

**Die Sozialwissenschaftlichung der Rechtswissenschaft
(und damit ihre eigentliche Schaffung in der Zukunft)**
von Béla Pokol

Zusammenfassung

Eine Rechtswissenschaft, die mit der Idee der Wissenschaft übereinstimmt, d. h. als sozialwissenschaftliches Rechtsdenken, ist erst im Entstehen begriffen und derzeit beschränkt auf den Hilfsstatus der Rubrik Rechtssoziologie. Die rechtsdogmatischen Aktivitäten der Sinnschicht des Rechts, die heute im Rahmen der einzelnen Rechtzweige als Rechtswissenschaft bezeichnet werden, sind trotz ihres hohen intellektuellen Wertes keine Wissenschaften, sondern ein unverzichtbarer Bestandteil des komplexen Rechts. Die Rechtsdogmatik ist keine Wissenschaft, sondern eine Schicht des Rechtssystems in den modernen westlichen Ländern. Wenn wir die Etappen der Entwicklung des intellektuellen Denkens über das Recht zu einer Wissenschaft isolieren wollen, können wir zwei große Sprünge in diesem Prozess in den Veränderungen in der Entwicklung des europäischen Rechts seit Mitte des 17. herausheben. In der ersten Phase wurde die praktische Jurisprudenz der Vergangenheit programmatisch durch die Rechtsdogmatik ersetzt, die den Begriff Rechtswissenschaft bereits seit Anfang des 19. Jahrhunderts für sich beansprucht hatte, und in der zweiten Phase entstand seit dem späten 19. und vor allem seit dem 20. Jahrhundert eine wirklich sozialwissenschaftliche Form des Rechtsdenkens.

Das Recht ist ein soziales Phänomen, so dass es als Wissenschaft nur im Rahmen der Sozialwissenschaften betrachtet werden kann. Das bedeutet natürlich nicht, dass das Recht nicht auch im Rahmen anderer intellektueller Tätigkeiten formuliert und analysiert werden kann und dass es nicht sehr wichtige Funktionen für das Funktionieren der Gesellschaft hat. Sie müssen jedoch gesondert analysiert und von den wissenschaftlichen - d.h. sozialwissenschaftlichen - geistigen Aktivitäten des Rechts getrennt werden. Die intellektuelle Tätigkeit der Rechtsdogmatik auf dem Gebiet des materiellen Rechts erfordert also höchste logische Fähigkeiten und intellektuelle Kreativität und steht den intellektuellen Leistungen der wissenschaftlichen (sozialwissenschaftlichen) Tätigkeit des Rechts in nichts nach. Es ist nur so, dass sie andere wichtige Funktionen für das Funktionieren des modernen Rechts bieten als die sozialwissenschaftliche Analyse des Rechts. Ebenso setzt die Rechtsphilosophie mit ihrer analytischen Analyse der in den Rechtsnormen enthaltenen Werte, ihrer Gruppierung und der Darstellung alternativer Wertesysteme - dem Hintergrund der Rechtsphilosophie - eine ernsthafte Fähigkeit zur Abstraktion und Logik voraus und trägt zur Rationalität der öffentlichen Debatten über die ständigen Elemente des praktischen Rechts und zur Orientierung der rechtspolitischen Entscheidungen im Rahmen der modernen

Demokratie bei. Für die sozialwissenschaftliche Analyse des Rechts kann diese Tätigkeit jedoch ebenso ein Thema und nicht Teil der Rechtswissenschaft sein wie die Beobachtung und Analyse von Gesetzgebungsprozessen im Allgemeinen.

Wenn wir die Etappen in der Entwicklung des intellektuellen Denkens über das Recht zu einer Wissenschaft isolieren wollen, können wir zwei große Sprünge in diesem Prozess in den Veränderungen in der Entwicklung des europäischen Rechts ab der Mitte des 17. herausheben. In der ersten Phase wurde die praktische Jurisprudenz der Vergangenheit programmatisch durch die Rechtsdogmatik ersetzt, die den Begriff Rechtswissenschaft bereits seit Anfang des 19. Jahrhunderts für sich beansprucht hatte,¹ und in der zweiten Phase entstand seit dem späten 19. und vor allem seit dem Anfang des 20. Jahrhundert eine wirklich sozialwissenschaftliche Form des Rechtsdenkens.² Diese beschränkte sich zunächst auf die eng gefasste Rechtssoziologie, doch ab den 1960er Jahren entstanden zunehmend sozialwissenschaftlich ausgerichtete Rechtswissenschaften, die alle Aspekte des Rechtsdenkens abdecken.

Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass diese Etappen nicht bedeuten, dass die Merkmale der früheren Phase des intellektuellen Denkens über das Recht verschwunden sind und nur noch historische Erinnerungen an spätere Perioden darstellen. Im ersten Fall - der Ersetzung der praktischen Jurisprudenz durch die rechtsdogmatische Systematik als Universitätsjurisprudenz - hat zwar eine Ersetzung stattgefunden, aber in der Weise, dass die Masse der gewöhnlichen Universitätsjuristen, abgesehen von einigen wenigen Werken echten rechtsdogmatischen Rechts, nach wie vor nur auf der Ebene der praktischen Jurisprudenz wirklich aktiv ist, indem sie die Lehrbücher lehrt, die von anderen geschrieben wurden oder auf ihrer eigenen intellektuellen Arbeit basieren, die sie mehr oder weniger selbst kopiert haben. Allerdings ist nur derjenige ein legitimer Rechtsgelehrter, der ein möglichst breites Spektrum an Rechtslehren und -systemen beherrscht und entwickelt, und dies wird von der Masse der normalen Akademiker nachgeahmt, auch wenn sie das Recht nur auf der Ebene der praktischen Jurisprudenz analysieren. Mit anderen Worten, diese Veränderung kann eher als das Verschwinden der organisierenden Prinzipien der früheren Phase als Leitprinzipien verstanden werden, und die Tätigkeit der früheren praktischen Jurisprudenz an den Universitäten kann in der späteren Phase nicht mehr als legitime Tätigkeit dargestellt werden, so dass sie schändlich versteckt und maskiert wird. Die Charakteristika dieses Phasenwechsels sind auch heute nicht zu übersehen, denn der Anspruch und der Druck der praktischen Rechtsleben fordern immer wieder eine stärkere Ausrichtung der universitären Juristenausbildung auf praktische Probleme der Falllösung und weniger auf eine systemdogmatische Ausbildung.

Die zweite Phasenverschiebung - vom rechtsdogmatischen Systemdenken hin zur Entstehung einer sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft - stellt jedoch keine Ablösung, sondern vielmehr einen Schritt daneben dar. Die Tätigkeit des rechtsdogmatischen Systemdenkens ist für Rechtssysteme, die immer komplexer werden und immer mehr Bereiche der Gesellschaft abdecken, unerlässlich, und ihre Rolle ist in der juristischen Hochschulausbildung unverzichtbar. Von einem "Rauswurf" aus den Universitäten, der unter dem Einfluss von Savigny seit Anfang des 19. Jahrhunderts programmatisch mit der praktischen Jurisprudenz betrieben wurde, kann also keine Rede in diesem Fall sein. Die Frage ist hier eher, inwieweit eine gesunde Arbeitsteilung in der juristischen Ausbildung möglich ist. Es soll z.B. aufgeworfen werden, dass die rechtsdogmatische Lehrbücher durch juristisches Wissen aus sozialwissenschaftlicher Sicht ergänzt werden sollten. So sollten beispielsweise neben der Rechtsdogmatikgeschichte eines jeden Rechtszweiges auch

¹ Siehe Jan SCHRÖDER: *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf der deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann Verlag 1979) 142.

² Siehe Allen HUNT: *The Sociological Movement in Law* (London: Macmillan 1978) 11-35.

Lehrbücher über die Sozialgeschichte des Wandels der Rechtsdogmatik in die juristische Ausbildung aufgenommen werden, um die Ursachen für den Wandel der Kategorien der Rechtsdogmatik, die Verbreitung neuer Kategorien und Konzepte und die Ersetzung alter durch neue Kategorien und Konzepte zu ermitteln. Diese zweite Phase des Wandels befindet sich meines Erachtens erst in der Mitte ihres Verlaufs, und der Anteil dieses Wandels, insbesondere bei den Universitätsjuristen, ist noch geringer als der der großen systemischen Rechtsdogmatiker in der weitgehend rein praktischen Universitätsjuristerei. Doch gerade in der hart umkämpften Welt des Rechts in den USA mit ihren rund 200 juristischen Fakultäten und Hunderten von juristischen Fachzeitschriften ist das sozialwissenschaftliche Rechtsdenken ebenfalls sehr präsent und verbreitet sich weltweit, ebenso wie die Ergebnisse dieses Denkens und seiner wissenschaftlichen Erkenntnisse. Schauen wir uns den Verlauf dieser Umwandlungen genauer an.

1. Die Umbenennung von Jurisprudenz zu Rechtswissenschaft

Wenn wir die Frage nach dem akademischen Status des intellektuellen Rechtsdenkens analysieren wollen, müssen wir zunächst den Begriff der Rechtswissenschaft selbst untersuchen. Um dies zu tun, müssen wir auch einen Schritt weiter gehen und die Idee der Wissenschaft selbst betrachten, wie sie bis zum Beginn der Neuzeit verstanden wurde und wie sie sich in den Jahren um 1600 und 1700 veränderte. Vereinfacht man den Begriff der Wissenschaft, wie er bis dahin verstanden wurde, so kann man sagen, dass bis dahin der Beweis, dass eine Aussage wahr ist, bedeutete, sie auf ein umfassenderes Prinzip zu reduzieren, letztlich auf ein sehr umfassendes Prinzip. Das Streben nach Wahrheit, und damit der Ort der Wissenschaft, bedeutete das Reich der abstrakten Prinzipien. Dies änderte sich erst mit dem Aufkommen der wissenschaftlichen Experimente ab 1600, und die Grundlage für den Wahrheitsbeweis wurde zunehmend die Übereinstimmung mit empirischen Ereignissen. Die Einordnung des reinen Erfahrungswissens als Wissenschaft konnte dann, den kantischen Erkenntnistheorien folgend, ab dem späten 17. Jahrhundert nur noch in Verbindung mit seiner Einbindung in ein einheitliches theoretisches System anerkannt werden.

In diesem Sinne ist bei der Betrachtung der Geschichte der intellektuellen Beschäftigung mit dem Recht darauf hinzuweisen, dass es bis zum Jahr 1700 nicht als Wissenschaft betrachtet wurde - und dies kann angesichts des seither gestiegenen Ansehens der Wissenschaften nur als Abwertung erscheinen -, sondern als praktisches Handwerk. Die Kunst der Auslegung von Rechtsvorschriften und Begriffen und die Lösung praktischer juristischer Dilemmas war auch die Kunst, das römische Recht zu kennen, und niemand betrachtete sie als Wissenschaft. *Annette Brockmöller* zufolge bezeichnete der Begriff "*Rechtsgelehrsamkeit*" zu dieser Zeit eher die praktischen Rechtskenntnisse als die Rechtswissenschaft, und der Begriff "*Rechtswissenschaft*" begann sich erst in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts zu verbreiten und wurde erst in den 1790er Jahren allgemein akzeptiert: „Die Jurisprudenz des positiven Rechts war lediglich die praktische Fähigkeit, das Recht richtig zu interpretieren und auf vorkommende Fälle anzuwenden. Sie galt als Handwerk nicht aber als Wissenschaft. Im letzten Jahrzehnt des 18. Jahrhunderts wird die Verwendung des Ausdrucks „Rechtswissenschaft“ allgemein üblich zur Bezeichnung der Disziplin, die sich mit dem Recht, d.h. dem positiven Recht befaßt, und verdrängt die bis dahin gebräuchlichen Bezeichnungen: Rechtsgelahrtheit, und Rechtsgelehrsamkeit.“³ Zu

³ Annette BROCKMÖLLER: *Die Entstehung der Rechtstheorie im 19. Jahrhundert in Deutschland* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997) 26.

dieser Zeit galt nur das abstrakte System der naturrechtlichen Prinzipien als Wissenschaft, aber die Idee, die Produkte der praktisch denkenden römischen Juristen an der Universität auf diese Prinzipien zurückzuführen - und damit der Wissenschaft näher zu bringen - kam nicht auf. Diese Universitätsjuristen lehrten und wirkten über die Institution der Aktenversendung vor allem an der universitären Rechtsprechung im Rahmen des Spruchkollegiums mit, wobei ihre Haupttätigkeit auch in der Beratung und praktischen Rechtshilfe bestand.⁴

Dies änderte sich um 1700, und neben der Schaffung von Rechtsbegriffen und Rechtsauslegungen, die sich an den Bedürfnissen der Rechtspraxis orientierten, setzte sich zunehmend die Erkenntnis durch, dass auch die Schaffung geistiger Widerspruchsfreiheit und deren Einbindung in ein umfassendes System Aufgabe der *Rechtsgelehrsamkeit* war. Andererseits wurden ab 1747, zumindest in Preußen, die Universitätsjuristen von der Justiz ausgeschlossen, und das Verfahren der Aktenversendung wurde verboten.⁵ Mit dieser Wende ging eine Rückbesinnung der Rechtspraxis auf die Prinzipien des Naturrechts einher, und diese Wende brachte zwar auch ein neues, status-quo-kritisches Rechtsdenken mit sich, aber die wissenschaftshistorische Seite davon war, dass sie auch den Anspruch auf den rechtswissenschaftlichen Charakter der praktischen Rechtswissenschaft mit sich brachte. Dabei wurde der Begriff "Rechtsphilosophie" geprägt, der ab der Wende zum 19. Jahrhundert immer häufiger anstelle des Begriffs "Naturrecht" oder "gesunder Menschenverstand" verwendet wurde. Der Übergang in diesem Bereich wurde durch die Verwendung des Begriffs "philosophische Rechtslehre" durch Kant zur Bezeichnung eines umfassenden theoretischen Systems des Rechts markiert, der im Laufe einiger Jahre geändert und zu "Rechtsphilosophie" verkürzt wurde. (Aber selbst Hegels Werk von 1821, das später als "Rechtsphilosophie" abgekürzt wurde, erhielt den vollen Titel "Die Grundlagen der Rechtsphilosophie oder Grundriß des Naturrechts und der Staatswissenschaften"!)

Die Anerkennung der praktischen Jurisprudenz als Rechtswissenschaft war also aufs Engste mit der rechtsphilosophischen Fundierung der positiven Rechtsanalysen (oder, wie man heute sagt, der Wissenschaften der einzelnen Rechtszweige) verbunden. Mit anderen Worten: Was Theodor Viehweg in seinem Werk von 1952 als das Verschwinden von der juristischen Topik und die historische Entwicklung einer Rechtsdogmatik mit logischer Strenge ab dem späten 16. Jahrhundert analysierte und beschrieb, markierte auch die Entstehung einer Rechtswissenschaft, die sich auf eine Rechtsphilosophie stützt.⁶

Schauen wir uns diesen Prozess genauer an, in dem sich die am praktischen Recht orientierte Rechtswissenschaft allmählich zu einer abstrakt-konzeptionellen Rechtssystematik entwickelt.

2. Von der praktischen Jurisprudenz zur abstrakten Rechtsdogmatik

Neben der früheren praxisorientierten akademischen Rechtstätigkeit und der fallorientierten Jurisprudenz ergab sich als Folge der Hinwendung zum abstrakt-systematischen

⁴ Siehe John P. DAWSON: *The Oracles of Law* (Ann Arbor: University of Michigan Law School 1968), illetve Ulrich FALK: „In dubio pro amico? Zur Gutachtenpraxis im gemeinen Recht“ *Forum Historiae Juris* 2000/9. 2-32.

⁵ Siehe die Analyse über der Entscheidung von Samuel von Coceji, von dem dies verordnet wurde, Gerd KLEINHEYER - Jan SCHRÖDER: *Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten*. 3. Auflage (Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag 1989) 61-64. p.

⁶ Siehe Theodor Viehweg: *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*. Beck'sche Verlag. 1974.

