Vgl. zu Tönnies' Einsatz in der Historismus-Rationalismus-Problematik insbesondere Bickel 1991; Merz-Benz 2016: 37ff. Tönnies entwickelt *Gemeinschaft und Gesellschaft* zunächst in seiner Habilitation als ein Theorem der „Kultur-Philosophie" (Tönnies 2012a [1880/1881]), ordnet dann die Ausarbeitung der Habilitation der „Socialwissenschaft" zu (vgl. Tönnies 1979 [1887]: XXII), um das Werk erst in der zweiten Auflage von 1912 als Beitrag zu den Grundbegriffen der „reinen Soziologie" zu titulieren. Für all diese Phasen hält er an der Genese seiner Begrifflichkeit ‚Gemeinschaft und Gesellschaft' aus dem Gegensatz der historischen zur rationalen Auffassung fest. Da diese Fundierung herausgearbeitet werden soll, geht es hier nicht um die Entwicklung des Tönnies'schen Denkens, sondern um die Grundstruktur.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die im Kern revolutionäre – sowie liberale (vgl. Tönnies 1998 [1932]: 248) – Konzeption des rationalen Naturrechts drückt für Tönnies in paradigmatischer Weise die moderne Weltsicht aus. Er sieht darin den ersten Entwurf der wissenschaftlichen Durchdringung der sozialen Wirklichkeit (vgl. Bickel 1991: 265), gehe doch mit der Freisetzung des Individuums – ähnlich wie bei Durkheim – eine Zunahme der sozialen Verhältnisse und Verbindungen einher (vgl. Tönnies 1998 [1932]: 248):

> 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 1911a: 398)

Dieser individualistisch-rationalistische Begriff eines natürlichen, d.h. der Vernunft gemäß allgemeinen und notwendigen Rechts, wird Anfang des 19. Jahrhunderts durch das Aufkommen und den Erfolg der Romantik in Frage gestellt, wie sie in der Historischen Rechtsschule ihren Ausdruck findet. Hier erscheint das Recht nun nicht mehr als eine rationale Konstruktion, sondern historisch erwachsen aus Sitte, Brauch und Gewohnheit. Es ist die Gewohnheitsrechtslehre mit ihrer Idee der organischen Verbundenheit des Rechts mit dem Volksgeist, auf die Tönnies abhebt (vgl. Tönnies 2012d [1895]). Recht erscheint nicht – wie im Naturrecht – als rationaler Willensakt der Zukunft zugewandt, sondern als aus der Vergangenheit erwachsen. Es ist kein Produkt einer nach Vernunftmaßstäben agierenden Gesetzgebung, sondern der Kollektivsphäre in ihrer Einheit.

Tönnies steht jedoch der Historischen Rechtsschule äußerst kritisch gegenüber: Sie ist für ihn Ausdruck einer restauratorischen politischen Romantik, die aus dem „Zweifel an dem Werte der Aufklärung […] seit den Entrüstungen über die Greuel der Revolution" erwachsen ist (Tönnies 1926d [1908]: 66) – d.h. Ausdruck der Reaktion, die der rationalen individualistischen Staatskonstruktion den Garaus machen wollte (vgl. Tönnies 1979 [1912]: XXVI).[707] Die Annahmen der Historischen Rechtsschule – auch wenn sie die rechtsgeschichtliche Forschung befruchteten – seien nicht nur „einseitig und unzulänglich" (Tönnies 1926d [1908]: 69). Vielmehr drückten sie einen „Antirationalismus" aus (ebd.), der sich in der „unbestimmte[n] Anschauung" des Gewohnheitsrechts und in der „in Unklarheit verharrende[n] Analogie eines *organischen* Charakters alles positi-

707 In der Historischen Rechtsschule sieht Tönnies also weniger die Ambivalenz der Romantik, als deren konservativ-restaurative Seite.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ven Rechtes“ (Tönnies 2012g [1914]: 204, H.i.O.) ganz auf das „Rechtsgefühl“ und die „still wirkenden Kräfte des Volksgeistes“ (Tönnies 1979 [1912]: XXXII) als ihrer pantheistischen Grundlage stützen (vgl. ebd.: XXVII; 1926d [1908]: 88). Damit verzichte die Historische Schule der Rechtswissenschaft (wie auch der Nationalökonomie) in Tönnies Augen „auf Begriffsbildung und Theorie mehr oder weniger ausdrücklich“ (Tönnies 2012d [1895]: 82), so dass der wissenschaftliche Charakter dieses Unternehmens in Zweifel gezogen werden müsse.

Zudem schätze die Historische Rechtsschule ihre eigene Wirkung gänzlich falsch ein. Denn trotz der Tatsache, dass Savigny die Auffassung vertrat, dass das Recht durch einen „organischen Zusammenhang“ mit dem Wesen und Charakter des Volkes verbunden sei, wende er sich nicht dem einheimischen Recht zu, sondern bejahe inkonsequenterweise die Rezeption des römischen Rechts. Darüber entgehe ihm, dass das römische Recht, d.h. „ein fremdes Recht so wenig wie eine fremde Sprache mit dem Wesen und Charakter eines Volkes organisch zusammenhängen kann“ (Tönnies 2012d [1895]: 79). Mehr noch: Das römische gemeine Recht greife wie das Naturrecht in die sozialen Verhältnisse ein. Denn als gemeines Recht, dass gegenüber den lokalen Besonderheiten die *ratio scripta* zu verwirklichen suche, sei es letztlich „in demselben Sinne revolutionär und gleichmachend tätig“ wie der rationale Gesetzgeber (ebd.: 81). Insbesondere verhindere das römische Recht, wie es Savigny konzipiert (bzw. über das subjektive Recht systematisiert), in keiner Weise die typisch naturrechtlichen Folgen der Entwicklung des sozialen Lebens: die „Entfesselung des Privatrechtes, des willkürlichen Eigentums, der vollkommenen Freiheit aller Kontrakte“ (ebd.).[708]

Im Anschluss an Gierkes Kritik am BGB (vgl. ebd.: 79f.) greift Tönnies die Annahme auf, das römische Recht sei individualistisch und eben nicht ‚organisch‘ erwachsen respektive ‚sozial‘. Was dabei auf inhaltlich-systematischer Ebene als Kongruenz zwischen Naturrecht und Historischer

708 Angesichts dieser Entwicklung erklärt sich aber auch das Scheitern der Gewohnheitsrechtslehre, die das Recht moralisiert, indem sie es in der Sittlichkeit gründet und von ihr unablösbar denkt. Denn „vergebens mühen“ sich die „romantischen und restauratorischen Denker“, „das Recht einer kapitalistischen Gesellschaft als von sittlichem Inhalt erfüllt darzustellen. Erfüllt ist es von der Herrschaft des Privateigentums; und in diesem hat (nach einem neueren Meister der Jurisprudenz, Rudolf von Ihering) ‚der nüchterne, platte Materialismus seine vollendete Ausprägung erhalten‘. Natürlich können gleichwohl mit solchem Recht sittliche Gefühle und Gedanken zusammen bestehen; aber sie gehören nicht zu ihm, sie liegen außerhalb seines Wesens.“ (Tönnies 2012g [1914]: 205).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rechtsschule gesehen werden kann (so schon Tönnies 1880a: 3 [pag.]), d.h. subjektives Recht und Systembildung, wird bei Tönnies zu dem Vorwurf umgewandelt, dass Savigny unwissentlich genau das verwirklichte, was er zu verhindern suchte. Die Vertreter der Historischen Rechtsschule vermochten nämlich gerade nicht, „die in der wirklichen Rechtsauffassung und Rechtsbildung ausgeprägte Denkweise umzugestalten, d.h. deren individualistisch-gesellschaftliche Voraussetzungen zu tilgen, die vielmehr unter ihren ahnungslosen Händen um so üppiger wucherten“ (Tönnies 2012g [1914]: 204).

Trotz dieser fundamentalen Kritik an der Historischen Rechtsschule erweist sich die Gewohnheitsrechtslehre nach Tönnies für die Soziologie ebenso anschlussfähig wie die „Sozialtheorie“ des Naturrechts (Tönnies 1979 [1912]: XXVI). Es handele sich bei den beiden um die Differenz zwischen einer „organischen“ und einer „mechanischen Auffassung“ des sozialen Lebens. Und genau in dieser Differenz fundiert Tönnies 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“ (Tönnies 1979 [1887]: 3f.).[709] Letztlich gilt:

> 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 2012k [posthum]: 257)

### *1.2 Der Konflikt zwischen Naturrecht und Historischer Rechtsschule*

Der die Soziologie grundbegrifflich fundierende Gegensatz zwischen Historismus und Rationalismus tritt nach Tönnies aber nicht nur „am Auffallendsten in der Rechtsphilosophie zutage“ (Tönnies 2012k [posthum]: 257). Vielmehr sei in der Rechtswissenschaft (in Verbund mit der Nationalökonomie) der Ursprung des soziologischen Denkens zu suchen: Die

709 Warum Tönnies damit das Durkheim'sche Schema verkehrt, lässt sich aus der Fundierung in der Rechtsphilosophie erklären, beruft er sich doch für die Kategorie der Gemeinschaft auf das organizistische Denken der Historischen Rechtsschule und für die der Gesellschaft auf das mechanistische Denken des Naturrechts, wie es ja auch bei Jhering zum Ausdruck kam.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

philosophische, die historische und die naturwissenschaftliche „Denkungsart" haben im 19. Jahrhundert in ihrem geistesgeschichtlichen Einfluss gerade auf die Jurisprudenz (und die Nationalökonomie) „teils einzeln, teils zusammen, teils nach-, teils gegeneinander das *soziologische* Denken erzeugt und soweit entwickelt, wie es bis zum Schlusse des Jahrhunderts gediehen ist" (Tönnies 1926d [1908]: 63, H.i.O.). Denn die Soziologie ist bei Tönnies „in erster Linie eine philosophische Disziplin" (Tönnies 1926g [1910]: 125), die letztlich die Sozialphilosophie, wie sie in der Rechtsphilosophie (und Staatslehre) ihren Ausdruck fand, wissenschaftlich weiterentwickelte:

> Die Spekulationen über das Wesen der menschlichen Gesellschaft, insbesondere der politischen Verbindungen, hingen immer mit den Ideen einer gesitteten und guten Lebensführung und Lebensgestaltung nahe zusammen. Die Philosophen sollten ja Wegweiser des Lebens sein, sie wollten die richtigen Wege finden und führen. So ist denn die Entwicklung der reinen theoretischen Soziologie, die man auch Sozialphilosophie nennen mag, unablösbar von der Geschichte der Rechtsphilosophie, mithin auch von der allgemeinen Staatslehre, von denen in neueren Zeiten die Theoreme vom richtigen wirtschaftlichen Leben, vom Wohlstande und, im Anschluß daran, von den natürlichen und gesetzmäßigen Zusammenhängen der Produktion, des Austausches und der Konsumtion, sich abgezweigt haben. (Ebd.)

Aus dieser Fundierung der Soziologie in der Rechtsphilosophie resultiert die spezifische Problemkonstellation, an die Tönnies in seiner Theoriebildung anknüpft. Es ist jener Punkt in der Entwicklung der Rechtswissenschaft, in der die Rechtsphilosophie Anfang des 19. Jahrhunderts ihre dominierende Position verliert.[710] Denn das Erstarken der Historischen Rechtsschule

> führte 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

710 Letztlich resultiert dieses Interesse aber aus der Wahl seines Ausgangspunktes, nämlich der Orientierung an den rechts- und staatsphilosophischen Schriften von Hobbes, die ihn zur Auseinandersetzung mit dem älteren Naturrecht führte (vgl. Tönnies 1926d [1908]: 97). Insofern verwundert es auch nicht, wenn er vor Abfassung von *Gemeinschaft und Gesellschaft* plante, ein Buch über „das Recht als philosophisches Problem" zu verfassen, das „eine kurze Geschichte des Naturrechts" enthalten sollte und dadurch „mit etlichen der derbsten Irrtümer aufräumen könnte" (Tönnies, Brief vom 30.10.1879, in Tönnies, Paulsen 1961: 63).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> im Gebiet des Rechtes aus der Vernunft abgeleitet werden kann oder sogar nachweislich aus der Vernunft eines Gesetzgebers hervorgegangen ist (Tönnies 2012k [posthum]: 257, H.i.O.).

Die Wissenschaft vom Naturrecht „ist aber untergegangen, indem die ganze Philosophie der Aufklärung untergegangen ist. Sie wurde Anfang dieses Jahrhunderts bald mit mehr, bald mit weniger Geräusch in Acht und Bann getan" (Tönnies 1880c: 42 [eigene Pag.]).[711] Tönnies bezieht sich also weder auf Ansätze, die auf eine Revision des Naturrechts abzielen, noch versucht er den Konflikt zwischen Naturrecht und Historischer Rechtsschule über Kongruenzen oder Arbeitsteilung zu lösen (s.o. § 2.III.1.2). Worauf er abstellt, ist die genuine Konfliktsituation zwischen den beiden Positionen, d.h. den Streit über Geltungsanspruch und Reichweite der jeweiligen Denkungsart, proklamieren doch beide Seiten, die jeweils einzig gültige Rechtstheorie zu sein.

Um diese Konfliktsituation zu fassen (und in der Synthese zu überwinden, s.u.), bezieht sich Tönnies explizit auf den Kodifikationsstreit in den Rechtswissenschaften Anfang des 19. Jahrhunderts (vgl. Tönnies 2012d [1895]: 79; 1926d [1908]: 68f.). Insbesondere schließt er sich Hegels Kritik an, dass die Historische Rechtsschule jeder Philosophie des Rechts ermangele (Tönnies 1926d [1910]: 97).[712] Damit widerspricht Tönnies vehement den Emanzipationsversuchen der Rechtswissenschaft gegenüber der Philosophie, wie sie für die Historische Rechtsschule kennzeichnend war und die zum Gegenstand zahlreicher Kritiken in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts wurde.

Diese Abspaltung von der Philosophie ist für Tönnies aus wissenschaftlichen Gründen nicht hinnehmbar. Mit dem Aufkommen der Historischen Rechtsschule zeigt sich das rechtsphilosophische Denken in ihrer Daseins-

---

711 Allerdings betont Tönnies immer wieder, dass es irrtümlich sei zu meinen, dass die Historische Rechtsschule derart zur Herrschaft gelangt sei, dass das Naturrecht gänzlich am Boden gelegen habe (vgl. etwa Tönnies 1926d [1908]: 69). Auch er sieht, dass das Naturrecht in das Öffentliche Recht abgewandert ist (Tönnies 1979 [1887]: 184). Daraus zieht er aber keine nennenswerten Konsequenzen, da es ihm ja um die Auflösung des genuinen Konfliktes geht.

712 Hegels Bedeutung liegt nach Tönnies darin, dass er die Gesellschaft (wie den Staat) als ein geistig-natürliches Gebilde in ihrer Notwendigkeit begriff, „anstatt sie lediglich als auf theoretischen Verirrungen beruhend zu verwerfen, wie es in der Romantik und der historischen Jurisprudenz, wie in allem restauratorischen und reaktionären Denken wesentlich angelegt war" (Tönnies 1979 [1912]: XXVII; zu Tönnies kritischen Auseinandersetzung mit Hegel vgl. Tönnies 1998 [1932]; Alwast 1991).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

berechtigung bedroht bzw. verlor *de facto* an Einfluss und Wirkungsmacht. Das wiegt für Tönnies aber schwer, geht es doch damit um die Wissenschaft selbst. Denn das Naturrecht ist nach Tönnies Ausdruck einer rationalistischen Tendenz, die selbst „Tatsache der Historie" ist (Tönnies 2012d [1895]: 84). Die zunehmende Rationalisierung aller Bereiche des sozialen Lebens findet seine Entsprechung im Rationalismus der Wissenschaft, d.h. auf dem ihm „eigentümlichsten Gebiet" (ebd.). Letztlich gilt nach Tönnies: „Alle Wissenschaft und mithin alle Philosophie als Wissenschaft ist *rationalistisch*." (Tönnies 1979 [1887]: XX, H.i.O.)[713] Wenn also Tönnies den Rationalismus „als Prinzip des wissenschaftlichen Denkens überhaupt erkannte" (Tönnies 2012l [1932]: 263), dann ist für ihn das rationalistische Naturrecht der Prototyp des wissenschaftlichen Denkens. Der Angriff auf das Naturrecht durch die Historische Rechtsschule erweist sich somit als Angriff auf das wissenschaftliche Denken selbst.

Die im Kodifikationsstreit angelegte Konfliktsituation zwischen Rechtsphilosophie und Historischer Rechtsschule wird für Tönnies also zur eigentlichen Problemlage (*l'urgence*), aus der *Gemeinschaft und Gesellschaft* erwächst (vgl. Bond 2011b: Rn. 1). Darauf muss letztlich die (neue) wissenschaftliche Disziplin der Soziologie antworten. Angesichts dessen fasste Tönnies – so seine eigene Rekonstruktion der Entwicklung seines Denkens – „den Vorsatz, sowohl den wahren Sinn des Naturrechts als auch den der Kritik zu erfassen, die es vernichten wollte, und gelangte so dahin, mir ein Bild von der ganzen umfassenden Wirkung des Rationalismus zu gestalten, den ich bald als Prinzip des wissenschaftlichen Denkens überhaupt erkannte" (Tönnies 2012l [1932]: 263).

713 Tönnies merkt jedoch im selben Atemzug an: „Aber alle Philosophie, mithin Wissenschaft als Philosophie ist *empiristisch*: in dem Verstande nach welchem alles Sein als Wirken, Dasein als Bewegung und die Möglichkeit, Wahrscheinlichkeit, Nothwendigkeit der Veränderung als eigentliche Wirklichkeit aufgefaßt werden muß, das Nicht-Seiende als das wahrhaft Seiende, also durch und durch auf dialektische Weise" (Tönnies 1979 [1887]: XX, H.i.O.) Dieses dialektische Verhältnis zwischen einer rationalistischen und einer empiristischen Philosophie überträgt er auf den Gegensatz der reinen zur angewandten bzw. empirischen Soziologie (vgl. hierzu insbesondere Tönnies 1926g [1910]: 134). Sein Wissenschaftsverständnis aber zeigt sich am deutlichsten am Pol der reinen, rationalistischen Wissenschaft. Ob auch die Grundbegriffe bei Tönnies dialektisch angelegt sind (so etwa Schlüter 1991), oder aber dualistisch (vgl. etwa Parsons 1966: 686ff.; 1973), ist umstritten.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 2. *Die juristischen Vorläufer der Soziologie: Jhering als „Erneuerer des Naturrechts"*

Wenn Tönnies die Rechtsphilosophie zu den Vorläufern der Soziologie zählt, dann erstaunt es nicht, dass er zahlreichen juristischen Autoren einen starken Einfluss auf die Entwicklung seiner Art der Soziologie zuschreibt: Hierzu zählen nicht nur Hobbes als eigentlicher Begründer des Naturrechts (vgl. Tönnies 1931: 213; s.a. Bond 2011a) und Savigny als prägende Figur der Historischen Rechtsschule (vgl. Tönnies 2012k [posthum]: 257), vielmehr weist Tönnies auch immer wieder auf den großen Einfluss des „soziologisch denkende[n] Jurist[en]" Henry Sumner Maine (Tönnies 2012f [1907]: 120) sowie Otto von Gierkes hin (z.B. Tönnies 1979 [1912]: XXX), um daneben auf eine Vielzahl naturrechtlicher und rechtsphilosophischer (etwa Samuel Pufendorf, Kant, Heinrich Ahrens oder Kohler, aber auch Stammler und Bergbohm, vgl. zu letzteren Tönnies 1925 [1905–1911]) sowie rechtshistorischer und -ethnographischer Autoren zu sprechen zu kommen (z.B. Burkard Wilhelm Leist, Johann Jakob Bachofen oder Albert Hermann Post, vgl. Tönnies 1926d [1908]). Im Reigen der juristischen Vorläufer sticht jedoch die Bezugnahme auf einen juristischen Autor hervor: Immer wieder setzt sich Tönnies mit Rudolf von Jhering auseinander. Seine eigene Theorie stehe – wie Tönnies in der Retrospektive bekundet – „in einem gewissen negativen Verhältnis zu Ihering" (Tönnies 1922: 211 [13]). Oder, wie er an anderer Stelle über seine Grundbegriffe schreibt: „Die Hauptbegriffe waren auch in fortwährender kritischer Beziehung auf die Theoreme […] Iherings" gedacht (Tönnies 1926d [1908]: 98).

Jhering ist Tönnies schon als Autor des *Geist des römischen Rechts* bekannt, einem – so Tönnies – „geistreichen, aber selbstgefällig-weitschweifigen Buche" (Tönnies, Brief vom 31.07.1879, in Tönnies, Paulsen 1961: 58).[714] Es ist aber die kritische Auseinandersetzung mit dem *Zweck*, die für Tönnies zu einer der „Schlüsselsituationen" (Bickel 1991: 70) in der Entstehung von *Gemeinschaft und Gesellschaft* wird. Dabei nimmt er von Anfang an Anstoß am *Zweck*: Zwar seien „nicht wenige einzelne geistreiche Bemerkungen darin, und auch der Grundgedanke ist ja richtig, d.h. doch auch nur derjenige der 2ten Hälfte, aber wie widerlich aufgeblasen ist die Ausführung!" (Tönnies, Brief vom 31.10.1879, in Tönnies, Paulsen 1961: 63) Auch könne man – wie er später anmerkt – im „Torso [des *Zwecks*;

714 In Tönnies' Nachlass findet sich ein ca. 27-seitiges Exzerpt von vier Bänden des *Geists* (Tönnies unbekannt).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

D.S.] ein Werk hohen Ranges" erkennen (Tönnies 1926d [1908]: 91) und Jhering unter den Juristen seiner Zeit als „eine[n] der hervorragendsten" bezeichnen (Tönnies 1925 [1905–1911]: 188). Doch bekundet Tönnies bereits im Jahr 1879, er könne „fast nur Schlechtes" über den *Zweck* sagen (Tönnies, Brief vom 31.10.1879, in Tönnies, Paulsen 1961: 63).

Diese Ambivalenz in den Stellungnahmen rührt aus einer intensiven Beschäftigung mit Jhering in der Zeit um die Wende zum Jahr 1880. Einerseits unterzieht Tönnies den ersten Band des *Zwecks* in einer – letztlich nicht veröffentlichten – Rezension einer vernichtenden Kritik.[715] Auch wenn er Jhering insofern zustimmt, dass das Recht eine Willenstatsache sei und es kein Wollen ohne Zweckvorstellung gebe (Tönnies 1880a: 6 [pag.]), erscheint ihm auf logischer Ebene Jherings Ansatz nicht haltbar: Die Annahme eines Zweckgesetzes führe zu einem infiniten Regress (ebd.: 8f. [pag.]); in der Systematisierung der menschlichen Zwecke erliege Jhering der Täuschung, „als gebe Einteilung von Begriffen Erkenntnis von Entstehung der Dinge" (ebd: 12 [pag.]); und schließlich erweise sich die Lehre der Hebel der sozialen Bewegung als in sich widersprüchlich. Denn diese münde in einer reinen Zwangstheorie, die dem Willenstheorem widerspreche, richte sie sich doch auf die Brechung des Willens (ebd.: 17ff. [pag.]; Tönnies 1880b: 1ff. [pag.]). Daher kritisiert Tönnies auch Jherings Rückführung des Rechts auf Zwang bzw. auf Gewalt (Tönnies 1880b: 9 [pag.]). Dasselbe Problem zeigt sich nach Tönnies auch beim Begriff der Gesellschaft (vgl. ebd.: 16f. [pag.]), v.a. da Jhering diesen nicht konsequent auf einen Willen rückführe (was dann als Kollektivwille zu begreifen wäre; vgl. ebd.: 17 [pag.]). Letztlich erweise sich „die Hypostase des Zweckbegriffs" als „große[r] Nachteil" (Tönnies 1880a: 10 [pag.]), würden doch die Begriffsverwirrungen und „logischen Verkehrungen herrühren von der Mehrdeutigkeit eines ‚Wortes', […] nämlich des Wortes ‚Zweck', welcher Mittelpunkt der ganzen Abhandlung ist" (Tönnies 1880b: 5 [pag.]).

Andererseits aber lohnt sich nach Tönnies die Auseinandersetzung mit Jherings *Zweck*. Denn dieser habe, „ohne es zu wissen und zu wollen, die Gedanken der naturrechtlichen Doktrin erneuert" (Tönnies 1925 [1905–

715 Tönnies hat die Rezension dem Herausgeber der *Vierteljahresschrift für wissenschaftliche Philosophie* angeboten (vgl. Tönnies, Brief vom 08.02.1880, in Tönnies, Paulsen 1961: 69), sie verbleibt jedoch als unvollendetes Manuskript im Nachlass (Tönnies 1880a; 1880b). Vermutlich darauf spielt er an, wenn er bzgl. Jhering schreibt: „Die Kritik ist, wie gar manches andere, im Gewahrsam meines Pultes geblieben." (Tönnies 1922: 211 [13]) Zum zweiten Band des *Zwecks* findet sich ebenfalls ein Exzerpt im Nachlass (Tönnies 1884; vgl. hierzu auch 1922: 210 [12]).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1911]: 188). Trotz aller Kritik sei der Zweckgedanke „für die gegenwärtige Jurisprudenz ein Epochemachender" (Tönnies 1880c: 46 [eigene Pag.]),[716] breche er doch völlig mit aller romantischen Auffassung des Rechts (ebd.: 44 [eigene Pag.]). Allerdings gehe es mit dem *Zweck* nicht – wie Jhering irrigerweise annimmt – um die formale Erkenntnis des Rechts. Vielmehr rücke dieser die ideelle Seite des Rechts in den Vordergrund, d.h. die Frage, wie das Recht beschaffen sein sollte. Indem Jhering den Zweck des Rechts wissenschaftlich, d.h. nach rationalen Kriterien, untersuchen will, werde damit auf die rationale Begründung der Entscheidungen des gesetzgeberischen Willens verwiesen (vgl. ebd.: 46f. [eigene Pag.]). Jhering greife damit klassisch naturrechtliche Theoreme auf: Willenstheorie, Nützlichkeitsdenken und rationale Moraltheorie (vgl. Tönnies 1880d: 22, 24 [eigene Pag.]). Trotz aller Ambivalenzen des Zweckbegriffs erscheint das Vorgehen Jherings daher für Tönnies als „Erneuerung des Naturrechts" (ebd.: 56 [eigene Pag.]). Er kann sich mit dessen Anliegen der Kritik der Historischen Rechtsschule identifizieren, nämlich die Rechtstheorie „von dem Zauber, den die Romantik und die speculative Philosophie rings um sie her gewoben haben, [zu] erlösen" (ebd.: 24 [eigene Pag.]). Dabei wiederhole Jhering die Hobbes'sche Kritik am religiösen Denken. So wie das Recht früher religiös, d.h. supranaturalistisch, erklärt und behandelt wurde und Hobbes es demgegenüber naturalistisch erkläre, sei „seit Savigny die ganze deutsche Wissenschaft […] supranaturalistisch; Jhering naturalistisch" (ebd: 30 [eigene Pag.]). Diese Kritik sei nun gerade angesichts der Lage des Proletariats vonnöten, gehe es doch letztlich darum, zur Befreiung dieser Klasse durch wissenschaftliche Erkenntnisse „den Boden eines positiven Rechtes zu schaffen" (Tönnies 1880e: 44 [eigene Pag.]).

Trotz aller Kritik am *Zweck* bezieht sich Tönnies also auch positiv auf Jhering.[717] Als ebenfalls im Jahr 1880 in ihm die Idee keimt, sich die soziale Wirklichkeit durch die Bildung der Begriffe ‚Gemeinschaft' und ‚Gesellschaft' begreiflich zu machen (Tönnies 2012a [1880/1881]), sieht er sich

716 Tönnies wiederholt hier nicht nur seine Kritik aus der Rezension, sondern macht insbesondere geltend, dass Jhering lediglich klassifiziere und daher Entwicklungstendenzen des Rechts nicht erkennen könne (vgl. Tönnies 1880e: 18ff. [eigene Pag.]).

717 Wie sehr Tönnies die Auseinandersetzung mit Jhering beschäftigt, zeigt auch die Tatsache, dass er im Jahr 1880 sein geplantes Buch über das Recht als philosophisches Problem mit einer eingehenden logischen Betrachtung beginnen wollte, woran ein Essay unter anderem über Jherings Erneuerung des Naturrechts anschließen sollte: „Das Ganze an Jhering anzuknüpfen, halte ich für einen guten Gedanken" (Tönnies, Brief 01.04.1880, in Tönnies, Paulsen 1961: 78).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

„genötigt, zuvörderst eine Anzahl elementarer Begriffe zu entwickeln, wodurch sich das Thema vielfach mit Jherings *Zweck im Recht*, Band 1, berühren wird, auf den ich dann auch Bezug nehme" (Tönnies, Brief vom 09.01.1881, in Tönnies, Paulsen 1961: 102). Anschlussfähig erweise sich nämlich dessen rationalistischer Entwurf einer „neue[n] Theorie der Gesellschaft" im *Zweck* (Tönnies 1979 [1912]: XXXIII), die am Willen ansetzt. Dabei verdeutlicht Jhering den Konnex zwischen Rechtsphilosophie und Sozialtheorie respektive soziologischer Theorie, führt ihn doch die Analyse des Zwecks im Recht zum Entwurf der Gesellschaftswissenschaft (s.o. § 3.I).

Weil Jhering dabei (zwar unwissentlich) zum Restaurator des Naturrechts wird (Tönnies 1925 [1905–1911]: 192), reaktualisiert für Tönnies der Rekurs auf ihn das Naturrechtsdenken angesichts dessen Bedrohung durch die Historische Rechtsschule. Dabei findet der Gedanke der „Erneuerung des Naturrechts" – wie unten gezeigt wird – auch eine Ausformung in Tönnies' Hauptwerk *Gemeinschaft und Gesellschaft*.[718] Denn wenn Tönnies die Rechtsphilosophie in eine Sozialtheorie transformiert, um daraus eine soziologische Erkenntnis abzuleiten, erweist sich konsequenter Weise seine reine Soziologie als eine Rechtsphilosophie und endet mit den „Prooemien" (Tönnies 1887: 195) bzw. den „soziologischen Gründen des Naturrechts" (Tönnies 1979 [1912]: 145).

Trotz aller Ambivalenz wird also Jhering für Tönnies zu einem notwenigen Bezugspunkt, und zwar sowohl in begrifflicher Hinsicht als auch in der Zielrichtung der eigenen Theoriebildung, die auf die Erneuerung des Naturrechts gerichtet ist.

## *II. Die gegenstandsbezogene Fundierung der Soziologie im Recht*

Bezieht sich Tönnies mit seiner Fundierung der Soziologie in der Rechtsphilosophie auf eine geistesgeschichtliche Entwicklung, so erfolgt sein Rekurs auf das Recht aber auch aus sachlichen Erwägungen.

718 Vgl. hierzu auch Sibylle Tönnies 1987.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## 1. Die sachlich gebotenen Orientierung am Recht

### 1.1 Rechtsverhältnisse als soziale Verhältnisse

In sachlicher Hinsicht erscheint das Rechtsverhältnis zentraler Gegenstand für eine Soziologie, die auf den intersubjektiven Beziehungen aufbaut: Der grundlegende Begriff der Tönnies'schen Soziologie ist der des ‚sozialen Verhältnisses' (Tönnies 2012f [1907]: 114; s.a. 1911b: 569). Er erfasst damit von Beginn an nur die „Verhältnisse gegenseitiger Bejahung" (Tönnies 1979 [1887]: 3) als „Komplexe positiver Beziehungen, die ein Band (*vinculum*) konstituieren" (Tönnies 1926c [1925]: 433).[719] Wenn nun die „*erste* wissenschaftliche Aufgabe, die zum Wesen der Soziologie gehört", darin besteht, „[d]as soziale Verhältnis zu begreifen", so müsse man dafür zwangsläufig auf die „rechtlichen Verhältnisse" Bezug nehmen (Tönnies 2012f [1907]: 114, H.i.O.). Denn – so Tönnies – „[e]s bedarf nur geringer Überlegung, um zu gewahren, daß sich die sozialen Verhältnisse in weitem Umfang mit rechtlichen Verhältnissen decken" (ebd.: 116).

Auch wenn Tönnies immer wieder betont, dass der Begriff des sozialen Verhältnisses weiter als der des Rechtsverhältnisses sei (etwa Tönnies 2012f [1907]: 114; 1911b: 570),[720] konstruiert er das soziale Verhältnis nach dem Modell eines gegenseitig verpflichtenden Rechtsgeschäfts:

---

719 Damit schließt Tönnies für die soziologische Analyse jegliche antagonistischen und kämpferischen zwischenmenschlichen Beziehungen aus, diese seien vielmehr „das besondere und abgeschlossene Gebiet der Sozial-Psychologie" (Tönnies 1926f [1915/1916]: 240). Später versucht Tönnies, die Einseitigkeit dieser Bestimmung zum Teil abzumildern, wenn er als Gegenstand der „allgemeinen Soziologie" die „Lehre vom menschlichen Zusammenleben überhaupt" bestimmt, die als solche „alle Zusammenhänge der Menschen in Raum und Zeit, unabhängig davon, ob […] sie einander bejahen oder verneinen", umfasst (Tönnies 1926c [1925]: 430). Allerdings befasst sich auch hier die „besondere" respektive die „spezielle Soziologie", d.h. die Disziplin der Soziologie im eigentlichen Sinne, nur mit positiven Verhältnissen, die „als seiende[] und dauernde[] bejaht und gewollt" werden (ebd.: 435). Zur Kritik dieses das Feld der soziologisch relevanten zwischenmenschlichen Beziehungen einengenden Bestimmung vgl. etwa König 1955.

720 Tönnies scheidet von den rechtlichen die sittlichen Verhältnisse. Die jeweiligen Abgrenzungsschwierigkeiten stehen dann im Zentrum der reinen Soziologie: „Die Grenze zwischen bloss sozialen Verhältnissen einerseits, sittlichen und Rechts-Verhältnissen andererseits, ebenso wie die Grenze zwischen sittlichen und Rechts-Verhältnissen, ist fliessend. Es ist eine der Hauptaufgaben der reinen Soziologie, diese Grenzen zu ziehen und zugleich die Übergänge aus dem einen in das andere Gebiet zu beschreiben." (Tönnies 1911b: 570).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> 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 2012g [1914]: 203, H.i.O.)

Insofern werde auch „[j]edes soziale Verhältnis […] als ein rechtliches begriffen, insofern als gedacht wird, daß die aus ihm hervorgehenden Pflichten durch Entscheidung eines Richters (eines Gerichtes) festgestellt werden können und (unter Umständen) sollen" (ebd.).[721]

Innerhalb der möglichen Rechtsverhältnisse nimmt der Vertrag eine herausragende Stellung ein: Der Kontrakt ist für Tönnies „das typische Rechtsgeschäft" und darin „zugleich charakteristisch für alle rationalen Rechtsverhältnisse", die ihrerseits „die beglaubigten Ausdrücke aller rationalen Sozialverhältnisse" sind (Tönnies 1979 [1912]: XXXIII). Die kontraktuellen, allein unter Vernunftgesichtspunkten getroffenen Übereinkünfte führen zu einer mechanischen, künstlichen und äußerlichen Verbindung der voneinander unabhängigen Individuen. Daher erscheint es letztlich für Tönnies „nur konsequent auch ‚die' Gesellschaft und den Staat als auf Verträgen der Individuen, diese auf ihren freien und bewußten Willen beruhend zu denken" (ebd.).[722]

Tönnies versteht also den Vertrag als gegenseitiges Rechtsgeschäft, wie er durch zwei übereinstimmende, in Bezug aufeinander abgegebene ‚gewillkürte' Willenserklärungen zustande kommt. Dies bilde den ‚ideellen Typus' des sozialen bzw. intersubjektiven gesellschaftlichen Verhältnisses.

---

721 Das begründet in empirischer Hinsicht die Abgrenzung von sittlichen und rechtlichen Verhältnissen: „Wenn hier sittliche Verhältnisse von rechtlichen unterschieden werden, so hat das Wort ‚sittlich' einen soziologischen, nicht einen ethischen Sinn. Er soll nur diejenigen sozialen Verhältnisse zusammenfassen, die ihrem Wesen nach keiner richterlichen Erkenntnis unterliegen oder aber noch nicht zu einer solchen Anerkennung gelangt sind." (Tönnies 2012g [1914]: 206).

722 So definiert Tönnies bereits in *Gemeinschaft und Gesellschaft*: „Gesellschaft also, durch Konvention und Naturrecht einiges Aggregat, wird begriffen als eine Menge von natürlichen und künstlichen Individuen, deren Willen und Gebiete in zahlreichen Verbindungen zueinander, und in zahlreichen Verbindungen miteinander stehen, und doch voneinander unabhängig und ohne gegenseitige *innere* Einwirkungen bleiben." (Tönnies 1979 [1887]: 44, H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der Vertrag stelle die verbindliche und daher verbindende Koordination von unterschiedlichen subjektiven Willensäußerungen dar. Gesellschaftliche Sozialverhältnisse als gegenseitig bejahende Beziehungen, die insofern trotz der prinzipiellen Trennung der Individuen ein verbindliches Band herstellen, orientieren sich am Modell des privatrechtlichen Vertrages. Und das Privatrecht ist damit für die Soziologie zentral gesetzt.

Der Vertrag wiederum bildet den Kern des Obligationenrechts. Dementsprechend erkennt Tönnies im schuldrechtlichen Teil des Privatrechts die rationale Konstruktion der gesellschaftlichen Beziehungen.[723] Das rationalistisch-individualistische Naturrecht erhält dadurch eine Umdeutung: Hobbes' Gesellschaftsvertrag als ein statusbegründender Herrschaftsvertrag wird über die Handlungsform der individuellen Vertragsabschlüsse privatrechtlich konzipiert (vgl. Tönnies 2012b [1887]: 59; 2012f [1907]: 114ff.; 2012g [1914]: 203f.; 2000 [1913]: 329; vgl. auch Bickel 1991; Merz-Benz 1995). Dieser Konnex von privatrechtlich-gewillkürtem Vertragsdenken (Kürwille) und Gesellschaftsvertrag verweist aber zugleich auf die Rechtsentstehungslehre im Sinne eines gesellschaftlichen Rechts: Angesichts der Rationalisierung des sozialen Lebens kann es sich nach Tönnies nur um die an Übermacht gewinnende staatliche Gesetzgebung als rational-gewillkürte Setzung solcher Regelungen handeln.

Allerdings ist nach Tönnies zu beachten: „[K]eineswegs lassen sich alle rechtlichen Verhältnisse und Verbindungen nach dieser Formel [des Vertrags, D.S.] konstruieren; gerade die ursprünglichen, immer fortwirkenden, familienhaften nicht." (Tönnies 1979 [1912]: XXXIII) Nicht nur der Vertrag stellt also in Tönnies Augen ein sich gegenseitig bejahendes Rechtsverhältnis dar, das durch übereinstimmende Willenserklärungen zustande kommt. Das gleiche gelte vielmehr ebenso für die „natürlichen Verhältnisse" (Tönnies 1911b: 570). Diese fänden ihre Ursache

> in dem natürlichen Zustand, dem ‚*Status*' des Menschen, der heute nur noch in engsten Familienverhältnissen förmliche Bedeutung hat: nicht durch Vertrag, sondern durch *Status* sind wir Vater oder Sohn, Bruder oder Schwester, Monarch oder Staatsbürger und haben darauf sich gründende subjektive Rechte oder rechtliche Verpflichtungen, de-

723 Gerade weil Tönnies das soziale Verhältnis auf Beziehungen der Bejahung beschränkt, erscheint ihm eine deliktische Verbindung nicht maßgeblich: Der Vertrag „ist der Typus der Rechtsgeschäfte, und diese sind der regelmäßige Gegenstand rechtlich wirksamer Handlungen (Obligationen, die aus unrechtmäßigen Handlungen entstehen – *ex delicto* – würde ich nicht als unmittelbare rechtliche Verhältnisse verstehen)" (Tönnies 2012f [1907]: 115).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> nen subjektive Rechte anderer entsprechen (Tönnies 2012f [1907]: 115, H.i.O.).

Auch bei diesen, nun als gemeinschaftlich qualifizierten, Sozialverhältnissen handelt es sich nach Tönnies um übereinstimmende Willensbeziehungen, richtet sich doch der Wille nun auf das Tradierte und Gewohnte, das den *status* zuweist.[724] Allerdings werden nicht wie im Vertrag zwei Willenssphären gegeneinander abgeglichen. Vielmehr gehe die

> Theorie der Gemeinschaft […] von der vollkommenen Einheit menschlicher Willen als einem ursprünglichen oder natürlichen Zustande aus, welcher trotz der empirischen Trennung und durch dieselbe hindurch, sich erhalte, je nach der nothwendigen und gegebenen Beschaffenheit der Verhältnisse zwischen *verschieden bedingten* Individuen mannigfach gestaltet (Tönnies 1979 [1887]: 7, H.i.O.).

Bejaht wird das Überlieferte, die Tradition, und damit das bereits bestehende Verhältnis zwischen den Menschen.[725] Tönnies nennt diese Willensbeziehung, die sich auf das Wesen der gewollten Sozialverhältnisse als organische Einheit richtet, „Wesenwillen". Dabei geschehe die „Bejahung der Gebilde lediglich um ihrer selbst willen", wohingegen in den gesell-

---

724 Dies sind mithin die historischen Sozialformen, „zu denen" – wie Peter-Ulrich Merz-Benz darlegt – „der einzelne eine auf Instinkten, Gefühlen, Glauben, Gewohnheiten und Gebräuchen beruhende Beziehung entwickelt, die ihm nur als ganze begegnen, die er auch nur von innen sieht und als deren Mitglied er sich vorkommen muss wie ein Teil eines Organismus" (Merz-Benz 2016: 49).

725 Konsequenterweise bezeichnet für Tönnies die Gewohnheit daher, wie er in seiner Abhandlung über *Die Sitte* ausführt, „ein Wollendes oder einen Willen" (Tönnies 1909: 8; s.a. 2012f [1907]: 117ff.). Tönnies wehrt sich dort gegen die undifferenzierte Gleichsetzung von Sitte mit „Gewohnheit und […] Brauch, […] Herkommen und Überlieferung; aber auch [mit] Mode, Manier, Gepflogenheit u. dgl." (Tönnies 1909: 7). Dabei grenzt er Recht und Sitte voneinander ab: „Recht wird gesprochen, Sitte wird befolgt; Sitte kann daher eher ein ungeschriebenes Gesetz als ein ungeschriebenes Recht genannt werden." (Ebd.: 35) Als ungeschriebenes Gesetz führt Tönnies die Sitte aber wieder an das Recht – nun in Form des Gewohnheitsrechts – heran: So liege auch in der Sitte ein „gesetzgeberische[r] Willen", der allerdings nicht auf einem bewussten Beschluss, sondern auf dem „Herkommen" und der „Überlieferung" beruhe (ebd.: 17). Daher könne man in der Sitte auch ein „natürliche[s] Recht, dem ursprünglichen Inhalt dieses Begriffes nach", erkennen (ebd.: 34). Es zeige sich dann, dass sich auch im modernen Rechtssystem letztlich in Gestalt des ‚Gewohnheitsrechts' und des ‚ungeschriebenen Gesetztes' ältere Formen der Obligation erhalten haben, wie sie für die Geltung der ‚Sitte' charakteristisch seien (vgl. Lichtblau 2012: 22).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schaftlichen Beziehungen die „Bejahung lediglich eines äußeren Zweckes halber gesetzt wird" (Tönnies 2012i [1919]: 224). Insofern gelte: „Wesenwille richtet sich auf sittliche Werte unmittelbar (um ihrer selbst willen); Kürwille mißt sie an dem Nutzen ihrer Wirkungen." (Tönnies 1929 [1923]: 37)

Weil aber aus dieser Übereinstimmung der Willen im Wesenwillen Rechte und Pflichten der Individuen (mit Blick auf das Gemeinschaftsverhältnis) erwachsen, kann „[a]us diesem Verhältnis menschlicher *Gemeinschaft*" nach Tönnies ebenso „ein reines Rechtsverhältnis sich ergeben und hervorgehen" (Tönnies 1925 [1905–1911]: 192f., H.i.O.). Die entsprechenden Sozialverhältnisse, jene von ursprünglichen, immer fortwirkenden und familienhaften Banden getragenen rechtlichen Verbindungen, finden ihren Ausdruck im Familienrecht. Diese Rechtsmaterie verweist also nicht auf das durch Beschluss staatlich gewillkürte Recht, sondern auf das Gewohnheitsrecht, wie es letztlich der Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule zugrunde liegt. Und es gelte: „Wie ich den Beschluß als Typus des rationalen Wollens verstehe, so die *Gewohnheit* als Typus des irrationalen Wollens." (Tönnies 2012f [1907]: 117, H.i.O.)

Der Differenz der Rechtsverhältnisse entspricht also 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. In den unterschiedlichen Rechtsverhältnissen erkennt Tönnies also sowohl die jeweiligen typischen Willensbeziehungen in ihrer spezifischen Form der gegenseitigen Bejahung, die den sozialen Verhältnissen zugrunde liegen, als auch ihre Entstehungs- und Wirkungsweisen. Die aus der Analyse der Rechtsverhältnisse gewonnene grundbegriffliche Unterscheidung dient zur Analyse, zur Klassifikation und zum Verständnis der sozialen Verhältnisse schlechthin.

Tönnies leitet dabei den grundbegrifflichen Unterschied von Gemeinschaft und Gesellschaft aus dem bzw. in Analogie zum „Unterschied und Gegensatz in der Sphäre des Rechts, also in einem notwendigen Gestalten des sich entwickelnden und entwickelten sozialen *Lebens*" ab. Daher werde der „Unterschied zwischen Gewohnheit und Satzung, also auch zwischen Gewohnheitsrecht oder Sitte auf der einen, Gesetzesrecht und Kodifikation als planmäßiger – der Schaffung von Gesetzesbüchern – auf der anderen Seite erklärt, welcher Gegensatz das eigentliche Thema bedeutet" (Tönnies 2012k [posthum]: 259, H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 1.2 Recht als soziale Ordnung

Auch wenn soziale Verhältnisse immer auf eine willentliche Leistung der Individuen verweisen, so ist diese Leistung nicht einseitig-individuell zugänglich (oder abänderbar). Denn „[e]infach und abstrakt mag man das, was gilt, als Gegenstand einer Verabredung denken, und Verabredung ist immer ein gemeinsames und soziales Wollen“ (Tönnies 1931: 11).[726] Dasjenige, was gilt (oder gegolten hat), erscheint als Inbegriff einer der Zeitlichkeit und Räumlichkeit enthobenen allgemein verbindlichen Verabredung (vgl. Merz-Benz 1991: 294).

Das zeige sich insbesondere am Rechtsverhältnis: Es entspringe der Annahme des ‚sozialen Willens‘, der einem jedem rechtlichen Verhältnis vorausgesetzt ist (vgl. Tönnies 2012g [1914]: 203). Der ‚soziale Wille‘ verweist bei Tönnies also auf die Existenz einer dem einzelnen Rechtsverhältnis vorgängigen Rechtsordnung, oder anders formuliert: auf die Vorgängigkeit des objektiven vor dem subjektiven Recht. Denn wenn, wie im Falle eines Vertrages, „durch eine solche Willenserklärung Bestandteile der Willenssphäre einer Person in die Willenssphäre einer anderen Person übergehen“, dann geschehe dies „‚von Rechts wegen‘, d.h. einem sozialen Willen gemäß, der ebenso für die Beteiligten insgesamt Geltung hat“ (Tönnies 2012g [1914]: 203). Letztlich gelte für alle Rechtsverhältnisse: „Zum Wesen des rechtlichen Verhältnisses gehört eben dies, daß ‚das Recht‘ oder ‚die Rechtsordnung‘ darin begründete Rechte gibt und daraus entspringende Pflichten auflegt.“ (Tönnies 2012f [1907]: 115) Daraus folgt auch Tönnies Definition des Rechts: „Die Ansicht, die ich bisher über den Begriff des Rechts gehegt und vertreten habe, ist etwa folgende. Recht ist ein Werk sozialen Wollens. Soziales Wollen schafft und erhält Recht als eines der Maße, an denen es individuelles Wollen und Handeln mißt.“ (Tönnies 1925 [1905–1911]: 180)

Wenn für Durkheim der privatrechtliche Vertrag auf dessen außerrechtlichen Voraussetzungen verweist, so verweist er für Tönnies auf die Vor-

726 Oder wie Tönnies an anderer Stelle erklärt: „Die soziale Verbundenheit will eine *gegenseitige* Abhängigkeit bedeuten, und dies heißt, daß der Wille des einen auf den Willen des anderen wirkt: fördernd oder hemmend oder beides. Wenn nun das Wollen des einen mit dem des anderen zusammentrifft und sich verbindet oder vermischt, so ergibt sich ein gemeinsames Wollen, das als einheitliches verstanden werden darf, weil es eben gegenseitig ist und sowohl das dem A gemäße Wollen des B als auch das dem B gemäße Wollen des A setzt oder fordert, also will. Dies ist der einfachste Fall des sozialen Willens zweier Individuen“ (Tönnies 2012j [1931]: 237, H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gängigkeit der Rechtsordnung vor dem einzelnen Vertragsschluss.[727] Dem entspricht auch eine Differenz im Rechtsbegriff: Für beide stellt sich das Recht als eine soziale Norm unter anderen dar (für Tönnies vgl. 1925 [1905–1911]: 180; 1909). Während Durkheim im Anschluss an Jhering das Recht gegenüber anderen Normen über die beiden Elemente ‚äußerlicher Zwang' und ‚Körperschaft' abgrenzt (ähnlich i.Ü. auch Weber, s.u. § 8), bestimmt Tönnies das Spezifikum rechtlicher Normen inhaltlich, d.h.

> durch die Dignität seiner Objekte, durch seine Beziehung auf diejenigen sozialen Interessen, die mehr und mehr als die vitalen Interessen anerkannt werden, daher vor allem – als Privatrecht – auf die materiellen Interessen, schlechthin aber auf solche, deren Ordnung für ein friedliches Zusammenleben als wesentlich und notwendig angesehen wird (Tönnies 1925 [1905–1911]: 181).

