

# Einleitung

## § 1 Gegenstand und Methode der Rechtssoziologie

Dem Juristen geht es um die Frage: Wie soll der Richter entscheiden? Deshalb fragt er: Was sagen Gesetz und Recht? Wie haben die Gerichte bisher entschieden? Welche Vorschläge werden ihnen im juristischen Schrifttum und vielleicht auch in der öffentlichen Meinung gemacht? Welche Lösung verdient am Ende den Vorzug? Der Rechtssoziologe dagegen möchte wissen: Warum entscheiden die Richter gerade so und nicht anders? Er gibt sich nicht zufrieden mit der Erklärung, daß ihre Urteile auf dem Gesetz, einem Präjudiz oder einer herrschenden Meinung beruhen, sondern fragt weiter: Läßt sich der Richter wirklich vom Gesetz motivieren? Inwieweit werden Gesetze von den Gerichten, den Behörden und vom Publikum befolgt? Warum haben die Gesetze gerade diesen und keinen anderen Inhalt? Wem nützen und wem schaden sie? Ja, warum gibt es überhaupt Gesetze und Gerichte?

Aber nicht nur die Fragen der Rechtssoziologie sind andere als die der Jurisprudenz; die Methoden zu ihrer Beantwortung sind nicht weniger verschieden. Die Frage nach der richtigen Methode ist freilich in der Rechtssoziologie ebenso umstritten wie in der Rechtswissenschaft. Immerhin kann man doch sagen, daß die Methoden der empirischen Sozialforschung einen wesentlichen Bestandteil der Rechtssoziologie ausmachen, mag ihr Stellenwert auch kontrovers sein.

Die Rechtssoziologie fördert mit ihren Fragen und Methoden Erkenntnisse zu Tage, die juristischen Vorstellungen oft zu widersprechen scheinen. Der einfachste Fall wäre etwa die Feststellung, daß eine bestimmte Rechtsnorm, deren Geltung der Jurist postuliert, sich in der Praxis als wirkungslos erweist. **Rechtssoziologie** wird deshalb oft als **Kritik des Rechts und der Rechtswissenschaft** empfunden, auch dann, wenn sie Kritik gar nicht beabsichtigt. Dieser Effekt wird dadurch erheblich gesteigert, daß sich die Rechtssoziologie zu einem Teil betont als kritische oder Oppositionswissenschaft versteht. Es ist deshalb kaum erstaunlich, daß viele Juristen der Rechtssoziologie ablehnend, mindestens aber skeptisch gegenüberstehen, auch wenn die meisten heute jedenfalls ein Lippenbekenntnis zur Rechtssoziologie ablegen. Inzwischen steht in allen Studien- und Prüfungsordnungen für die Juristenausbildung, daß die sozialen Bezüge des Rechts mitbedacht und berücksichtigt werden sollen. Aber die Skepsis ist geblieben, auch wenn man nicht mehr, wie vor ein paar Jahren noch, von einer »Knochenerweichung« der Jurisprudenz durch die Rechtssoziologie redet. Ganz unbegründet ist die **Skepsis der Juristen** nicht. Es gibt durchaus Richtungen, die die soziologische Betrachtung des Rechts für die wissenschaftlich einzig

zulässige halten, und mindestens zeitweise gab es andere, die den Juristen nicht nur ihre Wissenschaftlichkeit bestreiten, sondern ihnen auch ihre Entscheidungszuständigkeiten abnehmen wollten.

Die **Forderung nach sozialwissenschaftlicher Fundierung der Jurisprudenz** gehört seit langem zum Kernbestand aller Vorschläge für die Reform der juristischen Ausbildung und der Verbesserung der juristischen Praxis. Inzwischen hat sich die Rechtssoziologie mindestens als Lehrfach im Universitätsbereich etabliert, so daß es den Anschein hat, man sei auf dem Wege, die Forderung nach einer Einbeziehung der Sozialwissenschaften in die Jurisprudenz einzulösen. Aber die zum Lehrfach erwachsene Rechtssoziologie wird zum bloßen Alibi, wenn die soziologische Betrachtung aus den herkömmlichen Fächern ausgesperrt bleibt. Eine verselbständigte Rechtssoziologie kann die Integration der Sozialwissenschaften in die dogmatischen Fächer nicht ersetzen. Sie steht in Gefahr, abstrakt und theoretisch betrieben zu werden, sozusagen als säkularisierter Ersatz für die Rechtsphilosophie, und dabei die Rechtswissenschaft, wo sie konkret und aktuell wird, unberührt zu lassen. Es ist selbstverständlich, daß zu jeder einigermaßen wichtigen Rechtsfigur historische Erläuterungen gegeben werden, daß man sich über ihre römisch- oder deutschrechtlichen Ursprünge orientiert und auch rechtsvergleichende Betrachtungen anstellt. Ebenso selbstverständlich muß es werden, ein Rechtsinstitut auch auf seine sozialen Voraussetzungen und gesellschaftlichen Auswirkungen hin zu befragen, ohne dabei die grundsätzlich gegenläufigen Funktionen von Soziologie und Dogmatik aus dem Auge zu verlieren.

Die **Schwierigkeiten** eines solchen Vorhabens sind nicht zu unterschätzen. Immerhin sind ähnliche Vorstellungen schon vor einem Menschenalter von *Eugen Ehrlich*, *Hermann Kantorowicz* und *Arthur Nußbaum* nachdrücklich formuliert worden, ohne daß sich praktisch viel geändert hätte. Man kann zwar darauf verweisen, die Soziologie, weil als Kritik- und Oppositionswissenschaft angetreten, sei von den Juristen bekämpft und unterdrückt worden. Das ist sicher zu einem guten Teil zutreffend. Aber die Schwierigkeiten liegen ebenso in der Sache. Leicht greifbar erscheinen die gesellschaftlichen Bezüge des Rechts allenfalls, wenn man den Plural verläßt und als einzigen Bezug nur noch den Klassengegensatz thematisiert. Dieser Bezug ist kaum gering zu schätzen. Wegen seiner vordergründigen Simplizität und Rigorosität ist er zu einem fruchtbaren Ausgangspunkt praktischer Problemerkörterung auch in der Rechtssoziologie geworden. Das gilt nicht nur für das Arbeitsrecht, wo hinter vielen rechtlichen Regelungen ein Interessengegensatz von Arbeitgeber und Arbeitnehmer durchscheint, der von manchen als Klassengegensatz interpretiert wird, sondern auch für viele andere Fragestellungen, für Vertragsfreiheit und Geschäftsbedingungen, für den rechtlich geschützten Inhalt des Eigentums, für die Probleme der Wirtschaftskriminalität oder für die Frage, ob der Justizapparat eine Art Klassenjustiz produziert. Es zeigt sich aber schnell, daß man mit diesem Ansatz nicht auskommt, daß sehr viel

differenziertere Betrachtungsweisen notwendig und möglich sind. Dazu ist vor allem eine ungeheure **Detailarbeit erforderlich**, die erst nach und nach in Angriff genommen werden kann.

Diese Arbeit muß an anderer Stelle geleistet werden. In einem Lehrbuch der Rechtssoziologie können konkrete Sachfragen nur exemplarisch behandelt werden. Was hier geleistet werden kann, ist eine Grundlegung, wie sie für die Arbeit am Detail Voraussetzung ist. Eine solche Grundlegung ist notwendig abstrakt und allgemein. Sie wird den am Konkreten interessierten Leser über weite Strecken enttäuschen, wenn er sie nicht als Vorbereitung akzeptiert, um außerhalb der juristischen Gedankenwelt einen Standpunkt zu gewinnen, der dann auch im konkreten Detail eine sozialwissenschaftlich fundierte Kritik des Rechts ermöglicht.

Eine an den Juristen adressierte Darstellung der Rechtssoziologie hat mit dem Problem zu kämpfen, daß sie keine soziologischen Vorkenntnisse voraussetzen darf, wie sie eigentlich notwendig wären. Andererseits fehlen Raum und Zeit, um ein soziologisches Propädeutikum zu bieten. Der Hinweis an den Leser, er möge selbst soziologische Einführungsliteratur<sup>1</sup> zur Hand nehmen, wird vermutlich ebenso wirkungslos bleiben wie manche Rechtsnorm. In dieser Lage bietet es sich an, aus der Not eine Tugend zu machen. Rechtssoziologie ist eine Bindestrich-Soziologie besonderer Art. Medizin-Soziologie oder Kunst-Soziologie, Militär-Soziologie oder die Soziologie der Gemeinde befassen sich jeweils mit einem sachlich umgrenzten Ausschnitt der Gesellschaft. Für die Rechtssoziologie gilt etwas anderes, denn das Recht ragt unspezifisch in alle Lebensbereiche hinein. Es regelt nicht nur die Verfassung des Staates, die Verwaltung seiner Untersysteme, es befaßt sich nicht nur mit dem Tauschverkehr der Bürger untereinander. Das Recht kümmert sich um ärztliche Kunstfehler und die Durchführung von Organtransplantationen; es ist zur Stelle, wenn ein Regisseur sich gegen die Veränderung seiner Operninszenierung wendet, Soldaten sich über ihre Vorgesetzten beschweren oder Nachbarn in Streit geraten, wenn Studenten Examen ablegen oder gegen Atomkraftwerke protestieren. Recht kann in alle Lebensbereiche eindringen, soweit es sich nicht, wie durch die Positivierung der Menschen- und Bürgerrechte geschehen, selbst Fesseln angelegt hat; und auch dann bleibt noch die Frage, ob diese Fesseln halten.

**Recht ist ein ubiquitärer Bestandteil der Sozialstruktur.** Daraus folgt nicht nur die Forderung, daß sich Rechtssoziologie an die allgemeine Soziologie anlehnen sollte. Daraus folgt zugleich die Möglichkeit, die Darstellung der Rechtssoziologie

---

<sup>1</sup> Als solche kommt in Betracht: *Bellebaum*, Soziologische Grundbegriffe, 5. Aufl., o. J.; *P. Berger/B. Berger*, Individuum & Co., 1974; *Elias*, Was ist Soziologie?, 2. Aufl. 1971; *Hagen*, Soziologie für Juristen, 2. Aufl. 1983; *Kiss*, Einführung in die soziologischen Theorien, 2 Bde., 2. Aufl. 1974; *Reichardt*, Einführung in die Soziologie für Juristen, 1981; *Scheuch/Kutsch*, Grundbegriffe der Soziologie 1, 2. Aufl. 1975; *Wössner*, Soziologie, 6. Aufl. 1974

weitgehend in eine Darstellung theoretischer Ansätze der allgemeinen Soziologie einzubetten. Das soll in den Kap. 5-12 versucht werden. Dieser Darstellung werden vier Kapitel vorausgeschickt, die die Besonderheiten der Rechtssoziologie behandeln. Es wird dabei kein Wert darauf gelegt, die **Eigenständigkeit des Fachs** als einer besonderen Wissenschaftsdisziplin zwischen Jurisprudenz und Soziologie zu behaupten und zu begründen. Die Gemengelage der Rechtssoziologie zwischen diesen beiden Disziplinen bringt jedoch eine Anzahl von Problemen mit sich, die (in Kap. 2) näher erörtert werden müssen. Kap. 1 gibt zunächst einen historischen Überblick. Er ist allein schon deshalb unverzichtbar, weil die Geschichte des Faches den gemeinsamen Wissenshintergrund bildet, der eine Verständigung auch dort ermöglichen kann, wo es an allgemein akzeptierten Theorien noch fehlt. Kap. 2 behandelt unter der Überschrift »Theorie der Rechtssoziologie« die wissenschaftstheoretischen Probleme des Faches und hier besonders das Verhältnis von Rechtswissenschaft und Soziologie. Kap. 3 gibt einen Überblick über die Methoden der empirischen Sozialforschung und Kap. 4 leitet über zur Darstellung der verschiedenen Ansätze soziologischer Theorie in ihrer Anwendung auf Probleme des Rechts.

Ein Buch wie dieses leidet unvermeidlich unter den Vorlieben und Defiziten seines Autors. Dem kundigen Leser werden sie vor dem Hintergrund der unübertroffenen Gesamtdarstellungen von *Friedman*<sup>2</sup>, *Luhmann*<sup>3</sup> und *Cotterrell*<sup>4</sup> schnell deutlich werden. Als anschaulicher Einstieg an Hand einzelner Problemkreise ist nach wie vor die »Einführung in die Rechtssoziologie« von *Raiser* empfehlenswert. Eine gute Hilfe für die unumgängliche Lektüre von Spezialliteratur bieten verschiedene sogenannte Reader. Die wichtigsten sind »Sociology of Law« von *Aubert*, »Law and the Behavioral Sciences« von *Friedman/Macaulay*, »The Sociology of Law« von *Evan* und von *Donald Black* die Bände »Toward a General Theory of Social Control«. In deutscher Sprache liegen vor der von *Hirsch/Rehbinder* herausgegebene Band »Studien und Materialien zur Rechtssoziologie« sowie von *Blankenburg* »Empirische Rechtssoziologie«.

---

<sup>2</sup> *Lawrence M. Friedman*, *The Legal System. A Social Science Perspective*, 1975, deutsch: *Das Recht im Blickfeld der Sozialwissenschaften*, 1981.

<sup>3</sup> *Niklas Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 2. Aufl., 1983.

<sup>4</sup> *Roger Cotterrell*, *The Sociology of Law: An Introduction*, 1984.

# Kapitel 1      Geschichte der Rechtssoziologie

## § 2    Vorläufer

**Literatur:** *Gurvitch*, Grundzüge der Soziologie des Rechts, 1960, 47 ff.; *Maier/Ransch/Denzler*, Klassiker des politischen Denkens, Bd. 1, 4. Aufl. 1972, Bd. 2, 3. Aufl. 1974; *Popper*, Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, 2 Bde., 1957.

### I.    Soziologische Fragen als Teil der Philosophie

»Soziologische und rechtssoziologische Fragen sind als solche keine Errungenschaft der Neuzeit. Fragen dieser Art hat man immer schon gestellt. Für einen historischen Überblick könnte man bei *Platon* und *Aristoteles* beginnen. Zweitausend Jahre vor *Karl Marx* hat *Platon* die Bedeutung des ökonomischen Hintergrundes für die politische Entwicklung hervorgehoben und auch eine Art Klassentheorie entwickelt. Sie enthält, neben anderen, ein Gesetz politischer Revolutionen, nach dem eine Revolution eine Spaltung der herrschenden Klasse oder Elite voraussetzt. *Platons* Schüler *Aristoteles* bestimmte den Menschen als »geselliges Wesen« (*zoon politikon*); er erarbeitete eine Theorie der Gerechtigkeit, die schon viele Elemente moderner sozialpsychologischer Gerechtigkeitstheorien (vgl. § 19) enthält und er sammelte wie ein Rechtstatsachenforscher 148 zeitgenössische Verfassungen.

«Aber wir wollen uns mit dieser ersten Phase nicht aufhalten, in der die Soziologie ein Teil der allgemeinen philosophischen Betrachtung über die Gesellschaft war, die sich auf den Staat, das Recht und die Moral konzentrierte. Soziologische Fragen waren noch ganz in ethische und politische Forderungen eingebettet. *Platons* »Staat«, wie er ihn uns in dem gleichnamigen Dialog vorstellt, war der Absicht nach vor allem eine Lehre von der idealen, richtigen Gesellschaft. Wenn *Aristoteles* den Menschen als

Gemeinschaftswesen charakterisierte, war das zwar auch als empirische Aussage, zugleich aber als Zielbestimmung gemeint. Für *Aristoteles* war das Gemeinwesen freier Bürger die Lebensform, in der jeder seine körperlichen und seelischen Fähigkeiten am besten entwickeln und in einer bestimmten Funktion für das Ganze seine Erfüllung finden kann.

## II. Montesquieu

**Literatur:** *Montesquieu*, De l'esprit de lois, 1748, dt., Vom Geist der Gesetze, 1965.

In einer zweiten Phase begegnen uns soziologische und speziell rechtssoziologische Fragen als Teil einer Strömung, die parallel zur Renaissance und später zur Aufklärung das Naturrecht allein auf Vernunft gründen will und es damit verweltlicht. Zu denken ist an die verschiedenen Konstruktionen des Gesellschaftsvertrages von *Hobbes* über *Rousseau* und *Locke* bis zu *Kant*. Aus dieser Periode ist ein Autor hervorzuheben, der oft als Vorläufer der Rechtssoziologie genannt wird. Bekannter ist er als einer der Väter des Prinzips der Gewaltenteilung: *Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu* (1689 - 1755). In seinem berühmten Buch über den Geist der Gesetze (De l'esprit de lois, 1748) hat *Montesquieu* sehr deutlich die **wechselseitige Abhängigkeit von Recht und Sozialleben** gesehen, die ein Hauptthema der Rechtssoziologie bildet. Bei *Montesquieu* finden sich auch schon die zwei entscheidenden Gesichtspunkte, die lange Zeit die soziologische Betrachtungsweise prägten: Relativismus und Determinismus.

Zwar hatte sich *Montesquieu* noch längst nicht von den naturrechtlichen Vorstellungen frei gemacht, die seine Zeit beherrschten. Aber soweit er konkrete Rechtserscheinungen beschrieb und beobachtete, geschah das doch auf dem Standpunkt der grundlegenden Veränderlichkeit des Rechts in Raum und Zeit (**Relativismus**). Davon zeugt die Beschreibung ganz gegensätzlicher Regelungen:

»Das Gesetz der Malediven erlaubt es, eine Frau, die man verstoßen hat, wieder aufzunehmen. Das mexikanische Gesetz bedroht die Wiedervereinigung (nach der Scheidung) mit der Todesstrafe.«

Dann folgt allerdings eine philosophische Deutung:

»Das mexikanische Gesetz war vernünftiger, da es selbst bei der Auflösung an die ewige Dauer der Ehe dachte, während das Gesetz der Malediven weder die Ehe noch die Verstoßung ernst nimmt.«

Anschaulich tritt der relativistische Standpunkt *Montesquiens* auch hervor, wenn er in seinen Kapitelüberschriften Ausdrücke gebraucht, die für sozialen Wandel stehen: »Über den Ursprung und die Umwälzung des Erbrechts - wechselnde Rechtsprechung - Verfall von Grundlagen«.

Noch deutlicher ist *Montesquiens* **Determinismus**. Er erkannte als einer der ersten, daß soziale Ordnungen weder aus naturrechtlichen Prinzipien, noch aus dem

zweckrationalen Willen des Souveräns abgeleitet werden können. Es war sein erklärtes Ziel, die Rechtsgesetze in Beziehung zu außerrechtlichen Tatsachen zu bringen. Er sah das Recht durch objektive Ursachen determiniert, und zwar entweder durch andere Sozialphänomene (Regierungsform, Religion, Handel, Sitten und Gebräuche), oder durch demographische Daten wie das »Volumen« der Bevölkerung, oder auch durch rein physikalische Gegebenheiten, wie die Art des Bodens oder des Klimas<sup>5</sup>

»Methodisch soll man nach *Montesquieu* so vorgehen, daß aus der Vielfalt der Erscheinungen »Prinzipien« – heute würden wir vielleicht sagen »Typen« – abgeleitet werden, um auf einer »mittleren Ebene« (niveau intermédiaire) zwischen den beobachteten Tatsachen in ihrer Besonderheit und universell gültigen Aussagen in ihrer Allgemeinheit zu einer möglichst realistischen Schilderung der sozialen Verhältnisse zu gelangen. Mit dieser **Methode** analysierte *Montesquieu* die verschiedenen Regierungsformen und reduzierte sie - natürlich in Anlehnung an *Platon* und *Aristoteles* - auf die drei reinen Typen der Republik, der Monarchie und der Despotie. Soziologisch interessant ist dabei vor allem, auf welche Faktoren *Montesquieu* die Ausbildung der jeweiligen Regierungsform zurückführte. Zunächst steht jede Regierungsform in »natürlicher Übereinstimmung« (concordance naturelle) mit der Größe des Territoriums und der Bevölkerungszahl. *Montesquieu* meinte, eine Republik sei nur denkbar auf einem kleinen Territorium mit relativ geringer, aber dichter Bevölkerung. Besonders große Gebiete bildeten dagegen einen Nährboden der Despotie. Für mittlere Territorien eigne sich am besten die Monarchie.

Weiterhin hängt der »Geist der Gesetze« von den traditionell gewachsenen sozialen Institutionen ab. Hierzu gehören die Religion, die Kontinuität einer bestimmten Tradition, das Eigentum und historisch gewachsene Übungen im Sinne des Gewohnheitsrechts, denn »die Sitten und Lebensweisen (mœurs) sind Gewohnheiten, die gar nicht von den Gesetzen errichtet werden... Es gibt diesen Unterschied zwischen den Gesetzen und den Sitten, in dem die Gesetze eher die Handlungen des Staatsbürgers (citoyen) und die Sitten eher die Handlungen des Menschen regulieren«.

Der »Geist der Gesetze« muß aber auch durch den Inhalt natürlicher Umweltfaktoren erklärt werden. Hierzu gehören vor allem die klimatischen Verhältnisse, die nach *Montesquieu* Temperament, Faulheit oder Fleiß der Menschen bedingen, die Beschaffenheit des Bodens, von der das Volumen der Bevölkerung abhängt, oder die verkehrsgeographische Lage, die die Art und Intensität des Handels und der Tauschverhältnisse bedingt. Archaische Gesellschaften unterscheiden sich von zivilisierten vor allem dadurch, daß sie sich stärker den natürlichen und materiellen Faktoren

---

<sup>5</sup> Als modernen Versuch einer Rechtsgeographie vgl. *Kim Economides/Mark Blacksell/Charles Watkins*, The Spatial Analysis of Legal Systems: Towards a Geography of Law?, *Journal of Law and Society* 13, 1986, 161-181.

anpassen müssen. In den zivilisierten Gesellschaften hingegen sind die Menschen weniger der »Wirkung physischer Ursachen unterworfen«. Hier haben moralische Ursachen größeren Einfluß.

Mit seiner **Theorie von der Relevanz der klimatischen Verhältnisse** für den Inhalt der Gesetze hat *Montesquieu* sich viele Angriffe zugezogen. Man warf ihm vor, daß er damit das Recht zu einem Produkt des Waltens blinder Mächte degradiert habe. Aus heutiger Sicht bleibt jedoch interessant nicht nur, daß wir spätestens seit *Marx* überzeugt sind, daß ein gewisser Materialismus zur Erklärung des Rechts unerläßlich ist, sondern auch, daß sich empirisch gehaltvolle Kausaltheorien nicht nur bestätigen oder falsifizieren lassen, sondern daß solche Theorien auch ihrerseits noch einmal wieder soziologisch hinterfragt werden können: Mit der klimatischen Bedingtheit des Rechts hat man im 18. Jahrhundert auch politisch argumentiert, und zwar um zu zeigen, wie sehr das römische Recht für Deutschland unangemessen sei.

### III. Auguste Comte

**Literatur:** *Comte*, Cours de Philosophie Positive, 6 Bde. 1830; *ders.*, Plan der wissenschaftlichen Arbeiten, die für eine Reform der Gesellschaft notwendig sind, (1822) dt. 1973.

Obwohl bei älteren Philosophen und Juristen viele Fragen und manche Antworten zu finden sind, die sich als rechtssoziologisch qualifizieren lassen, wird Rechtssoziologie doch erst zur Wissenschaft, wo solche Überlegungen nicht mehr nur beiläufig einfließen, sondern zum zentralen Forschungsgegenstand werden. Es hätte wenig Sinn, den Beginn der Rechtssoziologie zu einem Zeitpunkt anzusetzen, an dem noch gar keine allgemeine Soziologie existierte.

Den **Beginn der Soziologie als Wissenschaft** datiert man heute auf die Mitte des 19. Jahrhunderts. Er ist eng verbunden mit dem Werk von *Auguste Comte* (1798-1857). *Comte* gilt nicht nur als der Vater der Soziologie, sondern auch als Begründer des philosophischen Positivismus. Sein erstes großes Werk, das in sechs Bänden zwischen 1830 und 1842 erschien, hieß in der Tat »Cours de Philosophie Positive«. Das Wort »positiv« wurde von *Comte* gleichbedeutend mit »wissenschaftlich« gebraucht. Darunter verstand er einen Wissenserwerb mit Hilfe von Theorien und empirischen Beobachtungen, ganz nach dem Vorbild der Naturwissenschaften.

Der Aufbruch der Soziologie im 19. Jahrhundert bei *Comte*, *Marx* und vielen anderen steht im engen Zusammenhang mit der gemeinsamen Grunderfahrung vieler Menschen jener Zeit, daß man gesellschaftliche Wandlungen nicht einfach aus den Absichten und Maßnahmen einzelner Menschen, zumal einzelner Fürsten oder Generäle, erklären könne. Man sah sich daher vor der Aufgabe, ein Denkinstrument zu entwickeln, mit dem es möglich wurde, einen Geschehenszusammenhang, der allmählich immer klarer als relativ unpersönlich erkennbar wurde, auch theoretisch als solchen zu erfassen. Im 19. Jahrhundert kam es zunächst darauf an, diesen Zusam-

menhang, der heute »Gesellschaft« heißt, von der Natur im Sinne der Naturwissenschaften zu unterscheiden und für seine wissenschaftliche Erforschung eigene Begriffe und Techniken zu erfinden. *Comte* prägte den neuen Namen Soziologie, weil er erkannte, daß die **Wissenschaft von der Gesellschaft** eine neue Art von Wissenschaft ist, nicht bloß eine Fortsetzung von Physik oder Biologie. Er bestimmte die Soziologie als eine Wissenschaft, die sich auf das positive Studium der sämtlichen, den sozialen Erscheinungen zugrunde liegenden Gesetze bezieht.

Zur Rechtssoziologie hat *Comte* wenig beigetragen. Man kann wohl sagen, daß die Soziologie im allgemeinen und *Comtes* im besonderen aus einer rechtsfeindlichen Haltung heraus entstanden ist. Ganz grob kann man sich *Comtes* Lehre als einen auf die menschliche Gesellschaft übertragenen Darwinismus, also als Evolutionstheorie, vorstellen. Eine seiner Hauptideen war die, daß sich die Geschichte in **drei Stadien** vollzogen hat, die er das theologische, das metaphysische und das positive Stadium nennt. Im ersten Stadium ließ sich der Mensch von religiösen Täuschungen leiten. Im zweiten, dem Mittelalter der Menschheit, waren diese Täuschungen schon säkularisiert in der Gestalt von Philosophie und Jurisprudenz. Das dritte, das positive Zeitalter, hatte zu seiner Zeit eben begonnen, und *Comte* erwartete von ihm, daß es allgemeine Aufklärung und Freiheit von Illusionen mit sich bringen würde. Er sprach vom metaphysischen Zeitalter (Mittelalter) als dem Zeitalter der Juristen. Unter dem Einfluß der historischen Rechtsschule sah er die Gesetzgebung als einen zum Scheitern verurteilten Versuch an, die organisch sich entwickelnde Gesellschaft in ihrer Entfaltung aufzuhalten oder zu ändern. Er identifizierte Recht mit Gesetz und prophezeite das allmähliche Verschwinden des Rechts.