Rechtsdenken seit den ersten Jahrzehnten des 18. Jahrhunderts die Notwendigkeit, neben dieser neuen, leitenden theoretischen Jurisprudenz eine praktische Jurisprudenz zu entwickeln, die die praktischen Aufgaben jeder typischen juristischen Arbeit in das juristische Denken und die akademische Rechtsausbildung einbezieht. Die wichtigsten Themen der so entstandenen praktischen Rechtsprechung sind: die *kautelear Jurisprudenz* (Abfassung typischer Vertragstypen, sowohl durch Konkretisierung der abstrakten Regeln der theoretischen Rechtsdogmatik als auch durch Einführung von Jurastudenten und Anwälten in bewährte praktische Konzepte, Wendungen und Formeln); *Verteidigungskunst*, mit einer Darstellung der raffinierten Aspekte, sowohl bei der praktischen Anwendung der Verfahrensregeln als auch bei der Anwendung bewährter Tipps und Tricks; die *Referierkunst*, die die wichtigsten Aufgaben der Justiz, raffinierte Aspekte der Dokumentenentnahme, Aspekte der Bearbeitung von Konsultationen, Aspekte der Urteilsfindung usw. umfasst. Und auch einige andere Fächer, wie z.B. das Verfahrensrecht wurde das damals hier aufgenommen, das erst später als Teil der theoretischen Rechtswissenschaft anerkannt wurde.⁷ Der Höhepunkt dieser praktischen Jurisprudenz war um 1790-1810 mit der Einführung einiger solcher Fächer in die universitäre Lehre, doch mit dem weiteren Voranschreiten des Strebens nach systematischer Jurisprudenz und der Entwicklung der Jurisprudenz ("*Rechtsgelartheit*" oder "*Rechtsgelehrsamkeit*") zu einer strengeren Rechtswissenschaft wurde es zunehmend umstritten, ob Fächer, die sich mit solchen praktisch-stilistischen Aspekten befassten, in der Rechtswissenschaft und der rechtswissenschaftlichen Ausbildung einen Platz haben konnten. So verschwanden der Name und die Fächer nach und nach aus den Lehrplänen der deutschen juristischen Fakultäten, so dass nur noch das Verfahrensrecht übrig blieb, das jedoch als theoretisches Recht eingestuft wurde. Die pfiifigen Handbücher zu den Themen der damaligen praktischen Jurisprudenz waren fortan nur noch Arbeitshilfen für praktizierende Juristen und sind seitdem als Urkundenmodelle, Handbücher für die Verteidigungsarbeit, praktische Hilfen für die Vertragsgestaltung bekannt. Dieses Wissen kann nur durch praktische Anwendung erlernt werden, und zu diesem Zweck ist es besser, unter der Aufsicht eines erfahrenen Anwalts, Richters usw. zu praktizieren als durch universitäre Lehre. Insbesondere dort, wo in Deutschland eine zweistufige Juristenausbildung etabliert war und auf den theoretischen Stoff des ersten Staatsexamens eine zweite Stufe intensiver Rechtspraxis folgte, die außerhalb der Universität organisiert war und mit einem zweiten Staatsexamen abgeschlossen wurde, war die praktische Jurisprudenz bereits in den 1850er Jahren in den Universitäten eingestellt worden. Es hat nur eine Zeit lang überlebt, wo man innerhalb der Universität einen Abschluss gemacht hat und es keine zweite Stufe der praktischen juristischen Ausbildung gab, aber das war dann nur an wenigen Universitäten in den deutschen Bundesländern, und später wurde es auch hier abgeschafft.

In der Zeit des Aufkommens der praktischen Jurisprudenz dominierte ab Mitte des 17. Jahrhunderts die Wolffsche Theorie als übergreifende Theorie, und es waren vor allem Angehörige der Wolffschen Schule, die auch die wichtigsten Theoretiker der praktischen Jurisprudenz waren, die sie als übergreifendes Thema und ihren internen Hauptgegenstand formulierten, aber die Dominanz der Kantschen Theorie ab den 1810er Jahren und die zunehmende Kritik zogen ihr den Boden unter den Füßen weg. Wolffs Begriff eines demonstrativen Systems trug dem noch Rechnung, und sein Begriff eines Konzepts, um von individuellen Phänomenen ebenso zu sprechen wie von allgemeinen Objekten. Kant hingegen erkannte die Möglichkeit eines Begriffs nur für allgemeine Gegenstände an und verortete das Erfassen einzelner Gegenstände im Bereich der Sinnlichkeit; andererseits machte er die Anwendung allgemeiner Begriffe auf einzelne Phänomene - oder die Zusammenführung

⁷ Siehe Schröder 1979, 140-145. p.

einzelner Phänomene unter einen Gesamtbegriff - nicht zu einem Vermögen der Vernunft, sondern zu der intellektuellen *Urteilkraft*. Seiner Ansicht nach kann diese Fähigkeit nicht reguliert, sondern nur durch Übung entwickelt werden, und da es sich um eine angeborene Fähigkeit handelt, kann sie durch Übung nur verbessert werden. Damit schloss Kant die praktische Anwendung von allgemeinen Begriffen und Regeln aus der Wissenschaft aus.

Anstelle des bis dahin gebräuchlichen lateinischen *jurisprudentia* verwendete Thomasius - der auch einer der Hauptkämpfer für die Schaffung einer deutschen Gelehrtensprache war - häufig den Begriff *Rechtsgelahr(t)heit*, ein Wort, das in der deutschen Sprache um 1600 auftauchte und nur sporadisch verwendet wurde. *Rechtsgelehrsamkeit* war ein neuerer Begriff, und während ersterer im Lehrplan der Universität Göttingen bis 1792 verwendet wurde, wurde er dann wieder verwendet, und ab 1809 wurde der Begriff *Rechtswissenschaft* im Lehrplan verwendet. *Rechtsgelehrsamkeit* wurde aber auch schon früher, ab dem frühen 1700, verwendet. So listet bereits das berühmte Zedler-Lexikon von 1741 die Namen der geistigen Berufe mit Recht wie folgt auf: "*Rechtsgelehrsamkeit, Rechtsgelehrtheit, Rechtskunde, Rechtswissenschaft, Rechtsklugheit, Rechtslehre, Jurisprudenz, Jurisprudentia, Peritia Juris, Scientia Juris*". Aber auch sporadisch wurde der Begriff „Rechtswissenschaft“ nur für bestimmte juristische Wissensgebiete verwendet, so dass er im Plural als *Jurisprudenz* verwendet wurde, und der Begriff *Rechtsgelehrsamkeit* wurde zur Bezeichnung der gesamten theoretischen juristischen Tätigkeit im Allgemeinen verwendet, sogar in den späten 1700er Jahren.

Mitte des 18. Jahrhunderts wurde die praktische *Jurisprudenz* vor allem in den Büchern der beiden Autoren *Daniel Nettelblatt* und *Johann Stephan Pütter* umfassend dargestellt. Nettelblatt grenzte in seiner Abhandlung der practischen *Rechtsgelahrtheit* (1764) die inneren Gegenstände der praktischen *Jurisprudenz* so ab, dass ein Teil davon sich mit bereits geschaffenen Rechtsakten befasste, während der andere Bereich der praktischen *Jurisprudenz* die Schaffung von Rechtsakten war. Es gab jedoch schon früher einen anderen Versuch, sie in gerichtliche und außergerichtliche praktische *Rechtsprechung* zu unterteilen, was vom Umfang her fast dasselbe ist, da die außergerichtliche *Rechtsprechung* die Schaffung von Rechtsakten (Verträgen usw.) meint, während die gerichtliche praktische *Rechtsprechung* die bereits im Rechtsstreit geschaffenen Rechtsakte behandelt.

Die wichtigsten Themen der praktischen *Rechtsprechung* waren:

Kautelarjurisprudenz, oder iurisprudentia cavens, heurematica, cautelararis. (Justus Claproth schrieb 1765 ein Buch zu diesem Thema mit dem Titel "Aspekte des richtigen und umsichtigen Zustandekommens von zivilrechtlichen Verträgen". Es handelt sich nämlich um eine praktische Konkretisierung der Vertragstheorie der theoretischen *Jurisprudenz* und weist relativ wenige stilistische und typografische "raffinierte" Aspekte auf. Mit anderen Worten, sie unterscheidet sich kaum von der privatrechtlichen Vertragstheorie, allerdings mit einem praktischeren juristischen Ansatz bei der Darstellung der Regeln. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass die Anwendung der Regeln anhand zahlreicher Beispiele erörtert wird (was wiederum Gegenstand einer späteren Debatte darüber war, inwieweit Beispiele in theoretischen akademischen Abhandlungen verwendet werden können oder ob es sich eher um eine praktische pädagogische Anwendung als um eine Wissenschaft handelt).

Die Notariatskunst und die Lehre von der freiwilligen Schlichtung (im heutigen Kontext: Schiedsgerichtsbarkeit) wurden in der Regel zusammen mit der ersteren diskutiert.

Referier- und Dekretierkunst. Sie sollte Richtern und angehenden Richtern helfen und in der juristischen Ausbildung die praktische Funktionsweise dieser juristischen Tätigkeit und die dabei zu berücksichtigenden Aspekte darlegen. Claproth schrieb auch ein Buch zu diesem Thema mit dem Titel "Grundsätze von Vertigung der Relationen aus Gerichtsakten", mit Kapiteln zu Themen wie "Storytelling" (heute: Tatsachenbeschreibung), Aspekten der Aktenextraktion, Umgang mit den Expertenmeinungen von Referenten und Urteilsabfassung,

und schloss mit einer Diskussion über die Unterschiede zwischen erster und zweiter Instanz. Am Ende eines Buches von etwas mehr als 300 Seiten folgt eine Probe von etwa 400 Seiten (heute: Probedatei). Bei den meisten Aspekten handelt es sich nicht um eine Konkretisierung von Verfahrensregeln aus der Praxis, sondern um Ratschläge rhetorischer Art, ähnlich den Ratschlägen in antiken Oratorienhandbüchern, wobei viel aus Quintilians *Institutio Oratoria* zitiert wird.

Staatliche und kanzeleiliche Praxis. Dies ist eine Präsentation der intelligenten Aspekte der Arbeit von Beamten in ihren verschiedenen Tätigkeiten. Christian August Beck hat zu diesem Thema ein Buch mit dem Titel "Versuch einer Staatspraxis" geschrieben, in dem es unter anderem um die unterschiedlichen Anredeformen der verschiedenen staatlichen Würdenträger in ihren Schriften geht, um die geeigneten Formeln und Slogans für Eingangszeilen und die geschickten Wendungen für Schlusssätze. Das Buch enthält aber auch die Aspekte der bei staatlichen Aktivitäten zu haltenden Reden, die stilistischen Regeln, unterteilt in Reden für Delegierte zu Reichsversammlungen, Reden von Staatsdelegierten im Ausland, Reden von Mitgliedern der obersten Reichsgerichte usw. Dabei handelt es sich fast ausschließlich um angewandte Rhetorik und kaum um die praktische Anwendung von Rechtsnormen, obwohl es einige gibt, und sie sind ein konkreter Ausdruck theoretischer juristischer Präzedenzfälle, wie z. B. die Reihenfolge der Beratungen kaiserlicher Gremien, Fälle, in denen eine kaiserliche Genehmigung erforderlich ist, und die Regeln für deren Behandlung usw.

Archiv- und Registraturwissenschaft: Hier geht es um Aspekte der Dokumentenverwaltung, Ablage- und Ordnungsarbeiten in verschiedenen juristischen Werken, z.B. die Bereitstellung von Deckblättern für einzelne Dokumente usw. Es handelt sich also um geistige Tätigkeiten, die über die juristische Arbeit hinausgehen und auch im Rahmen der praktischen Rechtswissenschaft nur lose mit Aspekten der theoretischen Rechtswissenschaft verbunden sind.

Verteidigungskunst. Jahrhundert eine wichtige Rolle in der universitären Rechtslehre, und C.J. Anton Mittelmeiers 1814 erschienenes Werk *Anleitung zur Vertheidigungskunst im deutschen Criminalprozeß* und in dem auf Öffentlichkeit und Geschwornengerichte gebauten Strafverfahren mit Beispielen wurde bis in die 1850er Jahre häufig veröffentlicht und verbreitet. Das einleitende Kapitel ist eine kurze Beschreibung der Strafprozessordnung, das zweite eine Auflistung möglicher Verteidigungstechniken und eine Beschreibung, wann diese anzuwenden sind, z. B. die wichtigsten Fälle der Verteidigung aufgrund von Ausschluss vom Gericht oder Verfahrensverstößen, das Nichtvorliegen einer Straftat (legitime Notwehr, Unzurechnungsfähigkeit, Unzurechnungsfähigkeit des Angeklagten usw.), die klugen Aspekte der Strafmilderung.

Jan Schröder, ein Forscher zu diesem Thema, weist in seinem Buch darauf hin, dass die Rangfolge der akademischen Fächer bis zum Ende des 17. Jahrhunderts keineswegs durch ihren Grad an Wissenschaftlichkeit bestimmt wurde, sondern durch ihren Nutzen für das Glück des Menschen, und dass, da das geistige Heil des Menschen am wichtigsten war, die Theologie an erster Stelle stand, gefolgt von der Medizin und schließlich der Rechtswissenschaft.⁸ Dies änderte sich mit der Hinwendung Kants zur Wissenschaft, und *Gustav Hugo* versuchte, die Rechtswissenschaft im Sinne der Wissenschaft zu konzipieren. Er versuchte, die intellektuelle Auseinandersetzung mit positiven und sich wandelnden Rechtsnormen einerseits mit der Philosophie und andererseits mit dem Studium der historischen Grundlagen zu verbinden und so zu einer wissenschaftlichen geistigen Tätigkeit

⁸ Jan SCHRÖDER: *Wissenschaftstheorie und Lehre der „praktischen Jurisprudenz“ auf der deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert* (Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann Verlag 1979) 142.

des Rechts zu gelangen. Aber er erkannte nur die Rechtsphilosophie und die Rechtsgeschichte als Wissenschaft an und überließ den Rest der früheren Jurisprudenz als Handwerk.

Savigny folgte Hugo aber er bemühte sich bereits in dem Rechtsdenken über das positive Recht um die Wissenschaftlichkeit der Rechts.⁹ Nach dem kantischen Wissenschaftsverständnis ergibt sich die Wissenschaftlichkeit aus der Tatsache, dass die Erkenntnis systematisch und logisch fundiert ist und notwendigerweise aus ihren Ursachen folgt. Im Falle des Rechts fehlte die Notwendigkeit aufgrund der Unwägbarkeiten des staatlichen Gesetzgebungsprozesses, und Savigny versuchte, die Willkür bei der Definition des Gegenstands auszuschließen, um das Studium des Rechts wissenschaftlich zu gestalten. Er erreichte dies, indem er hinter das willkürliche Gesetzesmaterial den beständigen Volksgeist und die daraus gebildeten systematischen Rechtsvorstellungen stellte und sie als eine Gegebenheit auffasste, die der Gesetzgeber nicht überschreiten konnte. Damit wurde die darauf aufbauende positive Rechtsmaterie und die damit befasste Rechtsprechung als Rechtswissenschaft möglich.

3. Das juristische Systemdenken als die neue Rechtswissenschaft

Zunächst ist es sinnvoll, zwischen der Rechtswissenschaft als einer intellektuell geordneten Menge von Sätzen und der Konzeption der eigentlichen Rechtsnormen als begriffliches System zu unterscheiden. Ursprünglich entstand die Schaffung von intellektuellen Sätzen als Sinnsystem in der Theologie Ende des 13. Jahrhunderts, im Wesentlichen aus doktrinären Gründen, und in den 1600er Jahren breitete sie sich auf das gesamte intellektuelle Leben aus, in der Jurisprudenz danach vor allem unter dem Einfluss von Samuel Pufendorf und dann Christian Wolff.¹⁰ Erst durch den Einfluss von Savigny und vor allem Puchta verbreitete sich in der ehemaligen praktischen Jurisprudenz der deutschen Kulturkreise seit Anfang des 19. Jahrhunderts der Gedanke, eine widerpruchsfreie Systematik im Recht selbst zu schaffen, die in eine Rechtswissenschaft umgewandelt werden sollte. (Obwohl die Tendenz zu einem systematischeren gedanklichen Zusammenhang in den *Ordonnances (ordonance)*, die in Frankreich als Reaktion auf die Bedürfnisse des französischen Absolutismus erlassen wurden und bestimmte engere Rechtsgebiete regeln sollten, dort bereits seit der zweiten Hälfte des 16. beobachtet werden konnte.¹¹) Die Ablösung der juristischen Topik durch das dogmatische Systemdenken vollzog sich also in zwei Stufen, deren erste die Verwandlung der intellektuellen Beschäftigung mit dem Recht in ein intellektuelles System war, und deren zweite der Ausgangspunkt für intellektuelle Impulse war, eine begriffliche Systematik im Recht selbst anzustreben. Nur zur Veranschaulichung: *Niklas Luhmann* sieht diese Transformation von einem "theoretisch-analytischen System" in ein "konkret-empirisches" System als ein allgemeines Phänomen in der historischen Entstehung aller gesellschaftlichen Teilsysteme und betont, dass die theoretische Konstruktion eines vorläufigen Systembildes und dessen Verbreitung in der zweiten Stufe in der jeweiligen Funktionssphäre die Regel ist und es daher müßig ist, in der modernen soziologischen Systemtheorie über "bloß" analytische versus

⁹ Siehe Jean Gaudemet: *Histoire et système dans la méthode de Savigny*. In ders.: *Sociologie historique du droit*. Presses Universitaires de France, Paris. 2000. 21-36. p.