Recht sind also diejenigen Ordnungsnormen, die für das Zusammenleben als unabdingbar angesehen werden und denen daher auf empirischer Ebene der Status des Rechts zugesprochen wird (vgl. ebd.).[728] Mit dieser Bestimmung verbindet Tönnies eine funktionalistische Perspektive auf das Recht mit der Anerkennungstheorie, wie sie der Rechtsentstehungslehre der Historischen Rechtsschule zugrunde liegt: Recht bestehe aus den für den Selbsterhalt der sozialen Ordnung als unabdingbar anerkannten Normen. Insofern erweise sich das Recht „seinem Wesen nach […] auch als unabhängig vom Staate" (Tönnies 1926d [1908]: 64). Denn wenn es „der Inhalt eines die Verhältnisse von Willenssphären zueinander regelnden gemeinsamen Willens" sei, dann sei es „daher soziale Tatsache im Unterschiede von politischen und *vor* diesen Tatsachen" (ebd., H.i.O.).

---

727 Nach Nicola Marcucci teilen Durkheim und Tönnies die Kritik am älteren Naturrecht, auch wenn sie daraus gänzlich andere Schlussfolgerungen ziehen. Die Divergenz basiere darauf, dass Durkheim die rechtliche Verpflichtung als soziale Tatsache, Tönnies sie demgegenüber als Willensprodukt darstellt (Marcucci 2017). Man kann darin m.E. den Unterschied zwischen dem Rechtsentstehungsmodell der älteren Historischen Rechtsschule und Jherings Zweckdenken erkennen, was sowohl erklärt, weshalb Jhering für beide Autoren derart zentral ist (wenn auch aus entgegengesetzten Gründen), als auch, weshalb man Durkheim dem Repräsentationsdispositiv und Tönnies dem Zweckdispositiv (in seiner gesellschaftsfunktionalen Ausgestaltung) zuordnen kann.

728 So schreibt Tönnies: „Die empirische Abgrenzung des Rechts als eines Inbegriffs von Normen oder Satzungen gegen andere Normen und Satzungen ist daher, wie andere sprachliche Abgrenzungen, durch den Brauch, also durch Herkommen bestimmt und kann, wie alles derartige, als konventionell begriffen werden." (Tönnies 1925 [1905–1911]: 181).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Diese Koppelung von Recht und sozialer Ordnung gehört bereits zu den Ergebnissen seiner Studie aus dem Jahr 1887, wenn er schreibt:

> Es bietet sich dar der Gegensatz einer *Ordnung* des Zusammenlebens, welche, insofern als auf Übereinstimmung der Willen, wesentlich auf Eintracht beruht, und durch Sitte und Religion ausgebildet, veredelt wird: gegen eine Ordnung des Zusammenlebens, welche insofern als auf zusammentreffenden, vereinigten Kürwillen, auf Konvention gegründet ist, durch politische Gesetzgebung ihre Sicherung, und durch öffentliche Meinung ihre ideelle und bewusste Erklärung, Rechtfertigung empfängt. Ferner: der Gegensatz eines gemeinsamen und verbindlichen, positiven *Rechtes*, als eines Systemes von erzwingbaren Normen in bezug auf die Verhältnisse der Willen zu einander, welches, im Familienleben wurzelnd und aus den Tatsachen des Grundbesitzes seinen bedeutendsten Inhalt schöpfend, seine *Formen* durch Sitte wesentlich bestimmt erhält, welcher Religion ihre Weihe und Verklärung gibt […]; gegenüber einem gleichartigen positiven Rechte, das die Kürwillen durch alle ihre Verknüpfungen und Verschlingungen auseinanderzuhalten beflissen, in der konventionellen Ordnung des Handels und dergleichen Verkehres seine natürlichen Voraussetzungen hat; aber erst gültig und regelmäßig kräftig wird durch den souveränen Kürwillen und Macht des Staates, als das wichtigste Werkzeug seiner Politik, wodurch er die gesellschaftlichen Bewegungen teils erhält, teils hemmt oder fördert, und welches durch Doktrinen und Meinungen öffentlich verteidigt, angefochten, daher auch verändert, verschärft oder gemildert wird. (Tönnies 1979 [1887]: 207, H.i.O.)

Daher gilt nach Tönnies: „Ordnung ist natürliches Recht, Recht schlechthin = positives Recht." (Ebd.) Recht beinhalte (neben der Moral) die Regeln der sozialen Ordnung (vgl. Tönnies 1931: 206). Und objektives Recht erweise sich als „System von sozialen Normen" (ebd.: 219), wobei soziale Normen allgemeinverbindliche Normen des Handelns oder sonstigen Verhaltens darstellen (vgl. ebd.: 189).

Damit negiert Tönnies nicht den normativen Charakter des Rechts. Denn sehr wohl erweisen sich soziale Normen, und damit auch das Recht, als normative Ge- und Verbote.[729] Nehme man aber das Sollen in den Blick, dann werden solche Verhältnisse „Gegenstände *normativer* Diszipli-

729 Da die Scheidung von Recht und Moral nach Tönnies ein Produkt der Neuzeit ist und mitnichten für alle Rechtskonzeptionen Geltung beansprucht (und beanspruchen kann), erscheint ihm die Moral als „ideales Recht" (Tönnies 1887:



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nen“ (Tönnies 2012f [1907]: 116, H.i.O.). Demgegenüber sei der genuin normative Charakter der Normen für die Soziologie nicht von Relevanz: „Wenn wir im soziologischen Sinne von einer Ordnung, einem Recht, einer Moralität reden, so muß darunter immer etwas, was ist, verstanden werden, also eine tatsächlich geltende Ordnung, ein tatsächlich in Kraft stehendes Recht, eine tatsächlich wirksame Moral […].“ (Tönnies 1931: 240f.) Insofern erscheint Recht in Tönnies' Soziologie unter dem Blickwinkel seiner gesellschaftsfunktionalen Ordnungsleistung, die von den Mitgliedern anerkannt wird.[730] Als solches vereint es prototypisch die soziale und die individuelle Ebene:

> Der Zusammenhang der (sozialen) Lebens- und der (individualen) Willensformen führt hinüber zu ihrer Einheit in Formen des Rechtes. Recht entspringt nicht aus Gedanken und Meinungen über die Gerechtigkeit, sondern das Leben erzeugt beide Ausdrücke seiner Realität zugleich, welche dann zu einander in gegenseitiger Kausalität vielfach sich verhalten. (Tönnies 1979 [1887]: 143)

Aus dieser Rückbindung des Rechts an die Ordnungen des sozialen Lebens folgt für Tönnies auch die Entwicklungsgeschichte des Rechts, und mit ihr des sozialen Lebens:

> Die hier zugrunde gelegte Denkungsart will und muß sich auf jeden historischen Zustand anwenden lassen und mithin auch auf die Entwicklung des sozialen Lebens im Ganzen, zumal insofern, als eine solche Entwicklung von gemeinschaftlichen in gesellschaftliche Formen und Inhalte stattfindet. Dies ist nun nicht allein am Recht erkennbar, sondern erstreckt sich auf die Gesamtheit des Zusammenlebens […]. (Tönnies 2012k [posthum]: 259)

---

278). In seiner *Einführung in die Soziologie* setzt Tönnies Ordnung, Recht und Moral in ein Stufenverhältnis, wobei die Ordnung den basalen Begriff darstellt (vgl. Tönnies 1931: 203), über den Recht und Moral in ihren Eigenarten hinausgehen. Tönnies tendiert dazu, Moral mit sozialen Normen gleichzusetzen und diskutiert im Abschnitt „Moral“ auf vielen Seiten die an Jhering orientierte Differenzierung der verschiedenen Arten von sozialen Normen (vgl. ebd.: 247ff.).

730 In *Gemeinschaft und Gesellschaft* fasst Tönnies diesen Zusammenhang von Recht und sozialem Leben auch als Verhältnis von Form und Materie: „Recht ist, in jedem Sinne, nichts als gemeinsamer Wille; es ist in diesem Sinne, als *natürliches* Recht, die Form oder der Geist schlechthin, derjenigen Verhältnisse, deren Materie das Zusammenleben, oder, im allgemeinsten Ausdrucke, der Konnex von Willenssphären ist“ (Tönnies 1979 [1887]: 167, H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Was Tönnies mit Henry Sumner Maine als Entwicklungsprozess der Ablösung statusbezogener durch rein vertraglich geregelte Sozialverhältnisse beschreibt, zeigt sich als generelle soziale Entwicklung, derzufolge sich die gemeinschaftlichen Verhältnisse zunehmend in gesellschaftliche gewandelt haben:

> Mit Ort und Bedingungen ihres täglichen Lebens verändern die Menschen ihr *Temperament*; es wird hastig und wechselnd durch unruhiges Streben. Zugleich mit dieser Umwälzung der sozialen Ordnung und in parallelem Fortschritte, vollzieht sich eine allmähliche Verwandlung des *Rechtes*, nach seinem Inhalte und nach seinen Formen. Der reine Kontrakt wird die Basis des gesamten Systemes, und der Kürwille der Gesellschaft, durch ihr Interesse bestimmt, erscheint mehr und mehr, teils an und für sich, teils als vollstreckender Staatswille, als der alleinige Urheber, Erhalter und Beweger der *Rechtsordnung*, welche sie mithin von Grund aus verändern zu können und zu dürfen gedacht wird, nach ihrem Mögen und Belieben, das aber um ihrer selbst willen ein nützliches oder zweckmäßiges sein wird. […] So verwandelt sich Recht, seiner Form nach, aus einem Gebilde der *Sitte*, oder aus Gewohnheitsrecht, zuletzt in ausschließliches Gesetzesrecht, ein Produkt der *Politik*. (Tönnies 1979 [1887]: 209f., H.i.O.)

In sachlicher Hinsicht liefert das Recht Tönnies also sowohl eine grundbegriffliche Differenzierung der sozialen Ordnungsformen also auch eine Beschreibung der Entwicklung des sozialen Lebens.

### *2. Die wissenschaftstheoretisch gebotene Orientierung am Recht*

Daneben gibt es für Tönnies wissenschaftstheoretische Gründe für den Rekurs auf das Recht, die seinem Wissenschaftsverständnis entspringen und die die Relevanz speziell der juristischen Begrifflichkeit für seine Konzeption der Soziologie zeigen.

#### *2.1 Naturrecht als rationale Wissenschaft*

Tönnies orientiert sich in seinem Wissenschaftsverständnis prinzipiell an den Naturwissenschaften (vgl. Merz-Benz 2016: 31), insofern die moderne, rationalistische Philosophie „mit und an der Naturwissenschaft erwach-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sen" sei (Tönnies 1979 [1912]: XXV; s.a. 1896: 97ff.; 1926g [1910]: 136).[731] Damit ist nun keineswegs die Idee verbunden, dass die Wissenschaft die äußere Realität schlicht abbilde oder repräsentiere. Denn rationalistisch ist die Wissenschaft nach Tönnies in dem Sinne, als ihre Gegenstände „Gedankendinge" und „Constructionen" sind (Tönnies 1979 [1887]: XX).[732]

Wenn Soziologie für Tönnies – wie er immer wieder betont – eine „theoretische" bzw. eine „philosophische" Wissenschaft ist (etwa Tönnies 1926g [1910]: 125),[733] dann hat sie es mit solchen gedanklichen Konstruktionen zu tun. Das bedeutet letztlich für Tönnies, dass sie wie „alle allgemeinen und dann philosophischen Wissenschaften, in erster Linie eine Wissenschaft von *Begriffen*" ist (Tönnies 1911b: 569, H.i.O.). Diese Begriffsorientierung sei das „Wesen der reinen oder abstrakten Soziologie, die von der angewandten und empirischen streng unterschieden werden muss" (ebd.: 569).

Begriffe liefern also nicht direkt die Erkenntnis der Tatsachen (Tönnies 1926g [1910]: 131), sondern sind selbst „rein als Konstruktionen" zu verstehen, die vom Prinzip her indifferent gegen ihre Anwendbarkeit auf die Wirklichkeit sind (Tönnies, Brief vom 28.12.1889, in Tönnies, Paulsen 1961: 273). Sie sind für Tönnies ein Mittel oder „Gerät" (Tönnies 1926g [1910]: 131), um die Wirklichkeit zu erfassen, d.i. „Werkzeuge, um die fließenden Erscheinungen anzupacken, als Gefäße, um die flüssige Wirklichkeit darin zu fassen, und ganz besonders als Maßstäbe, um die Qualitäten der Dinge daran zu messen und dadurch untereinander vergleichbar zu machen" (Tönnies 1926e [1911]: 144). Die Wissenschaft ziele darauf ab, die zweckmäßigsten und tauglichsten Mittel oder Werkzeuge für die Erkenntnis herzustellen (vgl. Tönnies 1926g [1910]: 131).[734] Genau darin sei dann

731 Insofern gibt es nach Tönnies eine Einheit des Wissens. Daher rührt auch seine Kritik an den verschiedenen Abgrenzungsversuchen von Natur- und Kultur- respektive Natur- und Geisteswissenschaften (s.u.). Das bedeutet aber wiederum nicht, dass Tönnies seine Soziologie damit automatisch auf einem organizistischen Biologismus bzw. auf einem Physikalismus fundiert (vgl. Merz-Benz 2016: 111ff.).

732 Zu Tönnies' Erkenntnistheorie, die er aus seiner Arbeit über Hobbes gewonnen hat, vgl. insbesondere Jacoby 1971: 28ff.; Merz-Benz 2016.

733 Nach Königs Fundamentalkritik aus dem Jahr 1955 sei Tönnies daher „*in Zukunft in die Geschichte der Philosophie und nicht mehr in die Geschichte der Soziologie einzuordnen*" (König 1987: 189, H.i.O).

734 Tönnies verdeutlicht das an einem Beispiel: „[D]er Begriff selber, z. B. eines Kreises, ist ein pures Gedankending, nach dessen Ähnlichkeit aber Figuren in der



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> das Denken in der ihm eigentlichen Leistung erkennbar, welche darin besteht, gegen die Vielfachheit und Wandelbarkeit der Erfahrung einfache und konstante Schemata auszubilden und festzuhalten, als worauf die mehreren Erscheinungen bezogen werden können, um desto besser eine in der anderen ausdrückbar zu sein (Tönnies 1979 [1887]: 93).

Wenn Tönnies die Soziologie als eine philosophische Disziplin versteht, dann meint er damit jedoch nicht nur ihren begrifflich-konstruktiven Charakter, sondern ebenso ihre systematischen Bestrebungen. Diese richten sich einerseits auf den begrifflich-systematischen Aufbau der Soziologie,[735] andererseits auf die Einheit aller Erkenntnis: „Zweitens ist aber die Soziologie philosophisch, insofern sie die Grundtatsachen des sozialen Lebens in Beziehung setzt zu den Grundtatsachen des Lebens, insbesondere des psychischen Lebens, das sie in das System einer Gesamterkenntnis der ‚Welt' hineinbildet." (Tönnies 1926e [1911]: 144f.) Dabei verfährt die Philosophie – und damit auch die Soziologie – „wesentlich deduktiv, nach dem Grundsatz, daß die allgemeinen und notwendigen *Naturgesetze* auch im Bereiche der menschlichen Tätigkeiten, der menschlichen Kultur gelten müssen" (ebd.: 145, H.i.O.). Die Einheit ist auf möglichst einfache Prinzipien zurückzuführen, und aus diesen sollen die notwendigen Richtlinien des Seins und des Denkens abgeleitet werden (vgl. Tönnies 1926g [1910]: 131). ‚Reine Soziologie' verfährt begrifflich und systematisch, indem sie aus möglichst zweckmäßigen Begriffen Konsequenzen deduziert, empirische Soziologie kann diese wiederum bestätigen oder berichtigen (vgl. ebd.: 134).

---

Ebene, die entweder gegeben oder konstruiert worden sind, als Kreise gelten und behandelt werden." (Tönnies 1979 [1887]: 93).

735 Tönnies differenziert diesen begrifflich-systematischen Aufbau der Soziologie seit der ersten Auflage von *Gemeinschaft und Gesellschaft* immer weiter aus: Die Bestimmung der genuin soziologischen Gegenstände erfolgt im Jahr 1887 angesichts seiner anfangs noch uneindeutigen Beziehung zur Soziologie noch implizit. Im Jahr 1907 bildet dann die Trias von „soziale Verhältnisse", „sozialer Wille" und „soziale Verbindungen" den „natürliche[n] und notwendige[n] Gegenstand einer besonderen begrifflichen, d.h. philosophischen Wissenschaft, nämlich der Soziologie" (Tönnies 2012f [1907]: 128). Ein Jahr später ersetzt Tönnies in diesem Schema den „sozialen Willen" durch den Begriff der „Samtschaften" und fügt ihm noch den Gegenstand „soziale Normen" zu (Tönnies 1926d [1908]: 63), um später wiederum als Überbegriff für die Trias den Begriff der „soziale Wesenheiten" einzuführen (vgl. etwa Tönnies 1926c [1925]: 434). Die Lehre von den „sozialen Normen" wird zudem um die der „sozialen Werte" und der „sozialen Bezugsgebilde" ergänzt (vgl. ebd.; 1931: 133ff., 259ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dieses Programm einer reinen Soziologie ist nach Tönnies wertfrei: Da „Zukunfts-Programme, alle sozialen und politischen Aufgaben" nach Tönnies nicht wissenschaftlich begründbar sind, will er sie „aus dem Spiele" lassen und das Gebiet der Soziologie auf die „viel leichter lösbaren Aufgaben *objektiver Erkenntnis der Tatsachen* ein[]schränken" (ebd.: 130, H.i.O.) – auch wenn anerkanntermaßen vollkommene Objektivität ein unerreichbares Ideal ist. Nichtsdestotrotz gilt: „Wir wollen also als Soziologen uns nur beschäftigen mit dem, was *ist*; und nicht mit dem, was nach irgendwelcher Ansicht, aus irgendwelchen Gründen, *sein soll*." (Ebd., H.i.O.)[736] Um diese „Idee der reinen theoretischen Einsicht, der Betrachtung und Beobachtung" zu verwirklichen, gelte es, „die Erkenntnis der Begriffe, ihrer Zusammenhänge und Konsequenzen, sowie Erkenntnis der Tatsachen, ihrer Ursachen und ihrer Wirkungen zum Selbstzweck" des „reinen Denkens und Forschens" zu erheben (ebd.: 126f.). Daher sollen soziale „Vorgänge unserer Umgebung" mit größtmöglicher Distanz betrachtet werden, „als ob sie Vorgänge auf dem Monde wären", und „die Ansicht der menschlichen Leidenschaften" zu einem Gegenstand gemacht werden, als „ob sie Winkel im Dreiecke oder berechenbare Kurven" wären (ebd.: 127). In der Enthaltung von Werturteilen sieht Tönnies die Objektivität der Soziologie als reine Wissenschaft von dem, was ist, gewährleistet (vgl. ebd.: 139).[737]

Auf der einen Seite bestimmt Tönnies die reine, philosophische Soziologie über ihr spezifisch wissenschaftliches Vorgehen. Auf der anderen Seite grenzt sie sich über ihre Erkenntnisobjekte ab: „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." (Tönnies 2012j [1931]: 240)[738] Aus soziologischer Perspektive wiede-

736 Die Wissenschaft könne allenfalls Prognosen in Form von Wahrscheinlichkeitsaussagen fällen (vgl. Tönnies 1926g [1910]: 130f.; 1926c: 430).

737 Mithin gilt nach Tönnies: „[*A*]*ls Soziologen* sind wir weder für noch wider Sozialismus, weder für noch wider Erweiterung der Frauenrechte, weder für noch wider Vermischung der Rassen; wir finden aber in allen diesen Fragen, in der Sozialpolitik wie in der Sozialpädagogik und Sozialhygiene Probleme auch für die auf das Tatsächliche gerichtete Erkenntnis; an dieser findet die Soziologie als solche ihre Grenzen, ohne sich anzumaßen, irgendwelche Ideen und Bestrebungen, die etwas anderes wollen, fördern oder hemmen zu wollen. Ob Förderung oder Hemmung aus der richtigeren Erkenntnis entspringe, das ist eine andere Frage. Im allgemeinen kann es allerdings erwartet werden." (Tönnies 1926g [1910]: 133, H.i.O.).

738 Darüber erfolgt letztlich die Abgrenzung zu den konkurrierenden Disziplinen Sozialbiologie und Sozialpsychologie (vgl. insbesondere Tönnies 1926f [1915/1916]; 1926c [1925]).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rum stellt sich das menschlichen Zusammenleben nur unter dem Gesichtspunkt dar, dass der Mensch ein Vernunftwesen ist – man hat es nur „mit seinem *Geistesleben* zu tun" (Tönnies 1908: 228, H.i.O.). Daher sind die sozialen ‚Dinge' reine Gedankenbilder: „Sie sind Erzeugnisse menschlichen Denkens und sind nur für ein solches Denken vorhanden […]." (Tönnies 2012j [1931]: 240)

In dieser Eigenschaft liegt letztlich die Angemessenheit des begrifflichkonstruktiven Vorgehens begründet: Da die genuin soziologischen Gegenstände „Gedankenbilder" seien, unterscheide sich die Soziologie von den Naturwissenschaften „nur dadurch […], daß ihre Objekte weder durch Teleskop, noch durch Mikroskop sichtbar werden und auch durch andere Sinne nicht wahrnehmbar sind" (Tönnies 2012f [1907]: 116). Um sie dennoch zu „begreifen", gelte: „Nur der Gedanke vermag sie zu erkennen." (Ebd.) Es ist, wie Merz-Benz über Tönnies paraphrasierend schreibt – „die theoretische Wissenschaft ‚Soziologie', welche die sozialen Verhältnisse ‚eben dadurch' ‚denkt', dass sie sie ‚aus den Tatsachen, aus dem wirklichen Verhalten der Menschen zueinander, abzieht' und anschließend im Begriff erstehen lässt" (Merz-Benz 2016: 10). Erkenntnis läuft dann über vernünftige Begriffsbildung, die gegenüber der sozialen Wirklichkeit dem Reich der Begriffe entspringt.

Die Soziologie hat es also nach Tönnies

> wesentlich mit Begriffen zu tun, mit dem Begriffe des sozialen Lebens, mit den Begriffen sozialer Verhältnisse, sozialer Willensformen und sozialer Werte, sozialer Verbindungen, also unter anderen den Begriffen der Sitte und des Rechtes, der Religion und der öffentlichen Meinung, der Kirche und des Staates; sie muß diese Begriffe bilden, d.h. sie für den Gebrauch zurecht machen, sie schmieden und bebauen, um die Tatsachen der Erfahrung wie an Nägel daran zu hängen oder wie mit Klammem zu ergreifen; sie hat in diesem Bereiche nicht sowohl direkt die Erkenntnis der Tatsachen, sondern die zweckmäßigsten, tauglichsten Geräte für solche Erkenntnis herzustellen: eine überaus wichtige, von den bloßen Empiristen oft sehr zu ihrem Schaden gering geschätzte Aufgabe. (Tönnies 1926g [1910]: 131)

Die notwendige gedankliche Abstraktion bestehe in der Konstruktion von „Normalbegriffen […], deren Gegenstände mit einer leichten Abänderung des Max Weberschen Terminus ich *ideelle Typen* nenne" (Tönnies 2012l [1932]: 271, H.i.O.). Hierzu zählen ‚Gemeinschaft' und ‚Gesellschaft', insofern wird das epistemische Ding ‚Gesellschaft' nun als Sozialform gefasst,



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und die Gesellschaft im engeren Sinne ist eine der möglichen.[739] Gemeinschaft und Gesellschaft sind dann die Begriffe, an denen die Sozialformen gemessen werden. Sie dürften aber nicht mit der Realität verwechselt werden, sie sind keine Dinge, die man in der Wirklichkeit antreffen könne.[740] Und doch werden sie zu deren Erkenntnis herangezogen. Dabei müssen sie – wie alle Normalbegriffe – „geeignet sein, als Maßstäbe zu dienen, um die Beziehungen zwischen Inhalten, die in der Erfahrung gegeben sind und verglichen werden sollen, auszudrücken" (Tönnies 1926b [1908]: 123).

### *2.2 Rechtsbegriffe und soziologische Begriffe*

In dieser Bestimmung der Soziologie als reine bzw. als philosophische Wissenschaft liegt für Tönnies auch der Grund für die Hinwendung zum Naturrecht – respektive zur Naturrechtstheorie. Denn er erkennt im naturrechtlichen Denken den die Wissenschaft schlechthin begründenden Rationalismus (s.o.). Darüber hinaus liegt es aber auch an der Eigenart der naturrechtlichen Begriffsbildungen:

Die Hinwendung zum Naturrecht ermöglicht auf heuristischer Ebene das Heranziehen eines ent-theologisierten Begriffsarsenals. Das ältere Naturrecht sei seinem Charakter nach „notwendig antitheologisch" (Tönnies 1979 [1912]: XXVI). Denn im rationalen Naturrecht werden scheinbar übersinnlichen Gestalten als Gebilde menschlichen Denkens und Wollens erklärt (ebd.: XXXII; 2012e [1899]: 108). Insofern gelte: „Die bleibende Bedeutung der naturrechtlichen Rechtsphilosophie liegt in der Ablösung der Begriffe des Rechts von der Theologie, in der behaupteten Autonomie des menschlichen Willens auch in bezug auf die moralisch und politisch gültigen sozialen Werte." (Tönnies 1911b: 570) Zwar weise das Naturrechtsdenken als Rechtsphilosophie immer auch eine normative Komponente auf,

739 König bezweifelt jedoch, dass Tönnies bereits in der ersten Auflage seines Hauptwerks ‚Gemeinschaft' und ‚Gesellschaft' als Normalbegriffe entwarf, dort habe dieser vielmehr noch entwicklungsgeschichtlich gedacht. Auch wenn Tönnies später etwas anderes behauptete, habe er das Konzept des Normalbegriffs erst um die Jahrhundertwende entwickelt (vgl. König 1955: 352f.).

740 Vielmehr muss eine soziale Verbundenheit als geistiges Gebilde, „durch das Medium des gemeinsamen Denkens derjenigen menschlichen Individuen gesehen und begriffen werden […], die eine solche Wesenheit bilden und benennen. Nur durch diesen gemeinsamen Willen ist sie vorhanden, muß also immer in ihrer Abhängigkeit davon begriffen werden." (Tönnies 1926c [1925]: 433).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gehe es doch um das „natürliche, normale oder richtige Recht, um den rationalen und den besten Staat, um ideale Gesetzgebungen als die von der Natur oder von der Vernunft gebotenen immer sich innig bemüht hat“ (Tönnies 1926g [1910]: 126). Darüber hinaus habe das Naturrecht aber auch einen „objektiven begrifflichen Erkenntnisgehalt […]: das ist eben ihr soziologischer oder sozialphilosophischer Gehalt, eine Lehre von den möglichen und wirklichen, (daher auch von den notwendigen) *sittlichen* und *rechtlichen* Beziehungen, Verhältnissen und Verbindungen der Menschen“ (ebd.: 126, H.i.O.). Diese Lehre lasse sich „aus dem ‚Naturrecht‘ herausschälen, um ein Stück höchst wichtiger theoretischer Soziologie aus ihr zu gewinnen“ (ebd.).[741]

Durch die Bereitstellung eines ent-theologisierten Begriffsarsenals ermöglicht das Naturrecht die rationale Konstruktion gesellschaftlicher sozialer Verhältnisse und Verbindungen. Diese sei namentlich in der „reinen Theorie des Privatrechts“ zu suchen (vgl. Tönnies 2012f [1907]: 114; s. schon 1880c: 30 [eigene Pag.]). Denn dort werde sich über den Vertrag mit dem Grundtyp der gesellschaftlichen Verhältnisse auseinandergesetzt, wie Tönnies explizit betont: „Für die rationale Konstruktion ist der normale Ursprung eines solchen Verhältnisses der *Vertrag*; und zwar insofern, als er durch gegenseitiges *Versprechen* geschlossen wird und gegenseitige ‚Rechte‘, d.h. berechtigte Ansprüche und ‚Pflichten‘ begründet.“ (Tönnies 2012g [1914]: 203, H.i.O.)

Die rechtlichen Konstruktionen sind nach Tönnies daher – wie er später hervorhebt – selbst als eine Art des soziologischen Denkens anzusehen: „Ich behaupte, daß es soziologisch außerordentlich wichtig ist, das juridische Denken und seine Figmente als eine Art des soziologischen Denkens zu verstehen, das sich freilich zu anderen als soziologischen Zwecken ausgebildet hat.“ (Tönnies 2012l [1932]: 275) So beschreibe die juristische Fiktion der ‚juristischen Person‘ den fiktiven Charakter der ‚sozialen Verbindungen‘ treffend (vgl. ebd.: 275; 1926h [1923]: 348). Zugleich bringe sie aber auch den notwendig personalen Charakter solcher Vielheiten zum Ausdruck, begreife sie diese doch als eine Person, die seinen Mitgliedern gegenübertrete, nach außen hin gegen andere auftrete und als solche schließlich – auch von den Theoretikern – adressiert werde (vgl. Tönnies 2012l [1932]: 275; 2012g [1914]: 207).[742]

741 Zu den Folgen dieser Konzeption der Abgrenzung von Normativität und Objektivität als rechtsphilosophie-interne Streitigkeit s. gleich IV.2.2.

742 In Anlehnung an Jhering schreibt Tönnies: „Der Verein ist der Typus der *Gesellschaft*, die aus freiem Kürwillen, sei es wirklich [sic], entsprungen ist oder doch ihrem Wesen nach hervorgeht.“ (Tönnies 2012f [1907]: 125, H.i.O.). Mit dieser



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Letztlich erfüllt die Orientierung am Naturrecht eine erkenntnisleitende Funktion.[743] Für Tönnies stellt der Tausch die „*einfachste[] Form der sozialen Verbundenheit*" dar (Tönnies 2012j [1931]: 238, H.i.O.). Die „mannigfachen Weisen der Verbundenheit" lassen sich dann wiederum „am leichtesten verstehen, wenn wir sie alle auf den einfachsten Typus beziehen, der zugleich der rationale ist: nämlich auf den Fall des einfachen Tausches oder der gegenseitigen Bindung durch Versprechungen, die als verlängerter Tausch gedacht werden mögen" (ebd.). Dies ist der rationale Tauschvertrag, wie er sich aus den naturrechtlichen Konstruktionen ergibt (vgl. bereits Tönnies 2012a [1880/1881]: 55f.). Seine spezifische Charakteristik sieht Tönnies in der Zweck-Mittel-Relation, „weil es sich in seinem einfachsten Fall um zwei getrennte Gegenstände handelt, die nichts miteinander zu tun haben, als daß jedes Mittel in Bezug auf den anderen (als Zweck) ist, jeder nützlich, also Wert habend, als Mittel, um den anderen zu erlangen" (Tönnies 2012j [1931]: 238). Ausgehend hiervon lassen sich dann die Differenzen zu den gemeinschaftlichen Rechtsverhältnissen explizieren: etwa ihre Umkehrung der Zweck-Mittel-Relation (vgl. Tönnies 1929 [1923]) oder ihr organischer statt mechanischer Charakter.

V.a. aber zeigt sich vor der Folie der naturrechtlichen Konstruktion des Rechtsverhältnisses, dass man auch das Gemeinschaftsdenken über seine spezifische Art des Wollens bestimmen muss, die Tönnies mit dem „Kunstausdruck" Wesenwillen belegt (Tönnies 1909: 17). Aus der Orientierung am naturrechtlichen Rechtsverhältnis folgt also bei Tönnies die Notwendigkeit der Auseinandersetzung mit den Willensformen, und konsequenterweise bildet das den zweiten Teil von *Gemeinschaft und Gesellschaft* (Tönnies 1979 [1887]: 73ff.).[744] Auch wenn die begrifflichen Konstruktionen des Naturrechts für Gemeinschaftsverhältnisse nicht passen, lassen

---

Bestimmung geht es Tönnies letztlich – der naturrechtlichen Theorie des Leviathans folgend – um die soziologische Theorie des Staates (vgl. ebd.: 123; 1926h [1923]).

743 Das folgt aus Tönnies' Prämisse, dass das Allgemeine dem Besonderen vorausgehe, dass sozusagen die konkrete Ausformung nur Ausdruck eines vorausgehenden allgemeinen Prinzips sei.

744 Der „soziale Wille" zeigt sich als das vereinende Element: „Sitte und Gewohnheitsrecht, Religion und Gesetzgebung, Konvention und öffentliche Meinung, Stil und Mode sind lauter Ausdrücke für verschiedene Gestalten sozialen Willens." (Tönnies 2012f [1907]: 117) Nach Tönnies liegt in Verkennung der Rolle des Wollens eines der Probleme der Historischen Rechtsschule begründet: „In der Tat ist es die Schwäche der ganzen historischen Schule in der Rechtsphilosophie wie in der Nationalökonomie, daß sie sich niemals zu einer psychologischen Ableitung ihrer sozialen und ebensowenig zu einer soziologischen Vertie-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - 

sich nach Tönnies die Elemente der Qualifikation dieser Verhältnisse aus der Analyse der naturrechtlichen Konstruktion des sozialen Verhältnisses gewinnen.[745]

### *III. Soziologie als Rechtsphilosophie: gemeinschaftliches Naturrecht*

Das Naturrechtsdenken bildet also für Tönnies die Grundlage einer wissenschaftlichen Behandlung von sozialen Verhältnissen, sozialen Willensformen und sozialen Verbindungen schlechthin. Allerdings erweist es sich – wie schon die Analyse der sozialen Verhältnisse zeigt – als „Irrtum […], völlig getrennte und geschiedene Willenssphären der Menschen als allgemein und notwendig" vorauszusetzen (Tönnies 1925 [1905–1911]: 192; s.a. 2012e [1899]: 108):

> Ich behaupte dagegen: es gibt eine *ursprüngliche und wesentliche* Einheit zwischen Mensch und Mensch, die in nächster Nähe der Instinkt, in unendlicher Entfernung nur die höchst entwickelte Vernunft zu erkennen vermag, die aber immer vorhanden ist, und durch die Vernunft auf allen Stufen ihrer Entwicklung sich kundbar macht. (Tönnies 1925 [1905–1911]: 192, H.i.O.)

Wenn also aus dem Verhältnis menschlicher Gemeinschaft gleichermaßen reine Rechtsverhältnisse hervorgehen, so zeigt dies die Beschränktheit des Naturrechts auf rationalistische und individualistische Begrifflichkeiten (vgl. Tönnies 1922: 211 [13]).

Diese Beschränktheit kann nun nicht dadurch überwunden werden, dass man sich auf die Seite der Historischen Rechtsschule schlägt, erweist diese sich doch weder als konsistent, noch als wissenschaftlich akzeptabel (s.o.). Naturrecht und Gewohnheitsrechtslehre stellen nach Tönnies vielmehr je spezifische „Ansicht[en] der sozialen, politischen usw. Weltdinge" dar. Dabei könne „diesen Dingen und ihrer Beschaffenheit selber bald die eine, bald die andere [Ansicht; D.S.] adaequat sein" (Tönnies, Brief vom 21.06.1885, in Tönnies, Paulsen 1961: 216f.). Es sei letztlich falsch, von

---

fung ihrer psychologischen Begriffe aufgeschwungen hat. Wo sie dies versucht hat, ist sie regelmäßig in theologisches oder mythologisches Dunkel zurückgeglitten." (Tönnies 2012e [1899]: 106, Fn. 78).

745 Denn es gelte – so Tönnies –, „die Erscheinung des *sozialen Verhältnisses* in seine *Elemente* zu zerlegen und diese Elemente begrifflich darzustellen, unangesehen, ob ihre reine Gestalt in der Wirklichkeit vorkomme oder nicht" (Tönnies 2012f [1907]: 114, H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einem Gegensatz in dem Sinne auszugehen, dass eine Seite alleinige Gültigkeit für sich zu beanspruchen vermag (vgl. ebd.). Vielmehr seien Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht gleichermaßen als Quellen des Rechts anzuerkennen (vgl. Tönnies 1925 [1905–1911]: 180; 2012f [1907]: 115; 1931: 209).

Im Gegensatz zur Historischen Rechtsschule folgt für Tönnies aus der Gewohnheitsrechtslehre nicht der Ausschluss der gewillkürten Kodifikation, sondern diese stellt schlicht ein *aliud* zu ihr dar. Und *vice versa* verhält es sich mit Blick auf das Vernunft- bzw. das Naturrecht: Weder ist Gewohnheitsrecht ausgeschlossen, noch derogiert Naturrecht per se widersprechendem Recht. Beide Richtungen verkennen letztlich, dass sie ihre Einheit im „sozialen Wollen" finden und nur die zwei Seiten der Medaille ‚soziale Verhältnisse' darstellen (vgl. Tönnies 1925 [1905–1911]: 180).[746] Insofern stehen sie gleichberechtigt nebeneinander.

Angesichts dieses Nebeneinanders der beiden Rechtsquellenlehren ist das eigentliche Erkenntnisziel von Tönnies auf Synthese gerichtet. Bereits im Jahr 1879 formuliert er dieses Anliegen, wenn er an Friedrich Paulsen schreibt: „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. Damit wird einerseits ein genetisches Erklärungsinteresse verfolgt: Denn nur, wenn man die Wirklichkeitsauffassung um die romantische Denkweise erweitere (vgl. ebd.), könne man herausfinden, wie sich die historische Entwicklung und die darin hervortretende Genesis des modernen Zusammenlebens darstelle. Nur so könne man daher erklären, auf welchem Fundament das gegenwärtig primär rational gestaltete Zusammenleben aufruhe (vgl. Merz-Benz 2016: 48). Andererseits geht es aber um eine

746 In der Literatur wird immer wieder betont, dass Tönnies' Konzeption des Verhältnisses von Gemeinschaft und Gesellschaft sehr widersprüchliche Interpretationen zulässt. So macht René König in Tönnies' Hauptwerk allein sieben, durch Textstellen belegbare Deutungsmöglichkeiten aus (König 1987). Insbesondere die Lesart, bei Tönnies eine normative Bevorzugung der organizistischen Gemeinschaft zu erkennen, dergegenüber Gesellschaft ein Verfallsphänomen darstelle (vgl. etwa Freyer 1936), führt zu der immer wieder erörterten Frage, ob er als Vorläufer der Gemeinschaftsideologien der Weimarer- und der NS-Zeit zu sehen ist (statt vieler vgl. Käsler 1991; Breuer 2002). Im Lichte der Rechtsquellenlehren verkehrt sich diese normative Bewertung aber bei Tönnies, richtet er doch seine Kritik primär gegen die organizistische Gewohnheitsrechtslehre. Es geht dann vielmehr darum, Gemeinschaft überhaupt denkend erfassen zu können.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Synthese im dialektischen Sinne. Insofern stellt für Tönnies „das ‚historische' Denken, außer dem, was es sonst bedeutet, auch den Übergang zu einer neuen Gestalt des rationalistischen Denkens in Bezug auf die Tatsachen des *sozialen Lebens* dar" (Tönnies 2012d [1895]: 84, H.i.O.).

Da Tönnies seine Grundbegriffe an die Rechtsphilosophie respektive an die Theorie des Rechts zurückbindet, erscheint die Arbeit am Begriff des Rechts als der eigentliche Ort der Synthese. Hier stößt er jedoch auf ein Problem: Bietet das naturrechtliche Denken die Möglichkeit der genuin wissenschaftlichen Erfassung der gesellschaftlichen Verhältnisse, so ist das bei der Historischen Rechtsschule, also für die gemeinschaftlichen Verhältnisse, gerade nicht der Fall. Man muss also zunächst eine Rechtstheorie (und damit Sozialtheorie) der Gemeinschaft konstruieren, die gleichsam den spezifischen Eigenheiten der gemeinschaftlichen Verhältnisse als auch den wissenschaftlichen Anforderungen des rationalistischen (Naturrechts-)Denkens gerecht wird.[747] Dementsprechend sucht Tönnies die „aus ihren Verhüllungen zu befreiende soziologische Rechtsphilosophie" (Tönnies 2012g [1914]: 205) der Gewohnheitsrechtslehre herauszuarbeiten, die als Basis der Synthese fungieren kann. Ausgangspunkt hierfür wird im dritten Buch von *Gemeinschaft und Gesellschaft* das ‚Natürliche im Recht', wie Tönnies es sowohl im Naturrechtsdenken als auch im Gewohnheitsrechtsdenken ausmacht.

### *1. Das Natürliche im Recht*

Auch wenn das rationale Naturrecht auf Konstruktionen beruht, erkennt Tönnies darin etwas Natürliches im Recht: „Dies ist der individualistisch-gesellschaftliche Begriff eines *natürlichen*, d.h. der Vernunft gemäß allgemeinen und notwendigen Rechtes […]." (Tönnies 2012g [1914]: 204, H.i.O.) Insofern folgt das gesellschaftliche Naturrecht aus der Natur des Menschen als vernunftbegabtes Wesen, hierin liegt seine Allgemeinheit und Notwendigkeit begründet.

Aber auch das gemeinschaftliche Recht stellt ein solches ‚natürliches Recht' dar. Denn auch dieses ist allgemein und notwendig, jedoch nun nicht mehr bezogen auf die *ratio*, sondern auf die Natur der Sozialform:

747 Der Entwurfscharakter eines solchen Gemeinschaft und Naturrecht vereinenden Denkens wird in Tönnies Schriften daran deutlich, dass er an den entsprechenden Stellen in den Konjunktiv wechselt und vorsichtig davon spricht, dass eine solche Theorie „möglich" sei (Tönnies 2012g [1914]: 204) bzw. dass man deren Idee darzustellen unternehmen „kann" (Tönnies 1931: 217).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> Mithin ist eine verbundene Menschheit als natürliches und notwendiges Dasein vorausgesetzt, ja es ist ein *Protoplasma des Rechtes* vorausgesetzt, als ursprüngliches und notwendiges Produkt ihres Zusammenlebens und Zusammendenkens, dessen fernere Entwicklung wesentlich durch seine gleichsam eigene Tätigkeit, nämlich durch den vernünftigen Gebrauch seines Urhebers geschehen sei. (Tönnies 1979 [1887]: 176)

Recht ist daher nicht nur als gesatztes Recht, sondern in einem weiten Sinne zu verstehen: „[A]lles, was dem *Sinne* eines gemeinschaftlichen Verhältnisses gemäß, was in ihm und für es *einen Sinn hat*, das ist sein *Recht*; d. i. es wird als der eigentliche und wesentliche Wille der mehreren Verbundenen geachtet." (Ebd.: 17, H.i.O.) „Natürliches Recht" in gemeinschaftlichen Sinne folge aus einem „stillschweigenden Einverständnis über das, was sein muß, einem Einverständnis, das aus den tatsächlich gegebenen Verhältnissen als eine Folgerung und Forderung sich ergibt: es ist ‚selbstverständlich' und also notwendig" (Tönnies 1909: 19).

Letztlich handelt es sich beim Recht dann um Ordnungsnormen, und das natürliche Recht stelle „eine Ordnung des Zusammenlebens [dar], die jedem Willen sein Gebiet oder seine Funktion zuweist, einen Inbegriff von Pflichten und Gerechtsamen" (Tönnies 1979 [1887]: 17). Es erwachse aus einer „natürliche[n] und a priori in ihrem Keime enthaltene[n] Ordnung und Harmonie, nach welcher jedes Mitglied das Seine tut, tun muss oder doch soll" (ebd.: 189). In diesem Sinne müssen gemeinschaftliche Rechtsverhältnisse „ihrer Wurzel nach von Natur ‚*gegeben*' vorausgesetzt werden, d.h. als in der allgemeinen oder in einer besonderen *Notwendigkeit* menschlichen Zusammenlebens und Zusammenwirkens gegründet" (Tönnies 2012g [1914]: 204).[748]

Recht ist immer zu verstehen als ein Erzeugnis des menschlichen denkenden Geistes, egal ob in Form des Naturrechts oder in Form des gemeinschaftlichen Rechts. Als geistiges Produkt folgt es der Natur der Sache, es ist deren Ordnung bzw. stiftet diese. Wenn Ordnung notwendige Voraus-

748 In solchen Rechtsverhältnisses verändert sich die Funktion des Vertrages: „Hier erschiene dann der Vertrag nur als die Befestigung oder Bestätigung, besser vielleicht noch als die individuelle Erfüllung eines der Idee nach schon vorhandenen, weil in dem genannten Sinne notwendigen ‚Bandes', das seinem Wesen nach ein Band der ‚Treue' wäre, d.h. der zeitlich unbegrenzten Erhaltung eines dadurch hergestellten Zustandes […]." (Tönnies 2012g [1914]: 204).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

setzung jeglicher Form des sozialen Lebens ist,[749] dann ist jedes Recht „natürlich", d.h. allgemein und notwendig – daher die bereits erwähnte Gleichung: „Ordnung ist natürliches Recht, Recht schlechthin = positives Recht." (Tönnies 1979 [1887]: 207) In der sozialen Ordnung liegen mithin die ‚soziologische Gründe des Naturrechts'. Und im Begriff des ‚natürlichen Rechts' in seinem zweifachen Sinne liegt die Behauptung, „daß Recht sowohl als gemeinsamer Wesenwille, wie als gemeinsamer Kürwille verstanden werden kann" (ebd.: 185). Das logische Nebeneinander des gemeinschaftlichen und des gesellschaftlichen Rechts erweist sich dann als ein logisches Nebeneinander der jeweiligen Rechtsquellenlehren.

### 2. *Der Entwurf eines gemeinschaftlichen Naturrechts*

Dieser Begriff des natürlichen Rechts markiert in seinem zweifachen Bedeutungsgehalt den Anfangs- und den Endpunkt der Entwicklung des Natürlichem im Recht: Von den ursprünglichen familiären Verhältnissen mit ihren tradierten Gewohnheitsrechten über die Entgegensetzung der Rechte zwischen den Häusern hin zu Formen der Freisetzung der Vernunft im *ius gentium*, das jedoch noch an das Gewohnheitsrecht zurückgebunden war, so dass das Rationale erst mit der Verwirklichung des allgemeinen und natürlichen Rechts im Sinne des rationalen Naturrechts zur Entfaltung kam (ebd.: 176ff.).

Auf philosophischer Ebene trat jedoch durch die Historische Rechtsschule eine Verkehrung ein, verdrängte sie doch Anfang des 19. Jahrhunderts erfolgreich das Naturrecht. Bereits im Jahr 1887 erkennt Tönnies nun angesichts der sozialen Frage ein Wiederaufleben des Naturrechts: „Nachdem es der Evolution der herrschenden Classe selber gedient hat, lebt es wieder auf als Programm der unterdrückten Classe, in der Forderung des Ertrages der eigenen Arbeit." (Tönnies 1887: 246) Dass Tönnies damit aber nicht das ältere rationale Naturrecht meint, zeigt sein Zusatz, den er im Jahr 1912 in der zweiten Auflage von *Gemeinschaft und Gesellschaft* anhängt:

> In allgemeinster und unmittelbarster Weise richtet sich dieser Kampf gegen das freie und absolute Privateigentum am Grund und Boden,

749 So schreibt Tönnies: „*Zufällig* ist jede besondere Ordnung; *notwendig* ist nur eine Ordnung überhaupt, eine Weltordnung, auch diese aber nicht notwendig als Wirklichkeit, sondern als ein Mittel zum vernünftigen Leben, welches der Denkende setzen und bejahen *muß*." (Tönnies 1979 [1887]: 180f., H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> weil dessen Mißbrauch am deutlichsten – als „Bodenwucher" – zutage tritt, und weil die Urerinnerung an ein gemeinschaftliches Recht, das „mit uns geboren ist", schlummernd, wie das Weizenkorn in einer Mumie, jedoch der Entwicklung fähig, in der Volksseele sich erhalten hat. Denn als Idee der Gerechtigkeit verstanden ist das Naturrecht ein ewiger und unveräußerlicher Besitz des menschlichen Geistes. (Tönnies 1979 [Zusatz von 1912]: 184)

Der Entfesselung der Handlungsmöglichkeiten des Individuums auf dem kapitalistischen Markt hält Tönnies ein Naturrecht entgegen, dessen Ursprung in der Erinnerung an das genuin gemeinschaftliche Recht zu finden ist. Hier ist dann auch die Idee der Gerechtigkeit anzusiedeln, die angesichts der sozialen Frage zu einem dringlichen Problem geworden ist.

Diese Bestimmung markiert sehr deutlich den kritischen Einsatz dessen, was er später das „gemeinschaftliche Naturrecht" (Tönnies 1931: 217) nennen wird: Wolle man eine solche Idee entwickeln, so stehe es dem Denkenden frei, den Menschen nicht als schlechthin egoistisch vorauszusetzen, sondern dem „System der sozialen Normen als natürliches Recht" die „Hypothese des natürlichen *Altruismus* zugrunde [zu] legen" (ebd.: 218, H.i.O.):

> Es würde bedeuten, daß in jedem sozialen Verhältnis, das auf gegenseitiger Zuneigung und darin wurzelndem Pflichtgefühl beruhe, der Keim eines objektiven Rechtes gegeben sei und daß dieser Keim unter begünstigenden Umständen des Lebens wachse und sich zum Recht fortentwickele. (Ebd.)