#### IV. Karl Marx und Friedrich Engels

**Literatur:** *Marx/Engels*, Die deutsche Ideologie, 1845/46; *dies.*, Manifest der kommunistischen Partei, 1848; *Marx*, Zur Kritik der politischen Ökonomie, 1859; *dies.*, Kritik des Gothaer Programms, 1875; *Engels*, Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft, 1877; *dies.*, Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats, 1884; *dies.*, Das Begräbnis von Karl Marx, 1883, sämtlich in: *Marx/Engels*, Ausgewählte Schriften, 2 Bde., 1970; *Marx*, Das Kapital, Bd. 1, 1867, Bd. 2, 1885, Bd. 3, 1894; *Paul*, Die marxistische Rechtslehre, Rechtslehre 2, 1971, S. 175 ff.; *Reich* (Hrsg.), Marxistische und sozialistische Rechtslehre, 1972; *Paschukanis*, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus 1924 (dt. 1929).

Wissenschaftsgeschichtlich wird man *Karl Marx* (1818-1883) und mit ihm seinen Freund und Weggefährten *Friedrich Engels* (1820-1895) als **die wichtigsten Vorläufer der Rechtssoziologie** einzuordnen haben.

*Marx* kam in seiner Auseinandersetzung mit der Rechtsphilosophie *Hegels* zu dem Schluß, daß die fortschreitende Arbeitsteilung den ursprünglichen Zusammenhang von Denken und Handeln zerrissen und zu einem ideologischen Überbau aus Recht, Religion und Philosophie geführt habe, der, von den materiellen Produktionsverhält-

nissen abgelöst, nur noch die jeweils herrschende Klasse legitimiere. Das **Recht**, das diese Klasse setze und anwende, diene ihr immer **als Instrument der Herrschaft**, indem es ihre partikularen Absichten und Interessen ideologisch als allgemeinverbindlich ausbebe. Im Recht sieht *Marx* einen wesentlichen Bestandteil der bürgerlichen Gesellschaft. Es sei eine Illusion, daß das Gesetz auf dem »von seiner realen Basis losgerissenen, dem freien Willen beruhe«. Vielmehr sei das Recht weiter nichts »als die Organisation, welche sich die Bourgeoisie sowohl nach außen als nach innen, zur gegenseitigen Garantie ihres Eigentums und ihrer Interessen notwendig« gebe.

Die marxistische Rechtstheorie gründet auf der **Lehre von Basis und Überbau**, die ihrerseits einen Kernbestandteil des historischen Materialismus bildet. Im Vorwort zur »Politischen Ökonomie« weist *Marx* dem Recht jene Stelle im sog. Überbau zu, die bis heute den Ausgangspunkt der marxistischen Rechtstheorie bildet:

»In der gesellschaftlichen Produktion ihres Lebens gehen die Menschen bestimmte, notwendige, von ihrem Willen unabhängige Verhältnisse ein, Produktionsverhältnisse, die einer bestimmten Entwicklungsstufe ihrer materiellen Produktivkräfte entsprechen. Die Gesamtheit dieser Produktionsverhältnisse bildet die ökonomische Struktur der Gesellschaft, die reale Basis, worauf sich ein juristischer und politischer Überbau erhebt, und welcher bestimmte gesellschaftliche Bewußtseinsformen entsprechen. Die Produktionsweise des materiellen Lebens bedingt den sozialen, politischen und geistigen Lebensprozeß überhaupt. Es ist nicht das Bewußtsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewußtsein bestimmt. Auf einer gewissen Stufe ihrer Entwicklung geraten die materiellen Produktivkräfte der Gesellschaft in Widerspruch mit den vorhandenen Produktionsverhältnissen, innerhalb deren sie sich bisher bewegt hatten. Aus Entwicklungsformen der Produktivkräfte schlagen diese Verhältnisse in Fesseln derselben um. Es tritt dann eine Epoche sozialer Revolution ein. Mit der Veränderung der ökonomischen Grundlage wälzt sich der ganze ungeheure Überbau langsamer oder rascher um. In der Betrachtung solcher Umwälzungen muß man stets unterscheiden zwischen der materiellen, naturwissenschaftlich treu zu konstatierenden Umwälzung in den ökonomischen Produktionsbedingungen und den juristischen, politischen, religiösen, künstlerischen oder philosophischen, kurz ideologischen Formen, worin sich die Menschen dieses Konflikts bewußt werden und ihn ausfechten. So wenig man das, was ein Individuum ist, nach dem beurteilt, was es sich selbst dünkt, ebensowenig kann man eine solche Umwälzungsepoche aus ihrem Bewußtsein beurteilen, sondern muß vielmehr dies Bewußtsein aus den Widersprüchen des materiellen Lebens, aus dem vorhandenen Konflikt zwischen gesellschaftlichen Produktivkräften und Produktionsverhältnissen erklären.«

Die Geschichte wird also vorangetrieben durch den Widerspruch zwischen der Entwicklung der Produktivkräfte, der lebendigen Kräfte des Menschen, die etwas Neues schaffen wollen, und der Produktionsverhältnisse, d. h. der ökonomischen Verhältnisse, in denen die Produktion stattfindet. Diese Gegebenheiten, die den sozialen Unterbau bilden, determinieren das Bewußtsein, die Ideologien, welche den Überbau ausmachen. Nimmt man die Lehre vom Klassenkampf und vom Absterben des Staates hinzu, so verfügt der Marxismus über eine **rechtssoziologische Großtheorie**, die ihresgleichen sucht.

Durch die **Lehre vom Klassenkampf** bekommt der abstrakte Ansatz des historischen Materialismus einen konkreten Inhalt: Die geschichtliche Entwicklung wird

entscheidend nur von der dialektischen Fortentwicklung der Produktivkräfte und der Produktionsverhältnisse bestimmt, die sich bekanntlich in sieben Stufen vollzieht: von vorstaatlichen Gesellschaft ohne Klassengegensätze über den Sklavenhalterstaat, den Feudalstaat, den kapitalistischen Staat sowie die Stufen des Übergangs vom Kapitalismus zum Sozialismus und vom Sozialismus zum Kommunismus bis hin zur kommunistischen Gesellschaft ohne Klassengegensätze.

Wenn das Recht auf einem homogenen Unterbau ruhte, wäre seine Entwicklung harmonisch. Das Recht könnte die von optimistischen Rechtsphilosophen beschriebene friedliche Ordnung der Gesellschaft bilden. Aber der Unterbau ist durch Klassenkämpfe entzweit und diese Kämpfe spiegeln sich im Recht wider. Das Recht drückt nur die Interessen und den Willen der herrschenden Klassen und keineswegs der gesamten Gesellschaft aus. So heißt es im kommunistischen Manifest:

*»Euer Recht ist nur der zum Gesetz erhobene Wille eurer Klasse, dessen Inhalt von den materiellen Bedingungen eurer Klassenexistenz abhängt.«*

In bürgerlichen Gesellschaften ist das Recht die Projektion der kapitalistischen Herrschaft. Dagegen wird es das Instrument für die Diktatur des Proletariats, sobald dieses auf revolutionärem Wege die Macht erringt. Aber dabei handelt es sich nur um die Übergangsphase, und man könnte meinen, daß das Verschwinden der sozialen Klassen in einer mit sich selbst versöhnten Menschheit mit dem Erscheinen eines Rechts einhergeht, das endlich der Ausdruck des allgemeinen Interesses ist. Doch an dieser Stelle greift die dritte These ein, die **Lehre vom Absterben des Staates**, wie sie *Friedrich Engels* im sogenannten »Anti-Dühring« formuliert hat:

*»Das Proletariat ergreift die Staatsgewalt und verwandelt die Produktionsmittel zunächst in Staatseigentum. Aber damit hebt es sich als Proletariat, und damit hebt es alle Klassenunterschiede und Klassengegensätze auf und damit auch den Staat als Staat ... Das Eingreifen einer Staatsgewalt in gesellschaftliche Verhältnisse wird auf einem Gebiete nach dem anderen überflüssig und schläft damit von selbst ein. An die Stelle der Regierung über Personen tritt die Verwaltung von Sachen und die Leitung von Produktionsprozessen. Der Staat wird nicht abgeschafft, er stirbt ab.«*

Die voll entwickelte **kommunistische Gesellschaft der Zukunft** braucht keinen Staat mehr. Die Herrschaft von Menschen über Menschen wird ersetzt durch die Herrschaft über Sachen. Die Vollendung des Kommunismus bedeutet somit ein allmähliches Untergehen der Autorität. Das Ideal ist jedoch nicht Anarchie, sondern eine Ordnung, die sich im Grenzfall allein durch die Macht der Vernunft verwirklicht. Es handelt sich hierbei um eine Ordnung ohne Zwang und ohne Unterscheidung zwischen Normerzwingungsstab und Normunterworfenen, was mit anderen Worten bedeutet, daß diese Ordnung nicht mehr auf Recht gegründet ist, daß also das Absterben des Staates die **Auflösung des Rechts** mit sich bringt.

Am Marxismus scheiden sich auch heute noch die Geister. Hier ist nicht der Ort einer kritischen Auseinandersetzung. Das Problem besteht darin, daß es **den** Marxismus gar nicht gibt. Stets handelt es sich um Interpretationen der von *Marx* und

*Engels* gelieferten Begriffe und Theoriebausteine. Eine Schlüsselrolle spielt dabei die Frage, wie man den Zusammenhang zwischen Basis und Überbau versteht. Die Beziehungen zwischen Basis und Überbau scheinen zunächst ganz einseitig konzipiert zu sein: Eine Wirkung verläuft allein von der ökonomischen Basis zum ideologischen Überbau und nicht umgekehrt. Das Bewußtsein bildet eine bloße **Widerspiegelung** der Produktionsweise. Das Bewußtsein der Menschen, ihr Denken, Fühlen, Werten und Entscheiden hat auf den Gang der Geschichte keinen Einfluß, denn es ist nicht das Bewußtsein der Menschen, das ihr Sein, sondern umgekehrt ihr gesellschaftliches Sein, das ihr Bewußtsein bestimmt. Das Bewußtsein bildet also nur den ideologischen Überbau, der der ökonomischen Basis zwangsläufig nachfolgt. Recht und Staat als Bestandteil des Überbaus sind lediglich der ideologische Reflex der Basis. Sie tragen deshalb im Klassenstaat notwendig Klassencharakter. Unter dem Kapitalismus sichern und verschleiern sie die Ausbeutung der Klasse der Werktätigen durch die herrschende Klasse der Kapitalisten. In der Periode des Sozialismus sichern sie umgekehrt die Diktatur des Proletariats. Dieser **streng deterministischen Deutung** hat jedoch schon *Engels* widersprochen.<sup>6</sup>

»Nach materialistischer Geschichtsauffassung ist das **in letzter Instanz** bestimmende Moment in der Geschichte die Produktion und Reproduktion des wirklichen Lebens. Mehr hat weder Marx noch ich je behauptet. Wenn nun jemand das dahin verdreht, das ökonomische Moment sei das einzig bestimmende, so verwandelt er jenen Satz in eine nichtssagende, abstrakte, absurde Phrase. Die ökonomische Lage ist die Basis, aber die verschiedenen Momente des Überbaus - politische Formen des Klassenkampfes und seine Resultate - Verfassungen, nach gewonnener Schlacht durch die siegende Klasse festgestellt usw. - Rechtsformen und nun gar die Reflexe aller dieser wirklichen Kämpfe im Gehirn der Beteiligten, politische, juristische, philosophische Theorien, religiöse Anschauungen und deren Weiterentwicklung zu Dogmensystemen üben auch ihre Einwirkung auf den Verlauf der geschichtlichen Kämpfe aus und bestimmen in vielen Fällen deren Form. Es ist eine Wechselwirkung aller dieser Momente, worin schließlich durch alle die unendliche Menge von Zufälligkeiten (d.h. von Dingen und Ereignissen, deren innerer Zusammenhang untereinander so entfernt und so unnachweisbar ist, daß wir ihn als nicht vorhanden betrachten, vernachlässigen können) als Notwendiges die ökonomische Bewegung sich durchsetzt.«

Wo man die Vorstellung einer **Wechselwirkung zwischen Basis und Überbau** und damit zwischen Recht und Wirklichkeit ernst nimmt, öffnet sich auch der Marxismus für empirische Forschung.

## V. Maine: Vom Statusrecht zum Kontraktrecht

**Literatur:** *Maine*, Ancient Law, 1931 (Orig. 1861); *Rehbinder*, Wandlungen der Rechtsstruktur im Sozialstaat, KZfSS Sonderheft 11/1967, 197 ff.; *Tönnies*, Gemeinschaft und Gesellschaft, 8. Aufl. 1935; *Max Weber*, Rechtssoziologie, 2. Aufl. 1967 (Orig. 1921).

---

<sup>6</sup> Brief vom 21.9.1890 aus London an Bloch, Ausgewählte Schriften S. 456 f.; ähnlich mit besonderem Bezug auf das Recht im Brief an Conrad Schmidt, ebd. S. 459ff., 462.

1861 formulierte der englische Rechtshistoriker *Henry Sumner Maine* die These, daß sich das Recht vom Altertum zur Neuzeit von Status zu Kontrakt, also von einem Statusrecht zum Vertragsrecht, entwickelt habe. Der Soziologe *Ferdinand Tönnies* hat den zentralen Text in seinem 1887 erstmals erschienenen Buch »Gemeinschaft und Gesellschaft,« das seinerseits eine soziologische Entwicklungstheorie anbietet (§ 39, 4), wie folgt übersetzt:

»Die Bewegung der progressiven Gesellschaften ist in **einer** Hinsicht gleichförmig gewesen. In ihrem ganzen Verlauf wird sie bezeichnet durch die stufenweise Auflösung des Familienzusammenhangs und das Wachstum individueller Obligation an seiner Stelle. Das Individuum wird fortwährend eingesetzt für die Familie, als die Einheit, welche das bürgerliche Recht zugrunde legt. Dieser Fortschritt hat sich vollzogen in verschiedenen Verhältnissen der Geschwindigkeit, und es gibt Kulturen, die nicht schlechthin stationär sind, in denen aber der Verfall der ursprünglichen Organisation nur durch sorgfältiges Studium der Erscheinungen, welche sie darbieten, entdeckt werden kann ... Es ist aber nicht schwer zu sehen, welches das Band ist zwischen Menschen und Menschen, das allmählich jene Formen der Reziprozität von Gerechtsamen und Verpflichtungen ersetzt, die ihren Ursprung in der Familie haben: Kein anderer als Kontrakt. Wenn wir, als von einem Endpunkt der Geschichte, ausgehen von einem sozialen Zustande, in welchem alle Beziehungen der Personen in den Beziehungen der Familie vereinigt sind, so scheinen wir uns stetig auf eine Phase der sozialen Ordnung hinbewegt zu haben, worin alle diese Beziehungen aus der freien Übereinstimmung von Individuen entspringen. Im westlichen Europa ist der in dieser Richtung vollendete Fortschritt beträchtlich gewesen. So ist der Stand der Sklaven verschwunden - er ist verdrängt worden durch die kontraktliche Beziehung des Dienstboten zu seiner Herrschaft, des Arbeiters zum Unternehmer. Der Stand der Frau unter Vormundschaft, außerhalb der ehelichen Vormundschaft, hat ebenfalls aufgehört, vorhanden zu sein; von ihrer Altersreife bis zu ihrer Heirat sind alle Verhältnisse, in die sie eingehen kann, kontraktliche. So hat auch der Stand des Sohnes unter väterlicher Gewalt keine wirkliche Stelle mehr im Rechte moderner europäischer Gesellschaften. Wenn irgendwelche zivile Obligation Vater und erwachsenes Kind verbindet, so ist es eine, die nur Kontrakt ihre gesetzliche Gültigkeit verleiht. Die scheinbaren Ausnahmen sind Ausnahmen von der Art, welche die Regel beleuchten ... So kann nun das Wort Status schicklich angewandt werden, um eine Formel des Ausdrucks zu konstruieren für das also angezeigte Gesetz des Fortschritts, das, wie groß immer sein Wert sein möge, hinlänglich, so viel wie ich sehe, sichergestellt ist. Alle die Formen des Status, die im Personenrecht erwähnt werden, leiten sich her von den Gewalten und Vorrechten, die ehemals in der Familie ihren Sitz hatten, und haben in einigem Maße noch jetzt davon ihre Färbung. Wenn wir also das Wort Status, in Übereinstimmung mit dem Gebrauche der besten Schriftsteller, auf die Bezeichnung ihrer persönlichen Verhältnisse einschränken, und es vermeiden, den Ausdruck auf Verhältnisse anzuwenden, die in unmittelbarer oder entfernter Weise Ergebnis einer Übereinkunft sind, so können wir sagen, daß die Bewegung der fortschreitenden Gesellschaften bisher gewesen ist: eine Bewegung von Status zu Contract.«

Das Entwicklungsgesetz vom Status zum Kontrakt hatte *Maine* ursprünglich für den Übergang von archaischen Rechtsformen zum klassischen römischen Recht entwickelt. Es wurde später von *Max Weber* zu einem durchgängigen Entwicklungsprinzip des gesamten Privatrechts verallgemeinert. Der Verfall der alten Sippenverfassung und die Befreiung des einzelnen von den rechtlichen und sozialen Fesseln des Hauses im Altertum fanden im 19. Jahrhundert ihre Parallele im Verfall der Feudalverfassung und der Befreiung des einzelnen von den rechtlichen Schranken seines Standes, wie sie nach der französischen Revolution bald überall durch Gewährung

einer weitgehenden Privatautonomie bewirkt wurde. Der Übergang vom archaischen zum klassischen Recht und der Übergang vom Feudalrecht zum bürgerlichen Recht sind beide dadurch gekennzeichnet, daß sich die Rechtsstellung des einzelnen nicht länger nach seinem sozialen Status in einer hierarchisch gegliederten Ordnung bestimmt, sondern nach seinen Leistungen und Fähigkeiten in einer als frei vorgestellten Marktwirtschaft, die ihm das Instrument des Vertrages zur Gestaltung seiner rechtlichen Beziehungen zur Verfügung stellt.

Das alte **Statusrecht** knüpft seine Wirkungen an die Gruppenzugehörigkeit und dort wieder an die Stellung innerhalb dieser Gruppe. Man ist Adelige, Bauer oder Leibeigener, Meister, Geselle oder Knecht. Dementsprechend hat man Grundbesitz und Untertanen, darf man jagen, ist man frei oder muß umgekehrt gehorchen, dienen usw. In viele dieser Gruppen wird man hineingeboren. In andere wird man durch einen besonderen sozialen Akt aufgenommen. Die ständische Ordnung des Mittelalters kannte in zahlreichen Fällen feierliche Formen der Aufnahme des einzelnen in die Gruppe, die ihm einen neuen Status verliehen. Hierher gehörte etwa die Aufnahme in die Stadtgemeinde, das Freisprechen der Zünfte und Gilden, aber auch das Gelübde der Mönche. Bis heute gibt es Reste solcher Aufnahmezeremonien in der feierlichen Immatrikulation, in der Ernennung zum Beamten oder im Fahneid des Soldaten. Diese symbolträchtigen Formen der Aufnahme in die Gruppe entsprechen in ihrer Funktion den Initiationsriten, die die Ethnologen bei allen archaischen Kulturen gefunden haben. Sie sollen dem Neuling nachdrücklich bewußt machen, daß er von nun an voll und ganz den Normen seiner Gruppe unterworfen ist. Zugleich verdeutlichen sie gegenüber Außenstehenden den Ranganspruch der Gruppe und festigen ihren Zusammenhalt.

Das Statusrecht begründete zahlreiche **Abstufungen der Rechtsfähigkeit**, Privilegien und Zurücksetzungen, so daß man geradezu von einem Recht persönlicher Ungleichheiten sprechen kann. Demgegenüber setzte sich in der aufklärerischen Philosophie des 18. Jahrhunderts der Gedanke der Rechtsgleichheit aller Staatsbürger durch. Er brachte die ständisch festgefügte Sozialordnung in teilweise geradezu revolutionäre Bewegung und führt in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, beginnend mit dem Code Civil von 1803, vom feudalen zum bürgerlichen Recht. Er wollte jedem Menschen als freiem Mitglied einer einheitlichen Gesellschaft aller Bürger die Möglichkeiten geben, seine Sozialbeziehungen selbstverantwortlich zu gestalten. Das Mittel dazu bot der Vertrag. Dem Staat sollte nach dieser Vorstellung nur noch die Aufgabe bleiben, äußerste Grenzen der **Vertragsfreiheit** abzustecken und eine Art Verkehrsregelung zu treffen. Diese Entwicklung zum Vertrag hatte natürlich nicht nur ideelle Gründe, beruhte also nicht nur auf dem sich immer stärker durchsetzenden Konzept des individuellen Liberalismus. Ebenso waren auch wirtschaftliche und politische Gründe maßgebend. Wirtschaftlich war es in erster Linie die von *Max Weber* sog. Marktverbreiterung, die zum Verlust der ökonomischen Selbständigkeit der

Familie und zu ihrer Herabminderung zu einer bloßen Konsumtionseinheit führte. Hand in Hand mit der zunehmenden Arbeitsteilung ging die Zersetzung der Zünfte und Innungen durch den handel- und gewerbetreibenden Bürger sowie die Entwicklung von der Manufaktur zur industriellen Fertigung mit den dadurch bedingten neuen Absatzformen. Politisch war während der Zeit des Absolutismus das allmähliche Erstarken der Staatsgewalt vorausgegangen, die nun das Monopol der Rechtsetzung an sich ziehen und mit Hilfe ihrer Bürokratie die Autonomie der Stände immer mehr zugunsten einer formalen Rechtsgleichheit aller Bürger zurückdrängen konnte.

Gegen die Benennung des neuen Rechtstyps als **Kontraktrecht** ist eingewandt worden, auch der alte Status sei nicht immer ererbt gewesen, sondern habe oft, wenn nicht gar überwiegend, auf einem Vertrag beruht. Gerade die alte Feudalordnung sei ohne den Lehnvertrag nicht denkbar. Viele Gebiete, in denen heute die Bedeutung des Vertrags geschwunden ist wie das öffentliche Recht, das Prozeßrecht, das Familien- und Erbrecht, seien ursprünglich vom Vertrag beherrscht worden. In Wahrheit sei daher keine Bewegung vom Status zum Kontrakt, sondern umgekehrt eine Bewegung vom Kontrakt zum Status festzustellen. Dem ist entgegenzuhalten, daß Status und Contract in *Maines* Fortschrittsthese eine spezifische Bedeutung haben. Wir müssen nämlich mit *Max Weber* zwischen **Status-Kontrakten** und **Zweck-Kontrakten** unterscheiden. Der Vertrag, der den Status begründet, sei es als Kind, Frau oder Sklave, Sippengenosse, Klient, Lehnsmann oder Freund, war ein Unterwerfungs-, Herrschafts- oder ein Verbrüderungsvertrag, durch den man qualitativ etwas anderes wird als bisher. Die Austauschverträge dagegen, die nur die Herbeiführung konkreter, meist ökonomischer Leistungen oder Erfolge zum Zweck haben, lassen den »Status« der beteiligten Persönlichkeiten völlig unberührt". Wenn also der neue Rechtstyp als Kontraktrecht bezeichnet wird, so ist damit die Verdrängung der Statusbeziehungen durch die Zweckvereinbarung gemeint.

*Maines* Fortschrittsthese wird auch heute immer noch zitiert. Neue Aktualität hat sie dadurch gewonnen, daß *Rehbinder* es unternommen hat, sie in die Gegenwart fortzuschreiben, indem er die jüngste Entwicklung als eine solche vom Vertrag zur Rolle interpretiert (vgl. § 60, 3b).

## VI. Der Beginn der Rechtssoziologie

Man kann den Beginn der Rechtssoziologie als Wissenschaft nicht auf ein bestimmtes Datum festlegen oder ihn mit bestimmten Autoren verbinden, mögen auch einzelne Wissenschaftler und Werke herausragende Bedeutung für die Entstehung der neuen Disziplin gehabt haben, allen voran *Eugen Ehrlich* mit seiner 1913 erschienenen »Rechtssoziologie« und *Max Weber* mit dem heute als »Rechtssoziologie« bekannten Kapitel aus »Wirtschaft und Gesellschaft,« das erstmals 1920 posthum gedruckt wurde. Andere Namen, die in diesem Zusammenhang genannt werden, sind *Ludwig*

*Gumplowicz*<sup>7</sup> (1838-1902), der in seinem »Grundriß der Soziologie« (1885) den sozialen Gruppenkampf und, unter der Bedingung des modernen Staates, die Interessengruppen als Träger des sozialen Kampfes herausstellte, für *Rudolf von Ihering* (1818-1892), der unter Überschriften wie »Der Kampf ums Recht« (1872) und »Der Zweck im Recht« (2 Bände, 1877-1884) die Rechtsdogmatik auf die soziale Wirklichkeit verwiesen hat<sup>8</sup>, *Anton Menger* (1841-1906)<sup>9</sup>, der in seinem Buch über »Das Bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen« (1890, 3. Aufl. 1904) den Entwurf des BGB einer scharfen, sozialistisch gefärbten Kritik unterzog, oder *Hugo Sinzheimer*, der aus der Sicht der damals neuen Disziplin des Arbeitsrechts nach Rechtssoziologie als Ergänzung der dogmatischen Rechtswissenschaft verlangte<sup>10</sup>. Es wird jedoch dem langwierigen Entstehungsprozeß der Rechtssoziologie als einer Wissenschaft mit eigener Fragestellung, spezifischen Methoden und einer besonderen Wissenschaftsorganisation besser gerecht, wenn man **fünf verschiedene Entwicklungsstränge** verfolgt, die am Ausgang des 19. Jahrhunderts ihren Anfang nehmen und sich erst in der Zeit nach dem 2. Weltkrieg zur modernen Rechtssoziologie durchdringen und vermischen.

Als solche zunächst relativ selbständigen Entwicklungen werden hier unterschieden:

- (1) die italienische und französische Kriminalsoziologie (§ 3),
- (2) die Entwicklung in Frankreich, die durch die **Durkheim-Schule** gekennzeichnet wird (§ 4),
- (3) die **Entwicklung im deutschen Sprachraum**, die nicht nur von *Eugen Ehrlich* (§ 5) und *Max Weber* (§ 6) bestimmt wurde, sondern auch verschiedene Schulen soziologischer Jurisprudenz hervorgebracht hat (§ 8),
- (4) die **skandinavische Rechtssoziologie**, deren Ertrag in den Vorstudien *Theodor Geigers* fortwirkt (§ 7), und
- (5) schließlich **Legal Realism und Sociological Jurisprudence in den USA** (§ 9).