¹⁰ Siehe Eric Wolf: *Grotius, Pufendorf Thomasius. Drei Kapitel zur Gestaltgeschichte des Rechtswissenschaft*. J. C. B. Mohr und Siebeck Verlag. Tübingen. 1927.

¹¹ Siehe John Dawson: *The Oracles of Law*. Ann Arbor. University of Michigan law School. 1968. 55-140. p.

konkrete Systemkonzeptionen zu diskutieren.¹² Um auf unser ursprüngliches Argument zurückzukommen: Der Versuch, den "allgemeinen Teil" bei der Kodifizierung der einzelnen Rechtsgebiete ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts zu schaffen und zu kodifizieren, und seine Schaffung in den großen Gesetzbüchern, die ab Anfang des 19. Jahrhunderts geschaffen wurden, stellten in der Tat den Übergang des rechtswissenschaftlichen (zunächst juristische Ausbildungs-) Systems zum operativen Recht und damit die Verwirklichung des Rechtssystems dar.

Während die Entstehung der Rechtsphilosophie als Disziplin aus den Systemen des Naturrechts und des rationalen Rechts den Untersuchungsgegenstand in der Analyse der allgemeinen Prinzipien und Fragen des Rechts zusammen mit philosophischen, moralischen und ethischen Fragen behielt, entwickelte sich parallel dazu eine andere intellektuelle Tendenz, die die Diskussion naturrechtlich-ethischer Fragen mehr in das Innere des Rechts verlagerte und versuchte, den Gesamtzusammenhang des Rechts im Lichte der dort auftretenden Fragen zu untersuchen. Diese Denkrichtung entwickelte sich im Gefolge von Gustav Hugo, Savigny, Puchta und Jhering und wurde neben der seit Kant und Hegel etablierten Linie der Rechtsphilosophie bis zum Ende des 19. Jahrhunderts zum Ausarbeiter der Inhalte und inneren Themen der allgemeinen Rechtstheorie. Auf dieser Linie nannte Jherings Schüler *Adolf Merkel* die Lehre von den übergreifenden Fragen des Rechts *allgemeine Rechtslehre*, und in der Folge verwendete *Julius Bergbohm* in seinem 1892 erschienenen Werk gegen die traditionelle (naturrechtliche) Rechtsphilosophie abwechselnd diese Bezeichnung und *allgemeine Rechtstheorie* weiter, und so wurde sie im 20. Jahrhundert verbreitet. Schauen wir uns diese Zeile nun genauer an.

Ausgehend vom Naturrecht über die Rechtsphilosophie begann Gustav Hugo Ende der 1790er Jahre mit der Entwicklung einer allgemeinen Theorie des Rechts als positives Recht, der Rechtstheorie. Welches waren die gedanklichen Elemente in Hugos Theorie, die ihn in diese Richtung führten? Hugo, inspiriert von der historischen Perspektive des großen Werkes von Montesquieu, brach zunächst mit der vorherrschenden Haltung seiner Zeit, die das römische Recht mit dem darüber hinausgehenden deutschen Recht ohne historisches Bewusstsein verwechselte und im Lichte praktischer Rechtsprobleme diskutierte, und versuchte, dieser Verwechslung durch eine theoretische Trennung von Rechtsgeschichte und gültigem und rechtskräftigem Recht zu begegnen. Letzteres - die Erfassung des in einem Staat geltenden Rechts - war noch nicht ganz erreicht, und er bezog in das materielle Recht sowohl "Rechtswahrheiten" - in dem später gebräuchlichen Begriff: Rechtsnormen - als auch rechtswissenschaftliche Ideen ein (d.h. die Unterscheidung zwischen "de lege lata" und "de lege ferenda", die sich nach dieser Trennung durchsetzte, war in Hugos Schriften noch nicht klar!) Im Zuge der Ausarbeitung seiner Theorie (ca. im Zuge der Entwicklung seiner Theorie etwa zwischen 1785 und 1820) unterscheidet Hugo in seinem Kampf gegen die "Universalgültigkeit" des Naturrechts und auf der Suche nach den Bedingungen des in den verschiedenen Ländern geltenden Rechts im Rahmen einer "positiven Rechtsphilosophie" eine "philosophische Rechtsphilosophie" im engeren Sinne und eine "dogmatische Rechtsphilosophie" und er analysiert beide rechtsgeschichtlich und nicht deduktiv als naturrechtliche Definitionen. Er definiert "philosophische Rechtsphilosophie" als die Gewinnung von Wissen aus Begriffen, die er jedoch nicht als apriorische Begriffe, sondern als aus der empirischen historischen Realität abgeleitete Begriffe begreift. Er unterteilt die "dogmatische Rechtsphilosophie" in zwei Teile, eine empirisch-dogmatische Rechtsphilosophie und eine theoretisch-dogmatische Rechtsphilosophie. Der eine Teil besteht darin, zu untersuchen, welche realen Rechtswahrheiten (= Rechtsnormen) in verschiedenen

¹² Siehe Niklas LUHMANN: „Rechtstheorie im interdisziplinären Zusammenhang“ In: Niklas LUHMANN: *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. (Frankfurt am Main: Suhrkamp 1981) 191–241.

Ländern zu verschiedenen Zeiten existierten und welche Wirkungen sie unter den spezifischen Bedingungen der jeweiligen Zeit und des jeweiligen Ortes hatten. (*Annette Brockmüller* stellt zu Recht fest, dass es sich hierbei um eine der ersten klaren Formulierungen des späteren rechtssoziologischen Ansatzes handelt¹³). Der andere Teil, die theoretisch-dogmatische Rechtsphilosophie, ist derjenige, aus dem sich später das Thema der modernen Rechtstheorie entwickelt hat.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Hugo nicht vom Naturrecht seiner Zeit zu einer Rechtsphilosophie im gleichen Geist übergegangen ist, sondern bewusst den Namen "positive Rechtsphilosophie" gewählt hat und im Laufe seiner Theorie die Themen der modernen Rechtstheorie (Rechtsbegriff, Rechtsquellen, Trennung des geltenden Rechts von der Rechtsgeschichte usw.) in seinen Schriften immer weiter entwickelt hat.

Carl Friedrich von Savigny setzte in seinem wissenschaftlichen Werk ab 1802 im Wesentlichen den bereits von Hugo eingeschlagenen Weg fort und verengte und vertiefte die von ihm in mehreren Richtungen vollzogene Abkehr von der traditionellen naturrechtlichen und rechtsphilosophischen Betrachtungsweise hin zu einem eigenständigeren Verständnis von Recht und Jurisprudenz. Und zwar so erfolgreich, dass Hugo zwar als der Größte seiner Zeit galt und von Savigny selbst immer als solcher angesehen wurde, aber gegen Ende des Jahrhunderts wegen des Einflusses von Savignys Ansichten fast völlig vergessen war. Im Zuge seiner Korrekturen entwickelte Savigny eine rechtsgeschichtliche Sichtweise, die an den Geist der Menschen des jeweiligen Landes anknüpfte, und, für unser Thema besonders wichtig, seine Konzentration auf die Systematik des Rechts und damit seine Erkenntnis der Bedeutung der Rechtsdogmatik. Während für Hugo die Rechtsgeschichte die Rolle eines bloßen Exemplars spielte, das die unterschiedlichen Auswirkungen der Umsetzung verschiedener rechtlicher Lösungen unter verschiedenen historischen Bedingungen veranschaulichte, ist für Savigny die Rechtsgeschichte, wie die Geschichte insgesamt, als Entwicklungsgeschichte, als Feld langfristiger Tendenzen formuliert.

Eine weitere Abweichung von Hugo ist der systematische Charakter des Rechts. Hugo verfolgte die Systematik nur in der Rechtswissenschaft - in der Philosophie des positiven Rechts und seiner inneren Teile -, überließ aber das Recht selbst der praktischen Jurisprudenz des Handwerks, wie sie jahrhundertlang in der praktischen, zielgerichteten Pflege des römischen Rechts üblich war. Savigny hingegen sah es als seine Hauptaufgabe an, die Ordnung im Recht selbst zu erforschen und sie durch die Rechtswissenschaft zu schaffen. So wurde die Rechtsdogmatik für Savigny als Entwickler der Begriffe und Kategorien des widerspruchsfreien Rechts von zentraler Bedeutung, und er verwirklichte in seinem Werk nach und nach sowohl die Idee des widerspruchsfreien Rechts, das auf der Rechtsdogmatik beruht, als auch die Verknüpfung der Rechtswissenschaft, die um diese Aufgabe der Rechtsdogmatik herum organisiert ist.

4. Die Umwandlung der Rechtsdogmatik in eine Sozialwissenschaft

Die Anfänge der neben dem rechtsdogmatischen Systemdenken entstandenen sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft gehen auf *Rudolf von Jhering* zurück, der, nachdem er 1852 den ersten Band seines dreibändigen Werkes "*Geist des römischen Rechts*" als Höhepunkt des damaligen rechtsdogmatischen Denkens begonnen hatte, in den 1860er Jahren den letzten Band als Pionier der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft

¹³ BROCKMÖLLER, 58.

vollendete. In den 1870er Jahren entwickelte er in seinem Hauptwerk „*Der Zweck im Recht*“ eine soziale Theorie des Rechts und machte sich systematisch daran, eine neue Rechtsauffassung zu entwickeln. Diese wurde in vielerlei Hinsicht zur Inspiration für die Entwicklung der soziologischen Theorie seit Jherings Tod 1892, kann aber aus Sicht der engen Rechtstheorie als erste Theorie des Rechts angesehen werden, die als sozialtheoretisches Tableau entworfen wurde. Wenige Jahrzehnte später, im Jahr 1913, prägte *Eugen Ehrlich*, aufbauend auf den Ergebnissen der bereits aufkeimenden Sozialwissenschaften und der Soziologie, den Begriff "Rechtssoziologie" und entwickelte etwa zeitgleich mit der umfassenden Sozialtheorie Max Webers, einschließlich seiner Staats- und Rechtssoziologie, eine sozialwissenschaftliche Konzeption des Rechts. Gleichzeitig wurde Arthur Nussbaum durch sein Programm zur Erforschung von Rechtstatsachen bekannt und zu einem Wegbereiter der späteren empirischen sozialwissenschaftlichen Rechtsforschung. Die Rechtssoziologie und im weiteren Sinne die sozialwissenschaftliche Betrachtung des Rechts, die sich ursprünglich im deutschsprachigen Raum entwickelt hatte, wanderte daraufhin in die Vereinigten Staaten, wo sie um die Erforschung neuer Rechtsphänomene erweitert wurde, etablierte sich aber auch in mehreren europäischen Ländern. Schauen wir uns diesen Prozess genauer an.

4.1. Jherings sozialwissenschaftlicher Ansatz zum Recht

Jhering hat sich in einer eigenen Studie mit der Problematik der Rechtswissenschaft - d.h. ihrer zweifelhaften Übereinstimmung mit den Kriterien eines wissenschaftlichen Ethos - beschäftigt. Hier möchte ich jedoch seine sozialwissenschaftliche Theorie des Rechts selbst vorstellen und davon ausgehend den von ihm eingeschlagenen Weg zur Sozialwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft analysieren.

Jhering, der als römischer Jurist begann, hatte seine gedankliche Zentriertheit auf die Rechtsbegriffe bis zu seinem zweiten Hauptwerk „*Der Zweck im Recht*“ Anfang der 1870er Jahre immer mehr zu einem allgemein gesellschaftstheoretischen Begriffsrahmen ausgebaut. Dies hatte unter anderem zur Folge, dass die Rolle des Staates in seinem Denken in den Mittelpunkt rückte, wobei seine mehrjährigen Aufenthalte in Wien (1868-1872) bei der Entwicklung dieses konzeptionellen Rahmens eine Rolle gespielt haben könnten. Erst im intellektuellen Klima Wiens wurde die Betonung der Rolle des Staates und der zentralen Gesetzgebung im Recht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts im gesamten deutschen Kulturraum zentral. (Z.B. wurden hier statt deutscher juristischer Fakultäten Staats- und Rechtsfakultäten und juristische Disziplinen eingerichtet!). Jherings Offenheit für neue intellektuelle Impulse zeigte sich auch in einem Aufsatz des jungen ungarischen Juristen *Gusztáv Schwarz*, und er hebt in seiner späteren Studie über Jhering und sein Lebenswerk Wien als das intellektuelle Umfeld hervor, in dem die neue Idee entstand.¹⁴ Jedenfalls tritt in der Beschreibung des ersten Bandes von "Zweck..." die für das Funktionieren der Gesellschaft notwendige Zwangsgewalt, der Staat, im Laufe der geschichtlichen Entwicklung immer mehr an die Stelle des spontanen und zerstreuten individuellen und kleingemeinschaftlichen Zwangs, und die zunächst privat organisierten und auf einfachem Niveau ausgeübten Funktionen der in der Gesellschaft lebenden menschlichen Gemeinschaften (auch dafür verwendet Jhering den Begriff "Zweck"!) werden ab einer bestimmten Entwicklungsstufe

¹⁴ SCHWARTZ Gusztáv: „Jhering Rudolf és műve“ in SCHWARTZ Gusztáv: *Új irányok a magánjogban* (Budapest: Athenaeum 1911) 316-317.

vom Staat übernommen.¹⁵ In der Endperspektive werden alle Funktionen der Gesellschaft vom Staat wahrgenommen: "Wenn der Schluss von der Vergangenheit auf die Zukunft gerechtfertigt ist, wird der Staat am Ende aller Dinge alle gesellschaftlichen Zwecke in sich aufgenommen haben."¹⁶ Da die Gesellschaft bereits jetzt nur noch als Weltgesellschaft verstanden werden kann - eine Tasse Tee enthält die gesamte Produktion Chinas und Indiens, den Welthandel, den Geldkreislauf usw. usw. - gibt es einen Expansionsdruck unter den Staaten, die die Zwänge einer regional begrenzten Weltgesellschaft bewältigen, und die Geschichte bewegt sich perspektivisch auf die Entstehung eines Weltstaates zu, so Jhering. Daher wird ein Staat, der immer mehr gesellschaftliche Funktionen übernimmt, schließlich als Weltstaat und Weltgesellschaft unter totaler staatlicher Organisation bezeichnet werden.¹⁷

Dieser neue staatstheoretische und sozialtheoretische Hintergrund bildet den Schwerpunkt von Jherings neuem Rechtsbegriff. Der Zwangsstaat ist ein immer wichtigerer Bestandteil des Funktionierens der Gesellschaft, und das Recht ist nichts anderes als die normative Zwangsordnung der Gesellschaft. Recht ist hier nicht mehr in erster Linie eine Begriffspyramide, wie sie der in der Widmung des ersten Bandes von „Geist....“ prominente Meister Georg Friedrich Puchta verstand, sondern der Zwang des Staates selbst: "Recht ist der Inbegriff der in einem Staat geltenden Zwangsnormen".¹⁸ Und um den großen Wandel in Jherings Rechtsauffassung zu erkennen, sei darauf hingewiesen, dass er im Gegensatz zur Position seines 1858 erschienenen Bandes „Geist...“, der die pluralistische rechtssoziologische Grundlage des Rechts darlegte, nur noch solche Normen als Recht ansieht, die im Alltag umgesetzt und durch staatlichen Zwang abgesichert werden: "Selbst wenn sie tatsächlich im Leben noch so unverbrüchlich befolgt werden, sind sie kein Recht".¹⁹ Ebenso können die Normen, die man Völkerrecht nennt, nicht wirklich als Recht, sondern nur als moralische Forderungen angesehen werden, da ein umfassender Weltstaat dies nicht durchsetzen kann, und die Existenz der Größe der Gewalt kann hier nur eine Garantie sein, aber dann ist es keine Frage des Rechts mehr, sondern der Macht. So rückt der Staat in den Mittelpunkt von Jherings Denken, und das Recht wird als Instrument der Zwangsgewalt gesehen, das sich zu einem totalen Staat entwickelt, der die Gesellschaft zunehmend organisiert. Aber natürlich ist das Recht nicht nur das Unterwerfungsinstrument des Staates, sondern auch sein Disziplinierungsinstrument. Die hemmungslose und willkürliche Gewaltanwendung des Staates, wie wir sie seit Beginn der Geschichte kennen, wird durch das Recht gebändigt, und der immer umfangreichere Zwangsstaat wird mehr und mehr zu einer durch das Recht disziplinierten Zwangsgewalt.