Ein solches gemeinschaftliches Naturrecht würde – so Tönnies – (subjektive) Rechte und Pflichten entgegen deren naturrechtlicher Entkoppelung wieder zusammendenken: „[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." (Ebd.: 219) Ein solches Recht, das auf dem obersten Grundsatz beruhe, dass die Menschen als vernünftige Wesen in engeren oder weiteren Kreisen zu Schutz und Trutz miteinander verbunden seien (vgl. ebd.), ist *per se* ein soziales Recht, das sich am Ganzen (als Gemeinschaft) orientiert:

> Es stünde also seinem Wesen nach das gemeinschaftliche Naturrecht, wie das gesellschaftliche, unter den Begriffen einer als gültig anerkannten Vernünftigkeit oder Weisheit, die ihre Forderungen stellte, indem sie die wie auch immer zu motivierende Selbstbeherrschung und Selbstüberwindung zugunsten einer Idee verlangt, die auch in Ge-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> meinschaft als im letzten Grunde dem eigenen wahren Wohl und Heil dienend erkannt würde. (Ebd.: 221)

Ließe sich ein solches gemeinschaftliches Naturrecht am leichtesten im Familienrecht realisieren, so sieht Tönnies aber gleichermaßen die Möglichkeit, dies über gemeinsames Eigentum zu verwirklichen (ebd.: 219f.). Aber auch den Arbeitsertrag könne man nach dem Gesichtspunkt des allgemeinen Nutzens und nicht des individuellen Gewinns verteilen. Zur Debatte steht also ein Wandel der normativen Gesichtspunkte, die dem naturrechtlichen Denken in egal welcher Form zu Eigen ist:

> Diese Idee [des gemeinschaftlichen Naturrechts, D.S.] erscheint in Anwendung auf das Handeln, insbesondere auf die friedliche Ordnung der Verhältnisse von Menschen zu Menschen und von Menschen zu Sachen, als die Idee der Gerechtigkeit, die von dem Gedanken des Naturrechts unlösbar ist. (Ebd.: 221)

Während es sich im gesellschaftlichen Naturrecht um eine kommutative Gerechtigkeit handelt, wandelt sie sich im gemeinschaftlichen Naturrecht in eine distributive. Einher damit geht eine Veränderung im Verhältnis von Recht und Moral: Während das gesellschaftliche Naturrecht von einer strikten Trennung ausgeht, verschmelzen beide im gemeinschaftlichen Naturrecht.[750]

Das gemeinschaftliche Naturrecht stellt letztlich die gesuchte Synthese zwischen historischer und rationaler Ansicht, zwischen Historischer Rechtsschule und Naturrecht dar. Auf der einen Seite versucht Tönnies damit die Einseitigkeit der individualistisch-rationalistischen Denkungsart zu überwinden, ohne das Wissenschaftsmodell, das dem Rationalismus zugrunde liegt, aufzugeben. Dadurch soll ein Abgleiten in Traditionalismus und Irrationalismus eines historistischen Gemeinschaftsdenkens verhindert werden. Auf der anderen Seite versucht Tönnies, dem Gemeinschaftsdenken einen wissenschaftlichen Ausdruck zu geben, der dessen anti-rationalen und organischen Charakter gerecht wird. Als gemeinschaftliches Recht ist es der Gewachsenheit des Rechts respektive der sozialen Ordnung verpflichtet, als Naturrecht behält es aber die Freiheit und Gleichheit

750 So schreibt Tönnies über die Idee des gemeinschaftlichen Naturrechts: „Sie verschmilzt die Moral mit dem Rechte, ordnet aber notwendigerweise das Recht der Moral unter. Es wird hier zum Organ eines Geistes der Selbstbeherrschung und Bescheidung des einzelnen Menschen, daher der Erziehung zur Fähigkeit solcher und der Uebung im Gebrauche der Tugenden, die ein gutes Zusammenleben erfordert.“ (Tönnies 1931: 222).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Individuen im Auge und hat eine der Zukunft zugewandte Dimension. Im gemeinschaftlichen Naturrecht werden bei Tönnies die beiden Rationalitätsformen, d.h. die analytische Zweckrationalität des Naturrechtsdenkens und die im theoretischen Sinne ganzheitliche-synthetische Vernunft und im praktischen Sinne ethische Vernunft des Gemeinschaftsdenkens, miteinander synthetisiert (vgl. Bickel 1991: 151; kritisch hierzu Kamenka, Erh-Soon Tay 1990). Dadurch versucht Tönnies die naturrechtliche Trennung von Recht und Moral in den ganzheitlich-kulturellen Vernunftformen der Gemeinschaft aufzuheben und das Gerechtigkeitsstreben des Naturrechts zu verwirklichen.

### 3. *Die Wertfreiheit der Soziologie als Rechtsphilosophie*

Wie in der Literatur immer wieder hervorgehoben wird, besteht der aufklärerische Impetus Tönnies' in der Integration der romantischen respektive historischen Denkweise in die wissenschaftliche Auffassung der Sozialwelt, d.h. in der Ausweitung der Zuständigkeit der Vernunft in ihrem umfassendsten Sinne auch auf diejenigen Bereiche, die an sich nicht rational strukturiert sind. Er richte sein Bemühen darauf – wie Merz-Benz darlegt –, „die Aufklärung auch in die Bereiche des Alogischen voranzutreiben, die Vernunft auf diese Weise nicht verabschiedend, sondern sie noch stärkend – mithin das sich Einlassen auf eine Paradoxie" (Merz-Benz 2016: 51). In diesem Sinne fungiert der Entwurf des ‚gemeinschaftlichen Naturrechts' als „kritische Instanz" (Bickel 1991: 149), um eine – wie Bickel schreibt – „Korrektur der Pathologien des abendländischen Rationalisierungsprozesses durch die Freisetzung und wissenschaftlich geleitete Entwicklung der im Wesenwillen enthaltenen Vernunftkomponente" zu erreichen (ebd.: 150; vgl. auch Tönnies 2012d [1895]: 99f.).

Vorreiterin eines gemeinschaftlichen Naturrechts erkennt Tönnies in der modernen Konsum- und Genossenschaftsbewegung, von der er sich einen großen Beitrag zur gesellschaftlichen Reform erhofft (vgl. Lichtblau 2012: 15).[751] In ihr gewinne – wie Tönnies in der zweiten Auflage von *Ge-*

751 Die Genossenschaftsidee stellt nach Tönnies insbesondere eine Alternative zu einer reinen staatlichen Interventionspolitik im Wohlfahrtsstaat dar, die letztlich zulasten des Rechtsstaates (verstanden als Verteidigung der Freiheitsrechte) geht (vgl. Tönnies 1914: 70; zur differenzierten Auseinandersetzung mit Tönnies' Verständnis des Staates – insbesondere auch des Sozialstaates – vgl. die Beiträge in Carstens 2014b; Opielka 1990). Daher widmet Tönnies dem Thema der Genossenschaft immer wieder seine Aufmerksamkeit.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

*meinschaft und Gesellschaft* hinzufügt – das Prinzip der Gemeinschaftsökonomie in einer „Gestalt, die den gesellschaftlichen Lebensbedingungen angepasst ist", ein neues Leben (Tönnies 1979 [Zusatz von 1912]: 174).[752] Das erweise sich einerseits als sittliches Gebot der Stunde, sei aber andererseits auch für die reine Theorie des sozialen Lebens von Interesse, denn: „Eine Erneuerung des Familienlebens und anderer Gemeinschaftsformen wird, in Verbindung mit tieferer Erkenntnis ihres Wesens und ihrer Lebensgesetze, hier [in der Genossenschaftsbewegung, D.S.], wenn irgendwo ihre Wurzeln zu schlagen vermögen." (Ebd.)[753] Den „auflösenden Kräfte[n]" des „kapitalistisch-gesellschaftlichen Weltsystems" werde damit nämlich – wie Tönnies in einem weiteren Zusatz aus dem Jahr 1922 spezifiziert – nicht eine schlicht moralische Meinung entgegengehalten. Vielmehr handele es sich bei der „Idee der genossenschaftlichen Selbstversorgung" um ein „lebens-, also entwicklungsfähiges Prinzip[]" (ebd. [Zusatz von 1922]: 175), das aus der Freiheit des Einzelnen erwachse und nicht aus einem Rückfall in den Traditionalismus.[754]

Auch wenn Tönnies auf diesem Weg auf die soziale Frage zu antworten sucht, ordnet er sein Vorhaben keineswegs den von ihm aus wissenschaftstheoretischen Gründen stark kritisierten Kathedersozialisten (der historischen Schule der Nationalökonomie) zu,[755] sondern betont immer wieder, dass Soziologie in seinen Augen eine theoretische und damit wertfreie Wissenschaft sei. Dabei schreibt Tönnies der Wissenschaft ab einem gewissen Zeitpunkt in der Entwicklung des sozialen Lebens selbst einen Bezug

752 Diese eigentliche Bedeutung der Genossenschaft war ihm nach eigenen Bekunden im Jahr 1887 „noch nicht aufgegangen" (Tönnies 2012h [1919]: 216, Fn. 105).

753 Insofern wird von Tönnies Gierkes monumentale historische Untersuchung über *Das deutsche Genossenschaftsrecht* (Gierke 1868-1913) als Darstellung der wichtigsten sozialen Erscheinungsform des Prinzips der Gemeinschaft aufgefasst (Bickel 2003: 119).

754 Dem widerspricht auch nicht, dass Tönnies in einem 1892 anonym veröffentlichten Aufsatz die Ansicht vertritt, dass die geschichtliche Bewegung vom Status zum Kontrakt noch gar nicht zu einem Abschluss gekommen sei und man daher „zunächst die Grundlage unserer heutigen Gesellschaftsordnung, den *contractus*, in der Weise anerkennen" müsse, „daß wir alle Bedingungen schaffen, die nötig sind, um ihn zur Wahrheit zu machen" (Tönnies 2012c [1892]: 77). Denn er richtet sein Plädoyer hier ja gerade auf die Verwirklichung der Gleichheit und damit auf eine Freiheit gegenüber den tradierten Verhältnissen (vgl. ebd.), die letztlich auch Voraussetzung eines ‚freien' sozialen Wollens in Form des gemeinschaftlichen Naturrechts ist.

755 Tönnies war jedoch auch Mitglied im *Verein für Socialpolitik*, der gemeinhin als Hort der Kathedersozialisten angesehen wird.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zur Moral zu. Denn im Zuge des Rationalisierungsprozesses verliere die Religion ihren Führungsanspruch, an ihre Stelle trete die rationale Wissenschaft. Während die Religion jedoch „direkt und ihrem Wesen nach moralisch" sei, folge das bei der Wissenschaft aus ihrer neuen Funktion, die Denkungsart anzuleiten: „Wissenschaft erhält erst einen moralischen Inhalt durch Betrachtung der Gesetze des menschlichen Zusammenlebens, indem sie daraus die Regeln für eine willkürliche und vernünftige Ordnung desselben abzuleiten unternimmt." (Tönnies 1979 [1887]: 210) Selbst wenn Tönnies also einen streng rationalen Wissenschaftsbegriff vertritt, wonach die Wissenschaft nach objektiver Erkenntnis unter Ausschluss jeglicher Werturteile strebt, erkennt er diesem Wissen einen moralische Wert zu. Er besteht in der Funktion, unser Leben gemäß den wissenschaftlichen Erkenntnissen anzuleiten – und zwar gerade angesichts der Problemlagen der sozialen Frage.[756]

In diesem Sinne erfüllt die Wissenschaft selbst eine ‚soziale Aufgabe' – allerdings nur dann, wenn sie streng wissenschaftlich verfährt. Letzteres wiederum ist im ‚gemeinschaftlichen Naturrecht' erkennbar: Indem Tönnies es aus der Konfliktlage zwischen Naturrecht und Historischer Rechtsschule herleitet, wird es ihm nämlich möglich, diese neue Rechtsform rein rational zu begründen. Das gemeinschaftliche Naturrecht erscheint nicht als sozialpolitisches ‚Gebot der Stunde' oder als ordnungspolitisches Steuerungsinstrument im Sinne einer normativen Vorgabe, sondern als logische Konsequenz der Theorieanlage.[757] Es ist letztlich dem inhärenten Erkenntnismangel des Naturrechts geschuldet, weil gilt:

> Die Grenzen der naturrechtlichen Rechtsphilosophie bestehen darin, dass sie keinen Schlüssel zum Verständnisse der historisch gegebenen Rechtssysteme und ihrer Entwicklung darbietet. Ihre Begriffe sind ausschliesslich individualistisch und gesellschaftlich. Diese Begriffe bedürfen der Ergänzung durch gemeinschaftliche Begriffe, für die das individuelle (subjektive) Recht sekundär ist. (Tönnies 1911b: 571)

---

756 Seine Ansicht über die Aufgabe der Wissenschaft fällt im *Geist der Neuzeit* angesichts der Historisierung der Situation etwas differenzierter aus (vgl. Tönnies 1935: 208ff.).

757 Dies war zunächst auch Tönnies' Strategie im Umgang mit dem Sozialismus, versuchte Tönnies doch im Jahr 1887 noch, den Sozialismus als eine rationale Sozialform zu fassen, zu der im Zuge der Rationalisierung übergegangen werde (vgl. Tönnies 1887). Später erscheint ihm jedoch die Frage des Sozialismus als eine politische Wertungsangelegenheit, die somit außerhalb der Soziologie läge (vgl. Tönnies 1926g [1910]: 130, 133).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Mit den Mitteln der Willenstheorie wird im Rahmen der Ergänzung des rationalen Naturrechts eine Synthese mit dem Gemeinschaftsdenken herbeigeführt, die einerseits ‚unter dem Begriff einer als gültig anerkannten Vernünftigkeit oder Weisheit' (s.o.) steht, aber andererseits dem Ganzen und nicht dem Individuum verpflichtet ist. Dies lässt sich mithin auch als logische Folge der Freisetzung der Individuen durch das Naturrecht bei gleichzeitiger Einbindung in soziale Ordnungsmuster beschreiben.

Ein derart konstruierter Begriff des gemeinschaftlichen Naturrechts vermag dann an der Synthese der verschiedenen Naturbegriffe im ‚natürlichen Rechts' anzuschließen. Daraus lassen sich Folgen für das Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft, aber auch von Recht und Moral (Gerechtigkeit) deduzieren. Es sind also nicht Gerechtigkeitserwägungen, die zum Entwurf des gemeinschaftlichen Naturrechts führen, sondern die rationale Arbeit am Begriff des natürlichen Rechts, wie sie bereits in *Gemeinschaft und Gesellschaft* begonnen wurde. Denn Ansatzpunkt ist jener ‚objektive begriffliche Erkenntnisgehalt' des Naturrechts, nämlich seine Sozialtheorie, und nicht die Frage, was nach naturrechtlichen Kriterien sein soll. Das Gleiche gilt für das Gewohnheitsrecht: Auch hier setzt Tönnies an jener ‚aus ihren Verhüllungen zu befreienden soziologischen Rechtsphilosophie' und nicht an deren normativen Überlegungen und Grundlegungen an.

Dass sich aus dem Begriff des gemeinschaftlichen Naturrechts dann Folgen für den Gerechtigkeitsbegriff ergeben, resultiert aus dem unauflösbaren Bezug der Rechtsphilosophie zur Gerechtigkeit (s.o.). Das ändert aber nichts daran, dass die Begriffskonstruktionen nach Tönnies auf rein wissenschaftlichem Weg erfolgen und in diesem Sinne wertfrei sind. Es geht ja nicht darum, was sein soll, sondern um die wissenschaftliche Erkenntnis der gesellschaftlichen Entwicklung und die gedankliche Deduktion der daraus resultierenden Möglichkeiten. In den soziologischen Gründen des Naturrechts, die in den Entwurf des gemeinschaftlichen Naturrechts münden, ist nicht nur eine Erneuerung des Naturrechtsdenkens in der Soziologie zu erkennen,[758] sondern ebenso der Entwurf einer neuen Rechtsphilosophie. Letztlich zeigen sich im gemeinschaftlichen Naturrecht dann die ‚soziale Aufgabe' der Wissenschaft Soziologie sowie die ‚soziale Aufgabe' des Rechts als Ordnungsinstrument vereint.

758 Letztlich besteht die Funktion der Soziologie darin, das Naturrecht als Emanzipationsinstrument ehemals des Bürgertums, jetzt des Proletariats, zu erneuern (vgl. S. Tönnies 1987).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## IV. Tönnies' soziologische Problematisierung des Rechts im Lichte des gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositivs

### 1. Die Ablehnung des Repräsentationsgedankens

Diese eigenwillige Theoriearchitektur, die in *Gemeinschaft und Gesellschaft* in dem streng wissenschaftlichen Entwurf eines gemeinschaftlichen Rechts (später gemeinschaftlichen Naturrechts) als kritischer Instanz und Ausblick mündet, orientiert sich – wie erwähnt – an dem Konflikt zwischen Naturrecht und Historischer Rechtsschule, wie er im Rahmen des Kodifikationsstreits Anfang des 19. Jahrhunderts virulent wurde.

Auch wenn damit also ein Rekurs auf die Rechtswissenschaften in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts verbunden ist, mündet Tönnies jedoch keinesfalls in der Problematisierungsweise des Repräsentationsdispositivs. Von Anfang an ist Tönnies' Bezugnahme auf das Gewohnheitsrecht mit einer starken Kritik der Historischen Rechtsschule verbunden (s.o.). Weder erkennt Tönnies den Anspruch der Historischen Rechtsschule an, die einzig gültige Rechtsquellenlehre darzustellen, noch, dass die konstruierten Begriffe die Realität widerspiegelten und man daher über die wissenschaftliche Begriffsanalyse zur treibenden Kraft im Leben vordringen könne (so schon Tönnies 1880a: 2 [pag.]).[759] Deswegen kritisiert Tönnies auch vehement den Ansatz der Historischen Rechtsschule, die Gesellschaft als „Erfahrungs-Tatsache" zu verstehen (Tönnies 2012e [1899]: 105). Man könne den naturrechtlichen Begriffen von Gesellschaft (und Staat) nicht den empirischen Standpunkt entgegenhalten. Das verkenne, dass es sich wie etwa beim Naturzustand um eine logische Konstruktion und nicht eine historische Tatsachenbehauptungen handele (vgl. schon Tönnies 1979 [1887]: 177f.).[760]

Die Annahme einer wie immer gearteten Repräsentation der Wirklichkeit im Begriff ist mit Tönnies' Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie nicht

---

759 Wenn Tönnies gleichsam anerkennt, dass in einer organischen Ganzheit „der Begriff selber eine Realität, lebendig, sich verändernd und sich entwickelnd" ist (Tönnies 1979 [1887]: 6), dann steht das im Gegensatz zu der genuin wissenschaftlichen Arbeit mit Begriffen (vgl. ebd.). Selbst wenn nun für das Verständnis des Irrationalismus im organischen Denken der Bezug auf diese Begriffe notwendig ist, dann steht dafür die dogmatische Arbeit der Historischen Rechtsschule mit ihrer Annahme der die lebende Kraft des Rechts widerspiegelnden Begriffe gerade nicht Pate.

760 In historischer Hinsicht (die jedoch für die Begriffskonstruktion nachrangig ist) geht Tönnies von der Vorgängigkeit des gemeinschaftlichen Rechts aus (vgl. Tönnies 1979 [1887]: 176ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vereinbar. Die Debatten um Missrepräsentationen und Nichtrepräsentierbarkeit des Volkes im Recht liegen ihm fern: Wenn man von Volksrecht versus Juristenrecht sprechen möchte, so handelt es sich nach Tönnies allenfalls um den Gegensatz zwischen Gewohnheitsrecht sowie gesetztem und kodifiziertem Recht (Tönnies, Brief vom 28.12.1889, in Tönnies, Paulsen 1961: 272f.; vgl. a. Tönnies 1931: 209), und nicht um die Frage der Qualifikation des durch die Rechtswissenschaft produzierten Rechtwissens. Und wenn Tönnies dem romanistischen Zweig der Historischen Rechtsschule um Savigny zuschreibt, dass sie die individualisierenden Tendenzen der Gegenwart verstärken (s.o.), so liegt das nicht am ‚Geist' des römischen Rechts, sondern daran, dass es als nicht organisch gewachsenes Recht von außen einwirke und dabei an der Persistenz des Naturrechtsdenkens nicht rüttele. Etwaige liberale Absichten erkennt er bei diesen für ihn typischen Vertretern der Restauration nicht.

Schließlich erscheint ihm der Vorwurf der Entzweiung von Recht und Leben widersinnig, erweise sich doch die Auflösung dieses Zusammenhangs als Voraussetzung dafür, dass das Recht seine systematische Vollkommenheit erhält (Tönnies 1979 [1887]: 182). Allerdings sieht Tönnies letzteres im Naturrecht und gerade nicht in der Historischen Rechtsschule verwirklicht, weshalb er keinerlei Notiz von den dogmatischen und methodischen Bemühungen der Historischen Rechtswissenschaft nimmt. Mehr noch, er spricht ihr jegliche wissenschaftliche und damit systematische Intention ab (s.o.).

Daher erkennt er auch keinerlei Rückwirkung der Theorie des Rechts, d.h. insbesondere der Art und Weise, wie die Historische Rechtsschule in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts das epistemische Ding ‚Gesellschaft' konzipierte, auf die dogmatische Arbeit. Dass gerade der organische Charakter des Volksgeistes über den Repräsentationsgedanken die systematisierende Arbeit der Dogmatik vorantrieb und hier zu spezifischen Arten der Begriffsbildung führten (konstruktive Jurisprudenz), übergeht er. Rechtssystem und juristische Begriffskonstruktionen erscheinen ihm eindeutig als Produkt des naturrechtlichen Denkens, und wenn man gerade mit Blick auf das subjektive Recht der Historischen Rechtsschule in diesem Bereich eine relevante Leistung zugestehen mag, dann liege dies in dem unbewussten Rekurs auf das Systemdenkens des Naturrechts begründet (s.o.). So etwas wie ein „lebendiges Recht", zu dessen lebenden Kern man über die Arbeit am System vordringen könnte, gibt es bei Tönnies nicht. Die Problematisierungsweise des Repräsentationsdispositivs, die all diese Fragen eint, liegt Tönnies auf ganzer Linie fern.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## 2. Die Problemlosigkeit der Normativität des Rechts

Tönnies nimmt aber auch nicht die Problematisierungsweise im normativen Zweckdispositiv auf, auch wenn er explizit Stellung zum Methodenstreit nimmt, und zwar insbesondere zum Freirecht sowie zur Frage der Verhältnisbestimmung von Soziologie und Rechtswissenschaft.

### 2.1 Die Kritik am Freirecht

Dass es Lücken im Gesetz gebe in dem Sinne, als der Richter einen Spielraum in der Interpretation habe, ist für Tönnies zweifellos der Fall.[761] Aber selbst wenn er die Idee eines Rechts jenseits des Gesetzes vertritt (gemeinschaftliches Recht), so zieht er daraus keine methodischen Konsequenzen für die Rechtswissenschaft. Dieses Recht wird bei Tönnies nicht zur Lückenfüllung herangezogen. Denn letztlich handele es sich bei dem Lückenproblem nicht um ein solches der theoretischen Wissenschaften, sondern um ein normatives, gehe es doch um das Verhältnis von Recht und Moral: So dürfe man „den Zusammenhang der freieren Rechtsprechung und dessen, was die Engländer *judge-made law* nennen, mit der Idee der Billigkeit und den Zusammenhang dieser Idee mit dem Grundgedanken des Naturrechts nicht übersehen“ (Tönnies 1931: 232). Hier mache sich „eine Erhebung der Moral über das Recht“ (ebd.) bemerkbar, der letztlich wissenschaftlich nicht beizukommen sei und die einen normativen Beurteilungsspielraum des Richters begründe. Es handele sich dabei nämlich um „freie Berichtigung des Rechts nach ethischen Beweggründen“ (ebd.: 233), die in der Anwendung des BGBs, das nach Tönnies nach den Grundregeln des rationalen Naturrechts konstruiert wurde, zum Zuge komme (vgl. ebd.).

761 Allerdings erstaunt der Einstieg, den Tönnies für seine Kritik des Freirechts wählt: Er nimmt Bezug auf eine Abhandlung Gierkes aus dem Jahr 1917, in der sich dieser mit Blick auf die Generalklauseln des BGBs allgemeine Gedanken über das Verhältnis von *Recht und Sittlichkeit* macht. Dabei rekurriert Gierke auf alle Motive des gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositivs wie Recht als Ordnungsfaktor, das Verhältnis von Individual- und Sozialrecht, die Abgrenzung von Öffentlichen und Privatrecht etc. (vgl. Gierke 1963 [1917]). V.a. aber sieht Gierke in dieser Frage kein methodisches Problem, so dass der Link zum Methodenstreit zweifelhaft erscheint. Dementsprechend erfolgt – soweit ersichtlich – auch keine nennenswerte Bezugnahme in der Debatte auf diese Schrift.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Diesem richterlichen Spielraum kann man skeptisch gegenüberstehen, so sei etwa mit der Frage der schicht- oder religionsmäßigen Voreingenommenheit des Richters – wie Tönnies in Anspielung auf den Vorwurf der Klassenjustiz schreibt – auch sicherlich „ein schwieriges Problem" angesprochen (ebd.). Allerdings besteht nach Tönnies das eigentliche Problem in der ‚sozialen Frage', also eigentlich genau jenem Themenkomplex, der im Methodenstreit zum Vorwurf der mangelnden Lebensanbindung der herrschenden Rechtswissenschaft führte. Unter Verkennung dieser Diskurslage merkt Tönnies daher an:

> Die gegenwärtige Rechtslage weist auf einen neuen ganz anders gearteten Widerspruch zwischen dem geltenden Privatrecht und den Ansprüchen einer großen leidenden und nach Billigkeit verlangenden Menge — Ansprüchen, die nur durch eine neue große systematische Gesetzgebung im Sinne einer sozialistisch zu gestaltenden Gesellschaftsordnung befriedigt werden können. (Ebd.: 233)

Dass sich das Freirecht gegen die systematisch-begriffliche Arbeit der nun als Begriffsjurisprudenz in Verruf geratenen Dogmatik der Historischen Rechtsschule richtet, dass mit dem Verweis auf die Lücken im Recht gegen den Anspruch angeschrieben wird, aus dem System des Rechts über die Begriffsarbeit auch für neue Fälle – und zwar insbesondere auch mit Blick auf die soziale Frage – Lösungen konstruieren zu können, lässt Tönnies völlig unbeachtet. Wenn Anfang des 20. Jahrhunderts also im juristischen Diskurs die soziale Frage unter dem Gesichtspunkt der Rechtsfindung und -anwendung problematisiert wird, so hält Tönnies dem entgegen, dass es sich im Grunde um ein gesetzgeberisches Problem handele. Auf der wissenschaftlichen Ebene sei dem nicht beizukommen, gerade weil es Lücken im Recht gebe, die jedoch nach Tönnies durch subjektiv-normative und gerade nicht durch wissenschaftlich-methodisch angeleitete Urteile des Richters gefüllt werden.[762] Insofern lässt er sich nicht auf die Problematisierungsweise des normativen Zweckdispositivs ein: Die Normativität des

762 Da Tönnies' Überlegungen zum Recht für ihn keine methodisch-dogmatischen Rückwirkungen zeitigen, bestimmt er letztlich das rechtliche Problem, das aus der sozialen Frage erwächst, als ein gesetzgebungspolitisches. Daher hat auch die Frage der Sozialpolitik wie die des Sozialstaates einen zentralen Stellenwert in seinem Schreiben.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rechts oder im Recht wird in seiner Konzeption weder für die Soziologie noch für die Rechtswissenschaft zu einem strategischen Problem.[763]

### 2.2 *Wissenschaftstheoretische Bestimmungen von Soziologie und Rechtswissenschaft: Jenseits des Konkurrenzproblems*

Das gilt letztlich auch für seine eigentümlichen Stellungnahmen im Streit um die Verhältnisbestimmung von Rechtswissenschaft und Soziologie. Auch für Tönnies ergibt sich in der Begründung der Soziologie als neue, eigenständige Wissenschaft im Kanon der Disziplinen die Notwendigkeit, sie von anderen Disziplinen abzugrenzen. Wenn es um die Bestimmung der *Soziologie im System der Wissenschaften* (Tönnies 1926f [1915/1916]) geht, so bewegt sich Tönnies mit seiner Orientierung an den Naturwissenschaften jenseits der Debatten um den Unterschied von Kultur- respektive Geisteswissenschaft und Naturwissenschaft.[764] Er sieht das eigentliche Problem in der Abgrenzung zur Sozialbiologie und zur Sozialpsychologie, die er in ein Stufenverhältnis zur „speziellen Soziologie" als eigenständige Disziplin setzt (vgl. insbesondere Tönnies 1926f [1915/1916]; 1926c [1925]).

Damit kann Tönnies auch kein Konkurrenzverhältnis zwischen Soziologie und einer wie immer gearteten Wissenschaft des Rechts feststellen – und zwar obwohl er im eminenten Maße auf die Rechtsphilosophie rekurriert und im Rechtsverhältnis ein gemeinsamer Gegenstand mit der Rechtswissenschaft zu sehen ist. Das liegt nicht nur daran, dass Tönnies aufgrund seiner Wissenschaftskonzeption der Soziologie keinerlei Überschneidungen mit normativ-dogmatischen Wissenschaften sieht. Der Grund ist vielmehr darin zu suchen, dass ihn die Rechtswissenschaft im engeren Sinne gar nicht interessiert. Dementsprechend nimmt er für seinen grundbegrifflichen Aufbau der Soziologie auch keinen Bezug auf dog-

763 Allenfalls zeigt das Problem der Normativität im richterlichen Urteil die Grenzen der streng rationalen Scheidung von Recht und Moral im Naturrecht (vgl. Tönnies 1931: 232).

764 Trotz seiner Kritik an Rickert (vgl. Tönnies 1901) sei – so Cornelius Bickel – sowohl eine Nähe zum Neukantianismus (vgl. Bickel 1991: 115ff.) als auch zu Diltheys Konzeption der Geisteswissenschaft erkennbar (vgl. ebd.: 259ff.). Allerdings distanziert Tönnies seine entwicklungsgeschichtlichen Thesen nachhaltig von der Geschichtswissenschaft – sie sei „keine Wissenschaft für sich. Die *Geschichtsschreibung* ist eine tiefsinnige Kunst, auch wenn sie auf der auf [sic!] Erforschung der Wahrheit beruht, die in wissenschaftlichem Geiste geschehen muß." (Tönnies 2012f [1907]: 128, H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - 

matische oder methodische Arbeiten. So stützt er etwa nach eigenen Bekunden seine Interpretation der Historischen Rechtsschule „vorzugsweise" auf Savignys *Beruf* (Tönnies 2012k [posthum]: 257). Darin erscheint sie ihm wesentlich anti-rationalistisch (s.o.). Von den systematisch-logischen Bemühungen der Begriffsbildung in der Historischen Rechtsschule, die sich zudem etwa bei Puchta an der rationalen Handhabung eines lebendigen Gegenstandes und etwa bei Jhering an einer Naturlehre des Rechts abarbeiten, was letztlich große Überschneidungen mit Tönnies' Problemstellungen impliziert, nimmt er keinerlei Notiz.

Aber selbst wenn Tönnies die begrifflichen Bemühungen der juristischen Dogmatik anerkennen würde, dann wäre die Jurisprudenz in seinen Augen keine „*freie* Wissenschaft", d.h. Wissenschaft im eigentlichen Sinne, da sie „an Herkommen und Volksglauben, oft auch an Konvention und Gesetzgebung, bisher regelmäßig gebunden" erscheint (Tönnies 1906 [1897]: 30, H.i.O.). Daher sei die selbständige begriffliche Arbeit nicht möglich. Wenn überhaupt schreibt Tönnies dem Naturrecht als „reine Rechtswissenschaft" (Tönnies 1979 [1887]: XXII) eine solche konsequente Arbeit mit den Begriffen zu, die mit der Geometrie vergleichbar die Wirklichkeit an den ideellen Typen misst und dadurch die formale Konsequenzen der sozialen Verhältnisse durch Willensverbindungen entfaltet (vgl. ebd.; Tönnies 2012l [1932]: 276). Wissenschaftscharakter im strengen Sinne kommt im Rahmen der Rechtswissenschaften dementsprechend nur dem Naturrecht zu.

Diese Argumentation verdeutlicht einmal mehr: Worauf Tönnies sich beschränkt, ist die zugrundeliegende Rechtstheorie respektive -philosophie. Das ganze Problem der Rechtswissenschaft oder der juristischen Begriffsbildung wird bei ihm zugunsten der Rechtsquellenlehre vernachlässigt. Dogmatik und Methodik interessieren ihn nicht. „Die Rechtsphilosophie" ist aber in seinen Augen

> ihrem Wesen nach ein Teil der reinen oder theoretischen Soziologie, insofern als die Rechtsphilosophie die *Wirklichkeiten* des Rechts begreifen will. Sie liegt aber ausserhalb der Soziologie, insofern als sie Normen des richtigen oder guten oder zweckmässigen oder gerechten Rechtes aufzustellen unternimmt. (Tönnies 1911b: 570, H.i.O.)[765]

765 Im Kontext dieser Debatte um die Verhältnisbestimmung von Soziologie und Rechtswissenschaft ist auch verständlich, warum sich Tönnies mit einem Vortrag über *Das Wesen der Soziologie* im Jahr 1906 namentlich an die Juristen wendet (so Jacoby 1971: 114).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Nicht Rechtsphilosophie (als Basis der Rechtswissenschaft) und Soziologie werden abgegrenzt, sondern diejenigen Teile der Rechtsphilosophie, die der Soziologie zuzuschlagen sind, von denjenigen, die sich der normativen Seite des Rechts widmen. Und da ein Teil der Rechtsphilosophie Soziologie sei, macht Tönnies „geltend, daß alle juristischen Begriffe, sofern sie allgemeine und notwendige Gültigkeit in Anspruch nehmen, in soziologischen Begriffen beruhen müssen" (Tönnies 1926h [1923]: 349).[766] Damit verschiebt Tönnies das Problem der Verhältnisbestimmung von Seins- und Sollenswissenschaft in die Rechtsphilosophie selbst, diese wird letztlich als eine doppeldeutige Wissenschaft konzipiert. Die Abgrenzungsschwierigkeiten von Sein und Sollen werden zu einem rechtsphilosophie-internem Problem. Für diejenigen rechtsphilosophischen Teile wiederum, die der Seins-Betrachtung unterfallen, wird die Soziologie zur Leitdisziplin.[767] Ja letztlich „bedürfen" sowohl die Rechtspflege als auch das ganze Gebiet der „sittlichen Volksleitung" solcher Wissenschaft (Tönnies in Kohler et al. 1910: 221).

Wenn sich Tönnies also explizit in die Debatten um das Verhältnis von Soziologie und Rechtswissenschaft einschaltet (vgl. Tönnies in Kohler et al. 1910: 220ff.; Tönnies 1911b), dann nimmt er eine Position ein, die gegenüber der juristischen Diskurslage gleichsam verschoben ist: Man kann bei ihm ein Plädoyer für eine (teilweise) Soziologisierung der Rechtswissenschaft erkennen, insofern die Theorie des Rechts theoretische Soziologie darstellt. Damit gilt die Soziologie als Leitdisziplin für die seinswissenschaftlichen Anteile der Rechtsphilosophie (und damit der -wissenschaft). Die Normativität des Rechts und die Abgrenzung zu normativer Wissenschaft des Rechts ist bei ihm aber kein Problem der Soziologie, auch kein Problem der Abgrenzung der Disziplinen, sondern ein rechtswissenschaftsinternes. Wie genau man das dann im Binnenraum der Rechtswissenschaft abgrenzen müsste, interessiert Tönnies ebenso wenig wie letztlich die wis-

766 Das gilt insbesondere für den Staatsbegriff, wie er von Hobbes entwickelt wurde. Nach Tönnies stellt das Hobbes'sche Theorem ein soziologisches Theorem dar, da „diese Konstruktion des Leviathan, als des in die Luft des Gedankens gebauten Willensungetüms, allgemeine und notwendige, also abstrakt wissenschaftliche Geltung in Anspruch nimmt. Wenn die Jurisprudenz als Lehre des Allgemeinen Staatsrechts dieselbe Geltung in Anspruch nimmt, so ist sie eben eine soziologische Lehre." (Tönnies 1926h [1923]: 349f.).

767 Wenn die Rechtswissenschaft sich dabei auf das empirische Material bezieht, arbeitet sie als vergleichende Rechtswissenschaft, auf die Tönnies immer wieder Bezug nimmt (vgl. Tönnies in Kohler et al. 1910: 222 u.ö.). Daher rührt auch sein immer wieder bekundetes Interesse an den rechtsethnologischen und rechtsvergleichenden Arbeiten.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

senschaftstheoretische Bestimmung der Rechtswissenschaft. Der Einsatz der Normativität erfolgt in dieser Perspektive nicht zur Sicherung der Autonomie der Rechtswissenschaft (und ebenso wenig der Rechtsphilosophie), und auch nicht als Abgrenzungshorizont zur erkenntnis- und wissenschaftstheoretischen Bestimmung der Soziologie. Er markiert vielmehr denjenigen Teil der Rechtswissenschaft, der nicht der Soziologie unterfällt, da er auf einen normativen Überschuss des Gegenstands Recht verweist, der keinerlei wissenschaftstheoretische oder methodische Probleme bereitet.

### 3. *Tönnies und die Problematisierungsweise des gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositivs*

Wenn Tönnies in der Bestimmung des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft (respektive Soziologie) weder die Problematisierungsweise des Repräsentations- noch die des normativen Zweckdispositivs aufgreift, so lassen sich doch deutliche Kongruenzen zum epistemischen Schema des gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositivs aufzeigen.

Auch bei Tönnies wird Recht über seine Ordnungsfunktion problematisiert, auch bei ihm geht es um die Frage des Verhältnisses von Individuum und Gemeinschaft bzw. Gesellschaft. Angesichts der zeitgenössischen gesellschaftlichen Verhältnisse, namentlich der sozialen Frage, erweist sich für Tönnies der Bezug auf eine harmonische bzw. einheitliche Sozialsphäre, wie sie die Gemeinschaft kennzeichnet, als geschichtlich überholt. Dementsprechend ist auch für ihn das Recht nicht mehr Selbstzweck, sondern Mittel zur Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Ordnung. Wenn also damit die soziale Ordnung in den Vordergrund rückt, wird sie gerade nicht unter dem Blickwinkel der Normativität, sondern streng wissenschaftlich unter dem der Objektivität und der Wahrheit untersucht. Rechtsprobleme sind sowohl im gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositiv als auch für Tönnies nicht normativ, sondern objektiv zu beantworten.[768]

Da das Recht auf die soziale Ordnung bezogen wird, besteht auch bei Tönnies ein Konnex zwischen Rechtstheorie und Gesellschaftstheorie

768 Gerade weil das epistemische Dispositiv der Rechtswissenschaften im 19. Jahrhundert noch als Wahrheitsdiskurs funktioniert, wird der These Neill Bonds widersprochen, dass bei Tönnies „the displacement of normative discourse from legal theory to empirical sociology" zu erkennen sei (Bond 2011b).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(bzw. mit Blick auf die differenten Sozialformen neutral formuliert: soziologischer Theorie). Aus genau diesem Grund können Naturrecht und Historische Rechtsschule zur Herleitung der soziologischen Grundbegriffe dienen. In den Rechtswissenschaften wurde die Debatte über die der Gegenwart angemessenen Gesellschaftstheorie jedoch in eine rechtswissenschaftsinterne Rechtsgebietsfrage umgedeutet (Privatrecht versus Öffentliches Recht). Damit erscheint der Privatrechtswissenschaftler als eigentlicher Sachverständiger für die gesellschaftliche Ordnung. Demgegenüber muss man nach Tönnies den ‚objektiven begrifflichen Erkenntnisgehalt' der Rechtsphilosophien respektive Rechtsquellenlehren extrahieren, um durch genuin soziologische Begriffsarbeit die Ordnungsmuster in ihrer Entwicklung ermitteln und verstehen zu können. Nicht der Jurist, sondern der Soziologe wird zur leitenden Figur einer solchen Sozial- und Rechtsphilosophie – so wie die Soziologie zur Leitdisziplin der seinswissenschaftlichen Anteile der Rechtswissenschaft wird.[769]

Gerade weil die Ordnungsleistung und damit die soziale Steuerungsfunktion des Rechts in den Blick genommen wird, steht zur Debatte, welches Recht den gegenwärtigen gesellschaftlichen Problemlagen angemessen ist. Dabei bewegt sich Tönnies mit dem Entwurf des gemeinschaftlichen Naturrechts in ähnlichen Bahnen wie manche Kritiker des BGBs: Auch er will die Konzeption eines individualistischen Rechts, das durch die Trennung von Recht und Pflicht (im subjektiven Recht) das Individuum freisetzt, zugunsten einer Orientierung an der Gemeinschaft überwinden. Damit komme jedem Recht eine soziale Aufgabe zu. Insbesondere will Tönnies wie Gierke mit seinem Sozialrecht Recht und Pflicht zusammendenken, wobei die Pflicht sich auf die Gemeinschaft beziehe. Individuelle Freiheit stehe dann unter dem Vorbehalt der Gemeinwohlorientierung.

Tönnies selbst verweist an verschiedenen Stellen auf diesen Zusammenhang seines soziologischen Denkens mit dem gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositiv, wenn er immer wieder auf die Kodifikation des BGBs – und hier insbesondere Gierkes Kritik – zu sprechen kommt (vgl. etwa Tönnies 2012d [1895]: 79f.; 1926a: 7ff.; 1931: 227ff.).[770] Dabei scheint nach

769 Dass damit bei Tönnies kein Angriff auf die Rechtsdogmatik und -methodik verbunden ist, liegt aber nicht daran, dass er – wie das gesellschaftsfunktionale Zweckdispositiv – deren Eigenart und Eigenständigkeit anerkennt, sondern vielmehr daran, dass er den Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz letztlich bestreitet und dementsprechend die spezifisch rechtswissenschaftlichen Techniken gar nicht in den Blick nimmt.

770 Zu Tönnies' Rekurs auf Gierke vgl. insbesondere Bond 2011b: Rn. 21ff.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Tönnies im Rückblick die Kodifikation des Zivilrechts *de facto* eine Bestandsaufnahme gewesen zu sein, habe sich doch im BGB „eben der bestehende und sich immer mehr verfestigende Zustand der heutigen Gesellschaft durch ihren Staat gleichsam ihre Natürlichkeit und Notwendigkeit als gesetzliche Rechtsordnung bestätigen und beglaubigen lassen“ (Tönnies 1931: 226). Wenn nun Gierke seine Kritik gegen den individualistischen und formalistisch-naturrechtlichen Charakter des BGBs richtet, so stimmt Tönnies mit diesem darin überein, dass dies Folge der Rezeption des römischen Rechts sei (Tönnies 2012d [1895]: 79f.). Denn das römische Recht erweist sich auch in Tönnies Augen nicht als ‚organisch‘, sondern letztlich als individualistisch (s.o.). Ihm zufolge ruhe das gesamte zeitgenössische Recht, wie auch das spätere römische Recht, auf den Fundamenten des individualistisch-rationalistischen Naturrechts: „Es ist, wie dieses, durchaus individualistisch gedacht. Freiheit und Gleichheit aller Rechtssubjekte sind dort wie hier die Voraussetzungen.“ (Tönnies 1925 [1905–1911]: 184)[771]

Allerdings stimmt Tönnies nicht der These zu, dass man den Problemen einer zunehmenden Freisetzung des Individuums, d.h. der sozialen Frage, über die Wahl des richtigen Rechtskorpus beikommen könne. Zwar habe das individualistische römische Recht zur Entwicklung des Kapitalismus und den damit einhergehenden Herrschaftsstrukturen[772] sowie zur Auflösung der gemeinschaftlichen Verhältnisse beigetragen.[773] Das liege aber nicht im Rechtskorpus selbst begründet: „Es ist allerdings falsch, das römische Recht als eine Ursache oder Potenz zu betrachten, welche diese ganze Entwicklung bewirkt habe.“ (Tönnies 1979 [1887]: 183) Es sei dazu nur ein brauchbares Werkzeug gewesen, dass zudem oft nur unbewusst ergriffen

771 Selbst wenn das BGB keine unveräußerlichen Menschenrechte statuiere, seien sie nach Tönnies doch darin enthalten (vgl. Tönnies 1925 [1905–1911]: 184).

772 Dies liegt zum großen Teil am rationalen Charakter, den Tönnies dem römischen Recht zuschreibt. So stellt er bereits im Jahr 1887 fest: „Als wissenschaftlich erforschtes System, von großer Klarheit, Einfachheit und logischer Konsequenz, schien es die ‚geschriebene Vernunft‘ selber zu sein. Diese Vernunft war allen Vermögenden und Mächtigen günstig, um ihr Vermögen und ihre Macht absolut zu machen […].“ (Tönnies 1979 [1887]: 182f.).

773 So gilt für Tönnies: „Hingegen hat mit entschiedener Tendenz das römische Recht zur Auflösung aller Gemeinschaften, welche der Konstruktion des Privatrechts aus handlungsfähigen Individuen entgegen sind, mitgewirkt. Gemeinschaftliches und gebundenes Eigentum ist für die rationale Theorie ein Unding, eine Anomalie. Der Satz, dass Niemand wider seinen Willen in Gemeinschaft festgehalten werden kann (*Nemo in communione potest invitus detineri*), schneidet dem Rechte der Gemeinschaft die Wurzel ab.“ (Tönnies 1979 [1887]: 183).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wurde, war aber an sich für den kapitalistischen Fortschritt – wie die Entwicklung in England zeige – auch nicht vonnöten. Daher sei es auch falsch, dem Problem durch den Rückgriff auf das germanische Recht zu begegnen. Das bedeute einen unzulässigen Rückfall in ein Gemeinschaftsdenken, dass dem Traditionalismus und Irrationalismus verhaftet sei. So zeige sich etwa bei Gierkes germanistischer Kritik des BGBs, dass auf normativer Ebene die naturrechtlichen Errungenschaften der Freiheit und Gleichheit zugunsten einer Refeudalisierung der sozialen Verhältnisse in Gefahr geraten (vgl. Tönnies 1931: 229). Angesichts der sozialen Frage müsse man vielmehr versuchen, die Probleme der Gesellschaft durch eine Synthese ihrer immanenten Widersprüche zu überwinden. Und genau diese Funktion erfüllt das gemeinschaftliche Naturrecht.

Wenn nun in der Privatrechtswissenschaft im gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositiv das epistemische Ding ‚Gesellschaft' zwar den Rahmen der Argumentation bildet, indem es zum Maßstab der Güte des Entwurfs wird, aber gerade nicht das Bezugsobjekt der wissenschaftlichen Untersuchung darstellt, rückt es demgegenüber bei Tönnies in den Mittelpunkt. Das letztlich in Gesellschaft und Gemeinschaft verdoppelte epistemische Ding wird zwar über den Willen in der geistigen Sphäre der Individuen fundiert, was zu einem methodologischen Individualismus führt. Gleichsam wird es nun in Form von theoretischen Grundbegriffen zum Ausgangspunkt der soziologischen Erkenntnis. Da aber eine solche soziologische Erkenntnis immer auch eine Rechtsphilosophie impliziert, dient die genuin soziologische Arbeit an den Fragen der sozialen Verhältnisse und Verbindungen dem Entwurf einer Rechtsphilosophie, die auf die Probleme der gegenwärtigen gesellschaftlichen Lage eine wissenschaftliche Antwort zu geben vermag. In diesem Sinne kann man Tönnies Entwurf der Soziologie, wie er schon in *Gemeinschaft und Gesellschaft* angelegt ist, als Kehrseite des gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositivs der Privatrechtswissenschaft ansehen, wird doch beim ihm nicht das Recht über die Gesellschaft problematisiert (‚soziale Aufgabe' des BGBs), sondern nun die Sozialform Gesellschaft durch das Recht (gemeinschaftliches Naturrecht).

Tönnies' Entwurf der Soziologie in seinem Hauptwerk *Gemeinschaft und Gesellschaft* beruht in grundlegender Weise auf der Auseinandersetzung mit dem Recht, namentlich auf der Herleitung der Soziologie aus der Rechtsphilosophie. Das betrifft nicht nur die Entwicklung seiner theorieleitenden Grundbegriffe aus der Denkungsart der Historischen Rechtsschule und des rationalen Naturrechts, sondern ebenso die argumentative Architektonik in *Gemeinschaft und Gesellschaft*. Erfolgt im „Ersten Buch" die allgemeine Bestimmung der Hauptbegriffe entlang der beiden Denkungsarten, werden im „Zweiten Buch" entsprechend der sachlichen Fun-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dierung der sozialen Verhältnisse in den Rechtsverhältnissen die beiden jeweils konstitutiven Willensformen expliziert. Da Tönnies das Verhältnis der beiden Sozialformen über die Konkurrenz zwischen Historischer Rechtsschule und Naturrechtsdenken im Kodifikationsstreit Anfang des 19. Jahrhunderts problematisiert, nimmt er den Streit um Daseinsberechtigung und Reichweite dieser beiden Rechtsquellenlehren zum Ausgangspunkt. Angesichts dessen versucht er im „Dritten Buch" eine Synthese, indem er nämlich die soziologischen Gründe des Naturrechts bestimmt, die die Soziologie in die begriffliche Konstruktion eines gemeinschaftlichen Naturrechts münden lässt.

Diese begriffliche und theoriearchitektonische Fundierung der Soziologie in den Rechtswissenschaften basiert auf Tönnies' Annahme, dass eine Rechtsphilosophie respektive eine Rechtstheorie immer eine Sozialphilosophie enthält. *Vice versa* mündet der Entwurf einer soziologischen Theorie in dem Entwurf einer Rechtstheorie – so wie sich aus der Bestimmung des Natürlichen im Recht das gemeinschaftliche Naturrecht begrifflich konstruieren lässt. Auch wenn es sich dabei um eine logischen Konsequenz der Theorieanlage handelt, liegt hierin die soziale Aufgabe der Soziologie begründet, besteht doch im Naturrecht in egal welcher Form immer ein Bezug zu den Fragen der Gerechtigkeit.

Wenn aber der Entwurf einer soziologischen Theorie immer auch eine Rechtstheorie hervorbringt, dann erscheint es offensichtlich, dass man diesen Entwurf immer auch in Bezug zum rechtlichen Diskurs verstehen muss. Dabei zeigt sich, dass Tönnies zwar auf den Kodifikationsstreit Anfang des 19. Jahrhunderts rekurriert, jedoch die Problematisierungsweise des Repräsentationsdispositivs über sein Wissenschaftsverständnis ablehnt. Naturrecht und Historische Rechtsschule widersprechen sich in seinen Augen nicht, sondern bringen jeweils verschiedene Sozialformen zum Ausdruck. Sie stehen gleichberechtig nebeneinander, und in dieser Annahme besteht auch nach Tönnies' Bekunden sein eigentlicher theoretischer Einsatz: „Meine Darstellung ist neu, in welcher ich sie nebeneinander stelle, ohne die eine als falsch zu bezeichnen und für die andere ein ausschließliches Recht in Anspruch zu nehmen." (Tönnies 2012e [1899]: 106) Selbst wenn Tönnies also auf das Problem der Bestimmung der Rechtsquelle Bezug nimmt, bewegt er sich jenseits der Fragen des Repräsentationsdispositivs. Denn er problematisiert demgegenüber die verschiedenen Rechtsquellen mit Blick auf ihre Ordnungsleistung. Daher lassen sich seine Überlegungen in das gesellschaftsfunktionale Zweckdispositiv einbetten. V.a. zeigt sich dann – in Umkehrung der juristischen Perspektive – Soziologie als Rechtstheorie, und der Soziologe wird zum eigentlichen Rechtstheoretiker.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## V. Die Anschlussschwierigkeiten an Tönnies' soziologischer Adressierung des Rechts

Im Ergebnis erweist sich aber Tönnies' spezifische Verankerung der Soziologie in den Rechtswissenschaften über die Problematik der Rechtsquellenlehre jedoch wenig anschlussfähig. Das gilt zum einen für die Rechtswissenschaft im engeren Sinne, da Tönnies den Bereich der Dogmatik und Methodik ausklammert und lediglich Interesse für die sozialtheoretischen Implikationen der zugrundeliegenden Theorie des Rechts zeigt. Zum anderen wurde Anfang des 20. Jahrhunderts im Methodenstreit in der Rechtswissenschaft mit der Hinwendung zur erkenntnis- und wissenschaftstheoretischen Ebene das Rechtsquellenproblem letztlich *ad acta* gelegt. Wenn Tönnies also darauf beharrt, das Problem des Rechts in der Verhältnisbestimmung der Rechtsquellen Gewohnheitsrecht und Naturrecht zu verorten, dann bewegt er sich damit in Problemfeldern jenseits des normativen Zweckdispositivs.