---

<sup>7</sup> Vgl. *Hohmeier*, Zur Soziologie Ludwig Gumplowicz', KZfSS 22, 1970, S. 24; mit Ergänzungen von *Goetze*, ebd. S. 784; *Kiss*, Einführung in die soziologische Theorie I, 3. Aufl. 1977, 9 ff.

<sup>8</sup> Zu *Ihering*, vgl. *Christian Helfer*, Rudolf von Ihering als Rechtssoziologe, KZfSS 20, 1968, 554-571; *Helmut Schelsky*, Das Ihering-Modell sozialen Wandels durch Recht - Ein wissenschaftsgeschichtlicher Beitrag, JbRSoz 3, 1972, 47-86; ferner den Sammelband *Iherings Erbe*, hrsg. von *Franz Wieacker/Christian Wollschläger*, Göttingen, 1970. Vgl. auch §§ 7 und 51, 1.

<sup>9</sup> *Karl Hermann Kästner*, Anton Menger (1841-1906). Leben und Werk, 1974.

<sup>10</sup> *Sinzheimer*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie. Gesammelte Reden und Aufsätze Bd. 2, 1976.

### § 3 Die italienischen und französischen Kriminalsoziologen

**Literatur:** Ferri, Das Verbrechen als soziale Erscheinung (dt. von Kurella) 1896; Garofalo, La Criminologia, 1885; von Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht (1882) in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 1, 1905, S. 126 ff.; Lombroso, L'uomo delinquente, 1876, deutsch: Bd. 1, 1887, Bd. 2, 1890; Mannheim (Hrsg.), Pioneers in Criminology, 1960; Mechler, Studien zur Geschichte der Kriminalsoziologie, 1970; H. Mayer, Strafrecht, 1953; ders., Strafrechtsreform für heute und morgen, 1962; Sutherland/ Cressey, Principles of Criminology, 10. Aufl. 1978; Tarde, La criminalité comparée, 1882; ders., Les lois de l'imitation, 5. Aufl. 1907.

#### I. Die italienische Schule

Einer der Anfänge der Rechtssoziologie liegt in einem Bereich, der sich bald zu einer eigenen Wissenschaft entwickelt hat, nämlich in der Kriminologie. Der italienische Militärarzt *Cesare Lombroso* (1836-1909) hatte der Kriminologie **zunächst einen rein biologischen Ansatz** mitgegeben (vgl. § 16, 3). *Lombroso* meinte, in seinen Untersuchungen gewissermaßen den Verbrecher an sich gefunden zu haben. Dieser geborene Verbrecher sei von Geburt an zum Verbrecher prädestiniert und werde wegen der angeborenen seelischen Anomalien, die körperlich bedingt seien, zum unverbesserlichen Verbrecher, selbst unter günstigen sozialen Lebensbedingungen. *Lombroso* sah im Verbrecher einen atavistischen, mit Stigmata versehenen Menschentypus. Später revidierte er seine Auffassung insoweit, als er diese Kriterien nur noch bei etwa einem Drittel der Straftäter annahm und daneben auch physikalische, gesellschaftliche und wirtschaftliche Faktoren als Ursachen des Verbrechens akzeptierte.

*Lombroso* war auch nach zeitgenössischen Maßstäben ein Dilettant, der aber sehr anregend gewirkt hat. Die Lehre des Mediziners *Lombroso* wurde schon bald von dem Juristen *Enrico Ferri*, seinem Freund und Schüler, relativiert. *Ferri* führte den von *Lombroso* eingeleiteten Prozeß der Differenzierung fort, indem er zusätzlich **soziale Faktoren** als Verbrechensursachen berücksichtigte. 1892 schrieb er eine »Sociologia criminale«. Erwähnung verdient sein Gesetz von der kriminellen Sättigung. Danach kommt es in einem bestimmten Milieu unter bestimmten individuellen und sozialen Bedingungen zur Begehung einer bestimmten Zahl von Verbrechen.

Der italienische Staatsanwalt *Garofalo* schrieb 1885 als erster ein Buch mit dem Titel »Kriminologie.« Er sah bereits die Schwierigkeiten, die für die Kriminologie aus der **Normabhängigkeit des Verbrechens** erwachsen und versuchte, diesen Schwierigkeiten durch die Schaffung eines von Ort und Zeit unabhängigen sogenannten natürlichen Verbrechens zu begegnen. Mit Normabhängigkeit des Verbrechens ist gemeint, was man heute auch als Relativität des normabweichenden Verhal-

tens bezeichnet. Der Strafrechtler *Hellmuth Mayer* hat diesen Sachverhalt sehr plastisch so beschrieben:

»Die Variabilität ist so groß, daß es kein Verbrechen gibt, daß nicht in irgendeiner Sozialordnung in einem bestimmten Handlungszusammenhang sittliche oder rechtliche Pflicht gewesen wäre (1962, S. 13) ... In ursprünglichen Verhältnissen ist vielfach die Tötung von alten Leuten und überzähligen Neugeborenen erlaubt. Vor tausend Jahren waren die Tötung in Rache und Fehde auch bei uns noch pflichtmäßige Handlung, und die Isländersagen berichten, daß dort die Rache meist in der Form hinterlistigen Mordes durchgeführt wurde. Bei den Kopfgängern gilt eine Anzahl sinnloser Tötungen als Nachweis für die soziale Brauchbarkeit. Aber auch der europäische Kulturmensch verliert mitunter seine relativ friedliche Haltung - nicht nur in eigentlichen Kriegshandlungen - wie es sich ebensowohl in der Jakobinerherrschaft Frankreichs als im Deutschland Hitlers gezeigt hat. So erklärt sich die Zweikampfsitte oder der politische Mord oder, daß die Abtreibung, welche doch auch eine Tötungshandlung ist, vielfach als natürliches Recht am eigenen Körper propagiert wird. Die Wegnahme des Überflusses gilt manchen Naturvölkern nicht als Diebstahl. Aber auch in der modernen Welt kann die private Wegnahme angeblichen Überflusses oder die private Enteignung angeblicher Schädlinge (z. B. der Juden, der Nazis, der Kriegsverbrecher, der Junker) als erlaubt gelten ...Sogar das triebgebundene Sexualleben ist viel wandlungsfähiger als man denkt. Die Päderastie konnte in Sparta so sehr zur Staatseinrichtung werden, daß die Adelsschicht darüber ausstarb. Der Beginn des geschlechtlichen Umgangs liegt in den verschiedenen sozialen Schichten auch heute noch zeitlich sehr verschieden.« (Mayer, 1953, S. 21).

## II. Die französische Schule

Neben der italienischen entstand zur gleichen Zeit auch in Frankreich eine kriminalsoziologische Schule. Zu nennen sind hier die Namen von *Lacassagne* und *Tarde*. Der Mediziner *Lacassagne* entwickelte im direkten Gegensatz zu *Lombroso* eine **Milieutheorie des Verbrechens**. Als eine seiner Hauptthesen verkündete er: Les sociétés ont les criminels, qu'elles méritent. (Eine Gesellschaft hat die Verbrecher, die sie verdient). Von den damals als dichotomisch angesehenen, für die Entstehung des Verbrechens verantwortlich gemachten zwei Faktoren - le facteur individuel et le facteur social - entschied er sich ganz eindeutig für das Milieu als den Nährboden der Kriminalität: Die Mikrobe ist ein Wesen, das bedeutungslos bleibt, bis zu dem Tage, an welchem es den Nährboden findet, der es aufkeimen läßt.

*Gabriel de Tarde* (1843-1904), ein französischer Richter, ist bekannt geworden durch sein psychologisches **Gesetz der Imitation**. *Tarde* sah in der Imitation die universelle Triebfeder des Sozialen. Er wies *Durkheims* Vorstellung eines Kollektivbewußtseins zurück und vertrat die Auffassung, daß Soziologie nicht von der Gruppe, sondern von Individuen auszugehen habe. Nach heutigen Begriffen wäre *Tarde* also ein Reduktionist und seine Theorie eine Lerntheorie (vgl. § 17 f.). Die zwischenmenschlichen Beziehungen, die die Gesellschaft überhaupt erst begründen, beruhen nach der Vorstellung *Tardes* auf Gesetzen der Nachahmung und Wiederholung. Nur einzelne schöpferische Menschen können sich vorübergehend aus dem gleichsam hypnotischen Zustand der Gesellschaft lösen. Sie verhindern durch ihre

### §3 Die italienischen und französischen Kriminalsoziologen

---

Innovationen (technische und ideologische Erfindungen, neue Verhaltensformen) eine Erstarrung der Gesellschaft. Die ideale Gesellschaft der Zukunft stellte sich *Tarde* so vor, daß die Individuen in interessenfreier Liebe einander nachahmen und ohne Zwang zusammen leben. Auf *Tarde* geht auch der bekannte Satz zurück: *Tout le monde est coupable excepté le criminel*. (Die anderen sind schuldig, nicht der Verbrecher.) Sein Gesetz der Imitation hat in der modernen Kriminologie mit *Sutherlands* Theorie der differentiellen Assoziation, die ausgeht von der Annahme, daß kriminelles Verhalten gelerntes Verhalten sei, einen verfeinerten Nachfolger gefunden.

### III. Deutschland: Franz von Liszt

Die Kriminalsoziologie war eine italienisch-französische Erfindung, wurde aber in Deutschland bald übernommen. Hier war es *Franz von Liszt*, der mit großer Energie für kriminologische Forschung und für die Verwendung kriminologischer Erkenntnisse eintrat und sich damit in einen harten Gegensatz zu den herrschenden Anschauungen seiner Zeit setzte. In seiner Marburger Antrittsvorlesung »Der Zweckgedanke im Strafrecht« aus dem Jahre 1882, später als Marburger Programm bezeichnet, entwickelte er seine grundlegenden Gedanken und forderte eine **gesamte Strafrechtswissenschaft**, in die die Kriminalanthropologie, Kriminalpsychologie und Kriminalstatistik einbezogen werden sollten. Das war zu jener Zeit ein revolutionärer Gedanke und eine Herausforderung an die Strafjustiz. In dem Bestreben, die Gegensätzlichkeiten der französischen und der italienischen Schule zu überwinden, kam *von Liszt* zu einer synthetisierenden Aussage über die Wirkung von Anlage und Umwelt bei der Entstehung des Verbrechens, der sogenannten **Anlage-Umwelt-Formel**: Das Verbrechen ist ein Produkt von Anlage und Umwelt.

Die Kriminologie hat sich sehr bald und insbesondere früher als die Rechtssoziologie zu einer eigenen Wissenschaftsdisziplin entwickelt. Beiden gemeinsam ist der empirische Ansatz. Beide sind darum bemüht, Erfahrungswissen über das Recht und seine Wirkung in der Gesellschaft zu gewinnen und zu systematisieren. Die Kriminologie verfährt dabei jedoch insofern weiter als die Rechtssoziologie, als sie sich nicht auf Methoden und Theorien der Soziologie beschränkt, sondern auch psychologische, psychiatrische und biologische Erklärungsansätze einschließt. Enger als die Rechtssoziologie ist die Kriminologie dagegen, da sie ihre Untersuchungen auf den Bereich des strafrechtswidrigen und sonst abweichenden Verhaltens beschränkt. Dabei hat in den letzten Jahrzehnten, besonders unter amerikanischem Einfluß<sup>11</sup>, die soziologische Betrachtungsweise stärker an Gewicht gewonnen. Solche Kriminalsoziologie ist dann nur noch durch ihre Spezialisierung von der thematisch umfassenderen Rechtssoziologie zu unterscheiden. Festzuhalten bleibt, daß die frühen Krimi-

---

<sup>11</sup> Vgl. *Sack/König*, Kriminalsoziologie, 1968.

*Röhl, Rechtssoziologie*

---

nologen als Pioniere sozialemprischer Rechtsforschung auch zu Wegbereitern der Rechtssoziologie geworden sind.

## § 4 Emile Durkheim

**Schriften Durkheims:** Regeln der soziologischen Methode, 3. Aufl. 1970; Die Teilung der sozialen Arbeit, 1977; Der Selbstmord, 1973.

**Literatur:** *Baxi*, Comment - Durkheim and Legal Evolution: Some problems of Disproof, LSR 8, 1974, 645 ff.; *Marra*, Il diritto in Durkheim, 1986; *Röhl*, Über außervertragliche Voraussetzungen des Vertrages, FS Schelsky, 1977, 435 ff.; *Schwartz/Miller*, Legal Evolution and Societal Complexity, American Journal of Sociology 20, 1964, 159 ff., nachgedruckt in: *Black/Mileski*, The Social Organization of Law 1973, 379 ff.; *Shaskolski Sbeleff*, From Restitutive Law to Repressive Law, Archives Européennes des Sociologie XVI, 1975, 16ff; *Spitzer*, Punishment and Social Organization: A Study of Durkheim's Theory of Penal Evolution, LSR 9, 1975, 613 ff.

### I. Leben und Werk

*Emile Durkheim* (1858-1917) wurde 1894 in Bordeaux der erste Inhaber eines soziologischen Lehrstuhls. 1902 wurde er an die Sorbonne berufen, wo er eine Professur für Erziehungswissenschaften übernahm. Obwohl er in vielen seiner Arbeiten dem Recht besondere Aufmerksamkeit schenkte, sind doch drei Werke für die Rechtssoziologie von besonderer Bedeutung. Die Kenntnis der Titel gehört für jeden Soziologen zum Minimalwissen: *De la division du travail social*, 1893; *Les règles de la méthode sociologique*, 1895; *Le suicide*, 1897.

### II. Die Regeln der soziologischen Methode

*Durkheim* hat wie kein anderer die Eigenständigkeit der Soziologie als Wissenschaft postuliert, und zwar als einer empirisch analytischen Kausalwissenschaft. Anfangs lag er dauernd im Streit mit Vertretern anderer Fächer, vor allem der Psychologie, die entweder den Nutzen oder die Eigenständigkeit der Soziologie leugneten. Deshalb versuchte *Durkheim* in seinem Buch über die Regeln der soziologischen Methode nachzuweisen, daß Gesellschaft eine Wirklichkeit eigener Art ist, die sich nicht auf psychologische Fakten reduzieren läßt. Gegenstand der Soziologie sind die *faits sociaux*, **soziologische Tatbestände**, die *Durkheim* so definiert:

»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. ... Wenn ich meine Pflichten als Bruder, Gatte und Bürger erfülle, oder wenn ich übernommene Verbindlichkeiten einlöse, so gehorche ich damit Pflichten, die außerhalb meiner Person und der Sphäre meines Willens im Recht und in der Sitte begründet sind. ... Hier liegt also eine Klasse von Tatbeständen von sehr speziellem Charakter vor; sie bestehen in besonderen Arten des Denkens und Fühlens, die außerhalb der Einzelnen stehen und mit zwingender Gewalt ausgestattet sind, kraft derer sie sich ihnen aufdrängen.« (Regeln, S. 105 f.)

Die Soziologie hat diese sozialen Tatbestände zu beachten und durch systematisches Vergleichen **Kausalverknüpfungen** herauszufinden. Teleologische Erklärungen hat *Durkheim* dagegen abgelehnt. Auch wenn die sozialen Phänomene jeweils von bestimmtem Nutzen sind und sich ohne solchen auf die Dauer nicht aufrecht erhalten können, so sind sie doch nicht im Hinblick auf einen Zweck entstanden. Sie sind absichtslose Erzeugnisse bestimmter Verknüpfungen. Durkheim spricht deshalb von den Funktionen der sozialen Phänomene, die sich im Gefolge absichtsloser Entstehung ergeben im Unterschied zu Zwecken, die von Anfang an leitend wären. Damit hat *Durkheim* auch schon die heute weit verbreitete **funktionale Betrachtungsweise** (§ 46) vorweggenommen. Ein wichtiges Beispiel dieser Betrachtungsweise für die Rechtssoziologie ist seine **These von der Normalität des Verbrechens** und seiner positiven Funktionen für die soziale Ordnung. Das Verbrechen, so sagt *Durkheim*, ist eine notwendige Erscheinung, die mit den Grundbedingungen des sozialen Lebens verbunden ist. Abnorm wäre es nur, wenn das Verbrechen in erhöhter Menge vorkäme. Als normale Erscheinung hat das Verbrechen zugleich positive Funktionen, indem es durch die entsprechenden Strafen die Normen in Erinnerung ruft und die Gesellschaft dadurch fortwährend erneuert und stärkt.

### III. Mechanische und organische Solidarität

*Durkheims* Soziologie war keine Rechtssoziologie, sondern eine **Theorie der sozialen Integration**, also der Einheit und des Zusammenhalts der Gesellschaft. Die Integration kann durch Gleichförmigkeit des Denkens und Handelns oder durch Kooperation bewirkt werden. In jedem Falle äußert sie sich in einer spezifischen Moral, zu deren Bestandteilen auch das Recht gehört. In seinem Werk über die **Arbeitsteilung** - heute würden wir sagen, über die soziale Differenzierung - unterscheidet *Durkheim* deshalb zwischen zwei Arten der Solidarität, d. h. der Integration der Gesellschaft, die sich auch in entsprechenden Rechtsstrukturen ausdrücken. Sie werden mechanisch und organisch genannt.

Mechanische Solidarität« ist nach Durkheim das Integrationsprinzip segmentärer Gesellschaften. Immer wieder werden in der Soziologie als Gegentyp zur modernen Gesellschaft **einfache Stammesgesellschaften** angeführt. Sie verfügen nicht über eine zentralisierte politische Organisation und werden deshalb akephal genannt (nach dem griechischen Wort kephalos = Kopf). Sie heißen segmentär, weil sie sich in eine Mehrzahl gleichartiger Einheiten gliedern. Die typische Segment einer solchen Gesellschaft, bildet die Abstammungsgruppe, englisch lineage genannt. Dabei zählt, im Gegensatz zu unserem ungegliederten sogenannten kognatischen Verwandtschaftssystem, nur die Verbindung entweder über den Vater oder die Mutter. Man spricht insoweit vom agnatischen Verwandtschaftssystem. Im kognatischen System der Blutsverwandtschaft ist das Kind sowohl mit der Familie seiner Mutter als auch mit der des Vaters verwandt. Der Stammbaum erweitert sich wie ein Fächer, und die Verwandtschaften überschneiden sich. Im agnatischen System dagegen ist ein Kind entweder nur mit seinem Vater (und dessen Vater usw.) verwandt. Dann ist das System patrilinear. Oder, was seltener vorkommt, die Verwandtschaft wird - matrilinear - nur über die Mutter vermittelt. Aus dieser einlini-

gen Gliederung entstehen feste Verwandtschaftsgruppen über mehrere Generationen. Sie sind vielfach durch Heirat miteinander verbunden. Durch die Heirat wird jedoch der Ehegatte, also gewöhnlich die Frau, gegen einen Brautpreis aus seinem Verband herausgelöst. Innerhalb der Abstammungsgruppe gelten regelmäßig Inzesttabu und Heiratsverbot. Im einfachsten Fall erschöpft sich die Gliederung der Gesellschaft in dem Nebeneinander der Verwandtschaftsgruppen, die zusammen einen Stamm bilden.

In einfachen Gesellschaften mit geringer Arbeitsteilung - so *Durkheims* Vorstellung - wird der Zusammenhalt der Gesellschaft vor allem durch gemeinsame, von allen Mitgliedern geteilte Wertvorstellungen, Überzeugungen und Empfindungen, durch Mythologie und Religion, kurz: durch eine einheitliche Moral, gewährleistet. Wird diese gemeinsam erlebte normative Ordnung der Gesellschaft verletzt, so wird dadurch eine Reaktion der gesamten Gruppe provoziert, mit der die Gruppe ihre moralische Identität bestätigt, da ihr dabei die verletzten Normen deutlich ins Bewußtsein treten und der durch die Sanktionierung ausgelöste Gegendruck die Einheit und Autorität der *conscience collective* bekräftigt. Die Reaktion der Gesellschaft ist unter diesen Umständen **repressiv**. Sie hat nicht die Funktion, die Interessen des Geschädigten zu wahren oder auch nur den Täter individuell nach seiner Schuld zu bestrafen oder spezialpräventiv zu behandeln. Bei dieser Form der sozialen Integration, der **mechanischen Solidarität**, spielen demnach insbesondere Strafrechtsnormen, und zwar Strafrecht im Sinne eines Vergeltungsstrafrechts, eine bedeutsame Rolle.

Mit zunehmender Bevölkerungszahl und -dichte ist diese Form der Integration gefährdet. Daher werden die Arbeitsteilung und in Verbindung damit neue Regelungsmechanismen zur Gewährleistung der gesellschaftlichen Integration erforderlich. Die so entstehende **organische Solidarität** ist - neben einem immer noch erforderlichen, aber zusammengeschmolzenen Bestand an gemeinsamen, strafrechtlich geschützten Vorstellungen - vor allem durch restitutive und vertragliche Beziehungen zwischen den nunmehr funktional differenzierten Individuen und Gruppen gekennzeichnet. Die bislang vorwiegend repressive wird zur vorwiegend kooperativen Gesellschaft. Das Strafrecht tritt zurück, während sich das Privatrecht und das öffentliche Recht immer reicher ausbilden. Von religiös fundierten und strafrechtlich sanktionierten ziemlich konkreten Verhaltensnormen schreitet die Entwicklung fort zu immer differenzierteren rechtlichen Möglichkeiten. An die Stelle eines einheitlichen Bewußtseins tritt die spezifische Berufsmoral unterschiedlicher Professionen. Die repressiven Sanktionen werden durch **restitutive** abgelöst, die an individuelle Verantwortung appellieren und der Wiedergutmachung individuellen Verlustes dienen. Eine der wichtigsten Entwicklungen in diesem Sinne ist die Ausbildung des Konsensualvertrages.

#### IV. Außervertragliche Grundlagen des Vertrages

Ein zentrales Anliegen *Durkheims* war der Nachweis des nichtkontraktuellen Elementes im Kontrakt. *Durkheim* meinte damit die sozial-strukturellen Voraussetzungen, die das Eingehen von Verträgen erst möglich machen, indem sie Vertragsformen und Sanktionen für die Einhaltung von Verträgen bereitstellen. Er wandte sich damit gegen die utilitaristische Wertung des Vertrages durch *Herbert Spencer* (1820-1903), wonach die Einhaltung der Verträge durch das jeweilige Eigeninteresse des Vertragspartners (Reziprozitätsprinzip, vgl. § 19) gewährleistet ist. *Spencer* stellte sich vor, daß die Integration industrieller Gesellschaften keines Zwangsinstrumentes bedürfe, sondern sich in frei abgeschlossenen Austauschverträgen vollziehen werde. Er meinte, die vom Staat ausgehende Kontrolle werde in dem Maße rückläufig sein, in dem die industrielle Gesellschaft eine Gesellschaft vom militärischen Typ ablöse, und sich schließlich ganz auf die Handhabung der Justiz beschränke, die die Aufgabe habe, die Individuen an Übergriffen auf die Rechte anderer zu hindern. So bleibe der absolut freie Austausch in der Form des Vertrages das einzige Bindeglied zwischen den Menschen. *Durkheim* führte dagegen die **außervertraglichen Voraussetzungen des Vertrages** ins Feld. Er betonte, daß vorgängig von den Vertragspartnern geteilte Normen und Werte vorhanden sein müßten, die die Modalitäten des jeweiligen Vertrages bestimmen und den Vertragsbruch sanktionierbar machen.

»Denn es ist nicht alles vertraglich am Vertrag ... überall, wo der Vertrag vorkommt, ist er einer Regelung unterworfen, die das Werk der Gemeinschaft ist, nicht aber das von Einzelmenschen, und die fortwährend an Umfang und Kompliziertheit zunimmt.«

Es scheint, als ob *Durkheim* die Folgeprobleme der sozialen Arbeitsteilung richtiger eingeschätzt hat. Nur im Verein mit mehr oder weniger zwingendem Recht leistet der frei ausgehandelte Vertrag seinen Beitrag zur Koordination zwischen den verschiedenen Funktionsträgern der Gesellschaft.

Ethnologen, die das Leben einfacher Stammesgesellschaften erforscht haben, haben *Durkheims* große Hypothese über die Rechtsentwicklung allerdings erheblich korrigiert. Sie sind der Meinung, daß in diesen Gesellschaften allgemein das **Reziprozitätsprinzip** die Basis des Zusammenlebens abgibt, daß Restitution hier viel eher zu beobachten ist als organisierte Strafe. Zwar bleibt es grundsätzlich zutreffend, daß manche Normverletzungen die Gruppe in ihrem moralischen Bewußtsein treffen. Aber selbst die Tötung eines anderen gilt nicht immer als moralisch verwerflich, sondern als schlecht in erster Linie wegen der mit ihr verbundenen unangenehmen Folgen. Die Reaktion besteht selten in einer gemeinsamen Strafaktion gegen den Normbrecher. Meist wird der Geschädigte nur von seiner Verwandtschaftsgruppe unterstützt und muß mit ihrer Hilfe eine Wiedergutmachtung aushandeln.

Ein berühmtes Beispiel ist die Abwendung der Blutrache bei den Nuern, einem Hirtenvolk im südlichen Sudan. Die Nuer werden als ein leidenschaftliches, aggressives Volk beschrieben, das spon-

tan zu gewaltsamer Vergeltung neigt. Wenn ein Nuer einen anderen getötet hat, muß er daher Blutrache fürchten. Es fehlt jede Autorität, die ein Umsichgreifen gewaltsamer Auseinandersetzungen verhindern könnte. Eine Tötung führt zum Zustand der Fehde zwischen den Verwandtschaftsgruppen des Opfers und des Täters. Mitglieder beider Gruppen dürfen nicht miteinander essen und trinken oder gar heiraten. Sonst verletzen sie ein Tabu, was nach der Vorstellung der Nuer alsbald Krankheit oder Tod nach sich zieht. In dieser Situation flüchtet sich der Täter zu dem Leopardenfell - Priester, der so genannt wird, weil er ein Leopardenfell trägt, während die anderen unbekleidet leben. Dieser hat keine besondere Macht außer der, daß er dem Mörder Asyl gewähren kann und die Riten verwaltet, die zu einer Entsöhnung führen können. Solange der Täter sich im Haus des Leopardenfell-Mannes aufhält, ist er vor Angriffen sicher. Die Verwandten des Getöteten erscheinen, lagern sich um die Hütte und beobachten, daß der Täter sie nicht verläßt. Die Verwandten des Täters erscheinen, um ihm beizustehen. Ist so einmal ein erster Aufschub erreicht, pendelt der Leopardenfell-Mann zwischen den Verwandtschaftsgruppen hin und her, um die Blutrache durch eine Ausgleichszahlung abzuwenden. Die Verhandlung kann sehr lange dauern und leicht von Feindseligkeiten unterbrochen werden. Es geht dabei nicht nur um die Besänftigung aufgebrachter Gefühle, sondern um handfeste Ausgleichsleistungen, die in der Regel vierzig Rinder betragen haben. Darüber wird lange gefeilscht. Es wird aber auch über alles geredet, was zwischen den Beteiligten vorgefallen ist, über die Person des Erschlagenen und den, der ihn getötet hat, über ihre Lebensführung und die Motive der Tat. Obgleich für die Nuer Kampf und Tötung eines Mannes würdig sind und ihre Ehre Vergeltung fordert, ist doch auf der anderen Seite die Angst vor fortdauernder Gewalttätigkeit so groß, daß am Ende eine Einigung erzielt wird. Erst diese Einigung, verbunden mit verschiedenen rituellen Handlungen, beendet den Fehdezustand<sup>12</sup>. Das repressive Strafrecht erreicht seinen Höhepunkt erst in den absolutistisch regierten Gesellschaften der vorindustriellen Zeit (Spitzer). In den modernen Demokratien westlicher Prägung wiederum, die ein selbst von Durkheim allenfalls erahntes Maß von Differenzierung erreicht haben, ist Repression noch keineswegs verschwunden, vielmehr stellen sich die verschiedenen Rechtssysteme als eine **Mischung von Restitution und Repression** dar. Das von Durkheim aufgestellte Entwicklungsgesetz des Rechts ist daher kaum mehr als eine - freilich bis heute immer wieder anregende - Fragestellung.