Eine weitere Konsequenz des sozialtheoretischen Aufbruchs von Jhering ist, dass er den individualistischen Ausgangspunkt des römischen Rechts verwirft und eine methodologisch kollektivistische Position einnimmt. Die Tatsache, dass rechtliche Bestimmungen dem Einzelnen formell Rechte verleihen und Pflichten auferlegen, ist aus wissenschaftlicher Sicht nur ein Mittel für den Einzelnen, der nur durch seine Gemeinschaft leben kann, um durch sein individuelles Handeln die Zwecke und Funktionen der Existenz der Gemeinschaft zu schaffen. Ebenso sind die Normen der Moral und der Sitte außerhalb dem Recht, obwohl sie sich an das Individuum richten, um der Aufrechterhaltung der Gesellschaft willen: "...alle drei haben die Gesellschaft die Zwecksobjekt, nicht das Individuum. Mit Rücksicht auf diesem Zweck nenne ich sie gesellschaftliche Imperative".²⁰ Der Staat ist der Verwahrer der

¹⁵ Rudolf von JHERING: Der Zweck im Recht. Erste Band. (Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel 1893) 306.

¹⁶ JHERING, 307.

¹⁷ JHERING, 311.

¹⁸ JHERING, 320.

¹⁹ JHERING, 323.

²⁰ JHERING, 331.

kollektiven Gesellschaft, und so treten der Staat und seine Gesetzgebung in Jherings neuer Rechtsauffassung nicht nur an die Stelle der juristischen Begriffswelt der Rechtswissenschaft, sondern verändern auch die Ausrichtung des Rechts auf die Individuen und die Art und Weise, wie es ihnen Rechte und Pflichten zuweist. Die rechtlichen Normen richten sich in erster Linie nicht an Einzelpersonen sondern an die staatlichen Organen und gerade das unterscheidet sie von den Normen der Moral und der Sittlichkeit, die zwar auch für Millionen von Individuen die lebensnotwendigen Bedürfnisse des gesellschaftlichen Kollektivs vermitteln, aber nicht unter dem Druck des Staates in ihrem Handeln umgesetzt werden. Aus formaljuristischer Sicht, d.h. nur aus der engen Funktion des Rechts, ist die Umsetzung des Rechts durch die staatlichen Behörden im Einzelfall wichtig und die Umsetzung der Normen in das Handeln der Bürger nur sekundär, obwohl sich aus vollsoziologischer Sicht auch die Bedeutung der tatsächlichen Umsetzung dieser Rechtsnormen in das Handeln der Individuen ergibt: "Alle gesetzlichen Imperative ohne Ausnahme sind in erster Linie an die Behörde gerichtet: das gesamte Civilgesetzbuch, das Strafgesetzbuch, alle Finanz-, Polizei-, Militär- u.s.w. Gesetze und Vergordnungen, es sind lauter Regulative für die Handhabung der staatlichen Zwangsgewalt."²¹

In der geschichtlichen Entwicklung Europas hat sich das Zwangsrecht des Zwangsgewaltstaates jedoch in mehreren Phasen zunehmend zu einer Form entwickelt, in der die willkürlichen Befehle der ehemals unbeschränkten Staatsgewalt für den Einzelfall erst in verbindliche Regeln für eine Masse von Fällen umgewandelt wurden, als die Staatsgewalt nicht mehr für den Einzelfall, sondern abstrakt für eine Gruppe von Fällen vorschrieb, was legitimes und verpflichtendes Handeln ist. Nach der römischen Rechtsgeschichte wurde dies nicht durch eine Vielzahl einzelner kaiserlicher Reskripte, sondern durch das Leben erzwungen, denn nur so konnte der Staat seine rechtlichen Gebote für Millionen von Untertanen bestimmen, und so kam das System der Zwangsnormen durch den Egoismus der Staatsmacht der wahren Form des heutigen Rechts näher: "Das eigene Interesse trieb die Gewalt, der unvollkommeneren Form die vollkommeneren Form: die des abstrakten Imperativs zu substituieren. Der Egoismus leitet die Gewalt unbemerkt in die Bahn des Rechts".²² In diesem Stadium ist das Recht jedoch immer noch nur in eine Richtung verbindlich, nämlich in die der Untertanen, und die Staatsmacht, die Rechtsnormen erlässt, ist selbst nicht an ihr eigenes Recht gebunden, sie ist immer noch ein Staat der Despotie, auch wenn sie diszipliniert ist. Bereits an dieser Stelle zeigen sich die Rechte des Einzelnen im subjektiven Sinne, d.h. was er innerhalb der abstrakt auferlegten Rechtsnormen tun kann, welche Handlungsfreiheit er hat, aber diese gewährten Handlungsfreiheiten sind noch sehr gering und können jederzeit widerrufen werden.²³ In der dritten Stufe wird das Recht in beide Richtungen verbindlich, wenn es nicht nur für die Bürger, sondern auch für die Behörden, die es erlassen, verbindlich ist und wenn die Rechte der Subjekte voll entwickelt sind.

Das Motiv für die Entwicklung der dritten Stufe ist dasselbe wie das, das in der zweiten Stufe die Selbstdisziplin förderte und das Recht von individuellen Anordnungen in eine Reihe von Rechtsnormen verwandelte, die wie eine Schnur erlassen wurden. Denn es liegt im Eigeninteresse der auf Dauer angelegten Staatsgewalt, die von ihr selbst auferlegten Normen nicht willkürlich zu überschreiten, weil so die einzelnen Menschen den erlassenen Rechtsnormen vertrauen, ihr Leben planen und effektiver handeln können. Auf diese Weise wird die durch die Staatsmacht repräsentierte Kollektivität und damit der Staat letztlich stärker sein. Die weitsichtige Selbstdisziplin des Staates, der Gewalt anwendet, ist ein Recht, das als für ihn selbst verbindlich anerkannt wird, und von dem er selbst erst abweichen wird, wenn er sich verändert hat: "Das Recht ist die wohlverstandene Politik der Gewalt - nicht die

²¹ JHERING, 338.

²² JHERING, 347.

²³ JHERING, 353.

kurzsichtige Politik des Augenblicks, des momentanen Interesses, sondern die weitsichtige Politik, die in die Zukunft blickt und das Ende bedenkt".²⁴ Die Garantie für die wirksame Beibehaltung des bilateral verbindlichen Rechts durch den Staat ist dann das in der Masse der Bürger entwickelte Rechtsempfinden, durch das die in der Gemeinschaft sozialisierten Menschen instinktiv spüren, was in der jeweiligen Situation legitim und verbindlich ist, andererseits kämpfen sie für ihre individuellen Rechte, die nun de facto zu Subjektrechten geworden sind und die sich aus den Gesetzen des Staates ergeben, auch wenn der Rechtsweg mehr Kosten und mehr Kampf bedeuten kann als das Recht, das sie damit für sich selbst anerkennen (der Kampf um das Recht!). Andererseits ist die Trennung der beruflichen Gerichtsbarkeit von den staatlichen Behörden eine Garantie für die Unterordnung des Staates unter das Recht. Die Behörden selbst schaffen und ändern zwar die gesetzlichen Vorschriften unter Berücksichtigung der Anliegen, Ziele und Funktionen der Gesellschaft als Ganzes, aber sie betrachten sie nicht als sakrosankt! -, während die Justiz nur die Aufgabe hat, die gesetzlichen Vorschriften einzuhalten, und solange die erlassenen Vorschriften nicht förmlich geändert werden, muss sie die Behörden zwingen, sie einzuhalten. Die von den anderen Hauptorganen des Staates unabhängige Justiz ist somit die Grundlage einer bilateral verbindlichen Rechtsstaatlichkeit, die durch die Gewährleistung der Unabsetzbarkeit der einzelnen Richter, des Wahlheimnisses und einer angemessenen, gesetzlich garantierten Vergütung erreicht werden kann.²⁵

Die bisherige Analyse in Jherings neuer Rechtskonzeption hat die Entwicklung der äußeren Form des Rechts, seine Umwandlung von einem individuellen Befehl in eine Norm und dann die Unterordnung unter das Recht des Staates gezeigt, der die staatliche Zwangsordnung des Rechts betreibt und damit eine subjektive Rechtsdimension für die Individuen schafft, ihre Sedimentierung in den Rechtssinn und die Schaffung einer von den staatlichen Behörden unabhängigen Berufsgeschäftsbarkeit als weitere Garantie. Die andere Seite dieses Rechtsbegriffs, nämlich der Inhalt des Rechts, ist die Analyse dessen, was den Rechtsinhalt bestimmt. Ist es möglich, ein allgemeines Theorem zu formulieren, das eine Antwort auf den Inhalt des Rechts in jeder Gesellschaft geben kann? Jherings erster Schritt in diese Richtung besteht darin, mit der These von der einheitlichen Unterordnung des intellektuellen Inhalts unter das Kriterium der theoretischen Wahrheit zu brechen, einer These, die die Forschung der Rechtsgelehrten und Rechtswissenschaftler seit Jahrhunderten begleitet hat und die zu einer Zeit, als das Naturrechtsdenken um 1700 dominierte, im Recht die ewigen und unveränderlichen Elemente zu identifizieren suchte, die für die Wissenschaft notwendig sind, eben wegen des ewigen Charakters des Naturrechts. Aber andererseits war Jherings Annahme von einfachen logischen Schritten mit Rechtsbegriffen und Prinzipien im Recht in seiner früheren Denkperiode implizit davon geleitet, und die Idee einer echten "natürlichen Rechtswissenschaft" wurde für ihn dadurch geboren. Nun aber brach er damit, weil er zu der Einsicht kam, dass Wahrheit nur in Bezug auf den Inhalt der menschlichen Erkenntnis postuliert werden kann, dass aber im Gegensatz zur reinen Erkenntnis *das Handeln niemals in Bezug auf die Wahrheit, sondern in Bezug auf seinen Zweck bewertet werden kann*. Mit anderen Worten: Ist es im Hinblick auf die Erreichung des Ziels zweckmäßig und führt es wirklich zum Ziel? Während die Wissenschaft eine allgemeine Form der menschlichen Erkenntnis ist und somit die Wahrheit das Maß und die Bewertung der theoretischen Erkenntnis ist, bewegen sich die Normen des Rechts in der Dimension der Handlungen, und *der Inhalt der Normen kann somit nicht nach der Wahrheit, sondern nach der Zweckmäßigkeit beurteilt werden*. In verschiedenen Gesellschaften, in verschiedenen Zeitabschnitten können die Ziele von Individuen und menschlichen Gemeinschaften nur Ziele

²⁴ JHERING, 378.

²⁵ JHERING, 405.

unter den gegebenen Umständen sein, so dass der Inhalt von Rechtsnormen immer relativ ist, bestimmt durch die Ziele der menschlichen Gemeinschaft, die unter den gegebenen Existenzbedingungen des Zeitraums lebt.²⁶

Nach dieser Klärung fragt Jhering, in welcher Richtung es denn möglich sei, nach den Zwecken zu suchen, die hinter dem Recht jeder Gesellschaft stehen, und zumindest eine allgemeine These für die Richtung der Suche zu geben. Seine Antwort lautet, dass alle Institutionen der Gesellschaft zu dem Zweck existieren und funktionieren, das Leben der menschlichen Gemeinschaft der Gesellschaft (und der Individuen in dieser Gemeinschaft) zu sichern, und dass das Recht als zu erreichendes Ziel immer die Sicherung jener Lebensbedingungen in der Gesellschaft betont, die die Zwangsgewalt des zentralisierten Staates erfordern: "Ich definiere Recht als die Form der Sicherung der Lebensbedingungen der Gesellschaft, die durch die Zwangsgewalt des Staates vermittelt wird."²⁷ Diese Bedingungen ändern sich ständig mit den möglichen Veränderungen der natürlichen Existenzbedingungen, aber die Geschichte hat gezeigt, dass, nachdem sich die Lebensbedingungen der primitiveren menschlichen Gemeinschaften auf bloße Nahrung und Kleidung reduziert haben, die fortgeschritteneren Gemeinschaften zunehmend festgestellt haben, dass neben den physischen Lebensbedingungen auch geistige, kulturelle und religiöse Aktivitäten unverzichtbar sind, und dass diese Lebensbedingungen auch Teil der Lebensbedingungen der Gesellschaft sind. Ebenso sind für jedes Individuum auf dieser höheren Ebene neben Essen, Trinken und Kleidung die Bereitstellung und der Schutz von Ehre, Liebe, sinnvoller Tätigkeit usw. usw. unabdingbar.

Diese bilden die Gesamtheit der Lebensbedingungen, die die Ziele der menschlichen Gemeinschaft einer jeden Gesellschaft bestimmen, von denen das Recht aber nur diejenigen Lebensbedingungen als zu erreichende Ziele einschließt, die die Zwangsordnung des Staates erfordern, der die Gewalt in der Gesellschaft ausübt. Welche sind das, und wie ist das allgemeine Verhältnis zwischen der Verteilung derjenigen, die eine Zwangsmaßnahme benötigen, und derjenigen, die keine Zwangsmaßnahme benötigen? Um diese Frage zu beantworten, teilt Jhering die Existenzbedingungen in drei Kategorien ein: einige, die vollständig außerhalb des Rechts erfüllt werden können, einige, die mit Rechtshilfe erfüllt werden können, und einige, die nur durch den Staat und sein Zwangsrecht erfüllt werden können. Der erste Bereich ist derjenige, der dem Menschen bereits von Natur aus eingepflanzt ist, so dass diese Ziele, die für die Existenz der Gesellschaft notwendig sind, von den einzelnen Menschen ohne jeden äußeren Impuls oder Zwang verwirklicht werden. Das ist der dem Menschen eingepflanzte Instinkt zur Lebens- und Arterhaltung, der dem Einzelnen nicht durch Zwangsrecht aufgezwungen werden muss, obwohl auch hier ausnahmsweise staatliche Normen entstehen, z.B. die Bestrafung von Unehelichkeit und Kinderlosigkeit zur Erzeugung von Nachwuchs, der für die militärische Kraft, die die Stärke der Gemeinschaft ist, notwendig ist, oder die Bestrafung von Selbstmord bei Versagen des Instinkts zur Lebenserhaltung. Der zweite Bereich, der im Wesentlichen auf Freiwilligkeit der Menschen beruht, aber rechtlicher Unterstützung bedarf, sind die Bereiche Arbeit und Handel, in denen der Selbsterhaltungstrieb und der darauf aufbauende Erwerbstrieb die Grundlage bilden, die aber ohne die Vorgaben von Rechtsnormen nicht ungestört sein könnten. Wenn jedoch beispielsweise der Handel gut konzipiert ist und der Wettbewerb in einem bestimmten Bereich funktioniert, dann wird die Kontrolle des menschlichen Erwerbstriebes zu besseren Ergebnissen führen, als den Händlern durch staatlichen Zwang etwas aufzuzwingen. Mit anderen Worten: Die gesetzliche Regelung sollte hier eher die Wettbewerbsbedingungen vorsehen und den Rest dem Egoismus der einzelnen Gewerbetreibenden überlassen.²⁸ Schließlich sind die Lebensbedingungen, die nur

²⁶ JHERING, 439.

²⁷ JHERING, 443.

²⁸ JHERING, 459.

durch den Staat und sein Zwangsrecht aufrechterhalten werden können, die Zwecke, die in den Beziehungen zwischen den Menschen die Tötung oder Verwundung eines anderen im Streit, die unentgeltliche Aneignung fremder Güter, die Nichtzahlung von Steuern an den Staat zur Aufrechterhaltung der gemeinsamen Angelegenheiten der Gemeinschaft usw. ausschließen müssen. So muss das, wozu der Einzelne keinen inneren Anreiz hat, ohne das aber die Gesellschaft nicht existieren könnte, von den rechtlichen Zwängen des Staates aufgegriffen und in die Praxis umgesetzt werden. Hier finden sich der Zweck des Gesetzes und die Ziele, die hinter bestimmten Rechtsvorschriften stehen.