Das gilt v.a. auch vor dem Hintergrund, dass die Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert noch als Wahrheitsdiskurse funktioniert. Die Normativität des Rechts stellt noch kein strategisches Problem für die wissenschaftliche Behandlung des Rechts dar, sie wird als Faktum angesehen, das nur als solches methodische wie wissenschaftstheoretische Folgen zeitigt. Genau das wird aber im normativen Zweckdispositiv in Frage gestellt und führt letztlich sowohl zur Normativierung des juristischen Selbstverständnisses als auch der juristischen Methoden. Demgegenüber bleibt Tönnies in seiner Art und Weise der Problematisierung des Rechts der Wahrheitsorientierung des juristischen Diskurses im 19. Jahrhundert verpflichtet. Das hat zur Folge, dass Tönnies aus seinen rechtstheoretischen Überlegungen keine Rückschlüsse für die dann Anfang des 20. Jahrhunderts einsetzende juristische Methodendebatte zieht, bzw. *vice versa* er diese neuen juristischen Problemlagen überhaupt als solche der Wissenschaft anerkennt.

Aufgrund dieser Distanz zu den zeitgenössischen Problematisierungsweisen im Recht ist es auch nicht verwunderlich, dass Tönnies' Begründung eines neuen gemeinschaftlichen Naturrechts keine Überzeugungskraft entfaltet. Das sticht insofern ins Auge, wird doch auch im juristischen Methodenstreit das ‚Naturrecht in veränderter Gestalt' bzw. das ‚natürliche Recht' in Anschlag gebracht, um dem Problem der Lückenhaftigkeit des Gesetzes zu begegnen (s.o. § 5). Bei Tönnies jedoch fungiert das Natürliche im Recht aber gerade nicht zur Bestimmung eines wie immer auch gearteten tatsächlich gelebten Rechts, dass dem Gesetz gegenüberstehe und daher als Grundlage der Lückenfüllung im Gesetz dienen



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

könnte. Für ihn lässt sich anhand des ‚Natürlichen im Recht' vielmehr die Frage klären, auf welche ‚Natur der Sache' sich sowohl im Falle des dem Gemeinschaftsleben entspringenden Gewohnheitsrechtes als auch des naturrechtlich gewillkürten Gesetzesrechtes bezogen wird: nämlich natürliches Zusammenleben oder menschliche Vernunft. Wozu es aber gerade nicht dient, ist eine Anbindung des Gesetzes ans Leben über das tatsächlich gelebte Recht zu verwirklichen. Das gemeinschaftliche Naturrecht wiederum stellt demgegenüber eine rationale synthetische Konstruktion dar, die keinerlei juristisch-methodische Wirkung entfaltet, sondern einen Wandel im normativen Maßstab bewirkt. Letzteres ist aber nach Tönnies gerade keine juristisch-technische Frage.

Zudem stellt Tönnies – wie seine Ausführungen zum Verhältnis von Soziologie und Rechtsphilosophie zeigen – die Rechtswissenschaft (zumindest zum Teil) unter die Ägide der theoretischen Soziologie (s.o.). Dabei ist vielen Juristen mit ihren diffusen Soziologiebegriffen das Konzept der theoretischen „reinen Soziologie" fremd geblieben, wurde doch in den innerjuristischen Debatten der Auseinandersetzung mit der sich etablierenden Fachdisziplin Soziologie ausgewichen (s.o. § 5.IV.2).[774] Darüber hinaus aber ist in Tönnies Konzeption des ‚gemeinschaftlichen Naturrechts' letztlich ein Angriff auf die Autonomie der Rechtswissenschaft gerade im Namen der Konkurrenzdisziplin Soziologie zu sehen. Daher erstaunt es nicht, wenn von Seiten der Privatrechtswissenschaftler selten Bezug auf Tönnies genommen wird,[775] obwohl er sich sowohl in die Diskussionen

774 Deutlich wird dies etwa in der Besprechung von Tönnies' Beitrag in der Schwerpunktausgabe zur Methodenreformbewegung der Zeitschrift *Die Tat* aus dem Jahr 1914/15, wenn der Rezensent Pagel schreibt: „Freilich ist eine ‚reine' Soziologie, wie sie von Tönnies u.a. vertreten wird, für den, der eine Theorie des Rechts schaffen will, nur auf rechtsphilosophischer Basis möglich; nicht darf umgekehrt das Recht aus soziologischen Bestimmungen abgeleitet werden, sofern man die Begriffe Recht und Gemeinschaft in ihrer logischen und eben darum ethischen Grundfunktion zu durchschauen unternimmt." (Pagel 1919: 547).

775 Zu den Ausnahmen, die positiven Bezug auf Tönnies nehmen, gehört etwa Radbruch (vgl. Bond 2011b: RN 3 m.N.). Auch kann man Tönnies in den staatsrechtlichen Debatten durchaus eine Wirkung zuschreiben. So bezieht sich etwa Jellinek an verschiedenen Stellen in seiner *Allgemeinen Staatslehre* positiv auf Tönnies, und auch Carl Schmitt zitiert ihn immer mit Respekt (s. Breuer 2012: 85ff. m.N.). Kelsen wiederum äußert sich bereits sehr früh negativ über Tönnies (s.o.). Auch für die Frage des Sozialstaates erweist sich der Ansatz Tönnies' durchaus als anschlussfähig, wie etwa Hellers Ausführungen zum sozialen Rechtsstaat zeigen (vgl. hierzu Brödel 1990). Mit dieser Rezeption wird aber die



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

über das BGB als auch in die laufenden Debatten des Methodenstreits einschaltete.

Auch in der Soziologie fand die Idee des gemeinschaftlichen Naturrechts keine Weiterführung. Dass ist insofern erwähnenswert, als die Auseinandersetzung mit dem Naturrecht in der Konsolidierungsphase der Soziologie als eigenständige Disziplin durchaus für nötig befunden wurde (vgl. Chernilo 2013).[776] Dabei wird das soziologische Denken häufig aus einer Naturrechtskritik hergeleitet (etwa Achelis 1908: 37; vgl. Marcucci 2017), habe es sich doch als „Naturlehre der menschlichen Gesellschaft" explizit von der Naturrechtslehre abgesetzt (vgl. Sombart 1923: 6f.). Soziologie sei als „Oppositionswissenschaft" zum Naturrechtsdenken anzusehen (Brinkmann 1919: 16). Aus dieser Perspektive erweist sich Tönnies' Ansatz gerade nicht anschlussfähig, macht er doch geltend, dass die Soziologie als Wissenschaft dem Naturrecht entspringe.

Aber es gibt auch Vertreter der Annahme, dass man das Naturrecht als Suche nach allgemeinen Gesetzen des menschlichen Zusammenlebens verstehen müsse und man dort die Vorläufer der modernen Soziologie zu suchen habe. Dies wird sowohl von juristischer (vgl. Menzel 1912; s. etwa a. Ofner 1894: 4; Ehrlich 1989: 25f., 1966: 314f.)[777] wie von soziologischer Seite (etwa Barth 1897: 116ff. bzgl. Spencer) vertreten. Allerdings sticht Tönnies' Ansatz insofern heraus, als die Soziologie bei ihm selbst eine (neue) Form des Naturrechtsdenkens entwirft. Ihm geht es nicht um die Genealogie des soziologischen Denkens, das sich im Fortgang von seinen Ursprüngen löst, sondern um die Fortschreibung dieser Grundlage Natur-

---

Problematisierungsweise des Rechts gewechselt (zu Tönnies Position in den staatswissenschaftlichen und philosophischen Debatten um Verfassung, Demokratie und Liberalismus, vgl. Carstens 2014a; Schlüter-Knauer 2014 v.a. mit Blick auf Schmitt und Kelsen; zur Rezeption des Gemeinschaftsgedankens in den staatsrechtlichen Debatten vgl. Lepsius 1994: 51ff.).

776 So wurde etwa Ernst Troelsch zu einem Vortrag auf den ersten Soziologentag im Jahr 1910 über „Das stoisch-christliche Naturrecht und das moderne profane Naturrecht" eingeladen (Troeltsch 1911). Die Frage, inwiefern Soziologie und Naturrecht zusammenhängen, wurde auch anlässlich des Vortrags „Naturrecht" von Rudolf Goldscheid am fünften Deutschen Soziologentag ausführlich diskutiert (vgl. Menzel et al. 1927).

777 Auch Kelsen stimmt der Herleitung der Soziologie aus dem Naturrecht zu, er nimmt dies jedoch als Ausgangspunkt der Kritik der Soziologie, führe diese damit doch die Probleme des Naturrechts fort (vgl. Kelsen 1981: 46ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

recht durch das gemeinschaftliche Naturrecht. Damit konnte er aber nicht überzeugen.[778]

Gerade weil es eine Kluft zwischen Tönnies' Konzeption des Rechts und dem juristischen Diskurs seiner Zeit gibt, kappt er durch die Fundierung der Soziologie in den rechtstheoretischen Kontroversen des 19. Jahrhunderts schließlich auch den Weg der Soziologie in die Rechtswissenschaft. Letztere erweist sich für die soziologischen Analysen nicht mehr anschlussfähig. Denn wenn man Tönnies in seinem Vorgehen folgt, wird man von jeglichen Entwicklungen in der Rechtswissenschaft abgeschnitten. Demgegenüber wird man in der Verhältnisbestimmung von Recht und Soziologie auf die Konfliktlage zwischen Gewohnheitsrecht und Naturrecht Anfang des 19. Jahrhunderts festgeschrieben. Daraus mag man – in Ablehnung des Repräsentationsgedankens – zwar zu den Problemlagen des gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositivs gelangen. Aber dabei bleibt man dann zwangsläufig stehen. Andere grundbegriffliche Impulse werden aus der Rechtstheorie nicht mehr kommen, schon gar nicht mit Blick auf die Frage der Normativität des Rechts.

Darüber hinaus rührt diese Erstarrung des Verhältnisses von Rechtswissenschaft und Soziologie auch daher, dass Tönnies die dogmatisch-methodische Ebene gänzlich außen vor lässt und ihm damit die Effekte der unterschiedlichen Konzeptionen für das Recht verborgen bleiben. So spricht er etwa trotz Anerkennung der Spielräume des richterlichen Entscheidungsverhaltens dem Freirecht keinerlei Relevanz zu, obwohl es mit ihr um tiefgreifende methodische und wissenschaftstheoretische Fragen geht, die die Stellung der Soziologie im Kanon der Wissenschaften nicht unberührt lassen.

Diese mangelnde Anschlussfähigkeit an die rechtlichen und rechtwissenschaftlichen Entwicklungen zeigt sich ja auch bei Tönnies selbst: Zwar beschäftigt er sich mit den juristischen Debatten seiner Zeit, d.h. mit der Diskussion um das BGB sowie dem juristischen Methodenstreit. Das führt aber zu keinerlei Neuorientierung seiner theoretischen oder grundbegrifflichen Anlage der Soziologie. Letztlich subsumiert er all dies unter den grundbegrifflichen Gegensatz gemeinschaftliches Gewohnheitsrecht/gesellschaftliches Gesetzesrecht. Irgendeinen Wandel im Rechtsdenken in der Hinwendung zum Zweckdenken des Rechts kann er damit nicht erkennen. Weder eine Änderung in den zugrundeliegenden Konfliktlagen

778 Dieses Fortschreiben der Aufklärungsphilosophie markiert zugleich die Distanz zu den lebensphilosophischen, phänomenologischen und kulturwissenschaftlichen Ansätzen seiner Zeit.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(*l'urgence*), noch die differenten Streitpunkte (Problematisierungen), vermögen seiner Theorie neue Impulse zu geben. Und ganz grundlegende rechtstheoretische Veränderungen finden in seiner Theorieanlage letztlich keinen Platz. So nimmt er weder wahr, dass sich das naturwissenschaftliche Denken sehr wohl auch auf die Theorie des Rechts auswirkte, was nicht zuletzt Jherings früheren Entwurf einer ‚Naturlehre des Rechts führte.[779] Allenfalls sieht er in Jhering einen Erneuerer des Naturrechts, aber auch hier richtet sich die Idee eines neuen, später als gemeinschaftlich bestimmten Naturrechts an der Konfrontation von Gewohnheitsrecht und rationaler Gesetzgebung aus. Die bei Jhering angelegten Umdeutungen der zentralen Probleme der Rechtswissenschaft, die in verschiedenen Arten und Weisen der Verhältnisbestimmung von Recht und Gesellschaft münden werden, verschließt sich der Tönnies'schen Perspektive. Insofern zieht er aus den rechtstheoretischen Umstellungen, Problemverlagerungen und methodischen Konsequenzen der Debatten um die soziale Aufgabe des BGBs bzw. um die juristische Methode keinerlei direkte Schlussfolgerungen für die Soziologie. Und schließlich vermag auch das Aufkommen und Erstarken des Rechtspositivismus irgendetwas an seinem grundbegrifflichen Aufbau zu ändern.

Insofern löst sich der Ansatz von Tönnies bereits von der Rechtswissenschaft seiner Zeit. Damit wird genau jene Distanz geschaffen, die in der Folge die Entwicklungen im Recht und in den Rechtswissenschaft für die Soziologie irrelevant macht. Selbst wenn also Tönnies in grundlegender Weise auf das Recht rekurriert, um einen grundbegrifflichen Entwurf der Soziologie vorlegen zu können, führt ihn sein konkretes Vorgehen letztlich vom Recht weg.

779 Offenbar nahm Tönnies keinerlei Kenntnis von Jherings früheren Naturlehre des Rechts, so dass er feststellen kann: „In ganz anderem Stile als Schäffle, in der Tat ohne erhebliche Fühlung mit den naturwissenschaftlichen Tendenzen des Zeitalters, unternahm um dieselbe Zeit (1877ff.) Rudolf von Ihering, die ‚Gesellschaftswissenschaft' analytisch zu begründen." (Tönnies 1926d [1908]: 90).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

# § 8. Max Weber und das normative Zweckdispositiv

## *I. Webers Auseinandersetzung mit dem Recht in der „Wissenschaftslehre"*

Dass das Recht für den promovierten und habilitierten Juristen Max Weber[780], dem die Debatten um die Historische Rechtsschule, die Kodifikation des BGBs und den juristischen Methodenstreit wohl bekannt waren, einen zentralen Gegenstand im Rahmen der kulturwissenschaftlichen respektive soziologischen Theoriebildung darstellt, ist heute unbestritten. Dieser hohe Stellenwert beschränkt sich nicht nur darauf, dass Weber dem Recht mit seiner posthum im Rahmen von *Wirtschaft und Gesellschaft* veröffentlichten *Rechtssoziologie*[781] eine eigenständige und ausführliche Untersuchung widmet. Vielmehr schreibt Weber dem Recht eine entscheidende Rolle in der Entwicklung des Kapitalismus zu, wie insbesondere im Kapitel „Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen" aus *Wirtschaft und Gesellschaft* deutlich wird (Weber 1976 [posthum]: 181ff.).[782] Das Gleiche gilt v.a. auch bzgl. der Entwicklung des modernen okzidentalen Rationalismus, wofür die *Rechtssoziologie* als Analyse der „Entwicklungsbedingungen des Rechts" (Gephart et al. 2010) als ein besonders elaboriertes Beispiel erscheint (vgl. Schluchter 1998: 190ff.). Daher bilden das Recht und seine historischen Variationen bei Weber, wie Wolfgang Schluchter

780 Siehe zum juristischen Werdegang Webers Deininger 1988: 2ff.; Gephart 1993a: 421ff.

781 Zur Überlieferungsgeschichte des Manuskripts der „Rechtssoziologie", das Marianne Weber Karl Loewenstein wahrscheinlich zum Dank schenkte und welcher es Anfang der 1960er Jahre dem Münchner Max-Weber-Archiv überließ, vgl. Hermes 2010; zur collagenartigen Struktur des Textgewebes der *Rechtssoziologie* sowie den Datierungsversuchen der vielen Überarbeitungsschichten vgl. insbesondere Gephart 2003; Schluchter 2005b. Einigkeit besteht dahingehend, dass das rechtssoziologische Manuskript aus dem Nachlass zu den Vorkriegsmanuskripten von *Wirtschaft und Gesellschaft* gehört.

782 Obwohl mittlerweile die einzelnen, z.T. aus verschiedenen Schaffensphasen stammenden Teile von *Wirtschaft und Gesellschaft* in der *Max-Weber-Gesamtausgabe* vorliegen, zitiere ich dennoch aus der von Johannes Winckelmann besorgten Gesamtausgabe in der Reproduktion der fünften Auflage (wobei die *Grundbegriffe* aus der *Wissenschaftslehre* zitiert werden), um die Kongruenz mit der vorliegenden verwendeten Sekundärliteratur zu gewährleisten. Zur Entstehungsgeschichte von *Wirtschaft und Gesellschaft* vgl. insbesondere Schluchter 2009.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

betont, nicht ein Teilphänomen der (modernen) Gesellschaft, dem man sich im Rahmen einer Bindestrich-Soziologie dann zuwenden mag oder auch nicht, sondern eine konstitutive Komponente des sozialen Lebens – und die soziologische Analyse des Rechts wird zum integralen Bestandteil der Sozialtheorie (vgl. Schluchter 2002: 257).

Diese Linie der Interpretation, die über die materialen Untersuchungen des Rechts bei Weber hinausgeht, wird insbesondere seit den 1990er Jahren verfolgt. Zwar immer noch selten, aber doch immer öfter wird bei der Interpretation der methodologischen und begrifflichen Ansätze Webers die Frage nach der Bedeutung seiner juristischen Bildung gestellt (vgl. Marra 1992; Gephart 1993a: 419ff.; Turner, Factor 1997).[783] Der Schwerpunkt des Interesses liegt dabei auf der Klärung der Frage, „welche Anteile im soziologischen Denken Max Webers sich der juristischen Herkunft verdanken" (Gephart 1993a: 419). Hervorgehoben werden die Anleihen Webers an die juristischen Begrifflichkeiten: Für den Handlungsbegriff und die damit verbundene Problematik von Kausalität und Zurechnung lassen sich unzweifelhaft solche Zuammenhänge herstellen (vgl. Gephart 1993a: 421 ff.; vgl. auch 1990); ebenso für den Anschluss des Weber'schen Staatsbegriffs an die in der Staatsrechtslehre umstrittene juristische Konzeption der Anstalt (v.a. Hermes 2006).[784] Methodische Anleihen sind ebenfalls auszumachen: Wurde in den 1980er Jahren bereits die Rolle der (auch) juristischen Theorie der adäquaten Verursachung im Rahmen der methodo-

783 Demgegenüber dominieren die Bestimmungsversuche der philosophischen Grundlagen von Webers methodologischen Überlegungen (vgl. Gephart 1993b m.N.): Neben strittigen Fragen insbesondere nach der (u.U. problematischen) Reichweite des Einflusses des Neu-Kantianers Rickert (vgl. etwa Schelting 1934; Nusser 1986; Burger 1987; Oakes 1988b, 1990; Wagner 1987; Bruun 2000; Merz-Benz 2007; Schluchter 2005a) stehen Webers Verhältnis zu Marx (vgl. etwa Löwith 1932; Mommsen 1974a, 1974b; Antonio, Glassman 1985; Böckler, Weiß 1987; Wiley 1987; Löwy 1996; zur marxistischen Kritik an Weber vgl. Weiß 1981) und Nietzsche (etwa Hennis 1987; Oexle 1996; Petersen 2014: 12 m.w.N.) noch im Vordergrund, wobei heute zunehmend auf weitere philosophische Einflüsse hingewiesen wird. Daneben rückt nun auch die Frage nach naturwissenschaftlichen Einflüssen in den Vordergrund (vgl. Wagner, Härpfer 2015; Treiber 2016a, jeweils m.w.N.).

784 Weber spricht insbesondere im Kategorienaufsatz vom „unvermeidliche[n] Schicksal aller Soziologie", sich der juristischen Ausdrücke bedienen zu müssen, um ihnen dann einen „ihren eigenen, von dem juristischen der Wurzel nach verschiedenen Sinn unterzuschieben" (Weber 1988g [1913]: 440; s.u. § 8.III.4.2). Dies müsse man Werner Gephart zufolge als eine „*Generalklausel*" verstehen, „*mit deren Hilfe sich alle von Weber verwendeten Begriffe auf ihre ‚juristische Wurzel' überprüfen lassen*" (Gephart 1993a: 487; H.i.O.; vgl. auch 2001: 73).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

logisch bedeutsamen Kausalitätsfrage bei Weber untersucht (vgl. etwa Turner, Factor 1981; Wagner, Zipprian 1985), so wurden in der Folge insbesondere die juristischen Quellen und Vorbildungen der Idealtypus-Lehre im Rahmen einer Theorie der Deutung „sozialen Handelns“ herausgearbeitet (insbesondere Treiber, Quensel 2002; Quensel 2007: 99ff.; s.a. Gephart 1993a: 478ff.).[785]

Juristische Einflüsse werden dabei bei einzelnen Autoren gesucht, so insbesondere bei Jellinek (vgl. etwa Breuer 1999; Anter 2000, 2014, 2016: 24ff.; Quensel 2007: 178ff.; kritisch Kersten 2000: 123ff.; Treiber 2016b), aber auch bei Jhering (Turner 1991; Treiber, Quensel 2002).[786] Weniger häufig wird nach der Rolle von Webers Auseinandersetzung mit Stammler gefragt: Bis heute ist offen, worin der Grund für die außergewöhnlich scharfe Polemik Webers gegen dessen Rechtsphilosophie zu suchen ist – v.a. angesichts der Tatsache, dass Weber in seinen methodologischen Arbeiten dieser Kritik immer wieder einen zentralen Stellenwert zuschreibt (vgl. Weber 1988g [1913]: 427 Fn. 1; 1988j [1921]: 541; Weber in Simmel et al. 1911a: 268).[787] Aber ebenso fragt man nach Webers zeitgenössischem Kontext der Rechtswissenschaft, sticht doch die immer wieder hervorgehobene erstaunliche Affinität seiner soziologischen Rechtsdefinition zur „Be-

785 Vgl. auch die Hinweise von Deininger 1988 und Dilcher 2008 bzgl. idealtypischer Ansätze in Webers frühen juristischen Arbeiten.

786 Noch Ende der 1980er Jahre werden in der Rezeption zu den für Weber relevanten „Zeitgenossen“ keinerlei Juristen gezählt (vgl. Mommsen, Schwentker 1988).

787 Während für Michel Coutu die Relevanz der *Stammler*-Kritik in der Rechtssoziologie liegt (Coutu 2013, ähnlich Gephart 2010: 9ff.), betonen schon in den 1970er Jahren Martin Albrow, Guy Oakes und Wolfgang Mommsen ihren Stellenwert im Rahmen der methodologischen Arbeiten (vgl. Albrow in Weber, Albrow 1975: 129ff.; Oakes 1977; Mommsen 1979; a.A. jedoch noch Freund 1965: 79). Den Grund für die immer wiederkehrende Polemik Webers gegen Stammler sieht etwa Christopher Adair-Toteff darin, dass Weber vor den methodologischen Fehlern in Stammlers einflussreichen Buch *Wirtschaft und Recht nach materialistischer Geschichtsauffassung* in seiner verführischen, aber trügerischen Einfachheit warnen wollte (Adair-Toteff 2014). Zudem führte Stammlers Werk – wie Martin Albrow herausstellt – in seinem Überwindungsversuch der materialistischen Geschichtsphilosophie zu einer von Weber nicht gewünschten Rezeption des Marxismus an den Universitäten (vgl. Albrow in Weber, Albrow 1975: 129ff.). Gegenüber solchen Interpretationen wird hier die *Stammler*-Kritik nicht als Warnung verstanden, sondern als ein notwendiger Abgrenzungshorizont der Kulturwissenschaft respektive der Soziologie zur Rechtswissenschaft und -dogmatik, da man erst dadurch den wissenschaftslogischen Ort der Soziologie zu markieren vermag (s.u. § 8.V).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

griffsjurisprudenz“ ins Auge (vgl. statt vieler Treiber, Quensel 2002: 91; Dilcher 2007).[788]

Der Großteil dieser Arbeiten steht für die vorliegende Untersuchung jedoch unter einem doppelten Vorbehalt: Zum einen richten sie ihr Augenmerk auf genetische Aspekte, d.h. es geht um die juristischen Quellen, Anleihen und Vorprägungen von Webers Begrifflichkeit und seiner Methode (etwa Gephart 1993a; Turner, Factor 1997; Quensel 2007), und nicht um die Frage nach der strategischen Funktion von Webers Auseinandersetzung mit dem Recht für seine Art der Soziologie. Zum anderen wird diese Auseinandersetzung oft auf seine *Rechtssoziologie* enggeführt, d.h. die Ergebnisse werden primär mit Blick auf die Begründung und Konsistenz der Soziologie des Rechts, und weniger der Soziologie als eigenständige Disziplin diskutiert (statt vieler Quensel 1997; Treiber, Quensel 2002; Hermes 2007; Coutu 2018).[789]

Das alles beantwortet aber nicht die Frage, auf welche Problemlagen Weber mit seiner Hinwendung zum Recht und in seiner Auseinandersetzung mit der Rechtswissenschaft reagiert.[790] Denn eines fällt auf: Neben seinen materialen Bestimmungen und historischen Untersuchungen des Rechts[791] bezieht sich Weber in all seinen Abhandlungen, die zur soge-

788 Dies handelte Weber den Vorwurf ein, dass er Recht und Rechtswissenschaften seiner Zeit völlig verkannt habe (v.a. Rehbinder 1987; 1989).

789 Eine ähnliche Engführung betreibt die juristische Seite, wenn sie nach Anwendung und Nutzen der Weber’schen Auseinandersetzung mit dem Recht für Rechtsdogmatik und -methodik fragt (vgl. exemplarisch Loos 1982; Petersen 2014 mit Blick v.a. auf die Interessenjurisprudenz).

790 Schon Friedrich Tenbruck betonte, dass ein Verständnis für Webers Wissenschaftslehre nur aus den zeitgenössischen Problemstellungen zu entwickeln sei (Tenbruck 1999a: 4; ähnlich auch Hennis 1987: 4ff.; Eliæson 2002; kritisch hierzu Oakes 1988a). In der Weber-Forschung liegt der Fokus auf der Diskussion um Webers Stellung zur zeitgenössischen Nationalökonomie (v.a. im nationalökonomischen Methodenstreit), aber auch zur sich konstituierenden politischen Wissenschaft sowie zur Geschichtswissenschaft.

791 Neben der *Rechtssoziologie* gehören hierzu seine frühen wissenschaftlichen Arbeiten als Jurist, d.h. seine Dissertation, seine Habilitationsschrift sowie eine Reihe von Rezensionen. Diesen Schriften schenkt die Weberforschung wenig Beachtung, obwohl etwa Gerhard Dilcher, der Herausgeber der *Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter* (1889), immer wieder auf die Genese zentraler rechtssoziologischer wie methodischer Prämissen Webers in seiner Dissertation hingewiesen hat (vgl. Dilcher 2008).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nannten *Wissenschaftslehre* gehören,[792] sowie in seinen Einlassungen zum Werturteilsstreit an zentralen Stellen auf das Recht respektive die Rechtswissenschaft. Diese Auseinandersetzung spielt auf methodologischer Ebene in der Grundlegung der Kulturwissenschaft und später der Soziologie als „eine Wissenschaft, welche soziales Handeln deutend verstehen und dadurch in seinem Ablauf und in seinen Wirkungen ursächlich erklären will“ (Weber 1988j [1921]: 542),[793] offensichtlich eine entscheidende, theoriekonstitutive Rolle – und zwar, indem sie, so die These, die Problematisierungsweise des normativen Zweckdispositivs aufgreift und daraus Schlussfolgerungen für die Soziologie als eigenständige Disziplin zieht.[794] Dass Weber selbst dabei den Stellenwert der rein erkenntnistheoretischen

792 Die Aufsätze und Beiträge in Webers *Wissenschaftslehre* wurden unter Erweiterung und Abänderung einer ursprünglichen Zusammenstellung seitens Weber im Jahr 1922 posthum von Marianne Weber unter diesem Titel veröffentlicht (vgl. Wagner, Zipprian 1994b: 10ff.). Angesichts dieser Entstehungsgeschichte wird die Frage nach der inneren Einheit und dem Stellenwert der in der *Wissenschaftslehre* versammelten Beiträge kontrovers diskutiert: Die Aufsätze werden entweder als in sich widersprüchliche Einzelbeiträge (so früher Tenbruck 1999a [1959]) bzw. als polemische Gelegenheitsarbeiten angesehen (z.B. Parsons 1936: 675), oder sie bilden als Wissenschaftslehre eine „Einheit“ (etwa Schelting 1934; Henrich 1952; Weiß 1992; Bruun 2007) respektive eine „werdende Einheit“ (Tenbruck 1994: 373; zur Diskussion um Webers *Wissenschaftslehre* s.a. Oakes 1988a; Tenbruck 1989; Wagner, Zipprian 1994a). Zu unterscheiden ist dies von der Frage, ob man das gesamte Werk Webers unter einer einheitlichen Fragestellung lesen müsse (s. etwa Hennis 1987; Swedberg 1998). Entsprechend dieser unterschiedlichen Positionen erscheint eine Auseinandersetzung mit Webers *Wissenschaftslehre* entweder als irrelevant bzw. unmöglich (vgl. etwa Hennis 1982: 246 Fn. 15) oder aber sie wird als grundlegend für ein Verständnis der Weber'schen Soziologie angesehen. Vorliegend geht es nicht um die Beantwortung der Frage der Einheitlichkeit der *Wissenschaftslehre*, sondern um die methodologischen, methodischen und fachkonstitutiven Effekte der spezifischen Art und Weise, wie Weber das Recht ins seinen methodologischen Schriften zum Gegenstand macht.

793 Weber steht der Soziologie zunächst sehr skeptisch gegenüber und versteht sich selbst erst spät als Soziologe (vgl. Schluchter 2016). Da es vorliegend gerade nicht um diesen – die Weberforschung nach wie vor zentral beschäftigenden – Wandel geht, sondern die Entwicklung der Auseinandersetzung Webers mit dem Recht und der Rechtswissenschaft ins Visier genommen wird, wird im Folgenden der Begriff ‚Soziologie‘ und seine Abwandlungen als Oberbegriff für seinen Ansatz in allen Werkphasen verwendet – auch wenn es sich dabei um eine begriffliche Ungenauigkeit handelt.

794 Will man die Spezifik des Rechts in seinem Entwurf der Soziologie erkennen, so nützen m.E. Webers explizite kulturwissenschaftliche respektive soziologische Untersuchungen des Recht als Ausgangspunkt wenig, geht es darin doch um die



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

oder methodologischen Erwägungen zugunsten von forschungspraktischen Zweckmäßigkeitserwägungen konsequent relativiert, verdeutlicht nur eine solche pragmatische Funktion der Auseinandersetzung mit dem Recht respektive v.a. mit der Rechtsdogmatik.

## *II. Wider die Prämissen des Repräsentationsdispositivs: Roscher und Knies und die Kritik an der Historischen Rechtsschule*

Bereits sehr früh erteilt Weber dem Repräsentationsdispositiv, wie es in der Zeit der Entstehung und Blüte der Historischen Rechtsschule eingelagert war, eine Absage. Schon in der Aufsatzfolge „Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie" aus den Jahren 1903 bis 1906 bestreitet er vehement die Vorstellung der Emanation der Kulturerscheinungen aus einer vorgängigen Einheit.

### *1. Von der Kritik an der Historischen Schule der Nationalökonomie…*

Weber, der sich selbst zu den „Kindern" der Historischen Schule der Nationalökonomie zählt (Weber 1988b [1904]: 208), wirft deren „Altmeister[n]" Roscher und Knies „elementare logisch-methodische Probleme" vor (Weber 1988a [1903-1906]: 1). Zwar verfahren die Autoren dem Anspruch nach historisch, d.h. sie bilden Begriffe, die die qualitativ-charakteristischen Besonderheiten der individuellen Realität der Wirklichkeit (des historischen Individuums) in ihrer „universelle[n] (wir pflegen zu sagen: ‚historische[n]') Bedeutung" (ebd.: 6) zu erfassen suchen. Und doch ziehen sie naturwissenschaftliche Begriffe heran, die die qualitativen Differenzierungen der Wirklichkeit auf exakt messbare Quantitäten reduzieren und daraus allgemeingültige Abstraktionen bilden. Solche Gattungsbegriffe statuieren dann Gesetze in Form von Kausalgleichungen (ebd.: 4f.).[795] Roscher und Knies vermischten die logisch nicht zu vereinbarenden Methoden der Begriffsbildung der Gesetzes- und der Wirklichkeitswissenschaften

---

soziologischen Bestimmungen des Rechts, nicht aber um die Herausforderungen des Rechts für die Soziologie. Allerdings ist der Verweis auf die *Rechtssoziologie* insofern aufschlussreich und wird hier an den entsprechenden Stellen herangezogen, als sie am deutlichsten Auskunft über Webers materialen Rechtsbegriff gibt.

795 Die Differenz liegt nicht auf ontologischer Ebene, d.h. im Objekt begründet, und beide Arten der Begriffsbildung sind prinzipiell gleichwertig.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

respektive der Natur- und der Kulturwissenschaften.[796] Daher stelle die „historische Methode" der Nationalökonomie „ein, rein logisch betrachtet, durchaus widersprüchliches Gebilde" dar (ebd.: 41).

Mit dieser Kritik an den Begründern der Historischen Schule der Nationalökonomie interveniert Weber in den sich seit den 1880er Jahren verstärkenden nationalökonomischen Methodenstreit zwischen theoretischer und historischer Schule (vgl. insbesondere Nau 1996). Er richtet sich damit aber zugleich auch gegen die Prämissen der Historischen Rechtsschule. Denn mit verantwortlich für die logischen Probleme erscheint ihm Savignys Volksgeistlehre, wie sie bei Roscher und seinen Anhängern Anklang fand (vgl. Weber 1988a [1903–1906]: 9f.).[797] Ihr wirft Weber die unzulässige Hypostatierung einer kollektiven Einheit zu einem „einheitliche[n] reale[n] Wesen metaphysischen Charakters" (ebd.: 10) vor. Das führe zu einer Verwechslung: Dieses Wesen werde „nicht als *Resultante* unzähliger Kultureinwirkungen, sondern umgekehrt als der *Realgrund* aller einzelnen Kulturäußerungen des Volks angesehen, welche aus ihm *emanieren*" (ebd., H.i.O.). Die Folgen seien bei Roscher deutlich sichtbar: Er glaube an die „metaphysische Einheitlichkeit des ‚Volkscharakters'", als selbständiges „*Individuum*", das einen „nach Analogie der Lebensentwicklung des Menschen gedachten Lebensprozess" durchlaufe (ebd.: 10, H.i.O.). Obwohl er dabei das Volk nicht als Gattungsbegriff, sondern als ein „als Kulturträger *bedeutungsvolle*[s] Gesamtwesen" (ebd.: 11, H.i.O.) verstanden wissen will, verlässt er – wie auch Knies (vgl. ebd.: 11 Fn. 4) – die Bahnen der historischen Begriffsbildung aufgrund seiner Hinwendung zu einer „‚organi-

796 Weber beruft hierfür sich explizit auf Rickert (Weber 1988a [1903–1906]: 4 Fn., 7 Fn. 1). Inwieweit er dabei jedoch inhaltlich auf ihn Bezug nimmt, ist umstritten.

797 Doch auch Weber hegt – im Anschluss an Carl Mengers Kritik der Historischen Schule der Nationalökonomie – Zweifel an der Berechtigung dieser Bezugnahme: „Roschers methodisches Vorbild war die Arbeitsweise der deutschen historischen Juristenschule, auf deren Methode er sich, als der seinigen analog, ausdrücklich beruft. In Wahrheit handelt es sich jedoch – wie im wesentlichen schon Menger erkannt hat – um eine charakteristische Umdeutung dieser Methode." (ebd.: 9) Weber lässt dabei unter den Tisch fallen, dass Menger nicht von einer Umdeutung, sondern eher von einer vollkommen verfehlten Bezugnahme ausgeht (vgl. Menger 1883: 83ff., 222), ebenso, wie er nicht erwähnt, dass Schmoller seinem Gegner Menger eine „lebhafte Sympathie für den Mystizismus des Savigny'schen Volksgeistes" vorwirft, die „offenbar der manchesterlichen Abneigung gegen jede bewußte Thätigkeit kollektiver Gesellschaftsorgane" entspringe (Schmoller 1883: 250 [986]). Auch im nationalökonomischen Methodenstreit ist insofern der Bezug zur Historischen Rechtsschule alles andere als eindeutig.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sche[n]‘ Gesellschaftstheorie“ (ebd.). Denn damit werde das individuelle Volk, der jeweilige Volksgeist bzw. -organismus, auf ein „Exemplare ihrer Gattung“ (ebd.) reduziert. In der Tat wirft Weber Roscher – trotz dessen prinzipieller Anerkennung des Wesens der geschichtlichen Irrationalität und der daraus resultierenden Notwendigkeit einer kausal-geschichtlichen Parallelbildung – die Behandlung der ‚Völker‘ als „biologische Gattungswesen“ vor (ebd.: 23).[798]

Mehr noch: Als Gattung durchläuft bei Roscher jedes Volk einen typischen, geschlossenen Kreislauf der Kulturentwicklung, der sich im Aufsteigen, Altern und Untergang der Kulturnationen zeige. Hier offenbare sich am deutlichsten die spezifisch naturwissenschaftliche Betrachtungsweise, handele es sich doch um allgemeine Entwicklungsgesetze, das „biologische[] Entwicklungsschema“ (ebd.: 26) im Lebensgang der Völker. Roschers Annahme setze dabei ein organisches Leben des gesamten Kosmos voraus, dessen Äußerungen die Einzelvorgänge seien – allerdings unter dem Vorbehalt, dass die „‚organische‘ *Einheitlichkeit* der geschichtlich-sozialen *Zusammenhänge*“ ein Objekt darstelle, „welches prinzipiell unerklärt bleiben *muß*“ (ebd.: 35f., H.i.O.).[799] Der Volksgeist bzw. das Gattungswesen ‚Volk‘ garantiere trotz der Tatsache, dass es letztlich – wie in der Historischen Rechtsschule – nicht erkannt werden könne, für Roscher die Möglichkeit eines objektiven Prinzips der Gliederung des gewaltigen historischen Stoffes, um nicht in subjektiv-willkürliche Auffassungen zu versinken (ebd.: 22).

Dies führe Roscher nun in die Nähe des von Weber vehement bekämpften gesetzeswissenschaftlich verfahrenden Naturalismus, für den – wie

---

798 Roscher vermischt nach Weber also den naturwissenschaftlichen Begriff „gattungsmäßig allgemein (generell)“ und den historischen Begriff „inhaltlich umfassend“ (vgl. Weber 1988a [1903–1906]: 18). Daher erscheine ihm das Gesetzmäßige als das Wesentliche der Erscheinung (ebd.). In der Folge könne Roscher im Ansatz die Wirklichkeit aus dem generellen Begriff deduzieren.

799 Um einigermaßen konsistente Aussagen fällen zu können, bleibe Roscher als Kritiker Hegels letztlich nichts anderes übrig, als seine obersten Begriffe metaphysisch zu fundieren, indem er eine unüberschreitbare Grenze der irdischen Erkenntnis festlege, d.h. den Volksgeist letztlich in die dunkle Werkstätte – bei Roscher: Gott – verlege. Das sei jedoch gegenüber Hegel ein Rückschritt, da es eine „ziemlich primitive Form schlichter religiöser Gläubigkeit“ darstelle (ebd.: 41). Erst indem Roscher jedoch diese Grenze markiere, derzufolge man nie zum obersten Begriff bzw. zu den letzten Gesetzen gelangen könne, ergebe sich die Notwendigkeit der konkreten historischen Forschung, da die Wirklichkeit nicht wie bei Hegel denkend erfasst werden könne. Das ändere aber nichts an der Annahme, dass aus diesem „unerklärbaren Hintergrund“ die Wirklichkeit emaniere (ebd.: 19).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Weber später schreibt – der Versuch typisch sei, „*Wert*urteile aus naturwissenschaftlichen Tatbeständen abzuleiten“ (Weber 1988g [1913]: 425, H.i.O.).[800] Genau solche naturalistischen Fehlschlüsse seien bei Roscher an zahlreichen Stellen erkennbar: Zwar könne die Wissenschaft aufgrund des historischen Wandels der ökonomischen Erscheinungen nur relative Normen aufstellen; dieser Relativismus beziehe sich bei Roscher aber nur auf die jeweilige Entwicklungsstufe eines Volkes. Hinsichtlich des jeweiligen Entwicklungsgrades könne man nach Roscher jedoch wenigstens theoretisch objektive Grundlagen für die Aufstellung von Normen angeben (vgl. Weber 1988a [1903–1906]: 38). Auch wenn man sie aufgrund des im Volksgeist eingelagerten Erkenntnismangels nicht direkt fassen könne (vgl. ebd.: 41), nehme Roscher damit solchen Maximen ihren Charakter, ein Werturteil zu sein: Er spreche diesen keine subjektive Komponente zu und gehe daher von der Möglichkeit der wissenschaftlich eindeutigen Auffindung von Normen (Werturteilen) aus (ebd.: 38). Kurz: Bei Roscher ist (zumindest theoretisch und wissenschaftslogisch) der Schluss von Sein auf Sollen möglich.

In diesem Vorgehen sieht Weber nicht nur ein methodisches, sondern auch ein erkenntnistheoretisches Problem: Bei Roscher zeige sich eine an Hegel erinnernde emanatistische Logik, derzufolge „die Begriffsinhalte als metaphysische Realitäten hinter der Wirklichkeit stehen und diese in ähnlicher Art notwendig aus ihnen hervorgeht“ (ebd.: 16). Dies führe letztlich zu einer Verwechslung von Begriff und Wirklichkeit, der Deduktion der Gesetze der Wirklichkeit aus den theoretischen Begriffen, bis hin zur Deduktion der Normen aus diesem Schema. Das ist für Weber, der sich auf dem Boden „der auf Kant zurückgehenden modernen Erkenntnislehre“ (Weber 1988b [1904]: 208) verortet, nicht hinnehmbar. Vielmehr geht er mit dem südwestdeutschen Neukantianismus (und hier insbesondere mit Lask, vgl. Jacobsen 2001: 36f.) von einem „‚hiatus irrationalis‘ zwischen Begriff und Wirklichkeit“ aus (Weber 1988a [1903-1906]: 15): Begriffe seien weder „*Abbilder* der ‚objektiven‘ Wirklichkeit“ (Weber 1988b [1904]: 208, H.i.O.), noch repräsentierten sie diese oder enthielten „die wahre Realität der Dinge […] in sich“ (ebd.: 188) – weder im Bereich der Naturwissenschaften noch in dem der Kulturwissenschaften. Aus der Einsicht in die „sinnlose[] Unendlichkeit des Weltgeschehens“, in das „Leben in seiner irrationalen Wirklichkeit“ (ebd.: 180, 213) bzw. in die „Unendlichkeit und absolute Irrationalität jedes konkreten mannigfaltigen“ folge vielmehr „die

800 Zu den Hintergründen von Webers Kritik am Naturalismus vgl. Tenbruck 1999a: 17ff.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

absolute Sinnlosigkeit des Gedankens einer ‚Abbildung' der Wirklichkeit durch irgendeine Art von Wissenschaft" (Weber 1988a [1903-1906]: 92 Fn. 1). Dieses Wirklichkeitsverständnis dient Weber „als eine ‚negative Instanz'", denn es schließt aus, dass eine wie auch immer geartete Bestimmung der Wirklichkeit – etwa als Volksgeist oder als Volksbewusstsein – „als historische Ursache oder überhaupt als *Real*grund für die logische Konstitution unseres empirisch gegebenen Wissenschaftsbetriebes gelten kann" (ebd., H.i.O.).

Roschers Vorgehen sei erkenntnistheoretisch nicht haltbar und führe auf methodisch-wissenschaftstheoretischer Ebene zu logisch nicht tragbaren Widersprüchen; dasselbe gilt letztlich auch für Knies.[801] Der „letzte[] Grund all' dieser Widersprüche" liege dabei – so Weber – „in den erkenntnistheoretischen Konsequenzen seiner ‚organischen' Auffassung" (ebd.: 33). Und genau in dieser Vorstellung wirke „das bestechende Vorbild der historischen Juristenschule" (ebd.: 22).

### 2. … *zur Kritik des Repräsentationsgedankens der Historischen Rechtsschule*

Webers Angriffe auf die Altväter der Historischen Schule der Nationalökonomie richten sich also auch gegen die Historische Rechtsschule. Und in der Tat formuliert Weber seine Kritik an ihr in der Folge auch explizit:[802] Schon die Historische Rechtsschule habe den Volksgeist als „überindividuelle organische Einheit hypostasiert" (Weber 1976 [posthum]: 442), auch

801 Bei Knies erkennt Weber dieselben logischen Mängel wie bei Roscher: Verwendung von Gattungs- und Gesetzesbegriffen in seiner vorgeblich historischen Methode, Analogien zur Biologie, Hypostatierung einer naturalistisch-organischen Einheitlichkeit des Individuums als Einheitlichkeit des Volkes, Hypostatierung dieses Volksorganismus als nicht hinterfragter, metaphysischer Realgrund der Kulturerscheinungen (emanatistische Logik; ebd.: 138ff.) – wobei Weber Knies in dieser Abhandlung zugunsten weitschweifender Überlegungen zum Irrationalitätsproblem nur am Rande behandelt. Vor dem Erscheinen des auf Knies bezogenen zweiten und dritten Teils des *Roscher und Knies*-Aufsatzes veröffentlichte Weber im Jahr 1904 seinen *Objektivitäts*-Aufsatz – nach Tenbruck letztlich die einzige positive methodologische Abhandlung Webers (vgl. Tenbruck 1999a; s.a. Sukale 2002: 207). Angesichts dieser über die Kritik der Altmeister hinausragenden methodologischen Überlegungen besserte Weber den Teil zu Knies nach und veröffentlichte diese Auftragsarbeit letztlich in unabgeschlossener Fassung (vgl. Tenbruck 1999a: 39f.).

802 Explizit nennt er hier nur Otto von Gierkes organizistisches Denken, das diesen Prämissen entspringe (Weber 1988a [1903-1906]: 35f. Fn. 1; zu Webers Verhältnis zu Gierke vgl. Dilcher 2017).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

hier mündete die angestrebte Historisierung des Rechts in einem organizistisch-naturalistischen Emanatismus:[803] Die

> halb historischen, halb naturalistischen Theorien vom „Volksgeist" – als der einzig natürlichen und daher legitimen Quelle –, aus welchem Recht und Kultur emaniere, und speziell von dem „organischen" Wachstum alles echten, auf unmittelbarem „Rechtsgefühl" beruhenden und nicht „künstlichen", d.h. zweckrational gesatzten Rechtes, oder wie sonst sich diese der Romantik eigentümlichen Gedankenreihen geben mochten,

offenbaren den „Irrationalismus dieser Axiome" (ebd.: 497). Folge sei eine logisch nicht haltbare Vermischung methodisch differenter Prämissen: Aus dem Emanationsgedanken würden „‚organische' Entwicklungstheoreme des Historismus" hergeleitet (ebd.: 501), wie dies insbesondere auch in dem „vom Historismus geschaffenen, halb mystischen Begriff des ‚Gewohnheitsrechts'" (ebd.: 508) zum Ausdruck komme; zugleich werde aus naturalistischer Perspektive ein „Naturrecht des historisch Gewordenen" (ebd.: 497) eingefordert, das letztlich das Sollen über das Gewohnheitsrecht aus dem historisch zu ermittelnden Sein herleite.

Denn auch der Begriff des Gewohnheitsrechts der Historischen Rechtsschule erweise sich als „wenig brauchbar[]" (ebd.: 187). Zwar könnten faktische Regelmäßigkeiten des Verhaltens auch Quelle der Entstehung von Rechtsregeln sein (vgl. ebd.: 195) und in diesem Sinne die Rechtsentstehung in der Gewohnheit gesucht werden.[804] Diesen Umstand dürfe man aber nicht mit dem Begriff des „Gewohnheitsrechts" verwechseln: Denn erstens handele es sich bei der ‚Gewohnheit' als tatsächliche und regelmä-

803 So schreibt Weber, „daß trotz des gewaltigen Dammes, welchen die deutsche idealistische Philosophie seit Fichte, die Leistungen der deutschen historischen Rechtsschule und die Arbeit der historischen Schule der deutschen Nationalökonomie dem Eindringen naturalistischer Dogmen entgegenbauten, dennoch und zum Teil *infolge* dieser Arbeit an entscheidenden Stellen die Gesichtspunkte des Naturalismus noch immer unüberwunden sind" (Weber 1988b [1904]: 187, H.i.O.).