## V. Durkheims Buch über den Selbstmord

Eine eindrucksvolle empirische Anwendung seiner Theorien über die Eigenständigkeit der Gesellschaft gelang *Durkheim* in seiner Studie über den Selbstmord. Selbstmord scheint eine der individuellsten und einsamsten Handlungen zu sein, deren der Mensch, und nur er, fähig ist. *Durkheim* bewies jedoch mit Hilfe umfangreichen statistischen Materials, daß auch der höchst private Willensakt, der zum Suizid führt, soziologischen Gesetzen gehorcht. So konnte er zeigen, daß die Selbstmordrate in den Städten höher liegt als auf dem Lande, ebenso bei Protestanten höher als bei Katholiken, oder bei geschiedenen oder verwitweten Frauen höher als bei verheirate-

---

<sup>12</sup> Die klassische Darstellung stammt von *Edward E. Evans Pritchard* (The Nuer, Oxford 1940). Eine anschauliche Wiedergabe findet sich bei *Uwe Wesel*, Juristische Weltkunde, Frankfurt a. M. 1984, 21 ff. Vgl. auch *Franz von Benda - Beckmann*, Individualisierung und Kriminalität - Eine rechtsethnologische Betrachtung, ZfRSoz 3, 1982, 14-30. Vgl. jetzt auch *Uwe Wesel*, Frühformen des Rechts, Frankfurt a. M. 1985.

ten. Diese Unterschiede, so *Durkheim*, lassen sich nur durch ein Mehr oder Weniger an sozialer Bindung oder Solidarität erklären.

Im einzelnen unterschied *Durkheim* dabei drei Typen des Suizids, den egoistischen, den altruistischen und den anomischen Selbstmord. In allen drei Fällen ist die Ursache im Verhältnis des Individuums zum Sozialen zu suchen. Aber die Frage, warum dieses Verhältnis problematisch wird in dem Sinne, daß der einzelne zum Selbstmord getrieben wird, ist in den drei Fällen verschieden zu beantworten. Die einen begehen Selbstmord, weil sie unzureichend integriert sind und deshalb von ihrer inneren Leere überwältigt werden. Die anderen bringen sich um, weil sie übermäßig integriert sind und daher ihr eigenes Leben zu gering schätzen. Und wiederum andere scheiden freiwillig aus dem Leben, weil ihre Erwartungen nicht mit dem zu vereinen sind, was für sie sozial erreichbar scheint.

In diesem Zusammenhang prägte *Durkheim* den wichtigen Begriff der **Anomie**. Nach seinem griechischen Ursprung könnte man ihn mit Normlosigkeit oder Unordnung übersetzen. *Durkheim* meinte damit einen Zustand des einzelnen oder eine Gruppe, bei dem es an gesellschaftlichen Bindungen mangelt. Am Beispiel des Selbstmords bewies er, daß Solidarität buchstäblich lebensnotwendig ist, daß der Mensch ein Leben in Anomie nicht ertragen kann.

## VI. Der Einfluß Durkheims

Die Rechtssoziologie verdankt Durkheim nicht nur eine große Hypothese über die Entwicklung der Gesellschaft und ihres Rechts von mechanischer zu organischer Solidarität. Durkheim war nicht nur der erste bedeutende Soziologe, der immer wieder unmittelbar rechtsbezogene Themen aufgriff. Vor allem war er es, der der allgemeinen Soziologie einen Begriffsapparat und ein Methodenbewußtsein auf den Weg gab, die nach einer Anwendung auf Rechtsnormen als soziale Tatbestände (*faits sociaux*) gerade zu werten schienen.

In Frankreich hat Durkheim in einem großen Ausmaß schulbildend gewirkt. *Paul Fauconnet*<sup>13</sup>, *Georges Davy*<sup>14</sup>, *Lucien Levy-Bruhl*<sup>15</sup> und *Marcel Mauss*<sup>16</sup> haben sich speziell der Frage der Entstehung und des Wandels des Rechts in einfachen Gesellschaften zugewandt. Sie haben sich besonders mit dem Geschenketausch (*potlach*) der Indianer (§ 23, 3) als Keim der Vertragsbeziehung befaßt. *Mauss* versuchte zu zeigen, daß das soziale Leben in einfachen Stammesgesellschaften auf den grundlegenden

---

<sup>13</sup> La responsabilité, 'Etude de sociologie, Paris 1920.

<sup>14</sup> La Foi juree, 'Etude sociologique du problème du contrat, Paris 1922.

<sup>15</sup> La morale et la science de moeurs, Paris 1903; *ders.*, Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures, Paris 1910; *ders.*, La mentalité primitive, Paris 1922.

<sup>16</sup> Essai sur le don, forme et raison de le échange dans les sociétés archaïques, 1923, deutsch: Die Gabe, 1968.

#### § 4 Émile Durkheim

---

Akten des Schenkens, des Empfangens und des Zurückgebens beruht (§ 19). Auch *Léon Duguit* (1859-1926), der eine soziologische Jurisprudenz entwickelte<sup>17</sup>, und *Georges Gurvitch* (1899-1964), der ein umfangreiches (kaum noch lesenswertes) Werk »Grundzüge der Soziologie des Rechts«<sup>18</sup> veröffentlichte, gelten als *Durkheims* Schüler. Bis in die Gegenwart wirkt diese Schule fort durch *Henri Lévy-Bruhl*<sup>19</sup> und *Jean Carbonnier*<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> *Le droit social, le droit individuel et le transformation de l'état*, Paris 1911.

<sup>18</sup> *Éléments de sociologie juridique*, 1940, deutsch: *Grundzüge der Soziologie des Rechts*, Neuwied/Darmstadt 1960; ferner *ders.*, *Sociology of Law*, New York 1942. Als Würdigung vgl. *Alan Hunt*, *The Sociology of Law of Gurvitch and Timasheff: A Critique of the Theories of Normative Integration*, in: *Research in Law and Sociology*, Bd. 2, Greenwich, Connecticut 1979, S. 169-204.

<sup>19</sup> *Aspects sociologiques du droit*, Paris 1955, deutsch: *Soziologische Aspekte des Rechts*, Berlin 1969; *ders.*, *Sociologie du droit*, Paris 1967.

<sup>20</sup> *Sociologie juridique*, Paris 1972, deutsch: *Rechtssoziologie*, Berlin 1974; ferner *ders.*, *Die großen Hypothesen der theoretischen Rechtssoziologie*, KZfSS Sonderheft 11, 1967, 135 ff. Zu einem Überblick über die frankophone Rechtssoziologie verhilft *Arnaud*, *Critique de la raison juridique*, 1981.

## § 5 Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich

**Schriften von Eugen Ehrlich:** Über Lücken im Recht, 1888; Die stillschweigende Willenserklärung, 1893; Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903; Die Erforschung des lebenden Rechts, 1913; Grundlegung der Soziologie des Rechts, 1913, 3. Aufl. 1967 (RS); Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes, 1917; Die juristische Logik, 1918, 3. Aufl. 1966; Recht und Leben. Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre, hrsg. von *Rebbinder*, 1967.

**Literatur:** *Rebbinder*, Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich, 2. Aufl. 1986; *ders.*, Neues über Leben und Werk von *Eugen Ehrlich*, in: FS *Schelsky*, 1977, 403 ff.; *Rottleuthner*, Drei Rechtssoziologien: Eugen Ehrlich, Hugo Sinzheimer, Max Weber, in: *Heyen*, Historische Soziologie der Rechtswissenschaft, 1986, 227 ff.; *Ziegert*, The Sociology behind Eugen Ehrlich's Sociology of Law, The International Journal of the Sociology of Law 7, 1979, 225 ff.

### I. Leben und Werk

*Ehrlich* (1862-1922) war seit 1896 Professor für römisches Recht in Czernowitz in der Bukovina, am Rande der alten österreich-ungarischen Donaumonarchie. Dort galt seit 1811 das österreichische Zivilgesetzbuch, das ABGB. Es hatte die rechtlichen Gewohnheiten der verschiedenen Völkerschaften, die dort zusammentrafen, jedoch nur oberflächlich zurückdrängen können. Man kann sich vorstellen, wie diese Situation *Ehrlich* herausforderte, das Juristenrecht mit der Rechtswirklichkeit zu konfrontieren.

Wissenschaftssoziologisch interessant ist die Parallele zu Ernst-Eduard Hirsch. Er war wohl der erste, der nach dem zweiten Weltkrieg in der Bundesrepublik systematisch Rechtssoziologie betrieb. Er gründete an der Freien Universität in Berlin das inzwischen wieder aufgelöste Institut für Rechtstatsachenforschung. Hirsch war von Hause aus Handelsrechtler. Er emigrierte 1933 in die Türkei und wurde Professor für Handelsrecht in Istanbul. Dort befand er sich auf einem ähnlich interessanten soziologischen Beobachtungsposten wie seinerzeit Ehrlich in Czernowitz. Die Türkei hatte sich ein neues Zivilgesetzbuch gegeben, das weitgehend nach dem Vorbild des schweizerischen Zivilgesetzbuchs und Obligationenrechts gearbeitet war. So sah sich auch Hirsch in eine Situation versetzt, in der eine Kodifikation mehr oder weniger künstlich einer völlig andersartigen Rechtskultur übergestülpt war<sup>21</sup>. Die Überlagerung einer Rechtskultur durch eine andere, die so sehr zur soziologischen Betrachtung herauszufordern scheint, ist dennoch bisher kaum Gegenstand systematischer rechtssoziologischer Bemühungen gewesen, obwohl es dafür so viele wichtige Beispiele gibt wie die Rezeption des römischen Rechts, die Ausbreitung des französischen Code Civile und den Rechtsexport durch die Kolonialmächte oder die Einführung des Besatzungsrechts in Deutschland nach 1945.

---

<sup>21</sup> *Hirsch*, Rezeption als sozialer Prozeß. Erläutert am Beispiel der Türkei, Berlin, 1981. Vgl. zu diesem Thema auch *Michel Alliot*, über die Arten des »Rechts-Transfers«, in: *Fikentscher/Franke/Köhler*, Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen, 1980, 161-231, sowie *Sandra B. Burman/Barbara E. Harrel-Bond* (Hrsg.), The Imposition of Law, New York/London 1979.

---

## § 5 Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich

---

*Ehrlichs* Schriften zu den Grundlagen der Rechtsanwendung zeigen ihn als führenden Vertreter der sog. Freirechtsschule (dazu § 8). 1910 gründete er in Czernowitz ein Seminar für lebendes Recht, das heute vielleicht Institut für Rechtstatsachenforschung heißen würde. 1912 erstattete er für den 31. Deutschen Juristentag ein Gutachten über die Frage: Was kann geschehen, um bei der Ausbildung/Vor und nach Abschluß des Universitätsstudiums das Verständnis des Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Maße zu fördern? Die 1913 erschienene »Rechtssoziologie« *Ehrlichs* ist kein systematisches Werk. *Ehrlich* hat seine Gedanken in loser Form aneinandergereiht, sie oft außerordentlich breit ausgesponnen und mit einer verwirrenden Fülle historischer und zeitgenössischer Details beladen. Daß es dennoch heute möglich ist, die Rechtssoziologie *Ehrlichs* in aller Kürze als ein verhältnismäßig geschlossenes System wiederzugeben, ist *Manfred Rehbinder* zu verdanken, der sich ausführlich mit dem Werk *Ehrlichs* auseinandergesetzt und dabei die tragenden Grundgedanken herausgearbeitet hat.

### II. Das lebende Recht

Das Hauptwerk *Ehrlichs* ist die »Grundlegung der Soziologie des Rechts«, die 1913 in Berlin erschien. Die kurze Vorrede lautet:

»Es wird oft behauptet, ein Buch müsse so sein, daß man seinen Sinn in einem einzigen Satz zusammenfassen könne. Wenn die vorliegende Schrift einer solchen Probe unterworfen werden sollte, so würde der Satz etwa lauten: Der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung liege auch in unserer Zeit, wie zu allen Zeiten, weder in der Gesetzgebung, noch in der Jurisprudenz oder Rechtsprechung, sondern in der Gesellschaft selbst. Vielleicht ist in diesem Satz der Sinn jeder Grundlegung einer Soziologie des Rechts enthalten.«

In der Tat hat *Ehrlichs* Rechtssoziologie nur ein einziges Thema. Er will dem Juristen, der die Welt von Recht und Rechtszwang beherrscht sieht, die relative **Bedeutungslosigkeit staatlichen Rechts** vor Augen führen.

Einleitend führt *Ehrlich* aus, die »selbständige Wissenschaft vom Rechte, die nicht praktischen Zwecken dienen will, sondern reiner Erkenntnis, die nicht von Worten handelt, sondern von Tatsachen,« sei die Rechtssoziologie (RS S. 1). Die praktische Jurisprudenz sei demgegenüber nur eine Technik, die Kunst, das Recht den besonderen Bedürfnissen des Rechtslebens dienstbar zu machen und daher »etwas ganz anderes als die Wissenschaft vom Recht« (RS S. 198). Die Rechtssoziologie sei darum die einzig mögliche Wissenschaft vom Recht, weil sie nicht bei den Worten stehen bleibe, sondern ihr Augenmerk auf die dem Recht zugrundeliegenden Tatsachen richte, und weil sie, »wie jede echte Wissenschaft,« mittels der induktiven Methode, d. h. »durch Beobachten von Tatsachen, Sammeln von Erfahrungen unsere Einsicht in das Wesen der Dinge zu vertiefen sucht« (RS S. 6).

Unter der Gesellschaft, die *Ehrlich* dem Staat gegenüberstellt, versteht er nicht eine Ansammlung von Individuen, sondern die Gesamtheit menschlicher Verbände. Die einfacheren ursprünglichen Formen der Verbände bilden die Familie, die Sippe, die Hausgemeinschaft. In der Neuzeit überwiegen aber größere Verbände, die häufig auf freiwilligem und bewußtem Zusammenschluß beruhen, wie Vereine, Kirchen, Gemeinden oder Parteien, oder im wirtschaftlichen Bereich, ein Landgut, eine Fabrik oder ein Handelsunternehmen. Recht sei ursprünglich nichts anderes als die innere Ordnung, die Organisation solcher Verbände, die aus Regeln besteht, die jedem Verbandsangehörigen seine Stellung und seine Aufgaben anweisen. Um diese Verbandsordnung zu gewährleisten, bedarf es keiner staatlichen Gerichte und Strafen. Sie setzt sich durch, weil niemand ausgeschlossen werden und so seine Stellung innerhalb der Familie, im Beruf, in einem Geschäft, in Kirche oder Gemeinde, verlieren möchte. Alle individuellen Rechte sind nur Reflexe von Verbandsrecht. »Recht ist vor allem Organisation«.

Der Rechtswissenschaft hält *Ehrlich* vor, daß sie die Verbände »in Stücke gerissen« habe, »um ihre Bestandteile als Rechtssubjekte und -objekte, als dingliche und persönliche Rechte einzeln unter das Vergrößerungsglas zu nehmen. Das mag praktisch geboten sein, ist aber jedenfalls unwissenschaftlich: ebenso wie die alphabetische Ordnung des Wörterbuches praktisch geboten, aber unwissenschaftlich ist. Die soziologische Rechtswissenschaft, durch keinerlei praktische Rücksichten gebunden, muß daher die auseinandergerissenen Glieder wieder zu einem Ganzen zu vereinigen suchen« (RS S. 34). Zu diesem Zweck führte *Ehrlich* mit seinen Studenten sog. **juristische Aufnahmen** durch. Er besuchte etwa einen Bauernhof oder eine Fabrik, um dort die gesamte Organisation dieses Verbandes, wie sie sich in Besitz und Eigentum, Vollmachten, Aufträgen, Bestellungen, Kaufverträgen, Arbeitsverträgen usw. darstellte, zu vermitteln und festzuhalten.

Die faktische Quelle der in den Verbänden wirksamen Regeln sieht *Ehrlich* in Übung, Besitz, Herrschaft und Willenserklärung, wobei mit Willenserklärung insbesondere Verträge, letztwillige Verfügungen und Satzungen gemeint sind. Von diesen Erscheinungen spricht *Ehrlich* als den **Tatsachen des Rechts**. Aus ihnen soll sich die Organisation der Verbände herleiten, und zwar zunächst diejenige des einzelnen konkreten Verbandes. Reichlich verwirrend erhalten schon diese konkreten Rechtsverhältnisse, also etwa die zwischen bestimmten Eheleuten vereinbarte Gütergemeinschaft oder die von einem Unternehmen geschlossenen Verträge den Namen Rechtsnorm. In jedem einzelnen Verband herrscht also in diesem Sinne ein anderes Recht. Natürlich übersieht *Ehrlich* nicht, daß bei aller Mannigfaltigkeit der konkreten Verbandsordnungen doch auch eine erstaunliche Gleichförmigkeit besteht. Er betont aber, daß die Gleichartigkeit der Ordnungen, die man in ähnlichen Verbänden findet, nicht etwa primär durch von außen an die Verbände herangetragene staatliche Ge-

setze bewirkt wird, sondern durch die Gleichartigkeit der wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebensbedingungen, die zu gleichartigen Rechtsgestaltungen führen.

Das gesellschaftliche Recht nannte *Ehrlich* das lebende Recht. Seine Aufgabe als Rechtssoziologe sah er in der **Erforschung dieses lebenden Rechts**. Er gründete in Czernowitz ein »Seminar für Erforschung des lebenden Rechts« und machte sich an die Aufnahme des »lebenden Rechts« der Bukovina.

### III. Entscheidungs- und Eingriffsnormen

Neben diesem gesellschaftlichen Recht stehen sozusagen als Recht zweiter Ordnung die **Entscheidungsnormen**: Sie schützen das Verbandsleben von außen, festigen und halten es aufrecht, gestalten es aber nicht. Sie bilden Regeln des Handelns für die Gerichte (die nicht unbedingt staatlich sein müssen). Rechtsstreitigkeiten sind für *Ehrlich* die Krankheitsfälle des Verbandslebens. In einem solchen Fall soll in erster Linie die tatsächliche innere Ordnung des Verbandes ermittelt und gegen den Verletzer eine Rechtsfolge verhängt werden. Beides zusammen ergibt dann die Entscheidungsnorm. Aber nur selten können die Entscheidungsnormen derart auf die Verbandsordnung zurückgreifen. Meistens ist gerade die Lückenhaftigkeit der Verbandsordnung Streitsursache. Entscheidungsnormen schlichten ferner den Streit mehrerer Verbände untereinander. Außerdem regeln sie Fragen, die mit der Austragung des Streits selbst zu tun haben: Schadenersatz, Bereicherung, Prozeßrecht, Vollstreckung. Entscheidungsnormen sind teils das Ergebnis der Juristentätigkeit, teils sind sie staatlichen Ursprungs. Die Juristen gelangen zu Entscheidungsnormen, indem sie die konkreten Normen des gesellschaftlichen Rechts, die sich jeweils nur auf einen bestimmten Verband oder eine Mehrheit von ähnlichen Verbänden beziehen, in Worte kleiden und sie dabei verallgemeinern und vereinheitlichen. Die abstrakten, in Worte gefaßten Rechtsregeln nennt *Ehrlich* im Gegensatz zum gesellschaftlichen Recht **Rechtssätze**. Wenn sich Juristen um die Formulierung neuer Rechtssätze bemühen, so geschieht das auf der Suche nach neuen Entscheidungsnormen. Da die Entscheidungsnormen nach Auffassung von *Ehrlich* aber nur Schutzfunktionen haben, ist die **Grundhaltung der Juristen** hierbei vornehmlich **konservativ**. Die Jurisprudenz, so sagt *Ehrlich*, sei »vielmehr eine erhaltende als eine treibende Kraft« (RS S. 217).

Die Normen, die einer Entscheidung zugrunde gelegt werden, werden durch ihre abstrakte Fassung anwendbar auf alle gleichen oder gleichartigen Fälle. Und solche Anwendung wird auch allgemein gefordert. Abweichungen von einer einmal zugrundegelegten Entscheidungsnorm erscheinen als Willkür und Laune. Das Festhalten an einer einmal gefundenen Entscheidungsnorm erleichtert nicht nur die Entscheidungstätigkeit, sondern befriedigt auch das gesellschaftliche Bedürfnis nach Vorausehbarkeit von Rechtsentscheidungen. Das alles faßt *Ehrlich* zusammen unter dem

**Gesetz der Stetigkeit der Entscheidungsnormen**, daß den Rechtssätzen zu einem ungemein zähen Leben und zu einer ungeheuren Ausdehnungsfähigkeit verhilft. Neben den Entscheidungsnormen kennt *Ehrlich* noch eine zweite Art staatlicher Rechtsätze, die er Eingriffsnormen nennt. Den Unterschied zwischen Entscheidungsnormen und Eingriffsnormen erblickt *Ehrlich* darin, daß der Staat mit den Entscheidungsnormen nur auf Antrag, sozusagen nur als Schiedsrichter, tätig wird, während er mit den Eingriffsnormen selbst die Initiative ergreift.

Von der Möglichkeit, mit Hilfe von Entscheidungsnormen staatliche Zwecke durchzusetzen, hält *Ehrlich* nicht viel:

»Die Wirkung der staatlichen Entscheidungsnormen wird im allgemeinen sehr überschätzt. Es kommt alles auf die Tätigkeit der Parteien an, und diese versagt nicht selten vollständig. Das Gesetz bleibt oft in weiten Kreisen unbekannt, zuweilen ist es praktisch unbrauchbar, dann mangelt es oft den Parteien, die es begünstigt, an materiellen Mitteln, um ihren Anspruch durchzusetzen, oder auch infolge der Lagerung der tatsächlichen Machtverhältnisse an dem dazu erforderlichen Selbstvertrauen oder Vertrauen in die Behörden. Aus diesem Grunde bleiben Arbeiterschutzgesetze, soweit sie nur Entscheidungsnormen enthalten, regelmäßig wirkungslos.« (RS S. 297)

Dagegen billigt er den Eingriffsnormen größere Effektivität zu:

»Der unmittelbare Eingriff des Staates wirkt erheblich stärker als die Entscheidungsnorm. In der Geschichte der Arbeiterschutzgesetze tritt das sehr sinnfällig zu Tage. Ursprünglich waren sie nur als Norm erlassen, die den Gerichten und Verwaltungsbehörden als Grundlage der Entscheidung von Streitigkeiten aus Lohnverträgen und körperlicher Verletzung dienen sollten. Das war noch so beim französischen Gesetz über den Zwölfstundentag und beim deutschen Haftpflichtgesetz. Diese Gesetze waren ganz unwirksam. Erst das Gewerbeinspektorat, als staatliche Organisation zur Durchführung der Arbeiterschutzgesetzgebung, hat ihnen durch unmittelbare Eingriffe Leben verliehen.« (RS S. 299 f.)

Aber auch Eingriffsnormen müssen häufig versagen:

»Man wird sich an den Gedanken gewöhnen müssen, daß gewisse Dinge durch Gesetz überhaupt nicht bewirkt werden können (RS S. 302) ... Die staatlichen Befehle sind am wirksamsten, insofern sie bloß negativ sind: wenn es sich nicht darum handelt, die Menschen zu einem Tun sondern zu einem Unterlassen zu zwingen, wenn sie verbieten, *bekämpfen*, zerstören, ausrotten wollen. In dieser Weise hat der Staat im Laufe der Zeit unzählige Kämpfe geführt wider religiöse Richtungen und politische Strömungen, wider Vereine und sonstige Gemeinschaften, zu denen er sich irgendwie in Gegensatz gestellt hat. Das ist der Inhalt fast des ganzen staatlichen Strafrechts, und insbesondere des einzigen, das tatsächlich einigermaßen gesellschaftlichen Einfluß hat. In dieses Gebiet gehört ganz überwiegend die staatliche Polizeigesetzgebung, die Sicherheits-, Gesundheits-, Gewerbebehörde ...

Viel zaghafter muß der Staat vorgehen, wo er die Menschen zu einem positiven Tun veranlassen möchte. Die Menschenmassen zu leiten und zu lenken ist unter allen Umständen ungeheuer schwierig ... In den wenigen Fällen, wo der Staat große positive Leistungen durchsetzt, so vor allem in der Heeres- und in der Steuerverwaltung, da ist aufgrund einer vieltausend- oder mindestens vielhundertjährigen Erfahrung eine ganz besonders geschulte und geschickte Technik dafür entstanden ... Wo staatliches Recht sonst noch positiv wirkt, da handelt es sich wohl ausnahmslos um den unmittelbaren Verkehr der Behörden mit der Bevölkerung in den Fällen, in denen diese wenigstens einigermaßen einsieht, daß es in ihrem eigenen Interesse liegt, sich dem staatlichen Recht zu fügen. Darauf beruht zum größten Teil das Prozeßrecht. Der bedeutendste Erfolg des Staates in der letzten Zeit, der in dieses

## § 5 Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich

---

Gebiet gehört, ist wohl die Sozialversicherung. Das Unglück des Staates ist, daß ihm alles, was er einrichtet, zur Behörde wird, selbst Anstalten für den Unterricht, Kunst, Wissenschaft und Wohlfahrt, selbst Schulen, Museen, Ausstellungen, Eisenbahnen, Tabakregie und Spitäler: sie verlieren dadurch nicht bloß die Schmiegsamkeit, sich den wechselnden Bedürfnissen des Lebens anzupassen, sondern auch den Anhang in der Bevölkerung, der sich zum Werkzeug gesellschaftlichen Fortschritts machen könnte.« (S. 303 f.)