Um die dem Recht zugrunde liegenden Zwecke in ein umfassendes Schema zu bringen, interpretiert Jhering zunächst den in der Rechtswissenschaft etablierten Begriff der Rechtssubjekte, die Träger von Rechten sind, um und ersetzt ihn durch Zweckssubjekte, die die Bedingungen für das Leben in der Gesellschaft schaffen. Neben den Individuen (natürliche Personen) und den Vereinen, Kirchen und dem Staat (juristische Personen) führt er die Kategorie der Gesellschaft als Zweckssubjekt ein, die ein unbestimmtes Ganzes darstellt, und sieht alle Institutionen und rechtlichen Bestimmungen des Rechts um diese fünf Subjekte herum organisiert: "Das ganze Recht beruht auf den fünf Zweckssubjekten; sie sind die persönlichen Zweckzentren des ganzen Rechts, um die sich alle Institutionen und Bestimmungen desselben gruppieren. Das ganze Leben der Gesellschaft stellt sich in den Beziehungen, Zwecken, Aufgaben dieser fünf Zweckobjekte dar; es ist das für die Ewigkeit gültige Zweckschema des Rechts."²⁹ Mit dieser Änderung erscheinen die Rechtsvorschriften nicht als Rechte und Pflichten der Rechtssubjekte, sondern als Mittel zur Verwirklichung der Lebensbedingungen der Gesellschaft, und die Rechtssubjekte sind nicht die Träger des Rechts, sondern die Arbeiter an den Lebensbedingungen der Gesellschaft (Statt "Zweck-Subjekte" könnten wir unsere modernen Begriffe verwenden, um Jherings Idee auszudrücken, und eher über die "Funktionseinheiten" der Gesellschaft sprechen.) Zu beachten ist auch, dass Jhering später die fünf auf drei reduziert und die Grundkategorien des Rechts um die Zweckssubjekte der Gesellschaft, das Individuum und den Staat, die Vereinigungen um die privaten Vereinigungen, die Funktionen (Zwecke) der Kirchen um den Staat ordnet. Die rechtlichen Kategorien der Verfügung über Sachen (Eigentum, Stiftungen, Leibeigenschaft) und die Kategorien der Pflichten und Verpflichtungen zwischen Individuum, Staat und Gesellschaft (privatrechtliche Pflichten und staatliche Pflichten) werden in Bezug auf diese drei großen Funktionseinheiten für die Bereitstellung der Lebensbedingungen der Gesellschaft analysiert; der Bereich der Straftaten wird dann in Bezug auf die Verletzung von Rechtsnormen, die die Lebensbedingungen der Gesellschaft darstellen, analysiert.

1) *Eigentum und Leibeigenschaft*, die rechtlichen Kategorien der Verfügung über Sachen, sind die Mittel zur Sicherung der wirtschaftlichen Lebensbedingungen in der Gesellschaft, und ohne eine der beiden Formen des individuellen Eigentums, des staatlichen Eigentums oder des gesellschaftlichen Eigentums könnte die Gesellschaft nicht harmonisch existieren. Wenn z. B. die Nutzung von Straßen, Brücken usw. nicht in gesellschaftlichem Eigentum stünde und das individuelle Eigentum dies regeln würde, wäre eine gemeinschaftliche Interaktion unrentabel und müsste daher in gesellschaftlichem Eigentum stehen. Ebenso kann der Staat seine Aufgaben für die Gesellschaft als Ganzes nur erfüllen, wenn er über die Mittel und das Eigentum dazu verfügt. Mit anderen Worten: Alle drei Formen des Eigentums sind für das Funktionieren der Gesellschaft unerlässlich. Die Ausrichtung der Stiftung auf die Gesellschaft als unbestimmten Personenkreis - dem jeder ohne Einschränkung angehört - stellt eine weitere rechtliche Kategorie der Verfügung über Sachen dar, und diese Ausrichtung auf jedermann unterscheidet sie von einem Verein, der nur für eine bestimmte Gruppe von Mitgliedern tätig ist. Gerade bei gemeinnützigen Stiftungen

²⁹ JHERING, 465.

tritt dieser Charakter von Stiftungen hervor, aber auch bei anderen Stiftungen gibt es immer eine Form der Ausrichtung auf die Gesamtgesellschaft, z.B. durch die Vergabe eines Stipendiums, den Betrieb einer Gemäldegalerie, einer Bibliothek, einer Universität usw., von der über das Erfordernis eines Zulassungs- und Benutzungsstopps hinaus niemand ausgeschlossen werden kann, der zu der betreffenden sozialen Gruppe gehört.

2) Jhering fasst die Rechtskategorien der *Verbindlichkeit* weit und betrachtet neben dem Schuldrecht, das in der Regel dem Privatrecht zuzuordnen ist, auch das Schuldverhältnis zwischen Staat und Individuum als eine Unterkategorie davon. Von den drei Zielgruppen (oder, wie man heute sagt, Funktionseinheiten) hat sich der Begriff "Schuldverhältnisse" für rechtliche Bindungen zwischen Personen aufgrund freiwilliger Verpflichtungen durchgesetzt, und dies ist der Bereich des Privatrechts. Wenn aber der Staat in Rechtsverhältnisse eintritt, die durch eine solche Selbstverpflichtung begründet sind, wird auch er, vertreten durch das Finanzministerium, zum Privatrechtssubjekt. Nur wenn der Staat einen bestimmten Zweck für die Gesellschaft als Ganzes verfolgt und zu diesem Zweck mit dem Einzelnen interagiert, entstehen Verpflichtungen öffentlich-rechtlicher Art, die keine privatrechtlichen Verpflichtungen sind, z. B. die Zahlung von Steuern, und die Durchsetzung dieser Verpflichtungen erfolgt nicht im Wege eines privatrechtlichen Rechtsstreits, sondern durch andere rechtliche Verfahren. Jhering unterscheidet zwischen den deutschen Begriffen "Verpflichtung" und "Pflicht", die inhaltlich mit "freiwillige private Verpflichtung" und "Bürgerpflicht" gegenüber dem Staat interpretiert werden können. Er führt auch das Beispiel an, dass eine freiwillige privatrechtliche Verpflichtung dadurch in eine staatsbürgerliche Pflicht umgewandelt wird, dass die privaten Parteien vor Gericht über eine vertragliche Verpflichtung streiten, so dass nach einem rechtskräftigen Urteil die streitende Partei nun eine staatsbürgerliche Pflicht hat, die streitige private Verpflichtung zu erfüllen (die Verpflichtung ist zu einer Pflicht geworden!), und der Staat somit bereits gezwungen ist, sie durchzusetzen.

3) Im Bereich der Straftaten analysiert Jhering zunächst die Unzulänglichkeit der bestehenden Definitionen von Straftaten. Die gängige Definition einer Straftat als eine mit Strafe bedrohte Handlung der öffentlichen Gewalt, also als eine Handlung, die gegen das Strafrecht verstößt, hält er zwar nach wie vor für richtig, doch gibt dies nur die äußere Seite von Straftaten wieder, der innere Inhalt ist noch nicht erschlossen. Bisherige Versuche gingen davon aus, dass es sich bei der Straftat um eine Verletzung der Rechte des Betroffenen handelt, was jedoch nicht richtig ist, da es eine Reihe von Straftaten gibt, bei denen eine solche Verletzung nicht vorliegt, z. B. Blasphemie oder Verstöße gegen die öffentliche Moral; oder es wurde gesagt, dass die Straftat eine Verletzung der vom Staat gewährten Freiheit in der Substanz ist, aber es gibt eine Reihe von Straftaten, bei denen es keine Verletzung der Freiheit gibt. Aber es ist nicht besser zu sagen, dass es eine Verletzung der Rechtsstaatlichkeit ist, denn alle privaten Straftaten sind auch Verletzungen der Rechtsstaatlichkeit, aber sie können nicht als Straftaten angesehen werden.³⁰ An ihre Stelle kann das treten, was in anderen Teilen des Rechts der Zweck des Rechts ist, nämlich die Sicherung der Lebensbedingungen in der Gesellschaft insgesamt, und bei den Straftaten unterscheidet sich nur die Art und Weise, wie diese Sicherung erfolgt, vom übrigen Recht. Die Frage ist also: Was ist das für ein besonderer Weg? Es ist nichts anderes als die Art der Sicherung der Lebensbedingungen durch Strafe. Warum ist es notwendig, eine strafbewehrte Lösung herbeizuführen und diese anstelle der übrigen gesetzlichen Sanktionen anzuwenden? Die Antwort liegt darin, dass in bestimmten Fällen die Sicherung der Lebensbedingungen ohne Gesetz durch die Sicherung durch gesetzlichen Zwang ersetzt wird, weil die natürlichen Anreize, die dem Einzelnen eingepflanzt sind, nicht ausreichen, und wo der mildere Zwang und die Sanktion des übrigen Rechts nicht ausreichen, aber die Lebensbedingungen der

³⁰ JHERING, 483-484.

Gesellschaft ernsthaft geschädigt werden, muss auf die Sicherung durch Strafe zurückgegriffen werden. Das bedeutet auch, dass das Mittel der Bestrafung so weit wie möglich vermieden werden sollte, so wie das Gesetz selbst nur dort eingesetzt werden sollte, wo es ohne es nicht erreicht werden kann. Denn die Instrumente des Strafrechts verringern auch die Vitalität der Gesellschaft (die Strafe ist kostspielig, der Täter wird von der Regeneration der Gesellschaft ausgeschlossen usw.). Wenn aber der durch die Tat verursachte Schaden ein bestimmtes Niveau der Lebensbedingungen der Gesellschaft übersteigt, spricht nichts dagegen, dass der Staat als Vertreter der Gesamtheit der Gesellschaft im weiteren Sinne eine solche Tat unter Strafe stellt. Jhering wendet sich entschieden gegen rechtswissenschaftliche Kategorisierungen, die die Strafgewalt des Staates einzuschränken versuchen, z.B. dass bestimmte Bereiche zum Privatrecht gehören und daher dort nur privatrechtliche Sanktionen möglich sind. Was durch das Strafrecht geschützt werden muss, ist eine rein politische Frage, so dass, wenn eine Lebensbedingung in einer Gesellschaft als wichtig erachtet wird und durch das Privatrecht nicht ausreichend geschützt werden kann, auf das Strafrecht zurückgegriffen werden muss. Die Produktpiraterie beispielsweise habe in Deutschland heute ein solches Ausmaß erreicht, so Jhering, dass deutsche Waren langsam von den Weltmärkten verdrängt würden, weil der gesamte Kredit für die deutsche Produktion verloren gegangen sei. Es wäre viel besser gewesen, wenn der deutsche Staat hart gegen die Hersteller vorgegangen wäre, mit der Aussicht auf Haftstrafen, und wir wären heute in einer besseren Lage, weil die privaten Sanktionen nicht ausreichten.³¹

Die Analysen von Jhering bewirken also u.a., dass die begrifflichen Beschränkungen des staatlichen Handelns im Strafrecht aufgehoben werden und das Strafrecht der freien staatlichen Gesetzgebung unterworfen wird. Anstelle der etablierten Kriminalitätslehren versucht er dann, begriffliche Rechtsabgrenzungen zu schaffen, die den Gesamtzweck des Rechts (die Sicherung der Lebensbedingungen in der Gesellschaft) strafrechtlich konkretisieren. Ausgangspunkt ist, dass Kriminalität ein Angriff auf die Lebensbedingungen in der Gesellschaft ist und dass der Staat, um dies durch Strafandrohung zu verhindern, sich auf zwei Dimensionen konzentrieren muss, um die Art und Schwere der für jedes Verbrechen zu verhängenden Strafe zu bestimmen. Jhering greift den seit langem im Strafrecht vorherrschenden Gedanken auf, dass die Bestrafung von Straftaten wie der Preis einer Ware im Handel zu verstehen ist, und dass der Preis umso höher ist, je teurer die Ware ist. Wenn wir das Strafgesetzbuch einer Gesellschaft einer bestimmten Epoche aufschlagen, so sagt er, können wir in der Höhe der verhängten Strafen ein Maß dafür sehen, wo die Lebensbedingungen des Opfers in den Werturteilen dieser Gesellschaft standen. Je höher der Wert einer Lebensbedingung ist, desto höher ist der Preis oder die Strafe für ihre Verletzung. Ein weiterer Faktor, der das Strafmaß bestimmt, ist der Täter und der Grad der Gefährdung, den die Tat für den jeweiligen Lebensbereich darstellt. Handelt es sich um einen Wiederholungstäter, ist die Gefahr seiner Straftat größer, ebenso wie eine Gruppen- oder organisierte Straftat eine höhere Strafe verdient als ein Einzeltäter oder eine rücksichtslose Straftat eine geringere Strafe als eine vorsätzliche Straftat. Jhering weist darauf hin, dass der Richter niemals die Gefahr der konkreten Straftat, sondern das vom Gesetzgeber nach einer allgemeinen Beurteilung für die Gesamtheit der Tatbestände abstrakt festgelegte Maß zu berücksichtigen hat und an diese abstrakte Beurteilung gebunden ist. Die einzelne Handlung ist nur ein konkretes Beispiel dafür, aber die Aufgabe des Richters ist es nicht, die Konkretheit abzuwägen, sondern die Entscheidung des Gesetzgebers auf der allgemeinen Ebene zu konkretisieren.³² (Es sei auf die spätere Fortsetzung von Jherings Analyse des Strafrechts verwiesen, wo dies bereits in sein Gegenteil verkehrt wurde!)

³¹ JHERING, 487.

³² JHERING, 491.

Jhering ordnet dann die Straftaten nach den bereits ausgearbeiteten Kategorien von Straftaten, die auf der Verletzung der Lebensbedingungen der Gesellschaft beruhen: die Verletzung der Lebensbedingungen des Einzelnen, dann des Staates und schließlich die Kategorien von Straftaten, die Verletzungen der Lebensbedingungen der Gesellschaft im engeren Sinne darstellen. Ein weiteres gemeinsames Unterteilungsschema innerhalb dieser drei Zielgruppen ist der Aspekt der Verletzung physischer, ökonomischer und geistig-idealer Lebensbedingungen. Im Falle der Individuen ist die Verletzung der physischen Lebensbedingungen beispielhaft durch Mord und Körperverletzung; im Falle der wirtschaftlichen Lebensbedingungen sind Diebstahl, Erpressung und Betrug Beispiele; im ideell-geistigen Aspekt sehen wir Verbrechen, die die Freiheit, die Ehre oder die Familie des Individuums verletzen; und in gleicher Weise finden sich die meisten der bekannten Verbrechen auch in den Aspekten der Lebensbedingungen des Staates und der Gesellschaft. Es ist wichtig, darauf hinzuweisen, dass Jhering die Erklärung bestimmter Straftaten stets als letztlich auf die Gewährleistung des Funktionierens der Gesellschaft im weiteren Sinne abzielend analysiert, auch wenn sie auf Einzelpersonen abzielt, z. B. wird das Verbot der Abtreibung nicht auf der Grundlage eines individualistischen "Rechts auf Leben" (d. h. auf das Recht, geboren zu werden) erklärt, sondern auf der Grundlage, dass das Leben der Nachkommen die unabdingbare Lebensbedingung für die Gesellschaft als Ganzes ist. Das ungeborene Kind ist also nicht einfach ein ungewählter Teil des Körpers der Mutter, sondern eine Garantie für die Lebensbedingungen der Gesellschaft. "Schon bevor das Kind geboren wurde, streckt die Gesellschaft ihre Hand darnach aus, es zu schützen und zu begehren. "Das Kind, das du in deinem Schoß trägst" - ruft das Gesetz der Mutter zu - "gehört nicht nur dir, sondern auch der Gesellschaft; wehe dir, wenn Du in ihre Rechte eingreifst".³³

Im weiteren Sinne ist darauf hinzuweisen, dass für Jhering die gesellschaftlichen Lebensbedingungen nicht durch individuelle Rechte erklärt werden, insbesondere nicht durch Rechte, die dem Menschen angeboren und unveräußerlich sind, sondern dass diese nur als Reflexe des positiven Rechts also als subjektive Rechte erscheinen. Sie sind daher natürlich wichtig für das Funktionieren des praktischen Rechts, aber nicht als ultimative theoretische Erklärung der Rechte. Seine Theorie bietet keine individualistische Erklärung von Gesellschaft und Recht, und in seiner Zeit stuft er die Überhöhung des Individuums und seiner Rechte über alles andere als eine Täuschung ein, die nur durch oberflächliche Erscheinungen hervorgerufen wird. So sei der Glaube an die absolute Grenzenlosigkeit des Eigentums und der Rechte des Eigentümers in unserer Zeit durch den trügerischen Oberflächeneffekt entstanden, dass die egoistische Nutzung des Eigentümers in den meisten Fällen unsichtbar die Interessen und Lebensbedingungen der Gesellschaft als Ganzes sichert. Aber die Rechtstheorie sollte dieses trügerische Oberflächenergebnis nicht in ein unantastbares Eigentumsrecht umwandeln ("Du kannst mit deinem Eigentum machen, was du willst, du kannst es zerstören!) weil der letzte Maßstab immer die Übereinstimmung mit den Lebensbedingungen der Gesellschaft ist: "Nur die Tatsache, dass schon das eigene Interesse den Eigentümer bestimmt, von seinem Eigentum regelmässig denjenige Gebrauch zu machen, der wie dem eigenen auch dem Interesse der Gesellschaft entspricht, bewirkt das, dass die Gesellschaft mit ihren Anforderungen beim Eigentum so wenig sichtbar hervortritt."³⁴ Bei den Deutschen hat *Wilhelm von Humboldt* den Irrtum der individualistischen Auffassung auf der Ebene der Sozialphilosophie dargelegt - freilich in seiner Jugend und später, mit reifem Verstand, distanziert er sich davon, stellt Jhering mit Genugtuung fest - und bei den Engländern *John Stuart Mill*, und der Irrtum dieser Ansichten wird dann in Jherings erstem Band von „Zweck....“ seitenlang analysiert³⁵

³³ JHERING, 517. p.