804 Nach Weber betrifft dies insbesondere die Ebene der empirischen Rechtsgeltung: „Und während es allerdings nichts Seltenes ist, daß Rechtsnormen rational gesatzt werden, um bestehende ‚Sitten' und Konventionen zu ändern, ist dennoch der normale Sachverhalt der: daß die Rechtsordnung nicht etwa infolge des Bestehens der Zwangsgarantie in der Realität empirisch ‚gilt', sondern deshalb, weil ihre Geltung als ‚Sitte' eingelebt und ‚eingeübt' ist und die Konvention die flagrante Abweichung von dem ihr entsprechenden Verhalten meist mißbilligt." (Weber 1976 [posthum]: 195).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ßige Übung nur um eine unter verschiedenen Quellen, die zur Genese von Rechtssätzen führen könnten.[805] Wenn Recht aber – wie Weber in seiner universalhistorischen *Rechtssoziologie* in kausaler Hinsicht zeigt – ebenso durch Vertrag, Kautelarjuristen, Gerichtsurteile, charismatische Offenbarung oder (zunehmend) durch gezielte Satzung entstehen könne, dann könne man nicht die Entstehungsweise ‚Gewohnheit' zum alleinigen Erkenntnisgrund und letztlich auch alleinigen Geltungsgrund des Rechts erklären. Genau das aber geschehe in der Gewohnheitsrechtslehre, die den Volksgeist als natürliche und daher einzige legitime Quelle des Rechts postuliere (ebd.: 497), um damit etwa die Fortgeltung des römischen Rechts aus dem Gewohnten zu legitimieren.

Darüber hinaus müsse man richtigerweise das „Gewohnheitsrecht" als einen rechtstechnischen Begriff verstehen, der das „nichtgesatzte Recht" bezeichne (ebd.: 441). Als solcher sei er ein „relativ sehr moderner Begriff, der im römischen Recht erst spät auftaucht und bei uns Produkt der gemeinrechtlichen Jurisprudenz" sei.[806] Denn „[v]ollends sind die Voraussetzungen: – 1. faktische gemeinsame Übung, 2. gemeinsame Überzeugung von der Rechtmäßigkeit, 3. Rationabilität, – an welche die gemeinrechtliche Wissenschaft seine Geltung zu knüpfen pflegte, Produkt des theoreti-

805 Gegenüber der Historischen Rechtsschule verkehrt Weber zudem das Verhältnis von tatsächlicher Übung und Rechtsbewusstsein, d.h. jene Annahme, dass die Gewohnheit als tatsächliche Übung nur ein Indiz für bzw. der Ausdruck eines vorgängigen Rechtsbewusstseins oder Rechtsgefühls sei. So schreibt Weber in der Diskussion des Übergangs von Sitte in Konvention am Beispiel des „Urmenschen": „Wir kennen aber die ‚subjektiven' Vorgänge im ‚Urmenschen' nicht und mit der stets wiederkehrenden Redensart von der angeblichen absoluten Urtümlichkeit oder gar ‚Apriorität' des ‚Rechts' oder der Konvention kann keine empirische Soziologie etwas anfangen. Nicht weil eine ‚Regel' oder ‚Ordnung' als ‚verbindlich' gilt, zeigt das Sichverhalten des ‚Urmenschen' nach außen, insbesondere zu seinesgleichen, faktische ‚Regelmäßigkeiten', sondern umgekehrt: an die von uns in ihrer psychophysischen Realität hinzunehmenden, organisch bedingten Regelmäßigkeiten knüpft sich die Konzeption ‚verbindlicher Regeln' an." (Ebd.: 188).

806 Daher eigne sich der Begriff des Gewohnheitsrechts im Übrigen auch nicht für historische Forschung: „Als Aussagen über die tatsächliche Entwicklung von Recht in der Vergangenheit, gerade in den Zeiten ganz oder fast ganz fehlender ‚Gesetzgebung' wären diese juristischen Begriffe [die Geltungsbedingungen des ‚Gewohnheitsrechts', D.S.] unbrauchbar und historisch unwirklich." (Weber 1976 [posthum]: 441).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schen Denkens“ (ebd).[807] Es handelt sich für Weber um einen rein dogmatischen Begriff, um eine „juristische Konstruktion der Geltungsbedingungen“ eines nicht-statuarischen Rechts (ebd.). So verstanden habe er auch seine Berechtigung.[808] Damit könne man aber nur sehr bedingt bzw. nur in sehr geringem Maße „etwas Richtiges über die *faktische* Entstehung der empirischen ‚Geltung‘ nicht durch Satzung geschaffenen Rechts aussagen“ (ebd., H.i.O.).

Da sich Begriff und Wirklichkeit für Weber niemals decken, erweist sich die proklamierte Emanation des Rechts aus dem organischen Volksgeist in Form des Gewohnheitsrechts als wissenschaftlich nicht haltbare Aussage, und zwar im soziologischen wie auch im rechtswissenschaftlichen Sinne. Mit einer solchen organischen Theorie, die auf Basis einer Naturalisierung in den Historismus münde – jene beiden von Weber bekämpften Richtungen (Weber 1988a [1903–1906]: 63) – sei letztlich „wissenschaftlich nichts anzufangen“ (Weber 1976 [posthum]: 442). Weber wendet sich ganz allgemein gegen den Repräsentationsgedanken, der aus der emanatistischen Logik entspringt (vgl. Weber 1988a [1903–1906]: 15). Dies erfolgt mit Blick auf die Prämissen der Historischen Rechtsschule zum Teil implizit, aber oft auch explizit:

Erstens bestreitet Weber die Notwendigkeit der historischen Untersuchung des Rechts für die Rechtsdogmatik, d.h. jene Vereinigung der historischen und der systematischen Methode in Savignys Volksgeistmodell, die kennzeichnend für die ältere Historische Rechtsschule war. Beide Methoden, die der dogmatischen Konstruktion und die der Rechtsgeschichte, sind für Weber unvereinbar, richte sich doch erstere auf die Ermittlung des idealen Sinns einer Rechtsnorm und letztere auf ihre Faktizität, wie er in seiner *Stammler*-Kritik deutlich betont:

---

807 Das Kriterium der Rationabilität macht die Vereinbarkeit mit der *ratio* zur Voraussetzung des Gewohnheitsrechts. Nach Puchta, der dieses Erfordernis erstmals präzisierte (vgl. Scheuermann 1972: 80), werden darüber aber auch schlechte Gewohnheiten ausgeschlossen (vgl. Puchta 1837: 49ff.).

808 Diese Feststellung verbindet Weber zugleich mit einer Kritik der Ansätze einer Soziologie des Rechts im genuin juristischen Feld: Der Gewohnheitsrechtsbegriff sei „in der sublimierten Form, die etwa Zitelmann oder auch Gierke ihm gegeben haben, nicht entbehrlich, es sei denn durch die Beschränkung alles nicht statutarischen Rechts auf bindende Präjudizien. Auf juristischem Gebiet ist der heftige Kampf der Rechtssoziologen (Lambert, Ehrlich) gegen ihn m.E. durchaus unbegründet und bedeutet eine Vermischung juristischer und soziologischer Betrachtungsweise.“ (Weber 1976 [posthum]: 441).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> Man kann nun eine „dogmatische" Betrachtung „formal" nennen, weil sie in der Welt der „Begriffe" bleibt, – dann ist als Gegensatz dazu aber gemeint: „empirisch" im Sinn der kausalen Betrachtung überhaupt. Nichts steht andrerseits im Wege, die empirisch-kausale „Auffassung" der „Rechtsregeln" eine „naturalistische" zu nennen im Gegensatz zu ihrer Behandlung in der juristischen Dogmatik. Nur muß man sich darüber klar sein, daß dann als „Natur" die Gesamtheit alles empirischen Seins überhaupt bezeichnet ist, daß also z.B. alsdann auch die „Rechts*geschichte*", logisch betrachtet, eine „naturalistische" Disziplin ist, weil auch sie die *Faktizität* der Rechtsnormen, nicht ihren idealen *Sinn*, zum Objekt hat. (Weber 1988d [1907]: 356f., H.i.O.)

Die „rationale rechtsdogmatische Begriffsbildung" ist nach Weber von der „empirische[n] Disziplin der Rechtsgeschichte" zu unterscheiden (Weber 1988i [1918]: 536). Daher müsse man beide auch streng voneinander trennen.[809] Denn Weber sieht – mit Jellinek – eine „prinzipielle logische Geschiedenheit der juristischen Gedankengebilde von denjenigen der rein empirisch-kausalen Disziplinen", so dass die juristische Begriffsbildung „mit kausaler Interpretation der Wirklichkeit gar nichts zu schaffen hat" (Weber 1988a [1903-1906]: 87).

Weber greift zweitens zugleich die Vorstellung an, dass man über die rechtsdogmatische Arbeit am Rechtsorganismus zum Leben gelangen könne, dass mit anderen Worten die dogmatisch-systematische Arbeit den Lebensbezug des Rechts gewährleiste. Man könne demgegenüber gerade nicht davon ausgehen, den ‚Bedürfnissen der Zeit', insbesondere den Bedürfnissen der Zeitgenossen, durch ein derartiges formales Rechtsdenken gerecht zu werden.[810] Eine gewisse Entfremdung vom Leben sei vielmehr eine „unvermeidliche Folge der Disparatheit *logischer* Eigengesetzlichkeiten jedes formalen Rechtsdenkens überhaupt" (Weber 1976 [posthum]: 506, H.i.O.):

> Nun aber haben wir gesehen, dass die rein fachjuristische Logik, die juristische „Konstruktion" der Tatbestände des Lebens an der Hand abstrakter „Rechtssätze" und unter der beherrschenden Maxime: daß das-

809 Allerdings betont Weber immer wieder, das die rechtsdogmatischen Konstruktionen als Idealtypen für die Rechtsgeschichte dienen können und müssen (vgl. Weber 1988d [1907]: 357f.; 1988i [1918]: 536; Weber in Simmel et al. 1911c: 328).

810 Im Übrigen ergibt der Begriff der „Anpassung" als Reaktion auf die Entwicklungen der Gesellschaft, also die Forderung nach der Anpassung an die Bedürfnisse der Zeit, wissenschaftlich für Weber keinen Sinn (vgl. Weber 1988i [1918]: 516).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> jenige was der Jurist nach Maßgabe der durch wissenschaftliche Arbeit ermittelten „Prinzipien" nicht „denken" könne, auch rechtlich nicht existiere, unvermeidlich immer wieder zu Konsequenzen führen muß, welche die „Erwartungen" der privaten Rechtsinteressenten auf das gründlichste enttäuschen. (Ebd.)[811]

Für die Romanistik sieht er diese Entfremdung vom Leben geradezu charakteristisch an: In ihrer Haltung gegen den Kodifikationsgedanken – namentlich angesichts des ALR – versuchte sie, mit Mitteln der historischen Methodik den „ursprünglichen, ‚reinen' Gehalt" des römischen Rechts herauszupräparieren (ebd.: 494). Dies hatte zur Folge, dass das römische Recht „unter den Händen der fachmäßig historisch gebildeten Juristen diejenigen Umwandlungen wieder abstreifte, durch welche es bei seiner Rezeption den Bedürfnissen der Rechtsinteressenten angepaßt worden war: der ‚Usus modernus Pandectarum'" (ebd.: 494f.). Auf diese Weise trat „der Verlust der Angepaßtheit des römischen Rechts an moderne Verkehrsinteressen" ein – allerdings wurde gerade durch diese Ausschaltung des historisch Zufälligen „die Bahn für die abstrakte Rechtslogik ganz frei" (ebd.: 495; vgl. Gephart 2010: 116ff.), eine „spezifische[] Art von Logisierung des Rechts", an der die „Bedürfnisse des Lebens" gerade nicht „entscheidend beteiligt" waren (Weber 1976 [posthum]: 493).[812]

---

811 An anderer Stelle schreibt er: „Die Konsequenzen der rein logischen juristischen Konstruktion verhalten sich vielmehr zu den Erwartungen der Verkehrsinteressenten ungemein häufig gänzlich irrational und geradezu disparat: die vielberedete ‚Lebensfremdheit' des rein logischen Rechts hat hier ihren Sitz." (Weber 1976 [posthum]: 493) Mit Blick auf den juristischen Methodenstreit merkt Weber an: „Immer erneut entsteht daraus heute der Protest der Interessenten gegen das juristische Fachdenken als solches. Und er findet heute Unterstützung auch bei dem Denken der Juristen selbst über ihren eigenen Betrieb. Allein ohne gänzlichen Verzicht auf jenen ihm selbst immanenten formalen Charakter ist ein Juristenrecht mit diesen Erwartungen niemals völlig zur Deckung zu bringen, noch auch je gebracht worden […]." (Ebd.: 506).

812 Weber erkennt darin eine Verschiebung des wissenschaftlichen Rationalismus, auch wenn er feststellt: „Eine rein logische Neusystematisierung des alten Rechts freilich gelang den historischen Juristen begreiflicherweise nicht in überzeugender Weise. Bekanntlich und nicht zufällig sind bis auf das Windscheidsche Kompendium hinab fast alle Lehrbücher der Pandekten unvollendet geblieben." Auch den Germanisten sei dies nicht gelungen, hätten sie doch gerade versucht, die irrationalen, der ständischen Rechtsordnung entstammenden, also anti-formalen Elemente zu formalisieren. Weber, der im Handelsrecht promoviert, kennt nur eine Ausnahme: „Nur die von den bürgerlichen Verkehrsinteressenten autonom an ihre Bedürfnisse angepaßten und durch die Praxis der Spezialgerichte empirisch rationalisierten Rechtspartikularitäten, vor allem also: das



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Daher repräsentiere drittens der Juristenstand auch nicht den Volksgeist, und man gelange über die juristische Arbeit niemals zu einem Volksrecht. Demgegenüber folgert Weber

> [a]us der historischen Tatsache: daß das Recht lange Epochen hindurch ein Produkt der Tätigkeit der zunehmend juristisch beratenen Rechtsinteressenten und der zunehmend juristisch gebildeten Richter gewesen ist und teilweise noch ist, daß, m.a.W., alles „Gewohnheitsrecht" in Wahrheit Juristenrecht war und ist (ebd.: 508).

Genauso wenig, wie das Recht aus dem Volksgeist hervorgehe, emaniere die Wirklichkeit aus der juristischen Arbeit mit Rechtsbegriffen. Damit bestreitet Weber letztlich den proklamierten Wert der Jurisprudenz, nämlich diejenige Instanz zu sein, die die eigentliche lebendige Kraft des organischen Volkslebens freilegt. Für ihn gilt, dass das juristische Begriffssystem „ein rein ideales Gedankengebilde ist, etwas, was als solches keine empirische Realität im Leben hat, sondern eben etwas [...] ‚Geltendes' ist" (Weber in Simmel et al. 1911c: 326).

Indem Weber den Emanationsgedanken ablehnt, ergeben für ihn die Debatten über die Repräsentationsleistungen der Wirklichkeit im Recht, d.h. ihren etwaigen Miss- oder Nicht-Repräsentationen, keinen Sinn: So erweise sich etwa der Streit zwischen Germanisten und Romanisten über Volksrecht und Juristenrecht als obsolet, handele es sich doch beim Gewohnheitsrecht immer um Juristenrecht. Ebenso sinnlos sei es, vom römischen Recht als „fremdem Recht" zu sprechen, da die Rezeptionsleistung nicht in der Aufnahme materialer Rechtssätze oder Prinzipien zu sehen sei, sondern: „Entscheidend wurde die Rezeption des römischen Rechtes nur insoweit, als es das *formal-juristische Denken* schuf." (Weber et al. 2011 [1919/1920]: 372, H.i.O.) Gerade weil aber Weber die Rezeption nicht auf dem Gebiet der materialen Rechtsinhalte verortet, erscheint eine Diskussion über die ‚richtige Rechtsquelle' des deutschen Volksgeistes, wie sie zwischen Germanisten und Romanisten geführt wurde, fruchtlos. Im Übrigen gebe es auch keinen direkten Zusammenhang zwischen der Rezeption des römischen Rechts und der Entwicklung des Kapitalismus (vgl. etwa ebd.: 371ff.): Weder sei das zum „Sündenbock" gestempelte römische Recht verantwortlich für das Aufkommen der sozialen Frage noch sei das germani-

---

Wechsel- und Handelsrecht, gelang es wissenschaftlich und schließlich kodifikatorisch ohne Verlust an praktischer Angepaßtheit zu systematisieren, weil hier zwingende und eindeutige ökonomische Bedürfnisse im Spiel waren." (Ebd.: 495) Dilcher erkennt darin eine „verdeckte Abrechnung mit der Historischen Rechtsschule" (Dilcher 2007: 109).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sche Recht unschuldig an dieser Entwicklung (vgl. Weber 1993 [1895]; s.a. Weber in Simmel et al. 1911b: 198). Die Gegenüberstellung von individualistisch-kapitalistisch und germanistisch-gemeinschaftlich/sozial erweist sich für Weber letztlich als hinfällig. Auch die daran anschließende politische Bewertung des Rechts – ob es nun liberal oder ‚sozial' sei bzw. ob es eine demokratische Volkssouveränität begünstige oder nicht – kann Weber nicht nachvollziehen, denn: „Gewisse gemeinsame Züge in der logischen Struktur des Rechts können aber Produkt untereinander sehr verschiedener Herrschaftsformen sein." (Weber 1976 [posthum]: 469) Das impliziere sogar die Möglichkeit eines radikalen Wandels: „Meine Herren, es wäre sogar nicht ausgeschlossen, daß bei vollem Bestehenbleiben des Bürgerlichen Gesetzbuches eine sozialistische Gesellschaftsordnung entstehen könnte." (Weber in Simmel et al. 1911a: 269) Ebenso wenig lässt sich mit Weber dem Recht respektive der Rechtswissenschaft die Vernachlässigung der Bedürfnisse der Zeit als Missrepräsentation der Gegenwart vorwerfen, da dies vielmehr in der Natur der Sache eines jeden formalen Rechts liege. Und schließlich widerspricht Weber Kirchmanns These, dass das ‚natürliche', d.h. das ‚lebende Recht' aufgrund seiner Nicht-Repräsentierbarkeit wissenschaftlich nicht zugänglich sei. Denn Weber sieht die Eigenart des modernen Rechts gerade in ihrer besonderen Form der Wissenschaftlichkeit – und das ist auch der Punkt, an dem er trotz seiner vehementen Kritik an die Prämissen der Historischen Rechtsschule Anschluss sucht.

## *III. Das Ringen um die Verhältnisbestimmung von Soziologie und Rechtswissenschaft*

### *1. Objektivitäts-Aufsatz: Idealtypus und rechtsdogmatische Begriffsbildung*

Angesichts des Methodenstreits zwischen theoretischer und historischer (respektive historisch-ethischer) Schule in der Nationalökonomie geht es Weber im *Objektivitäts*-Aufsatz darum, den „empirischen sozialen Kulturwissenschaften" (Weber 1988b [1904]: 213) als „*Wirklichkeitswissenschaft*" einen methodischen und begrifflich-theoretischen Zugang zur Kulturwirklichkeit zu eröffnen:[813]

813 Vgl. zum Problem der Konzeption einer Wirklichkeitswissenschaft Kruse 1999; kritisch zu Rickerts und – daran anschließend – zu Webers Verständnis von Wirklichkeitswissenschaft Weiß 1992: 21ff.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> Wir wollen die uns umgebende Wirklichkeit des Lebens, in welches wir hineingestellt sind, *in ihrer Eigenart* verstehen – den Zusammenhang und die Kultur*bedeutung* ihrer einzelnen Erscheinungen in ihrer heutigen Gestaltung einerseits, die Gründe ihres geschichtlichen So-und-nicht-anders-Gewordenseins andererseits. (Ebd.: 170f.; H.i.O.)[814]

Keine der beiden Richtungen im nationalökonomischen Methodenstreit bietet für Weber aus methodischer Sicht eine befriedigende Lösung: Auf der einen Seite scheitere der ‚theoretische', gesetzeswissenschaftliche Zugang zur Wirklichkeit an der Tatsache, dass die historische Wirklichkeit an jeder Stelle „stets individuell geartet[]" (ebd.: 180) sei. Sie könne somit nicht durch Gesetze erkannt und noch weniger daraus deduziert werden. Die spezifische Eigenart der historischen Wirklichkeit bestehe in ihrer jeweiligen „Kultur", die Weber definiert als „ein vom Standpunkt des *Menschen* aus mit Sinn und Bedeutung bedachter endlicher Ausschnitt aus der sinnlosen Unendlichkeit des Weltgeschehens" (ebd., H.i.O.). Sinn und Bedeutung sind dabei einerseits auf menschliche Handlungen, d.h. Stellungnahmen zurückzuführen. Andererseits setzen sie eine Beziehung zu Wertideen voraus, die sogenannten Wertbeziehungen[815] – denn nur diese erlauben eine Stellungnahme zur Welt, die man ‚verstehen' könne und müsse. „Kultur" sei also letztlich ein „*Wertbegriff*" (ebd.: 175, H.i.O.), deren „*konkrete* Gestaltung der Wertbeziehung" aber immer „fließend, dem Wandel unterworfen" bleibe (ebd.: 213, H.i.O.). Werte und Wertewandel (und das heißt dann: Kulturwandel) aber lassen sich nicht aus Gesetzen deduzieren, genauso wenig wie man eine „*Bedeutung* der Gestaltung einer Kulturerscheinung", d.h. das „Verstehen", dem „noch so vollkommenen

814 So schreibt Weber: „Will man solche Disziplinen, welche die Vorgänge des menschlichen Lebens unter dem Gesichtspunkt ihrer *Kulturbedeutung* betrachten, ‚Kulturwissenschaften' nennen, so gehört die Sozialwissenschaft in unserem Sinne in diese Kategorie hinein. Wir werden bald sehen, welche prinzipiellen Konsequenzen das hat." (Weber 1988b [1904]: 165, H.i.O.) Durch diese Festlegung der Sozialwissenschaft versucht Weber den Orientierungs- und Handlungsbedürfnissen des „Kulturmenschen" zu entsprechen (vgl. Weiß 2010: 57).

815 Zum Problem der „theoretischen Wertbeziehung" bei Weber, die von Wertung und Werturteil zu unterscheiden ist und im Gegensatz zu letzterem als Grundlage für die kulturwissenschaftliche Forschung dient, vgl. v.a. Weiß 1992: 33ff. Letztlich geht es um das Deutungspotential, das sich aus der theoretischen Beziehungen der Handlungen auf Werte ergibt. Dabei stellt nicht der Inhalt der Werte, sondern die Relation den Ansatzpunkt für die Analyse dar. Johannes Weiß merkt zurecht an, dass bei Weber die Wertbeziehung auch noch auf der Ebene der Auswahl des Untersuchungsobjekts zum Tragen kommt, und dabei dann der kausalen Analyse (zumindest) einen Weg weist (vgl. ebd.: 39ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

System von Gesetzesbegriffen" (ebd.: 175, H.i.O.) entnehmen könne.[816] Kulturelle Wirklichkeit ist Weber zufolge durch Bewertung konstituierte Wirklichkeit (Weiß 1992: 36). Das sei letztlich die „[t]ranszendentale Voraussetzung jeder *Kulturwissenschaft*", nämlich „daß wir Kultur*menschen* sind, begabt mit der Fähigkeit und dem Willen, bewußt zur Welt *Stellung* zu nehmen und ihr einen *Sinn* zu verleihen" (Weber 1988b [1904]: 180, H.i.O.).

Auf der anderen Seite erteilt Weber der „historisch-ethischen" Richtung der Nationalökonomie, namentlich der Schule von Gustav Schmoller, trotz ihrer Hinwendung zur individuellen historischen Wirklichkeit eine Absage – und zwar aus mehreren Gründen: Erstens bestreitet er die Möglichkeit der Nationalökonomie, als „Tatsachenwissenschaft" (Weber in Simmel et al. 1911c: 329) zu Wertungen gelangen zu können: „Eine empirische Wissenschaft vermag niemanden zu lehren, was er *soll*, sondern nur, was er *kann* und – unter Umständen was er *will*." (Weber 1988b [1904]: 151, H.i.O.)[817] Werturteile und Wertungen sind nach Weber immer rein „‚subjektiven' Ursprungs" (ebd.: 149). Und eine Abwägung zwischen widerstreitenden Werten könne niemals auf wissenschaftlichen Weg erfolgen, sondern sei rein individuell durch den wollenden Menschen bestimmt: „[E]r wägt und wählt nach seinem eigenen Gewissen und seiner persönlichen Weltanschauung zwischen den Werten, um die es sich handelt." (Ebd.: 150)

Zweitens setzt Weber – wie die theoretische Schule – wissenschaftliche Erkenntnis mit Erkenntnis aus Gesichtspunkten, also mit einseitiger Erkenntnis, gleich (vgl. ebd.: 170), müsse man doch aufgrund der Unendlich-

816 Der Grund liegt in der qualitativen Färbung der zu untersuchenden kulturellen Lebenserscheinungen, d.h. ihrer Kulturbedeutung – oder wie Weber ausführlich beschreibt: „Die *Bedeutung* der Gestaltung einer Kulturerscheinung und der *Grund* dieser Bedeutung kann aber aus keinem noch so vollkommenen System von Gesetzesbegriffen entnommen, begründet und verständlich gemacht werden, denn sie setzt die Beziehung der Kulturerscheinungen *auf Wertideen* voraus. Der Begriff der Kultur ist ein *Wertbegriff*. Die empirische Wirklichkeit *ist* für uns ‚Kultur', weil und sofern wir sie mit Wertideen in Beziehung setzen, sie umfaßt diejenigen Bestandteile der Wirklichkeit, welche durch jene Beziehung für uns *bedeutsam* werden, und *nur* diese. Ein winziger Teil der jeweils betrachteten individuellen Wirklichkeit wird von unserm durch jene Wertideen bedingten Interesse gefärbt, er allein hat Bedeutung für uns; er hat sie, weil er Beziehungen aufweist, die für uns infolge ihrer Verknüpfung mit Wertideen *wichtig* sind." (Weber 1988b [1904]: 175, H.i.O.).

817 Wissenschaftlich zu analysieren ist lediglich die Zweck-Mittel-Relation, vgl. Weber 1988b [1904]: 149ff.; 1988i [1918].



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

keit der Wirklichkeit gezwungenermaßen immer eine Auswahl treffen. In diesem Zusammenhang spielen dann Wertungsgesichtspunkte eine entscheidende Rolle, da die Auswahl des Untersuchungsgegenstandes immer auf einem spezifischen Erkenntnisinteresse beruhe: „[*W*]*as* Gegenstand der Untersuchung wird, und wie weit diese Untersuchung sich in die Unendlichkeit der Kausalzusammenhänge erstreckt, das bestimmen die den Forscher und seine Zeit beherrschenden Wertideen" (ebd.: 184, H.i.O.).[818] Daher gebe es auch „keine schlechthin ‚objektive' wissenschaftliche Analyse des Kulturlebens" (ebd.: 170). Die Untersuchung selbst müsse wiederum nach den strengen Kriterien einer reinen Tatsachenwissenschaft erfolgen: werturteilsfrei. Dieses Kriterium der Wissenschaftlichkeit gilt für Weber unabhängig von Zeit und Ort: Man sucht nach einer Wahrheit, die „auch für den Chinesen die Geltung einer denkenden Ordnung der empirischen Wirklichkeit beansprucht" (ebd.: 156).[819]

Drittens zeigt Weber, dass auch die historische Schule der Nationalökonomie auf theoretische Begriffe und Gesetze angewiesen ist. Denn wenn das Ziel in der Erkenntnis der Wirklichkeit liege, Wirklichkeitserkenntnis aber immer die Erkenntnis eines kausalen Zusammenhangs sei, dann werde die Zurechnung einer Erscheinung als Ursache für eine andere Erscheinung als Erfolg nur durch die Kenntnis der regelmäßigen oder gesetzlichen Verbindung zwischen diesen Erscheinungen möglich (vgl. Tenbruck 1999a: 14). Insofern „wäre das Vorhandensein klarer Begriffe und die Kenntnis jener (hypothetischen) ‚Gesetze' offenbar als Erkenntnis*mittel* – aber auch *nur* als solches – von großem Werte, ja sie wäre zu diesem Zwecke schlechthin unentbehrlich" (Weber 1988b [1904]: 175, H.i.O.). Daher geht es Weber zentral um das Problem, welche „Bedeutung der *Theorie*

818 Allerdings versucht Weber das subjektive Erkenntnisinteresse – wie Johannes Weiß anmerkt – über das Kriterium der Rückbindung an die leitenden Wertideen respektive an die Kulturbedeutung auf möglichst allgemeine Interessen zurückzuführen (Weiß 1992: 38). Daher schreibt Weber, dass der Kulturwissenschaftler „verstehen müsse, die Vorgänge der Wirklichkeit – bewußt oder unbewußt – auf universelle ‚Kulturwerte' zu beziehen und danach *die* Zusammenhänge herauszuheben, welche für uns bedeutsam sind" (Weber 1988b [1904]: 181, H.i.O.).

819 Allerdings stellt Weber die Geltung der Wahrheit selbst unter einen historischspezifischen Kulturvorbehalt, ist doch der „Glaube[ ] an den Wert wissenschaftlicher Wahrheit" nichts Selbstverständliches oder „Naturgegebenes", sondern selbst „Produkt bestimmter Kulturen" (ebd.: 213), d.h. ein ‚Kulturideal'. Das markiert den Unterschied zu Foucaults Ansatz, der die Art und Weise, wie Wahrheit generiert wird, d.h. die Geltungsbedingungen der Wahrheit als solche, historisiert.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und der theoretischen Begriffsbildung für die Erkenntnis der Kulturwirklichkeit" zukommt. Er fragt also nach der „logische[n] Funktion und Struktur der *Begriffe*, mit der unsere, wie jede, Wissenschaft arbeitet" (ebd.: 185, H.i.O.). Letztlich geht es also um die Bestimmung der Rolle des theoretischen Wissens für die Erkenntnis der historisch-individuellen Wirklichkeit.

Webers Lösung dieses methodischen Problems besteht bekanntlich in der Einführung des Idealtypus als „Spezialfall einer Form der Begriffsbildung, welche den Wissenschaften von der menschlichen Kultur eigentümlich" ist (ebd.: 189f.).[820] Auch diese Form des Begriffs dient der „denkende[n] Ordnung der empirischen Wirklichkeit" (ebd.: 150), die letztlich zwischen den beiden Positionen in der Nationalökonomie vermittelt. V.a. aber ist die idealtypische Begriffsbildung für Weber ein Mittel der empirischen Untersuchung der historischen Gegebenheit, und nicht deren Ziel (ebd.: 193).

Um diese Funktion erfüllen zu können, zielt Weber auf die Bildung möglichst klarer, eindeutiger Begriffe. Idealtypen sind dabei rein „theoretische Konstruktion[en]" (ebd.: 195). Als Typen wenden sie sich den charakteristischen und nicht den gattungsmäßigen Merkmalen zu, um „die *Eigenart* von Kulturerscheinungen scharf zum Bewußtsein zu bringen" (ebd.: 202, H.i.O.). Sie werden gewonnen nicht aus Durchschnittsmerkmalen, sondern

> durch einseitige *Steigerung eines* oder *einiger* Gesichtspunkte und durch Zusammenschluß einer Fülle von diffus und diskret, hier mehr, dort weniger, stellenweise gar nicht, vorhandenen *Einzel*erscheinungen, die sich jenen einseitig herausgehobenen Gesichtspunkten fügen, zu einem in sich einheitlichen *Gedanken*bilde (ebd.: 191, H.i.O.).

Bei diesem Aufstieg von Einzelerscheinungen zum idealtypischen Begriff – Weber nennt dies die Bildung eines „genetischen" Begriffs (ebd.) – werden „bestimmte Beziehungen und Vorgänge des historischen Lebens zu einem in sich widerspruchslosen Kosmos *gedachter* Zusammenhänge" vereinigt (ebd.: 190, H.i.O.). Auf diese Weise entstehe ein „Idealbilde" (ebd.: 191), das aber nichts mit einem Seinsollenden, d.h. normativen Ideal zu tun habe (ebd.: 192). Die Eigenart eines solchen Zusammenhangs werde viel-

820 Schon sehr früh wurde Weber die Mehrdeutigkeit des Idealtypus-Konzepts vorgehalten, wie er es im *Objektivitäts*-Aufsatz als Problemaufriss konzipiert (vgl. etwa Moeller 1920/21; Schelting 1922, 1934).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mehr an einem Idealtypus pragmatisch veranschaulicht und insbesondere verständlich gemacht (ebd.: 190).[821]

Auch wenn der Idealtypus aus der Wirklichkeit abgeleitet wird, ist er nicht ihr Abbild. In seiner begrifflichen Reinheit ist er nach Weber nirgends in der Wirklichkeit empirisch vorfindbar, er ist eine „Utopie" (ebd.: 191). Derart diene er zur Auffindung des wirklich Historischen durch Beziehung auf einen selbst unwirklichen Maßstab (vgl. ebd.: 233). Idealtypen lassen also weder den eigentlichen Sinn der Geschichte noch ihr Wesen erkennen. Ebenso wenig dürfe man sie als treibende Kräfte der Geschichte hypostatieren (vgl. ebd.: 195). Vielmehr fungieren sie im Erkenntnisprozess als Maßstab, an dem die Wirklichkeit gemessen werde, um „in jedem *einzelnen Falle* festzustellen, wie nahe oder wie fern die Wirklichkeit jenem Idealbilde steht" (ebd.: 191, H.i.O.). Nur durch den Vergleich lasse sich letztlich das Spezifische der historischen Gegebenheit erkennen. Dabei werde die Wirklichkeit am Idealtypus nach Weber nicht im wertenden Sinne, sondern im Sinne von Sinn- und Kausaladäquanz gemessen (vgl. Weber 1988j [1921]: 551): „Solche Begriffe sind Gebilde, in welchen wir Zusammenhänge unter Verwendung der Kategorie der objektiven Möglichkeit konstruieren, die unsere, an der Wirklichkeit orientierte und geschulte *Phantasie* als adäquat *beurteilt*." (Weber 1988b [1904]: 194, H.i.O.)

Auch wenn „die Konstruktion einer rationalen ‚richtigen' solchen Utopie dabei nur *eine* der verschiedenen möglichen Gestaltungen eines ‚Idealtypus'" (Weber 1988i [1918]: 535, H.i.O.) sei, räumt Weber der Begriffsbildung nach dem Primat der Logik, also logischen Konsistenz und inneren Widerspruchslosigkeit, einen Vorzug ein (vgl. Weber 1988b [1904]: 200). Denn zum einen gilt: „Je schärfer und eindeutiger konstruiert die Idealtypen sind: je *weltfremder* sie also, in diesem Sinne, sind, desto besser leisten sie ihren Dienst, terminologisch und klassifikatorisch sowohl wie heuristisch" (Weber 1988j [1921]: 561, H.i.O.). Zum anderen führe dieses Primat zu einer gesteigerten Eindeutigkeit der Begriffe aufgrund eines „möglichste[n] Optimum[s] von *Sinn*adäquanz", weil diese Eindeutigkeit „bei *rationalen* (wert- oder zweckrationalen) Begriffen und Regeln besonders vollständig erreicht werden" könne (ebd.: 560, H.i.O.). Erst vor diesem rationalen Hintergrund werde nicht nur die – Weber besonders interessierende – Spezifik des okzidentalen Rationalismus deutlich (vgl. Weber

821 Daher ist der Idealtypus keine Hypothese, sondern weist der Hypothesenbildung eine Richtung (vgl. Weber 1988b [1904]: 190).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1920: 11f.; Lepsius 2009: 45). Auch die Eigenart der irrationalen und affektuellen Abweichungen trete derart zutage.[822]

Weber führt die Auseinandersetzung mit dem Idealtypus im *Objektivitäts*-Aufsatz primär als Problemaufriss ein, in dem er notwendige Abgrenzungsarbeiten vollzieht. Dementsprechend erscheinen seine expliziten Bezugnahmen auf das Recht respektive die Rechtswissenschaft (noch) primär negativ: So bilde etwa die Rechtswissenschaft gattungsmäßige Begriffe, derer man sich zwar als Hilfsmittel zur Bildung von Idealtypen bedienen könne, die aber selbst noch keinen Aufschluss über die jeweilige Kulturbedeutung geben.[823] Es sei aber doch gerade die „praktische *Bedeutung*" der rechtlichen Normen, „mit der die Arbeit der Sozialwissenschaft in unserem Sinn zu tun hat" (Weber 1988b [1904]: 195, H.i.O.). Insofern seien klare Begriffe nicht nach Art der dogmatischen Wissenschaft wie etwa der Rechtswissenschaft zu bilden: Eine Definition nach dem Schema: *genus proximum*, *differentia specifica* sei „natürlich ein Unding", und eine „solche Form der Feststellung der Wortbedeutung gibt es nur auf dem Boden dogmatischer Disziplinen, welche mit Syllogismen arbeiten" (ebd.: 194). Dabei bestehe die „Eigenart des Erkenntnisziels einer jeden sozialwissenschaftlichen Arbeit" ja gerade darin, dass sie anders als die Rechtsdogmatik „über eine rein *formale* Betrachtung der *Normen* […] des sozialen Beieinanderseins hinausgehen will" (ebd.: 170, H.i.O.). Dies geschehe, indem sie aufgrund der Vergänglichkeit aller idealtypischen Konstruktionen angesichts neuer Problemstellungen immer neue solcher Idealtypen bilde (vgl. ebd.: 206).

Weber wendet sich also schon zu diesem frühen Zeitpunkt gegen „mancherlei Verirrungen, welche das Hinübergreifen formal-juristischen Denkens in die Sphäre der Kulturwissenschaften gezeitigt hat" (ebd.: 182), was er auch in der zeitgleich verfassten Aufsatzfolge zu *Roscher und Knies* zum Ausdruck brachte. V.a. aber wendet er sich bereits gegen Stammlers Versuch, die Sozialwissenschaft als teleologische Wissenschaft zu bestimmen,

822 So gelte: „Die Konstruktion eines streng zweckrationalen Handelns also dient in diesen Fällen der Soziologie, seiner evidenten Verständlichkeit und seiner – an der Rationalität haftenden – Eindeutigkeit wegen, als *Typus* (‚Idealtypus'), um das reale, durch Irrationalitäten aller Art (Affekte, Irrtümer) beeinflusste Handeln als ‚Abweichung' von dem bei rationalem Verhalten zu gegenwärtigenden Verlaufe zu verstehen." (Weber 1988j [1921]: 544f., H.i.O.).

823 So schreibt Weber: „Die *gattungsmäßigen Merkmale* des Tausches, Kaufs usw. interessieren den Juristen, – was uns angeht, ist die Aufgabe, eben jene *Kulturbedeutung* der *historischen* Tatsache, daß der Tausch heute Massenerscheinung ist, zu analysieren." (Weber 1988b [1904]: 176, H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die das Recht als Form des sozialen Lebens dem Reich der Zwecke zurechnet (vgl. ebd.). Die Fokussierung auf Rechtsnormen und die Analyse von Zwecken in Stammlers Teleologie führe zu keinerlei Verständnis der Kulturbedeutung respektive der kausalen Zusammenhänge. Denn „[b]ei völliger formaler Identität der geltenden Rechtsnormen kann die Kultur*bedeutung* der normierten Rechts*verhältnisse* und damit auch der Normen selbst sich grundstürzend ändern" (ebd.: 183, H.i.O.); theoretisch sogar so sehr, dass – wie Weber später betont – bei Bestehen des BGBs eine sozialistische Ordnung denkbar wäre. Zwecke sind bei Weber letztlich wie Wertungen rein subjektiv, nämlich Vorstellungen über einen zu erzielenden Erfolg, die Ursache eines Handelns werden. Als solche müssen sie ‚verstanden' werden, eignen sich aber nicht als Bezugspunkt einer Wissenschaft (vgl. ebd.). Insofern ergibt die Idee einer Zweckwissenschaft für Weber keinen Sinn – auch nicht, wenn man sie wie Stammler auf die Rechtswissenschaft bezieht.

Weber steht in seinen expliziten Ausführungen zur juristischen Begriffsbildung und Logik im *Objektivitäts*-Aufsatz der Rechtswissenschaft sehr kritisch gegenüber. Und doch nimmt er implizit positiv Bezug auf rechtsdogmatisches Denken und Vorgehen. Denn zum einen betont er – in Vorwegnahme seiner *Kritischen Studien auf dem Gebiet der kulturwissenschaftlichen Logik* aus dem Jahr 1906 –, dass man für die Bildung der Idealtypen auf die juristische Kategorie der objektiven Möglichkeit zurückgreifen müsse (vgl. ebd.: 194). Zum anderen ähnelt das Verfahren der Bildung der Idealtypen im hohen Maße der rechtsdogmatischen Bildung typisierender Begriffe in der Historischen Rechtsschule, wie sie später als Begriffsjurisprudenz in Verruf gerät.[824] Schon Savigny bestimmte seinen Grundbegriff des Systems, das Rechtsinstitut, als Typus, und es finden sich entsprechende Verfahrensmerkmale der Begriffsbildung bei Weber wieder: Aufsteigende Bildung typologisierender Begriffe aus Analyse und Synthetisierung des vorgefundenen Materials über die Bestimmung ihrer wesentlichen Aspekte; Bildung solcher Begriffe (Prinzipien) als genetische Begriffe, wie sie etwa auch in Puchtas Genealogie der Begriffe erkennbar ist (s.o. § 2.IV.1; vgl. Dilcher 2008: 76; Heuß 1968: 68f.); Konstruktion eines systematischen Zusammenhangs, der den Vorgaben der Logik zu entsprechen hat; Deduktion der Konsequenzen daraus, wobei die Anwendung der Rechtsprinzipien

824 Insbesondere Hubert Treiber und Bernhard Quensel haben diesen Aspekt wiederholt deutlich herausgearbeitet (vgl. Treiber 1997; Treiber, Quensel 2002; Quensel 1997, 2007: 106ff.; s.a. Petersen 2008: 133ff.), wobei sie dies auf einzelne Autoren wie etwa Goldschmidt, Jhering, Cohen oder Sohm rückzuführen suchen. Instruktiv zum juristischen Typenbegriff ist Leenen 1971.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zu einem ständigen Wandel führt (jene konstruktive bzw. produktive Seite des Systems, vgl. § 2.IV).[825]

Gerade weil Weber dabei den Repräsentationsgedanken ablehnt, erscheinen ihm die derart gebildeten Begriffe später als ideal: Ein *„juristische*[s] Begriffssystem" sei eben „ein rein ideales Gedankengebilde" (Weber in Simmel et al. 1911c: 326, H.i.O.), das im Rahmen des Sinnverstehens jenseits jeglicher Repräsentationsabsicht abstrakte, wirklichkeitsfremde Begriffe in einem logisch ‚richtigen' Sinne konstruiert. Mittels dieser Begriffe werde jedoch versucht, sowohl über ihre Herleitung aus den Rechtsverhältnissen als auch über ihre Anwendung auf neue Rechtsverhältnisse einen Wirklichkeitsbezug im Sinne einer Sinn- und Kausaladäquanz herzustellen.[826] Solche anhand einer formal-logischen Systematik gewonnenen juristischen Abstraktionen lassen Weber später von der „ungeheure[n] Ueberlegenheit des im Prinzip *logisch* klaren Gehaltes" juristischer Begriffe sprechen (ebd., H.i.O.), weshalb sich ihm zufolge die soziologischen Begriffe regelmäßig an Rechtsbegriffen orientierten (vgl. ebd.; s.u. III.4.2). Im *Objektivitäts*-Aufsatz aber erscheint dieses Problem nur implizit; auf der expliziten Ebene versucht sich Weber gerade vom Verfahren der Rechtswissenschaft abzusetzen.[827]

825 Insofern ist es auch nicht verwunderlich, wenn das Konzept des Idealtypus schon in seiner handelsrechtlichen Habilitationsschrift in groben Zügen vorgezeichnet war (vgl. Dilcher 2008: 76).

826 Die prominente These, dass Weber den Begriff des Idealtypus unter Vertauschung seines Bedeutungsinhaltes von Jellinek übernommen habe, wird mittlerweile mit guten Gründen angefochten (vgl. Kersten 2000: 123ff.; Treiber 2016b). Der Begriff des Idealtypus taucht in der Jurisprudenz bereits vor Jellinek auf, etwa bei Jhering, der ihn zwar ähnlich wie Jellinek verwendet, damit aber – da er nicht zwischen soziologischer und juristischer Betrachtungsweise unterscheidet – eine Kritik am Emanationsgedanken verbindet (Jhering 1886: 145, s.o. § 3.I. 2). Verortet man stattdessen die Begriffsgenese in der Technik der Typenbildung der sogenannten Begriffsjurisprudenz, dann verweist der Begriff ‚Ideal' im Idealtypus auf die Probleme des Idealismus im Recht. Das würde dann erklären, weshalb sich die begriffsjuristischen Konstruktionen als Idealtypen eignen.

827 Insofern spricht mehr dafür, dass Weber im Jahr 1904 die Anleihen an das juristische Begriffsbildungsverfahren – seiner juristischen Ausbildung und Prägung geschuldet – unbewusst gemacht hat. Für die entgegengesetzte Annahme müsste man die Frage beantworten, weshalb die juristischen Begriffe hier noch als gattungsmäßig bestimmt werden, was dem Verfahren der typisierenden Begriffsbildung widersprechen würde.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

## 2. Objektive Möglichkeit und adäquate Verursachung: Juristisch-soziologische Zurechnungslehren

Wissenschaftslogische Relevanz gewinnt die explizite Auseinandersetzung mit der Rechtswissenschaft für Weber im Zuge der für die historisch-empirische Kulturwissenschaft zentralen Kausalitätsfrage. Denn die Kritik an der defizitären und unklaren Begriffsbildung des Historikers Eduard Meyer, der als einer der führenden Vertreter seines Faches in die zentralen Auseinandersetzungen der Historiographie involviert war (vgl. hierzu Tenbruck 1999b), führt Weber zu der Frage:

> [W]ie ist eine Zurechnung eines konkreten „Erfolges" zu einer einzelnen „Ursache" überhaupt prinzipiell möglich und vollziehbar angesichts dessen, daß in Wahrheit stets eine *Unendlichkeit* von ursächlichen Momenten das Zustandekommen des einzelnen „Vorgangs" bedingt hat, und daß für das Zustandekommen des Erfolges in seiner konkreten Gestalt ja schlechthin *alle* jene einzelnen ursächlichen Momente unentbehrlich waren? (Weber 1988c [1906]: 271, H.i.O.)

Ihm geht es um die Betrachtung des logischen Wesens solcher Urteile. Da die Methodologie der Geschichtswissenschaft jedoch diesbezüglich „im argen liegt" (ebd.: 268), greift Weber auf die Rechtswissenschaft zurück – nämlich auf die juristische Verwendung der Theorie der „objektiven Möglichkeit" des Physiologen Johannes von Kries.[828]

Weber vollzieht diesen Rückgriff auf die Rechtswissenschaft, weil das juristische Problem der Zurechnung eines Handlungserfolges „von der gleichen logischen Struktur wie die historische Kausalitätsfrage" sei (ebd.: 270). Denn zum einen gehe es im Recht um die „anthropozentrisch", da rein handlungstheoretisch orientierte Frage, unter welchen Umständen man behaupten könne, dass ein menschliches Individuum durch sein Handeln einen bestimmten äußeren Erfolg ‚verursacht' habe und daher strafrechtlich oder entschädigungsrechtlich dafür zu belangen sei (ebd.). Insofern handele es sich immer um eine handlungsbezogene Präzision. Zum anderen richte sich das Kausalitätsproblem in der Rechtsanwendung ebenso wie in der historischen Wissenschaft nicht auf die Ermittlung irgend-

828 Zu Webers Bezug auf Kries vgl. insbesondere Massimilla 2012; Treiber 2014a. Zur Theorie der objektiven Möglichkeit und adäquaten Verursachung in Anschluss an Kries siehe insbesondere Lübbe 1993.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

welcher abstrakter Gesetzlichkeiten, sondern „auf die Zurechnung konkreter Erfolge zu konkreten Ursachen“ (ebd.).[829]

Weber bezieht sich dabei auf die logischen Operationen, die eine solche konkrete Zurechnung der für wesentlich gehaltenen Kausalfaktoren ‚objektiv‘ feststellen lassen.[830] Die kausale Zurechnung vollziehe sich dabei über einen Gedankenprozess, der eine Serie von Abstraktionen enthalte:

> Die erste und entscheidende ist nun eben die, daß wir von den tatsächlichen kausalen Komponenten des Verlaufs eine oder einige in bestimmter Richtung abgeändert *denken* und uns fragen, ob unter den dergestalt abgeänderten Bedingungen des Hergangs der (in den „wesentlichen“ Punkten) gleiche Erfolg oder *welcher andere* „zu erwarten gewesen“ wäre. (Ebd.: 273, H.i.O.)

Dieser Gedankenprozess beinhaltet nach Weber ein Möglichkeitsurteil: Dem geschichtlichen Verlauf werde durch die Abänderung des Geschehens eine andere mögliche Entwicklung als hypothetischer Kausalverlauf gegenüber gestellt. Diese Änderung müsse einen historisch relevanten Unterschied hervorrufen. Denn nur in diesem Fall erweise sich das in Frage stehende Ereignis als Kausalfaktor von historischem Interesse (vgl. ebd.: 274).

Bei solchen Möglichkeitsurteilen handele es sich um kontrafaktische Annahmen, nämlich um „*Phantasiebilder*[] durch Absehen von einem oder mehreren der in der Realität faktisch vorhanden gewesenen Bestandteile der ‚Wirklichkeit‘ und durch die denkende Konstruktion eines in Bezug auf eine oder einige ‚Bedingungen‘ abgeänderten Herganges“ (ebd.: 275, H.i.O.). Um nun ein solches Urteil über einen alternativen (positiven) Handlungsverlauf aber überhaupt fällen zu können, müsse man auf Erfah-

---

829 Die juristische Kausalitätsfrage unterscheidet sich nach Weber erst dann, wenn sie – wie etwa im Strafrecht – über die Klärung der Kausalitätsfrage auch die subjektive Schuld feststellen sucht, wohingegen die empirische Wissenschaft nach ‚objektiven‘ Gründen konkreter Vorgänge und nach der Folge konkreter Handlungen frage (vgl. Weber 1988c [1906]: 271). Letzteres sei in zivilrechtlichen Haftungsfragen häufig der Fall, weshalb Weber gerade in den zivilrechtlichen Zurechnungsfragen die „gleiche[] *logische*[] Lage“ mit der Geschichte erkennt (ebd.: 271 Fn. 1, H.i.O.; s.a. Turner, Factor 1981: 7f.).