*Ehrlich* betonte, das staatliche Recht sei statisch, die Verbandsordnung dagegen in ständiger Bewegung. Da staatliches Recht auch nur beschränkt wirksam sei, werde es ständig vom gesellschaftlichen Recht überholt:

»Es ist klar, daß dieser nie rastenden Entwicklung des gesellschaftlichen Rechts gegenüber das starre unbewegliche staatliche Recht nur zu oft im Rückstand bleibt. Das Recht, wie es auch sein mag, ist stets eine Form der Herrschaft des Toten über den Lebenden.« (S. 323)

*Ehrlich* war der Auffassung, daß allgemein nur ein sehr kleiner Teil der Rechtsnormen durch staatlichen Zwang Geltung erhalte. Aber er räumte doch ein, daß es immerhin einen Bereich gebe, der ohne solchen Zwang nicht bestehen könne, nämlich das Heer- und Steuerwesen. Er sah den Staat historisch entstanden als einen militärischen Verband, der Steuern eintreiben mußte, um sich zu finanzieren, und meint, durch diese Entwicklung seien der Staat und ein großer Teil der Gesellschaft zueinander in Gegensatz getreten. Neue vom Staat geschaffene Normen würden daher nicht freiwillig akzeptiert, sondern müßten durch eine zentral gelenkte, auf militärische und polizeiliche Zwangsgewalt gestützte Rechtspflege und Verwaltung durchgesetzt werden. Immerhin konzidiert *Ehrlich* dem Staat, daß er sich in seinem Behördenapparat und den darauf bezüglichen Vorschriften eine erhebliche eigene Organisation geschaffen habe, daß er die auf seinem Gebiete befindlichen Menschengruppen zu einem Staatsvolk zusammengeschweißt und nach vielen Richtungen eine einheitliche Rechtsentwicklung eingeleitet habe und den gesellschaftlichen Einrichtungen erhöhten Frieden gewähre. Das wachsende Gefühl für die Einheitlichkeit der Gesamtgesellschaft bedinge, wenn auch nur vorübergehend, ein ungeheures **Anwachsen der Staatstätigkeit. Insgesamt sei der Anteil des Staates an der Rechtsfindung aber »ziemlich bescheiden«** (S. 313). Er stehe im Gegensatz zu der allgemein verbreiteten Vorstellung von der Allmacht des Staates. Diese Vorstellung hat nach Ansicht *Ehrlichs* zur Folge gehabt, daß ein Widerstand dagegen als verwerflich gelte und daß insbesondere die Richter sich nicht über das staatliche Gesetz hinwegsetzen dürften. Er beeilt sich allerdings hinzuzufügen, daß Rechtssoziologie bloß diese Tatsache zu notieren habe, daß sie also keinesfalls den Richter ermutigen wolle, das Gesetz zu vernachlässigen. Sie müsse nur feststellen, daß der Richter in Ausübung seines Amtes häufig unbewußt, manchmal aber auch bewußt, unter der Herrschaft anderer Mächte stehe als bloß der des Gesetzes (S. 313 f.).

#### IV. Zur Bedeutung der Rechtssoziologie Ehrlichs

*Ehrlich* hatte sehr wohl erkannt, daß eingetreten war, wovor *Savigny* zu Beginn des 19. Jahrhunderts im Hinblick auf den Vorschlag zur Kodifikation des bürgerlichen Rechts gewarnt hatte: Das Recht hat sich von Sitte und Gewohnheit, von der Moral im Sinne *Durkheims* oder dem lebenden Recht im Sinne *Ehrlichs* abgekoppelt. Schriftlichkeit, Professionalisierung, Zentralisierung in der Hand des Territorialstaates, die verfassungsmäßige Fixierung von Rechtssetzungs- und vor allem von Rechtsänderungsverfahren haben das Recht von seiner gesellschaftlichen Basis gelöst und es zum Macht- und Herrschaftsinstrument des modernen Staates werden lassen. *Ehrlich* sah aber in diesem Vorgang nur negativ eine Entfernung des Rechts von seiner gesellschaftlichen Grundlage. Er erkannte nicht die neuartige Qualität des modernen Rechts: Das Recht ist in der Neuzeit jedenfalls relativ autonom geworden. Es folgt nicht zwangsläufig dem sozialen Wandel, sondern kann selbst sozialen Wandel bremsen, beschleunigen oder sogar in Gang setzen.

Sicher hat *Ehrlich* auch richtig beobachtet, wie einerseits die Masse der Rechtsverhältnisse tatsächlich ohne irgendwelche direkte Nachhilfe des Staates glatt abgewickelt wird und wie andererseits diejenigen, die in die Mühle der Justiz geraten, zu einem großen Teil nicht mehr in die Gesellschaft integriert sind. Aber man könnte aus diesen Tatsachen auch den umgekehrten Schluß ziehen, daß staatliche Gesetze erstaunlich wirksam sind, so daß ihnen nur selten mit Sanktionen Nachdruck verliehen werden muß. Anscheinend ist es gefährlich, mit so großen Hypothesen zu arbeiten. Man wird sich mit viel bescheideneren Aussagen begnügen müssen (vgl. § 58). Es ist allerdings das Verdienst *Ehrlichs*, die Rechtssoziologie auf die von Juristen, und nicht nur von ihnen, unterschätzte **Möglichkeit gesellschaftlicher Selbstregulierung** verwiesen zu haben. In den letzten Jahren zeichnet sich ein neuer Schwerpunkt rechtssoziologischer Forschung unter der kaum übersetzbaren Überschrift »indigenous law« ab, der diesen Gedanken *Ehrlichs* wieder aufnimmt. Er wird vor allem von Rechtsanthropologen bearbeitet. Seit die Zivilisation ihr angestammtes Forschungsfeld in den primitiven Gesellschaften dezimiert hat, übertragen sie ihren pluralistischen Ansatz auf die moderne Industriegesellschaft und suchen außerhalb des offiziellen staatlichen Rechts nach autonomen Regelungsformen, dem lebenden Recht im Sinne Eugen *Ehrlichs*<sup>22</sup>. Das lenkt den Blick besonders auf alternative Konfliktregelungsverfahren in Vereinen, Verbänden oder Wirtschaftsbereichen (§ 56) und bringt der Tendenz nach auch eine positive Neubewertung von Ansätzen gesell-

---

<sup>22</sup> Kennzeichnend ist die Umbenennung der Zeitschrift »African Law Studies« in ein »Journal of Legal Pluralism« im Jahre 1980, programmatisch ein Artikel in Nr. 19, 1981, S. 1 ff., von *Marc Galanter*, mit dem Titel »Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law«.

## § 5 Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich

schaftlicher Selbstregulierung in einer scheinbar ganz zentralistischen Rechtskultur mit sich. Die Optik dieses Ansatzes ist jedoch kaum weniger verzerrt, als es diejenige *Ehrlichs* war. Die Selbstregulierungskräfte der modernen Industriegesellschaft, soweit vorhanden, liegen nicht mehr unmittelbar bei der Gruppe, der Großfamilie oder der Nachbarschaft, sondern sie fließen aus ihrer rechtlich organisierten Gliederung in Verbände, Parteien und Gewerkschaften und zahlreiche teilautonome Einheiten wie Kommunen und Kirchen, Unternehmen, Rundfunkanstalten und Universitäten.

## § 6 Max Weber

**Schriften Max Webers:** Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie, Bd. I-III, 1920; Gesammelte politische Schriften, 1. Aufl. 1921, 3. Aufl. 1971 (GPS); Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1. Aufl. 1922, 4. Aufl. 1973 (GAWL); Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik, 1924; Wirtschaft und Gesellschaft, 1. Aufl. 1922, 5. Aufl. 1972 (WuG); Rechtssoziologie, hrsg. von Winkelmann, 2. Aufl. 1967 (RS).

**Literatur:** *Andreski*, Max Weber's Insights and Errors, 1984; *Breuer/Treiber* (Hrsg.), Zur Rechtssoziologie Max Webers, 1984; *König/Winkelmann* (Hrsg.), Max Weber zum Gedächtnis, 2. Aufl. 1985; *Kronman*, Max Weber, 1983; *Loos*, Zur Wert- und Rechtslehre Max Webers, 1970; Schluchter, Rationalismus der Weltbeherrschung. Studien zu Max Weber, 1980; *Trubek*, Weber on Law and Capitalism, Wisconsin Law Review 1972, 720 ff.; Max Weber. Gedächtnisschrift der Ludwig-Maximilians-Universität zur 100. Wiederkehr seines Geburtstages 1964, 1966; Max Weber und die Soziologie heute, Verhandlungen des 15. deutschen Soziologentages 1964.

### I. Leben und Werk

*Max Weber* (1864-1920) hat das theoretische Fundament der Rechtssoziologie gelegt. Aber das ist nicht genug. Auch für die allgemeine Soziologie ist *Weber* nach wie vor der wohl wichtigste Theoretiker. Bis heute gehört zum Grundgerüst der Soziologie eine Kombination von Gedanken *Emil Durkheims* und *Max Webers*.

*Max Weber* ist in mehreren Disziplinen gleichzeitig berühmt geworden. Als Wirtschaftshistoriker stellte er die Hypothese auf, daß eine **Wurzel des Kapitalismus in der protestantischen Ethik** zu suchen sei. Die Diskussion hierüber ist auch heute noch im Gange. Für die Wissenschaftstheorie formulierte er den Grundsatz der **Werturteilsfreiheit der Wissenschaft**, wonach die Wissenschaft mit dem Anspruch auf Objektivität die Dinge nur beschreiben und erklären kann, sich aber jedes praktischen Werturteils, also jeder Bestimmung dessen, wie man handeln soll, enthalten muß (§ 13). Für die allgemeine Soziologie hat er ein immer noch aktuelles **Konzept der sozialen Handlung** entworfen (§ 20). Sein übergreifendes Thema war die **Entzauberung der Welt**, die Erklärung des Rationalisierungsprozesses, wie er sich in der Neuzeit durch das Zusammenwirken von Wissenschaft, Kapitalismus und Bürokratie in den westlichen Industriegesellschaften, und nur dort, abgespielt hat:

»Die zunehmende Intellektualisierung und Rationalisierung bedeutet ... das Wissen davon oder den Glauben daran: daß man, wenn man nur wollte, es jederzeit erfahren könnte, daß es also prinzipiell keine geheimnisvollen, unberechenbaren Mächte gebe, die da hineinspielen, daß man vielmehr alle Dinge - im Prinzip - durch Berechnen beherrschen könne. Das aber bedeutet: die Entzauberung der Welt. Nicht mehr wie der Wilde, für den es solche Mächte gab, muß man zu magischen Mitteln greifen, um die Geister zu beherrschen oder zu erbitten. Sondern technische Mittel leisten das.« (GAWL S. 594)

## II. Webers Rechtssoziologie

Die »Rechtssoziologie« *Webers*, die heute als selbständiges Buch gedruckt wird, ist eigentlich nur ein Kapitel seines großen Werkes »Wirtschaft und Gesellschaft«. In formaler Hinsicht ist es *Weber* darin gelungen, eine brauchbare Abgrenzung des Rechts von anderen sozialen Ordnungssystemen wie Sitte oder Moral herauszuarbeiten. Dadurch hat er entscheidend zur Selbständigkeit des neuen Fachgebiets Rechtssoziologie beigetragen.

»Wir wollen vielmehr überall da von Rechtsordnung sprechen«, so sagt Weber, »wo die Anwendung irgendwelcher physischer oder psychischer Zwangsmittel in Aussicht steht, die von einem Zwangsapparat, d. h. von einer oder mehreren Personen, ausgeübt wird, welche sich für diesen Beruf für den Fall des Eintritts des betreffenden Tatbestandes bereithalten, wo also eine spezifische Art der Vergesellschaftung zum Zwecke des Rechtszwanges existiert.« (RS S. 76 f.)

*Weber* hat damit den **Begriff des Rechtsstabs** in die Soziologie eingeführt. Man bezeichnet damit alle diejenigen, die das Recht verwalten, wie Richter und Staatsanwälte, Polizisten und Gerichtsvollzieher.

*Max Weber* hat aber auch eine materielle, also eine inhaltserfüllte Rechtssoziologie entworfen. Danach vollzog sich die Entwicklung des Rechts im großen und ganzen, von etwaigen Störungen und Überbleibseln abgesehen, vom irrationalen Typ der primitiven Gesellschaften mit charismatischen Führern und Kadi-Justiz über den traditionellen Typ der Gesellschaften der Feudalzeit zum rationalen Typ der modernen Gesellschaft mit dem technisch versierten Verwaltungsmann und dem logisch denkenden Juristen. Vor allem **drei Faktoren** macht Weber für diese Entwicklung des modernen Rechts verantwortlich: Landesherren, die gegen ständische Selbständigkeitsbestrebungen die einheitliche Kontrolle ihres Territoriums durchsetzen wollten, kapitalistische Interessenten, die ihre Gewinnchancen zu berechnen wünschten, und einen fachlich ausgebildeten, unabhängigen Berufsstand der Juristen.

*Weber* unterscheidet **vier Stadien der Rechtsentwicklung**:

»Die allgemeine Entwicklung des Rechts und des Rechtsgangs führt, in theoretische »Entwicklungsstufen« gegliedert, von der charismatischen Rechts offenbarung durch »Rechtspropheten« zur empirischen Rechtsschöpfung und Rechtsfindung durch »Rechtshonoratioren« (Kautelar- oder Präjudizienrechtsschöpfung)- weiter zur Rechtsoktroierung durch weltliches *imperium* und theokratische Gewalten und endlich zur systematischen Rechtssatzung und zur fachmäßigen auf Grund literarischer und formal logischer Schulung sich vollziehenden »Rechtspflege« durch »Rechtsgebildeten« (Fachjuristen). Die formalen Qualitäten des Rechts entwickeln sich dabei aus einer Kombination von magisch bedingtem Formalismus und offenbarungsmäßig bedingter Irrationalität im primitiven Rechtsgang, eventuell über den Umweg theokratisch oder patrimonial bedingter materialer und unformaler Zweckrationalität zu zunehmender fachmäßig juristischer, also logischer Rationalität und Systematik und damit – zunächst rein äußerlich betrachtet – zu einer zunehmend logischen Sublimierung und deduktiven Strenge des Rechts und zu einer zunehmend rationalen Technik des Rechtsgangs.« (RS S. 330)

*Weber* will nicht behaupten, diese an Hand historischen Materials rekonstruierten Rationalitätsstufen seien in der geschichtlich-gesellschaftlichen Entwicklung »überall

gerade in der Reihenfolge des Rationalitätsgrades aufeinander gefolgt« oder auch nur »überall, selbst im Okzident, alle vorhanden gewesen« oder noch vorhanden. Es soll sich vielmehr nur um eine **idealtypische Kennzeichnung** (vgl. § 21) handeln. So betont er selbst, daß das anglo-amerikanische Recht, indem es hauptsächlich auf Präjudizien aufbaut, noch teilweise den Charakter empirischer Rechtsschöpfung hat<sup>23</sup>.

Der Begriff »rational« wird von *Weber* nicht immer ganz einheitlich gebraucht. Er deckt mehrere Bedeutungen, die sich ergänzen. Rational bedeutet zunächst, daß eine Handlung oder Entscheidung einer allgemeinen Regel folgt. Rational bedeutet aber auch, daß eine Handlung vom Intellekt, sei es im Hinblick auf bestimmte abstrakte Werte, sei es im Hinblick auf konkrete Zwecke, gesteuert wird. Im Hinblick auf das Recht versteht *Weber* unter Rationalität ferner dessen systematischen Charakter, wie er in der Vorstellung von einer Hierarchie der Rechtsquellen und der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung zum Ausdruck kommt.

Rationalität des Rechts kann entweder in formeller oder in materieller Hinsicht gegeben sein. (*Weber* benutzt neben »formell« auch »formal«, ob gleichbedeutend ist umstritten.) Daraus ergeben sich vier Kombinationen:

(1) Als **formell und irrational** zugleich bezeichnet *Weber* Konfliktregelungsverfahren, die sich des Orakels oder eines Gottesurteils bedienen. Sie sind irrational insofern, als sie keine intellektuelle Kontrolle der Entscheidung ermöglichen. Ihr formeller Charakter ergibt sich daraus, daß die Beteiligten bis hin zu dem Gebrauch bestimmter Worte ein genau festgelegtes Verfahren zu beachten haben, wobei jede Abweichung zum Prozeßverlust führen kann.

(2) Prototyp für die als **materiell-irrational** gekennzeichnete Methode der Rechtsfindung ist die nach dem islamischen Schariah-Gericht so genannte **Kadi-Justiz**. Es handelt sich um eine Billigkeitsrechtsprechung, die jeden Fall für sich betrachtet und auf einer ungeklärten Mischung rechtlicher, ethischer, politischer und gefühlsmäßiger Überlegungen beruht. Als Beispiele führt *Weber* die Volksjustiz der attischen Demokratie im antiken Griechenland und die Rechtsprechung des englischen Friedensrichters an, aber auch das (echte) deutsche Schwurgericht aus der Zeit vor 1924. Diese Kadijustiz ist materiell insofern, als sie sich inhaltliche Erwägungen aller Art, also nicht nur rechtliche, sondern auch ethische und politische, zu eigen macht. Sie bleibt dabei irrational insofern, als das nicht systematisch geschieht, insbesondere weil sie darauf verzichtet, ihre Entscheidungen aus allgemeinen Regeln abzuleiten.

(3) Der **materiell-rational** genannte Stil des Rechtsdenkens ist vertreten in den verschiedenen Formen des theokratischen Rechts und einer patriarchalisch-

---

<sup>23</sup> Zu diesem sog. England-Problem *Hubert Treiber*, »Wahlverwandtschaften« zwischen Webers Religions- und Rechtssoziologie, in: *Breuer/Treiber*, Zur Rechtssoziologie Max Webers, S. 6-68, 49 ff.

autoritären Justiz. Beispiele bieten das religiöse Recht der Thora und des Korans, wie es in den Priesterschulen gelehrt wurde und wird, oder das Regiment der Fürsten im aufkommenden Absolutismus. Das materiale Element besteht in dem Bezug auf ethische und religiöse Grundsätze oder, bei der patriarchalischen Rechtspflege, auf das Ziel der »Wohlfahrt«. Die Rationalität liegt darin, »daß Normen anderer qualitativer Dignität als logische Generalisierungen von abstrakten Sinndeutungen auf die Entscheidung von Rechtsproblemen Einfluß haben sollen: ethische Imperative oder utilitaristische oder andere Zweckmäßigsregeln oder politische Maximen, welche sowohl den Formalismus des äußeren Merkmals wie denjenigen der logischen Abstraktion durchbrechen« (RS S. 125). Ihnen fehlt aber die formelle juristische Qualität, weil sie keine Grenzen zwischen Ethik, Politik und Recht akzeptieren.

(4) **Formelle Rationalität** steht am Ende der Entwicklung insbesondere des Zivilrechts vom römischen zum Pandektenrecht. Formelle Rationalität ist die nach *Weber* letzte und höchste Entwicklungsstufe des Rechts. Den Höchstgrad formeller Rationalität hatte nach Meinung *Webers* die gemeinrechtliche Jurisprudenz erreicht, indem sie von folgenden Postulaten ausging:

- (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 »lückenloses« System von Rechtssätzen darstellen oder latent in sich enthalten oder doch als ein solches für die Zwecke des Rechtsanwendung behandelt werden müsse,
- (4) 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 allen sozialen Geschehens sei.« (RS S. 126)

Zwischen formaler und materialer Rationalität sah *Weber* einen unaustragbaren Gegensatz:

»Die »Rechtsgleichheit« und das Verlangen nach Rechtsgarantien gegen Willkür fordert die formale rationale »Sachlichkeit« der Verwaltung im Gegensatz zu dem persönlichen freien Belieben aus der Gnade der alten Patrimonialherrschaft. Das »Ethos« aber, wenn es in einer Einzelfrage die Massen beherrscht ..., stößt mit seinen am konkreten Fall und der konkreten Person orientierten Postulaten nach materieller »Gerechtigkeit« mit dem Formalismus und der regelgebundenen kühlen »Sachlichkeit« der bürokratischen Verwaltung unvermeidlich zusammen und muß dann aus diesem Grund emotional verwerfen, was rational gefordert worden war.« (WuG S.130, 664)

Für die Gütermarktinteressenten bedeutet die Rationalisierung und Systematisierung des Rechts zwar eine der wichtigsten Vorbedingungen für ökonomische Dauer-

betriebe, weil sie das Funktionieren der Rechtspflege berechenbar mache und damit juristische Verkehrssicherheit schaffe (WuG S. 332 f.). Auf der anderen Seite werde aber die fachjuristische Logik, die juristische Konstruktion der Tatbestände des Lebens an Hand abstrakter Rechtssätze, die privaten Rechtsinteressenten auf das Gründlichste enttäuschen, denn ihre Erwartungen seien regelmäßig an der »Interessenlage« orientiert. **Das formal rationalisierte Recht sei aber auch mit den Forderungen einer sozialen Demokratie nicht vereinbar:**

»Nun aber entstehen mit dem Erwachen moderner Klassenprobleme materiale Anforderungen an das Recht von seiten eines Teils der Rechtsinteressenten (namentlich der Arbeiterschaft) ... welche ... ein soziales Recht auf der Grundlage pathetischer sittlicher Postulate (»Gerechtigkeit«, »Menschenwürde«) verlangen. Dies aber stellt den Formalismus des Rechts grundsätzlich in Frage.« (RS S. 336 f.)

*Weber* sah daher die formale Rationalität durch **antiformale Tendenzen** in der Rechtsentwicklung seiner Zeit gefährdet. Er wies nachdrücklich darauf hin, daß sich in diesen Tendenzen die Wünsche der Rechtsinteressenten mit den internen Standesideologien der Rechtspraktiker trafen; denn eingespannt in ein formales System sähen die Juristen ihre Bedeutung schwinden, fühlten sie sich doch als bloße Rechtsautomaten. Damit zielte *Weber* insbesondere auf die sog. Freirechtsschule, die der Begriffsjurisprudenz den Kampf angesagt hatte (vgl. § 8):

»Durch die stetige Zunahme der formulierten Gesetzesrechte 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 ... ist dadurch leicht erklärlich und insofern Produkt einer historischen, intern intellektualistischen Interessenkonstellation... Die Situation des an die bloße Interpretation von Paragraphen und Kontrakten gebundenen Rechtsautomaten, in welchen man oben den Tatbestand nebst den Kosten einwirft, auf daß er unten das Urteil nebst den Gründen auspeie, erscheint den modernen Rechtspraktikern subaltern und wird gerade mit der Universalisierung des kodifizierten formalen Gesetzesrechts immer peinlicher empfunden. Sie beanspruchen 'schöpferische' Rechtstätigkeit für den Richter, zum mindestens da, wo die Gesetze versagen.« (S. 331, 339)

Das Kapitel zur Rechtssoziologie in »Wirtschaft und Gesellschaft« endet mit einer **Prognose:**

»Wie immer aber sich unter allen diesen Einflüssen das Recht und die Rechtspraxis gestalten mögen, unter allen Umständen ist als Konsequenz der technischen und ökonomischen Entwicklung, allem Laienrichtertum zum Trotz, die unvermeidlich zunehmende Unkenntnis des an technischem Gehalt stetig anschwellenden Rechts auf Seiten der Laien, also die Fachmäßigkeit des Rechts, und die zunehmende Wertung des geltenden Rechts als eines rationalen, daher jederzeit zweckrational umzuschaffenden, jeder inhaltlichen Heiligkeit entbehrenden, technischen Apparats sein unvermeidliches Schicksal.« (RS S. 346 f.)

### III. Die Bedeutung Max Webers für die Rechtssoziologie

Im Rahmen seiner Rationalisierungshypothese hat *Weber* besonders eindrucksvoll das Phänomen der **Bürokratisierung** beschrieben und ist damit zum **Begründer der modernen Organisationssoziologie** geworden (vgl. § 49 f.). Schließlich hat er mit der idealtypischen Unterscheidung und Beschreibung der traditionellen, der charismatischen und der legalen Herrschaft die Grundlage der **Herrschaftssoziologie** gelegt (§ 22). Allein damit hätte *Weber* mehr als fast jeder andere zur Rechtssoziologie beigetragen. Seine eigentliche Leistung liegt jedoch darin, daß er als erster die neue Qualität des modernen Rechts, seine Ablösung von der gesellschaftlichen Moral ebenso wie von der Wirtschaft, voll erfaßt und in der fachmännischen Verwaltung des Rechts durch einen wissenschaftlich ausgebildeten Berufsstand auch einen entscheidenden Schlüssel für die **Autonomie des Rechts** gefunden hat:

»Wir werden sehen, daß ein Recht in verschiedener Art, und keineswegs notwendig in der Richtung der Entfaltung seiner ›juristischen‹ Qualitäten rationalisiert werden kann. Die Richtung, in welcher diese formalen Qualitäten sich entwickeln, ist aber bedingt direkt durch sozusagen ›innerjuristische‹ Verhältnisse: die Eigenart der Personenkreise, welche auf die Art der Rechtsgestaltung berufsmäßig Einfluß zu nehmen in der Lage sind, und erst indirekt durch die allgemeinen ökonomischen und sozialen Bedingungen.« (WuG S.411)

Die Bedeutung *Webers* für die Rechtssoziologie kann kaum überschätzt werden. Die Rezeption seines Werkes ist noch immer nicht abgeschlossen. Etwa seit 1980 ist eine regelrechte *Weber*-Renaissance zu beobachten. Seine Analysen verdrängen mehr und mehr marxistisches Gedankengut, das in den 60er und 70er Jahren der wichtigste Ideenlieferant für die Rechtssoziologie war.

## § 7 Die Uppsala-Schule und Theodor Geiger

**Literatur:** *Bjarup*, Skandinavischer Realismus, 1978; *ders.*, Legal Realism or Kelsen versus Hägerström, Rechtslehre Beiheft 9, 1986, 243 ff.; *Cassirer*, Axel Hagerström - Eine Studie zur Schwedischen Philosophie der Gegenwart, in: Göteborgs Höskolas Arsskrift, XVI, 1939, 1 ff.; *Geiger*, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1947; Neuauflage hrsg. von Trappe 1964; *ders.*, Über Moral und Recht, 1979, *Hagerström*, Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung, 1927; *ders.*, Inquiries into the Nature of Law and Morals, 1953, *ders.*, Eine Selbstdarstellung, in: Die Philosophie der Gegenwart in Selbstdarstellungen, Bd. 7, Leipzig 1929; 111 ff., *Jørgensen*, Scandinavian Legal Philosophy, Rechtslehre Beiheft 9, 1986, 289ff.; *Lagerqvist Almé*, The »Uppsala School« in Sweden, Rechtslehre Beiheft 9, 1986, 323ff.; *Lundstedt*, Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, 1932; *ders.*, Law and Justice, 1952; *ders.*, Legal Thinking Revised, 1956; *Olvecrona*, Gesetz und Staat, 1940; *Reuss*, Lundstedts Rechtslehre und ihre Beurteilung in Deutschland, 1973; *Ross*, Theorie der Rechtsquellen, 1929; *ders.*, Towards a Realistic Jurisprudence, 1946; *ders.*, On Law and Justice, 1958; *Vogel*, Der skandinavische Rechtsrealismus, 1972.