³⁴ JHERING, 519.

³⁵ JHERING, 538-551.

Hinter den gesetzlichen Bestimmungen, die dem Einzelnen Rechte verleihen, steht also ein System gesellschaftlicher Zwecke, die immer die Lebensbedingungen der Gesellschaft darstellen, und daher können die individuellen Rechte und die rechtlichen Institutionen theoretisch immer im Lichte der Lebensbedingungen dieser Gesellschaft beurteilt werden. Um einige der späteren Auswirkungen von Jherings Rechtstheorie zu verstehen, sei darauf hingewiesen, dass er in seinem Buch „Zweck...“ zwar versuchte, die Richter an den Gesetzestext zu binden, wann immer dieser Aspekt ausdrücklich angesprochen wurde, er aber implizit die doppelte theoretische Dimension des Unterschieds zwischen den oberflächlichen Bestimmungen der Rechtsnormen und ihren zugrunde liegenden Zwecken schuf. Auf diese Weise werden die Richter veranlasst, als Grundlage ihrer Entscheidung den Zweck zu betrachten, den sie möglicherweise hinter der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes versteckt haben, und nicht die ausdrückliche Bestimmung des Gesetzes selbst.

4.2 Die Entstehung der sozialwissenschaftlichen Rechtsforschung

Das Recht ist also in der normativen Dimension seiner Funktion ein soziales Phänomen, wie andere Tätigkeitsbereiche mit sozialer Funktion, z. B. die Wirtschaft, die Kunst, die Wissenschaft, die Politik usw., und alle Rechtsphänomene können ebenso wie andere soziale Phänomene unter dem Gesichtspunkt der Fakten untersucht werden. Dies ist die Essenz des sozialwissenschaftlichen Ansatzes in der Rechtswissenschaft und kann im Gegensatz zum Ansatz der positivistischen Rechtswissenschaft oder Rechtsphilosophie als ein Feld der Analyse in Bezug auf soziale Faktizität und Kausalität oder Auswirkungen formuliert werden. Während beispielsweise der Rechtsdogmatiker des Zivilrechts eine gesetzliche Regelung zum Pfand oder zur Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt untersucht, wie sich diese vertraglichen Sicherheiten in den Rahmen der Dogmatik des bestehenden Vertragsrechts insgesamt einfügen, fragt der soziologische Ansatz, wie häufig Pfand oder Bürgschaft als vertragliche Sicherheit in der alltäglichen Vertragspraxis verwendet werden. Oder welche gesellschaftlichen Gruppen haben diese Form der Verpfändung und Bürgschaft in der alltäglichen Vertragspraxis begünstigt, und welche gesellschaftlichen Interessen würden durch alternative Regelungen in diesem Bereich bedient werden? In der sozialwissenschaftlichen Betrachtungsweise des Rechts bewegen wir uns daher bei der Analyse von Rechtsnormen und Rechtsphänomenen von der normativen Dimension zur faktischen Dimension, zur Dimension der Interessenkonflikte, der sozialen Ursachen und Wirkungen. Betrachtet man die soziologischen Studien unter diesem Blickwinkel und die verschiedenen soziologischen Forschungsrichtungen, kann man zwischen einer engeren und einer weiteren Bedeutung der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft unterscheiden. Die Rechtssoziologie im engeren Sinne konzentriert sich nach wie vor auf Rechtsnormen wie die normativistischen Rechtswissenschaften, und es ist kein Zufall, dass sich die Rechtssoziologie in den letzten Jahrzehnten des 19. Die Rechtssoziologie nur für die Analyse dieser Fragen entstand. Im engeren Sinne befasst sie sich ebenso wie die normativistischen Rechtswissenschaften mit Rechtsnormen und Rechtsbestimmungen, jedoch eher mit ihrer tatsächlichen Befolgung als mit der normativ-begrifflichen Kohärenz und möglichen logischen Widersprüchen. Oder sie fragt danach, welche gesellschaftlichen Interessen und politischen Kräfte die zu untersuchenden Rechtsnormen geprägt haben und welche politischen Kräfte in gesellschaftlichen Kämpfen der Dominanz dienen bzw. welche gesellschaftlichen Gruppen durch die zu untersuchenden Rechtsnormen untergeordnet und benachteiligt werden.

Aber wir befinden uns immer noch im engen Sinne der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft, wenn die Analyse untersucht, wie ein großes Gesetzbuch, das vor vielen Jahrzehnten geschaffen wurde, in der Vergangenheit aufgrund der Macht und der Interessen sozialer Gruppen Veränderungen in Bezug auf rechtsdogmatische Konstruktionen erfahren hat, und welche sozialen Kräfte durch dieses Gesetzbuch geschützt wurden, als es geschaffen wurde, und welche sozialen Kräfte durch Veränderungen der sozialen Dominanz während des Transformationsprozesses geschützt wurden? Diese rechtssoziologischen Analysen sind durch ihren Fokus auf Rechtsnormen vereint. Es könnte sich um eine historische Rechtssoziologie handeln, wie etwa *Jean-André Arnauds* Analyse des französischen Code Civil, in der er die Auswirkungen der zunehmenden staatskapitalistischen Dominanz nach seiner Entstehung aus liberal-kapitalistischen Idealen durch die Änderungen des Code Civil und insbesondere durch die Umdeutungspraxis des Kassationshofs, des obersten französischen Gerichts, aufzeigt.³⁶ Ebenso typisch ist aber auch *Morton Horwitz'* großes historisch-rechtssoziologisches Tableau der Entwicklung des amerikanischen Rechts in den letzten zweihundert Jahren, das die amerikanische Rechtsgeschichte als die Entstehung der Dominanz des kommerziellen Finanzkapitals nach der frühen Dominanz agrarindustrieller Kapitalistengruppen beschreibt. Im Gegensatz dazu analysiert die traditionelle nomativistische Rechtsgeschichte dieselben Ereignisse als eine Geschichte der Veränderungen in der Rechtsdogmatik und der Beseitigung möglicher Widersprüche.

Neben den historischen rechtssoziologischen Analysen ist ein weiterer Bereich der Rechtssoziologie im engeren Sinne die Untersuchung der *tatsächlichen Durchsetzung der heute geltenden Rechtsvorschriften*. Während bei der ersten Methode Bibliotheken und Archive aufgesucht und historische Analysen und Tatsachenberichte untersucht werden, werden bei der zweiten Methode empirische Fragebögen erstellt und die von den betreffenden Rechtsvorschriften Betroffenen mit Hilfe einer präzisen soziologischen Methodik befragt, wobei auch die statistischen Daten in dem betreffenden Bereich genau untersucht werden. Auf diese Weise lässt sich feststellen, wie häufig bestimmte Bestimmungen eines umfassenderen Rechtsakts durchgesetzt werden. So können wir beispielsweise feststellen, dass bestimmte strafrechtliche Bestimmungen von den zuständigen Polizei- und Strafverfolgungsbehörden selten oder gar nicht angewandt werden und dass die nach diesen Bestimmungen verbotenen Handlungen im Leben gängige Praxis sind, die praktisch nicht geahndet werden, und dass sich die Menschen möglicherweise nicht einmal bewusst sind, dass es sich um Handlungen handelt, die eigentlich strafbar sein sollten.

Neben der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft im engeren Sinne, die sich auf die Rechtsnormen konzentriert, geht ihre erweiterte Form über die Rechtsnormen hinaus und bezieht die gesamte Rechtssphäre mit all ihren Phänomenen in ihre Analyse ein. Man könnte sie auch als *Soziologie des Rechtssystems* bezeichnen, neben der engeren Soziologie der Rechtsnormen. Zu dieser umfassenderen Rechtssoziologie gehört beispielsweise auch die Untersuchung der verschiedenen Berufe des Rechtswesens und ihrer Beziehungen untereinander. Welcher Berufsstand dominiert das Rechtssystem in einem bestimmten Land und welchen Einfluss hat er auf das Recht? Wird sie von der Universitätsjuristen dominiert, wie es in Deutschland über viele Jahrhunderte der Fall war, oder von einer Gruppe von Anwälten, den "Barristers", wie es auch in England über viele Jahrhunderte der Fall war? Und aus diesen Fakten lassen sich Rückschlüsse auf die Funktionsweise des Rechts in einem bestimmten Land ziehen und wie es sich verändert hat. Im deutschen Recht beispielsweise hat die Dominanz der Universitätsprofessoren der konzeptionellen Rechtsdogmatik eine wichtige Rolle zugewiesen, was zur Schaffung umfangreicher Gesetzbücher geführt hat, die auf

³⁶ Jean-André ARNAUD: *Essai d'analyse structurale du Code Civil français. Le regle du jeu dans la paix bourgeoise* (Paris: Librairie Generale de Droit et de Jurisprudence 1973)

abstrakten Rechtsbegriffen beruhen. Im englischen Recht führte das fast völlige Fehlen einer akademischen Rechtswissenschaft über viele Jahrhunderte hinweg dazu, dass es nicht gelang, eine Rechtsdogmatik abstrakter Rechtsbegriffe zu schaffen, und dass sich eine kasuistische, fallbezogene Rechtsprechung entwickelte, die später durch das Aufkommen der parlamentarischen Gesetzgebung fortgesetzt wurde. Die Rechtssoziologie im weiteren Sinne befasst sich jedoch auch mit der sozialen Herkunft der Richterschaft, ihrer Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zu politischen Gruppen und versucht so, Rückschlüsse auf die Funktionsweise des Rechtssystems in jedem Land zu ziehen. Auch die Rechtssoziologie im weiteren Sinne befasst sich mit der Analyse von Statistiken über die Entwicklung der Fallzahlen und versucht, die Entwicklung der Fallzahlen in einem bestimmten Rechtsgebiet mit sozioökonomischen Veränderungen in Verbindung zu bringen. So hat beispielsweise der Rückgang der staatlichen Kontrolle und Steuerung und die damit einhergehende Zunahme der regulierenden Rolle des Marktes in einer Vielzahl von gesellschaftlichen Bereichen zu einem starken Anstieg der Zahl der zivil- und wirtschaftsrechtlichen Klagen geführt, während die Dominanz der zentralstaatlichen Organisation der Gesellschaft einen Rückgang der Klagehäufigkeit zur Folge hatte. Diese Forschung wird auch als "Soziologie des Verfahrensrechts" bezeichnet, während die erstere als "Soziologie der Rechtsberufe" bekannt ist. Sie alle zeichnen sich dadurch aus, dass sie in die weit gefasste Soziologie des Rechts, die Soziologie der Rechtsordnung, eingeordnet werden.

In den letzten Jahrzehnten hat die umfassende juristische Hochschulausbildung in den meisten Ländern der Welt zu einer enormen Ausweitung der akademischen Rechtswissenschaft geführt, und die gestiegenen Forschungskapazitäten haben dazu geführt, dass immer mehr neue rechtliche Phänomene soziologisch untersucht werden. Darüber hinaus haben Justizministerien und andere Justizverwaltungen in mehreren Ländern spezielle Abteilungen für rechtssoziologische Forschung eingerichtet, und zwar sowohl im engeren Sinne der Rechtssoziologie (z. B. über die tatsächliche Durchsetzung bestimmter Rechtsvorschriften) als auch im breiteren Bereich der rechtssoziologischen Forschung über das Rechtssystem als Ganzes. Aus einem anderen Blickwinkel betrachtet, wird die Zahl der rechtssoziologischen Studien und Arbeiten dadurch erweitert, dass einige derjenigen, die traditionell in der theoretischen Rechts- oder Rechtstheorieforschung tätig waren, nun auch in der normativen Dimension forschen und dabei gleichzeitig eine Analyse der soziologischen Dimension des Rechts einbeziehen. Als Ergebnis der umfangreichen rechtssoziologischen Forschungen in den USA gibt es heute eine Reihe von Studien zur Rechtssoziologie in mehreren großen Weltsprachen, insbesondere in Englisch. Diese Materialien liefern uns eine Reihe von Kontexten für das Verständnis der Funktionsweise des Rechts, die uns zusammen mit den Ergebnissen, die durch die normative Dimension der theoretischen Rechtswissenschaft generiert werden, einen tieferen Einblick in das Recht ermöglichen.

4.3 Die Entwicklung des rechtssoziologischen Ansatzes für das Recht

Der Begriff "Rechtssoziologie" taucht zum ersten Mal in *Eugen Ehrlichs* Buch „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ von 1913 auf, aber die soziologische Betrachtung des Rechts lag bereits "in der Luft", denn zu dieser Zeit (1911-13) schrieb Max Weber eine soziologische Analyse des Rechts im Rahmen seiner großen Synthese „Wirtschaft und Gesellschaft“. Aber auch *Arthur Nussbaum* veröffentlichte 1914 sein zusammenfassendes Werk über die Rechtstatsachenforschung, das ebenfalls eine faktische, soziologische Untersuchung der Rechtsphänomene skizzierte. Es war kein Zufall, dass alle drei Autoren Deutsche waren und

dass die Entwicklung der Rechtssoziologie zunächst als eine deutsche Angelegenheit betrachtet wurde. Die englische Rechtswissenschaft war im neunzehnten Jahrhundert aufgrund ihrer auf Gerichtsentscheidungen beschränkten Rechtsentwicklung so gut wie inexistent, und die aus der englischen Rechtsentwicklung hervorgegangene US-amerikanische Rechtswissenschaft steckte zu dieser Zeit noch in den Kinderschuhen. Auch die französische Rechtswissenschaft entwickelte sich nur mühsam, und die deutsche Rechtswissenschaft verfügte über die größte akademische Gemeinschaft der Universitätsjuristen. Die hier entwickelten Trends und Erkenntnisse wurden jedoch sehr schnell auf die Rechtsforschung anderer Länder übertragen.

Es war kein Zufall, dass die deutsche Rechtstheorie zu Beginn des 20. Jahrhunderts den Anstoß für die Entwicklung der Rechtssoziologie gab. Denn zwei Entwicklungslinien, die sich in mehreren europäischen Ländern abzeichneten, waren in Deutschland besonders ausgeprägt. Zum einen wurde im Laufe des 19. Jahrhunderts ein starkes rechtsdogmatisches Lehrsystem entwickelt, das sich auf die frühere Entwicklung des Richterrechts stützt, um mit immer komplexeren begrifflichen Zusammenhängen umgehen zu können. Infolgedessen wurde die Regelung von Lebenssituationen weitgehend abstrahiert, und abstrakte Regeln und Rechtsbegriffe wurden zu einem in sich geschlossenen Begriffssystem zusammengefasst. Unter der Anleitung von Rechtsprofessoren beobachteten die Juristen dann mit Hilfe dieses abstrakten juristischen Begriffssystems die Tausenden von konkreten Lebenssituationen, in denen die Richter täglich zu entscheiden hatten, aber dieses geschlossene Begriffssystem neigte dazu, sich von den Alltagssituationen zu lösen. Dies war eine der Spannungen, die sich zwischen bestimmten juristischen Kreisen, die in einem normativ-konzeptionellen Kontext des Rechts denken, und anderen Gruppen von Juristen (und Nicht-Juristen), die auf reale Lebenssituationen achten, zu entwickeln begannen.