830 Nach Weber werde nicht nur das Ereignis, das es kausal zu erklären gelte, nach Maßgabe des historischen Interesses ausgewählt, sondern ebenso die möglichen, d.h. als wesentlich bestimmten Kausalfaktoren. Wie beim Richter, der das Geschehen stets im Hinblick auf die anzuwendende Norm beurteile, bewirke dies „die Ausscheidung einer Unendlichkeit von Bestandteilen des wirklichen Hergangs als ‚kausal irrelevant‘“ (Weber 1988c [1906]: 273).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rungsregeln Bezug nehmen, d.h. auf „ein positives *Wissen* von ‚Regeln des Geschehens', auf unser ‚nomologisches' Wissen, wie man zu sagen pflegt" (ebd.: 276, H.i.O.). Der gedachte mögliche Erfolg bei alternativem Handlungsverlauf muss also „objektiv möglich" sein, „d.h. aber nur: daß, *wenn* wir ihn uns als faktisch eingetreten ‚denken', wir die in jener Art abgeändert gedachten Tatsachen als ‚zureichende Ursachen' anerkennen *würden*" (ebd.: 277, H.i.O.).[831]

Das historische Kausalurteil stützt sich nach Weber – wie das juristische – also notwendigerweise auf ein Wissen darüber, dass eine Handlung generell und erfahrungsgemäß dazu geeignet ist, den in Frage stehenden Erfolg herbeizuführen (adäquate Verursachung).[832] Der Historiker verfahre dabei wie der Jurist letztlich kontrafaktisch: „Um die wirklichen Kausalzusammenhänge zu durchschauen, *konstruieren* wir *unwirkliche*." (Ebd.: 287, H.i.O.) Denn nur im Vergleich zu diesen unwirklichen Kausalverläufen lasse sich die geschichtsrelevante Kausalität eines isolierten Ereignisses bestimmen.

Weber dient in der Kausalfrage das Recht respektive die rechtswissenschaftliche Methode nicht mehr als Negativfolie, sondern als Vorlage für die Bestimmung der Kausallogik der empirischen Wissenschaften. Und der Grund liegt in der gleichartigen logischen Struktur der kausalen Fragestellung in beiden Disziplinen.

### *3. Die Stammler-Kritik: Die Abwehr der rechtswissenschaftlichen Bestimmung des Sozialen*

Wenn aber die Art und Weise, wie idealtypische Begriffe für die empirisch-historische Kulturwissenschaft gebildet werden können, im hohen Maße einer Form von juristischer Begriffsbildung entspricht, und die historische und die juristische Kausalitätsfrage für Weber dieselbe logische Struktur aufweisen, dann stellt sich auf wissenschaftslogischer Ebene die Frage, ob es sich bei den Sozialwissenschaften und der Rechtswissenschaft überhaupt um verschiedene Wissenschaftsformen handelt. Oder anders formuliert: Wenn Weber die empirische Wirklichkeit (auch) mit den Mitteln und dem logischen Verfahren der Rechtswissenschaft betrachtet, ist er genötigt dazulegen, warum eine derartig verfahrende Sozialwissenschaft auf

831 Dabei lasse das objektive Möglichkeitsurteil seinem Wesen nach graduelle Abstufungen zu (vgl. ebd.: 285).

832 Zu Abweichungen von der juristischen Kausaltheorie vgl. Gephart 1993a: 453ff.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

erkenntnis- und wissenschaftstheoretischer Ebene gerade nicht den Rechtswissenschaften zuzuordnen ist. Erst dann kann die historisch-kausale Kulturwissenschaft, respektive in der Folge auch die Soziologie, ihre Autonomie als eigenständige Disziplin behaupten – und genau darum geht es in der *Stammler*-Kritik.

In *Wirtschaft und Recht* will Stammler den Geschichtsmaterialismus auf der erkenntnistheoretischen Ebene überwinden. Gerade als Erkenntnistheoretiker kann Weber Stammler jedoch nicht ernstnehmen.[833] In einer an Schärfe kaum zu überbietenden Polemik wendet Weber sich gegen das „wahre[] Dickicht von Scheinwahrheiten, Halbwahrheiten, falsch formulierten Wahrheiten und hinter unklaren Formulierungen versteckten Nicht-Wahrheiten, von scholastischen Fehlschlüssen und Sophismen" (Weber 1988d [1907]: 292) in Stammlers Werk.[834] Es sei ein „Weichselzopf […] elementarer logischer Fehler" (ebd.: 310), die von der Verwendung uneindeutiger Begrifflichkeiten zu einer „schülerhaften Vermengung der allereinfachsten Kategorien" (ebd.: 307), von einem beständigen *salto mortale* zwischen der Ebene der Tatsachen-Erkenntnis und der Tatsachen-Bewertung bzw. zwischen Erklärung und Werturteil bis zu gänzlich unhaltbaren Konstruktionen von Kategorien als Grundvoraussetzungen für alle Erfahrung reichten (vgl. ebd.: 304ff.). Aus dieser Gemengelage folgere Stammler, dass unter Beachtung des Satzes vom zureichenden Grund nur ein einziges allgemeines Gesetz existieren könne, das für das gesamte soziale Leben gelten müsse, und das als „‚höchste' Allgemeinheit ‚*Form*' des Seins und zugleich des Erkennens der sozialen Wirklichkeit, als der entsprechenden ‚*Materie*', sei" (ebd.: 318, H.i.O.).[835] Diese Argumentation ist

833 Er unterstellt ihm sogar, dass die „Arbeiten der Fachlogiker" – und hier muss man insbesondere an die Arbeiten über die Logik der Wissenschaften der Neukantianer denken, zu denen Stammler sich nach Weber zählt – „spurlos [an ihm] vorübergegangen" seien (Weber 1988d [1907]: 293) bzw. er diese „nicht oder doch nur ganz oberflächlich kennt" (ebd.: 321).

834 Weber rechtfertigt die Schärfe seiner Angriffe unter anderem mit der Tatsache, dass es sich um die zweite Auflage handele und Stammler genügend Zeit gehabt hätte, die logischen Fehler seines „ersten Wurf[s]" nachzubessern (ebd.: 293) – das mag zwar versöhnlich gegenüber Stammlers erster Auflage klingen, mindert die inhaltliche Kritik aber ebenso wenig wie die Verweise auf ein etwaiges „hohes Maß nicht nur an Belesenheit, Scharfsinn und idealistischen Erkenntnisstreben" und „*einzelne* dauernd wertvolle Bestandteile" des Buches (ebd.: 291, H.i.O.).

835 Diese Allgemeinheit werde allerdings, so fährt Weber fort, zugleich wieder über die Fundierung der Form im Materiellen relativiert (vgl. ebd.: 318f.). Aufgrund



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

für Weber logisch weder notwendig noch haltbar.[836] Daher spricht er Stammlers Werk letztlich „die wissenschaftliche Existenzberechtigung überhaupt" ab (ebd.: 291) – und sucht trotzdem die sachliche Auseinandersetzung.

Der Grund liegt in der eigentlichen Problemstellung bzw. dem eigentlichen Zweck, den Weber in *Wirtschaft und Recht* erkennt, nämlich

> die „Wissenschaft vom sozialen Leben" als eine von den „Naturwissenschaften" schlechthin verschiedene dadurch zu erweisen, daß „soziales Leben" als ein von der „Natur" gänzlich verschiedenes *Objekt* der Betrachtung aufgezeigt und damit ein von der „naturwissenschaftlichen Methode" verschiedenes Prinzip der Sozialwissenschaft als logisch unvermeidlich dargetan wird (ebd.: 320, H.i.O.).

Der – nach Weber zwar gänzlich unklare – Rekurs Stammlers auf die Abgrenzung von Natur- und (nun) teleologischer Sozialwissenschaft berührt die erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Ebene. Deswegen erscheint die Auseinandersetzung für Webers Vorhaben der Entwicklung der methodischen und begrifflich-theoretischen Vorgaben einer „empirischen sozialen Kulturwissenschaft" (Weber 1988b [1904]: 213) so wichtig.

Die Frontstellung ist nun aber eine andere als im nationalökonomischen Methodenstreit: Ging es für Weber im *Roscher und Knies*- bzw. im *Objektivitäts*-Aufsatz um die Frage des Verhältnisses von theoretischer Begriffsbildung und historisch-empirischer Forschung auf Basis der neukantianischen Abgrenzung von gesetzes- und historischen Wissenschaften, steht nun die Verhältnisbestimmung zu einem weiteren Wissenschaftstyp zur Debatte: den normativ-dogmatischen Wissenschaften. Diese Erweiterung der Wissenschaftsqualifikationen wird insbesondere in Webers Diskussion der Gruppierungsmöglichkeiten ersichtlich, die man angesichts Stammlers Abgrenzungsversuchen zu den Naturwissenschaften erstellen könne: Wenn man nicht „‚Natur' als ein Komplex bestimmter *Objekte* ge-

---

der logischen Mängel, die dieser Hypostatierung zugrunde liegen, bestreitet Weber, dass Stammler den Geschichtsmaterialismus in irgendeiner Weise überwunden habe.

836 So schreibt Weber: „Denn wieso aus der Geltung des Satzes vom zureichenden Grunde [nach Stammler, D.S.] für alles historische Geschehen und jede Erscheinung des Gesellschaftslebens folgen soll, daß alles historische Geschehen und jede Erscheinung des gesellschaftlichen Lebens in letzter Instanz aus *einem* seiner Elemente *allein* müsse erklärt werden können, widrigenfalls ein Verstoß gegen die Kategorie der Kausalität vorliege, das ist denn doch wahrlich nicht einzusehen." (Ebd.: 315, H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gen andere heterogene" (Weber 1988d [1907]: 321, H.i.O.) abgrenzt, sondern im Sinne der neukantianischen Erkenntnislehre nach Art der Betrachtungsweise die Naturwissenschaften von der Geschichte unterscheide, dann blieben „die dogmatischen Disziplinen ganz jenseits des Gegensatzes" (ebd.: 322).[837] Wenn man demgegenüber unter ‚Natur' „die Gesamtheit der eine empirisch-kausale ‚Erklärung' erstrebenden Disziplinen" fasse, also auch die historische Betrachtung mit ihren spezifisch individualisierenden Kausalitätszurechnungen, dann seien ihnen diejenigen Disziplinen „entgegengestellt, welche normative oder dogmatisch-begriffsanalytische Ziele verfolgen: Logik, theoretische Ethik und Aesthetik, Mathematik, Rechtsdogmatik, metaphysische (z.B. theologische) Dogmatiken" (ebd.). Die Differenz beziehe sich auf den „Gegensatz der Urteilskategorien (‚Sein' und ‚Sollen')" (ebd.), wobei allein erstere mit der Kategorie der Kausalität arbeite. Schließlich könne man Natur als das Sinnlose fassen, aber selbst dann müsse man im Bereich des Sinns zwischen faktischem und dogmatischem Sinn unterscheiden: Streng zu trennen sei die „empirischen Tatsache […], daß Vorgänge bestimmter Art mit einem gewissen, nicht im einzelnen klar durchdachten, sondern unklar vorschwebenden ‚Sinn' vorstellungsmäßig verbunden *faktisch* vorkommen" von der Frage: „wie läßt sich der ‚Sinn' des Handelns der Beteiligten derart *gedanklich* konstruieren, daß ein in sich widerspruchsloses Gedankengebilde entsteht?" (Ebd.: 333f., H.i.O.) Dann verlasse man aber das Gebiet des Empirischen und betreibe „‚Dogmatik' des ‚Sinns'" (ebd.: 334). In allen Varianten der Abgrenzung von Natur und Naturwissenschaften macht Weber eine Dreiteilung in nomothetische, individualisierend-historische und dogmatische Wissenschaft geltend.[838]

Weber reagiert mit dieser Dreiteilung auf ein spezifisches Problem. Anders als in seiner Kritik der historisch-ethischen Richtung der Nationalökonomie, die irrigerweise von Seinstatsachen auf Sollensaussagen schließe, geht es Weber in seiner *Stammler*-Kritik nun um die Kritik der Vorstel-

837 Klassifiziert man die Wissenschaften ausgehend von ihrer spezifischen Erkenntnisweise durch den logischen Gegensatz von ‚naturwissenschaftlicher' Erkenntnis als die generelle (nomothetische) und individueller (historischer), dann gehören Wissenschaften wie „die ‚Psychologie', die ‚Sozialpsychologie', ‚Soziologie', theoretische Sozialökonomik, ‚vergleichende Religions'- und ‚vergleichende Rechtswissenschaft'", die auf generelle Aussagen gerichtet seien, „zu den ‚Naturwissenschaften'" (ebd.: 322).

838 Strenggenommen ist diese Dreiteilung für die erste Variante, die Abgrenzung über Objekte, irrelevant. Da Weber aber eine solche Einteilung der Wissenschaften ablehnt (vgl. Borchardt et al. 2013: 169 Fn. 44), ist dies für den Aufschluss über sein eigenes Denken hier nicht von Belang.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lung, dass man vom Reich des Sollens, dem Recht, in das des Seins gelangen könne. Es handelt sich um die Problematisierung von Sein und Sollen in jenem umgekehrten, da juristischen Werturteilsstreit, in dem man ausgehend von der unumgehbaren Wertung im Recht um Beziehung der juristischen Begriffsbildung zu den Tatsachen des Lebens streitet. Und in der Tat lässt sich diese Engführung auf die spezifische juristische Problemstellung in Webers *Stammler*-Kritik zeigen, wenn er sein Anliegen dahingehend bestimmt, die „rechtsdogmatischen Verfälschungen des *empirischen* Denkens zu kritisieren" (ebd.: 345 Fn. 1, H.i.O.).[839] Was nottut, sei also Klärung der Beziehungen zwischen empirischem und juristischem Denken, d.h. die Verhältnisbestimmung der Jurisprudenz respektive der Rechtsdogmatik zur soziologischen Begriffsbildung – jene Engführung, mit der sich das Ende des veröffentlichten Teils seiner *Stammler*-Kritik „Juristische und empirische Begriffe" befasst (vgl. ebd.: 345ff.). Was man dabei von Stammler lernen könne, sei, „wie man mit diesen Problemen *nicht* umspringen darf" (ebd.: 345, H.i.O.).

Vor diesem Hintergrund lassen sich auch Webers Ausführungen zum Regelbegriff verstehen. Sie setzen an Stammlers These an, dass die formale Eigenart des sozialen Lebens in ihrer Geregeltheit zu sehen sei, d.h. dass es unter äußeren Regeln stehe und Recht dann die Form der Gesellschaft darstelle (s.o. § 3.II.1.3). Es geht also zentral um das Ordnungsproblem, zu dessen Lösung Stammler auf das Recht zurückgreift. Genau diese Verhältnisbestimmung von Recht und sozialem Leben greift Weber an, indem er eine Begriffsdifferenzierung vornimmt. Bekanntlich unterscheidet er dabei zwei mögliche Bedeutungsinhalte des Regelbegriffs: einerseits die „empirische Regelmäßigkeit", die das „Sein" unter dem Gesichtspunkt der generellen Gesetze oder Erfahrungssätze betrachtet; und andererseits und im strengen Gegensatz dazu die „Norm" als eine „generelle Aussage also eines (logischen, ethischen, ästhetischen) *Sollens*", die als Imperativ gilt und an

839 Insofern verwundert es auch nicht, wenn Weber dem „Juristen" Stammler (vgl. Weber 1988g [1913]: 427) allenfalls dann eine logische Stringenz bzw. Berechtigung zuerkennen mag, wenn a) dessen ‚Sozialwissenschaft' Jurisprudenz hätte sein sollen bzw. dessen Anliegen darin gelegen hätte, „auch die ‚konventionellen' Regeln nach Art der dogmatischen Jurisprudenz [zu] erörter[n]" (Weber 1988e [aus dem Nachlass]: 383) oder er b) „von Anfang an klipp und klar gesagt" hätte, „daß es ihm allein auf das Sein*sollende* ankomme, daß er ein ‚formales' Prinzip aufzeigen wolle, welches dem Gesetzgeber auf die Frage *de lege ferenda*, dem Richter in den Fällen, wo an sein billiges ‚Ermessen' appelliert ist, einen Wegweiser an die Hand geben solle" (Weber 1988d [1907]: 359, H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dem „Vorgänge im Sinn eines *Wert*urteils ‚gemessen' werden" (ebd.: 323, H.i.O.).

Als dritten, quer dazu liegenden Begriff führt Weber die „‚Maximen' des Handelns" (ebd.) in ihrer „das empirische Verhalten des Individuums kausal beeinflussenden Wirksamkeit" (ebd.: 327) ein. Er fasst darunter kausal wirkende Handlungsorientierungen im Bereich des empirisch Seienden, d.h. subjektive Vorstellungen, an denen der Akteur sein Handeln orientiert und die damit auf den subjektiv gemeinten „Sinn" der Akteure verweisen (ebd.: 336f.). Es handele sich um die Orientierung des Individuums an den „Regeln" im mehrfachen Wortsinn: Als „Norm-Maxime" (ebd.: 334) sind dies „Vorstellung[en] von der ‚Norm', als reales Agens des Handelns wirkend" (ebd.: 329), als „Zweck-Maxime" (ebd.: 336), etwa im Bereich der Ökonomie, erfolge die Orientierung an einer Erfolgsvorstellung, wofür in der Zweck-Mittel-Abwägung dann ebenso Erfahrungssätze zum Tragen kommen.[840] Als Maxime werden die Regeln in ihrem doppelten Wortsinn kausal wirksam: „Auf dem Gebiet des ‚Seins'", d.h. auf dem „Gebiet der rein empirisch-kausalen Betrachtung" (ebd.: 336, 338), gibt es die Regel „nur im Sinne einer kausal erklärbaren und kausal wirksamen empirischen ‚Maxime'" (ebd.: 336).

Zu welchen Differenzierungen diese begriffliche Dreiteilung für die empirisch-kausale Betrachtung der Sozialwissenschaft führt, zeigt Weber am Beispiel der Skatregel:[841] Wenn man unterstelle, dass die Skatregel „Voraussetzung" eines konkreten Spiels sei, so könne dies im Bereich der empirischen Betrachtung nur bedeuten, dass die Spielregeln zu einem der „Mitbestimmungsgründe" bzw. „kausale[n] Determinante" (ebd: 339, 342) des faktischen Handelns der Spielenden zu zählen sei. Denn diese setzten faktisch doch „– normalerweise – voneinander ‚voraus', daß jeder die Spielregel zur ‚Maxime' seines Handelns machen werde" (ebd.: 339). Logisch anders gelagert sei demgegenüber die Aussage, dass die Skatregel „Voraussetzung" der Skaterkenntnis sei. In diesem Fall liege zum einen der „Dienst des Normbegriffs bei der Klassifikation und Objekt-Abgrenzung" (ebd.: 340): „Wir ‚klassifizieren' einen Komplex von Vorgängen dann als ‚Skat', wenn solche für die Anwendung der Norm als relevant geltende

840 Weber geht empirisch von einem Wechselspiel zwischen Zweck- und Normmaxime aus (vgl. ebd.: 334f.), was in der Diskussion der erkenntnis- und wissenschaftstheoretischen Implikationen jedoch von untergeordnetem Interesse ist.

841 Will man den Hergang eines konkreten Skatspiels genau ergründen, so zeige sich zunächst, dass unterschiedliche, verschiedene „Orientierungspunkte" liefernde Maximen (Weber nennt Sittlichkeits-, Rechtlichkeits- und Zweck-Maximen) kausal wirksam würden (ebd.: 338).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vorgänge sich darin finden. […] Die Relevanz vom Standpunkt der ‚Norm' grenzt das Untersuchungs-*Objekt* ab" (ebd., H.i.O.). Diese Bildung eines „empirischen Kollektivum[s] eines ‚Skatspiels'" (ebd.) sei dann aber nur den Ausgangspunkt für eine daran anschließende empirisch-kausale Betrachtung, die weitere Kausalfaktoren in Rechnung zu stellen habe. Schließlich habe die Kenntnis des „Skatrechts" eine heuristische Funktion im Rahmen der kausalen Erkenntnis. Denn sie diene dazu, die „Art dieser Beeinflussung und also die empirische Kausalität des Handelns der Spieler erkennen zu können" (ebd.: 342). Das Wissen von der ideellen Norm diene so der Idealtypenbildung, da man neben der Annahme des streng rationalen Spielens eben davon ausgehe, dass „die ideale Spielregel (das ‚Skatrecht') faktisch innegehalten" werde (ebd.).

Man müsse nun – so Weber – diese unterschiedlichen Funktionen der „Norm" (Skatregel) im Rahmen der empirischen Erörterung eines konkreten Geschehens streng logisch unterscheiden, um der „stet[en] Gefahr der hoffnungslosen Konfusion des Empirischen mit dem Normativen" (ebd.: 343) zu begegnen. Das gelte vor allen dann, wenn man – wie Stammler – auf das Gebiet der „Rechtsregel" wechsele, auf dem „die an unserem Skatbeispiel demonstrierten Arten von logisch möglichen Betrachtungsweisen […] wiederkehren" (ebd.: 345). Die rechtspolitische Perspektive, d.h. die Frage nach dem Wert oder Unwert rechtlicher Regelungen, ist nach Weber für das logische Problem der „Beziehung der Rechtsregel zum ‚sozialen Leben'" (ebd.: 349) irrelevant. Diese Einschätzung muss man als Absage an das gesellschaftsfunktionale Zweckdispositiv in der Debatte um die soziale Aufgabe des BGBs lesen. Denn bei der Diskussion darum, ob die Regelungen des BGBs das Ideal der gesellschaftlichen Ordnungssicherung verwirklichten und daher ‚richtiges Rechts' seien, handelt es sich in Webers Augen letztlich um eine „direkt wertende[] Erörterung" (ebd.: 345) anhand von normativen Zielvorgaben. Zwar könne man die Wirkung von Rechtsnormen sozialwissenschaftlich erörtern; ob diese Wirkung aber erwünscht sei, könne jedoch auf wissenschaftslogischer Ebene für die kausal verfahrenden Sozialwissenschaften nicht von Belang sein (vgl. auch Weber in Simmel et al. 1911c: 312).

Demgegenüber müsse man bei der Erörterung eines Paragraphen (etwa des BGBs) aus wissenschaftstheoretischer Perspektive zwei Fragerichtungen streng voneinander trennen, die jeweils nicht auf Werte bezogen seien. Wenn man im ersten Fall danach frage: „[W]as ‚bedeutet' er *begrifflich*?" (Weber 1988d [1907]: 345, H.i.O.), so betrachte man die Rechtsregel als eine in Worte gefasste Gedankenverbindung, d.h. als „eine ideale gedanklich erschließbare *Norm*" (ebd.: 348, H.i.O.). Die Rechtswissenschaft strebe dabei nach der „juristischen Wahrheit", indem sie frage, was in con-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

creto „gedanklich nach ‚wissenschaftlichen' Grundsätzen als solche ‚gelten' *solle* oder *hätte* ‚gelten' sollen" (ebd., H.i.O.). Eine Rechtsordnung gliedere sich in dieser Perspektive

> in ein System von Gedanken und Begriffen, welches der wissenschaftliche Rechtsdogmatiker als Wertmaßstab benützt, um das faktische Verhalten gewisser Menschen: der „Richter", „Advokaten", „Delinquenten", „Staatsbürger" usw. daran, juristisch wertend, zu messen und als der idealen Norm entsprechend oder nicht entsprechend anzuerkennen oder zu verwerfen (ebd.).

Dabei treten Sinn und Wertung in ein Stufenverhältnis, der Sinn der Norm wird zum Wertmaßstab: Die dogmatische Betrachtung etwa einer Satzung ermittele deren „ideellen ‚Sinn'", der wiederum die Basis bilde der „‚wertende[n]' *Messung* des empirischen Handelns an ihr" (Weber 1988e [aus dem Nachlass]: 381, H.i.O.).[842]

Ganz anders verfahre man angesichts der zweiten Frage: „[W]as ‚wirkt' er [der Paragraph des BGBs, D.S.] *empirisch*?" (Weber 1988d [1907]: 346, H.i.O.) Der Paragraph werde als empirische Tatsache betrachtet – als ein bestimmtes mit Schriftzeichen bedecktes Papier, v.a. aber als „empirisches Gelten" im Rahmen einer Serie komplizierter Kausalverknüpfungen (ebd.: 346). Die Rechtsregel sei dann „eine empirische, als mehr oder minder konsequent und häufig befolgt, *feststellbare Maxime* des Verhaltens konkreter Menschen" (ebd.: 348, H.i.O.). Eine „empirische Rechtsordnung" könne man dann nur „als eine das Handeln von Menschen kausal mitbestimmende Vorstellung von etwas, das sein *soll*, als ‚Maxime' also", begreifen (ebd.: 347, H.i.O.): das empirische Sein des Rechts als Maxime-bildendes Wissen konkreter Menschen. Als solches sei sie nicht anders zu behandeln wie das Wissen von irgendeinem anderen Erfahrungssatz – etwa aus dem Bereich der Technik oder der Naturwissenschaften. Die empirische Rechtsordnung sei daher „nur *ein* Posten in der Wahrscheinlichkeitsrechnung betreffend den zu gewärtigenden empirischen Verlauf" (ebd.: 350, H.i.O.), und ihre kausale Bedeutung ändere sich je nach historisch-spezifischer Si-

842 Dabei handelt es sich nicht um die rein subjektiven, praktischen Wertungen, die Weber aus dem Bereich der Wissenschaft ausschließt (s.u.). Denn die Interpretation von Normen, seien es logische, ästhetische oder rechtliche, ermögliche wissenschaftliche Richtigkeitsurteile: „Eine bestimmte Wertung als die allein ‚wissenschaftlich' zulässige uns zu oktroyieren, vermag sie [die Interpretation, D.S.] nur, wo, wie etwa bei dem Gedankengehalt von Marx' Kapital, *Normen* (in diesem Fall solche des Denkens) in Betracht kommen." (Weber 1988c [1906]: 246, H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tuation (vgl. ebd.: 352). Daher müsse man auch eine Grenze in der Analogie mit der Skatregel markieren: Der juristische Begriff etwa des Tausches könne nicht wie die Skatregel zur Klassifikation und Objekt-Abgrenzung dienen – im empirischen Leben seien auch andere Kriterien, etwa ökonomische, von entscheidender Bedeutung (vgl. ebd.: 345).[843]

Was Weber mit seiner Begriffsdifferenzierung mit aller Macht geltend macht, um die unzulässige Konfusion zwischen Normativität und Empirie zu vermeiden, ist die wissenschaftstheoretische Trennung von juristischer und sozialwissenschaftlicher respektive soziologischer Betrachtungsweise des Rechts, auf die er immer wieder zu sprechen kommt. Diese Trennung ist für Weber streng logisch, ein Übergang dieser beiden Erkenntnisweisen ist ausgeschlossen (vgl. Weber 1988e [aus dem Nachlass]: 381). Die kausale Relevanz des Rechts für das soziale Leben, d.h. im Empirischen, vollziehe sich nur über Maximen, und eine Ordnungsleistung des Rechts entspringe nicht der juristischen Rechtsordnung, sondern nur der Geltung der „empirischen Rechtsordnung".

Dabei erkennt Weber eine grundsätzlich hohe Relevanz einer solchen Handlungsorientierung der Menschen am Recht an: So bediene man sich aufgrund der hohen Entwicklung des juristischen Denkens oft der juristischen Begriffe als Vorformung des Materials (vgl. Weber 1988d [1907]: 353), ja dienten Rechtsbegriffe (wie etwa der des Tausches) „sehr häufig als ‚Archetypos' des betreffenden ökonomischen Begriffs" (ebd.: 344) – um ihm dann aber einen anderen Sinn zu geben. Auch sei die faktische Tragweite der empirischen Rechtsordnung kaum zu überschätzen, nicht zuletzt auch deshalb, weil man sich dem Geltungsbereich des Rechts gar nicht entziehen könne. Schließlich wirke das Recht in der Form generalisierter Sätze, an denen man sich orientiere, „teils direkt, teils indirekt zur Erzeugung *empirischer* Regelmäßigkeiten" mit (ebd.: 355, H.i.O.).[844] Nach Weber vermag aber auch diese Anerkennung eines großen kausalen Einflusses des Rechts bzw. der Rechtsordnung auf die soziale Ordnung nicht

843 Es gelte mithin: „In ihrer Stellung als ‚Voraussetzung' der Bildung des Kollektivbegriffs scheidet die Rechtsnorm alsdann im Prinzip aus" (Weber 1988d [1907]: 344). Allerdings kann der Rechtsbegriff als Idealtypus dienen (s.u. § 8.III.4.2).

844 Dabei handele es sich aber nicht um „Projektionen" (ebd.: 355), wie Weber gegen Wurzel einwendet. Da die ausschließliche Orientierung an den Erwartungen anderer nach Weber letztlich durch „absolute Labilität" gekennzeichnet ist (Weber 1988g [1913]: 446), wird die Orientierung an Satzungen (Recht) zur Voraussetzung einer stabilen Ordnung (Gephart 1993a: 479ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die *logische* Trennung juristischer und sozialwissenschaftlicher respektive soziologischer Betrachtungsweise des Rechts zu relativieren.[845]

Gerade aufgrund dieser Trennung sei es aber – trotz der hohen Relevanz des Rechts als Kausalfaktor im sozialen Leben – schlichtweg logisch nicht haltbar, wie Stammler das Recht als „Form" des sozialen Lebens zu fassen:

> Die Rechtsregel, als „Idee" gefaßt, ist ja keine empirische Regelmäßigkeit oder „Geregeltheit", sondern eine Norm, die als „gelten sollend" *gedacht* werden kann, also ganz gewiß keine Form des *Seienden*, sondern ein Wertstandard, an dem das faktische Sein wertend gemessen wird, *wenn* wir „juristische Wahrheit" wollen. Die Rechtsregel, *empirisch* betrachtet, ist aber erst recht keine „Form" des sozialen Seins, wie immer das letztere begrifflich bestimmt werden möge, sondern eine sachliche Komponente der empirischen Wirklichkeit, eine *Maxime*, die, in mehr oder minder großer „Reinheit", das empirisch zu beobachtende Verhalten eines, in jedem einzelnen Fall unbestimmt großen, Teils der Menschen kausal bestimmt und im Einzelfall mehr oder minder bewußt und mehr oder minder konsequent befolgt wird. (Ebd.: 349, H.i.O.)

Weber wirft Stammler das Hinübergleiten vom Seinsollenden ins Sein vor, ohne die Vermittlung dieser Ebenen über faktisch kausal wirksame Maxime erkannt zu haben. Stammler habe den Sinn der wissenschaftlichen Begriffsbildungen missverstanden, weil er die logische Differenz zwischen einem ‚ideellen' Geltensollen einer Norm und einem rein faktischen Tatbestand missachte (vgl. Weber 1988e [aus dem Nachlass]: 381).[846] Dadurch richte er eine regelrechte Konfusion zwischen Telos und Kausalität an (vgl. ebd.: 362). Namentlich werde

> die ideelle „Geltung" einer Norm als eines Maßstabes der *Bewertung*, den *wir*, die Betrachtenden anwenden, wieder in einen empirischen Bestimmungsgrund menschlichen Handelns umgedeutet und dieser

845 Daher können nach Weber zwar auch neue Rechtsätze aus Gewohnheiten erwachsen (Gewohnheitsrecht). Das lasse aber keinerlei Rückschlüsse auf die rechtsdogmatische Ebene zu (vgl. Weber 1988d [1907]: 356).

846 Dabei handele es sich jedoch um gänzlich „verschiedene *Fragestellungen* und Richtungen unsres Erkennens […]: im einen Fall dogmatische Betrachtung einer ‚Satzung' auf ihren ideellen ‚Sinn' hin und ‚wertende' *Messung* des empirischen Handelns an ihr, – im andern Fall Feststellung des empirischen Handelns als ‚Tatsache' und kausale ‚Erklärung' desselben" (Weber 1988e [aus dem Nachlass]: 381, H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> empirische Tatbestand […] als das spezifische Merkmal „äußerlich geregelten Zusammenlebens" hingestellt (ebd.: 372, H.i.O.).

Was Stammler im Zuge seiner Abgrenzungsbemühungen der Sozialwissenschaft von der Naturwissenschaft allenfalls „hätte meinen *können*" (ebd.: 368, H.i.O.) bzw. „wollen könnte", sei die

> *Abgrenzung* des Objekts vom Standpunkt der „äußeren Regel", und zwar der Regel *nicht* als empirischer Faktizität, sondern als „Idee", […] indem das Ineinanderfließen von ideeller „Geltung" und empirischem „Sein" der „Regel" beseitigt und zugleich die unglückselige Vorstellung abgeschnitten wäre, als ob in dem so abgegrenzten Gebiet eine eigene „Welt der Zwecke" oder überhaupt irgend etwas *nicht* der kausalen Betrachtung Unterliegendes, *dennoch* aber empirisch Existentes gegeben sei (ebd.: 383, H.i.O.).

Die Auseinandersetzung mit Stammler wird für Weber in einem doppelten Sinne relevant: Zum einen zeigt sich darin, wie man das Ordnungsproblem in der Soziologie gerade nicht lösen kann. Zum anderen müsse man juristische und soziologische Wissenschaft auseinanderhalten, um das Werturteilsproblem zu klären und nicht unzulässigerweise vom Seinsollenden ins Sein zu gleiten.

### *4. Der Kategorien-Aufsatz: Die Konkurrenz zur Rechtsdogmatik*

Wie man das Ordnungsproblem – gerade angesichts der hohen kausalen Relevanz des Rechts für das soziale und insbesondere das wirtschaftliche Leben – lösen könnte, was also Stammler „hätte meinen sollen" (Weber 1988g [1913]: 427 Fn. 1), damit beschäftigt sich Weber im *Kategorien*-Aufsatz.[847] Weber entwickelt darin die methodischen und begrifflichen

847 In der Vorbemerkung zum *Kategorien*-Aufsatz betont Weber die Nähe zur *Stammler*-Kritik, wenn er über seine eigene Begriffsbildungen schreibt: „Die Art der Bildung soziologischer Begriffe ist überaus weitgehend Zweckmäßigkeitsfrage. Keineswegs alle nachstehend […] aufgestellten Kategorien sind wir *genötigt* zu bilden. Sie sind zum Teil entwickelt, um zu zeigen, was Stammler ‚hätte meinen sollen'." (Weber 1988g [1913]: 427 Fn. 1, H.i.O.) Daher liest Siegfried Hermes den *Kategorien*-Aufsatz als „positive Begriffskritik Stammlers" (Hermes 2007: 426), womit man dieselbe intellektuelle Bewegung wie vom *Roscher und Knies*- zum *Objektivitäts*-Aufsatz erkennen könne: von der Kritik zur Problemlösung.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Grundlagen seiner „verstehenden Soziologie".[848] Im Zentrum steht also das Ordnungsproblem, das er aus einer streng handlungstheoretischen Perspektive zu lösen sucht. Im Kontrast zum vergegenständlichten Gebrauch von Kollektivbegriffen (vgl. Tenbruck 1981: 337; 1984: 133 f., 203) und daher jenseits einer ambitionierten Theorie des Dings ‚Gesellschaft' vermeidet er den Gesellschaftsbegriff (vgl. Weiß 1988; Tyrell 1994; Lichtblau 2000, 2005). Stattdessen versucht Weber, die mit abstrakten Allgemeinbegriffen verbundenen Ordnungsvorstellungen über die empirische Geltung auf das sinnhaft deutbare Handeln der an den jeweiligen Beziehungen und Prozessen beteiligten Individuen zurückzuführen. Von dieser Warte aus unterliegt das faktische Zustandekommen der einzelnen Formen sozialer Ordnung einer probabilistischen Logik (vgl. Lichtblau 2000: 428f.) – es geht um die „Chancen" der empirischen Geltung.

Damit begreift Weber „das Einzelindividuum und sein Handeln als unterste Einheit" der verstehenden Soziologie, d.h. „als ihr ‚Atom'" (Weber 1988g [1913]: 439). Diesem ‚methodologischen Individualismus' folgend gelte es, das Handeln zu „verstehen" und kausal zu erklären (vgl. ebd.: 436) – jener „Sinn" der verstehenden Soziologie, den Weber später in den *Soziologischen Grundbegriffen* definiert: „Soziologie (im hier verstandenen Sinn dieses sehr vieldeutig gebrauchten Wortes) soll heißen: eine Wissenschaft, welche soziales Handeln deutend verstehen und dadurch in seinem Ablauf und seinen Wirkungen ursächlich erklären will." (Weber 1988j [1921]: 542)

Angesichts dieses handlungstheoretischen Fundaments nimmt Weber zwei wissenschaftslogische Abgrenzungen vor, um die Eigenart seiner ‚verstehenden Soziologie' herauszuarbeiten: Zum einen sei diese nicht mit der psychologischen Betrachtungsweise zu verwechseln (Weber 1988g [1913]: 432ff.). Zum anderen – und das steht hier zur Debatte – müsse man das Verhältnis zur Rechtsdogmatik klären (ebd.: 439f.), das sich durch eine besondere Konkurrenz hinsichtlich der Begrifflichkeiten auszeichne:

> Wenn sie [die soziologische Betrachtungsweise, D.S.] nun genötigt ist, hier wie oft das gleiche Wort wie die juristische Wissenschaft zu ge-

848 Die grundbegriffliche Terminologie aus dem *Kategorien*-Aufsatz liegt dem älteren und umfangreicheren Teil von *Wirtschaft und Gesellschaft* zugrunde, auch wenn umstritten ist, inwiefern der Aufsatz damit als Verbindungsglied der verschiedenen Werkphasen dieser Vorkriegsmanuskripte anzusehen ist (vgl. Orihara 1999; Schluchter 1999). Zum Datierungsproblem der einzelnen Teile des Aufsatzes, aus dem Rückschlüsse für die Werkgenese der Vorkriegsmanuskripte – auch der *Rechtssoziologie* – zu ziehen sind, vgl. die divergierenden Einschätzungen von Schluchter 2000c, 2000a, 2005b; Hermes 2007; s.a. Weiß 2018: 60ff.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> brauchen, so ist doch dessen juristisch ‚richtiger' Sinn dabei nicht der von ihr gemeinte. Es ist aber allerdings das unvermeidliche Schicksal aller Soziologie: daß sie für die Betrachtung des überall stetige Uebergänge zwischen den ‚typischen' Fällen zeigenden realen Handelns sehr oft die scharfen, weil auf syllogistischer Interpretation von Normen ruhenden, juristischen Ausdrücke verwenden muß, um ihnen dann ihren eigenen, von dem juristischen der Wurzel nach verschiedenen, Sinn unterzuschieben. (Ebd.: 440)

Es geht also darum, die Bedeutung der juristischen Begriffsbildung für die Soziologie Webers zu klären. Der Grund für diese Bedeutung liegt in den sachlichen Implikationen von Webers nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten gebildeten Kategorien.[849] Ihnen liegt die Engführung der handlungsleitenden Orientierungen auf normative Ordnungen zugrunde – und genau daraus folgt eine gewisse „Idealtypik" der juristischen für die soziologische Begriffsbildung.

### *4.1 Die kategoriale Orientierung an normativen Ordnungen*

Auf der streng handlungstheoretischen Basis entwirft Weber kategoriale bzw. grundbegriffliche Handlungstypen,[850] mittels derer er soziale Ordnungsphänomene konzeptionalisiert: Unter Gemeinschaftshandeln versteht Weber ein menschliches Handeln, das subjektiv sinnhaft auf das Verhalten anderer Menschen bezogen ist. Den „rationale[n] Grenzfall" (Weber 1988g [1913]: 442) des Gemeinschaftshandelns bilde die „sinnhafte Orientierung an den *Erwartungen* eines bestimmten Verhaltens anderer und den darnach für den Erfolg des eigenen Handelns (*subjektiv*) geschätz-

849 Wie der Titel des Aufsatzes zeigt, erhebt Weber mit seiner Begriffsbildung einen kategorialen Anspruch, aber keinen Anspruch auf kategoriale Vollständigkeit (vgl. Weber 1988g [1913]: 427 Fn. 1). An Hermann Kantorowicz schreibt Weber am 29. Dezember 1913 über seinen *Kategorien*-Aufsatz: „Es ist der Versuch, *alles* ‚Organizistische', Stammlerische, Überempirische, ‚Geltende' (= *Norm*haft Geltende) zu *beseitigen* und die ‚soziologische Staatslehre' als Lehre vom rein empirischen typischen *menschlichen Handeln* aufzufassen, m.E. der einzige *Weg* – während die einzelnen *Kategorien* Zweckmäßigkeitsfragen sind." (Weber in Lepsius, Mommsen 2003: 442f., H.i.O.)

850 Weber verwendet die Ausdrücke ‚Kategorien' und ‚Grundbegriffe' synonym (vgl. Lichtblau 2006: 245; Schluchter 2016: 270). Vgl. zum Folgenden insbesondere Lichtblau 2000, 2017.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ten Chancen" (ebd.: 441, H.i.O.), also ein erwartungsorientiertes Verhalten.

Im Fall, dass dieses Gemeinschaftshandeln

> 1. sinnhaft orientiert ist an Erwartungen, die gehegt werden auf Grund von Ordnungen, wenn 2. deren „Satzung" rein zweckrational erfolgte im Hinblick auf das als Folge erwartete Handeln der Vergesellschafteten, und wenn 3. die sinnhafte Orientierung subjektiv zweckrational geschieht (ebd.: 442),

nennt Weber dies Gesellschaftshandeln (vergesellschaftetes Handeln).[851] „[D]as die Vergesellschaftung *herbeiführende* Handeln" (ebd.: 451, H.i.O.) wiederum, also dasjenige, durch das eine gesatzte Ordnung entweder durch Vereinbarung (z.B. Vertrag) oder durch oktroyierte Satzung (z.B. Gesetze) überhaupt erst zustande kommt, bezeichnet er als „Vergesellschaftungshandeln" (ebd.). Dabei unterscheidet Weber zwischen gelegentlichen („Gelegenheitsvergesellschaftung") und dauernden Formen der Vergesellschaftung. Bildet für den ersten Fall der von der Existenz einer Rechtsordnung abstrahierte einzelne rationale Tausch den „Grenzfall" (organlose Vergesellschaftung, ebd.: 451), stellt der „Zweckverein" den „rationalen Idealtypus" einer dauernden Vergesellschaftung dar. Für letzteren sind die Vereinbarung genereller Regeln (Satzung), die Existenz eigener Vereinsorgane, das für Vereinszwecke gebundene Vermögen sowie die Einrichtung eines Zwangsapparats konstitutiv. In seiner vollen Entwicklung bildet der Verein ein „perennierendes ‚soziales Gebilde'", da er in seinem Bestand vom Wechsel der am Gesellschaftshandeln Beteiligten unabhängig ist (ebd.: 448).[852]

Daneben erkennt Weber noch einen weiteren Fall des Gemeinschaftshandeln: das Einverständnishandeln. Ihm liegt keine orientierungsleitende zweckrational vereinbarte Ordnung zugrunde. Dennoch verläuft dieser „Komplex von Gemeinschaftshandeln" so ab, „*als ob* eine solche stattgefunden hätte" (ebd.: 452, H.D.S.). Man hat es also mit rein fiktiven Ordnun-

---

851 Zur divergierenden Einschätzung des Einflusses von Tönnies' Unterscheidung von Gemeinschaft und Gesellschaft auf Webers Verwendung der Begriffe ‚Vergemeinschaftung' und ‚Vergesellschaftung' vgl. Bond 2012; Lichtblau 2000, 2017 jeweils m.w.N.

852 Vergesellschaftung liegt nicht nur im Falle der Existenz eines solchen Zweckvereins vor, da es nach Weber eine „Stufenleiter der Entwicklung von Gelegenheitsvergesellschaftung ausgehend und fortschreitend zum perennierenden ‚Gebilde'" gibt (Weber 1988g [1913]: 451). Der Zweckverein ist jedoch der zweckrationale Idealtypus.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gen zu tun, denen jedoch kein geringerer Geltungsanspruch zukommt als realen Ordnungen (vgl. Lichtblau 2017: 282, 293). Das Handeln der Beteiligten ist auf diese gemeinsam geteilte Unterstellung einer Ordnung, also als ob sie gesatzt worden wäre, sinnhaft bezogen, und zwar mit der Erwartung, dass dies auch seitens der anderen Interaktionsteilnehmern geschieht (vgl. Lichtblau 2000: 431). Weber will mit dem „Einverständnis" also den Tatbestand fassen,

> daß ein an Erwartungen des Verhaltens Anderer orientiertes Handeln um deswillen eine empirisch „geltende" Chance hat, diese Erwartungen erfüllt zu sehen, weil die Wahrscheinlichkeit objektiv besteht: daß diese anderen jene Erwartungen trotz des Fehlens einer Vereinbarung als sinnhaft „gültig" für ihr Verhalten praktisch behandeln werden (Weber 1988g [1913]: 456).

Dabei dürfe man das Einverständnis nicht mit einer freiwilligen Zustimmung, Eintracht oder Solidarität verwechseln. Auch verschiedene Arten der Kampfbeziehung zählt Weber zur „Einverständnis-Vergemeinschaftung" (vgl. ebd.: 463f.). Dass es sich also keinesfalls um eine harmonische, solidarische Einverständnisgemeinschaft handeln muss, zeigt sich auch am Beispiel der Marktgemeinschaft, die Weber neben der Sprachgemeinschaft als konkretes Beispiel für das Einverständnishandeln einführt.

Der Markt und die mit ihm verbundenen monetären Transaktionen sind also Teil einer einverständlichen Ordnung:[853] So sei der Geldgebrauch an der Erwartung orientiert, dass auch die zukünftigen Marktteilnehmer Geld annehmen werden. Es erfolge also eine sinnhafte Orientierung an unbestimmt vielen Dritten. Dies sei allerdings „keine Orientierung an einer gesatzten Ordnung über die Art der Güterbedarfsdeckung der vorgestellten Beteiligten" (ebd.: 453). Dennoch sei das Gesamtresultat vielfach so geartet, als ob es mittels einer solchen Orientierung erreicht worden sei – und zwar aufgrund der Annahme, dass die anderen Marktteilnehmer sich genauso rational verhalten mögen wie man selbst (vgl. (Lichtblau 2000: 432). Webers ‚Einverständnis' zielt also darauf, die Vielfalt nicht explizit satzungskoordinierter, aufgrund sinnhaft generalisierter Erwartungen gleichwohl „geordneten" Wirklichkeitsbereiche soziologisch zu erfassen (vgl. Hermes 2007: 425).

853 In der Zuordnung des Marktes zu einer einverständlichen Ordnung liegt die Differenz zu Tönnies, der den Tausch eindeutig dem Bereich der Gesellschaft zuordnet (vgl. hierzu Lichtblau 2017).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Diese Differenzierung des Gemeinschaftshandelns in Gesellschafts- und Einverständnishandeln spiegelt sich in zwei verschiedenen Ordnungsformen (Gemeinschaften) wider: Anstalt und Verband. Eine Anstalt – eine der typischen „rationalen Ordnungen einer Vergesellschaftung" (Weber 1988g [1913]: 472) – beruhe auf einer gesatzten Ordnung, unterscheide sich aber vom Zweckverein dadurch, dass die Mitgliedschaft nicht freiwillig sei. Weber nennt den Staat (also Anstaltsstaat) und die Kirche als Beispiele (ebd.: 466). Auch im Verband sei die Teilnahme des Einzelnen gewissermaßen unfreiwillig, wobei sie hier nicht auf einer Satzung, sondern auf einem am Einverständnis orientierten Handeln beruhe.[854]

Der Übergang vom Verband zur Anstalt gestaltet sich nach Weber – wie auch in den anderen Fällen seiner Begriffsbildung – fließend (ebd.: 467). Allerdings erscheint das Einverständnishandeln als der vorgängige bzw. basale Modus. In historischer Hinsicht kann man im Zuge der zunehmenden gesellschaftlichen Differenzierung und Rationalisierung (vgl. ebd.: 473) eine Ablösung der Gemeinschaftsform Verband durch die Anstalt feststellen. So ist nach Weber

> im Verlauf der für uns übersehbaren geschichtlichen Entwicklung, zwar nicht eindeutig ein „Ersatz" von Einverständnishandeln durch Vergesellschaftung, wohl aber eine immer weitergreifende zweckrationale Ordnung des Einverständnishandelns durch Satzung und insbesondere eine immer weitere Umwandlung von Verbänden in zweckrational geordnete Anstalten zu konstatieren (ebd.: 470f.).

Das zeichne mithin die Moderne aus, sei doch „in der modernen Zivilisation […] fast alles Verbandshandeln mindestens partiell durch rationale Ordnungen – die ‚Hausgemeinschaft' z. B. heteronom durch das von der Staatsanstalt gesatzte ‚Familienrecht' – irgendwie geordnet" (ebd.: 467).[855]

---

854 Auch hier werden Zwangsapparate für einverständniswidriges Verhalten bereitgestellt – etwa in „urwüchsigen Hausgemeinschaften" oder in Gemeinschaften eines „Propheten" mit „Jüngern", in denen Hausherr und Prophet die Gewalt innehaben (vgl. Weber 1988g [1913]: 467f.).

855 Die Rationalisierung der Ordnungen fördert nach Weber nicht unbedingt ihr rationales Verständnis – im Gegenteil tritt gerade aufgrund der zunehmenden Differenzierung und Rationalisierung eine zunehmende Distanzierung von der rationalen Basis der Ordnungen ein (vgl. ebd.: 473). Die „rationale Note" bestehe vielmehr darin, dass ein spezifischer Glaube an das prinzipiell rationale Wesen der Ordnungen sowie die Zuversicht darauf vorhanden seien, dass die Bedingungen des Alltagslebens „rational, d.h. nach bekannten Regeln […] funktionieren, daß man im Prinzip wenigstens, mit ihnen ‚rechnen', ihr Verhalten ‚*kalkulieren*',



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

In sachlicher Hinsicht ist festzuhalten, dass zum einen der größte Teil des Gemeinschaftshandelns mittels des Einverständnishandelns ablaufe. So seien z.B. in politischen Anstalten (z.B. Staat) durch ihre Satzungen (Gesetze) nicht deren Gesamtheit, sondern „in aller Regel wenigstens, zunächst nur fragmentarische Tatbestände" zweckrational geregelt (ebd.: 467). Damit gelte:

> Das tatsächlich den Bestand des Gebildes konstituierende Einverständnishandeln übergreift also nicht nur normalerweise ihr an zweckrationalen Satzungen orientierbares Gesellschaftshandeln, wie dies ja auch bei den meisten Zweckvereinen der Fall ist, sondern es ist auch normalerweise dem letzteren gegenüber das ältere. (Ebd.)

In diesem Sinne sei die Anstalt ein Spezialfall des Verbandes: ein „partiell rational geordneter Verband" (ebd.).