### I. Die Uppsala-Schule

Es lohnte sich kaum, über die Uppsala-Schule zu berichten, wenn nicht *Theodor Geigers* »Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts« in der Auseinandersetzung mit dieser skandinavischen Ausprägung positivistischer Philosophie entstanden wären. Als Uppsala-Schule wird zunächst eine bestimmte Richtung in der Erkenntnistheorie bezeichnet, die u. a. auf den schwedischen Philosophen *Axel Hagerström* (1868-1939) zurückgeht, der einen Lehrstuhl für praktische Philosophie in Uppsala innehatte. *Hagerström* sah seine Aufgabe darin, die Unmöglichkeit der Methaphysik als Wissenschaft aufzuzeigen: »ceterum censeo, metaphysicam esse delendam« (1929 S. 111). Darin unterscheidet er sich im Prinzip nicht von den früheren Positivisten wie *J. St. Mill* oder *Comte* und dem zeitgenössischen Empirismus des Wiener Kreises. *Hagerström* betonte jedoch in besonderer Weise den methaphysischen und damit seiner Meinung nach sinnlosen Charakter von Bewertungen. Man spricht deshalb auch vom **Wertnihilismus** der Uppsala-Schule. Danach haben Werte als solche keine Existenz. Der praktischen Erkenntnis zugänglich sind lediglich Bewertungen im Sinne von Gefühlsbeziehungen einer Person zu raum-zeitlichen Objekten. Sie sind von der Form »Handlung a spricht mich an (nicht an)«. Werte existieren also nur als subjektive Gefühlsäußerungen, die nach *Hagerström* weder wahr noch falsch, richtig oder unrichtig sein können, sondern schlicht a-theoretisch sind.

Schon *Hagerström* selbst hat versucht, aus seiner Lehre auch Konsequenzen für die Rechtswissenschaft zu ziehen, indem er kritisierte, daß den üblicherweise verwendeten Rechtsbegriffen keine raum-zeitlichen Fakten entsprächen, daß diese vielmehr aus magischen und religiösen Vorstellungen herzuleiten seien. Weit umfassender hat *Anders Vilhelm Lundstedt* diese Kritik an der Jurisprudenz ausgebaut. Der Titel

seines 1932 in deutscher Sprache erschienenen Werkes lautet »Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft«. Am Anfang dieses Werkes steht die Kritik der Begriffe »subjektives Recht« und »rechtliche Pflicht«, die *Lundstedt* zu abergläubischen Phantasiebegriffen erklärte. Von Bedeutung sollen nur die Realitäten sein, die sich hinter diesen Begriffen verbergen, im Falle einer Obligation etwa »eine Situation derart, daß, wenn jemand in bestimmter Weise handelt (oder nicht handelt) und wenn dadurch ein in gewisser Weise bestimmter Schaden für einen anderen entsteht, der erstere auf Antrag des letzteren exekutiv gezwungen werden kann, soweit er zahlungsfähig ist, eine dem Schaden nach gewissen Berechnungsgrundsätzen entsprechende Geldsumme an den letzteren zu bezahlen ... Die Sachlage ist also dadurch gekennzeichnet, daß auf einer Person (dem Schuldner) zugunsten einer anderen (des Gläubigers) ein hypothetischer Zahlungszwang lastet«. Letztlich ist es allein das Risiko der Sanktionsdrohung, deren Erwartung *Lundstedt* als Rechtsbewußtsein bezeichnet, die die Realität des Rechts, oder, wie *Lundstedt* es nennt, den Rechtsmechanismus ausmacht.

## II. Geiger - Leben und Werk

*Theodor Geiger* (1891-1952), ein deutscher Soziologie, mußte während der Nazizeit emigrieren und fand eine Bleibe im dänischen Aarhus. *Geiger* hatte auch Jura studiert und schon früher ein Interesse an der Rechtssoziologie gezeigt. Während eines Aufenthalts in Stockholm machte er nähere Bekanntschaft mit den Gedanken der Uppsala-Schule, die zunächst zu einer kritischen Auseinandersetzung führte (Debat med Uppsala om Moral og Ret, Lund 1946, dt. 1970). Obwohl *Geiger* den empiristischen Ausgangspunkt dieser Schule teilte, hielt er ihr doch vor, sie setzte an die Stelle des zu Recht bekämpften **Normfetischismus**, der allezeit geneigt sei, dem positiven Recht eine Art objektiver Geltung zuzuschreiben, einen nicht minder verfehlten **Sanktions-Monismus**. Denn sie lasse sich durch einen mißverstandenen Realismus dazu verführen, den Begriff der Norm überhaupt zu leugnen, statt ihn auf seinen Wirklichkeitsgehalt zurückzuführen. Zugleich bemängelte *Geiger*, daß die Vertreter der Uppsala-Schule ihre eigenen Vorstellungen über die Notwendigkeit der Eliminierung aller Wertungen nicht konsequent genug durchhielten, und kritisierte ihre soziologische Unzulänglichkeit, da sie psychischen Gegebenheiten wie dem Rechtsbewußtsein und einem Sozialinstinkt Raum gäben.

Seine eigene Rechtstheorie entwickelte *Geiger* in den 1947 zuerst in Kopenhagen - in deutscher Sprache - erschienenen Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, die einem größeren Kreis jedoch erst bekannt geworden sind, nachdem sie 1964 von *Trappe* neu herausgegeben worden waren. Mit *Hagerström* und *Lundstedt* geht es *Geiger* um eine **erfahrungswissenschaftlich begründete Rechtslehre**. Diese muß jedoch nach seiner Vorstellung von einem soziologischen Ausgangspunkt her entwickelt

werden, sie muß mit der theoretischen Rechtssoziologie zusammenfallen (1970 S. 45). Als Ausgangspunkt dient *Geiger* die Gesellschaft insgesamt als Ordnungsgefüge, aus dem er mit einer differenzierenden Begriffsanalyse Recht und Staat als eine spezifische Ordnungserscheinung herauspräpariert. Gesellschaft besteht für *Geiger* in der Tatsache, daß Menschen in ihrem Dasein aufeinander eingestellt und angewiesen sind, in der Tatsache, sozialer Interdependenz (S. 46 ff.). Sie äußert sich in einer Koordination des Gebarens (S. 48 f.):

»Gesellige Ordnung beruht darauf, daß in einem gedachten Integrat ... zwischen gewissen typischen Situationen *s* und entsprechenden typischen Gebarensweisen *g* ein festes Verhältnis besteht ... Jedesmal, wenn *s* eintritt, löst die Wahrnehmung davon beim Beobachter die Vorstellung *g* aus, und zwar in der Weise, daß *g* als die adäquate >Antwort< der handelnden Person auf *s* erscheint.

*S* -- *g* wirkt m. a. W. als Modell oder Muster: beim Handelnden als *Vorbild* für sein Gebaren in *s*, beim Zuschauer als *Erwartung* eines bestimmten Gebarens von seiten des Handelnden«.

Aus bloßen Gebarensmodellen, die mit einiger Regelmäßigkeit befolgt werden (Brauch), entstehen **Normen**, wenn sie von der Gruppe als verbindlich angesehen werden, was wiederum an **Sanktionen** zu erkennen ist, die im Falle der Nichtbefolgung eintreten. *Geiger* beschreibt nun, wie sich solche Normen durch Bewußtmachung, verbale Formulierung oder gar künstliche Satzung aus den diffusen gesellschaftlichen Wirklichkeitszusammenhang herausheben können (dazu näher § 25). Versammelt sich schließlich die Zuständigkeit für die Sanktionierung eines Normengefüges für eine bestimmte Gesellschaft bei einer Zentralinstanz, so bildet sich **Recht als Sonderart sozialer Ordnung** (S. 126 ff., dazu unten § 26). Recht und Staat werden damit von *Geiger* zusammen gedacht. Der springende Punkt einer empirischen Rechtslehre ist der Umgang mit der juristischen Vorstellung von der Gültigkeit oder Verbindlichkeit von Rechtsnormen. Als Empirist weigert sich *Geiger*, die Verbindlichkeit einer Norm aus Wertvorstellungen etwa über das Wesen des Staates, des Rechts oder der Gerechtigkeit oder ähnlichen metaphysischen Vorstellungen abzuleiten. Es kann sich nur um einen Tatsachenzusammenhang handeln. Wie niemand zuvor ist es *Geiger* gelungen, diesen Zusammenhang zu formulieren: Die Verbindlichkeit der Norm besteht in ihrer Wirkungschance. Der von *Geiger* erzielte Fortschritt liegt in zweierlei. Zunächst bestimmt er die Wirklichkeit oder Wirkung einer Norm alternativ. Eine Norm ist wirksam sowohl dann, wenn sie befolgt wird als auch in den Fällen, in denen auf die Nichtbefolgung eine Sanktionierung folgt (S. 68 ff.) Die Wirksamkeit wird dadurch zu einer meßbaren Größe, zur Effektivitätsquote, der eine Ineffektivitätsquote entspricht (dazu näher § 29). Sodann löst er die Verbindlichkeitsfrage dahin, daß die Geltung einer (Rechts-)Norm sich stets nur im Sinne eines Wahrscheinlichkeitsurteils beantworten läßt, daß die bisher beobachtete Wirkung der Norm auf die Zukunft projiziert (S. 207 ff.).

Man braucht den Wertnihilismus *Geigers* nicht zu teilen, um die Bedeutung dieser Bestimmung zu schätzen. Auch wenn man das Recht nicht **nur** als Tatsachenzusammenhang verstehen will, so ist es mindestens **auch** ein solcher. Allein auf das

§ 7 *Die Uppsala-Schule und Theodor Geiger*

---

Recht als Tatsachenzusammenhang zielt aber die Rechtssoziologie. Indem *Geiger* diesen Tatsachenzusammenhang in einer prinzipiell bis heute gültigen Weise herauspräpariert hat, hat er einen Grundstein zur Rechtssoziologie gelegt.

## § 8 Schulen der soziologischen Jurisprudenz

**Literatur:** von *Bülow*, Gesetz und Richteramt, 1885; *Ebrlich*, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft, 1903; *ders.*, Die richterliche Rechtsfindung auf Grund des Rechtssatzes, 1917; *ders.*, Juristische Logik, 1918, 3. Aufl. 1966; *Dombek*, Das Verhältnis der Tübinger Schule zur deutschen Rechtssoziologie, 1969; *Ellscheid/ Hassemer* (Hrsg.), Interessenjurisprudenz, 1974; *Fuchs*, Schreibjustiz und Richterkönigtum, 1907; *ders.*, Die Gemeenschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz, 1909; *ders.*, Juristischer Kulturkampf, 1912; *ders.*, Gerechtigkeitswissenschaft, Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre, hrsg. von *Foulkes/A. Kaufmann*, 1956; *Heck*, Das Problem der Rechtsgewinnung, 1912; *ders.*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112, 1914, 1 ff.; Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, 1932; *Heffer*, Rudolf von Ihering als Rechtssoziologe, KZfSS 20, 1968, 553 ff.; von *Ihering*, Geist des römischen Rechts auf verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 2. Aufl. 1866; *ders.*, Der Kampf ums Recht, 1872; *ders.*, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, 1884; *Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie. Ausgewählte Schriften zur Wissenschaftslehre, hrsg. von *Würtenberger*, 1962; *A. Kaufmann*, Freirechtsbewegung - lebendig oder tot? JuS 1965, 1 ff. (= Einl. zu *Fuchs* 1965); *Kramietz* (Hrsg.), Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, 1976; *Moench*, Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart, 1971; *Muscheler*, Relativismus und Freirecht, 1984; *ders.*, Hermann Ulrich Kantorowicz. Eine Biographie, 1984; *Nußbaum*, Die Rechtstatsachenforschung. Programmschriften und praktische Beispiele, hrsg. von *M. Rehbinder*, 1968; *Riebschläger*, Die Freirechtsbewegung, 1968; *R. Schröder*, Die Richterschaft am Ende des zweiten Kaiserreichs unter dem Druck polarer sozialer und politischer Anforderungen, in: FS Gmür 1983, 201 ff.; *Vallauri*, Geschichte des Freirechts, 1971; *Wieacker/Wollschläger* (Hrsg.), Iherings Erbe, 1970; *Wüstendörfer*, Zur soziologischen Rechtsfindung, hrsg. von *Rehbinder*, 1971.

### I. Soziologische Jurisprudenz als Reaktion auf die Begriffsjurisprudenz

Die Entwicklung der Rechtssoziologie, insbesondere im deutschen Sprachraum, ist nicht verständlich, wenn man nicht die starken Impulse berücksichtigt, die die soziologischen Bemühungen um das Recht von den verschiedenen Schulen der soziologischen Jurisprudenz empfangen haben.

**Soziologische Jurisprudenz ist nicht selbst Rechtssoziologie, sondern eine juristische Methode.** Man versteht darunter das Bemühen, soziologische Einsichten für die Rechtsgewinnung de lege lata nutzbar zu machen. Im Gegensatz zur soziologischen Jurisprudenz stehen das rationalistische Naturrecht, die historische Rechtsschule, Begriffsjurisprudenz und Gesetzespositivismus. Die geistesgeschichtliche Situation am Ende des 19. Jahrhunderts war dadurch gekennzeichnet, daß die Rechtswissenschaft den Glauben an das Naturrecht ebenso verloren hatte wie das Vertrauen in ein organisch wachsendes Volksrecht. Rechtsgeschichtlich war die Lage geprägt dadurch, daß zwar auf Landesebene einige Kodifikationen entstanden waren, sonst aber noch das gemeine (römische) Recht galt. Als Ersatz für die fehlende nationale Kodifikation diente die Pandektistik, die Dogmatik des gemeinen Rechts, eine

sehr hoch stehende Rechtssystematik, verbunden mit **Begriffsjurisprudenz**. Erinnerung sei

- (1) an die von *Puchta* (1798-1846) entwickelte Genealogie der Begriffe, auch Begriffspyramide genannt, in der aus dem Oberbegriff des subjektiven Rechts alle anderen Rechtsbegriffe abgeleitet werden;
- (2) an den verbreiteten Begriffsrealismus, der Rechte und Rechtslagen wie Dinge behandelt, die in Raum und Zeit existieren; die Folge bilden Konstruktionen wie die juristische Sekunde beim Durchgangserwerb, die darüber entscheidet, wer Inhaber des Rechts sein soll, oder die Unbeachtlichkeit des Doppelmangels, da ein nichtiges Rechtsgeschäft nicht mehr angefochten werden könne;
- (3) an die sog. Inversionsmethode, die durch die vermeintlich objektive Definition eines Begriffes erst hineinsteckt, was am Ende als Interpretation herausgeholt wird.

Hinzu kam der **Gesetzespositivismus** des ausgehenden 19. Jahrhunderts, der sich mit der Begriffsjurisprudenz verbündete. Zum Gesetzespositivismus gehört vor allem das **Subsumtionsdogma**, also die Vorstellung, daß alle Rechtsentscheidungen im Gesetz vorgezeichnet seien und in logisch einwandfreier Weise daraus abgeleitet werden könnten. Aus der Verbindung von Gesetzespositivismus und Begriffsjurisprudenz ergibt sich darüber hinaus das **Dogma von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung**, die in System und Gesetz auf jede Frage eine Antwort bereithält.

Entfremdung der Rechtswissenschaft von der gesellschaftlichen, politischen und moralischen Wirklichkeit des Rechts war die Folge. Daher war es kein Zufall, daß die Gegenbewegung nicht philosophischen Ursprungs war, sondern daß sie ihren Ausgang von der neu entstandenen Wissenschaft von der gesellschaftlichen Realität, von der Soziologie nahm.

Einen Anfang machte *Rudolf von Ihering*, der das Recht aus dem Begriffshimmel auf den Boden der Tatsachen zurückholen wollte. »Das Leben ist«, so schrieb er, »nicht der Begriffe, sondern die Begriffe des Lebens wegen da«. Anstöße für eine soziologische Rechtsbetrachtung setzte vor allem sein Werk über den »Zweck im Recht«. Der Zweck, so sagte er, sei der Schöpfer des gesamten Rechts. Bahnbrechend war ferner ein Vortrag von *Oskar von Bülow* mit dem Titel »Gesetz und Richteramt« im Jahre 1885. Er formulierte darin eine Entdeckung, die noch heute immer wieder als neu ausgegeben wird, die Entdeckung, daß jedes richterliche Urteil nicht nur Anwendung einer fertigen Norm ist, sondern eine rechtsschöpferische Leistung. *Bülow* ließ allerdings offen, wie die Richter ihren Spielraum ausfüllen, eine Frage, auf die sich später die Rechtssoziologie geworfen hat, ohne freilich bis heute eine befriedigende Antwort zu wissen (§ 40). Heute spricht man allgemeiner von der **Unbestimmtheit des Rechts**.

Viel mehr als *Bülow* sagte auch *Ehrlich* nicht in seinem 1903 erschienenen Vortrag mit dem Titel »Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft«. Er nahm in die-

sem Vortrag gegen das Geschlossenheitsdogma und gegen die Unehrllichkeit der begriffsjuristischen Methode Stellung und hat mit ihm der **Freirechtsschule** den Namen gegeben. In der Folgezeit bildeten sich zwei Schulen, nämlich die Freirechtsschule und die Tübinger Schule der **Interessenjurisprudenz**.

An der Spitze der Freirechtsschule standen *Eugen Ehrlich*, der schon erwähnte Hermann Kantorowicz und der Karlsruher Anwalt Ernst Fuchs. Die Tübinger Schule der Interessenjurisprudenz bildete sich um den Juristen Philipp Heck. Zu ihr rechnet man *Max Rümelin*, *Heinrich Stoll*, *Eugen Lober* und im weiteren Sinne auch die Zivilrechtslehrer *Paul Oertmann* und *Rudolf Müller-Erzbach*. Daneben ist noch *Hans Wüstendörfer* mit einer eigenständigen Ausprägung der Interessenjurisprudenz zu nennen.

Freirechtsschule und Interessenjurisprudenz: Was ist beiden Schulen gemeinsam? Was unterscheidet sie? Beiden Schulen gemeinsam ist, daß sie den **Entscheidungsspielraum** herausgestellt haben, den der Richter auch im Gesetzesstaat noch immer ausfüllen muß. Die Programme des Gesetzgebers sind sprachlich oft nicht eindeutig. Sie enthalten technische Mängel und von vornherein bewußte und unbewußte **Lücken**. Weitere Lücken entstehen ständig neu, weil das Gesetz stehenbleibt, die soziale Entwicklung aber fortschreitet.

Beiden Schulen ist gemeinsam, daß sie gegen die sog. Begriffsjurisprudenz Front machen, indem sie zeigen, daß juristische Konstruktion kein logisches Verfahren ist, sondern die einfließenden Wertungen nur versteckt. Beiden Schulen gemeinsam ist schließlich, daß sie eine stärkere **Berücksichtigung der sozialen Wirklichkeit** bei der Rechtsfindung fordern und sich dazu auf die in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg zum ersten Mal aufblühende Rechtssoziologie berufen. Deshalb bezeichnet man Freirechtsschule und Interessenjurisprudenz auch als soziologische Jurisprudenz.

## II. Die Freirechtsschule

Bei der Freirechtsschule gibt es **zwei Strömungen**. Die eine wird vor allem durch *Ehrlich* repräsentiert. »Bei Lücken im Recht greift zum lebenden Recht«, so lautete sein Grundsatz. Heute würde er vielleicht sagen, daß das BGB insoweit lückenhaft sei, als es für den Verkäufer kein Nachbesserungsrecht vorsieht, und diese Lücke ausfüllen wollen mit der empirischen Feststellung, daß in der großen Masse der Kauffälle der Kunde, der einen Fehler der Kaufsache entdeckt, den Gegenstand reparieren läßt und ebensowenig wie der Verkäufer die Möglichkeit der Wandelung überhaupt in Betracht zieht. Er würde daher auch ohne besondere Vereinbarung, wie sie häufig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen getroffen wird, dem Verkäufer eine Nachbesserungsmöglichkeit zubilligen. Ähnlich würde *Ehrlich* vielleicht aus dem Umstand, daß heute allgemein bei Verkäufen im Rahmen eines Gewerbebetriebes ein Eigentumsvorbehalt vereinbart wird, den Schluß ziehen, daß eine besondere Vereinbarung darüber gar nicht mehr nötig sei.

Eine andere Strömung der Freirechtsschule, wie sie vor allem durch *Hermann Kantorowicz* und *Ernst Fuchs* vertreten wurde, erhoffte sich dagegen besseres Recht aus einer schöpferischen Tat der **Richterpersönlichkeit**. Man forderte, daß der Richter sich eine möglichst umfassende Kenntnis der gesellschaftlichen Wirklichkeit aneignen solle, und vertraute darauf, daß er auf Grund solcher Kenntnis eine bessere Entscheidung zustande bringen werde. Eine methodische Anleitung, wie aus den Tatsachen die rechtliche Entscheidung abgeleitet werden könnte, blieb man aber schuldig. Statt dessen forderte man eine bessere, insbesondere auch eine soziologische und psychologische Ausbildung der Richter und eine Aufwertung ihrer Rolle nach englischem Vorbild. Wegen dieses Vertrauens in die persönliche Entscheidung des Richters spricht man vom **Voluntarismus** der Freirechtsschule.

Was die Freirechtsschule damals wollte, ist bis in die jüngste Zeit aktuell geblieben. Die gleichen Forderungen wiederholen sich in vielen Vorschlägen für die Ausbildungsreform und in dem Kampf um eine höhere Richterbesoldung. *Max Weber* ist solchen Bestrebungen kritisch entgegengetreten. Er hat von Irrationalismus und Standesideologie gesprochen (vgl. § 6, 2). Heute müßte man eigentlich noch viel besser wissen, daß Richterpersönlichkeiten ein methodisches Verfahren der Entscheidungsfindung nicht ersetzen können. Die große Masse der Wertungen, die ein Mensch vollzieht, sind nicht seine eigene Schöpfung, sondern das Ergebnis des Sozialisationsprozesses. Was wir an Anschauungen von uns geben, stammt zum größten Teil aus Elternhaus und Schule und späterhin aus der Universitätszeit. Die Richtersoziologie hat darüber hinaus gezeigt, daß sich die Richterschaft aus einer sehr schmalen Schicht mit sehr homogenen Wertvorstellungen rekrutiert (§ 39). Es besteht die Vermutung, daß die schichtspezifischen Interessen und Werthaltungen der Richter auch in ihren Urteilen zum Durchbruch kommen, soweit dort ein Spielraum für Ermessensentscheidungen besteht. Die Richterpersönlichkeit, mag sie subjektiv von den lautersten Motiven geleitet sein, bietet daher keinen Ersatz für eine juristische Methode.

### III. Die Interessenjurisprudenz

Eine solche Methode hat im Gegensatz zur Freirechtsschule *Philipp Heck* mit seiner Interessenjurisprudenz vorgeschlagen. *Larenz*, der der Lehre *Hecks* sehr kritisch gegenübersteht, hat von ihr gesagt, ihre Bedeutung könne kaum überschätzt werden<sup>24</sup>, und in der Tat ist eine simplifizierte Interessenjurisprudenz heute die **Praktikermethode schlechthin**.

Aufbauen konnte *Heck* auf dem Werk *Rudolf von Iherings*. Der Grundgedanke seines Werkes besteht darin, daß der »Zweck der Schöpfer des gesamten Rechts« ist,

---

<sup>24</sup> *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 53.'

daß es »keinen Rechtssatz gibt, der nicht einem Zweck, das ist einem praktischen Motiv, seinen Ursprung verdankt«. Unter Zweck verstand *Ihering* dabei nicht ein vom Gesetzgeber sich selbst gegebenes Ziel, sondern die in der Gesellschaft auftretenden Bedürfnisse und Wünsche. Diese Bedürfnisse und Wünsche der Gesellschaft bilden die von *Heck* sog. Interessen. In den Interessen sieht *Heck* die treibende Kraft der Gesetzgebung. Die Gesetze sind für ihn nur die »Resultanten oder Kraftdiagonalen der in jeder Rechtsgemeinschaft einander gegenüberstehenden und um Anerkennung ringenden Interessen«. Daraus entsteht das Bild vom **Parallelogramm der Kräfte**, in dem das Rechtsgesetz die Diagonale im sozialen Kräftefeld bildet.

So lautet etwa - auf die kürzeste Formel gebracht - die **genetische Interessenjurisprudenz** von *Heck*, genetisch deshalb, weil sie die Entstehung des Gesetzesrechts erklären will. Offensichtlich handelt es sich dabei um eine soziologische Rechtstheorie, denn die Kausalfaktoren, aus deren Zusammenwirken das Recht erklärt wird, sind sozialer Art, es sind die Begehungen und Begehrungstendenzen der Menschen, kurz ihre Interessen. Genauer betrachtet handelt es sich um eine Konflikttheorie der Rechtsentstehung, denn das Recht wird als Ergebnis und Abgrenzung widerstreitender Interessen verstanden (vgl. § 51, 1).

Die genetische Interessenjurisprudenz bildet aber nur den Ausgangspunkt für eine juristische Methode, um unterhalb des Gesetzes, also *de lege lata*, neue Entscheidungen zu produzieren. Diese Methode nennt *Heck* daher **produktive Interessenjurisprudenz**. Er hat sie mit seiner 1912 in Tübingen gehaltenen Rektoratsrede (Das Problem der Rechtsgewinnung) vorgestellt. Darin schlägt er vor, daß der Richter dort, wo das Gesetz Unklarheiten oder Lücken zeigt, bei seiner Entscheidung die im Gesetz erkennbare grundsätzliche Interessenwertung zugrunde legen soll, und, wo eine solche Interessenabgrenzung durch den Gesetzgeber nicht erkennbar ist, selbst zu einer Abgrenzung der Interessen berufen ist.

#### IV. Die Rechtstatsachenforschung

Neben diesen beiden soziologischen Rechtsschulen steht die von *Arthur Nußbaum* (1877-1964) begründete Rechtstatsachenforschung. Die Schulen der soziologischen Jurisprudenz waren sicher auch eine Reaktion auf die umfangreiche Justizkritik, die in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg in der aufblühenden Presse einen breiten Raum einnahm. Sozialdemokraten und Gewerkschaften polemisierten gegen die »Klassenjustiz«; die Rechten fanden die Justiz zu schlapp. Kaufmannschaft und Industrie dagegen klagten über »Lebensfremdheit« und »Wirtschaftsferne« der Richter (*Schröder*). *Arthur Nußbaums* Ruf nach Rechtstatsachenforschung scheint eine Antwort auf diese Klage zu sein. Zunächst Anwalt und seit 1914 Privatdozent für Handels-, Bank- und Börsenrecht in Berlin, hat er die Diskussion um Freirechtsschule und Interessenjurisprudenz natürlich gekannt, aber sich nicht direkt an ihr beteiligt. Stattdessen hat er

dazu aufgerufen, praktisch mit der **Erforschung der Rechtswirklichkeit** zu beginnen und damit auch selbst einen Anfang gemacht.

»Was wir in Lehrbüchern, Kommentaren, Monographien finden«, so schrieb Nußbaum, »ist zu einem sehr beträchtlichen Teile gegenstandslos und überflüssig, während die für das Leben wirklich wichtigen Dinge durchweg zu kurz kommen ...Nur die Erforschung der Rechtswirklichkeit kann dazu verhelfen, den ungeheuren Ballast, den die dogmatische Rechtslehre mit sich führt, endlich als solchen zu erkennen und seinem verdienten Schicksal zu überliefern«<sup>25</sup>.

Grundlegend ist *Nußbaums* 1914 in der bekannten Reihe »Recht und Staat« bei Mohr in Tübingen erschienener Vortrag »Die Rechtstatsachenforschung, ihre Bedeutung für Wissenschaft und Unterricht«. *Nußbaum* betont zunächst, daß die Rechtsdogmatik das Kernstück der Rechtswissenschaft bleiben müsse und nicht durch eine soziologische Jurisprudenz im Sinne von *Ehrlich* oder *Ernst Fuchs* ersetzt werden könne, aber durch eine Wissenschaft von denjenigen »Tatsachen, deren Kenntnis für ein volles Verständnis und eine sachgemäße Anwendung der Normen« erforderlich sei, ergänzt werden müsse. Es soll sich dabei um Tatsachen wirtschaftlicher, rein politischer, gesellschaftlicher und psychologischer Natur handeln, die lediglich nach den Bedürfnissen der Rechtslehre selbst auszuwählen seien. Wegen ihrer spezifischen juristischen Färbung könne für sie der Ausdruck **Rechtstatsachen** gewählt werden. In erster Linie gelte es zu erforschen, wie das Gesetz von den Gerichten und dem Publikum tatsächlich angewendet werde, welche Zwecke tatsächlich mit den Normen verbunden würden und welche Wirkungen die Gesetze äußerten. Dabei hebt *Nußbaum* immer wieder hervor, daß die »typischen« Erscheinungen des Rechtslebens erforscht werden müßten. Das alles sei aber nicht Selbstzweck, sondern für die Dogmatik ein unentbehrlicher Wegweiser, der sie zu fruchtbaren Problemen leite und gegenstandslose Probleme als solche erkennen lasse.

Neben der Aufdeckung der praktisch wichtigen Rechtsfragen, denen sich dann die Dogmatik zuzuwenden hätte, hat *Nußbaum* stets ganz besonders die pädagogische Bedeutung der Rechtstatsachenforschung herausgestellt. Sie könne der besseren Auswahl, Bereicherung und Vertiefung des juristischen Lehrstoffes dienen und sei notwendig, um den praktisch tätigen Juristen auf seinen Beruf vorzubereiten. *Nußbaum* erwartete von der Rechtstatsachenforschung **juristischen Anschauungsstoff**. In seinen eigenen Lehrbüchern versuchte er, dem Leser eine Anschauung der Rechtswirklichkeit zu geben, um seinen Sinn für die Tatsachen des Rechtslebens zu schärfen.

Die von *Nußbaum* eingeleitete Entwicklung hat dazu geführt, daß sich die Rechtstatsachenforschung auf das Gebiet des Privatrechts zurückgezogen hat. Zwar ist diese thematische Beschränkung in der Programmschrift *Nußbaums* nicht ausdrücklich vorgezeichnet und auch aus der Sache nicht notwendig. Sie gibt aber die Grenzen

---

<sup>25</sup> Vorwort zu: Das Nießbrauchsrecht usw., 1919.

wieder, in denen *Nußbaum*, der selbst Zivilrechtler war, und seine Schüler das Programm der Rechtstatsachenforschung verwirklicht haben. Bis heute ist es bei der **Reduzierung der Rechtstatsachenforschung auf das Gesamtgebiet des Privatrechts** verblieben, da sich als die der Strafrechtsdogmatik zugeordnete empirische Sozialwissenschaft längst die Kriminologie<sup>26</sup> etabliert hat und für das öffentliche Recht die Verwaltungswissenschaften<sup>27</sup> zuständig sind<sup>28</sup>. Der Unterschied zur Rechtssoziologie liegt darin, daß die Rechtstatsachenforschung sich als eine **juristische Hilfswissenschaft** versteht. Aktuelle Beispiele, in denen diese Ausrichtung deutlich wird, bietet ein Sammelband von *Chiotellis/Fikentscher*<sup>29</sup>. Er behandelt vor allem neue, Gesetz nicht geregelte Vertragstypen (Nachnahmegeschäft, Schrankfachvertrag u. a.), um damit eine bessere Grundlage für ihre rechtliche Beurteilung und auch für die geplante Reform des Schuldrecht zu liefern. Die Rechtssoziologie dagegen versteht sich als eine alle Erscheinungen des Rechts umfassende sozialwissenschaftliche Disziplin mit eigenen Erkenntnisinteressen, die sich ihre Themen nicht vom Recht und den Juristen vorgeben läßt. Man kann daher heute sagen: **Rechtstatsachenforschung ist angewandte empirische Rechtssoziologie auf dem Gebiete des gesamten Zivilrechts, einschließlich des dazugehörigen Verfahrens**<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Vgl. dazu etwa die Lehrbücher von *Göppinger*, 4. Aufl. 1980, und *Kaiser*, 1980.

<sup>27</sup> Vgl. *Werner Thieme*, Verwaltungslehre, 4. Aufl. 1984.

<sup>28</sup> Diese Entwicklung rückgängig zu machen versuchen *Heinz u. a.* in: *Wolfgang Heinz*, Rechtstatsachenforschung heute, 1986.

<sup>29</sup> *Chiotellis/Fikentscher* (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung, 1985.

<sup>30</sup> Zum Verhältnis von Rechtstatsachenforschung zu Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft vgl. *Manfred Rebbinder*, Die Rechtstatsachenforschung im Schnittpunkt von Rechtssoziologie und soziologischer Jurispudenz, *JbRSoz* 1, 1970, 333 ff., und *Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974, 16 ff.. Zum Verhältnis von Rechtstatsachenforschung zu Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft vgl. *Manfred Rebbinder*, Die Rechtstatsachenforschung im Schnittpunkt von Rechtssoziologie und soziologischer Jurispudenz, *JbRSoz* 1, 1970, 333 ff., und *Röhl*, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, 1974, 16 ff.

## § 9 Sociological Jurisprudence und Legal Realism in den USA

Literatur: *Bentel*, Experimentelle Rechtswissenschaft, 1971; *Casper*, Juristischer Realismus und politische Theorie im amerikanischen Rechtsdenken, 1967; *Fikentscher*, Methoden des Rechts Bd. II: Anglo-amerikanischer Rechtskreis, 1975; *Dickinson*, Legal Rules: Their Function in the Process of Decision, University of Pennsylvania Law Review 79, 1931, 833 ff.; *Frank*, Law and the Modern Mind, 1930; *ders.*, Courts on Trial - Myth and Reality in American Justice, 1949; *Geddert*, Zur Einführung: Der amerikanische Rechtsrealismus (legal realism), JuS 1979, 393; *Holmes*, Collected Legal Papers, 1920; *Hutcheson*, The Judgment Intuitive: The Function of the »Hunch« in Judicial Decision, Cornell Law Quarterly 14, 1929, S. 274 ff.; *Llewellyn*, The Bramble Bush, 1930; *ders.*, A Realistic Jurisprudence - The Next Step, Columbia Law Review 30, 1930, 431 ff.; *ders.*, Some Realism about Realism, Harvard Law Review 44, 1931, 1222 ff.; *ders.* und *Hoebel*, The Cheyenne Way, 1941; *ders.*, Recht, Rechtsleben und Gesellschaft, hrsg. von *Rehbinder*, 1977; *Pound*, The Need of a Sociological Jurisprudence, Green Bag 19, 1907 S. 607 ff.; *ders.*, Common Law and Legislation, Harvard Law Review 21, 1908, 383 ff.; *ders.*, Law in the Books and Law in Action, American Law Review 44, 1910, 12 ff.; *ders.*, The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence, Harvard Law Review 25, 1912, 489 ff.; *ders.*, The Limits of Effective Legal Action, American Bar Association Journal 3, 1917, 55 ff.; *ders.*, Interpretations of Legal History, 1923; *ders.*, The Call for a Realistic Jurisprudence, Harvard Law Review 44, 1931, 697 ff.; *ders.*, Social Control Through Law, 1942; *ders.*, A Survey of Social Interests, Harvard Law Review 57, 1943, 1 ff.; *ders.*, Sociology of Law, in *Gurwitsch/Moore*, Twentieth Century Sociology, 1945, 301 ff.; *ders.*, Jurisprudence, 5 Bde., 1959; *Rehbinder*, Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Rechtstatsachenforschung in den USA, 1970; *Schlegel*, American Legal Realism und Empirical Social Science, Buffalo Law Review 28, 1979, 459 ff. u. 29, 1980, 195 ff.; *ders.*, The Singular Case of Underhill Moore, Buffalo Law Review 30, 1980, 195 ff.; *Schroeder*, The Psychologic Study of Judicial Opinions, California Law Review 6, 1918, 89 ff.; *Twining*, Karl Llewellyn and the Realist Movement, 1973; *Wigdor*, Roscoe Pound, 1974

### I. Der Hintergrund: Fallrecht und Pragmatismus

In dem vom **Fallrecht** (case-law) geprägten anglo-amerikanischen Rechtskreis geht es empirischer und pragmatischer, jedenfalls weniger systematisch und doktrinär zu als in den von Kodifikationen beherrschten kontinental-europäischen Rechtssystemen. Es fällt daher auch schwerer, den Gehalt einer Lehre in wenigen Sätzen und Begriffen anzudeuten. Das gilt um so mehr, wenn einige Voraussetzungen fehlen, die zum vollen Verständnis unerlässlich sind. Dazu gehört vor allem die Kenntnis der Schule der analytical jurisprudence von *John Austin*, die für England und Amerika etwa dasselbe bedeutet wie hier die Begriffsjurisprudenz, und die wie jene sozusagen der Stein des Anstoßes war, um mit rechtssoziologischen Fragestellungen zu beginnen. Dazu gehört aber ebenso die von *Charles S. Peirce*, *John Dewey* und *William James*<sup>31</sup> begründete **philosophische Richtung des Pragmatismus**, eine amerikanische Spezialität, die den philosophischen Hintergrund der dortigen Rechtssoziologie abgibt. Auf der anderen Seite scheint das Common Law eine sozialwissenschaftliche

---

<sup>31</sup> Vgl. dazu *Löffelholz*, Die Rechtsphilosophie des Pragmatismus, 1961.

Bearbeitung stärker herauszufordern als das kontinentale Recht. Dafür sind vor allem drei Gründe maßgebend. Erstens reizt die Jury, die ohne Begründung entscheidet, immer wieder die Sozialwissenschaftler, den Motiven ihrer Verdikte auf die Spur zu kommen. Zweitens besteht der Wunsch, nach möglichen Prinzipien zu suchen, die an Stelle staatlicher Gesetze die Rechtsprechung leiten können. Drittens zeigt das Common Law wegen seiner dezentralen Fortentwicklung, nicht zuletzt in den vielen Einzelstaaten der USA, ein eher pluralistisches Bild, das sich von der Vorstellung eines monolithischen staatlichen Rechts abhebt.

In einem Vortrag vor der Harvard Law School (*The Path of Law*, 1897) fand Justice *Oliver Wendell Holmes* (1841-1935) Formulierungen, die **programmatisch** und repräsentativ für die beiden frühen Hauptströmungen der Rechtssoziologie in den USA geworden sind. Um das Recht als soziale Tatsache von Moral und juristischer Theorie abzuheben, verwies er auf die Sicht eines Bösewichts:

»If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not a good one, who finds his reason for conduct whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanction of conscience« (1921, 171). ... »What constitutes the law? You will find some textwriters telling you that it is some thing different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for what the Massachusetts Courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law«.

Als Methode einer derart realistischen Rechtsbetrachtung empfahl *Holmes* vorläufig die historische, freilich nicht als Selbstzweck, sondern als Erfahrungsbasis für Entscheidungsprognosen:

»For the rational study of Law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics.« (1922, 187)

## II. Die Schule der Sociological Jurisprudence

Als das Haupt dieser Schule gilt *Roscoe Pound* (1870-1964), Rechtslehrer in Harvard, ein Gelehrter, der nicht zuletzt durch seine unübertroffene Belesenheit auch in der europäischen Literatur hervortrat. Die Titel vieler seiner Aufsätze sind zum Schlagwort geworden: »The Need for a Sociological Jurisprudence« (1907), »Mechanical Jurisprudence« (1909), »Law in the Books and Law in Action« (1910), »The Limits of Effective Legal Action« (1917), »A Survey of Social Interests« (1921) oder »Social Control through Law« (1942). Dazu zählen ferner der eben genannte *Holmes*, *Cardozo* (1870-1930) und *Brandeis* (1856-1941). Alle drei waren Richter am Supreme Court, dem obersten Gerichtshof der Vereinigten Staaten. Sie vertraten eine eklektizistische Mischung von Rechtssoziologie und soziologischer Jurisprudenz. Es ging ihr darum,

die in der Gesellschaft vorhandenen Interessen zu bestimmen und zu untersuchen, wie das Recht zu einer optimalen Bedürfnisbefriedigung eingesetzt werden könne. Recht war ihr nicht Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck, »a means not an end« (*Pound*, 1907, 614). Für diese instrumentale Auffassung vom Recht prägte *Pound* den Ausdruck **social engineering** (1923, 152).

»Let us think of jurisprudence for a moment as a science of social engineering, having to do with that part of the whole field which may be achieved by the ordering of human relations through the action of politically organized society«.

Aus dieser Sicht stellten *Pound* und seine Anhänger die Frage nach den spezifischen Vorzügen und Nachteilen von Gesetzgebung und Rechtsprechung für eine interessengerechte Gestaltung der Gesellschaft. Soziologisch ging es ihnen darum, das Recht mit nichtrechtlichen Faktoren, d. h. mit anderen sozialen Erscheinungen, in Verbindung zu bringen. Dieses Bemühen kommt in einer Reihe von **griffigen Thesen** zum Ausdruck: Gesetze und Urteile haben Folgen für das Sozialleben; sozialer Wandel determiniert die Entwicklung des Rechts; die Effektivität der Rechtsnormen hängt vom Grad der Unterstützung ab, den sie in der öffentlichen Meinung finden, usw. All das klingt heute banal. Zu Beginn unseres Jahrhunderts waren solche Gedanken jedoch eher revolutionär.

Ein wichtiger **theoretischer Beitrag** dieser Schule für die Rechtssoziologie besteht darin, daß sie das Recht in die allgemeine **Kategorie der sozialen Kontrolle** eingefügt hat. *Roscoe Pound* stand unter dem unmittelbaren Einfluß des Schöpfers dieses Begriffes, *Edward A. Ross*<sup>32</sup>. Für *Ross* und die amerikanische Soziologie umfaßt die soziale Kontrolle die Gesamtheit der Mittel, mit denen die Gesellschaft ihren Zusammenhalt gewährleistet. Es handelt sich hierbei nicht unbedingt um Verhaltensregelungen und schon gar nicht unbedingt um sanktionsbewehrte, sondern um eine sehr abgeschwächte Formulierung des sozialen Zwanges. In bestimmten Aufzählungen der Formen dieser Kontrolle sind neben Sitte und Moral so disparate Dinge wie die Erziehung oder Kunst, persönliche Ideale oder Schmeicheleien enthalten. Im Grenzfall liegt schon beim geringsten Einfluß des Ganzen auf die Teile eine Erscheinung der sozialen Kontrolle vor. Das Recht stand bereits in den herkömmlichen Listen, und das besondere Verdienst von *Roscoe Pound* war es, die Stellung des Rechts auf dieser Grundlage neu überdacht und in seinem Wesen als Element in der Gesamtheit der sozialen Kontrolle neu definiert zu haben. Das Recht bildet für *Pound* in modernen Gesellschaften das wichtigste Instrument der sozialen Kontrolle und zugleich das vollkommenste.

*Brandeis* machte Geschichte, indem er die **Argumentation mit der sozialen Realität in die Verfassungsgerichtspraxis** einbrachte. Der Bundesstaat Oregon hatte

---

<sup>32</sup> *Ross*, Social Control. A Survey of the Foundation of Order, 1929. Für eine neuere Thematisierung vgl. *Parsons*, Recht und soziale Kontrolle, KZfSS Sonderheft 11, 1967, 121 ff.

ein Gesetz erlassen, das die Arbeitszeit von Frauen auf zehn Stunden begrenzte. Als 1907 die Verfassungsmäßigkeit dieses Gesetzes unter Berufung auf die Eigentums- und Freiheitsgarantie des 14. Amendments der Bundesverfassung bestritten wurde, vertrat *Brandeis* den Staat Oregon vor dem Supreme Court der Vereinigten Staaten. Zur Rechtfertigung des Gesetzes reichte er einen Schriftsatz (brief) ein, dessen Rechtsausführungen sich auf zwei Seiten beschränkten. Aber auf über 100 Seiten bot er empirisches Material über die Auswirkung längerer Arbeitszeiten auf die Gesundheit und soziale Lage der Frauen in Form von medizinischen Gutachten, soziologischen Erhebungen und Statistiken. Davon zeigte sich das Gericht so beeindruckt, daß es im Gegensatz zu der bis dahin vorherrschenden Auffassung von der Unzulässigkeit derartiger sozialer Schutzgesetze das Gesetz passieren ließ.

### III. Legal Realism

Der zweite und jüngere Wegbereiter der amerikanischen Rechtssoziologie ist der Legal Realism. Das erste *Holmes*-Zitat enthält im Grunde die ganze »prediction theory of law« der Realisten. Sie verlegen alles Recht in das Urteilsverhalten der Richter. Sie wollen beschreiben und erklären, wie Gerichte tatsächlich urteilen, wobei sie voraussetzen, daß Gesetze und Präjudizien allein keine hinreichende Erklärung abgeben (**Regelskeptizismus**), aber auch bezweifeln, daß richterliche Tatsachenermittlung ein objektiver Vorgang sei (**Tatsachenskeptizismus**).

*Karl N. Llewellyn* (1893-1962) gilt als der bedeutendste Theoretiker des Legal Realism. Mit seiner 1930 erschienenen Schrift »Eine realistische Rechtswissenschaft - Der nächste Schritt« hat er der Bewegung den Namen gegeben. *Llewellyn*, der aus einer deutsch-irischen Familie des amerikanischen Mittelwestens stammt, wurde bei einem Onkel in Ostpreußen erzogen und 1914 sogar vorübergehend irrtümlich zur deutschen Wehrmacht eingezogen. Eine Vorlesung, die er 1931/32 als Gastprofessor in Leipzig hielt, ist auch in deutscher Sprache veröffentlicht worden (*Llewellyn*, 1977). Seine Grundgedanken lassen sich etwa wie folgt zusammenfassen:

- (1) Recht ist vor allem eine Schöpfung des Richters.
- (2) Recht ist ständig im Fluß.
- (3) Die Gesellschaft verändert sich schneller als Recht, so daß jeder Teil der Rechtsordnung ständiger Überprüfung bedarf, ob er noch der Gesellschaft adäquat ist, der er dienen soll.
- (4) Der Annahme, daß die traditionellen, normativen Rechtsregeln der wirksamste Faktor beim Zustandekommen von Gerichtsentscheidungen sind, ist zu mißtrauen (Regelskeptizismus).
- (5) Als Rechtsregel sind stattdessen die verallgemeinerten Aussagen darüber zu erforschen, wie die Gerichte voraussichtlich entscheiden werden (**prediction theory of law**).

*Jerome Frank* (1889-1957) gab dem Realismus eine Wende zur Psychologie<sup>33</sup>. Er schrieb 1930 ein Buch mit dem Titel »Law and the Modern Mind«, das polemisch und aufklärerisch die Atavismen von Recht und Rechtswissenschaft aufdecken wollte. Er vertrat darin die These, das Recht sei Vaterersatz (father-substitute) im psychoanalytischen Sinn. Er meinte, die Menschen klammerten sich nur deshalb an das Recht, weil sie aus der kindlichen Geborgenheit unter väterlicher Autorität heraustraten seien, und nun nach einem neuen Symbol der Ordnung suchten. Das Verhalten des modernen Menschen dürfe sich aber nicht nach einem solchen Relikt aus dem Kindheitsstadium richten. *Frank* ist von diesen extremen Thesen später abgerückt. Er gehörte zu den fact-sceptics unter den Realisten. Das entscheidende Moment richterlicher Urteilsfindung vermutete er in der Umsetzung einer irrationalen, nur psychologisch erklärbaren **Dezision**. Er stellte in seinen Arbeiten zahlreiche Indizien zusammen, die die These stützen sollten, daß die vom Gericht ermittelten Tatsachen nicht objektiv sind, sondern bestenfalls das, wofür die Richter sie halten. Soweit etwa der Richter sich auf Zeugenbeweis stütze, lege er nur seine subjektive Meinung über die subjektive Meinung eines anderen zugrunde. *Frank* wies auch darauf hin, daß sogenannte Fakten bloße Daten sind, die von sich aus keinen Sinn mitbringen; sie erhalten als Realitätsfragmente erst dadurch einen Sinn, daß der Interpret sich ein Bild der Wirklichkeit zurechtlegt und ihnen darin einen Platz zuweist. Auch dieser Zusammenhang ist längst zu einem Gemeinplatz der juristischen Methodenlehre geworden.

Grundsätzlich waren sich die Realisten einig über die Personengebundenheit der Faktenfindung und über die vielfältigen Möglichkeiten, die es Gerichten erlauben, Gesetze und Präzedenzfälle in der von ihnen gewünschten Weise einzusetzen. Man stritt jedoch darüber, ob Gesetze und Präjudizien überhaupt in irgendeiner Weise die richterliche Entscheidungstätigkeit steuern oder ob sie völlig vernachlässigt werden können, wenn es gilt, den Inhalt einer Entscheidung vorauszusagen oder zu erklären, so daß allein auf die jeweilige Richterpersönlichkeit gesehen werden müsse. Zwei Ansichten schälten sich heraus. Die Gruppe der behavioristisch orientierten Realisten (*Hutcheson, Oliphant, Schroeder*) wollte die im Einzelfall getroffene Entscheidung allein aus der Intuition (**hunch**) der Richter erklären. In der Bezugnahme auf Normen oder Präjudizien sahen sie nur eine nachträgliche Rationalisierung, die für die Entstehung der Entscheidung ohne Bedeutung sei. Entsprechend dem behavioristischen Modell verstanden sie den an das Gericht herangetragenen Rechtsfall als einen Stimulus, der im Richter mit der Entscheidung zwangsläufig eine Reaktion auslöst, die nur aus der durch die individuelle Biographie geprägte Richterpersönlichkeit erklärt werden kann.

---

<sup>33</sup> Als Biographie vgl. *Robert Jerome Glennon, The Iconoclast as Reformer: Jerome Frank's Impact on American Law*, Ithaca, New York 1985; dazu die kritische Besprechung von *Sanford Levinson* *American Bar Foundation Research Journal* 1985, 899-908.

Dieses Modell hat die erste große Welle der Justizforschung in den USA geprägt (vgl. § 17). Von anderer Seite kam jedoch heftiger Widerspruch. *Dickinson* entwickelte die These, daß Richter während ihrer Ausbildung und ihrer Berufstätigkeit die im Recht angelegten Konzepte verinnerlichen, so daß sie sich selbst an diese Normen gebunden fühlen. Er zweifelte nicht, daß Gesetze und Präjudizen für die Herstellung der richterlichen Entscheidung beträchtliche Wirkung entfalten. Allerdings ließ er die Frage offen, in welchem Verhältnis dieses **rule-element** zu dem Beitrag steht, der aus der Richterpersönlichkeit in die Entscheidung einfließt (S. 839 f.). Auch *Llewellyn* war der Überzeugung, daß die Gemeinsamkeiten im Handeln und Denken der Juristen weit wichtiger sind als die jeweilige Richterpersönlichkeit.

#### **IV. Die erste Welle der Rechtstatsachenforschung in den USA**

Sociological Jurisprudence und Legal Realism schrieben das Programm der Rechtstatsachenforschung für die USA, wie es zuvor *Nußbaum* in Deutschland getan hatte.

Die Ausführung begann zwischen 1926 und 1928 an der Columbia University in New York. Unter der Leitung von *Hermann Oliphant* arbeitete dort eine große interdisziplinäre Gruppe zusammen, der u. a. *Llewellyn*, *Underhill*, *Moore*, *William O. Douglas*, *Hessel E. Yntema* und *Leon C. Marshall* angehörten. Ziel der Arbeit war eine Umgestaltung des Rechtsunterrichts durch Einbeziehung der Rechtstatsachen (non-legal materials) mit der Folge einer neuen Fächeraufteilung unter funktionalen Aspekten. Äußeres Ergebnis der Arbeit, die bis in die Mitte der 30er Jahre dauerte, waren 36 neue casebooks, von denen 26 veröffentlicht wurden. Der Aufwand war mit 440 000 \$ gewaltig. Doch schon bis 1929 wanderten die führenden Köpfe ab. *Oliphant*, *Marshall* und *Yntema* gingen an das John Hopkins Institute in Baltimore, *Moore* und *Douglas* nach Yale. Am John Hopkins Institute entstanden bis 1933 vor allem umfangreiche Gerichtsstatistiken, die allerdings kaum mehr leisteten, als in anderen Ländern die amtliche Rechtspflegestatistik, die in den USA bis heute nur unzulänglich geführt wird. In Yale wollte *Moore* mit einer umfangreichen, mit Umfragen und Statistiken arbeitenden Studie über das Verfahren der Banken im Scheckwesen das Scheckrecht finden, indem er die Praxis der Banken zugleich für verbindliches Recht nahm. Er ging soweit, seine in vielen Jahren gesammelten Unterlagen über die Rechtsprechung zum Wertpapierwesen zu vernichten, um das Wertpapierrecht ganz aus der Wirklichkeit zu schöpfen. Ähnlich versuchte nach dem 2. Weltkrieg *Frederick K. Beutel* sein Konzept der Experimental Jurisprudence in noch größerem Maßstab die tatsächlichen Vorgänge im Scheckverkehr unter Einschluß des Scheckbetruges zu ermitteln. Er setzte die für seine Zeit immer noch außerordentliche Summe von 400 000 \$ ein, um Ärzte, Psychologen und Statistiker zu Untersuchungen über das Verhalten von Geschworenen und Schiedsgerichten heranzuziehen. *Llewellyn* war es, der mit solchen Versuchen der Ableitung des Sollens aus dem Sein in aller Schärfe abrechnete und ihnen vorhielt, sie brächten die Rechtstatsachenforschung in Mißkredit, wenn sie die Statistik zur Rechtsquelle erhöhen. *Llewellyn* war nach seiner Beteiligung am Columbia-Experiment einen anderen Weg gegangen, indem er zunächst mit dem Anthropologen *Hoebel* den berühmt gewordenen »Cheyenne Way« (1941) erarbeitete, ein Buch, in dem die funktionale Methode der Anthropologie für das Recht übernommen wurde. Er ging dann nach Chicago, wo sein inzwischen als klassisch angesehenes Werk über das Richterrecht (The Common Law - Deciding Appeals, 1960) erschien. Seine weitere Lebensarbeit widmete er zusammen mit seiner Frau *Soja Menschikoff* dem Entwurf zum Uniform Commercial Code, der nach *Llewellyns* Tode im Jahre 1962 in fast allen amerikanischen Staaten Gesetz wurde.

Heute ist das Urteil über den Legal Realism zwiespältig. Einerseits bekennen amerikanische Juristen gerne: Wir sind alle Realisten. Andererseits scheint der Legal Realism als rechtssoziologische Bewegung, wohl wegen seines zum Teil kruden Empirismus im Sande verlaufen zu sein (*Schlegel*, 1979, 459). Die moderne amerikanische Rechtssoziologie hat ihren organisatorischen Mittelpunkt in der 1964 gegründeten Law and Society Association, die die Law and Society Review herausgibt und jährlich wissenschaftliche Tagungen veranstaltet. In dieser Organisation sind Soziologen, Psychologen und Politikwissenschaftler in der Mehrheit. Das mag der Grund dafür sein, daß sie die von den Law Schools ausgehende Tradition der Sociological Jurisprudence und des Legal Realism nicht bewußt fortführt.

## V. Critical Legal Studies

Eine moderne Version soziologischer Jurisprudenz und Rechtskritik in den USA bildet das **Critical Legal Studies Movement**, das durch seine Radikalität, Pluralität und literarische Produktivität gleichermaßen auffällt<sup>34</sup>. Diese Bewegung will das Recht von gesellschaftstheoretischen Ansätzen her begreifen. Sie stützt sich dafür auf den Marxismus und seine Revisionen, auf die kritische Theorie, den französischen Strukturalismus, *Max Webers* Analyse der Moderne und auf die Phänomenologie. Sie führt aber auf dieser Grundlage über Soziologie i. e. S. hinaus zu sozialphilosophischer Rechtskritik, insbesondere zu einer Kritik der liberalen Sozialphilosophen und der von diesen bevorzugten Institutionen und zur Suche nach neuen gesellschaftspolitischen und rechtlichen Leitvorstellungen.

---

<sup>34</sup> Vgl. dazu *Ekkehard Klaus/Klaus F. Röhl/Ralf Rogowski/Hubert Rottleuthner*, Rezension eines Denkansatzes: Die Conference on Critical Legal Studies, *ZfRSoz* 1, 1980, 85-125; *Roberto M. Unger*, The Critical Legal Studies Movement, *Harvard Law Review*, 96, 1983, 563 ff. sowie die Beiträge in dem Sonderheft »Critical Legal Studies Symposium«, *Stanford Law Review* 36, 1984, 1-674.

## § 10 Die Rechtssoziologie Gegenwart

### I. Die Entstehung einer »Scientific community«

Bis zu ihrer Unterbrechung durch den Nationalsozialismus und durch den 2. Weltkrieg läßt sich die Geschichte der Rechtssoziologie mit den Namen einzelner Wissenschaftler und ihrer Schulen beschreiben. Mit dem Neubeginn in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts entsteht eine scientific community auch in der Rechtssoziologie, so daß es nicht länger adäquat ist, die Entwicklung der Disziplin mit bestimmten Forscherpersönlichkeiten zu verbinden. Die Rechtssoziologie entwickelt sich nunmehr in einer Abfolge unterschiedlicher Themenschwerpunkte und im Gegensatz divergierender wissenschaftstheoretischer und politischer Grundpositionen und nicht zuletzt auch im Umkreis bestimmter Geldquellen.

Seither hat die Rechtssoziologie, ähnlich wie Wirtschaftswissenschaft, Politologie, Soziologie oder Psychologie, ein **internationales Selbstverständnis** entwickelt. Sie ist nunmehr im Begriff, im Verein mit den internationalrechtlichen Disziplinen wie Völkerrecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung diese Internationalität in die dogmatischen Fächer hineinzutragen.

### II. Neubeginn in der Bundesrepublik mit der Richtersozologie

Auf die Schlüsselrolle der Richter im Prozeß der Rechtsverwirklichung hatte schon 1927 *Ernst Fraenkel* (Soziologie der Klassenjustiz; Neudruck 1968) kritisch aufmerksam gemacht, und in den USA gab es seit Ende der 20er Jahre längst ein Programm zur empirischen Erforschung der Justiz (§ 9). Für die Bundesrepublik bedeutete es indessen einen neuen Anfang, als *Ralf Dahrendorf* 1960 Daten über die soziale Herkunft der Richter an Oberlandesgerichten dahin interpretierte, daß in den Gerichten »die eine Hälfte der Gesellschaft über die ihr unbekanntere andere zu urteilen befugt« sei<sup>35</sup>. In der Folgezeit entstand eine Reihe von Untersuchungen, die sich mit der sozialen Herkunft der Richter beschäftigten und deren Einfluß auf die Entscheidungstätigkeit nachzugehen versuchten. Besonderes Aufsehen, nicht zuletzt wegen seines prägnanten Titels und seiner gewagten Deutungen, erregte *Wolfgang Kaupens* Buch »Die Hüter von Recht und Ordnung« (1969). Die Diskussion wurde allerdings nicht allein, wie das Reizwort von der Klassenjustiz vermuten läßt, unter einem kritischen Aspekt betrieben. Zugleich wurden die Juristen als Führungselite beschrieben und als

---

<sup>35</sup> Bemerkungen zur sozialen Stellung und Herkunft der Richter an Oberlandesgerichten, *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik* 5, 1960, S. 260 ff.

klassische Profession zum Gegenstand berufssoziologischer Analysen gemacht. Damit erweiterte sich das Thema von der Richtersozio­logie zur Juristensoziologie, die insbesondere auch Anwälte und Hochschullehrer einschließt. Neuere Arbeiten betonen die Einbindung des einzelnen Richters in die justizhierarchische Organisation der Justiz und fragen nach dem Einfluß der juristischen Ausbildung auf die Einstellungen der Juristen (näher §§ 40 f.). Auch außerhalb der Fachgemeinschaft der Rechtssoziologen hat die Richtersozio­logie zu einer Diskussion über die Probleme einer Klassenjustiz und des politischen Richters geführt und damit das Selbstverständnis der Gerichte ebenso wie ihr Fremdbild nachhaltig verändert.

### III. Sozialwissenschaften und Recht

Auf den sehr konkreten Auftakt der Richtersozio­logie folgte sehr schnell eine umfangreiche Grundsatzdiskussion über das Verhältnis von Sozialwissenschaften und Rechtswissenschaft (dazu näher §§ 11 f.). Den Hintergrund bildete die Neuauflage des Werturteilsstreits aus der Zeit vor dem 1. Weltkrieg im **Positivismusstreit in der deutschen Soziologie**<sup>36</sup>. Dieser nahm seinen Anfang 1961 auf einer Tagung der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Tübingen, wo die Gegensätze in Referaten von *Karl R. Popper*, dem Verfechter eines kritischen Rationalismus auf der Basis einer wertfreien Wissenschaft, und *Theodor W. Adorno*, dem Altmeister der Frankfurter Schule, aufeinanderprallten. Fortgesetzt wurde die Debatte von den Schülern der Kontrahenten in der sog. *Albert-Habermas-Kontroverse*, in der *Albert* der Soziologie die Fähigkeit zu wissenschaftlich begründeten Wertungen absprach, während *Habermas* den von *Albert* geforderten Verzicht der Sozialwissenschaften auf politische Urteile als halbierten Rationalismus brandmarkte. Der Eifer, mit dem in dieser Debatte gekämpft wurde, rührte nicht zuletzt daher, daß sich auf den verschiedenen Fronten bürgerliche und marxistische Wissenschaftsauffassungen gegenüberstanden oder jedenfalls entsprechende Feindbilder aufgebaut wurden. Im Verhältnis von Soziologen und Juristen kamen die Revierängste der letzteren hinzu, die befürchteten, die Soziologen könnten in ihre angestammten Tätigkeitsfelder eindringen. Die Standpunkte reichten von der Forderung nach einer völligen Ablösung der Rechtswissenschaften durch die Sozialwissenschaften bis hin zu einem Verbot jeder Einmischung. Doch ebenso wie der Positivismusstreit ist diese Methodendebatte abgeflaut. Es sind nicht nur die Argumente erschöpft. Der Standpunkt der Wertfreiheit und der Objektivität auf der einen und die Forderung nach einer kritischen Sozialwissenschaft auf der anderen Seite wurden schon in der theoretischen Diskussion weitgehend relativiert (dazu näher § 11). Nicht zuletzt der Umstand, daß die Soziologie gar nicht über die Kapazitäten verfügt, um weitergehende Ansprüche einzulösen, hat zu einer Beru-

---

<sup>36</sup>

So der Titel eines 1969 von *Adorno u.a.* herausgegebenen Sammelbandes.

higung geführt. Stillschweigend hat man inzwischen die Hoffnung aufgegeben, die Praxis der Juristen durchgehend sozialwissenschaftlich anzuleiten und zu verbessern. Insbesondere auch die Hoffnung, über eine Reform der juristischen Ausbildung in die juristische Praxis einzudringen, die mit einigen Modellen der einstufigen Juristenausbildung verbunden wurde, hat sich nicht erfüllt, ohne daß ganz klar wurde, ob die Schwierigkeiten in der Sache lagen oder in den fraglos vorhandenen politischen Widerständen<sup>37</sup>. Mehr und mehr hat sich die Rechtssoziologie bestimmten Themenschwerpunkten zugewandt.

#### IV. Rechtstatsachenforschung zur Dauer von Gerichtsverfahren

In der ersten Hälfte der siebziger Jahre entstanden verschiedene Untersuchungen zur Dauer von Gerichtsverfahren, insbesondere von Zivilprozessen, die allgemein als Problem empfunden wurde<sup>38</sup>. Wegen ihrer sehr technischen und unmittelbar anwendungsbezogenen Anlage wurden diese Arbeiten hier als Rechtstatsachenforschung eingeordnet. Sie wurden in besonderer Weise durch Vorschläge und Initiativen des Stuttgarter Richters *Rolf Bender* angeregt und haben einen gewissen Abschluß gefunden in der sog. Vereinfachungsnovelle von 1977, die im Kern die von *Bender* erprobte Hauptverhandlung in Zivilsachen (Stuttgarter Modell) in die ZPO einführte. Weitere rechtstatsächliche Untersuchungen sind vor allem zum Sachverständigen und zum Vergleich im Zivilprozeß angestellt worden. Gleichzeitig sind im Ausland einige umfassender angelegte Untersuchungen zum Zivilprozeß entstanden. Hervorzuheben ist besonders die Untersuchung von *Rubnka* und *Weller* über Small Claims Courts in den USA (1978) sowie das von *Trubek* geleitete Civil Litigation Research Project, für das von 1978 - 1982 1,6 Mill. \$ ausgegeben wurden. Aus der Rechtstatsachenforschung zur Dauer und anderen eher technischen Problemen der Prozesse ist eine umfassendere Verfahrenssoziologie geworden, die inzwischen auch den Anschluß an die Konfliktforschung gefunden hat (näher § 54 u. § 60, 4d).

#### V. Chancengleichheit im Recht und vor Gericht

Während sich die Rechtstatsachenforschung aus naheliegenden Gründen eher in einem nationalen Rahmen hält, ist das Problem der Chancengleichheit und des Zugangs zum Recht über alle Grenzen hinweg zu einem internationalen Thema geworden (access to justice) (näher § 54). In diesem Rahmen sind zahlreiche Arbeiten über die Rechtsbedürfnisse des Publikums sowie über die sog. Zugangs- und Erfolgsbar-

---

<sup>37</sup> Dazu näher *Wolfgang Hoffmann Riem/Winfried Hassemer* (Hrsg.), *Juristenausbildung*, 1986.

<sup>38</sup> Vgl. *Baumgärtel/Mes*, *Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (erste Instanz)*, 1972; *ders./Hobmann*, *Rechtstatsachen zur Dauer des Zivilprozesses (zweite Instanz)*, 1972.

rieren entstanden. Besondere Aufmerksamkeit haben dabei die Institutionen der Rechtsberatung, die Kosten der Rechtsverfolgung und vor Gericht entstehende Kommunikationsprobleme gefunden. Teilweise haben sich die Wissenschaftler aktiv in Rechtsberatung und »sozialer Advokatur« engagiert. Als einen - wenn auch unbefriedigenden - rechtspolitischen Niederschlag dieser Diskussion in der Bundesrepublik kann man die Reform des Armenrechts zur Prozeßkostenhilfe, das Beratungshilfegesetz und im rechtsdogmatischen Schrifttum die Diskussion um »kompensatorische Justiz« in einem »sozialen Zivilprozeß« ansehen<sup>39</sup>.

## VI. Konfliktregelung und Alternativendiskussion

Ein weiterer übergreifender Themenkomplex resultiert aus der Entdeckung oder Wiederentdeckung der Konfliktperspektive (näher § 51). Sie nahm ihren Ausgang von ethnologischen Untersuchungen über die Konfliktregelung in sog. primitiven Gesellschaften und erhielt ihren Schwung aus der rechtspolitischen Frage nach Alternativen zum Gerichtsverfahren. Besonders in den USA wurden und werden solche Alternativen neu entwickelt und experimentell erprobt (Neighborhood Justice Centers u.a. - dazu näher § 56). Wichtiger ist aber wohl der Blickwechsel, der zu einer Bestandsaufnahme und vielleicht auch zu einer Revitalisierung der außerhalb der Justiz verfügbaren Konfliktregelungsmöglichkeiten führt.

## VII. Langzeitstudien und vergleichende Untersuchungen der Rechtskultur

Einen neueren Forschungsschwerpunkt bildeten in den letzten Jahren historisch angelegte Langzeitstudien zur Entwicklung der Justiz. In den USA wurden sie vor allem von *Friedman* angeregt. In der Bundesrepublik stammen wichtige Beiträge von *Wollschläger* (§ 15 Fn. 9 f.). Das Konzept der Rechtskultur soll darüber hinaus die vielen Einzelercheinungen des Rechtslebens in einem Zusammenhang sehen und damit einen historischen ebenso wie einen internationalen Vergleich unterschiedlicher Rechtskulturen ermöglichen. Beide Gesichtspunkte -Langzeitstudien und Rechtskultur - zusammen genommen bilden den Hintergrund für international koordinierte Anstrengungen zum Vergleich von Eckdaten der Rechtspflegestatistik in verschiedenen Ländern, die gerade erst begonnen haben<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> *Rudolf Wassermann*, Der soziale Zivilprozeß, 1978.

<sup>40</sup> Vgl. dazu jetzt die Beiträge in ZfRSoz Heft 2/1985: *Lawrence Friedman*, Transformations in American Legal Culture 1800-1985 (S. 191-205); *Hubert Rottleuthner*, Aspekte der Rechtsentwicklung in Deutschland. Ein soziologischer Vergleich deutscher Rechtskulturen (S. 206-254); *Erhard Blankenburg*, Indikatorenvergleich der Rechtskulturen in der Bundesrepublik und

### VIII. Theorien der Rechtsentwicklung

Parallel zu der unter 2. erwähnten Methodendebatte entstanden besonders zwischen 1965 und 1975 eine Vielzahl von Arbeiten, die auch für die Rechtssoziologie marxistische Konzepte erprobten. Inzwischen ist auch in der Rechtssoziologie das nachmarxistische Zeitalter angebrochen. Eine makrosoziologische Theorie des Rechts, die sich auf der Ebene der Entwicklungstheorien von *Durkheim* und *Weber* bewegt, wurde in den 70er Jahren zunächst nur von *Luhmann* gepflegt. Mit Hilfe der von ihm zu einem höchst kunstvollen Instrument fortentwickelten systemfunktionalen Theorie gelang es ihm immer wieder, dem Rechtssystem neue und teils überraschende Perspektiven abzugewinnen (§§ 46 ff.), die freilich zunächst überwiegend auf Unverständnis oder ideologisch motivierte Ablehnung stießen. Erst in jüngster Zeit beginnt man, sich im Rahmen einer umfassenderen Diskussion über die zunehmende Verrechtlichung von Politik und Gesellschaft auf *Max Webers* Rationalisierungshypothese und andere Entwicklungstheorien einzulassen (§§ 57 ff.).

Ins Aktuelle gewendet wird aus der makrosoziologischen Theorie die »**Krise des Wohlfahrtsstaats**« oder die »Krise der regulativen Politik«. Es geht dabei um die Behauptung, daß rationale Gesetzgebung und bürokratische Verwaltung mit Hilfe sog. Konditionalprogramme, die Tatbestand und Rechtsfolge genau definieren, unwirksam (geworden) sind. Die Reaktion auf diese Krise, so wird weiter behauptet, bestehe in der schon von *Weber* angedeuteten Tendenz einer Rematerialisierung des Rechts mit Hilfe sog. Zweckprogramme, mit unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln, oder im Übergang zu mittelbaren »reflexiven« Regelungen, die nur bestimmte Organisationsstrukturen und Verfahrensweisen festlegen (§§ 60 f.).

### IX. Die Institutionalisierung der Rechtssoziologie

Obwohl vergleichsweise keine ganz junge Wissenschaft mehr, hat die Institutionalisierung der Rechtssoziologie, jedenfalls in der Bundesrepublik<sup>41</sup>, erst im letzten Jahr-

---

in den Niederlanden (S. 255-273). *Mary L. Volansek* (Judicial Politics in Europe, New York/Bern/Frankfurt 1986) untersucht, wie die Gerichte in den Ländern der Gemeinschaft den Art. 177 des EWG-Vertrages handhaben.

<sup>41</sup> Zusammenfassende Darstellungen über die Rechtssoziologie in anderen Ländern geben: *Jacques Commaille*, The Sociology of Law in France, in: *Plett/Ziegert*, Empirische Rechtsforschung zwischen Wissenschaft und Politik, 1984, 174-179; *ders.*, Rapport sur la sociologie du droit en France, *Sociologia del Diritto* XII, 1985, 131-143; *Anne Deville*, Situation de la sociologie juridique en Belgique, *Sociologia del Diritto* XII, 1985, 145-155; *Hakan Hyden*, Sociology of Law in Scandinavia, *Journal of Law and Society* 13, 1986, 131-143; *Thomas Knöpfel*, Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Rechtssoziologie in Spanien, Berlin 1982; *Jean Van Houtte* (Hrsg.), *Sociology of Law in Dutch Speaking Countries*, Dordrecht 1985.

zehnt greifbare Formen angenommen. Ihren legalistischen Ausdruck findet sie in den Prüfungsordnungen für das juristische Referendarexamen, die sämtlich Rechtssoziologie als Wahlfach für Prüfung und Ausbildung vorsehen<sup>42</sup>. Das Lehrangebot an den Universitäten hat mit dieser Entwicklung nicht ganz Schritt halten können. Die rechtswissenschaftlichen Abteilungen weisen nur ausnahmsweise besondere Lehrstühle für Rechtssoziologie aus (Berlin, Hannover, Bremen). Fast alle anderen Fakultäten haben aber inzwischen Professoren, die neben anderen Fächern auch die Rechtssoziologie betreuen. Dagegen gibt es in den soziologischen oder sozialwissenschaftlichen Abteilungen der deutschen Universitäten kaum Wissenschaftler, die sich selbst als Rechtssoziologen bezeichnen.

Entscheidende Fortschritte hat die Professionalisierung der Rechtssoziologie gemacht, wenn man sie an der Bildung wissenschaftlicher Vereinigungen mißt. Während lange Zeit hindurch allein der von *Kaupen* und *Rasehorn* ins Leben gerufene Arbeitskreis für Rechtssoziologie mit seinen Informationsbriefen für die Kommunikation zwischen den einschlägig Interessierten sorgte, sind inzwischen zwei wissenschaftliche Vereinigungen entstanden, die sich dieser Aufgabe annehmen. Die **Vereinigung für Rechtssoziologie**<sup>43</sup> richtet ihr Interesse in besonderer Weise auf die sozialwissenschaftliche Ausbildung der Juristen, legt dabei aber Wert darauf, nicht zu einer Hochschullehrervereinigung herkömmlichen Stils zu werden. Sie veranstaltet in zweijährigem Rhythmus wissenschaftliche Tagungen und gibt eine Schriftenreihe heraus. Eher forschungsbezogen und auf Kooperation mit der allgemeinen Soziologie angelegt ist die Sektion Rechtssoziologie in der Deutschen Gesellschaft für Soziologie<sup>44</sup>. Sie tagt jeweils im Zusammenhang mit dem Deutschen Soziologentag und hat die Herausgeber der **Zeitschrift für Rechtssoziologie** bestellt, die seit 1980 halbjährlich erscheint. Als wichtigste Veröffentlichungsreihen sind daneben zu nennen die von *Hirsch* und *Rebbinder* herausgegebene **Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung**, die bis auf 59 Bände angewachsen ist, ferner das seit 1970 nicht ganz regelmäßig erscheinende **Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie** (bisher 11 Bände). Der rechtssoziologischen Forschung stehen als Dauereinrichtung in den Universitäten zur Zeit nur wenige mit Assistenten ausgestattete Professorenstellen zur Verfügung. Größere empirische Untersuchungen können in der Regel nur über Forschungsprojekte durchgeführt werden, die von Fall zu Fall mit Mitteln der Deutschen Forschungsgemeinschaft, der Stiftung Volkswagenwerk

---

<sup>42</sup> Übersicht bei *Kurt Seelmann*, Zur Lage der Wahlfachgruppe Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie im juristischen Studium und im Referendarexamen, JuS 1980, 157-160.

<sup>43</sup> Geschäftsführung z.Zt. bei Prof. Dr. Röhl, Ruhr-Universität, 4630 Bochum.

<sup>44</sup> Geschäftsführung z.Zt. bei Prof. Dr. Gessner, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Universität, 2800 Bremen.

oder der öffentlichen Hand finanziert werden<sup>45</sup>. Besondere Verdienste um die Anregung, Koordination und Förderung solcher Projekte hat sich das 1973 gegründete Referat Rechtstatsachenforschung im Bundesjustizministerium der Justiz erworben, das zur Zeit von *Strempel* geleitet wird<sup>46</sup>. Als Träger solcher Projekte haben sich zunächst das von *Bender* in Stuttgart gegründete Institut für Rechtstatsachenforschung e.V.<sup>47</sup> sowie die Sozialwissenschaftliche Forschungsgruppe im Max-Planck-Institut für ausländisches und Internationales Privatrecht in Hamburg bewährt, die 1982 eine neue Heimat im Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen gefunden hat. 1983 ist an der Universität Konstanz ein Institut für Rechtstatsachenforschung entstanden. Seit 1984 arbeitet in Köln unter der Leitung von Mayntz das neue Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, das sich auch rechtssoziologischer Grundlagenforschung annehmen will. Auch einige außeruniversitäre Institute wie INFRATEST in München oder PROGNOSE in Basel betreiben gelegentlich Rechtstatsachenforschung.

Das international wichtigste Forum der Rechtssoziologie ist die amerikanische Law and Society Association, auf deren Jahrestagungen jeweils 200 - 300 Vorträge gehalten werden und die mit ihrer Vierteljahresschrift **Law and Society Review**, die seit 1966 erscheint, inzwischen die beachtliche Auflage von fast 3.000 Exemplaren erreicht. Wegen Qualität und Vielzahl der Beiträge und der Weite des Themenspektrums ist sie für jeden Rechtssoziologen unentbehrlich geworden. Viele sozialwissenschaftliche Beiträge veröffentlichen auch das in einer Auflage von 6.000 Exemplaren verbreitete **Research Journal** der American Bar Foundation. Als Fachzeitschriften verdienen ferner das Journal of Law and Society (seit 1974; ursprünglich British Journal of Law and Society), die italienische Sociologia del Diritto (seit 1974), und das bei Academic Press, London, erscheinende International Journal of Sociology of Law (seit 1972) Erwähnung. In Frankreich erscheint seit 1986 »Droit et Société«, mit dem Untertitel Revue internationale de Théorie du Droit et de Sociologie juridique. Schließlich sind zwei internationale Organisationen der Rechtssoziologie zu nennen.

---

<sup>45</sup> Zur Problemlage rechtssoziologischer Auftragsforschung vgl. *Konstanze Plett/Klaus A. Ziegert*, Empirische Rechtsforschung und Politik, 1984.

<sup>46</sup> Vgl. *Dieter Strempel*, Zur Rechtstatsachenforschung in der Bundesrepublik Deutschland - Bericht über die Tätigkeit des Referats "Rechtstatsachenforschung" im Bundesministerium der Justiz, Recht und Politik 1981, S. 180-183; *ders.*, Rechtstatsachenforschung und Rechtspolitik, zugleich ein Bericht über Forschungsprojekte des BMJ, ZRP 1984, S. 195-198. Forschungsergebnisse werden in einer vom Ministerium herausgegebenen Reihe "Rechtstatsachenforschung" veröffentlicht.

<sup>47</sup> Dazu *Wolfgang Heinz* (Hrsg.), Rechtstatsachenforschung heute, Konstanzer Schriften zur Rechtstatsachenforschung Bd. 1, Konstanz 1986.

## *§ 10 Die Rechtssoziologie der Gegenwart*

---

Die wichtigere ist das Research Committee on Sociology of Law<sup>48</sup>, eine Unterorganisation der International Sociological Association. Daneben gibt es ein Institute of Sociology of Law for Europe<sup>49</sup>, das bisher noch wenig Profil gewonnen hat.

---

<sup>48</sup> Geschäftsführung z.Zt. bei Prof. Dr. Blankenburg, Vrije Universiteit, Amsterdam.

<sup>49</sup> Geschäftsführung z.Zt. bei Prof. Kalogeropoulos, Centre d'Etudes Sociologique, 82, Rue Cardinet, Paris.