Eine weitere Entwicklung neben der ersten war die Aktivierung der Legislative in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Mit dieser Entwicklung wurde neben der allmählichen Entwicklung des auf gerichtlichen Entscheidungen beruhenden Rechts ein neuer Rechtsbestand geschaffen, der sich in einem sehr wichtigen Punkt von der Art des bisherigen Rechts unterscheidet. Während die Rechtsnorm, die auf der Entwicklung des Richterrechts beruhte, nur allmählich und erst dann zustande kam, als eine große Zahl von Richtern begonnen hatte, einer konsolidierten Norm zu folgen, wurde - im Nachhinein! - als pflichtige Rechtsnorm aufgefasst, schweben die durch bewusste Gesetzgebung geschaffene Normen erst nach ihrer Verkündung sofort über der Gesellschaft und aber sie werden noch nicht von der breiten Öffentlichkeit befolgt. Natürlich können die Maschinerie und der Apparat des modernen Staates dafür sorgen, dass sich neu geschaffene Rechtsnormen in kurzer Zeit verbreiten. Wenn aber solche Normen in großer Zahl erlassen werden, ohne zu berücksichtigen, dass im wirklichen Leben Hunderttausende und Millionen von Menschen routinemäßig Normen befolgen, die ihnen zuwiderlaufen, dann wird sich ein solches Gesetz aufblähen und nur auf dem "Papier" des Gesetzbuchs stehen bleiben, und die neuen Rechtsnormen, die in der Gesetzgebung erlassen wurden, werden sich im Alltag nicht durchsetzen.

Dies waren also die beiden neuen Entwicklungen in dem deutschen Recht zu Beginn des 20. Jahrhunderts, und die Idee der Rechtssoziologie entstand als Reaktion darauf. Der nachhaltige Einfluss wurde von *Eugen Ehrlich* und *Max Weber* erzielt, schauen wir uns ihre Analyse an.

Ehrlich unterschied zwischen drei Arten von Recht, dem sozialen Recht, dem juristischen Recht und dem staatlichen Recht, und er vertrat die Auffassung, dass sich die drei Arten von Recht im Laufe der Geschichte in dieser Reihenfolge herausgebildet haben. Soziales Recht entsteht in kleinen Gruppen von Individuen, wenn sie auch nur ein wenig beharren. So in Familiengemeinschaften, in Freundeskreisen und in den verschiedensten

kleinen menschlichen Gemeinschaften. Innerhalb dieser Gemeinschaften bilden sich Normen in Interaktionen heraus, und von den Mitgliedern der Gruppe wird erwartet, dass sie in einer bestimmten Situation nach diesen Normen handeln. Das "soziale Recht" entsteht also spontan in der Gesellschaft als Ganzes, und es ist dieses Recht, das den Menschen den größten Anteil an der Steuerung ihres Verhaltens gibt. In den frühen Gesellschaften war diese Art von Recht das gesamte Recht, aber auf einer fortgeschritteneren Ebene führen Reibungen und Konflikte zwischen kleinen Gruppen zu gerichtlichen Instanzen, die über diese Konflikte entscheiden, und diese werden später als Normen hinterlegt, die für spätere gerichtliche Entscheidungen maßgeblich sind. Es handelt sich dabei um das *juristische Recht*, d. h. um die Normen für die richterliche Entscheidungsfindung zur Lösung von Konflikten. Für die Lebenssituation der Menschen sei dies jedoch zweitrangig, sagt Ehrlich, denn es sei ein seltener Fall im Leben, dass Menschen wegen eines Konflikts vor Gericht gehen müssten, und ein Großteil des Lebens werde immer noch vom sozialen Recht bestimmt. Eine dritte Art von Recht schließlich ist das *staatliche Recht*, ein völlig neues Phänomen, das durch bewusste Gesetzgebung in das Leben der Gesellschaft eingreift und die Interaktionen zwischen den Menschen prägt. Ehrlich hält diese letzte Rechtsform für zweitrangig und erklärt ihre Verbreitung in seiner Zeit mit einer gesellschaftlichen Krisensituation und damit einer nur vorübergehend größeren Rolle des staatlichen Rechts, sagt aber einen Rückgang ihrer Bedeutung in späteren Zeiten voraus. Andererseits setzt er dieser Art von Recht Grenzen, indem er sagt, dass das staatliche Recht nur dem folgen kann, was das soziale Recht bereits mehr oder weniger verbreitet hat, und dass es daher nur eine nachträgliche sanktionierende Rolle spielen kann, nicht aber eine Norm, die dem sozialen Recht widerspricht, als staatliches Recht verkünden kann. Das staatliche Recht kann das soziale Recht nur anerkennen, aber es hat keine Chance, aus reinem Zwang gegen dieses Recht vorzugehen. Denn wenn dies der Fall ist, so Ehrlich, bleibt es nur auf dem Papier des Gesetzbuchs und wird nicht zu einem "lebendigen Recht". Es sei darauf hingewiesen, dass Ehrlich in der österreichisch-ungarischen Monarchie in der Region zwischen Galizien und der Bukowina lebte, an der Grenze des Reiches, wo Rusinen, Rumänen, Polen, Ungarn und andere ethnische Gruppen weitgehend nach ihren eigenen Bräuchen nebeneinander lebten. In dieser Situation konnte Ehrlich die zentralen, auf dem Papier verbliebenen Wiener Gesetzbücher neben dem tatsächlich befolgten Gewohnheitsrecht gut wahrnehmen. Dieses Problem ist jedoch nicht in allen modernen Rechtssystemen so akut, aber doch gibt es solche Probleme und auf dies Weise wurde Ehrlichs Einfluss bis heute beibehalten.

Bei dieser Thematisierung durch Ehrlich wurden jedoch sowohl die bewusste staatliche Gesetzgebung als auch die Rechtsdogmatik, die eine widerspruchsfreie juristische Begriffswelt liefert, völlig in den Hintergrund gedrängt. Die Rechtsentwicklung im vergangenen Jahrhundert hat Ehrlichs Vorhersage nicht bestätigt, und die Rolle der staatlichen Rechtsentwicklung ist nicht nur in den Hintergrund getreten, sondern hat in der Rechtsgestaltung enorm zugenommen. Das von Ehrlich aufgezeigte Dilemma, bei zu vielen und zu schnellen Änderungen des Gesetzes "auf dem Papier zu bleiben", besteht jedoch seither fort und sollte vom Gesetzgeber im Auge behalten werden. Ein weiterer konzeptioneller Fehler besteht darin, dass die Rolle der Rechtsdogmatik vernachlässigt und nur die Rolle konkreter Verhaltensnormen betont wird. Dieses Problem ergibt sich aus Ehrlichs tieferem Gesellschaftsverständnis, das auf die von *August Comte* Anfang des 19. Jahrhunderts entworfene Vision der Gesellschaft zurückgeht. Diese Konzeption betrachtete die soziale Realität und die sozialen Phänomene als kausale Gesetze der natürlichen Realität. Sie hat die intellektuelle und kulturelle Formalisierung der sozialen Wirklichkeit und ihre Fixierung in Symbolen, Worten, Begriffen, Bildern und Normen nicht verstanden. Soziale Phänomene und die Grenzen zwischen ihnen erscheinen ihm daher als physikalische Tatsachen. Dies war der Grund dafür, dass Ehrlich die Bedeutung von Begriffssystemen nicht

verstand und dass er die Rechtsdogmatik als ein System von Begriffsbeziehungen verachtete und ablehnte. Aber auch wenn diese Ablehnung zu radikal war, so konnte die Irreführung der Juristen, die in einer geschlossenen juristischen Bedeutungswelt gefangen waren, diese in alltäglichen Lebenssituationen sehr wohl entlarven, und das wiederum hat Ehrlich bis heute nachhaltig beeinflusst.

Max Weber machte keinen der Fehler Ehrlichs und erkannte die Bedeutung sowohl des staatlichen Rechts als auch der Rechtsdogmatik in seiner Konzeption an. Dies ergibt sich auch aus ihren unterschiedlichen sozialtheoretischen Grundlagen. Denn Weber brach grundlegend mit der früheren mechanistischen Auffassung der sozialen Wirklichkeit als identisch mit der Natur und stellte den sinnhaften Aufbau der Struktur der Sozialität in den Mittelpunkt seiner Gesellschaftstheorie. Vor diesem Hintergrund konnte er die wachsende intellektuelle Komplexität moderner Gesellschaften und die Unzulänglichkeit früherer Formen der Rechtsbildung auf höherem Niveau besser einschätzen. Daraus folgt: Während Ehrlich auf der Grundlage rechtshistorischen Materials die Vorherrschaft des sozialen Gewohnheitsrechts bejaht, betont Weber, ebenfalls auf der Grundlage rechtshistorischer Analyse, die Rationalität neuerer Rechtsentwicklungsformen und erkennt die Abwertung früherer Gewohnheitsrechtsbildung.³⁷ Im Zuge der modernen gesellschaftlichen Entwicklung etabliert sich das staatliche Zwangsmonopol, das an die Stelle der früheren verstreuten Gewaltmöglichkeiten tritt, und die bewusst geschaffenen Rechtsnormen der etablierten Staatsapparate werden in den modernen Gesellschaften mit Hilfe von Zwang verbreitet. Darin liegt für Weber die Rationalität des modernen Rechts begründet, aber auch die höhere Rationalität des Rechts, die auf einem abstrakten begrifflichen System des Rechts beruht, das die Existenz komplexer sozialer Beziehungen am deutlichsten erkennen lässt. Daher erkennt er an, dass sich jede neue Rechtsnorm in das widerspruchsfreie Begriffssystem des Rechts einfügen muss, und dass dies der Rechtsnorm ihre eigentliche, ideologische Gültigkeit verleiht. Darüber hinaus sieht Weber aber ebenso wie Ehrlich, dass damit die Frage nach der Nachvollziehbarkeit der Norm in Alltagssituationen noch nicht beantwortet ist, und erkennt deshalb die faktische oder soziologische Geltung von Rechtsnormen, d.h. die Bedeutung ihrer Nachvollziehbarkeit in Alltagssituationen, gesondert an. Es zeigt sich also, dass, während Ehrlich nur Letzteres betont, Weber auch darauf und auf die Ebene der rechtsdogmatischen Geltung eingehen kann.

Nach den beiden "Gründervätern" entstanden in der ersten Hälfte des zwanzigsten Jahrhunderts immer neue rechtssoziologische Theorien, die jedoch in der Regel die von ihnen skizzierten Ansätze nuancierten. *Arthur Nussbaums* Programm der "juristischen Tatsachenermittlung" von 1914 beispielsweise ergänzte die vorwiegend rechtshistorische Analyse der beiden Gründerväter, indem er die für die neu geschaffenen Gesetze relevanten Lebenssachverhalte systematisch in die rechtssoziologische Perspektive einbezog und eine Analyse der tatsächlichen Auswirkungen der geschaffenen Gesetze entwickelte.³⁸ Auf diese Weise entwickelte Nussbaum eine praktisch-operative Dimension der rechtssoziologischen Forschung, während die Orientierung der Begründer, die eher in die rechtsgeschichtliche Vergangenheit oder, im Falle Webers, sogar darüber hinaus auf die allgemeine Ebene der Gesellschaftstheorie zurückblickten, dies nicht zuließ. Unter Nussbaums Einfluss wurde schließlich Anfang der 1970er Jahre in Deutschland ein Institut für juristische Tatsachenforschung im Justizministerium eingerichtet, das in den Folgejahren zu einer systematischen Tatsachenforschung in mehreren wichtigen Bereichen des Rechtslebens

³⁷ Max WEBER: *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*. 5. Auflage. Mohr Siebeck. Tübingen. 181-199.p

³⁸ Siehe Thomas RAISER: *Rechtssoziologie* (Frankfurt am Main: Alfred Metzner Verlag 1987) 17.; bzw. Hans RYFFEL: *Rechtssoziologie Eine systematische Orientierung*.(München: Luchterhand 1986) 39-50.

geführt hat. Dies ist seither von enormer Bedeutung für die Kenntnis des tatsächlichen Lebens des Gesetzes.

In Frankreich begründete *Georges Gurvitch* ab Anfang der 1930er Jahre eine systematische Rechtssoziologie, die zwar stark gegen Ehrlichs Konzeption argumentiert, aber wie Ehrlich die soziale Rechtsbildung außerhalb des Staates betont.³⁹ Auch der Ungar *Barna Horváth* wiederholt in seiner 1934 in Deutschland erschienenen Rechtssoziologie in vielerlei Hinsicht die von Ehrlich vertretene spontane Rechtsbildung durch Gewohnheitsrecht im Gegensatz zum staatlichen Gesetzesrecht.⁴⁰ Aber auch *Theodor Geiger*, der deutscher Herkunft war, aber die meiste Zeit seiner Karriere in Dänemark gearbeitet hat, beschreibt Ehrlichs Weg der Sozialrechtsbildung mit anderen Schwerpunkten.⁴¹

Ehrlichs Rechtssoziologie hatte in den 1930er Jahren auch in den Vereinigten Staaten großen Erfolg, und nachdem sein Werk übersetzt worden war, wurde er zu einem der Gründungsautoren der damals aufkeimenden Bewegung des Rechtsrealismus. Max Weber hingegen wurde als Rechtssoziologe erst in den 1950er Jahren in den USA bekannt, im Zuge seiner späteren Bekanntschaft mit der allgemeinen Soziologie. Da der Schwerpunkt der rechtssoziologischen Forschung auf Rechtsphänomenen lag, die enger mit dem Alltagsleben verflochten waren, wie z. B. der richterlichen Entscheidungsfindung, und nicht auf der staatlichen Gesetzgebung, kann man jedoch argumentieren, dass Ehrlichs Rechtssoziologie einen größeren Einfluss auf das spätere rechtssoziologische Denken hatte als Webers ausgewogenere Rechtsauffassung, die die Bedeutung der staatlichen Gesetzgebung und der formalen juristischen Begriffswelt betonte.

In der Rechtswissenschaft, die sich Ende des 19. Jahrhunderts in den Vereinigten Staaten herausbildete, trat die Untersuchung des Rechts im Hinblick auf soziale Tatsachen relativ früh neben die dogmatischen Aspekte des Rechts. Ein Vorreiter war *Roscoe Pound*, der bereits 1908 auf die Unzulänglichkeit einer "mechanischen Jurisprudenz" hinwies, die sich auf den internen Kontext des Rechts beschränkt, und dafür plädierte, neben dem Papier des Rechts auch die Analyse des in der Praxis angewandten Rechts einzubeziehen. In vielerlei Hinsicht nahm die Unterscheidung zwischen dem "Gesetz im Buch und dem Gesetz in der Tat" Eugen Ehrlichs Unterscheidung zwischen dem "Gesetz auf dem Papier" und dem "lebendigen Gesetz" vorweg, und Pound verstand sein eigenes Rechtskonzept als "soziologische Jurisprudenz".⁴² Zu dieser Einsicht gelangte Pound vor allem auf der Grundlage von *Rudolf von Jherings* Spätwerk, indem er sich gegen die Geschlossenheit der Begriffswelt des Rechts wandte und die hinter den Rechtsnormen stehenden Ziele und Interessen betonte. Später, als Pound mit Eugen Ehrlichs grundlegender Rechtssoziologie und dem Konzept des "lebendigen Rechts" vertraut wurde, setzte er sich stark für Ehrlich in den Vereinigten Staaten ein. Seine eigenen theoretischen Grundlagen waren jedoch aufgrund seiner begrifflichen Schiefelage und Ausrutscher in späteren Jahren von geringer Bedeutung, und er war eher ein Propagandist für eine soziologische Betrachtungsweise des Rechts.⁴³ Seine lange akademische Laufbahn, die die Entwicklung der Rechtssoziologie von Anfang bis Mitte des 20. Jahrhunderts umfasste, und seine akademische Führungsrolle trugen jedoch wesentlich zur Förderung der soziologischen Sichtweise des Rechts bei. Seit den frühen 1930er Jahren gilt Roscoe Pound als Vorreiter der juristischen Realismusbewegung, obwohl Pound ein scharfer Kritiker ihres Konzepts der Exklusivität des Richterrechts war.

³⁹ RYFELL (34.lj.) 60-63. ill. Jean CARBONNIER: *Sociologie juridique* (Paris: Quadrige/Presses Universitaires de France 1994) 111-114.

⁴⁰ Siehe BARNÁ HORVÁTH: *Probleme der Rechtssoziologie*. Duncker und Humblot. (Taschenbuch) 1971.

⁴¹ Siehe RAISER (lj.34.) 98-104.