Zum anderen müsse man neue Anstaltssatzungen, die nun fast ausschließlich nicht vereinbart, sondern oktroyiert würden (ebd.: 468), ebenfalls auf das Einverständnishandeln zurückführen. Einerseits ist die oktroyierte Verfassung einer Anstalt auf das Einverständnis derjenigen angewiesen, denen sie oktroyiert wird (vgl. Sukale 2002: 467), und „die gesatzte Ordnung tritt bei den Anstalten in empirische Geltung in Gestalt von ‚Einverständnis'" (Weber 1988g [1913]: 468). Andererseits komme im Falle der durch Herrschaft oktroyierten Verfassung dem Legitimitätseinverständnis eine zentrale Rolle zu – eine Thematik, die sich Weber für eine gesonderte Abhandlung vorbehält.[856] Denn die Chance der empirischen Geltung steige mit steigendem „Legitimitäts-Einverständnis" (ebd.: 470). Die empirische Geltung einer Ordnung aber ist dasjenige, was in Webers handlungstheoretischer Perspektive allein kausal relevant ist, und das Einverständnishandeln wird zur empirischen Geltungsvoraussetzung einer jeglichen Satzung.[857]

---

sein eigenes Handeln an eindeutigen, durch sie geschaffenen Erwartungen orientieren könne" (ebd.: 473f., H.i.O.).

856 Das bestärkt Winkelmanns These, dass Webers aus dem Nachlass herausgegebenes Manuskript *Die drei reinen Typen der legitimen Herrschaft* an den *Kategorien*-Aufsatz anschließe. Zur Datierungsproblematik des Manuskripts sowie zur Debatte um den Stellenwert der Herrschaftssoziologie in Webers Werk vgl. Breuer 1988 m.w.N.

857 Dasselbe Verhältnis von oktroyierter Satzung und Legitimitätseinverständnis gilt auch für den Verband (vgl. Weber 1988g [1913]: 469) – denn auch hier sieht Weber die Herrschaft als „wichtigste Grundlage fast allen Verbandshandelns an" (ebd.: 470). Dem Legitimitätseinverständnis kommt also auch im Verband eine zentrale Rolle zu.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

In seinen grundbegrifflichen Bemühungen zur Begründung einer ‚allgemeinen Soziologie' sind im *Kategorien*-Aufsatz die subjektiven Motive der Beteiligten für Weber irrelevant (Weber 1988g [1913]: 456; vgl. Lichtblau 2017: 286f.).[858] Es geht ihm vielmehr um den „*durchschnittlich* eindeutig verstandenen Sinngehalt" und die „wandelbare *Durchschnitts*chancen der empirischen Geltung" (Weber 1988g [1913]: 467, H.i.O.). Unter anderem deshalb müsse man eine solche ‚allgemeine Soziologie' trotz ihrer handlungstheoretischen Sinnorientierung von der Psychologie unterschieden – jene bereits erwähnte Abgrenzung, die Weber im ersten Teil seines Aufsatzes vornimmt (vgl. ebd.: 432).[859]

Aufgrund der Wahl seiner Kategorien ist nun aber auch eine Konkurrenz zur Rechtswissenschaft zu erkennen. Denn ausgehend vom Anliegen, die Grundlagen für eine allgemeine, verstehende Soziologie zu entwerfen, entwickelt Weber einen Begriffsaufbau, der letztlich dazu führt, dass die Orientierung an ‚normativen Ordnungen' zum Grundtatbestand der Soziologie wird: Der Begriff des Gemeinschaftshandelns, der inhaltlich nicht spezifiziert wird (und später in den *Grundbegriffen* durch den Begriff des sozialen Handelns ersetzt wird), fungiert bei Weber als Oberbegriff für zwei verschiedene Handlungstypen: Einverständnishandeln und Gesellschaftshandeln, deren Sinn sich nur durch ihre jeweils ordnungsspezifische, d.h. geltungsmäßige Bezogenheit erschließt (vgl. Lichtblau 2017:

858 Diese verweist Weber in den Bereich der „inhaltlichen Soziologien": „Gänzlich verschiedene subjektive Motive, Zwecke und ‚innere Lagen', zweckrational oder ‚nur psychologisch' verständliche, können als Resultante ein seiner subjektiven Sinnbezogenheit nach gleiches Gemeinschaftshandeln, und ebenso ein seiner empirischen Geltung nach gleiches ‚Einverständnis' erzeugen. Reale Grundlage des Einverständnishandelns ist lediglich eine auf die je nachdem verschieden eindeutige Geltung des ‚Einverständnisses' und nichts anderes hinwirkende Konstellation ‚äußerlicher' oder ‚innerlicher' Interessen, deren Bestand durch untereinander im übrigen sehr heterogene innere Lagen und Zwecke der Einzelnen bedingt sein kann. Damit ist natürlich nicht etwa geleugnet, daß für die einzelnen, nach der vorwaltenden subjektiven ‚Sinnrichtung' zu scheidenden Arten von Gemeinschaftshandeln sowohl wie speziell von Einverständnishandeln sich recht wohl Motive, Interessen und ‚innere Lagen' inhaltlich angeben lassen, welche durchschnittlich am häufigsten deren Entstehung und Fortbestand begründen. Eben diese Feststellung ist ja eine der Aufgaben jeder inhaltlichen Soziologie. Solche ganz allgemeinen Begriffe aber, wie sie hier zu definieren waren, sind notwendig inhaltsarm." (Ebd.: 460).

859 Weber führt dazu die Unterscheidung ein zwischen dem subjektiv gemeinten Sinn eines Handelnden, der an der Zweckrationalität gemessen wird, und der ‚Richtigkeitsrationalität' bzw. der kausalen Adäquanz einer Handlungsdeutung, die den Maßstab der kausalen Erklärung abgibt (vgl. ebd.: 432ff.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

292). Beide betreffen die faktische Wirksamkeit und Verbindlichkeit von Erwartungen. Dabei wird das Gesellschaftshandeln über die Orientierung an Satzungen, also genuin normative Ordnungen, definiert. Aber auch das Einverständnishandeln bestimmt sich ebenfalls über die Orientierung an solchen Satzungen. Allerdings handelt es sich in diesem Fall nicht um explizite, sondern um implizite Satzungen, handele man doch, „als ob" eine zweckrationale vereinbarte Ordnung – und d.h. letztlich: normative Ordnung – vorliege (Weber 1988g [1913]: 452). Diese Bestimmung gilt für Weber auch dann, wenn die Ordnung durch faktischen Interessenausgleich zustande gekommen ist (z.B. Markt). Damit betrachtet Weber auch solche Ordnungen, die durch solchen faktischen Interessenausgleich (Markt) oder durch Verständnisorientierung (Sprache) zustande kommen, als normative Ordnungen. Auch sie haben einen normativen Geltungsanspruch, dieser ist nicht nur auf wertrationales Handeln beschränkt. Da zudem das Einverständnis zur empirischen Geltungsvoraussetzung jeglicher Satzung wird (Legitimitätseinverständnis), wird es zum Oberbegriff für die unterschiedlichen Arten der empirischen ‚Geltung' einer Ordnung. Letztlich handelt es sich beim Gesellschaftshandeln um „den durch Satzung geordneten Spezialfall" des Einverständnishandelns (ebd.: 461). Damit definiert Weber das gesamte ‚soziale Handeln' bzw. Gemeinschaftshandeln als ein an Normen orientiertes Handeln (Lichtblau 2017: 299), auf denen die Erwartungen aufbauen. Die Regelmäßigkeiten des sozialen Handelns resultiert aus den Orientierungen an Regeln mit normativen Geltungsansprüchen.

### *4.2 Die „Idealtypik" der juristischen Begriffsbildung*

Aus dieser Engführung auf normative Geltungsansprüche erklärt sich, warum die verstehende Soziologie notwendigerweise von der Rechtsdogmatik abzugrenzen ist (Weber 1988g [1913]: 439f.). Denn anders als im *Roscher und Knies*- sowie im *Objektivitäts*-Aufsatz stellt sich nun nicht das wissenschaftslogische Problem, wie man mit Begriffen der theoretischen Wissenschaften (der theoretischen Nationalökonomie) umzugehen habe. Da die normativen Ordnungen zentral sind, stellt sich nun vielmehr die Frage, wie die soziologische Begriffsbildung die Begriffe der Rechtswissenschaft zu behandeln habe, deren Begriffsbildung wiederum aus dem wissen-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schaftlichen Umgang mit der normativen Ordnung des Rechts resultiert.[860]

Weber löst dieses Problem dabei in analoger Weise: Ebenso wie man rein wissenschaftslogisch die theoretische (nomothetische) von der historisch-kulturwissenschaftlichen respektive sozialwissenschaftlichen Begriffsbildung trennen müsse, habe man auch die – nun – soziologische von der juristischen Begriffsbildung zu unterscheiden. Aber ebenso wenig, wie man in den Kulturwissenschaften auf die theoretische Begriffsbildung verzichten könne, die für die Zwecke der historischen Wissenschaft ja gerade idealtypisch seien, könne die Soziologie auf die juristische Begriffsbildung verzichten. Denn Weber stellt für die konkrete Kategorienbildung der Soziologie auf Zweckmäßigkeitserwägungen ab. Dabei besitze die zweckrationale Deutung ein „Höchstmaß an ‚Evidenz'" (ebd.: 428), so dass letztlich das „Zweckrationale als Idealtypus" fungiere (ebd.: 430). Gerade im Bereich der normativen Ordnungen weist nun die an den zweckrationalen Gesetzen entwickelte rechtswissenschaftliche Begriffsbildung diese spezifische Evidenz auf. Die Rechtsordnung ist daher der Idealtypus einer zweckrationalen normativen Ordnung – und zwar nicht nur beim Zweckverein, sondern v.a. im modernen Anstaltsstaat. Das erklärt die Verschiebung: Nicht mehr der Rückgriff auf Begriffe der theoretischen Wissenschaften erscheint nun als unvermeidliches Schicksal der Kulturwissenschaft. Aufgrund der Engführung des sozialen Handelns auf die Orientierung an normative Ordnungen besteht vielmehr das bereits erwähnte „unvermeidliche Schicksal aller Soziologie" darin, „daß sie für die Betrachtung des überall stetige Uebergänge zwischen den ‚typischen' Fällen zeigenden realen Handelns sehr oft die scharfen, weil auf syllogistischer Interpretation von Normen ruhenden, juristischen Ausdrücke verwenden muß" (ebd.: 440).

860 Allerdings wandelt sich auch der Anspruch, den Weber an die Begriffsbildung stellt: Während im *Objektivitäts*-Aufsatz die Idealtypen-Bildung primär auf das Problem der historischen Kausalerklärung bezogen ist (vgl. Lichtblau 2006: 242), und Weber unter Geringschätzung systematischer Formen der Erkenntnis in den Kulturwissenschaften bzw. Sozialwissenschaften (vgl. Weber 1988b [1904]: 184) den Fokus auf das Vergängliche legt, bemüht er sich im *Kategorien*-Aufsatz (und später in den *Grundbegriffen*), seinem Beitrag zum *Grundriß der Sozialökonomik* eine solidere, kategoriale begriffliche Grundlage zu geben. Das resultiert dann in einer Abtrennung der Soziologie von der Geschichte: „Die Soziologie bildet – wie schon mehrfach als selbstverständlich vorausgesetzt – *Typen*-Begriffe und sucht *generelle* Regeln des Geschehens. Im Gegensatz zur Geschichte, welche die kausale Analyse und Zurechnung *individueller*, *kultur*wichtiger, Handlungen, Gebilde, Persönlichkeiten erstrebt." (Weber 1988j [1921]: 559, H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Idealtypisch erweist sich die juristische Begriffsbildung, weil sie erstens ‚scharfe' Begriffe bildet, zielt die Rechtswissenschaft nach Weber doch auf begriffslogische Klarheit und unbedingte Steigerung ihres Systemcharakters hin zu „logischer Geschlossenheit" (vgl. Treiber, Quensel 2002: 96). Darin besteht der spezifische Wissenschaftscharakter der Rechtsdogmatik, die Wertung tritt erst subsidiär dazu (s.o.). Auch die Rechtswissenschaft strebt trotz ihrer wertenden Betrachtung des konkreten Sachverhalts nach Wahrheit – allerdings nach „juristischer Wahrheit" (Weber 1988d [1907]: 348). Dabei macht Weber schon im *Roscher und Knies*-Aufsatz geltend, dass die „eigenartige ‚subjektive Welt' der juristischen Dogmatik" (Weber 1988a [1903–1906]: 87) den ‚objektiven Sinn' des zu definierenden Begriff so fasse, dass „alle diejenigen positiven Normen, welche jenen Begriff verwenden oder voraussetzen, widerspruchslos und sinnvoll neben- und miteinander bestehen können" (ebd.: 86 f.). Scharfe Begriffe werden nach Weber also aus dem systematischen Zusammenhang der Rechtsnormen – der Rechtsordnung heraus – gebildet. Es sind Begriffskonstruktionen, Abstraktionen, die daher weltfremd sind und nicht die Wirklichkeit abbilden. Für Weber aber gilt, wie er ja in den *Grundbegriffen* schreibt: Je weltfremder solche eindeutigen Begriffe – zu Idealtypen gewendet – sind, desto besser leisten sie ihren Dienst.

Weber führt diese Schärfe der juristischen Begriffsbildung im *Kategorien*-Aufsatz zweitens auch auf eine spezifische Verfahrensweise angesichts eines bestimmten sachlichen Problems zurück. Dieses sachliche Problem besteht in der Tatsache, dass sich die Betrachtung auf die Übergänge zwischen den typischen Fällen des Handelns richtet. Wenn das Recht also typisierend verfährt und aufgrund seines anthropozentrischen Charakters dabei Handlungen typisiert, dann erweisen sich die Typen empirisch weder als „rein", noch ist ihr Verhältnis abstrakt für alle Zeiten bestimmbar. Die entsprechenden Begriffe haben daher nicht den Status von ewigen Wahrheiten. Gerade das mache die Rechtswissenschaft anschlussfähig, weil die Präzision ihrer Begriffe letztlich auf ihrer syllogistischen Interpretation der Normen beruhe (vgl. Weber 1988g [1913]: 440).[861] Gesetzt den Fall, Weber meint damit den juristischen Syllogismus in Form der Rechtsanwendung – und davon wird hier ausgegangen (vgl. Weber 1976 [posthum]: 457) –, so beruht die Schärfe der juristischen Ausdrücke einerseits darauf, dass die Begriffe in der Rechtsanwendung immer wieder mit den verschiedensten empirischen Fallkonstellationen konfrontiert werden, in

861 Zur Rolle des Syllogismus bei Weber vgl. Wagner 2014, der jedoch den juristischen Syllogismus gerade nicht in den Blick nimmt.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

denen die Typen in den allerwenigsten Fällen „rein" vorkommen. Gerade durch die Konfrontation mit den unterschiedlichsten empirischen Sachlagen gewinnen die rechtsdogmatischen Begriffe in der Rechtsanwendung an Präzision.[862] Zweitens befinden sich die Typen selbst im Wandel, können doch neue Fallkonstellationen des empirischen Handelns zu neuer regelleitender Typenbildung führen, die in ihrer Anwendung dann wiederum präzisiert wird – so sind privatrechtliche Rechtsgeschäfte etwa nicht an die Vertragstypen des BGBs gebunden, durch Vereinbarungen zwischen zwei (oder mehreren) Personen können neue Typen gebildet werden. Recht ist also auch in der rechtsdogmatischen Betrachtungsweise in gewisser Weise immer ‚lebendes Recht' – auch für Weber, der aber aufgrund der Ablehnung des Repräsentationsgedankens daraus allerdings gerade nicht den privilegierten Lebenszugang über die rechtsdogmatische Forschung wie die Historische Rechtsschule erkennt. Es gilt also: Trotz prinzipieller Trennung zwischen juristischer und soziologischer Betrachtungsweise erweist sich die juristische Begriffsbildung gerade angesichts der Tatsache, dass man in der Empirie nicht mit reinen Typen zu tun hat, als anschlussfähig.

Drittens ist die rechtsdogmatische Begriffsbildung idealtypisch für die verstehende Soziologie, weil sie ebenfalls auf Sinnverstehen gerichtet ist. Sie ermittelt den „logisch richtigen ‚*objektiven*' Sinngehalt[] von ‚Rechtssätzen'" (Weber 1988g [1913]: 440, H.i.O.).[863] Für die empirische Wissenschaft, erweisen sich diese rechtsdogmatischen Begriffe, ihr ‚objektiver

862 Man kann dieses Zitat allerdings auch dahingehend verstehen, dass Weber damit den logischen Charakter der Systembildung des Rechts anspricht, d.h. die Gewinnung von rechtlichen Grundbegriffen über die Extrahierung allgemeiner Regeln, die in den einzelnen Rechtssätzen ihren Ausdruck finden. Da die Argumentation aber in auffälliger Weise Puchtas Ansicht entspricht, dass aufgrund des juristischen Syllogismus die gefundenen Grundbegriffe nicht den Status von ewigen Wahrheiten besitzen, sondern sich immer im Werden befinden (vgl. § 2.IV.1), d.h. der Lebensbezug des Rechts über die Rechtsanwendung gewährleistet ist, wird hier die obige Interpretation vertreten.

863 In *Die Wirtschaft und die Ordnungen* schreibt Weber: Die juristische Betrachtungsweise „fragt: was als Recht ideell gilt. Das will sagen: welche Bedeutung, und dies wiederum heißt: welcher *normative Sinn* einem als Rechtsnorm auftretenden sprachlichen Gebilde logisch *richtiger*weise zukommen *sollte*. […] Die juristische, genauer: die rechtsdogmatische, Betrachtung stellt sich die Aufgabe: Sätze, deren Inhalt sich als eine Ordnung darstellt, welche für das Verhalten eines irgendwie bezeichneten Kreises von Menschen maßgebend sein soll, auf ihren richtigen Sinn, und das heißt: auf die Tatbestände, welche ihr, und die Art, wie sie ihr unterliegen, zu untersuchen. Dabei verfährt sie in der Weise, daß sie die verschiedenen einzelnen Sätze jener Art, ausgehend von ihrer unbezweifel-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - 

Sinn', dann zur Hypothesenbildung geeignet, wie Weber in der *Stammler*-Kritik am Beispiel des Tausches feststellt: Denn ob und wie den juristischen Tauschvorschriften eine empirische Kausalität zukomme, sind für Weber „offenbar Fragen, bei denen uns […] zum Zweck der Hypothesenbildung, als ‚heuristisches Prinzip', *unser* ‚dogmatisches' Gedankenbild vom ‚Sinn' des ‚Tausches' sehr zu statten kommen muß" (Weber 1988d [1907]: 335, H.i.O.). Wenn nicht das konkrete Motiv oder eine solche Absicht des Handelnden zur Debatte steht, sondern der „subjektiv gemeinte Sinn" als eine Art Durchschnittssinn, so erweisen sich die juristischen Sinnkonstruktionen als ein Maßstab, an dem sich der subjektive Sinn messen lässt – allerdings unter der Voraussetzung, dass für die empirische Wissenschaft dieser Sinn nur als „*Vorstellungen* von Menschen über den ‚Sinn' und das ‚Gelten' bestimmter Rechtssätze" betrachtet wird (Weber 1988g [1913]: 440, H.i.O.). Nichtsdestotrotz lässt sich die faktische Geltung einer Norm in Bezug auf vergangene oder gegenwärtige Geltung letztlich nur im Hinblick auf einen normativen Geltungssinn überhaupt beurteilen (Gephart 2010: 41). Daher gilt etwa im Falle des Tausches:

> Der dogmatische „Sinn" des „Tauschs" ist für die empirische Betrachtung ein „Idealtypus", der, weil in der empirischen Wirklichkeit sich massenhaft Vorgänge finden, welche ihm in einer mehr oder minder großen „Reinheit" entsprechen, „heuristisch" einerseits, „klassifizierend" andrerseits, von uns verwendet wird. (Weber 1988d [1907]: 335)

Der juristische ‚objektive Sinn' mit seiner scharfen, systematischen Begriffsbildung, kann zur Hypothesenbildung bzgl. der Deutung des ‚subjektiven Sinns' dienen bzw. dient dazu (vgl. Weber 1988i [1918]: 533f.) – insbesondere vor dem Hintergrund einer hohen kausalen Relevanz der Rechtsordnung als Maxime-bildendes Wissen.[864]

---

ten empirischen Geltung, ihren logisch richtigen Sinn (nach) dergestalt zu bestimmen trachtet, daß sie dadurch in ein logisch in sich widerspruchsloses System gebracht werden. Dies System ist die ‚Rechtsordnung' im juristischen Sinn des Wortes." (Weber 1976 [posthum]: 181, H.i.O.).

864 An anderer Stelle tut Weber kund: „Der Rechtsbegriff Vereinigte Staaten aber hat nun vor diesem soziologischen Begriff Vereinigte Staaten die ungeheure Ueberlegenheit des im Prinzip logisch klaren Gehaltes voraus, und deshalb orientieren sich die soziologischen Begriffe und die Kollektivbegriffe anderer Disziplinen regelmäßig an eben jenem Rechtsbegriffe, obwohl das juristische Begriffssystem ‚Vereinigte Staaten' ein rein ideales Gedankengebilde ist, etwas, was als solches keine empirische Realität im Leben hat, sondern eben etwas – wie man zu sagen pflegt – ‚Geltendes' ist" (Weber in Simmel et al. 1911c: 326).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Im Rahmen einer Deutungshypothese muss der kausale Einfluss einer Rechtsnorm oder der Rechtsordnung aber noch gesondert festgestellt werden, v.a. weil die Orientierung an der Rechtsordnung bei den „breiten Schichten der Beteiligten" gerade nicht aufgrund „einer als Rechtspflicht gefühlten Obödienz" erfolgt (Weber 1976 [posthum]: 182). Die Rechtsordnung im empirischen Sinne ist dann ein „Komplex von faktischen Bestimmungsgründen realen menschlichen Handelns" (ebd.: 181). Es ist dies der „andere", da kausal wirksame Sinn in Form von erst festzustellenden faktisch kausal wirksamen Maximen, den Weber gegenüber der Rechtsdogmatik geltend macht und der dem juristischen Sinn „unterzuschieben" sei (Weber 1988g [1913]: 440). Über das Konstatieren des tatsächlichen Vorhandenseins einer Geltungsvorstellung bestimmter Rechtssätze geht die Soziologie nämlich zudem

> in der Weise hinaus, daß sie 1. auch die *Wahrscheinlichkeit* des Verbreitetseins solcher Vorstellungen in Betracht zieht, und 2. durch folgende Überlegung: daß empirisch jeweilig bestimmte Vorstellungen über den „Sinn" eines als geltend vorgestellten „Rechtssatzes" in den Köpfen bestimmter Menschen herrschen, hat unter bestimmten angebbaren Umständen die Konsequenz, daß das Handeln rational an bestimmten „Erwartungen" orientiert werden kann, gibt also konkreten Individuen bestimmte „Chancen" (ebd.: H.i.O.).

Sinnverstehen im soziologischen Sinne misst sich nicht an Vorstellungen über eine ideale bzw. ‚richtige' Geltung (s.a. Weber 1988j [1921]: 542), sondern an dem faktischen Vorhandensein von Geltensvorstellungen, der Wahrscheinlichkeit der Verbreitung und der dadurch kausal bewirkten „Chance" des Erfolgs des Handelns.

Den juristischen Begriffen ist aber noch in anderer Hinsicht ein „von dem juristischen der Wurzel nach verschiedene[r] Sinn unterzuschieben" (Weber 1988g [1913]: 440). Nimmt man das Beispiel der Vertragstypenbildung bei Austauschverträgen zwischen zwei Personen (etwa Kauf, Miete, Pacht, Leihe etc.), so erscheint eine handlungstheoretische Rückbindung der juristischen – v.a. der privatrechtlichen – Begriffe über Maximen direkt nachvollziehbar, und es erscheint auch wenig verwunderlich, dass Weber den Handlungsbegriff selbst der Rechtswissenschaft entnimmt. Wenn er nämlich später im *Grundbegriffe*-Beitrag das Handeln nun, anders als im *Kategorien*-Aufsatz, explizit definiert als ein „menschliches Verhalten (einerlei ob äußeres oder innerliches Tun, Unterlassen oder Dulden)" (Weber 1988j [1921]: 542), mit dem der Handelnde einen subjektiven Sinn verbin-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

det, so zeigt gerade die Einbeziehung des Unterlassens und Duldens die juristische Herkunft dieses Begriffes (vgl. Gephart 1993a: 487f.).[865]

Weber interessiert sich aber im *Kategorien*-Aufsatz insbesondere für Ordnungsgefüge, die in Kollektivbegriffen ihren Ausdruck finden. Und hier markiert er trotz der von ihm ins Spiel gebrachten idealtypischen Verwendung des Sinngehalts juristischer Begriffe wie ‚Verein', ‚Verband' und ‚Anstalt' eine entscheidende Differenz zum juristischen Gebrauch: In den Rechtswissenschaften können und werden solchen „Kategorien für bestimmte Arten des menschliches Zusammenlebens" selbst, wie dem Einzelmenschen, „Rechtspersönlichkeiten" zugesprochen (Weber 1988g [1913]: 439). Im Bereich der Rechtsdogmatik erweisen sich diese fingierten Rechtspersönlichkeiten für die objektive Sinndeutung als „begriffliche Hilfsmittel nützlich, vielleicht unentbehrlich" (ebd.).[866] Mit dem Postulat des „Verstehens" menschlicher Handlungen als „Atom" seiner Soziologie muss Weber sich aber von Kollektivbegriffen lösen, die letztlich nicht verstehbare Subjekte konstruieren: Auch ein substanzhaft vorgestellter Staat ist für Weber nur vermittels seiner Akteure verstehbar (vgl. Gephart 2010: 39). Der Sinn in der Soziologie muss also auf menschliche Handlungen zurückgeführt werden: „Für die soziologische Betrachtung steht daher auch hinter dem Worte ‚Staat' – wenn sie es überhaupt verwendet – *nur* ein Ablauf von menschlichem Handeln besonderer Art." (Weber 1988g [1913]: 440, H.i.O.) Daher wird für die Kategorien der Soziologie das Einverständnis inklusive seiner verschiedenen Komposita (etwa Legalitäts- und Legtimitätseinverständnis) zentral, was auf die individuelle, und d.h. handlungstheoretische Sinnebene überführt.[867] Mit dem Einverständnis zielt

865 Zu Recht betont Gephart aber auch die Einflüsse nationalökonomischer, geschichtswissenschaftlicher und philosophischer Auseinandersetzungen auf die Ausarbeitung der Weber'schen Handlungs*theorie* (vgl. Gephart 1993a: 421ff.).

866 Auch diese Annahme zeigt, wie sehr Weber dem romanistischen Zweig der Historischen Rechtsschule verhaftet ist, entscheidet er sich doch damit gegen die der germanistischen Genossenschaftstheorie entstammende „Theorie der realen Verbandspersönlichkeit" (Gierke) und für die im 19. Jahrhundert herrschende romanistische Doktrin der „Fiktionstheorie" (Savigny).

867 Lichtblau sieht in Webers Konzeption des Einverständnisses eine Anleihe an das tatbestandsausschließende Einverständnis im Strafrecht: Für dessen Wirksamkeit ist der tatsächliche – innere – Wille unabhängig von seiner Kundgabe nach außen maßgeblich, was Lichtblau mit Webers Konzeption der impliziten Geltungsansprüche und deren stillschweigender Akzeptanz analogisiert (vgl. Lichtblau 2017: 282). Dem ist zu widersprechen, handelt es sich doch bei Webers Einverständnis primär um die Orientierung an fiktiven Ordnungen, und nicht um die Akzeptanz von (eigene Rechtsgüter verletzenden) Handlungen anderer.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Weber letztlich wie Durkheim auf die außerrechtlichen Voraussetzungen des Rechts, die er jedoch nicht auf einer kollektiven, sondern der individuellen Ebene aufsucht. Gerade im Bereich der Kollektivbegriffe, bei denen Weber mit ‚Verein', ‚Verband' und ‚Anstalt' sozusagen extensiv auf juristische Begrifflichkeiten zurückgreift, wird man durch das Einverständnis zugleich auf einen anderen, da außerrechtlichen Sinn verwiesen.

Diese Wandlung der soziologischen Sinninhalte der aus der Rechtsdogmatik entlehnten Begrifflichkeiten ändert aber nichts an der idealtypischen Sinnbildung der Rechtsdogmatik für die verstehende Soziologie – und der daraus entstehenden Notwendigkeit, das Verhältnis der rechtsdogmatischen zu den soziologischen Begriffen zu klären. Dabei liefert die Rechtsdogmatik nicht nur Idealtypen, sondern stellt sich aus sachlichen wie methodischen Erwägungen zugleich als idealtypisches Verfahren der Begriffsbildung dar. Daher ist es eben das ‚unvermeidliche Schicksal aller Soziologie', die juristischen Ausrücke verwenden zu müssen.

### *4.3 Die Notwendigkeit der Abgrenzung zur Rechtsdogmatik*

Aus diesem Grund besteht die Notwendigkeit, die juristische von der soziologischen Begriffsbildung zu trennen. Denn ohne diese Trennung gerät die Soziologie in Verdacht, von der Jurisprudenz abhängig zu sein und damit nicht als autonome Disziplin mit eigenständiger Betrachtungsweise fungieren zu können – ein Einwand, den schon Kelsen gegen Weber vorgebracht hatte (vgl. Kelsen 1922).[868] Solange Weber wie im *Kategorien*-Aufsatz das soziale Handeln an normative Geltungsansprüche bindet, ist er zur Grundlegung seiner typenbildenden ‚verstehenden Soziologie' auf eine Abgrenzung zur Rechtsdogmatik angewiesen, die keinerlei Verdacht einer solchen Abhängigkeit oder eben der „rechtsdogmatischen Verfälschungen des *empirischen* Denkens" aufkommen lässt (Weber 1988d [1907]: 345,

868 Kelsen wirft Weber vor, dass dieser für das deutende Verstehen rechtlich geordneter sozialer Tatbestände, also für sein auf die empirische Wirkung von Rechtsbegriffen oder Rechtssätzen etc. gerichtetes Forschungsinteresse, des Rechtssystems und seiner normativen Sinngehalte als heteronomes „Deutungsprinzip" bedürfe (vgl. hierzu Hermes 2006: 191ff.) Insofern stellt Kelsen fest: „Die ‚verstehende' Soziologie muß, da der von ihr zu ermittelnde Sinn des sozialen Handelns sehr häufig eben das *Recht* ist, *auch Jurisprudenz sein* oder doch mit den Augen des Juristen sehen, *um überhaupt etwas zu sehen*." (Kelsen 1981 [1928]: 163, H.i.O.) Damit unterlaufe Weber aber die Trennung der soziologischen von der juristischen Betrachtungsweise (zum Vergleich Kelsens und Webers sei verwiesen auf die Beiträge in Bryan et al. 2016).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

H.i.O.). Anders formuliert: Die Eigenart seiner Soziologie lässt sich erst in strikter Abgrenzung zur Konkurrenzdisziplin der Rechtswissenschaft bestimmen. Das liegt daran, dass beide denselben Gegenstand haben – stellt doch das Recht in der Moderne einen relevanten kausalen Ordnungsfaktor dar und ist die Rechtsordnung zugleich der rationale Idealtypus der normativen Ordnungen. Wenn nun die Wirklichkeit an diesem Idealtypus gemessen wird, dann bedarf es einer Konstruktion dieses Idealtypus, wofür man sich letztlich nach Weber auf die Rechtswissenschaft berufen kann und muss. Um dann aber die Soziologie nicht von der Rechtswissenschaft abhängig zu machen, bedarf es einer strengen wissenschaftslogischen Unterscheidung von juristischer und soziologischer Betrachtungsweise. Daher gilt: „Wenn von ‚Recht', ‚Rechtsordnung', ‚Rechtssatz' die Rede ist, so muß besonders streng auf die Unterscheidung juristischer und soziologischer Betrachtungsweise geachtet werden." (Weber 1976 [posthum]: 181) Gerade weil aus logischen Gründen keinerlei Übergänge zwischen diesen beiden Betrachtungsweisen des Rechts möglich sind, kann – und muss man, wie Weber im *Kategorien*-Aufsatz schreibt – für die verstehende Soziologie juristische Begriffe heranziehen, ohne dass damit die Soziologie ihren Status als autonome Disziplin verlieren würde, ja bei Beachtung der wissenschaftslogischen Scheidung auch gar nicht verlieren kann.

### 5. *Die Lösung des Problems der Werturteilsfreiheit: Der Sinn der Werte in den normativen Wissenschaften*

Schon Webers Kritik an der Historischen Schule der Nationalökonomie basiert auf der Ausscheidung von Werturteilen und Wertungen aus dem Bereich der Wissenschaft: Diese seien – wie auch die Zwecke[869] – stets subjektiven Ursprungs, und eine Abwägung zwischen widerstreitenden Werten oder Zwecken könne niemals auf wissenschaftlichen Weg erfolgen. Andererseits müsse man der Wertbedingtheit jeglicher sozialwissenschaftlichen Forschung Rechnung tragen. Damit bezieht Weber Position im Kernkonflikt des nationalökonomischen Methodenstreits, der seinen Höhepunkt im sogenannten Werturteilsstreit im *Verein für Sozialpolitik* er-

869 Weber verortet, wie bereits erwähnt, den Zweck einer Handlung als „praktische Absicht" (Weber 1988i [1918]: 500) wie die Wertung ebenfalls auf der subjektiven Ebene, so dass die „Wahl der Zwecke" für ihn eine „Wertung, die der Einzelne zugrunde legt", darstellt (ebd.: 501).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

reichte,[870] und welcher seine Spuren in § 1 der Statuten der 1909 gegründeten *Deutschen Gesellschaft für Soziologie* hinterließ.[871]

Obwohl der Streit um die Werturteilsfreiheit in den genuin nationalökonomischen Debatten zu verorten ist, lässt die Kritik an den Positionen der nationalökonomischen Methodenlehren entscheidende Aspekte außer Acht. Denn dass man einerseits vom Sein nicht auf das Sollen schließen könne, dass man andererseits aber auch nicht das soziale Leben auf naturwissenschaftlich analysierbare Tatsachen reduzieren dürfe, sind letztlich Einwände, die sich gegen die jeweiligen erkenntnis- und wissenschaftstheoretischen Axiome der nationalökonomischen Positionen richten. Mittels dieser Kritik an den Axiomen wird einerseits der Untersuchungsgegenstand bestimmt (Kulturbegriff). Andererseits markiert sie logische Fehlschlüsse – insbesondere der historisch-ethischen Richtung der Nationalökonomie (kein Rückschluss vom Sein auf das Sollen). Daraus folgt, wie man nicht verfahren darf. Die Kritik lässt aber keine Rückschlüsse auf den *richtigen* wissenschaftlichen Umgang mit einem Gegenstand zu, der wie im Falle der Kultur selbst ein „Wertbegriff" ist, so dass man also unumgänglich mit Werturteilen konfrontiert ist. Anders formuliert: Aus der Kritik an den methodologischen Axiomen folgt weder eine Antwort auf die Frage, welche Rolle Werte nun genau in den historisch-empirischen Wissenschaften spielen, noch, wie man wissenschaftlich mit Werten umzugehen habe. Gerade aber aufgrund der gegenstandskonstitutiven Rolle der Werte erschöpft sich das Problem der Werturteilsfreiheit der Wissenschaft nicht in der bloßen Behandlung vorfindlicher empirischer Wertungen als Fakten. Denn will man diese wie Weber ‚erklärend verstehen' und damit reflexiv in einen tatsächlichen Wertezusammenhang einbetten (Wertbeziehung), muss man mit diesen Wertungen, Werten und Wertezusammenhängen sinndeutend umgehen.[872] Im Rahmen der verstehenden Soziologie muss also der Zusammenhang der normativen mit den empirischen Phä-

870 Zum wissenschaftshistorischen Hintergrund in der Ökonomie vgl. Nau 1996 m.w.N.; Feix 1978: 16ff.; zum Werturteilsstreit vgl. insbesondere Albert 2010.

871 Kritisch gegenüber der gängigen These, dass der Werturteilstreit im *Verein für Socialpolitik* zur Abspaltung der *Deutschen Gesellschaft für Soziologie* (DGS) führte, Rammstedt 1991; zur Geschichte der DGS vgl. Glatzer 2014 m.w.N.; zu Max Webers Rolle in der DGS s. Lepsius 2011.

872 Weber merkt hierzu an: „Und dies ‚Verstehen' ist selbstredend nicht möglich, wenn wir nicht selbst einer inneren wertenden Stellungnahme zu der Frage, auf welche sich jene ‚Werturteile' beziehen, fähig sind." (Weber in Simmel et al. 1911c: 324).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - 

nomenen für die wissenschaftliche Analyse etwas anderes darstellen, als die simple Reduktion von Werturteilen auf empirische Fakten.

Genau darum geht es auch im juristischen Werturteilsstreit, in dem angesichts der unausweichlichen Wertung um das Verhältnis zu den Tatsachen gestritten wird. Und so verweist das Problem der Wertbeziehung für Weber im Rahmen der Frage nach der Werturteilsfreiheit auf die Rechtsdogmatik – ebenso wie sich die Debatte in Anschluss an Kantorowicz' Vortrag über das Verhältnis von *Rechtswissenschaft und Soziologie* auf dem ersten Soziologentag in eminenter Weise um die Werturteilsfreiheit drehte (vgl. Simmel et al. 1911c).[873] Wenn nämlich „die rechts*dogmatische* Konstruktion und Analyse […] das Prinzip der Auslese des für die Rechtsgeschichte wissenschaftlich Relevanten" enthalte, so gilt dies nach Weber „nun auch – da wir einmal in dieser Diskussion über ‚Werturteile' begriffen sind – […] für die Beziehung der *Werte* zu den Problemstellungen, womit wir uns hier in der soziologischen Gesellschaft wissenschaftlich zu befassen haben" (Weber in Simmel et al. 1911c: 328, H.i.O.). Es sind ja letztlich „Kultur- und das das heißt: *Wert*interessen […], welche auch der rein empirisch-wissenschaftlichen Arbeit die *Richtung* weisen" (Weber 1988i [1918]: 512, H.i.O.), indem sie „die Auslese und Formung des Objektes einer empirischen Untersuchung" beherrschen (ebd.: 511).

Gerade für diese der tatsächlichen Forschung vorausgehende – ja gerade wertende – Auswahl des Untersuchungsgegenstandes bedarf es eines Umgangs mit (Kultur-)Werten, der nicht rein subjektiv-willkürlich erfolgt, sondern letztlich diese Auswahl als bewusste Entscheidung ermöglicht. Es ist auch hier ein ‚Prinzip der Auslese' des Relevanten nötig. Dieses liegt in der Erkenntnis des Sinns der Wertungen und Werte, genau dies ist der „Sinn" bzw. der „Nutzen" der Wertdiskussionen für die empirischen Wissenschaften (ebd.: 510f.): „Diese können dem wissenschaftlich, insbesondere dem historisch arbeitenden, Forscher vor allem die Aufgabe der ‚*Wertinterpretation*': für ihn eine höchst wichtige Vorarbeit seiner eigentlich empirischen Arbeit, weitgehend abnehmen oder doch erleichtern." (Ebd. 512; H.i.O) Diese Wertinterpretation hat – so Weber bereits in der Abhandlung zu Eduard Meyer – zum Ziel, „uns den ‚geistigen' Gehalt" eines Phänomens „‚verstehen' lehren, also das, was wir dunkel und unbestimmt ‚fühlen', entfalten und in das Licht des artikulierten ‚Wertens' erheben"

873 Die Debatte endet schließlich bekanntermaßen in einem Eklat (vgl. etwa Weber, Brief vom 26.10.1910, in Weber 1994: 654; Lepsius 2011). Weber begründete seinen daran anschließenden Austritt aus der DGS unter anderem damit, dass es nötig sei, Platz für einen Juristen zu schaffen (Weber, Brief vom 27.10.1910, in Weber 1994: 656).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(Weber 1988c [1906]: 245f.). Dabei wertet diese Interpretation nicht selbst, sondern eröffnet Sinnhorizonte: „Sie ist zu diesem Zweck keineswegs genötigt, selbst ein *Werturteil* abzugeben oder zu ‚suggerieren'. Was sie tatsächlich analysierend ‚suggeriert', sind vielmehr *Möglichkeiten* von Wert*beziehungen* des Objektes." (Ebd.: 246, H.i.O.) Sie ist also primär keine Wertung, sondern logische Erschließung als objektive Sinndeutung mit Blick auf den Wertekosmos.

Einen solchen Umgang mit Werten sieht Weber nun in der Rechtsdogmatik verwirklicht, die als „normative Wissenschaft" genau solche Sinnhorizonte eröffne (vgl. Weber 1988i [1918]: 499).[874] Denn sie frage nach dem objektiven Sinn der Rechtssätze, der sich aus der Errichtung eines systematischen Zusammenhangs unter Wahrung des Prinzips der Folgerichtigkeit und Widerspruchslosigkeit, also aus der der systematisch-konstruktiven Arbeit, ergebe. Dies gilt insbesondere auch angesichts eines Polytheismus der Werte, eines grundsätzlichen antagonistischen Verhältnisses der Werte untereinander: „Es handelt sich nämlich zwischen den Werten letztlich überall und immer wieder nicht nur um Alternativen, sondern um unüberbrückbar tödlichen Kampf, so wie zwischen ‚Gott' und ‚Teufel'. Zwischen diesen gibt es keine Relativierungen und Kompromisse." (Ebd.: 507) Denn aufgrund solcher kollidierenden und unvereinbaren letzten Werte bestehe kein objektiver Sinnzusammenhang, sondern müsse immer konstruktiv mittels spezifischer Denkmittel hergestellt werden. Dadurch könne man „den ‚Sinn' der Wertungen, also ihre letzte sinnhafte Struktur und ihre *sinnhaften* Konsequenzen ermitteln, ihnen also den ‚Ort' innerhalb der Gesamtheit der überhaupt möglichen ‚letzten' Werte anweisen und ihre sinnhaften Geltungssphären abgrenzen" (ebd.: 508, H.i.O.). Diese Denkmittel stammen wiederum aus der produktiven bzw. Konstruktionsjurisprudenz und wurden bereits als Vorbild für die idealtypische Begriffsbildung herangezogen: das induktiv ansetzende Herausarbeiten der letzten, innerlich konsequenten Wertaxiome, eine „von der Einzelwertung und ihrer sinnhaften Analyse ausgehende, immer höher zu immer prinzipielleren wertenden Stellungnahmen aufsteigende Operation" (ebd.: 510), wie sie etwa Puchtas oder des frühen Jherings Prinzipienermittlung vergleichbar ist; daran anschließend die Deduktion der Konsequenzen für die wertende Stel-

874 So schreibt Weber: „Die Wissenschaften, normative und empirische, können den politisch Handelnden und den streitenden Parteien nur *einen* unschätzbaren Dienst leisten, nämlich ihnen zu sagen: 1. es sind die und die verschiedenen ‚letzten' Stellungnahmen zu diesem praktischen Problem *denkbar*; – 2. so und so liegen die Tatsachen, mit denen ihr bei eurer Wahl zwischen diesen Stellungnahmen zu rechnen habt." (Weber 1988i [1918]: 499; H.i.O.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lungnahme, die zwar sinnhaft in Bezug auf die Argumentation ist, aber an empirische Feststellungen gebunden ist und davon ausgehend – im produktiven und konstruktiven Sinne – zu neuen Wertaxiomen führen kann (vgl. ebd.: 511). Das alles steht bei Weber unter dem Primat der Logik, wie auch die logisch-dogmatischen Konstruktionen der Rechtswissenschaft unter dem Primat der Logik stehen. Daher ist „das Gelten im juristischen Sinn [...] ein logisches Soll" (Weber in Simmel et al. 1911c: 325) – also logische Sinnermittlung und nicht subjektive Wertung.[875] Als solche vermag sie aber auch für die empirische Wissenschaft an Relevanz zu gewinnen, nicht nur, da das „normativ ‚richtig' Geltende" für Weber „als ein besonders leicht verständlicher *konventioneller* Typus in Betracht kommt" (Weber 1988i [1918]: 533, H.i.O.), sondern da damit ein logisches Verfahren entworfen wird, das in seiner Wertinterpretation der empirischen Forschung einen intersubjektiv vorgegebenen Rahmen für die Wertbeziehungen aufzuzeigen vermag.

Diese Orientierung am Verfahren der Rechtsdogmatik erweist sich aber auch hinsichtlich der Folgeprobleme von Webers methodologischer Wahl als relevant. So sehr sich Weber in erkenntnis- und wissenschaftstheoretischer Hinsicht auf die neukantianische Wertphilosophie beruft, so sehr versucht er die daraus folgenden Problemlagen des Neukantianismus zu umgehen, d.h. von den weitreichenden Konsequenzen der Wertbeziehungslehre und normativen Wahrheitstheorie Rickerts und dem daraus folgenden Entwurf eines Systems der Werte eingeholt zu werden (vgl. etwa Wagner 1987: 158; Wagner, Zipprian 1989: 10ff.; Treiber 1997: 412, 431).[876] Weber kann dies vermeiden, indem er den „Umweg" über die Rechtswissenschaft wählt (vgl. Treiber 1997: 431, 412; Treiber, Quensel 2002: 97ff.). Denn damit liegt ihm eine „normative Wissenschaft" vor, die sich nicht mit wertphilosophischen Problemen der Wertbeziehung und Werthierarchisierung, mit letzten Werten und Wertesystemen auseinandersetzt, sondern die Werte rein logisch auf ihren Sinngehalt hin zu syste-

875 Da „auch die *logische* Analyse eines Ideals auf seinen Gehalt und auf seine letzten Axiome hin und die Aufzeigung der aus seiner Verfolgung sich logischer und praktischer Weise ergebenden Konsequenzen [... ] auch für ihn [einen Chinesen, D.S.] gültig sein muß" (Weber 1988b [1904]: 155, H.i.O.), bewegt sich die Ermittlung des objektiven Sinns jenseits der subjektiven Wertungen.

876 Selbst Rickert hebt dies bei Weber hervor, wenn er in seiner Vorrede zur 3. und 4. Auflage von *Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung* schreibt: Weber „glaubte eigentlich nur an die ‚Logik'. Daher stand er auch meinem Plan einer universalen wissenschaftlichen Weltanschauungslehre aufgrund eines umfassenden Systems der Werte [...] ‚skeptisch' gegenüber" (Rickert, zitiert nach Tenbruck 1999a: 57, Anm. 25).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

matisieren sucht.[877] Daher wechselt Weber mit der Rechtswissenschaft sozusagen vom Wert zum Sinn, sie ist nicht – wie bei Lask – eine empirische Kulturwissenschaft, die als solche unter dem Diktum der Wertbeziehungslehre stünde (vgl. hierzu Treiber, Quensel 2002: 98ff.). Aufgrund der Subjektivität der Zwecke (s.o.) ist sie auch keine Zweckwissenschaft, sondern eine „Normwissenschaft", die primär der Sinnermittlung der Normen dient.

Damit liefert die Rechtsdogmatik ein genuin wissenschaftliches Verfahren des Umgangs mit Werten, hierin besteht ihr spezifischer Wissenschaftscharakter, und daher eignet sie sich als Bezugspunkt eines wissenschaftlichen Umgangs mit Werten jenseits der Wertphilosophie. Zudem kann sich Weber mit der Orientierung an der Rechtsdogmatik ganz der Logik verpflichten, was angesichts einer zunehmenden Rationalisierung des Okizdents zugleich eine spezifische Evidenz besitzt.[878]

### 6. *Zusammenfassung: Webers wissenschaftslogische Bestimmung der Rechtsdogmatik*

Für Webers verstehende Soziologie, die über die idealtypische Begriffsbildung streng wissenschaftlich, d.h. spezifisch ‚objektiv' und werturteilsfrei verfährt, ist die Orientierung an der Rechtsdogmatik wesentlich – allerdings unter der Prämisse, dass soziologische und juristische Betrachtungsweise streng voneinander getrennt sind, um die Autonomie der Soziologie nicht zu gefährden. Wenn Weber derart das Verhältnis der Jurisprudenz zur soziologischen Begriffsbildung bestimmt, dann setzt das eine bestimmte wissenschaftslogische Beschaffenheit der Rechtsdogmatik voraus (vgl.

877 Man kann auch sagen: Die Rechtsdogmatik tritt an die Stelle der Wertphilosophie. Diese Interpretation von Webers Rekurs auf die Rechtsdogmatik wird durch den eigentümlichen, von Rickert abweichenden Gebrauch des Wertphilosophie-Begriffs im *Wertfreiheits*-Aufsatz unterstützt: Wertphilosophie ziele auf der Basis des Polytheismus der Werte, der letztlich keine ‚objektive' Systematisierung der Werte zulasse, auf die Ermittlung des jeweiligen ‚idealen' Sinnzusammenhangs der Werte (vgl. Weber 1988i [1918]: 507f.).

878 Im Zuge der Rationalisierung haben sich nach Weber verschiedene Wertsphären ausdifferenziert, die jeweils nach eigenen Sinnregeln und mit eigener Dynamik funktionieren. Ob dazu auch das Recht zählt, ist angesichts der Tatsache, dass Weber es nicht als solche explizit bezeichnet, umstritten (vgl. Oakes 2007 m.w.N.). Da Weber bei der Frage der Rolle der Rechtswissenschaft für die empirische Wissenschaft auf der wissenschaftslogischen Ebene argumentiert, ist diese Frage m.E. hier jedoch nicht von Relevanz.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - 

Treiber, Quensel 2002: 96): Recht muss auch als Wissenschaft konstituierbar sein, so dass positives Recht der Rechtswissenschaft übereignet und insofern nach deren eigenen rationalen Prinzipien behandelt werden kann. Der Wissenschaftscharakter der Jurisprudenz steht für Weber nicht in Frage. Die Rechtsdogmatik hat dabei die Anforderungen der begriffslogischen Klarheit und unbedingte Steigerung ihres Systemcharakters hin zu „logischer Geschlossenheit" zu erfüllen, um die primäre Aufgabe der objektiven Sinndeutung (als Vorbereitung der Wertung) bewältigen zu können. Sie erweist sich darin aus wissenschaftslogischen Gründen als abstrakt und wirklichkeitsfremd. Ihre konzeptionelle Leistung besteht Weber zufolge dann gerade in der Schärfe und Eindeutigkeit ihrer Konstruktion gegenüber der Mannigfaltigkeit und Fülle der zu beschreibenden Wirklichkeit. Da das Recht über seine Anwendung (Geltung und Syllogismus) zugleich wirklichkeitsbezogen ist, stellen sich die juristischen Begriffskonstruktionen zumindest idealiter als realitätsbezogene Darstellungsmittel zur Erschließung des immanenten Sinnes im sozialen Zusammenhang dar (vgl. ebd.: 102f.).