⁴² Siehe ALLEN HUNT: *The Sociological Movement in Law* (London: Macmillan 1978) 11-35.

⁴³ HUNT, 32.

Es sei auch darauf hingewiesen, dass die Verbreitung der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft, der Rechtssoziologie, in Europa ab den 1930er Jahren nach dem Aufkommen diktatorischer Staatsformen zum Stillstand kam und sich der Schwerpunkt auf die Vereinigten Staaten verlagerte. Erst ab Mitte der 1960er Jahre begann dieser Ansatz hier wieder Fuß zu fassen, dann allerdings in vielerlei Hinsicht unter dem Impuls der inzwischen etablierten amerikanischen Rechtssoziologie.

5. Zusammenfassung

Das Recht ist ein soziales Phänomen, und daher kann eine Rechtswissenschaft, die mit der Idee der Wissenschaft in Einklang steht, nur eine Sozialwissenschaft sein. Diese ist, wie gezeigt, in den letzten Jahrzehnten in größeren Dimensionen aufgetreten, wird aber in der internen Theorie des Rechts als Disziplin nur als eine die "eigentliche" (rechtsdogmatische) Rechtswissenschaft ergänzende "Rechtssoziologie" aufgefasst. Aber im Gegenteil, die Rechtsdogmatik ist keine Wissenschaft, sondern eine Sinnschicht der komplexeren westlichen Rechtssysteme, ein System begrifflicher Beziehungen, das über der Regelschicht der Rechtssysteme auftaucht. Die Wissenschaft des Rechts kann nur die Beobachtung und Analyse dessen sein, nicht aber die rechtsdogmatische Tätigkeit selbst. Die Analyse der Veränderungen von Rechtsbegriffen und -kategorien, die Analyse der sozialen Prozesse, die diesen Veränderungen zugrunde liegen, und die Analyse der sozialen Auswirkungen bestimmter Rechtsbegriffe und -kategorien im Verhältnis zu anderen Kategorien kann daher nur hier erfolgen.⁴⁴ Ebenso wie die gesetzgeberische Schaffung (als Normsetzung) und die gerichtliche Anwendung (als Normanwendung) bestimmter Regeln des materiellen Rechts nur ein Teil der Funktionsweise des Rechts sind, gehört auch die Rechtsdogmatik zu dem Rechtssystem und nur die intellektuelle Tätigkeiten, die den Entscheidungsprozess selbst untersuchen, einschließlich der Gründe für die Schaffung bestimmter rechtlicher Regeln, der Interessen und Positionen der dominanten sozialen Gruppen, die diese Regeln tatsächlich vertreten, der Alternativen, die bei der Schaffung dieser Regeln in den Hintergrund gedrängt wurden, und der Positionen und Interessen anderer sozialer Gruppen, die durch diese Regeln besser unterstützt worden wären, können in die Rechtswissenschaft einbezogen werden. Ebenso ist es wissenschaftlich, wenn die Analyse der Rechtsanwendung durch die Justiz nicht nur die angewandten Methoden der Rechtsauslegung aufdeckt und darstellt, sondern auch die strukturellen Determinanten der richterlichen Entscheidungsfindung selbst, die Auswahl der Richterschaft und die politischen Wertvorstellungen ihrer internen Gruppen, die strukturellen Verbindungen und Abgrenzungen zwischen der Richterschaft und anderen Juristengruppen, die sich daraus ergebenden Folgen für die richterlichen Entscheidungen, vergleichende Analysen all dieser Aspekte zwischen den Ländern usw. Diese werden heute sporadisch aus der Sicht eines Landes und eines Rechtsgebiets durchgeführt, aber das Problem ist, dass sie, abgesehen vom sporadischen Charakter der Studien, immer noch in einer Rechtssoziologie isoliert sind, die als Nebenfach betrachtet wird. Die intellektuellen Aktivitäten in den einzelnen Rechtsgebieten können aber nur dann als Rechtswissenschaft funktionieren, wenn die Soziologie des Privatrechts, die Soziologie des Strafrechts, die Soziologie des Verfassungsrechts und der Staatsverwaltung usw. zu den bisher dominierenden Analysen des Rechts des Faches hinzukommen und mit ihnen verwoben und integriert werden.

⁴⁴ Siehe Hans HATTENHAUER: *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung* (Zweite vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage) (München: Verlag C. H. Beck 2000);

Zweifelsohne werden die genuin sozialwissenschaftlichen Zweige des Rechts viel komplexer als die derzeitigen Lehrbücher, die sich auf die Rechtsdogmatik des Fachs beschränken, und man kann argumentieren, dass ihr Schwerpunkt stärker von den Bedürfnissen der juristischen Grundausbildung getrennt werden sollte. Vermutlich sollten diese komplexen und vielschichtigen Analysen nicht in die juristische Grundausbildung, sondern in die juristische Master- und Doktorandenausbildung eingeführt werden. Jurastudenten und Rechtsreferendare, die bereits ein Grundstudium absolviert haben, hätten bessere Chancen, mehrdimensionale, sozialtheoretisch fundierte Rechtsanalysen vermittelt zu bekommen.

Abschließend möchte ich zusammenfassend feststellen, dass die Rechtswissenschaft, die im Einklang mit der Idee der Wissenschaft steht, also eine sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft ist, ist erst im Entstehen und derzeit nur den Status einer Hilfswissenschaft unter dem Stichwort Rechtssoziologie. Was heute als normative, positivistische Wissenschaft der einzelnen Rechtszweige bezeichnet wird, ist trotz ihres hohen intellektuellen Wertes keine Wissenschaft, sondern ein unverzichtbarer Teil des komplexen Rechts. Die Rechtsdogmatik ist keine Wissenschaft, sondern eine Sinnschicht des modernen westlichen Rechts.

6. Ausblick: die Disziplinen der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft

Trotz der Wegnahme des Status der Rechtswissenschaft muss die Rechtsdogmatik weiter funktionieren, denn nur mit Hilfe ihrer durchdachten Begriffe und Kategorien können in den immer komplexer werdenden Rechtssystemen die vielen tausend Rechtsvorschriften mehr oder weniger unumstritten formuliert werden, die Normen geändert werden und in den auftretenden Fällen anzuwenden. Ebenso müssen die künftigen Juristen nicht nur das geltende Recht lernen, sondern auch den geistigen Kontext der einzelnen Rechtszweige, die auf stabileren Begriffssysteme der Rechtsdogmatik beruhen. Die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft ersetzt nicht die Rechtsdogmatik der Rechtszweige und ihre akademischen Lehrbücher, sondern fügt ihnen lediglich eine neue Dimension hinzu. Die juristische Grundausbildung könnte unverändert bleiben und sich an den heutigen Begriffssysteme der Rechtsdogmatik orientieren - beginnend mit einem kurzen einsemestrigen Einführungsfach zur Rechtsgeschichte und einem einsemestrigen Einführungsfach zur Rechtstheorie - und erst nach Abschluss der etwa dreijährigen Grundausbildung sollte die etwa zweijährige sozialwissenschaftliche Rechtsausbildung hinzukommen. Mit einer rationaler Umstrukturierung müsste die derzeitige fünfjährige juristische Ausbildung in den meisten Ländern der westlichen Rechtskultur nicht einmal verlängert werden, um in Zukunft von einer echten rechtswissenschaftlichen Ausbildung jenseits der heutigen Rechtsdogmatik sprechen zu können.

Anstelle eines rechtsdogmatischen Ansatzes, der sich auf die Normen und ihren begrifflichen Kontext konzentriert, konzentriert sich eine sozialwissenschaftliche Rechtsausbildung auf die Auswahlprozesse (Schaffung) dieser Normen und die damit einhergehenden rechtsdogmatischen Konzeptualisierungsprozesse bzw. die richterlichen Entscheidungsprozesse, von denen die Rechtsstretigkeit in Einzelfall entschieden werden. Kurz gesagt, der Schwerpunkt liegt auf den Entscheidungsaktivitäten und nicht auf den Normen. Die Rechtsnorm und das Normensystem sind nämlich nur ein verkürzter Ausdruck, eine statische Erschöpfung dessen, was Recht in seiner Gesamtheit ist. Diese Abkürzung ist jedoch notwendig, um den Tausenden von Juristen, die täglich mit der Entscheidungsfindung

beschäftigt sind, einen umfassenden Überblick über das Recht zu geben. Es ist, um es mit *Niklas Luhmann* zu sagen, eine Reduktion der Komplexität, die es dem Durchschnittsmenschen ermöglicht, sich in der komplexen Welt zurechtzufinden, und in diesem Fall dem Durchschnittsjuristen, einen klaren Überblick über das Ganze zu haben, in dem er als kleiner Punkt agiert, indem er die vielfältigen Abhängigkeiten weglässt. Der vom juristischen Arbeitsalltag befreite Rechtswissenschaftler, der seinen ganzen Tag - und zuvor sein ganzes juristisches Studium - dem Verständnis und der Beachtung der vielfältigen Zusammenhänge widmen kann, muss sich jedoch von einer vereinfachten, auf eine Normenwelt reduzierten (rechtsdogmatischen) Betrachtungsweise lösen und das Recht im Zusammenhang mit den Entscheidungsprozessen zur Schaffung dieser Normen und den richterlichen Entscheidungsprozessen zu ihrer Anwendung im Fall sehen.

Um einem verbreiteten Missverständnis und einer falschen Darstellung vorzubeugen, ist es notwendig, auf eine Unterscheidung zu verweisen, die von rechtssoziologischen Handbüchern getroffen wird, die gegen die rechtsdogmatische, den Sinn von Rechtsvorschriften verengende Thematik ankämpfen - und versuchen, sich selbst einen Platz in der Forschung und an den Universitäten zu verschaffen -, indem sie ihren eigenen Gegenstand als *die Interaktion von Recht und Gesellschaft* konzipieren. Es gibt das Recht - das von der traditionellen Rechtswissenschaft erforscht wird - und die Rechtssoziologie, die nach dieser Unterscheidung das Verständnis des Rechts für die Gesellschaft öffnet. Mit Luhmann ist dagegen zu argumentieren, dass das Recht selbst die Gesellschaft ist und es daher darum geht, die Gesellschaft im Recht selbst zu untersuchen. Diese Thematisierung öffnet das Innere des Rechts für die sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft und macht die rechtsdogmatische Tätigkeit selbst zum Gegenstand der Forschung. Ebenso irreführend und den Status der Rechtssoziologie als Hilfswissenschaft des Rechts verstärkend ist es, die Rechtssoziologie als "empirische Rechtswissenschaft" neben der "theoretischen" Rechtswissenschaft zu begreifen. Eine voll entwickelte sozialwissenschaftliche Rechtswissenschaft befasst sich mit theoretischen Kontexten ebenso wie die rechtsdogmatischen intellektuellen Aktivitäten. Ja, sie erforscht diese intellektuellen Aktivitäten selbst analytisch. So ist es irreführend, sie auf die rein empirische Ebene zu verweisen. Die sozialwissenschaftliche Rechtslehre umfasst das gesamte Recht und alle seine Tätigkeiten. In konsequenter Umsetzung dieses Gedankens verwarf Luhmann in den letzten zusammenfassenden Werken seines Lebens die falschen Dichotomien von "Recht und Gesellschaft", "Wirtschaft und Gesellschaft", "Wissenschaft und Gesellschaft" usw. und ersetzte sie durch Buchtitel wie "Das Recht der Gesellschaft", "Die Wirtschaft der Gesellschaft", "Die Wissenschaft der Gesellschaft".

Mit diesen einleitenden Bemerkungen kann es begonnen werden, die internen Disziplinen der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft zu entschlüsseln. Der Gegenstand ist hier die bestehende Rechtsordnung und die wissenschaftliche Beobachtung umfasst die Analyse des Systems von Normen und rechtsdogmatischen Begriffen der einzelnen Rechtszweige, einschließlich der Verfassung und des Verfassungsgerichtsbarkeit, die die oberste Schicht der Rechtsordnung bilden. Mit anderen Worten: Die Rechtsdogmatik der Rechtszweige würden nicht abgeschafft, sondern würden weiterhin Gegenstand der Forschung sein. So könnten die Soziologie des Privatrechts, die Soziologie des Strafrechts, die Soziologie der Verwaltungsrecht, die Soziologie des Verfassungsrechts usw. den juristischen Disziplinen von heute folgen. Sie sollten aber auch durch den breiteren Analysen der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft ergänzt werden. So sollten beispielsweise nicht nur die Entscheidungsprozesse von Strafrichtern, Zivilrichtern, Verwaltungsrichtern und Verfassungsrichtern und die Faktoren, die die strukturelle Entscheidungsfindung in jedem Land bestimmen, getrennt analysiert werden, sondern auch die Soziologie des Justizwesens in jedem Land im Allgemeinen sowie die Verflechtung oder sogar Trennung zwischen der

Richterschaft und anderen Gruppen von Juristen in jedem Land und die Auswirkungen dieser Unterschiede auf die richterlichen Entscheidungsprozesse untersucht werden. Mit anderen Worten: Neben der Analyse der Entscheidungsprozesse im engeren Sinne muss immer auch die Soziologie des Juristentums und darin die Soziologie der einzelnen Berufsgruppen analysiert werden, und damit auch eine Bewertung der Wechselbeziehungen zwischen den Entscheidungsprozessen der einzelnen juristischen Berufsgruppen.

Bei einer derartigen Betrachtung des Rechtssystems im weiteren Sinne wird einerseits die Zersplitterung des Juristentums in geschlossenen strafrechtlichen, privatrechtlichen, verwaltungsrechtlichen usw. Gruppen und andererseits die Verflechtung der einzelnen Rechtszweige mit diesen isolierten Gruppen von spezialisierten Juristen beobachtet werden, wie es in den kontinentalen Europa der Fall ist. Wenn aber neben der Unterteilung der Rechtszweige die generalistische Richterschaft beibehalten wird, verhindert dies die völlige Zersplitterung des Juristentums in geschlossene Berufsgruppen, wie es in den Vereinigten Staaten der Fall ist. Die Analyse dieses Sachverhalts kann als Soziologie der Organisation der Rechtszweige bezeichnet werden.

In diesem erweiterten Bereich der rechtswissenschaftlichen Disziplinen öffnet sich das Feld der Rechtsgeschichte erst richtig, denn sie gehörte schon immer zu der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft, oder zumindest haben die großen rechtsgeschichtlichen Grundwerke des letzten Jahrhunderts die Veränderungen des Rechts immer in einem sozialgeschichtlichen Kontext analysiert. Eine solche Rechtsgeschichte beschränkt sich also nicht auf die großen Gesetze der aufeinanderfolgenden Könige, sondern untersucht in einer eigenen Dimension die Prozesse der Entwicklung des Juristentums in den aufeinanderfolgenden historischen Epochen, die Entstehung bestimmter Juristenberufe oder die Gründe für ihr Ausbleiben in bestimmten Ländern und ihre Substitute hier. Aber auch, über die Rechtsnormen hinaus, die historische Entstehung der Rechtsdogmatik der einzelnen Rechtszweige, die sie systematisiert hat, und die Analyse der umfassenderen geistig-kulturellen Veränderungen, die dies ermöglichten. Das heißt, die Geschichte des Rechts und der Rechtsberufe sowie die Geschichte der Rechtsdogmatik, einschließlich der Entwicklung der Hauptkategorien der Strafrechtsdogmatik und der Privatrechtsdogmatik, mit einer Beschreibung der Unterschiede zwischen ihnen in den verschiedenen Ländern. Auf diesem Gebiet gibt es natürlich bereits viel gesammeltes Material, auch wenn vieles davon in der Rechtsgeschichtsforschung in Ungarn fehlt. Obwohl könnte beispielsweise die kleine Monographie von György Bónis über die mittelalterlichen Rechtsgelehrten als Ausgangspunkt für eine solche Forschung dienen.

Schließlich könnte die allgemeine Sozialtheorie des Rechts ein ergänzendes Fach zu den zeitgenössischen Rechtsphilosophien und -theorien unter den Disziplinen der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft als Abschlussfach die zweistufige Ausbildung der Juristen vervollständigen. Jherings Theorie, wie sie hier vorgestellt wird, und *Niklas Luhmanns* Rechtstheorie, wie sie in den letzten Jahrzehnten entwickelt wurde, sind allesamt Vorläufer. Aber auch die produktive Forschung von US-Richter *Richard Posner* ist heute ein Beispiel dafür. Die zukünftige Forschung der sozialwissenschaftlichen Rechtswissenschaft, die sich in Zukunft systematischer entfalten wird, kann dafür jedoch eine noch solidere Grundlage bieten.