Gerade der spezifische Wissenschaftscharakter der Rechtsdogmatik, d.h. die wissenschaftslogische Spezifizierung der rechtsdogmatischen Begriffsbildung, begründet also für Weber die Möglichkeit und die Vorteile der Orientierung der Soziologie an der Rechtswissenschaft. Dies gilt nicht nur im Bereich der Idealtypenbildung, sondern auch, um angesichts eines Gegenstandes, der sich über Werte und Wertungen konstituiert (Kultur), das Problem der Werturteilsfreiheit zu lösen.

### *IV. Webers Bestimmungen der Rechtsdogmatik und das epistemische Dispositiv der Privatrechtswissenschaft*

Mit diesen Bestimmungen der Rechtswissenschaft bewegt sich Weber aber nicht nur in den soziologischen Debatten über die Eigenart der eigenen Disziplin, sondern ebenso im (privat-)rechtswissenschaftlichen Diskurs. Denn nicht nur indem er den Repräsentationsgedanken ablehnt, bezieht er deutliche Positionen mit Blick auf das epistemische Dispositiv der Historischen Rechtsschule in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Vielmehr lassen sich solche Positionierungen auch im Rahmen des gesellschaftsfunktionalen und des normativen Zweckdispositivs zeigen – und zwar letzteres nicht nur, weil Weber ebenfalls auf die wissenschaftstheoretische Ebene wechselt, sondern weil er zu den konkreten Fragestellungen innerhalb der Debatte explizit Stellung nimmt.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

### 1. Recht und Ordnung: Webers Abkehr vom gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositiv

Weber adressiert im *Kategorien*-Aufsatz das Recht für die Soziologie primär unter der Frage seiner Ordnungsleistung: „[A]ls ‚Recht' gilt uns soziologisch eine in ihrer empirischen Geltung durch einen ‚Zwangsapparat' (im bald zu erörternden Sinn), als Konvention eine nur durch ‚soziale Mißbilligung' der zur ‚Rechts'- bzw. ‚Konventions'-Gemeinschaft vergesellschafteten Gruppe garantierte Ordnung." (Weber 1988g [1913]: 445 Anm. 1) Damit greift er letztlich die gesellschaftsfunktionale Betrachtungsweise des Rechts auf, nicht nur indem er die große kausale Relevanz des Rechts für das soziale Leben feststellt, sondern insbesondere auch, indem er das Recht zum rationalen Idealtypus der orientierungsleitenden Satzung erklärt. Im Mittelpunkt steht die ordnungsstiftende empirische Wirkung von Rechtssätzen und der Rechtsordnung. Dies ist auch die Perspektive, die Weber in seinem Beitrag *Die Wirtschaft und die Ordnungen* aus der ersten Werkphase von *Wirtschaft und Gesellschaft* einnimmt und die bis in die *Grundbegriffe* nachverfolgt werden kann.[879]

In der Tat sind in Webers soziologischer Betrachtung der Rechtsordnung deutliche Parallelen zu den gesellschaftsfunktionalen Bestimmungen des Rechts zu erkennen, wie sie sich in dem an Jhering anschließenden Diskurs der Privatrechtswissenschaft als gesellschaftsfunktionales Zweckdispositiv verfestigten: Auch für Weber ist die Gesellschaft keine harmonische Sphäre, das soziale Leben ist durch grundsätzliche Antagonismen gekennzeichnet.[880] Daher bestimmt er die Funktion des Rechts ebenfalls in der Erwartungssicherung und darüber primär über seine ordnungsstabilisierende Leistung. Zudem wertet auch Weber die Gesetzgebung insofern auf, als Satzungen doch heute überwiegend oktroyiert seien.

Weber bestimmt Rechtssätze als „Normen", als Sollens-Sätze, und trennt sie darüber wie Jhering vom Kausalitätsgesetz der naturwissen-

879 Ihm geht es um die Klärung der höchst intimen Beziehungen „zwischen „Wirtschafts- und Rechtsordnung", allerdings unter der Prämisse, dass „diese letztere dabei nicht in juristischem, sondern in soziologischem Sinne verstanden" werde, d.h. „als *empirische* Geltung" (Weber 1976 [posthum]: 181, H.i.O.).

880 V.a. Regis Factor und Steven Turner haben in ihrem Buch *Max Weber. The Lawyer as Social Thinker* die Relevanz von Jherings *Zweck* für Webers methodischen Ansatz herausgearbeitet (Turner, Factor 1997). Der Fokus liegt vorliegend aber nicht auf einem solchen Vergleich Webers mit einem juristischen Autor, sondern auf seiner Verortung in den jeweiligen juristischen epistemischen Dispositiven, für die auch Jhering zwar ein zentraler Bezugspunkt war (s.o.), die jedoch davon ausgehend auch andere Probleme (z.B. Methodenlehre) behandelten.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schaftlichen Phänomene – ohne dann allerdings wie letzterer nach den „Naturgesetzen" der Zwecksphäre zu suchen. Und auch für Weber zeichnet sich das Recht im Verbund der Normen durch die Existenz eines spezifischen Zwangs mittels eines dafür bereitgestellten Erzwingungsapparats aus (vgl. Weber 1988g [1913]: 454 Anm. 1; 1988j [1921]: 576f.; 1976 [posthum]: 182). Darüber lassen rechtliche Normen sich von Normen der Konvention – und später auch gegenüber Brauch, Mode und Sitte – abgrenzen (vgl. Weber 1988g [1913]: 445 Anm. 1; 1988j [1921]: 570ff.; 1976 [posthum]: 187ff.).

Schließlich rekurriert Weber wie Jhering auf den (Zweck-)Verein, um die überindividuelle Sphäre zu fassen. Er ist für ihn der rationale Idealtypus einer dauernden Vergesellschaftung, wobei Weber anders als Jhering die Gesellschaft über diesen Begriff dann nicht zu einem verselbständigten Zwecksubjekt hypostatiert. Damit lässt Weber die überindividuellen, d.h. sozialen oder gesellschaftlichen Zwecke und damit die holistische Perspektive für das Recht außer Acht. Wenn es also beiden um die Zweck-Mittel-Relationen geht, so führt Weber sie über den „gemeinten Sinn" auf individuelle Handlungen zurück.[881] Zwecke sind dementsprechend immer subjektiv gemeint. Ein „gesellschaftlicher Utilitarismus", eine reine gesellschaftliche Zwecklehre oder die Suche nach Zweckgesetzen erweist sich weder von Interesse für die sinndeutende „verstehende Soziologie", noch ist dies logisch haltbar, da die kausale Betrachtungsweise mit einer normativen vermischt wird.[882]

Letztlich schreibt Weber wie Jhering der rechtsdogmatischen Begriffsbildung eine zentrale Funktion in der Analyse gesellschaftlicher Normen zu – allerdings setzt er dafür gerade nicht am Begriff der Gesellschaft an, von dem aus dann Schlussfolgerungen deduziert würden. Das Ding ‚Gesellschaft' bietet keinen legitimen Bezugspunkt seiner Soziologie. Vielmehr dienen ihm bereits entwickelte juristische Begriffe als Idealtypen, an

881 Allerdings haben Turner und Factor zu Recht darauf hingewiesen, dass auch bei Jhering eine handlungstheoretische Fundierung zu erkennen sei, leitet er doch den Zweck aus den menschlichen Handlungen her (das ist ja auch letztlich der Punkt, an dem Tönnies anschließt). Sie markieren die Differenz dahingehend, dass Jhering von einer abstrakten Theorie der Handlung ausgehe, während Weber damit eine Rückführung auf konkrete menschliche Handlungen jenseits einer abstrakten Definition beabsichtige (vgl. Turner, Factor 1997: 29). Daher unterscheidet sich auch die Definition des sozialen Handelns: Bei Jhering ist es Handeln für die Zwecke der Gesellschaft, bei Weber als seinem gemeinten Sinn nach auf das Verhalten anderer bezogen.

882 Daher lehnt Weber letztlich Jherings – und anderweitige – Bestimmung der Gesellschaftswissenschaft als Leitwissenschaft der Jurisprudenz ab.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

denen der subjektiv gemeinte Sinn konkreter Handlungen „gemessen" werden kann, um sich dessen Spezifik jeweils gewahr zu werden.

Auch wenn Weber damit sehr ähnliche gesellschaftsfunktionale Bestimmungen des Rechts hervorhebt, lässt dies nach Weber keinerlei Rückschlüsse auf die genuin rechtswissenschaftliche Betrachtungsweise zu:

> Zwischen dem juristisch-dogmatischen, normativen Gelten der Ordnung und einem empirischen Vorgang gibt es ja in der Tat kein Kausalverhältnis, sondern nur die Frage: wird der empirische Vorgang von der (*richtig* interpretierten) Ordnung juristisch „betroffen"?, *soll* sie also (normativ) *für* ihn gelten?, und, wenn ja, was sagt sie als für ihn normativ gelten*sollend* aus? (Weber 1988j [1921]: 576, H.i.O.)

*Vice versa* sagt die rechtswissenschaftliche Betrachtung nichts über die faktische Funktion, das Funktionieren der empirischen Ordnungen des sozialen Lebens aus (siehe die *Stammler*-Kritik).

Um diese wechselseitige Nichtrückführbarkeit zu begründen, wechselt Weber zur wissenschaftslogischen Trennung der „dogmatischen" von den „empirischen" Wissenschaften (vgl. Weber 1988j [1921]: 542). Denn es gelte:

> Es liegt auf der Hand, daß beide Betrachtungsweisen sich gänzlich heterogene Probleme stellen und ihre „Objekte" unmittelbar gar nicht in Berührung miteinander geraten können, daß die ideelle „Rechtsordnung" der Rechtstheorie direkt mit dem Kosmos des faktischen wirtschaftlichen Handelns nichts zu schaffen hat, da beide in verschiedenen Ebenen liegen: die eine in der des ideellen Geltensollens, die andere in der des realen Geschehens. (Weber 1976 [posthum]: 181)

Gesellschaftsfunktionale, d.h. faktisch ordnungsstiftende Leistungen des Rechts, lassen sich weder aus einer juristischen Rechtstheorie oder Rechtsentstehungslehre, noch aus der Arbeit an der juristischen Rechtsordnung herleiten. Die juristische Ermittlung des gelten-sollenden Inhalts der Rechtsordnung kann keinerlei direkte, v.a. direkte kausale Erkenntnisse über das gegenwärtige soziale Leben geben. Aus dem Sollen folgt kein Sein. *Vice versa* lässt die kausale Bestimmung des Rechts als Resultante oder Determinante des menschlichen Handelns keinerlei Rückschlüsse auf den an der Rechtsordnung zu ermittelnden ‚objektiven', ideellen Sinn zu. Aus dem Sein folgt kein Sollen.

Insofern erweisen sich die Problematisierungsweisen des genuin juristischen gesellschaftsfunktionalen Zweckdispositivs in den Debatten über das BGB und seine Entwürfe als nicht anschlussfähig, da sie nach Weber letztlich auch logisch nicht haltbar sind: Denn ob das BGB der sozialen



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Aufgabe gerecht werde, sei keine juristische, sondern eine kausale Frage, wenn man darunter – wie in den Debatten geltend gemacht wurde – den kausalen Einfluss, die „Wirkung" des Rechts versteht. Der Streit über die soziale oder unsoziale Tendenz als Frage nach der gesellschaftszersetzenden oder -stabilisierenden Wirkung des BGBs und seiner Entwürfe lässt sich nicht mit rechtswissenschaftlichen Mitteln entscheiden: Denn einerseits ist aus wissenschaftslogischen Gründen die Integration der soziologischen Erkenntnisweise in die Rechtswissenschaften (wie etwa bei Menger, Petražycki und Ehrlich) auszuschließen, andererseits ist eine funktionale Wendung des Repräsentationsgedankens nicht möglich, wie Webers Kritik des Repräsentationsgedankens zeigt. Daher seien auch die Debatten über deutsches oder römisches Recht letztlich irreführend. Der Jurist ist für Weber weder der Sachverständige für die soziale Ordnung, noch kann er die jeweils kausale Funktion des Rechts für das soziale Leben bestimmen.

Darüber hinaus lassen sich gesellschaftstheoretische Fragen nicht in Rechtsgebietszuweisungen übersetzen. Die Abgrenzung von Privatrecht und Öffentlichem Recht ist für Weber aus soziologischer Sicht nicht möglich (vgl. Weber 1976 [posthum]: 387ff.).[883] Daher ist die Privatrechtstheorie auch keine Gesellschaftstheorie. Will man das Recht als Mittel zum Zweck der gesellschaftlichen Ordnungssicherung einsetzen, so verlässt man sowohl die rechtswissenschaftliche als auch die soziologische Ebene, beruht doch die Beurteilung von solchen Zweck-Mittel-Relationen auf pragmatischen (Be-)Wertungen – nicht auf Sinnermittlung.

Eine solche Vermischung der pragmatischen mit der Sinnebene sei aber logisch nicht haltbar, und führe letztlich auch zu falschen Frontstellungen und Unterstellungen in der Debatte um die soziale Aufgabe des BGBs, wie Weber bereits im Jahr 1902 in seiner Lotmar-Rezension (insbesondere gegen Menger) anmerkte: „Wer […] in dem […] *Formalismus* der juristischen Begriffsbildung den Grund des vielbeklagten ‚unsozialen' Charakters des geltenden Privatrechts oder der bestehenden Rechtspflege sucht, greift weit fehl." (Weber 1902: 725, H.i.O.)[884]

---

883 Trotz allem liest sich Webers *Rechtssoziologie* über weite Strecken als Privatrechtsgeschichte des Okzidents. Das liegt nicht nur daran, dass für die Wirtschaft das Privatrecht zentral ist, sondern ebenso an der eigentlichen Frage, die Weber interessiert: die Rationalisierung des Rechts und des Rechtsdenkens in der Moderne (vgl. Weber 1976 [posthum]: 395). Dass sie gerade im Privatrecht zu verorten ist, zeigt letztlich Webers Rekurs auf die Begriffsjurisprudenz als „Höchstgrad methodisch-logischer Rationalität" (ebd.: 397, s.u.).

884 Zur Rolle der Lotmar-Rezension in Webers Werk vgl. Coutu 2009



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Aus diesen wissenschaftslogischen Befund zieht Weber praktische Folgerungen für das diskutierte Problem: „Nicht unformale ‚positive' *Begriffe*, sondern passend *spezialisierte* Rechts*normen* und unbefangene, sich streng an die Norm und damit auch an die Form – ‚die Zwillingsschwester der Freiheit' – bindende *Rechtsprechung* thun not." (Ebd.:, H.i.O.) Sozialpolitische Wertungen erweisen sich letztlich für Weber immer als willkürlich (ebd.), und um die Gefahr dieser Form der Willkür zu bannen, müsse die Rechtswissenschaft sich – wie Weber immer wieder mit dem Zitat aus Jherings früher Arbeitsphase von der „Zwillingsschwester"[885] betont (s.a. Weber 1988f [1909]: 419; Weber in Simmel et al. 1911c: 327) – der formalen Betrachtungsweise verpflichten.

### 2. *Rechtsdogmatik und Begriffsjurisprudenz: Webers Positionierung im normativen Zweckdispositiv*

Wenn Weber die Fahne des rationalen Rechtsformalismus hochhält (vgl. Quensel 1997: 153), so interveniert er in den juristischen Methodenstreit Anfang des 20. Jahrhunderts und reagiert auf die Problematisierungsweisen im normativen Zweckdispositiv:

Auch Weber normativiert das Rechtsverständnis, indem er Recht als „Norm" im normativen Sinne, d.h. als Gebot bestimmt. Für ihn sind Rechtssätze ja gerade keine Statuierung von Regelmäßigkeiten oder allgemeinen Gesetzen des Zusammenlebens, und der Zweck im Recht bzw. eines Rechtssatzes lässt sich nicht auf einen ‚objektiven' sozialen Zweck zurückführen. Darauf basierende Ansätze der Soziologisierung der Rechtswissenschaft (etwa Kornfeld, Ehrlich, Spiegel, Wüstendörfer) sind daher in der Perspektive Webers abzulehnen.

Dass im richterlichen Urteil der Sachverhalt an den juristischen Begriffen „wertend" gemessen wird, dass die Wertung hier unumgehbar ist, steht für Weber außer Frage (vgl. Weber 1988d [1907]: 323, H.i.O.). Genau das begründet ja – neben der Ermittlung des ‚objektiven Sinns' durch die Dogmatik – die Differenz zwischen empirisch-kausalen Wissenschaften und „‚normative[n]' Disziplinen, z. B. namentlich solche der Jurisprudenz" (Weber 1988a [1903-1906]: 86).[886]

---

885 Jhering schreibt im *Geist des römischen Rechts*: „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkühr, die Zwillingsschwester der Freiheit." (Jhering 1858: 497).

886 Insofern unterscheidet sich auch die Nationalökonomie von der Rechtsdogmatik, welche nach Weber als Kunstlehre eminent normativ-praktische Zwecke ver-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auch für Weber sind Recht bzw. Rechtsordnung und soziales Leben nicht deckungsgleich – allerdings aus wissenschaftslogischen Gründen, und nicht als Ergebnis einer Fehlentwicklung der Rechtswissenschaft. Die Entfremdung der rechtsdogmatischen Begriffskonstruktionen vom Leben ist vielmehr natürliche Folge der ‚Logisierung des Rechts'. Daher basiere der Vorwurf der Lebensferne der Begriffsjurisprudenz auf einem grundlegenden Missverständnis hinsichtlich des wissenschaftstheoretischen Spezifikums der dogmatischen Rechtswissenschaft und rechtfertige letztlich keine wie auch immer geartete „‚soziologische[]' Fundierung der Jurisprudenz" (Weber 1976 [posthum]: 508).

Diese Logisierung des Rechts garantiere die Wissenschaftlichkeit der Rechtsfindung, d.h. jene Abwehr der Willkür, in der Weber die Gewähr der Freiheit erblickt. Nur ein solcher rationaler Rechtsformalismus gewähre in der okzidentalen Moderne letztlich Rechtssicherheit. Denn „wenn einmal der rein formale Standpunkt des Rechts verlassen wird", sei aus „allgemeinen Empfindungen heraus je nach der persönlichen Weltanschauung auch das gerade Gegenteil deduzierbar" (Weber 1902: 729f.).[887] Dass es im Formalismus auch zu ‚ungerecht' empfundenen Urteilen kommen könne, schließt Weber keinesfalls aus (s.o.). Allerdings seien objektiv gerechte Urteile als Werturteile wissenschaftlich nicht herleitbar.

Weber greift aber auch genuin rechtsdogmatische Problemlagen auf: Die Frage, ob *de facto* Lücken im Recht existieren, bejaht er in *Die Wirtschaft und die Ordnungen* umstandslos:

> Die rechtliche Geordnetheit eines Sachverhalts, d.h. immer: das Vorhandensein einer menschlichen Instanz, wie immer geartet sie sei, welche im Fall des Eintritts der betreffenden Tatsache als (prinzipiell) in der Lage befindlich gilt, nach irgendwelchen Normvorstellungen anzugeben: was nun „von Rechts wegen" zu geschehen habe, ist aber überhaupt nirgends bis in die letzten Konsequenzen durchgeführt. (Weber 1976 [posthum]: 193; s.a. Weber in Simmel et al. 1911c: 326)

---

folgt. Letztlich sei sie „offensichtlich eine Dogmatik in einem logisch sehr anderen Sinn" (Weber 1988i [1918]: 536).

887 Das gilt letztlich auch mit Blick auf eine allgemeine Verhaltenserwartung. So schreibt Weber: „Und hier liegt das spezifische Interesse des rationalen kapitalistischen ‚Betriebes' an ‚rationalen' Ordnungen, deren praktisches Funktionieren er in seinen Chancen ebenso berechnen kann wie das einer Maschine." (Weber 1988g [1913]: 474; s.a. 1920: 11) Insofern stellt das vielgeschmähte juristische Ideal des „Rechnens mit Begriffen" für Weber eine Entwicklungsbedingung des okzidentalen Kapitalismus dar.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Unzweifelhaft erscheint ihm, dass rechtliche (und konventionelle) Ordnungen „prinzipell […] nur Fragmente" des Einverständnis- und Gemeinschaftshandeln erfassen. Dies könne ganz bewusst geschehen, pflegten doch zumeist „gerade ‚grundlegende' Fragen einer sonst sehr stark durchrationalisierten Rechtsordnung rechtlich überhaupt gar nicht geregelt zu sein" (Weber 1976 [posthum]: 193f.).[888] Ebenso erscheint Weber die „unzweifelhafte[] Tatsache: daß noch jetzt die Gerichtspraxis, z.B. auch des deutschen Reichsgerichts, gerade nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs, gelegentlich teils *praeter*, teils sogar *contra legem* ganz neue Rechtsprinzipien aufstellt" (Weber 1976 [posthum]: 508; s.a. Weber in Simmel et al. 1911c: 327).

Wie die Mehrzahl der Teilnehmer am juristischen Methodenstreit wechselt Weber angesichts dieser Problemlagen auf die Ebene der Erkenntnis- und Wissenschaftstheorie. Hier geht es für ihn ebenfalls um die Bestimmung des Verhältnisses zwischen Rechtswissenschaft und Soziologie, wofür Weber (wie viele Juristen) auf die wissenschaftslogische Trennung von Sein und Sollen rekurriert. Darüber siedelt er die Rechtswissenschaft als normativ-dogmatische „Normwissenschaft" jenseits von Natur- und Kulturwissenschaft an. Anders als im juristischen Werturteilsstreit, in dem es darum geht, ob und wie die Rechtswissenschaft die Erkenntnisse der empirischen Wissenschaft zu integrieren habe, stellt sich Weber aber die spiegelbildliche Frage, wie die empirische Wissenschaft der Soziologie die Erkenntnisse einer derart normativ-dogmatischen Rechtswissenschaft zu integrieren habe. Dies betrifft die Ebene der Sinnermittlung, genau hier zeigt sich für Weber der wissenschaftslogische Charakter der Rechtsdogmatik

Diese Sinnfrage, und d.h. ja letztlich die Interpretation von Normen, ist nach Weber nicht auf der Ebene der juristischen Methodenlehre, sondern nur auf der Ebene der Wissenschaftstheorie zu beantworten. Denn im Rahmen der juristischen Methodenlehre lassen sich die Probleme der *de facto* lückenhaften Rechtsordnung sowie der Aufstellung von Rechtsprinzipien *contra legem* nicht wissenschaftlich lösen. Bei der konkreten Rechtsan-

888 Solche Lücken im Recht öffnen die Rechtsordnung für den Einfluss der soziologisch relevanten jeweiligen Machtlagen, auf die sie Rückschlüsse zulassen: „Man kann geradezu die These aufstellen: daß es für jede ‚Verfassung' im soziologischen Sinn, d.h. für die Art der faktischen, die Möglichkeit, das Gemeinschaftshandeln durch Anordnungen zu beeinflussen, bestimmenden Machtverteilung in einem Gemeinwesen charakteristisch ist, wo und welcher Art derartige, gerade die Grundfragen betreffende, ‚Lücken' seine ‚Verfassung' im juristischen Sinne des Worts aufweist." (Weber 1976 [posthum]: 194).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wendung komme letztlich das wertende Element zum Tragen, also genau jenes Moment, das gerade nicht wissenschaftlich einzufangen ist. Daher wendet Weber sich auch gegen die Versuche, das konkrete richterliche Urteil wissenschaftlich zu begründen – sei es über eine soziologisch-juristische Methode, sei es über die Teleologisierung. So sind die Ansätze der objektiven Fundierung des Rechtsgefühls in den soziologisch-juristischen Methoden von Gmelin oder Wüstendörfer zum Scheitern verurteilt, da dieses „außerordentlich labil" und „jäher Umschläge fähig" sei (Weber 1976 [posthum]: 445): „Stark emotional, ist gerade das ‚Gefühl' sehr wenig geeignet, stabil sich behauptende Normen zu stützen, sondern vielmehr eine der verschiedenen Quellen irrationaler Rechtsfindung." (Ebd.) Auch könne man das richterliche Werturteil nicht in den Seinstatsachen begründen (etwa Fuchs), ohne gegen die elementaren Regeln der Wissenschaftslogik zu verstoßen. Eine so ganz heterogene Betrachtungsweise wie die soziologische sei schlichtweg nicht geeignet, die juristische Methode zu ersetzen (vgl. Weber in Simmel et al. 1911c: 326). Aber auch gegenüber dem Verfahren der Abwägung der Interessenjurisprudenz hegt Weber Vorbehalte: Da die Abwägung zwischen widerstreitenden Interessen niemals auf wissenschaftlichen Weg erfolgen könne (vgl. Weber 1988b [1904]: 150; 1988i [1918]: 499), wird der Ort der Abwägung bei Weber – wie Joachim Rückert feststellt – „ganz treffend als ein *staatsmännisch*-politischer, nicht *empirischer*, ganz und gar nicht *objektiv*-wissenschaftlicher und *normativ* besonders wenig eindeutiger bezeichnet" (Rückert 2011: 917, H.i.O.).

Genuin wissenschaftlich lässt sich nach Weber mit der normativen Seite im Recht nur auf der Ebene des Sinns umgehen: Die Ermittlung des juristisch ‚objektiven Sinns' mit seiner scharfen, den Verfahrensweisen der Konstruktionsjurisprudenz folgenden Begriffsbildung erfolge aus dem Gesamtzusammenhang der Rechtsnormen, „deren Zusammenarbeitung zu einem in sich widerspruchslosen gedanklichen System die *eine* (elementarste) Arbeit der Jurisprudenz" sei (Weber 1988f [1909]: 420, H.i.O.). Dieser ‚objektive Sinn' dient dann als Grundlage der Wertung, gliedere sich doch die Rechtsordnung „in ein System von Gedanken und Begriffen, welches der wissenschaftliche Rechtsdogmatiker als Wertmaßstab benützt" (Weber 1988d [1907]: 348).

Mit diesen Bestimmungen bezieht Weber im juristischen Methodenstreit eine konkrete Position. Denn das, was er als wissenschaftslogisches Ideal der Rechtswissenschaft definiert, ist letztlich – wie schon von vielen angemerkt – die Rechtsdogmatik der Historischen Rechtsschule, d.h. der Begriffsjurisprudenz. Diese Konvergenz beruht nicht nur auf impliziten Verfahrensanleihen, sondern folgt für Weber aus der historischen Entwicklung des Rechts, insbesondere der Rationalisierung des Rechts und des



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rechtsdenkens zur heutigen okzidentalen Denkform (vgl. Weber 1976 [posthum]: 503ff.):[889]

Zu den möglichen rationalen „Denkmanipulationen" zähle neben der Analyse des Tatbestandes bzgl. seiner rechtlich relevanten Bestandteile zunächst die „Generalisierung", d.h. die Reduktion der für die Entscheidung des Einzelfalls maßgebenden Gründe auf eine oder mehrere ‚Prinzipien' in Form von Rechtssätzen (ebd.: 395). Parallel zu der „analytischen Gewinnung von ‚Rechtssätzen' aus den Einzelfällen" erfolge die „synthetische Arbeit der ‚juristischen Konstruktion' von ‚Rechtsverhältnissen' und ‚Rechtsinstituten'" (ebd.: 395f.). Als historisches „Spätprodukt", das mit der Konstruktionsarbeit auch in Spannung treten kann, sieht Weber die „Systematisierung" an: „Nach unserer heutigen Denkgewohnheit bedeutet sie: die Inbeziehungsetzung aller durch Analyse gewonnenen Rechtssätze derart, daß sie untereinander ein logisch klares, in sich logisch widerspruchsloses und, vor allem, prinzipiell lückenloses System von Regeln bilden […]." (Ebd.: 396) Dabei gilt nach Weber:

> Erst die sinndeutende Abstraktion läßt die spezifisch *systematische* Aufgabe entstehen: die einzelnen anerkanntermaßen geltenden Rechtsregeln durch die Mittel der Logik zu einem in sich widerspruchslosen Zusammenhang von abstrakten Rechtssätzen zusammenzufügen und zu rationalisieren. (Ebd.: 397, H.i.O.)

Diese Möglichkeiten der rationalen Bearbeitung des Rechts im Rahmen der Rechtsfindung sieht Weber nun in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz, also der Pandektistik, verwirklicht. Sie ziele mit ihrer Systematisierung auf „logische Sinndeutung" (ebd.: 396) und habe dabei den „Höchstgrad methodisch-logischer Rationalität erreicht" (ebd.: 397). Unabhängig von der faktischen Beschaffenheit des Rechts ermöglichten die gemeinrechtlichen Postulate die logische Lösung der Rechtsprobleme aus dem Recht selbst heraus, da sie auf den Annahmen beruhten:

> 1. daß jede konkrete Rechtsentscheidung ‚Anwendung' eines abstrakten Rechtssatzes auf einen konkreten „Tatbestand" sei, – 2. daß für jeden konkreten Tatbestand mit den Mitteln der Rechtslogik eine Entscheidung aus den geltenden abstrakten Rechtssätzen zu gewinnen sein müsse, – 3. daß also das geltende objektive Recht ein „lückenlo-

889 Hubert Treiber untersuchte jüngst Webers Annahmen über die Entwicklung des Rechts und der okzidentalen Rechtsrationalisierung kritisch mit Blick auf neuere rechtshistorische Erkenntnisse über die tatsächlichen Gegebenheiten (Treiber 2017).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> ses" System von Rechtssätzen darstellen oder latent in sich enthalten oder doch als ein solches für die Zwecke der Rechtsanwendung behandelt werden müsse, – 4. daß das, was sich juristisch nicht rational „konstruieren" lasse, auch rechtlich nicht relevant sei, – 5. daß das Gemeinschaftshandeln der Menschen durchweg als „Anwendung" oder „Ausführung" von Rechtssätzen oder umgekehrt [als] „Verstoß" gegen Rechtssätze gedeutet werden müsse […], da, entsprechend der „Lückenlosigkeit" des Rechtssystems, ja auch die „rechtliche Geordnetheit" eine Grundkategorie alles sozialen Geschehens sei (ebd.).

Dieser gemeinrechtlichen Logisierung entspricht die Formalisierung des Rechtsdenkens, jener spezifisch okzidentale Rechtsformalismus, der von idealen Gedankenbilder ausgeht und daher notwendigerweise eine gewisse Entfremdung vom Leben impliziert (s.o.).

Von dieser Warte aus formuliert Weber auch eine deutliche Kritik an den „antiformalen Tendenzen in der modernen Rechtsentwicklung" (ebd.: 503), wie er sie in den Positionen im juristischen Methodenstreit erkennt.[890] Denn auch wenn er der Doktrin der Lückenhaftigkeit des Gesetzes auf der empirischen Ebene durchaus zustimmt, könne man die Existenz einer solchen Regelungslücke mit Blick auf einen konkreten Fall, also die Frage, ob ein Tatbestand tatsächlich „neu" sei, nur aus dem systematischen Zusammenhang, dem Rechtssystem, feststellen (vgl. Weber 1988f [1909]: 419f.). Die „Fiktion seiner systematischen Geschlossenheit" des Rechts (Weber 1976 [posthum]: 507) ist für Weber kein Argument gegen die Rechtsdogmatik, sondern vielmehr ihr wissenschaftslogisches Wesensmerkmal, ohne die eine wissenschaftliche Behandlung des Rechts – auch mit Blick auf neue Sachverhalte – schlicht nicht möglich sei.

Auch dass – wie im Methodenstreit vertreten – im richterlichen Urteil nicht nur logische Normen zur Anwendung kämen, bestreitet Weber letztlich nicht (vgl. ebd.: 511f.). Allerdings lehnt er die daraus gezogenen methodischen und dogmatischen Schlussfolgerungen explizit ab: Die freirechtlichen Ansätze gehörten zu den irrationalistischen Spielarten der Abkehr von der gemeinrechtlichen Wissenschaft; sie seien eine „Form der Flucht in das Irrationale" (ebd.: 509), die gerade nicht den Status der Wissenschaftlichkeit für sich beanspruchen könne. „Wirklich *bewußt* ‚schöpferisch', d.h. neues Recht schaffend", wie dies im Methodenstreit für den

890 Dabei sind diese antiformalen Tendenzen nach Weber durchaus selbst „Konsequenzen der sich selbst überschlagenden wissenschaftlichen Rationalisierung und voraussetzungslosen Selbstbesinnung des Rechtsdenkens" (Weber 1976 [posthum]: 509).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Richter beansprucht wird, haben sich nach Weber „nur Propheten zum geltenden Recht verhalten“ (ebd.: 512, H.i.O.). Das sind aber Formen des „Wertirrationalismus“ (ebd.: 508), und eben nicht der wissenschaftlichen Begründung der Rechtswissenschaft.

Darüber hinaus führe die Befreiung des Richters von der logischen Operation der gemeinrechtlichen Jurisprudenz, für Weber gleichzustellen mit der Legitimierung richterlicher Eigenwertungen, nicht unbedingt zu gerechteren Urteilen: „Übrigens ist nicht sicher, ob die heute negativ privilegierten Klassen, speziell die Arbeiterschaft, von einer unformalen Rechtspflege für ihre Interessen das zu erwarten haben, was die Juristen-Ideologie annimmt.“ (Ebd.: 512)

Weder die soziologische Fundierung der Rechtswissenschaft, die auf Normen außerhalb des Gesetzes zurückgreife, um aus den empirischen Rechtserwartungen objektive Maßstäbe zu ermitteln (wie etwa Jung oder Ehrlich, vgl. ebd.: 507f.), noch die Teleologisierung der Rechtswissenschaft – sei es auf methodischer Ebene durch den Versuch, die Abwägung methodisch anzuleiten, oder sei es durch die Proklamation eines „richtigen Rechts“ (z.B. Stammler, ebd.: 508) – seien wissenschaftlich haltbar: „Jedenfalls aber wird die juristische Präzision der Arbeit, wie sie sich in den Urteilsgründen ausspricht, ziemlich stark herabgesetzt werden, wenn soziologische und ökonomische oder ethische Räsonnements an die Stelle juristischer Begriffe treten.“ (Ebd.: 512)

Webers Polemik richtet sich nicht nur gegen die wissenschaftslogischen Fehlschlüsse der verschiedenen Ansätze in der Methodenreformbewegung, sondern ebenso gegen deren intellektuelle Redlichkeit: Letztlich sei die freirechtliche Bewegung, d.h. bei Weber die Methodenreformbewegung, ein „Produkt intellektualistischer Desillusionierung“ (ebd.) sowie des juristischen Standesdünkels, d.h. der „ideologisch begründete[n] Machtansprüche des Juristenstandes“ (ebd.: 513), der sich gerade gegen die Entmachtung durch die Kodifikation (BGB) wendet (ebd.: 509).[891]

891 Weber schreibt: „Durch die stetige Zunahme des formulierten Gesetzesrechts und namentlich der systematischen Kodifikationen fühlen sich die akademischen Juristen in ihrer Bedeutung und auch in den Chancen der Bewegungsfreiheit des wissenschaftlichen Denkens empfindlich bedroht, und die rapide Zunahme der sowohl antilogischen wie antihistorischen Bewegungen in Deutschland, wo man das Los der französischen Rechtswissenschaft nach dem Code, des preußischen nach dem Allgemeinen Landrecht fürchtet, ist dadurch leicht erklärlich und insofern Produkt einer historischen, intern intellektualistischen Interessenkonstellation.“ (Ebd.: 509).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Weber plädiert also für die Beibehaltung der logischen Postulate der Begriffsjurisprudenz, da nur sie aus wissenschaftslogischer Sicht haltbar seien. Um diese Position vertreten zu können, muss er auf die erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Ebene wechseln. Nur dann besteht die Möglichkeit, werturteilsfrei über diese Frage zu entscheiden – eine Möglichkeit, über die Weber mit seiner Warnung vor den freiheitsgefährdenden Wirkungen des Rechtsirrationalismus aber hinausgeht.[892]

Weber befürwortet also eindeutig die Begriffsjurisprudenz. Nicht nur seine expliziten Stellungnahmen zum Rechtsdenken, sondern auch seine wissenschaftslogischen Bestimmungen der Rechtsdogmatik erweisen sich also keineswegs als juristisch neutral innerhalb der heftig geführten Debatte im juristischen Methodenstreit. Das liegt daran, dass er im Wechsel auf die Ebene der Wissenschaftstheorie die Problematisierungsweise des normativen Zweckdispositivs aufgreift, wie sie im Zuge dieser Auseinandersetzung entwickelt wurde. Denn auch Weber geht es darum, das Verhältnis zwischen Rechtswissenschaft und Soziologie zu bestimmen, auch wenn er damit ein gänzlich anderes Anliegen verbindet: die wissenschaftslogische Bestimmung der Soziologie in ihrer methodischen Eigenart. Das ändert aber nichts daran, dass es in der Diskussion dieser Frage keine Position gibt, die jenseits des juristischen Diskurses anzusiedeln wäre. Wie auch immer man die Soziologie bestimmt, man muss im normativen Zweckdispositiv mit Rückwirkungen auf die Bestimmung der Rechtswissenschaft rechnen, da man – wie ja auch Weber – das Verhältnis dieser beiden Disziplinen zu bestimmen sucht. Und egal wie man die Rechtswissenschaft bestimmt, hat dies Auswirkungen auf die Möglichkeit der Soziologie als eigenständige Disziplin.

Genau diese Wechselwirkung verdeutlicht Webers Ansatz: Nur wenn er die Rechtswissenschaft als eine normativ-dogmatische Wissenschaft bestimmt – und zwar weder als Zweckwissenschaft noch als Kulturwissenschaft, sondern als rein an der Logik orientierte Normwissenschaft –, die in Form der Begriffsjurisprudenz auf dogmatisch-systematische Sinndeu-

892 So ist Weber nicht unbedingt stringent in seiner Argumentation: Gegen Ernst Fuchs etwa wendet er ein, dass man nur auf Basis der „anzuerkennenden logischen Grundlagen der Rechtsinterpretation“ beurteilen könne, ob „das Gesetz unter irgend welchen Verhältnissen begriffliche Lücken haben kann oder nicht“ (Weber in Simmel et al. 1911c: 312), nicht aber, ob die Annahme der Doktrin der Lückenlosigkeit zu ungerechten, schädlichen oder sittlich verwerflichen Zuständen führen würde (ebd.). Gleichzeitig aber verwirft er die freirechtlichen Ansätze aufgrund ihrer Wirkung, nämlich gerade weil sie freiheitsgefährdend seien (s.o.).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tung gerichtet ist, kann sich seine verstehende Soziologie an ihr orientieren und dabei werturteilsfrei verfahren. Und nur wenn die Soziologie sich auf die deutende Erklärung des empirischen Handelns konzentriert, und daher zwischen Normen, Regelmäßigkeiten und Maximen unterscheidet, kann sie die Normordnung in ihrer idealen Geltung der Rechtswissenschaft überantworten und damit aus der Soziologie auslagern. Würde Weber eine der beiden Disziplinenbestimmungen ändern, könnte er seine Verortung der Soziologie mit seinen Bezügen und Abgrenzungen zur Rechtswissenschaft nicht aufrechterhalten. Daher ist die Bestimmung der Rechtsdogmatik in Form der Begriffsjurisprudenz für die Konstitution der Disziplin in höchstem Maße konstitutiv.

## *V. Die Immunisierung der Soziologie gegen das Recht*

Weber greift im Rahmen der Verhältnisbestimmung von Rechtswissenschaft und Soziologie auf die erkenntnis- und wissenschaftstheoretische Trennung von Sein und Sollen zurück. Darüber werden die beiden Disziplinen streng logisch geschieden, und die Rechtswissenschaft wird der Seite der normativen Wissenschaften zugeordnet. Weber verfestigt also von der soziologischen Seite aus die Abgrenzung der Disziplinen entlang der Trennlinie ‚Wirklichkeitswissenschaft versus normativ-dogmatische Wissenschaft'. Damit trägt er nicht nur zur Normativierung im Selbstverständnis der Rechtswissenschaften bei, sondern auch zur Immunisierung der Rechtswissenschaft gegen die Soziologie: Soziologische Erkenntnis ist auch bei Weber nicht in rechtswissenschaftliche überführbar, und die Rechtswissenschaft bestimmt selbst, inwiefern sie auf solche Begrifflichkeiten zurückgreifen will. Damit gilt aber zugleich: Indem die Soziologie die juristischen Problematisierungsweisen adaptiert, akzeptiert sie die normativistischen Regierungstechnologien eines Rechts, das sich zunehmend von den Zumutungen der empirischen Wissenschaften befreit. Damit trägt sie zur Immunisierung eines sich unpolitisch verstehenden Rechts gegen die Gesellschaft bei.

Dieses Vorgehen wirkt sich aber auch direkt auf den Entwurf der Soziologie aus. Es ermöglicht Weber, auf die Begriffe und Sinnermittlungen der Rechtsdogmatik zurückzugreifen, ohne den von ihm kritisierten ‚rechtsdogmatischen Verfälschungen des empirischen Denkens' anheimzufallen. Die Trennung der soziologischen von der juristischen Betrachtungsweise sichert also letztlich die Autonomie der Soziologie. Man muss eine Differenz im logischen Status setzen, um einen Unterschied der Disziplinen markieren zu können. Diese Differenz zieht Weber nicht anhand des Ob-



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

jekts ‚Recht', erweist sich doch das Recht als wichtiger empirischer Kausalfaktor in der gesellschaftlichen Entwicklung. Er unterscheidet die Disziplinen vielmehr im Sinne der neukantianischen Erkenntnislehre nach Art ihrer Betrachtungsweise, d.h. welcher Geltungsanspruch des Rechts in den Blick genommen wird (Seinsollen versus empirische Geltung) und daher die Begriffsbildung anleitet. Ist diese Unterscheidung garantiert, erweist sich die soziologische Orientierung an der Rechtsdogmatik als unproblematisch. Und es obliegt der Soziologie zu bestimmen, inwiefern und inwieweit sie auf die Begrifflichkeiten der Rechtsdogmatik zugreifen will.

Zudem hat Webers Soziologie das Problem der Normativität erfolgreich in die Rechtswissenschaft ausgelagert. Letztere ist es, die sich in ihrer praktischen Seite wertend auf Werte bezieht. Alles andere – auch ihre objektive Sinnermittlung – erweist sich dann als werturteilsfrei – und so auch die Soziologie. Damit hat die Soziologie gerade durch diese Abgrenzung ihren angestammten Platz gefunden. Die Konkurrenz zur Rechtsdogmatik in der Frage im Umgang mit Werten lässt sich über die wissenschaftslogische Trennung von Sein und Sollen von Seiten der Soziologie auflösen. Nun wird die Soziologie gegen die Rechtswissenschaft immun.

Sobald nun diese Trennungslinie gezogen ist, sobald der Platz der Soziologie im Kanon der Disziplinen gefunden ist, bedarf es einer Auseinandersetzung mit den Rechtswissenschaften nicht mehr. Anders formuliert: Sobald die Immunisierung der Soziologie erfolgreich vollzogen wurde, können zwar Zweckmäßigkeitsgründe für die Aufnahme dieser oder jener juristischen Begrifflichkeit sprechen, eine Hinwendung zu den aktuellen Debatten in der Rechtswissenschaft über Rechtsdogmatik oder -methodik ist aber nicht mehr notwendig, da von dieser Seite keine Konkurrenz mehr droht.

In der Tat lässt sich bei Weber eine Abnahme der Auseinandersetzung mit dem Recht nachzeichnen. Denn die proklamierte Notwendigkeit der soziologischen Orientierung an den juristischen Begrifflichkeiten wandelt sich später mit der Änderung der Architektur seiner Kategorien in den *Soziologischen Grundbegriffen*.[893] Hier ersetzt er das „Gemeinschaftshandeln" durch die genaue Definition des „sozialen Handelns" als Handeln, „welches seinem von dem oder den Handelnden gemeinten Sinn nach auf das

893 Es ist stark umstritten, wie sehr Weber in den *Grundbegriffen* seine Terminologie gegenüber dem *Kategorien*-Aufsatz abgeändert hat bzw. was ihn in der der Zeit zwischen 1913 und 1920 zu der Umarbeitung bewogen hatte (vgl. hierzu die Literaturnachweise bei Treiber 2014b: 1; Weiß 2018: 60ff.). Fragt man nach der Rolle der Abgrenzung zur Rechtsdogmatik, lässt sich ein deutlicher theoriearchitektonischer Wandel konstatieren.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verhalten *anderer* bezogen wird und daran in seinem Ablauf orientiert ist" (Weber 1988j [1921]: 542, H.i.O.) und unterscheidet vier mögliche sinnhafte Orientierungen des sozialen Handelns (zweck-, wertrational sowie traditional und affektiv/emotional). Davon aufsteigend gelangt er von den „sozialen Beziehungen" (vgl. hierzu Schluchter 2016: 271f.), zu deren Formen nun Vergemeinschaftung und Vergesellschaftung zählen (§ 10), zu den sozialen Geordnetheiten: solchen, die innerhalb des tatsächlichen Lebens als beobachtbare Regelmäßigkeiten auftreten (Brauch, Sitte, Mode), und solchen, die aus der Orientierung an der Vorstellung über das Bestehen einer legitimen Ordnung (Konvention, Recht) resultieren. Das markiert zugleich den Übergang zur Herrschaftssoziologie.[894] Soziale Beziehungen, bei denen zur Einhaltung ihrer Geordnetheit bestimmte Menschen (Leiter, Verwaltungsstab) vorhanden sind, nennt er nun Verband, zu deren Unterfällen dann auch Verein und Anstalt mit ihrer Satzungsorientierung gehören.

In dieser Neuanordnung der Grundbegriffe hebt Weber nun ausdrücklich die Existenz von Regelmäßigkeiten im sozialen Handeln hervor, die wie der Brauch, die Sitte oder die Mode, aber auch das ‚nackte' Marktgeschehen mit keinem normativen Geltungsanspruch verbunden sind. Dieser geht nur noch mit der Konvention, dem Recht und den drei Formen der legitimen Herrschaft einher. Daher wird der ursprünglich mit dem Einverständnishandeln verbundene umfassende Geltungsanspruch auf diese Bereiche beschränkt, und die Kategorie des Einverständnisses verschwindet (vgl. Lichtblau 2017: 300). Es besteht zwar nach wie vor die Notwendigkeit, auf der Sinnebene zwischen normativen und empirischen Disziplinen über die Differenz von objektiv und subjektiv gemeintem Sinn zu unterscheiden (§ 1), ebenso wie es aus faktischen Gründen nach wie vor zweckmäßig erscheint, auf juristische Kollektivbegriffe zurückzugreifen (Weber 1988j [1921]: 553). Doch sieht Weber in den *Grundbegriffen* nun nicht mehr das ‚unvermeidliche Schicksal' aller Soziologie in dem Rückgriff auf juristische Begrifflichkeiten, und zwar gerade weil die normativen Ordnungen nun nicht mehr die einzig soziologisch relevanten handlungsorientierenden Geordnetheiten darstellen. Aus diesem sachlichen Grund wendet Weber nun gegen Stammler ein: „Bei Stammler ist nicht nur das empirische und das normative Gelten nicht geschieden, sondern überdies verkannt, daß das soziale Handeln sich nicht *nur* an ‚Ordnungen' orientiert […]." (Ebd.: 575, H.i.O.)

894 Insofern spielt das Recht als Strukturmerkmal der Legitimation der Herrschaftstypen eine zentrale Rolle in Webers Herrschaftssoziologie (vgl. Weber 1988h).



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Auseinandersetzung mit der Rechtswissenschaft erfolgt in den *Grundbegriffen* nun bei einzelnen sachlichen Punkten – aber nicht wie im *Kategorien*-Aufsatz als eigenständiger Topos im methodischen Teil zur Grundlegung der Soziologie als eigenständige Disziplin. Zu diesem Ergebnis konnte Weber aber erst über seine vorherige genaue Verhältnisbestimmung von Rechtswissenschaft und Soziologie gelangen. Daher erscheint es neben begrifflichen Anleihen plausibel, wenn er in der Vorbemerkung zu den *Grundbegriffen* erneut betont, dass seine Auseinandersetzung mit Stammler „die Grundlagen des Nachfolgenden vielfach schon enthielt" (ebd.: 541).

Zu Recht wird davor gewarnt, die begriffsjuristische Fundierung von Webers soziologischer Betrachtungsweise zu verabsolutieren (vgl. Treiber, Quensel 2002: 105; Gephart 1993a: 497; Quensel 2007: 106). Jenseits einer solchen Konzentration auf die jeweiligen Begriffskonstruktionen zeigt jedoch die Analyse von Webers Auseinandersetzung mit dem Recht in seinen methodologischen Ausführungen, dass der Entwurf seiner Soziologie als Intervention nicht nur in den nationalökonomischen, sondern ebenso in den juristischen Methodenstreit zu lesen ist. Denn jene rechtswissenschaftliche Debatte drohte nicht nur den Umgang mit normativen Phänomenen in eine falsche Richtung zu lenken, sondern auch die Eigenständigkeit der Soziologie zu gefährden. Das erweist sich aber für Webers verstehende Soziologie als gefährlich – sowohl was die Bestimmung der disziplinären Eigenart der Soziologie, als auch was die Wissenschaftlichkeit dieser Disziplin im Sinne von Objektivität und Werturteilsfreiheit betrifft. Sobald die Kluft zwischen Rechtswissenschaft und Soziologie aber zementiert ist – ein Umstand, an dem nicht nur Weber von soziologischer Seite, sondern auch die rechtswissenschaftliche Seite im normativen Zweckdispositiv mitarbeitet – erscheint eine soziologische Auseinandersetzung mit den Rechtswissenschaften nicht mehr notwendig. Insofern ist auch bei Weber jene Bewegung erkennbar, dass die ursprüngliche Notwendigkeit der Beschäftigung mit dem Recht – und d.h. bei ihm v.a. mit den Rechtswissenschaften auf erkenntnis- und wissenschaftstheoretischer Ebene – in eine Abkehr vom Recht mündet.



https://doi.org/10.5771/9783748909736-389 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND