

## **Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie. Für eine Rechtssoziologie ‚mit noch mehr Recht‘**

Ingo Schulz-Schaeffer, Institut für Soziologie, TU Berlin

### **1 Einleitung**

Die Rechtssoziologie versteht sich als „die Wirklichkeitswissenschaft vom Recht“ (Rehbinder 2000: 1), ihr Gegenstand ist die „Erforschung der sozialen Wirklichkeit des Rechts“ (ebd.). Sie interessiert sich für Recht als „soziale() Erscheinung“ (Geiger 1964: 43), als „gesellschaftliche Erscheinung“ (Ehrlich 1989 <1913>: 19) bzw. als „soziale Tatsache“ (Röhl 1987: 51), also für das Recht, wie es empirisch erfassbar sozial wirksam wird. Gegenstandsbeschreibungen dieser Art durchziehen wie ein roter Faden die rechtssoziologische Literatur von ihren Anfängen bis in die Gegenwart. Womit anders aber sollte soziologische Forschung sich auch befassen als mit Phänomenen der sozialen Wirklichkeit? Weshalb bedarf dies im Fall der Rechtssoziologie besonderer Betonung?

Die Antwort besteht darin, dass die Rechtssoziologie sich als eigenständige wissenschaftliche Beschäftigung mit Recht in Abgrenzung von derjenigen Rechtswissenschaft etabliert hat, die den juristischen Diskurs dominiert: der Rechtsdogmatik. Jene, so der Kerngehalt dieser Abgrenzung zwischen den beiden Rechtswissenschaften, beschäftigt sich mit Rechtsnormen unter dem Gesichtspunkt ihrer *Sollgeltung*, der Rechtssoziologie dagegen gehe es um die *Seinsgeltung* des Rechts (vgl. Raiser 1999: 243f.). In den Worten von Weber (1972 <1922>: 181): „Wenn von ‚Recht‘, ‚Rechtsordnung‘, ‚Rechtssatz‘ die Rede ist, so muß besonders streng auf die Unterscheidung juristischer und soziologischer Betrachtungsweise geachtet werden. Die erstere fragt: was als Recht ideell gilt. Das will sagen: welche Bedeutung, und dies wiederum heißt: welcher *normative Sinn* einem als Rechtsnorm auftretenden sprachlichen Gebilde logisch *richtigerweise* zukommen *sollte*. Die letztere dagegen fragt: was innerhalb einer Gesellschaft *faktisch* um deswillen *geschieht*, weil die *Chance* besteht, daß am Gemeinschaftshandeln beteiligte Menschen, darunter insbesondere solche, in deren Händen ein sozial relevantes Maß von faktischem Einfluß auf dieses Gemeinschaftshandeln liegt, bestimmte Ordnungen als geltend *subjektiv* ansehen und praktisch behandeln, also ihr eigenes Handeln an ihnen orientieren.“

Die Formulierung des rechtssoziologischen Forschungsprogramms aus der so bestimmten Differenz zur dogmatischen Jurisprudenz heraus findet sich in der einen oder anderen Weise nicht nur bei den meisten Klassikern der Rechtssoziologie.<sup>1</sup> Auch in den heutigen Einführungs- und Lehrbüchern zur Rechtssoziologie steht sie regelmäßig an prominenter Stelle.<sup>2</sup> Gerne wird diese Differenz auf die griffige Formel gebracht, die Rechtssoziologie untersuche das „lebende Recht“, das „law in action“ und nicht das „law in the books“, das Recht als Summe der im juristischen Sinne geltenden Rechtsnormen (vgl. Rehbinder 2000: 2; Raiser 1999: 26).

---

<sup>1</sup>. Neben Weber vgl. auch Holmes 1897, Ehrlich 1989 <1913>: 1-19 oder Geiger 1964: 43ff.

<sup>2</sup>. Vgl. Raiser 1999: 26; Röhl 1987: 1; Rehbinder 2000: 1ff.

Der vorliegende Beitrag argumentiert, dass die Etablierung eines eigenständigen soziologischen Zugangs zum Phänomen des Rechts, indem sie sich in Abgrenzung zur Rechtsdogmatik vollzieht, zugleich einem noch heute zu konstatierenden rechtssoziologischen Forschungsdefizit Vorschub geleistet hat: dem weitgehenden Fehlen einer rechtssoziologischen Beschäftigung mit der Rechtsdogmatik. Dies ist keineswegs eine zwingende Konsequenz des soziologischen Rechtsbegriffs, dessen für den vorliegenden Zusammenhang wesentliche Elemente im folgenden Abschnitt benannt werden (Abschnitt 2). Verantwortlich ist vielmehr die Art und Weise, in der die rechtssoziologische Abgrenzung von der Rechtsdogmatik forschungsleitend geworden ist. Hierbei scheinen insbesondere drei Entwicklungslinien in der Rechtssoziologie von Bedeutung zu sein: (1) das Fortwirken der Rechtsdogmatik-Kritik der rechtssoziologischen Klassiker, (2) die Formierung der empirischen Rechtssoziologie nach dem zweiten Weltkrieg als Irrtumssoziologie und (3) das Zurücktreten anerkennungstheoretischer Gesichtspunkte im Rahmen eines dominant zwangstheoretisch begründeten soziologischen Rechtsverständnisses. In allen drei Hinsichten, so zeigt die Auseinandersetzung mit diesen Entwicklungslinien, besteht Anlass zu einer veränderten Bewertung (Abschnitt 3). Dies unterstützt die verschiedentlich erhobene, in der Rechtssoziologie aber bislang wenig umgesetzte Forderung, die Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie in den Blick zu nehmen (Abschnitt 4).

## **2 Rückgebundener und eigenständiger soziologischer Rechtsbegriff**

In der Differenz zur Rechtsdogmatik kommt ein soziologischer Anfangsverdacht zum Ausdruck: die Vermutung, dass das, was sich in einer Gesellschaft als Recht durchsetzt, nicht identisch ist mit dem, was in den Normen der geltenden Rechtsordnung als Recht festgelegt ist. Dieser Anfangsverdacht kann in zwei unterschiedlichen Varianten geäußert werden: Entweder ist die Vermutung, dass die rechtliche Sollensordnung sich unvollständig als Seinsordnung realisiert, dass also *weniger* in empirisch wirksames Recht übergeht als in den juristischen Rechtsquellen vorgesehen. Oder aber die Vermutung ist, dass sich *anderes* als faktisches Recht durchsetzt.

### **2.1 Der rückgebundene soziologische Rechtsbegriff: Lebendes Recht als Teilmenge des geltenden Rechts**

Der rechtssoziologische Anfangsverdacht in seiner ersten Variante geht davon aus, dass der Umfang dessen, was als Recht empirisch wirksam werden kann, durch die Summe der im juristischen Sinne geltenden Rechtsnormen vorgegeben ist, dass aber eine Rechtsnorm nicht zwangsläufig schon dadurch, dass sie zum geltenden Recht gehört, auch tatsächliche Wirksamkeit entfaltet. Das lebende Recht ist dementsprechend die empirisch wirksame Teilmenge des geltenden Rechts: „Lebendes Recht sind nur diejenigen Rechtsnormen, die in der Rechtspraxis durchgesetzt werden können. Sollensordnung und Seinsordnung müssen hier identisch sein ...: lebendes Recht ist geltendes Recht, das wirksam ist. Denn Normativität ohne Faktizität ist totes Recht (d.h. normativ geltendes Recht, das nicht oder nicht

mehr durchgesetzt wird: paper rule), und Faktizität im Gegensatz zu Normativität ist Unrecht.“ (Rehbinder 2000: 2)

Auf die Differenz zwischen der juristischen und der faktischen Geltung von Rechtsnormen, die in der unvollständigen Realisierung der rechtlichen Sollensordnung begründet ist, zielt vor allem die rechtssoziologische Effektivitätsforschung, die Erforschung der Faktoren, welche die Wirksamkeit einer Rechtsnorm begünstigen oder ihr entgegenstehen.<sup>1</sup> Dazu zählt die Frage nach der Mobilisierung von und dem Zugang zum Recht, nach der Rechtskenntnis und dem Rechtsbewusstsein der Bevölkerung, nach der Sichtbarkeit der Normverletzung, der Aufklärungsquote und der Selektivität der Strafverfolgung sowie nach Wertvorstellungen oder anderen Gegebenheiten des gesellschaftlichen Verkehrs, die auf die Wirksamkeit der fraglichen Rechtsnorm einen Einfluss haben können. Rechtssoziologische Untersuchungen dieser Art fragen einerseits nach den Gründen, warum von der Rechtsordnung bereitgestellte Regelungsangebote (im Fall dispositiver Rechtsnormen) oder nach geltendem Recht einklagbare Rechtsansprüche nicht bzw. nicht in dem durch das geltende Recht ermöglichten Umfang wahrgenommen werden. Sie fragen andererseits nach den Gründen, warum von der Rechtsordnung vorgeschriebene Ge- und Verbote nicht bzw. nicht in dem vom geltenden Recht geforderten Umfang befolgt oder durch Sanktionierung des normwidrigen Verhaltens zur Geltung gebracht werden.

Rechtssoziologische Forschung, die die Differenz zwischen der juristischen und der faktischen Geltung des Rechts auf diese Weise konzeptualisiert und untersucht, tritt zur juristischen Beschäftigung mit dem Recht nicht in ein Konkurrenz-, sondern in ein Ergänzungsverhältnis. Sie produziert Wissen, das für die Gesetzgebung, Rechtsdogmatik und Rechtsprechung zumindest dann von Nutzen ist, wenn sich mit diesen juristischen Betätigungen das Ziel verbindet, auf dem Wege der Formulierung und sachgerechten Auslegung/Anwendung von Rechtsnormen bestimmte angestrebte Regelungszwecke zu realisieren. Die Beschäftigung mit Zugangsbarrieren zum Recht, die Aufdeckung von Diskrepanzen zwischen rechtlichen Regelungsangeboten und gesellschaftlichen Regelungsbedarfen, die Untersuchung des Einflusses außerrechtlicher Wertvorstellungen auf die Akzeptanz von Rechtsnormen, allgemeiner: die Erforschung gesellschaftlicher Tatbestände, die die Realisierung der Regelungszwecke von Rechtsnormen begünstigen oder behindern, liefert der Gesetzgebung wie auch der auf Umsetzung der Rechtsnormen in rechtliche Entscheidungen gerichteten Jurisprudenz Hinweise darauf, mit welchen Maßnahmen die Differenz zwischen faktischer und juristischer Geltung von Rechtsnormen verringert werden könnte, wo die bestehende Rechtsordnung Lücken aufweist oder wo mit Problemen der Durchsetzbarkeit einer beabsichtigten Verhaltensregulierung zu rechnen ist. Eine so verfahrenende Rechtssoziologie bietet für die juristische Beschäftigung mit Recht mithin vielfältige Anknüpfungspunkte. Möglich wird dies dadurch, dass sie den soziologischen Begriff des fak-

---

<sup>1</sup>. Die Wirkungsforschung „konzentriert sich ... meist auf Folgen von Gesetzen und (gesetzlich implementierten, Anm. d. Verf.) politischen Programmen, während die sozialwissenschaftliche Wirkungsanalyse von Gerichtsentscheidungen immer noch in den Anfängen steckt“ (Gawron/Rogowski 1996: 178). Die hier thematisierte Rückbindung des soziologischen Rechtsbegriffs an den juristischen Begriff des geltenden Rechts kann nur für diese erstgenannte, dominante Form der Effektivitätsforschung geltend gemacht werden.

tischen Rechts an den juristischen Geltungsbegriff rückbindet, also nur diejenigen Erscheinungen der gesellschaftlichen Ordnung als Recht thematisiert, die eine Verwirklichung der rechtlichen Sollensordnung darstellen (vgl. Raiser 1999: 244).

## **2.2 Der eigenständige soziologische Rechtsbegriff: Lebendes Recht und geltendes Recht als mögliche Disjunktion**

Für die Positionierung der Rechtssoziologie gegenüber der juristischen Beschäftigung mit Recht und insbesondere gegenüber der dogmatischen Rechtswissenschaft, wie auch für die Positionierung der Rechtssoziologie insgesamt, ist jedoch eine andere rechtssoziologische Grundhaltung sehr viel einflussreicher: die der Ablehnung der juristisch geltenden Rechtsordnung als Bestimmungsgrund dessen, was sich in der empirischen Wirklichkeit als Recht realisiert.

Für die Anfänge der Rechtssoziologie geradezu konstitutiv und bis heute fortwirkend ist „eine seit Ehrlich in der Rechtssoziologie verbreitete Geringschätzung staatlichen Rechts“ (Röhl 1987: 219). Bereits Ende des 19. Jhdts. hatte Rudolf von Jhering betont: „Was nicht in Wirklichkeit übergeht, was bloß in den Gesetzen, auf dem Papier steht, ist ein bloßes Scheinrecht, leere Worte, und umgekehrt, was sich verwirklicht als Recht, ist Recht, auch wenn es in den Gesetzen nicht zu finden, und das Volk und die Wissenschaft sich dessen noch nicht bewußt geworden.“ (zit. nach Raiser 1999: 50) Ganz ähnlich stellt sich die rechtssoziologische Einschätzung des geltenden Rechts Rottleuthner (1987: 20f.) zufolge auch heute noch dar: „Den Rechtsnormen selbst sieht man es gewiß nicht an, ob sie angewendet oder befolgt werden; in welchem Maße sie übertreten und in welcher Weise sie interpretiert werden. Deshalb pflegen die Rechtssoziologen einen systematischen Zweifel daran, ob rechtlich geltende Normen auch tatsächlich effektiv sind.“

Der systematische Zweifel der Rechtssoziologie an der empirischen Wirksamkeit des geltenden Rechts, der damit angesprochen ist, besteht nicht mehr nur darin, dass die Vorschriften des geltenden Rechts unter Umständen nicht oder nur in unvollständiger Weise verhaltenswirksam werden. Er geht viel weiter: Was nun zusätzlich auch noch bezweifelt wird, ist, dass sich im faktischen Recht die Regelvorschriften und -angebote des geltenden Rechts realisieren. Stattdessen wird davon ausgegangen, dass die gesetzlichen Vorgaben die Ausprägung des faktischen Rechts nicht zu determinieren vermögen (vgl. Röhl 1987: 344) und mit der Möglichkeit gerechnet, dass das faktische Recht gegebenenfalls sogar weitgehend unabhängig davon entsteht. Markant formuliert ist dies die These von der „Gesetzlosigkeit‘ der Rechtspraxis“ (Morlok 2001: 135). Sie beruht auf der „Annahme von der Bedeutungsoffenheit des Gesetzes, das erst Fall für Fall durch seine konkrete Sachverhaltsbeziehung sinnvoll wird“ (Morlok/Kölbl 2001: 297). Da „sprachlich verfaßte Rechtsnormen ihre Lesart nie determinieren (können)“ und „es keine Regel (vermag), sämtliche Merkmale aller potentiell einschlägigen Situationen vorwegzunehmen“ erschließt „erst die situative Anwendung, d.h. ein prinzipiell norm- und situationsdeutender Prozeß“ (Morlok et al. 2000: 30f.) fallbezogen die jeweilige Bedeutung des Rechts. Und „da Dogmatik die konkret anstehende, neuartige lebenspraktische Entscheidung niemals schon mitenthält“ (Morlok/Kölbl 2001: 297), auf der die derart als fallbezogen, kontext-

gebunden und situativ gekennzeichnete „gesetzliche Sinnhaftigkeit“ (ebd.) beruht, sind es in „erhebliche(m) Umfang auch außerjuristische Rationalitäten“, die „in gerichtlichen Entscheidungen zur Geltung gelangen“ (ebd.: 294).

Damit verliert das gesetzliche Recht die Bedeutung, die es für den rückgebundenen soziologischen Rechtsbegriff noch besaß: die Bedeutung, bezogen auf das faktische Recht den Rahmen dessen vorzugeben, was Recht im Gegensatz zu Unrecht bzw. zu außerrechtlichen Normen ist. Blieb dort der soziologische in dieser Hinsicht ein an den juristischen rückgebundener Rechtsbegriff, so muss hier nun ein vollständig eigenständiger soziologischer Rechtsbegriff zu Grunde gelegt werden. Weil der Einfluss der Normen des geltenden Rechts auf das faktische Recht als Variable mit jeweils erst zu bestimmender empirischer Relevanz gilt, muss die Frage, worin die Rechtsqualität des tatsächlich wirksamen Rechts besteht, jetzt ohne Verweis auf die rechtliche Sollensordnung beantwortet werden.

### 2.3 Rechtsstabtheorie und Legal Realism als Grundlagen des eigenständigen soziologischen Rechtsbegriffs

Wie werden Verhaltensvorschriften oder Regelungsangebote *als Recht* sozial wirksam, wenn ihre Rechtsqualität nicht an dem Merkmal der juristischen Geltung festgemacht werden kann? Zur Beantwortung dieser Frage rekurriert die Rechtssoziologie zumeist auf die so genannte „Zwangstheorie“ oder „Rechtsstabtheorie“ des Rechts, als deren Stammvater Weber gilt und die, so Raiser (1999: 112), „heute in der Rechtssoziologie vorherrscht“.<sup>2</sup>

Weber (1972 <1922>: 17) bezeichnet eine gesellschaftliche Ordnung als „*Recht*, wenn sie äußerlich garantiert ist durch die Chance [des] (physischen oder psychischen) *Zwanges*, durch ein auf Erzwingung der Innehaltung oder Ahndung der Verletzung gerichtetes Handeln eines *eigens* darauf eingestellten *Stabes* von Menschen.“ In genau diesem Sinne bezeichnet auch Geiger (1964: 339) als Recht „die soziale Lebensordnung eines zentral organisierten gesellschaftlichen Großintegrats, sofern diese Ordnung sich auf einen von besonderen Organen monopolistisch gehandhabten Sanktionsapparat stützt“. Die *differentia specifica*, durch die Recht sich von anderen gesellschaftlichen Ordnungen unterscheidet, ist also die auf seine Durchsetzung gerichtete Sanktionstätigkeit eines gesonderten Zwangsapparats: „Mit dem Übergang der Reaktionstätigkeit von der spontan handelnden Gruppenöffentlichkeit auf besondere Sanktionssubjekte gewinnt ein Normgefüge eine neue Qualität, die es deutlich aus anderen Formen sozialer Ordnung heraushebt. Nach *Webers* Vorschlag ist es üblich geworden, diese Sanktionssubjekte ... Rechtsstab zu nennen. Insofern sie einen besonderen Zwangsapparat verlangen, sind daher die Zwangstheorien zugleich Rechtsstabtheorien.“ (Röhl 1987: 216) „Entscheidend für die Rechtsqualität einer Norm“ ist mithin „das Handeln des Rechtsstabes“ (Rehbinder 2000: 46).<sup>3</sup>

---

2. Die Erweiterung der Zwangstheorie zur Reaktionstheorie (vgl. Wenz 1994) kann hier unbeachtet bleiben, weil diese Erweiterung an dem hier entscheidenden Gesichtspunkt: Recht mit Bezug auf das Handeln einer zur Durchsetzung verbindlicher Normen bestellten gesellschaftlichen Instanz zu bestimmen, nichts ändert.

3. Und zwar, angesichts des Gewaltmonopols des Staates, primär der staatliche Rechtsstab. Vgl. Weber 1972 <1922>: 183; Raiser 1999: 194; Rehbinder 2000: 49ff.

In der Weber'schen Fassung der Rechtsstabtheorie bleibt die empirische Geltung einer Norm als Rechtsnorm dennoch weiterhin rückgebunden an deren juristische Geltung. Seiner Konzeption zufolge „bedeutet ... das empirische Bestehen eines ‚Rechtssatzes‘: daß für den Fall des Eintritts bestimmter Ereignisse ... mit Wahrscheinlichkeit darauf gezählt werden kann, daß ein Verbandshandeln von Organen des politischen Verbandes eintritt, welches ... geeignet ist, den aus jenem Rechtssatz, nach der *gangbaren* Art seiner Deutung, zu entnehmenden Anordnungen Nachachtung oder, wo dies unmöglich geworden ist, ‚Genugtuung‘ und ‚Entschädigung‘ zu verschaffen.“ (Weber 1972 <1922>: 183) Der Auffassung, dass empirisch geltendes Recht durch die Sanktionstätigkeit des Rechtsstabs konstituiert wird, stellt Weber also eine ergänzende Annahme zur Seite: die, dass es die juristisch geltenden Normen nach der gangbaren Art ihrer Deutung sind, auf deren Durchsetzung sich die Sanktionstätigkeit des Rechtsstabs richtet.

Unter dem Einfluss der soziologischen Jurisprudenz<sup>4</sup> ist diese ergänzende Annahme zunehmend einer Sichtweise gewichen, die in den 1930er Jahren besonders prägnant vom Legal Realism eingenommen wurde. Zusammen mit der auf den Tatbestand der Sanktionstätigkeit und deren empirische Wirksamkeit reduzierte Rechtsstabtheorie bildet sie die Grundlage des eigenständigen soziologischen Rechtsbegriffs. Diese Sichtweise findet sich bereits Ende des 19. Jhdts. in der folgenden, in diesem Zusammenhang häufig zitierten Äußerung von Oliver Wendell Holmes (1897: 459-461): „If you want to know the law and nothing else, you must look at it as a bad man, who cares only for the material consequences which such knowledge enables him to predict ... . What constitutes the law? You will find some text writers telling you that it is something different from what is decided by the courts of Massachusetts or England, that it is a system of reason, that it is a deduction from principles of ethics or admitted axioms or what not, which may or may not coincide with the decisions. But if we take the view of our friend the bad man we shall find that he does not care two straws for the axioms or deductions, but that he does want to know what the Massachusetts or English courts are likely to do in fact. I am much of his mind. The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law.“

Der erste Teil des Arguments entspricht dem Grundgedanken der Rechtsstabtheorie, dass die Sanktionstätigkeit des Rechtsstabs den potenziellen Normbrecher (d.h. Holmes' „bad man“) zur Sanktionsvermeidung motiviert und Normen dadurch als Rechtsnormen empirisch wirksam werden. Die Differenz zu Weber ergibt sich erst im zweiten Teil des Arguments: Weil es dem potenziellen Normbrecher nur um die Frage geht, welche Konsequenzen er seitens des staatlichen Zwangsapparats zu gewärtigen hat, richtet sein Interesse sich darauf, wie die Gerichte entscheiden, während ihm die rechtlichen Normen für sich genommen gleichgültig sind. Und deshalb, so Holmes' Schlussfolgerung, ist es nichts anderes als das Entscheidungsverhalten der Gerichte, an dem sich das empirisch wirksame Recht ablesen lässt.

---

4. Röhl (1987: 43) zufolge ist die „Entwicklung der Rechtssoziologie, insbesondere im deutschen Sprachraum, ... nicht verständlich, wenn man nicht die starken Impulse berücksichtigt, die die soziologischen Bemühungen um das Recht von den verschiedenen Schulen der soziologischen Jurisprudenz empfangen haben“.

Damit liegt nun ein Begriff des Rechts vor, der in keiner Weise mehr auf den normativen Rechtsbegriff der Juristen zurückgreifen muss, sondern allein am empirischen Phänomen orientiert ist und in diesem Sinne ein eigenständiger soziologischer Rechtsbegriff ist: „Recht kann ... empirisch am Verhalten des Rechtsstabes beobachtet werden. Zutreffend daher die berühmte Rechtsdefinition von O. W. Holmes: ‚The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law‘. Lebendes Recht sind diejenigen Normen, die in der Praxis durchgesetzt werden können“ (Rehbinder 2000: 48).

Eine radikale Strömung innerhalb des Legal Realism ist – allerdings ohne sich damit durchzusetzen – soweit gegangen, den geltenden Gesetzen jegliche substanzielle Bedeutung bei der richterlichen Entscheidungstätigkeit abzusprechen (vgl. Raiser 1999: 60f.; Röhl 1987: 53ff.). Dies ist jedoch nicht erforderlich, will man einen eigenständigen soziologischen Rechtsbegriff vertreten. Entscheidend ist nur, dass die normativen Bestimmungen der rechtlichen Sollensordnung nicht in die soziologische Begriffsdefinition einfließen. Der eigenständige soziologische Rechtsbegriff schließt mithin keineswegs aus, dass im faktischen Recht gesetzliche Bestimmungen und rechtsdogmatische Abwägungen zum Zuge kommen, sondern erklärt es zu einer empirischen Frage, ob, wie und in welchem Ausmaß dies der Fall ist:

„Die Gerichte nehmen im gesamten Mechanismus der Rechtsverwirklichung eine Schlüsselstellung ein. In ihren Urteilen zeigt sich, ob und wie die vom Gesetzgeber, von der Wissenschaft oder von gesellschaftlichen Kräften proklamierten Normen zur Geltung gelangen. ... Damit soll nicht gesagt sein, daß die Gerichte nach Belieben Recht schaffen könnten oder gar sollten, sondern es wird rein äußerlich diejenige Stelle genannt, deren Entscheidungen definitionsgemäß als Recht bezeichnet werden sollen. ... Tatsächlich wird damit der übliche Rechtsbegriff der Juristen geradezu auf den Kopf gestellt. Nicht Gesetz und Recht, sondern Recht und Urteilsverhalten werden identifiziert. Treffend hat man insofern von einer *Auswechslung der Gesetzespositivismus gegen einen Entscheidungspositivismus* gesprochen. Diese Auswechslung erscheint durchaus zweckmäßig. Sie ist insofern unschädlich, als die Gerichte im großen und ganzen tatsächlich bereit sind, staatliche Gesetze anzuwenden, so daß mit dem Urteilsverhalten des Rechtsstabs praktisch auch das kodifizierte Gesetzesrecht eingeschlossen ist. Sie ist sogar besonders zweckmäßig, weil sie es gestattet, die Gesetzestreue der Richter zu problematisieren.“ (Röhl 1987: 221f.)

### **3 Gründe und Gegengründe für das soziologische Desinteresse an der Rechtsdogmatik**

Die Gegenüberstellung von empirischer Rechtssoziologie und normativer Rechtswissenschaft markiert nicht nur den Bereich des rechtssoziologischen Interesses, sondern ebenso den des rechtssoziologischen Desinteresses: Von ihren Anfängen an bis heute bringt die Rechtssoziologie für die Tätigkeit der methodisch kontrollierten Auslegung des kodifizierten Gesetzesrechts durch die Jurisprudenz, für die dogmatische Rechtswissenschaft also, kaum Interesse auf. Es gibt, so Luhmann (1999: 2), „keine adäquate Soziologie der juristi-

schen Dogmatik“ und in dieser Frage habe sich „in den letzten beiden Dekaden nicht viel bewegt“ (ebd.). Knapp fünfzehn Jahre später (das Luhmann-Zitat entstammt dem Nachdruck eines Textes von 1986) lautet der Befund, wie er im folgenden Zitat in Auseinandersetzung mit der empirischen Richtersozioologie getroffen wird, im Kern ganz ähnlich: „Rechtssoziologische Arbeiten haben – als sie aufhörten, sich nur für den sozialen Hintergrund der Richter zu interessieren – meist richterliches Handeln umfassend erklären wollen, sich in der Sache aber fast ausnahmslos auf die Tatsachenseite der Rechtsentscheidung beschränkt. In Hinsicht auf die *Rechts- und Darstellungsarbeit* besteht also weiterer Forschungsbedarf“ (Morlok et al. 2000: 15f., Anm. 3; vgl. Morlok/Kölbel 2000: 405f.).

Vor dem Hintergrund der Unterscheidung zwischen normativer und empirischer Rechtswissenschaft gerät fast vollständig aus dem Blick, dass selbstverständlich auch die normative Tätigkeit der Gesetzesauslegung als empirische Tatsache beobachtet werden kann und dass die Produkte dieser Tätigkeit: Aussagen über die richtige Rechtsauslegung, zweifellos ebenfalls als empirische Tatbestände gelten müssen (vgl. Röhl 1987: 73). Die Frage nach der Bedeutung dieser Sorte empirischer Tatsachen für das die Soziologie interessierende lebende Recht ist deshalb gleichfalls eine empirische Frage. Die Charakterisierung der Rechtssoziologie als empirische Wissenschaft schließt „normative Strukturen von der empirischen Perspektive der Soziologie“ (Raiser 1990: 241) mithin keineswegs aus. Dies dennoch mit dem Argument zu tun, dass sich die Rechtssoziologie nur für das faktische Recht interessiert, wäre ein Kategorienfehler: ein Fehler, der darin bestünde, den normativen Aussagen der Jurisprudenz deshalb eine empirische Wirksamkeit abzusprechen, weil es keine Aussagen über die empirische Wirklichkeit sind.

In keiner der beiden Varianten nötigt der soziologische Rechtsbegriff dazu, diesen Kategorienfehler zu begehen. Interessiert man sich für die Faktoren, die die empirische Wirksamkeit des geltenden Rechts beeinflussen, dann liegt es sogar durchaus nahe, den rechtsdogmatischen Diskurs über die richtige Gesetzesauslegung als einen solchen Faktor in Betracht zu ziehen. Aber auch wenn man, wie es der eigenständige soziologische Rechtsbegriff vorsieht, das lebende Recht ausschließlich am Entscheidungsverhalten der Gerichte festmacht, spricht nichts dagegen, sich für die Rechtsdogmatik als einen der Faktoren zu interessieren, die auf dieses Entscheidungsverhalten einwirkt.

Es ist mithin keineswegs so, dass das rechtssoziologische Interesse an der empirischen Rechtswirklichkeit von vornherein eine Entscheidung gegen die Beschäftigung mit der Rechtsdogmatik impliziert. Tatsächlich findet sich in dieser Richtung jedoch sehr wenig. Bis vor kurzem fand die Auseinandersetzung mit der Rechtsdogmatik in Deutschland primär als professionspolitische Debatte statt: Als Frage nach der Nützlichkeit oder Notwendigkeit rechtssoziologischer Forschungen für die Rechtswissenschaft bzw. als Frage danach, ob die Rechtssoziologie es überhaupt anstreben sollte (und realistisch erwarten darf), zur Verbesserung des Rechts beizutragen, oder ob sie sich dadurch von den normativen Vorgaben der Jurisprudenz abhängig machen und ihren eigenen Gegenstand der soziologischen Erforschung der Rechtswirklichkeit aus dem Blick verlieren würde (vgl. Raiser 1990; Raiser 1994; Ziegert 1994; Raiser 1996; Röhl 2000; Rasehorn 2001; Machura 2001) Ein Anzeichen aus jüngster Zeit für eine darüber hinausgehende Hinwendung zur Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie bildet auf den ersten Blick ein Themen-

schwerpunkt der Zeitschrift *Rechtstheorie* von 2001 (Jg. 32). Mit dem dort von RechtssoziologInnen und soziologisch informierten JuristInnen gemeinsam verhandelten Thema eines Theorie-Praxis-Bruchs in der juristischen Methodenlehre wird durch die Themenwahl zunächst signalisiert, dass die rechtsdogmatischen Methoden der Gesetzesauslegung empirisch relevant (vgl. Strauch 2001: 200f.) und damit als Gegenstand rechtssoziologischer Forschung von Interesse sind. Bedauerlicherweise wird dieses Interesse bereits im Vorwort weitgehend dementiert, wenn Morlok (2001: 136) für die rechtssoziologische Seite<sup>5</sup> reklamiert, es werde „jedenfalls in der Tendenz eine gemeinsame Vorstellung akzeptiert, wonach sich rechtliche Normativität erst in der fallbezogenen Rechtsentscheidung entfaltet“, für deren Herstellung jedoch weniger die juristische Methodenlehre und Methodik als vielmehr die „alltagspraktisch bedingten Einflüsse() außerrechtlicher“, nämlich „personale(r) und soziale(r) ‚Einflussvariablen‘“ von entscheidender Bedeutung seien. Die paradoxe Folge ist, dass das Feld der soziologischen Beschäftigung mit den Problemen rechtsdogmatischer Verfahren in diesem Themenschwerpunkt weitgehend von den soziologisch informierten Juristen allein beackert wird (vgl. Neumann 2001; Strauch 2001; Krawietz 2001). Auch ansonsten gibt es, soweit ich sehe, in der neueren deutschen Rechtssoziologie kaum empirische Studien zu richterlichem Entscheidungsverhalten, die den Einfluss der Rechtsdogmatik eigenständig untersuchen.<sup>6</sup> Und auch in den Modellen, die das Zusammenspiel der Faktoren abzubilden trachten, die die empirische Wirksamkeit von Rechtsnormen beeinflussen, sucht man diesen Faktor vergebens (vgl. Opp 1973: 190ff.; Diekmann 1980: 38ff.; Rottleuthner 1987: 55ff.). Für das Desinteresse der Rechtssoziologie an der Tätigkeit der dogmatischen Rechtswissenschaft und an der Frage nach deren Einfluss auf das faktische Recht muss es deshalb andere Gründe geben. Drei Entwicklungslinien der Rechtssoziologie scheinen mir dabei von besonderer Bedeutung zu sein:

- (1) In der Rechtssoziologie wirkt bis heute ein Verständnis der Rechtsdogmatik fort, wie diese sich den rechtssoziologischen Klassikern darstellte und seinerzeit die Etablierung eines konkurrierenden, des rechtssoziologischen Zugangs zum Recht motivierte.
- (2) Die empirische rechtssoziologische Forschung formiert sie in ihren Anfängen ganz wesentlich als „Irrtumssoziologie“, d.h. als Soziologie der Abweichungen von denjenigen Strukturen und Prozessen, die der juristischen Orientierung nach das Wesen des Rechts ausmachen.

---

<sup>5</sup>. Wohl um die Differenz zwischen der soziologischen und der juristischen Betrachtungsweise nicht noch zu betonen, wird in der hier zitierten Passage nicht ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dies die rechtssoziologische Sicht ist. Aus dem Kontext ergibt sich diese Zuordnung jedoch zweifelsfrei.

<sup>6</sup>. In gewissem Sinne eine Ausnahme bilden die neueren Arbeiten von Morlok und Mitarbeitern, die in der Frage der empirischen Relevanz der Rechtsdogmatik jedoch eine eigentümlich ambivalente Haltung einnehmen. Ich werde darauf noch zurückkommen. Meine Einschätzung stützt sich auf eine Sichtung aller Jahrgänge der *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, der neueren Jahrgänge der *Rechtstheorie*, potenziell einschlägiger neuerer rechtssoziologischer Sammelbände (u.a. Dreier 2000; Brand/Strempel 1998; Hoffmann-Riem et al. 1990), dem *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* und anderer Quellen. Sicherlich werde ich die eine oder andere Arbeit übersehen haben, die zumindest in Teilaspekten mit der hier interessierenden Frage befasst ist, und bin für entsprechende Hinweise dankbar. Dass mir diesbezüglich ein substanzieller rechtssoziologischer Forschungsbestand entgangen ist, glaube ich dagegen nicht.

(3) Ein dominant zwangstheoretisch begründetes soziologisches Rechtsverständnis hat die Frage nach der Bedeutung der juristischen Argumentation unter Anerkennungstheoretischen Gesichtspunkten in den Hintergrund treten lassen.

Möglicherweise ist – neben allen weiteren, hier vernachlässigten Erwägungen – noch ein vierter Gesichtspunkt von Gewicht: Wie die deutsche Soziologie insgesamt, so stand auch die Rechtssoziologie in den ersten Dekaden nach ihrer Neugründung nach dem zweiten Weltkrieg stark unter dem Einfluss der u.s.-amerikanischen Soziologie (vgl. Bock 2000: 118ff.; Gessner/Höland 1990: 52f.; Röhl 1987: 346). Nun unterscheidet sich aber das u.s.-amerikanische vom deutschen Rechtssystem darin, dass Gesetzgebung und maßgebliche Rechtsauslegung sehr viel stärker auf Leitentscheidungen von Obergerichten oder einflussreichen Richtern sowie auf der Rechtspraxis der Gerichte insgesamt beruht und sehr viel weniger monopolisiert ist durch die Gesetzgebungskompetenz der Legislative und die Definitionsmacht einer systematisch gesetzesauslegenden Rechtswissenschaft (vgl. Hay 2002: ???). Die mögliche Schlussfolgerung aus diesen beiden Befunden klingt in der folgenden Äußerung von Rasehorn (2001: 289) indirekt bereits an: „Die Rechtspflege, nicht nur im englisch-angelsächsischen, sondern auch im kontinentalen Rechtssystem in Frankreich und den Niederlanden kommt weitgehend ohne die Rechtswissenschaft aus, der Richter urteilt als reasonable man, mit weitgehender Verfahrensmündigkeit ... Anders die deutsche Tradition, unbeachtet bisher von Rechtssoziologen.“ Kann es also sein, dass die geringe Beachtung der Rechtswissenschaft in der deutschen Rechtssoziologie auch eine Folge dessen ist, dass mit der Rezeption der u.s.-amerikanischen Rechtssoziologie diese Differenz der Rechtssysteme aus dem Blick geraten ist? Dieser Vermutung kann im Folgenden nicht weiter nachgegangen werden. Unabhängig davon kann festgehalten werden, dass sich die Frage der Bedeutung einer gesetzesauslegenden Rechtswissenschaft für die Rechtswirklichkeit in einem Rechtssystem wie dem unseren mit größerem Gewicht stellt als in den stärker auf der Autorität des case law gegründeten Rechtssystemen. Dies soll mir – neben dem praktischen Erfordernis, einen sonst kaum überschaubaren Literaturbestand zu begrenzen, – als Begründung dafür dienen, dass die vorliegenden Überlegungen sich überwiegend auf die deutschsprachige rechtssoziologische und rechtswissenschaftliche Literatur beziehen.

Im Folgenden werde ich zu zeigen versuchen, wie die genannten drei Entwicklungslinien dazu beigetragen haben, dass die Rechtsdogmatik als Forschungsgegenstand der Rechtssoziologie weitgehend unthematisiert geblieben ist. Zugleich lässt sich m.E. in allen drei Hinsichten gut begründen, dass Anlass zu einer veränderten Bewertung der soziologischen Relevanz der dogmatischen Jurisprudenz besteht.

### **3.1 Das überkommene rechtssoziologische Bild der Rechtsdogmatik und deren Hinwendung zum lebenden Recht**

Viele der Autoren, deren Arbeiten als maßgeblich für die Entstehung der Rechtssoziologie in Deutschland gelten und bis heute als grundlegend angesehen werden, sind Juristen, die mit dem Stand ihrer Wissenschaft unzufrieden sind (vgl. Gessner/Höland 1990: 51): Rudolf von Jhering, Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz oder Arthur Nußbaum, um nur einige zu nennen. Ausgangspunkt ihrer Bemühungen um eine „neue Rechtswissenschaft“

(Ehrlich 1967 <1913>: 1) ist die Kritik an der vorherrschenden juristischen Methode ihrer Zeit. Für sie prägt von Jhering die noch heute übliche Bezeichnung als „Begriffsjurisprudenz“ (vgl. Krawietz 1972: 20; Raiser 1990: 238) und kennzeichnet sie polemisch als „jene Verirrung unserer heutigen Jurisprudenz ..., welche den praktischen Endzweck und die Bedingungen der Anwendbarkeit des Rechts außer acht lassend, in demselben nur einen Gegenstand erblickt, an dem das sich selber überlassene, seinen Reiz und Zweck in sich selber tragende logische Denken sich erproben kann – eine Arena für ... die Gymnastik des Geistes“ (von Jhering 1891: 347f.; ganz ähnlich Ehrlich 1967 <1913>: 263). Ehrlich spricht von einer „juristischen Begriffsmathematik“ (Ehrlich 1967 <1913>: 261): Die juristischen Begriffe würden behandelt, „als ob sie mathematische wären“ (ebd.: 262), d.h. die Rechtsauslegung wird begriffen als Bestimmung der Folgerungen, die sich mit Hilfe der formalen Logik aus diesen Begriffen ableiten lassen.

Zusammen mit dem Gesetzespositivismus, der „Vorstellung, daß alle Rechtsentscheidungen im Gesetz vorgezeichnet seien“ (Röhl 1987: 44) bildet die Begriffsjurisprudenz einen Vorstellungskomplex, in dessen Zentrum das Subsumtionsdogma und das Dogma der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung stehen (vgl. ebd.). Das Subsumtionsdogma besagt, dass die „Rechtserkenntnis durch logische Ableitung aus juristischen Begriffen“ (Bydlinski 1991: 11, Anm. 21) erfolgt, also „alle Rechtsentscheidungen ... in logisch einwandfreier Weise“ aus den Gesetzen „abgeleitet werden könnten“ (Röhl 1987: 44).<sup>7</sup> Das Dogma der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung beinhaltet „die Vorstellung eines mehr oder minder geschlossenen Begriffssystems, das es ermögliche, auch neu auftretende Rechtsfragen im Wege logischer Gedankenoperationen zu beantworten“ (Larenz 1992: 113), die Vorstellung also, dass die Rechtsordnung „auf jede Frage eine Antwort bereithält“ (Röhl 1987: 44).

Der Vorwurf der Wirklichkeitsferne dieses Rechtsverständnisses und der mit ihr begründeten juristischen Methodik speist sich aus der Feststellung des grundlegend gesellschaftlichen Charakters des Rechts. Aus der Feststellung also, dass die Aufgabe und Berechtigung des Rechts darin besteht, Regelungsbedarfen nachzukommen, die sich in jeweils konkreten und historisch wandelbaren Situationen des gesellschaftlichen Verkehrs stellen und für die das Recht nur dann zweckmäßige Regelungen bieten kann, wenn es unter Berücksichtigung der jeweils relevanten gesellschaftlichen Gegebenheiten formuliert und ausgelegt wird.

Dazu aber ist die juristische Methode der gesetzessystematischen Begriffsjurisprudenz in doppelter Hinsicht unfähig: Zum einen führt sie zu einer enthistorisierenden Verabsolutierung des formulierten Gesetzestexts, „denn die formale Logik kann überhaupt keinen neuen Denkstoff liefern, sie kann nur den vorhandenen entfalten“ (Ehrlich 1967 <1913>: 262). Abgesehen von den Lücken, die alles kodifizierte Recht entgegen dem Dogma der Lückenlosigkeit empirisch aufweisen,<sup>8</sup> lassen sich auf diese Weise deshalb auch keine Gesetzeslücken schließen, die aufgrund neuer, im kodifizierten Recht nicht vorgesehener Re-

---

<sup>7</sup>. Zur Struktur des Subsumtionsschlusses vgl. z.B. Larenz 1992: 104.

<sup>8</sup>. Worauf Ehrlich (1888; 1967 <1903>) wie auch Kantorowicz (2002 <1906>) schon früh hingewiesen haben; vgl. Rottleuthner 1987: 25; Raiser 1999: 54.

gelungsbedarfe entstehen. Zum anderen verbietet diese Methode es, die kodifizierten Normen auf ihren Sinn und Regelungszweck hin zu befragen, was die Voraussetzung dafür ist, rechtliche Regeln sachgerecht auf Situationen anzuwenden, die nicht identisch sind mit den im Gesetzestext explizit beschriebenen Situationen.

Für die richterliche Entscheidungstätigkeit ist das von der Begriffsjurisprudenz geforderte Vorgehen deshalb vollständig unpraktikabel. Rechtsanwendung ist vielmehr immer auch eine rechtsschöpferische Leistung, d.h. das Recht, wie es in den Entscheidungen der Gerichte empirisch wirksam wird, hängt stets auch davon ab, wie die Richter ihren Entscheidungsspielraum ausfüllen. Darauf verweisen Ehrlichs oder Kantorowicz' Überlegungen zum Freirecht ebenso wie die von Philipp Heck begründete Interessenjurisprudenz oder Nußbaums Rechtstatsachenforschung (zusammenfassend vgl. Röhl 1987: 45ff.). Für die frühen Klassiker der Rechtssoziologie bestand deshalb wenig Zweifel, dass diese Phänomene es sind und nicht die wirklichkeitsfernen Gedankengebäude der Jurisprudenz, denen das Interesse zukommen müsse. Die rechtssoziologischen Positionierungen anderer maßgeblicher Autoren<sup>9</sup> haben ein Übriges getan, um das Bild einer für die tatsächliche Rechtswirklichkeit blinde und deshalb rechtssoziologisch uninteressante dogmatische Rechtswissenschaft bis heute zu überliefern. So halten es Morlok, Kölbl und Launhardt noch jüngst für einen „nicht unberechtigte(n) Vorwurf“, dass die herkömmlichen Ansätze der juristischen Methodenlehre „vor allem mit sich selbst beschäftigt sind und für reales Geschehen kaum Interesse zeigen“ (Morlok et al. 2000: 15; ganz ähnlich Blankenburg 2000: 32).

Dieses Bild ist längst nicht mehr zutreffend. Vielmehr hat „in der zeitgenössischen rechtswissenschaftlichen Methodenlehre ... eine prinzipielle Hinwendung zur Rechtswirklichkeit stattgefunden ..., die sich ... in der Orientierung am konkreten Rechtsproblem äußert, an der richterlichen Fallentscheidung, auf die hin Rechtsbegriffe, Rechtssätze, Rechtsinstitute usf. funktionalisiert werden“ (Krawietz 1972: 16f.). Es gehört zu den Eigentümlichkeiten der gegenwärtigen Rechtssoziologie, dass dieser Umstand einerseits zwar nicht unbemerkt geblieben ist, er andererseits aber nicht zu einer grundsätzlichen Revision des rechtssoziologischen Verständnisses der Rechtsdogmatik geführt hat. Zumeist wird die Hinwendung der Jurisprudenz zur Rechtswirklichkeit nur beiläufig erwähnt (oder auch nur stillschweigend vorausgesetzt), wenn es um die Frage des Beitrags rechtssoziologischer Forschungen zur Rechtsgewinnung geht (vgl. z.B. Raiser 1999: 34; Rehbinder 2000: 11ff.; Röhl 1987: 87ff.). Dagegen finden sich nur sehr wenige Arbeiten, die nun ein ausdrückliches rechtssoziologisches Interesse an der Rechtsdogmatik artikulieren (vgl. Klaus 1975; Cotterrell 1998).

Dabei sind es insbesondere diejenigen Punkte, welche die Kritik der Wirklichkeitsferne begründeten, in denen die heutige Rechtsdogmatik sich wesentlich von ihrem Stand zu Zei-

---

<sup>9</sup> Vgl. Webers Gegenüberstellung der ‚ideelle(n) ‚Rechtsordnung‘ der Rechtstheorie‘ als eines ‚Kosmos logisch als ‚richtig‘ erschließbarer Normen‘ und des empirischen Rechts als eines ‚Komplex(es) von faktischen Bestimmungsgründen realen menschlichen Handelns‘ (Weber 1972 <1922>: 181) und Geigers Abgrenzung der Erforschung von Recht als Faktizität ‚von dem Normenfetischismus der juristischen Doktrin, die allezeit geneigt ist, dem ‚positiven Recht‘ eine Art objektiver Geltung zuzuschreiben‘ (Geiger 1964: 44).

ten Ehrlichs oder Kantorowicz' unterscheidet: Die Vorstellung von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung ist längst überholt, die teleologische Auslegung zu einer der wichtigsten Methoden der Rechtsfindung geworden und die Erkenntnis der rechtsbildenden Kraft der Rechtsprechung gehört zum festen Bestandteil des juristischen Denkens. Im Einzelnen:

Entgegen der Annahme, die Rechtsordnung könne ein vollständiges und widerspruchsfreies System gesetzlicher Bestimmungen bilden, überwiegt heute die Vorstellung, dass „das Recht als ein Gefüge von verschiedenen Zwecken und Werten zu verstehen sei“ (Röhl 2001: 417), als ein Gefüge unterschiedlicher wertgeladener Prinzipien, die als jeweils leitende Wertungsgesichtspunkte den Sinn der einzelnen Rechtsnormen begründen. Bereits aus diesem Grund kann sich die Rechtsauslegung nicht auf die logische Deduktion beschränken, sondern muss „teleologisch“ vorgehen, also nach dem Sinn der Rechtsnormen fragen. Unter der Bedingung, dass das Recht ein Gefüge nicht von vornherein harmonisch integrierter Wertungsgesichtspunkte repräsentiert, kommt es darauf an, den für die Anwendung der Rechtsnorm auf den zu entscheidenden Fall jeweils „einschlägigen Wertungsgesichtspunkt() in differenzierter Abgrenzung seiner Tragweite gegenüber konträr verlaufenden Prinzipien“ (Schöneborn 1976: 175) herauszuarbeiten.

Aber auch abgesehen von solchen Widersprüchen in der Rechtsordnung erfordert die Rechtsanwendung es, so die heute überwiegende rechtsdogmatische Auffassung, „die in der Norm enthaltene Wertung in der Beurteilung des ‚Falles‘ sinngemäß zum Tragen zu bringen.“ (Larenz 1992: 102) Das „Ideal einer textlichen Umschreibung, die gleichsam im Vorgriff auf alle zukünftigen relevanten Fallkonstellationen eine zweifelsfreie Subsumtion oder Nichtsubsumtion ermöglichte“ (Schöneborn 1976: 168), wird als unerfüllbar erkannt. Die Beschreibungen der gesetzlichen Sachverhalte sind deshalb eher als Beschreibungen typischer Merkmale denn als eindeutige und vollständige Definitionen aufzufassen.<sup>10</sup> Die Zuordnung des konkreten Falls zum gesetzlich beschriebenen Sachverhalt lässt sich dementsprechend nicht auf begrifflich-logischem Wege vornehmen, sondern sie erfordert es, auf den Sinn der betreffenden Rechtsnorm zu rekurrieren, also auf den „leitenden Wertungsgesichtspunkt ..., der den Gesetzgeber dazu bewogen hat, an diesen Typus gerade diese Rechtsfolgen zu knüpfen“ (Larenz 1992: 109). Dies verweist auf „das oft ausschlaggebende Gewicht der ‚teleologischen‘ Gesichtspunkte für die Auslegung der gesetzlichen Regelungsinhalte“ (Larenz 1992: 114; vgl. Schöneborn 1976: 170) und damit auf die Bedeutung der teleologischen Auslegung als desjenigen Auslegungsverfahrens, das darauf gerichtet ist, „die Zweck- und Wertungsgesichtspunkte herauszuarbeiten, aus denen der maßgebliche Gesetzessinn letztlich bindend zu erschließen ist“ (Jescheck/Weigend 1996: 156; vgl. Kra-wietz 1970: 151).

Damit vollzieht die Rechtsdogmatik einen entscheidenden Schritt der von der Rechtsso-zio-logie geforderten Berücksichtigung der empirisch vorfindlichen sozialen Bedingungen der Rechtsanwendung: „Sucht der Rechtsanwender nämlich die gesetzlichen Vorschriften teleologisch zu interpretieren und die Intention des Gesetzes optimal zu verwirklichen, so

---

<sup>10</sup> Die Notwendigkeit und Nützlichkeit der begrifflich präzisen Definition von Rechtsbegriffen wird damit nicht bestritten. Wohl aber wird auf Grenzen der Möglichkeit hingewiesen, auf diese Weise zu eindeutigen und deduktionsfähigen gesetzlichen Vorschriften zu gelangen; vgl. Larenz 1992: 106ff., 110, 114; Bydlinski 1991: 41ff.

muß er wissen, bei welcher Auslegung er in der sozialen Wirklichkeit diejenige Wirkung erzielt, die das Gesetz bezweckt.“ (Rehbinder 2000: 20) Die teleologische Auslegung gilt der Rechtssoziologie deshalb als „zentrale Einbruchsstelle rechtssoziologischer Erkenntnisse in die Rechtsdogmatik“ (ebd.), in der sich „der Einfluß soziologischen Denkens auch in der juristischen Methodenlehre schon früh bemerkbar“ (Raiser 1999: 31) gemacht habe.

Eine Hinwendung zur Rechtswirklichkeit ergibt sich schließlich auch, was den ‚dogmatischen‘ Charakter der Rechtsdogmatik anbelangt. Mit ‚Dogmatik‘ ist „die Bindung des Erkenntnisprozesses an die in diesem Rahmen nicht mehr in Frage zu stellenden Vorgaben im Gesetz“ (Larenz 1992: 117) gemeint, die es verbietet, den „erkennbaren Inhalt“ (Bydlinski 1991: 35) der Normtexte zu ignorieren. Entscheidend ist nun aber, dass es nach dem zuvor Gesagten eine Frage der Auslegung ist, was der erkennbare Inhalt des Gesetzes ist. Wenn von einer Bindung an das Gesetz die Rede ist, dann legt die Rechtsdogmatik deshalb einen beträchtlich erweiterten Begriff dessen zu Grunde, was ihr als geltendes Recht gilt: „Dazu gehören zunächst die empirisch auffindbaren („primären“) Rechtssätze, vor allem die Gesetzesregeln; sodann aber – als zunächst bloß impliziter Gehalt – auch alle jene konkreteren Rechtssätze, die aus den erstgenannten *und* weiteren Prämissen – also keineswegs bloß analytisch, aber – methodisch korrekt gewonnen werden können.“ (ebd.: 11) Ausgangspunkte im Sinne dogmatisierter, also nicht mehr hinterfragter Prämissen sind also zunächst „die Normtexte des positiven Rechts; praktisch häufig aber auch bestimmte in deren Auslegung gewonnene Sätze oder gerichtliche Entscheidungen, wenn diese wiederholt geprüft und für korrekt befunden wurden und kein besonderer Anlaß zu einer neuerlichen Untersuchung besteht“ (ebd.: 37). Die Bindung an das Gesetz ist mithin eine Bindung an das in einer bestimmten Weise ausgelegte Gesetz, „so daß in die ‚Bindung‘ an Gesetz ... mit der Verständnisfrage auch die anerkannte Lehre und Praxis selbst einbezogen sein muß.“ (Esser 1972: 97)

Der Einfluss insbesondere der höchstrichterlichen Rechtsprechung auf die dogmatische Rechtswissenschaft ist heutzutage unübersehbar: Stets wird in den rechtswissenschaftlichen Abhandlungen und in der Kommentarliteratur auf die einschlägigen Gerichtsentscheidungen verwiesen. „Dabei wird fast immer unausgesprochen die Voraussetzung gemacht, daß das Gericht, auch wenn seine Begründung noch mangelhaft ist, doch etwas Richtiges gemeint hat, daß die Entscheidung im Ergebnis ‚vernünftig‘ und (deshalb auch) nach dem positiven Recht begründbar ist.“ (Larenz 1992: 123) Rechtsdogmatische Innovationen sind deshalb sehr häufig von der Art, dass sie für eine etablierte höchstrichterliche Spruchpraxis eine rechtsdogmatisch begründete und verallgemeinerbare, d.h. auf vergleichbare Fälle anwendbare Begründung nachliefern.

Darüber hinaus hat die Rechtsprechung inzwischen beträchtlichen Einfluss darauf, was von der Rechtswissenschaft in den dogmatisierten Bestand der Rechtserkenntnis aufgenommen und in diesem Sinne rechtsdogmatisch als geltendes Recht behandelt wird: „Ältere rechtswissenschaftliche Lehrbücher zitieren nur Rechtsgelehrte, kaum jemals Rechtsprechung. ... Heute zitiert ein Lehrbuchautor nichts lieber als eine ihm rechtgebende höchstrichterliche Entscheidung. ... Ist eine Rechtsmeinung zur ständigen Rechtsprechung geworden, so kann ein konkurrierender Rechtslehrer nur noch säuerlich anmerken, die Rechtsprechung sei leider nicht seiner eigenen, viel logischeren Meinung gefolgt – aber er kann

auf Dauer nicht umhin, von der höchstrichterlichen Version als dem faktisch geltenden Recht auszugehen.“ (Klausen 1975: 114)

Es wäre allerdings ein Irrtum zu meinen, die Rechtsdogmatik stelle damit auf den Entscheidungsrealismus der Rechtssoziologie bzw. der soziologischen Jurisprudenz um, wie dies Schreiber oder Dreier aus der Beobachtung folgern, dass „allenthalben in der gängigen juristischen Kommentarliteratur ... Entscheidungen der oberen Gerichte zitiert werden“ (Schreiber 1993: 95; vgl. Dreier 1971: 43). Die Einbeziehung gerichtlicher Entscheidungen im rechtswissenschaftlichen Diskurs ist vielmehr Ausdruck dafür, dass die Justiz als „Mitproduzent von Rechtsdogmatik“ (Klausen 1975: 114; vgl. ders. 1979: 363) in den Blick genommen wird. Damit wird einerseits dem Umstand Rechnung getragen, dass die Rechtsprechung rechtsdogmatische Lehren nicht einfach nur übernimmt, „sondern auch eigene entwickelt. Dabei benutzt sie Argumente von Rechtslehrern eventuell nur als Bausteine. In der heutigen Rechtsdogmatik finden sich zahlreiche Lehren ..., die von den hohen Gerichten nicht übernommen, sondern selbständig entwickelt und von der Rechtslehre nur modifiziert wurden“ (Klausen 1975: 114). Zum anderen findet damit der Tatbestand Berücksichtigung, dass die oberen Gerichte „durch ihr hierarchisch institutionalisiertes letztes Wort in Rechtsfragen“ (ebd.) auch über rechtsdogmatische Fragen entscheiden. Dies findet seinen Ausdruck darin, dass so manche, zuerst in der Rechtswissenschaft entwickelte Rechtsfigur „den rechtsdogmatischen Rang, den sie heute hat, ... erst durch ihre höchstrichterliche Erwählung“ (ebd.) gewonnen hat.

Die heutige Rechtsdogmatik versteht ihr Verhältnis zur Rechtsprechung als das einer Arbeitsteilung mit Blick auf die beiden gemeinsame Tätigkeit der Rechtsauslegung: Während die Rechtsprechung in ihren Überlegungen stärker auf den zu entscheidenden Einzelfall gerichtet ist und, unter Entscheidungszwang stehend, gegebenenfalls eine Lösung finden muss, bevor das zu Grunde liegende Rechtsproblem ausdiskutiert ist, blickt die Rechtsdogmatik „stärker auf das Allgemeine, das Typische der Fälle“ (Larenz 1992: 123) und hat, vom konkreten Entscheidungsdruck entlastet, die Möglichkeit der eingehenderen Analyse des fraglichen Rechtsproblems. „Im ganzen ist“, so urteilt Larenz (1992: 123), „die Bereitschaft, voneinander zu lernen, auf beiden Seiten heute stärker als früher vorhanden. In der Tat beruht die Entwicklung oder Weiterentwicklung einer ganzen Reihe von Rechtsbegriffen und Entscheidungsmaximen, die heute zum ‚festen Bestand‘ des geltenden Rechts gehören, auf dem Zusammenwirken von Rechtsprechung und Rechtsdogmatik.“

Erstaunlich ist, dass der Dualismus von wirklichkeitsfremder Rechtswissenschaft und „gesetzloser“ Rechtswirklichkeit selbst noch in rechtssoziologischen Ansätzen fortwirkt, die den hier skizzierten Wandel der Rechtsdogmatik ausdrücklich anerkennen. So betonen Morlok, Kölbl und Launhardt (2000: 17) zunächst: „Neuere Methodenlehren sehen ... in Richtern nicht länger Subsumtionsautomaten und in Rechtsnormen mehr als ihren bloßen Wortlaut“. Sie fahren dann aber fort: „Trotzdem halten sie meist mit kontrafaktischer Beharrlichkeit am Anspruch fest, einem Gesetzbindungs- und Rechtssicherheitspostulat zu größtmöglicher Wirksamkeit zu verhelfen ... Soweit konkrete Entscheidungen schon nicht als aus dem Gesetz deduziert gelten können, sollen sie doch wenigstens vernünftig begründet und als legitim ausgewiesen werden. ... Solche Konzepte leiden an der *generellen Un erfüllbarkeit* ihrer Versprechen“, weil „sie die grundsätzlich produzierende Position des

„Rechtsverwenders’ bei der Rechtsgewinnung und der Fallbearbeitung nicht oder nur inkonsequent berücksichtigen“, also verkennen, dass „Rechtsnormen ... erst in und durch die Praktiken ihrer Verwendung (entstehen)“ (ebd.: 17f.). Der alte Dualismus wird hier unter veränderten Bedingungen mittels praxistheoretischer Regelskepsis (vgl. Morlok/Kölbel 2001: 299ff.) neu konstituiert. Ein Argument, das sich – wie schon bei Bourdieu oder Giddens (Schulz-Schaeffer 2004; 2000: 182ff.) – vorwerfen lassen muss, die zu Grunde liegende Wittgenstein’sche Frage, was es heißt, einer Regel zu folgen, einseitig verkürzend zu beantworten (vgl. Neumann 2001: 252ff.). Oder einfacher ausgedrückt: „Daraus, daß Regeln nicht alles regeln, folgt nicht, daß sie nichts regeln.“ (ebd.: 245)

In Anbetracht der angesprochenen Entwicklungen ist das Bild der Rechtsdogmatik als eines von der Rechtswirklichkeit entkoppelten akademischen Glasperlenspiels nicht länger zutreffend. Viel eher präsentiert sie sich heute als derjenige Diskurszusammenhang, in dem die rechtlich-normativen Erwägungen des faktischen richterlichen Entscheidens einerseits vorbereitet, andererseits verallgemeinernd und systematisierend reflektiert werden. In dem Maße, in dem die tatsächliche Entscheidungspraxis der Gerichte auf rechtlich-normativen Erwägungen dieser Art beruht,<sup>11</sup> erweist es sich damit auch für die Erforschung des faktischen Rechts als wichtig, sich mit Rechtsdogmatik zu beschäftigen.

### **3.2 Die „Irrtumssoziologie“ des Rechts und das Erfordernis, „laws own truth“ soziologisch zu erforschen**

Der Begriff der Irrtumssoziologie in dem hier gemeinten Sinne ist im Rahmen der sozialkonstruktivistischen Kritik an der Wissenssoziologie Mannheims geprägt worden (Bloor 1976; Berger/Luckmann 1969; Stark 1960). Die bisherige Soziologie des Wissens, so die Kritik, habe sich darauf beschränkt, soziale Ursachen nur dort in Anschlag zu bringen, wo es gilt, die Entstehung irrationaler oder unlogischer Auffassungen zu erklären. Wo dagegen eine Auffassung rational und valide in Übereinstimmung mit der inneren Logik einer Theorie gebildet werde, sehe sie keinen soziologischen Erklärungsbedarf und keine Möglichkeit für soziologische Erklärungen. „Thus the sociology of knowledge is confined to the sociology of error.“ (Bloor 1976: 8) Sie ist eine Soziologie der „Entlarvung oder auch nur Feststellung gesellschaftlicher Denkverzerrungen“ (Berger/Luckmann 1969: 13).

Es kommt nicht von ungefähr, dass die Soziologie bei der Beschäftigung insbesondere mit wissenschaftlichem Wissen zunächst diese als irrumssoziologisch charakterisierte Zugangsweise wählt. Denn in der Tat ist der Bereich der methodisch kontrollierten und theo-

---

<sup>11</sup>. Dass rechtlich-normative Erwägungen zumindest bei der Urteilsbegründung von entscheidender Bedeutung sind, ist wohl auch rechtssoziologisch unbestritten. Will man dennoch an dem Standpunkt festhalten, dass die Herstellung von Urteilen wesentlich durch außerrechtliche Faktoren bestimmt ist, so muss man annehmen, dass bei der Herstellung und der Darstellung von Urteilen divergente Handlungsbedingungen und -rationalitäten zum Zuge kommen (so Morlok et al. 2000: 26ff., 35; Morlok/Kölbel 2001: 293). Diese zweifellos vorhandenen „Herstellungs-Darstellungs-Divergenzen“ (Morlok/Kölbel 2000: 27) sind jedoch notwendig dadurch begrenzt, dass die „Entscheidung ... zumindest den Rahmen des Darstellbaren antizipieren (muss)“ und sich dementsprechend „von der Rechtsbindung nicht vollkommen ablösen (kann)“ (Morlok/Kölbel 2001: 293), soll die Urteilsbegründung ihre Funktion als *Begründung* der Entscheidung erfüllen. Oder wie es Neumann (2001: 255) formuliert: „Gute Argumente für eine Entscheidung sind zugleich gute Gründe, die Entscheidung so und nicht anders zu treffen.“

riegerleiteten Wissenserzeugung ein in mancherlei Hinsicht ‚entsozialisierter‘ Handlungsbe- reich: etwa indem die Orientierung an Standards methodisch kontrollierter Überprüfbarkeit die Möglichkeit begrenzt, Wissen machtförmig und interessengeleitet durchzusetzen, oder indem die Bewertung neuer Erkenntnisansprüche auf der Grundlage theorieinterner Maß- stäbe die Möglichkeit begrenzt, deren Wert entlang von Statusdifferenzen abzustufen. Eine Soziologie, die auf solche sozialen Faktoren blickt, findet sich deshalb sehr schnell in der Situation, eine Soziologie der Abweichung von der inneren Logik der wissenschaftlichen Wissensproduktion zu betreiben, Irrtumssoziologie eben.

Irrtumssoziologie ist keine Spezialität einer inzwischen überwundenen Wis- sen(schaft)ssoziologie. Von Timmermans und Berg (2003: 105) wird sie beispielweise auch in der Medizinsoziologie diagnostiziert. Irrtumssoziologie scheint immer dann nahe zu liegen, wenn die Soziologie auf Handlungsfelder trifft, deren Operationsweise einer in- ternen Logik folgt, welche sich nicht ohne weiteres auf jene Faktoren zurückführen lässt, die den klassischen Kanon soziologischer Erklärungen bilden: soziale Herkunft, sozialer Status, Interessenlagen, Machtungleichgewichte, Rollendifferenzen usw. In einem gewis- sen Umfang ist auch der Gegenstandsbereich der Rechtssoziologie ein solches Handlungs- feld. Und auch sie, so werde ich zu zeigen versuchen, formiert sich – insbesondere in der empirischen Forschung nach dem zweiten Weltkrieg – zunächst ganz wesentlich als Irr- tumssoziologie.<sup>12</sup>

„Für die Bundesrepublik läßt sich konstatieren“, so Rottleuthner (1987: 100), „daß es gerade die Justizforschung gewesen ist, über die sich die Rechtssoziologie als eine empiri- sche Disziplin seit Ende der 60er Jahre etablieren konnte. ... Die Justizsoziologie begann als Richterssoziologie“ (vgl. auch Byrde 2000: 139; Raiser 1999: 66; Rasehorn 1999: 163; Röhl 1987: 57, 346),<sup>13</sup> und zwar mit einer Vielzahl von Studien zu sozialen Herkunfts- merkmale und allgemeiner zum Sozialprofil der Richter.<sup>14</sup> Zum paradigmatischen Fall ei- ner Irrtumssoziologie des Rechts wird die Richterssoziologie, als sie sich der Frage nach dem Einfluss sozialer Hintergrundsmerkmale auf das richterliche Entscheidungsverhalten zuwandte und zu untersuchen begann, ob solche Merkmale sich „in irgendeiner Weise *ver- zerrend* in der Rechtssprechungspraxis auswirken“ (Rottleuthner 1987: 104, Herv. v. Verf.).

---

<sup>12</sup>. Wenn im Folgenden – in Analogie zur Irrtumssoziologie in der Wissenschaftsforschung – von einem irr- tumssoziologischen Vorgehen in der Rechtssoziologie die Rede ist, dann ist damit ganz bewusst ein rechtssoziologisches und nicht ein wissenschaftssoziologisches Defizit der Beschäftigung mit der dogma- tischen Rechtswissenschaft angesprochen. Wissenschaftssoziologische Arbeiten zur Rechtswissenschaft sind allerdings ebenfalls rar. Eine Reihe von Studien sind in einem von Heyen (1986a) herausgegebenen Sammelband zusammengestellt, auf einige weitere Arbeiten verweist der Herausgeber in seiner Einleitung (vgl. Heyen 1986b: XIIIff.).

<sup>13</sup>. Insgesamt beginnt die empirische Forschung in der Rechtssoziologie „im großen und ganzen erst nach dem Zweiten Weltkrieg“ (Gessner/Höland 1990: 51; vgl. Bock 2000: 118).

<sup>14</sup>. Ausführliche Literaturverweise auf diese Studien finden sich bei Luhmann 1972: 3, Anm. 5; Rottleuthner 1987: 102, Anm. 3; Rehbinder 2000: 162, Anm. 7. Wie häufig angemerkt worden ist, handelte es sich da- bei noch eher um berufs- oder professionssoziologische Untersuchungen, ohne eine spezifisch rechtsso- ziologische Fragestellung (vgl. z.B. Luhmann 1972: 2ff.)

Es besteht, soweit ich sehe, heute weitgehende Einigkeit, dass in den entsprechenden Untersuchungen ein Ursachenzusammenhang zwischen dem Sozialprofil der Richter und der Art und Weise, wie sie Recht sprechen, abgesehen von Einzelfällen nicht nachgewiesen werden konnte.<sup>15</sup> Aber eine Erkenntnis hat die Richtersozioologie doch erbracht: Die Erkenntnis, dass im Vergleich zu sozialen Hintergrundmerkmalen die „spezifisch rechtlichen, systemimmanenten Determinanten richterlicher Meinungsbildung und Entscheidung, nämlich Gesetz, Gerichtsgebrauch, richterliche Kunstregeln und in der Justiz tradierte Gerechtigkeitsvorstellungen ... durchaus im Vordergrund (stehen)“ (Raiser 1999: 295). So ergibt eine Untersuchung von Rottleuthner, in der Merkmale des sozialen Hintergrunds und berufsbezogene Merkmale von Richtern einbezogen sind, „daß die Erklärungskraft der Variablen sukzessiv mit ihrer Berufsbezogenheit zunimmt“ (Rottleuthner 1982: 117). Es finde eine „Neutralisierung des sozio-kulturellen Hintergrundes“ (ebd.) statt, zu deren Erklärung man „stärker auf die ‚Vordergrundvariablen‘ abstellen“ (Röhl 1987: 362f.) müsse: die Bindung an Gesetze und Präjudizien, die Antizipation der Rechtsmeinung der höheren Gerichte, die Routinisierung der Entscheidungsfindung bei ‚klaren Fällen‘ usw. (vgl. Rottleuthner 1982: 117; 1987: 106). Gestützt wird dieser Befund durch eine Untersuchung zur Übereinstimmung von Richtervoten bei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in der Rottleuthner (1987: 110) zu dem Ergebnis kommt, dass der „Grad der Übereinstimmung ... besonders hoch unter denen (ist), die eine ‚klassische‘ juristische Karriere mit all ihren Angleichungsmechanismen durchlaufen haben“. All dies spricht für die „stark prägende(n) Kräfte“ (Raiser 1999: 379) der vereinheitlichten juristischen Ausbildung und der „lebenslange(n) Beschäftigung mit den normativen Ordnungen der Gesellschaft“ (ebd.) sowie dafür, dass Auslegungsspielräume „in der Praxis durch professionelle dogmatische Konsense, aber auch durch die Einbindung in ein hierarchisches Gerichtssystem gemindert“ (Byrde 2000: 142) werden..

Statt diese Gesichtspunkte näher zu untersuchen und damit der aus dem Scheitern des ursprünglichen Ansatzes der Richtersozioologie resultierenden Forderung nach einer „Rechtssoziologie ‚mit mehr Recht‘“ (Rottleuthner 1982) nachzukommen, verlagerte sich das „Schwergewicht der Justizforschung ... von der Richtersozioologie zu einer Soziologie von Gerichtsverfahren, für die nicht mehr die Merkmale des Richters, sondern die des Falles und der Parteien im Vordergrund stand“ (ders. 1987: 111f.). Und „wie die Richtersozioologie mit ihrer Betonung des sozialen Hintergrunds“, so verfolgt auch „die Verfahrensfor-

---

<sup>15</sup>. Vgl. Machura 2001: 294; Reh binder 2000: 166; Raiser 1999: 295, 381; Rottleuthner 1987: 104. Wie zuvor in der amerikanischen Justizforschung ist diese Forschungsfrage deshalb wieder in den Hintergrund getreten. Dagegen ist von Byrde (2000: 141f.) eingewandt worden, der gescheiterte Nachweis eindimensionaler Korrelationen zwischen einzelnen sozialen Hintergrundvariablen und richterlichem Entscheidungsverhalten müsse nicht schon das Ende der Juristensoziologie bedeuten und verweist insbesondere auf geschlechtsspezifische Unterschiede in den Berufsvorstellungen und Werthaltungen angehender JuristInnen (vgl. ebd.: 150). Allerdings hat eine unlängst veröffentlichte Untersuchung von Juristinnen und Juristen im Bereich des Familienrechts (vgl. Gildemeister et al. 2003) – den Literaturhinweis verdanke ich einem der anonymen Gutachter – mit Blick auf geschlechtsspezifische Differenzen im professionellen Handeln ein eher negatives Resultat erbracht. Demnach lassen sich zwar geschlechterdifferenzierende Denk- und Wahrnehmungsmuster nachweisen, „die aber der Geschlechtszugehörigkeit der Professionellen nicht linear zuzurechnen sind“ (ebd.: 412).

schung mit dem Versuch eines Nachweises von Ungleichbehandlung“ (ebd.: 120) den irrtumssoziologischen Ansatz. Dieses forschungsleitende Grundmuster wiederholt sich ab dem Ende der 1960er Jahre, so Rottleuthner (1987: 32), „in zahlreichen Arbeiten zur Justizforschung, über Probleme des Zugangs zum Recht, in Bereichen der Kriminalsoziologie: Trotz des Versprechens der Gleichheit vor dem Gesetz erfolgt eine faktische Ungleichbehandlung, weil sich bestimmte soziale Merkmale mehr oder weniger bewußt hinter dem Schleier der Gleichheit doch durchsetzen“.

Zwar ist das irrtumssoziologische Vorgehen im Bereich der Gerichtssoziologie durchaus erfolgreicher als es im Bereich der Richtersozologie war. So wird häufig auf den Befund verwiesen, dass Vielfachprozessierer bzw. Organisationen in Gerichtsverfahren strukturelle Vorteile besitzen, die ihre Erfolgchancen gegenüber Einmalprozessierern und privaten Prozessparteien vergrößert (vgl. Galanter 1974; Byrde 2000: 143). Dennoch bleibt ein Problem bestehen, welches das irrtumssoziologische Vorgehen in der Gerichtssoziologie mit dem in der Richtersozologie teilt: Der Aufweis einer statistischen Korrelation zwischen dem Vorliegen eines sozialen Merkmals und einem bestimmten Prozessserfolg reicht noch nicht aus, um die Vermutung einer Abweichung von der internen Logik der Rechtsfindung zu bestätigen. Es kann ja auch sein, dass das fragliche, rechtlich irrelevante soziale Merkmal mit Merkmalen korreliert, die rechtlich durchaus relevant sind. Beispielsweise ist anzunehmen, dass „Korrelationen zwischen Schichtzugehörigkeit und der ‚Art der Ausführung‘ oder dem ‚Vorleben des Täters, seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen‘ bestehen“ (Rottleuthner 1987: 137), sodass eine strengere Bestrafung von Mitgliedern der Unterschicht dann ein Effekt der Anwendung juristischer Maßstäbe wäre, nämlich der Grundsätze der Strafzumessung nach § 46 StGB, und nicht der verzerrende Einfluss eines externen Faktors.<sup>16</sup>

Die Irrtumssoziologie des Rechts hat die soziologische Forschung eingeschränkt auf „inquiries peripheral or even *external* to law as lawyers understood it“, mit der Folge „that sociology and other social sciences were debarred from offering insight into the *meaning* of law (as doctrine, interpretation, reasoning, and argument). Hence, ... proponents of legal sociology ... were tempted to argue defensively that lawyers’ debates on doctrine were trivial or mystificatory, and that real knowledge about law as a social phenomenon was gained only by observing patterns of judicial, administrative or policing activity, lawyers’ work and organization or citizens’ disputing behaviour.“ (Cotterrell 1998: 172f.) Die Irrtumssoziologie kann dementsprechend – neben dem Fortwirken der Kritik an der Rechtsdogmatik durch die rechtssoziologischen Klassiker – als ein zweiter Faktor gewertet werden, der das Desinteresse der Rechtssoziologie an der Rechtsdogmatik erklärt.

Der unbestrittene Erfolg der Soziologie des Gerichtsverfahrens hat sicherlich dazu beigetragen, dass die Begrenztheit dieser Herangehensweise nicht bereits nach dem Scheitern der Richtersozologie deutlicher zu Tage getreten ist. Dabei weist die Irrtumssoziologie des Rechts sowohl in methodischer wie auch in inhaltlicher Hinsicht über sich selbst hinaus: In methodischer Hinsicht zeigt sich, dass die Rechtssoziologie nicht umhin kommt, die juris-

---

<sup>16</sup> Es handelt sich hier also um soziale Ungleichheiten reproduzierende Effekte formal egalitären Rechts wie sie Lucke (1990) auch für das in den 1970er Jahren reformierte Eherecht konstatiert.

tische Argumentation in den Blick zu nehmen, um entscheiden zu können, ob der soziologisch interessierende Effekt in Abweichung von oder durch Anwendung des geltenden Rechts zu Stande kommt. Ist letzteres der Fall, dann stellt sich unweigerlich die Anschlussfrage, die die Beschäftigung mit dem geltenden Recht und den in seiner Auslegung gewonnenen Rechtsprinzipien und Rechtsregeln nicht länger den Juristen überlässt: Die inhaltliche Frage nach der Bedeutung der Rechtsnormen selbst und ihrer Auslegung für die soziale Wirklichkeit des Rechts. Diese Frage zu stellen, legten bereits die Ergebnisse der Richtersoziologie nahe.

Dass Rechtsauffassungen, die durch die rechtsdogmatische Auslegungstätigkeit konstituiert werden, sozial folgenreich sind, steht selbst für einen so entschiedenen Kritiker der Rechtsdogmatik wie Geiger außer Zweifel: „Nicht die einzelnen  $\Delta\Delta$  (Instanzen der Rechtsprechung und -durchsetzung, Anm. d. Verf.) stiften Recht durch ihre Entscheidungstätigkeit, sondern das in jedem geschichtlichen Augenblick der Rechtsgesellschaft verbindliche Recht ist Funktion eines kollektiven Systems und seiner Gesamtstruktur.“ (Geiger 1964: 290) Hinsichtlich dessen, was sich im Rechtsleben als verbindliches Recht in diesem Sinne durchsetzt, spielen „rechtswissenschaftliche Lehrmeinungen ... eine außerordentlich wichtige Rolle. Es ist ja eine Erfahrungstatsache, daß die als Instanz  $\Delta$  fungierenden Personen sich in ihrer Sanktionsbereitschaft weitgehend durch die gelehrte Meinung lenken lassen.“ (ebd.: 284f.) Denn „(k)ein Richter sieht seine Entscheidung gerne von der höheren Instanz desavouiert und berichtigt. ... Daher auch die Neigung, bei problematischen Entscheidungen hinter dem Prestige der Rechtswissenschaft in Deckung zu gehen, weil dies Prestige vermutlich auch bei der Oberinstanz einiges Gewicht hat.“ (ebd.: 289)

Hinzu kommt, worauf bereits die Richterssoziologie verweist, die Beobachtung der sozialisatorischen Bedeutung der dogmatischen Rechtswissenschaft in der juristischen Berufsausbildung wie auch im Berufsleben selbst. Die Bezugnahme auf die einschlägige rechtswissenschaftliche Literatur ist ein selbstverständlicher Bestandteil der juristischen Ausbildung. „Den Juristen ist es geläufig“, so Müller (1997: 270) in einer Einführung in die juristische Methodik, „bei der Lösung jedes Falls von einiger Schwierigkeit auch die Aussagen einschlägiger Rechtsprechung, der Lehrbuch-, Kommentar- und monographischen Literatur als praktisch unentbehrliche ‚Quellen‘ heranzuziehen.“ (vgl. z.B. auch Kriele 1976: 164ff.) „Sehr zahlreich sind“, so Bydlinski (1991: 28), „die Entscheidungen, die sich einfach auf Lehre oder Vorjudikatur stützen, ohne sich deutlich auch nur einer der üblichen Rechtsfindungsmethoden zu bedienen.“ Es spricht mithin vieles dafür, dass „das beständige Bereithalten dogmatisierter Rechtsprinzipien im Schulwissen des Rechtsanwenders die Entscheidungsfindung maßgeblich mitstrukturiert“ (Schöneborn 1976: 176; vgl. auch Dreier 1971: 46).

Der entscheidende Schritt zur Überwindung der irrtumssoziologischen Vorgehensweise in der Wissenschaftssoziologie bestand in der sozialkonstruktivistischen Forderung, wissenschaftliche Wahrheit und wissenschaftlichen Irrtum gleichermaßen als soziologisch erklärungsbedürftig anzusehen, womit beides gleichermaßen zu einem sozialen Phänomen erklärt wurde (vgl. Bloor 1976: 5). In der Umsetzung dieser Forderung finden wir eine Vielzahl empirischer Studien, die aufweisen, wie wissenschaftliches Wissen als Resultat sozialer Aushandlungsprozesse entsteht (vgl. z.B. Collins 1981; 1985). Dabei wurde aller-

dings sehr bald deutlich, dass wissenschaftliches (und technologisches) Wissen nicht beliebig aushandelbar ist. Vielmehr wird der Spielraum begrenzt durch das bereits konsentrierte Wissen, den erreichten Stand von Wissenschaft und Technik also. Das konsentrierte Wissen ist aus der sozialkonstruktivistischen Perspektive zwar ebenfalls ein Resultat sozialer Aushandlung. In der aktuellen Situation wirkt es jedoch als ein Faktor, der es denen, deren Erkenntnisansprüche zu ihm im Widerspruch stehen, erschwert oder gar unmöglich macht, ihre Positionen durchzusetzen.<sup>17</sup>

Bestrebungen einer sozialkonstruktivistischen Überwindung der Irrtumssoziologie finden sich auch in der Rechtssoziologie. Ausdrücklich ist dies im Bereich der dem interpretativ-interaktionistischen Paradigma verpflichteten mikrosoziologischen Untersuchungen der Rechts- und Gerichtspraxis der Fall, die in den letzten Jahren an Gewicht gewonnen haben (so schon Gessner/Höland 1990: 66). Über die irrumssoziologische Perspektive gehen diese Untersuchungen insofern hinaus, als sie sich nicht mehr nur für den Einfluss sozialer Kontextvariablen interessieren, sondern das Gerichtsverfahren insgesamt als einen sozialen Prozess begreifen, in dem „der juristisch bedeutsame Fall ... diskursiv hergestellt wird“ (Morlok/Kölbel 2000: 404). Aus der Perspektive einer dergestalt sozialkonstruktivistisch gewendeten Rechtssoziologie „ist ‚law in action‘ ... nicht als Abweichung von ‚law in books‘ konzipiert“, also nicht mehr irrumssoziologisch konzipiert, „sondern als alleinige Existenzform“ (Morlok et al. 2000: 34, Anm. 54).

Die Hinwendung zur Betrachtung von Recht als sozialem Phänomen bleibt allerdings auf die gerichtliche Konstruktion von Entscheidungen beschränkt. Die Bedeutung des bereits konsentrierten juristischen Wissens als Rahmen dieser sozialen Konstruktionsprozesse, die Frage also, „welche Rolle das *Recht* bei der Herstellung der gerichtlichen Fälle und Entscheidungen spielt“ (Morlok/Kölbel 2000: 405f.), ist dabei allerdings weitgehend unthematisiert geblieben. „Hier wird“, so Morlok und Kölbel (ebd.: 406), „nicht nur die Handlungsrelevanz rechtsdogmatischer Strukturen unterschätzt, sondern ausgeblendet, dass die gerichtlichen Entscheidungen rechtliche Normen zu ihrer sozialen Existenz bringen. Rechtsdogmatik und Rechtsnorm ... bilden“ im Rahmen mikrosoziologisch-interaktionistischer Studien „bislang keine selbständigen Forschungsgegenstände.“ In neueren Arbeiten haben sich Martin Morlok und Ralf Kölbel diesem Forschungsdesiderat zugewandt, verharren in seiner Bearbeitung aber in einer eigentümlich ambivalenten Haltung. Einerseits erkennen sie die handlungspraktische Bedeutung juristischer Kommentare und Dogmatiken, gekläarter Fälle und außer Frage gestellter Meinungen für Rechtsentscheidungen ausdrücklich an (vgl. Morlok/Kölbel 2000: 25, 31, 35) und konstatieren: „Die Anbindung an das juristische Fachwissen ist also in der richterlichen Tätigkeit auf allen Ebenen präsent.“ (Morlok/Kölbel 2001: 294) Andererseits aber vertreten sie die Auffassung, dass dieses juristische Wissen nur in der Existenzform „eines ungeschriebenen, berufssozialisatorisch zu erwerbenden ‚code‘“ (Morlok/Kölbel 2000: 25), im „impliziten Professionshabitus“ (Morlok/Kölbel 2001: 301), entscheidungspraktisch wirksam wird. Vor diesem Hintergrund wird dann davon ausgegangen, dass die außer Frage gestellten Meinungen Aus-

---

<sup>17</sup>. Vgl. MacKenzie 1989: 415ff.; MacKenzie 1990: 364; Latour 1987: 77; Bijker 1995: 282; zum Ganzen Schulz-Schaeffer 2000: 270ff., 280ff.

druck sozial konsentierter Praktiken sind (vgl. Morlok/Kölbel 2000: 31), wodurch sich Rechtswissenschaft und juristische Methodenlehre als „Habitus-Kodifizierung“ (Morlok/Kölbel 2001: 301) im Sinne Bourdieus darstellt, also als sekundäre Rationalisierung vorgängiger Praktiken. Mit der damit vorgenommenen Zweiteilung zwischen einem aus der Praxis hervorgegangenen entscheidungsrelevanten und einem wirklichkeitsfremden akademischen juristischen Fachwissen wird dem Dualismus von Rechtsdogmatik und Rechtswirklichkeit neues Leben eingehaucht. Mit der Feststellung, dass kodifiziertes – also dekontextualisiertes und verwissenschaftlichtes – juristisches Fachwissen die richterliche Entscheidungstätigkeit strukturiert, wird dieser Dualismus dagegen zumindest teilweise dementiert.

Eine Rechtssoziologie, die sich nicht in irrtumssoziologischer Manier auf die Untersuchung des sozialen Kontextes der Rechtsanwendung beschränken will, sondern das normativ angeleitete faktische Recht selbst als soziales Phänomen in den Blick bekommen möchte, kommt, so muss man aus all dem schließen, nicht umhin, sich für Rechtsdogmatik zu interessieren: als den Ort, an dem in Form außer Frage gestellter Meinungen, herrschender Lehre und herrschender Meinung also, der jeweils etablierte „*consensus* of those legal actors who are perceived at any given time to be supported by the highest forms of authority within the legal system of the state“ (Cotterrell 1998: 181) entwickelt und vorgehalten wird.

### **3.3 Die zwangstheoretische Verengung des Rechtsbegriffs und die Einbeziehung anerkennungstheoretischer Gesichtspunkte**

Im Widerspruch zum Stilgesetz vom Achtergewicht ist der dritte Begründungszusammenhang, der hier angeführt werden soll, der wohl problematischste. Ich werde das Argument zunächst kurz ausführen, dann die Grenzen seiner Erklärungskraft ansprechen, um anschließend zu begründen, weshalb die rechtssoziologische Thematisierung der anerkennungstheoretischen Dimension im Effekt dennoch zum rechtssoziologischen Desinteresse an der Rechtsdogmatik beiträgt. Zunächst zum Argument:

Es ist eine bekannte Tatsache, dass die Wirksamkeit staatlicher Machtausübung in modernen Gesellschaften ganz wesentlich darauf beruht, dass Sanktionsdrohungen nicht massenhaft wahr gemacht werden müssen. Dass es gelingt, staatliche Vorschriften in viel größerem Umfang durchzusetzen als durch die reale Machtbasis in Gestalt verfügbarer physischer Zwangsmittel gedeckt ist, ist Parsons zufolge eine Bedingung der Entstehung komplexer Gesellschaften, denn „command of physical force alone cannot guarantee the effective fulfillment of ramified systems of binding obligations“ (Parsons 1963a: 47). Die erweiterte Wirksamkeit von Macht resultiert, so Parsons, daraus, dass das konkrete Tauschverhältnis: Gehorsam gegen Nichtanwendung von Zwangsmitteln, in einem bestimmten Umfang durch ein allgemeineres Tauschverhältnis substituiert wird: Gehorsam gegen Aufrechterhaltung der normativen Ordnung, auf deren Grundlage Gehorsam verlangt wird.

Im Gegensatz zu dem konkreten Tausch erhält der Normadressat innerhalb dieses allgemeineren Tauschverhältnisses im Gegenzug für seinen Gehorsam „noting of value“ (ders. 1963b: 238), keine Gegenleistung von direktem Nutzwert (wie es die Nichtanwen-

dung von Zwangsmitteln ist). Dafür erhält er eine Gegenleistung, die sich gegebenenfalls in einen konkreten Nutzwert umwandeln lässt: die mit dem Bestehen der normativen Ordnung verbundene Möglichkeit, „that in other contexts and on other occasions, he can invoke certain obligations on the part of other units“ (ebd.). Die Befolgung von Vorschriften über das hinaus, was sich „through implementing coercive threats or exerting compulsion“ (ders. 1963a: 47) erreichen lässt, hängt dementsprechend davon ab, dass die Normadressaten an der Aufrechterhaltung der normativen Ordnung interessiert sind. Dies wiederum setzt, so Parsons, voraus, dass „the obligations are legitimized with reference to their bearing on collective goals“ (ders. 1963b: 237), wie auch „the legitimation of power of the leadership elements“ (ders. 1963a: 47).

Die empirische Wirksamkeit des staatlich garantierten Rechts lässt sich, so die Konsequenz dieser Überlegungen, nicht allein zwangstheoretisch erklären, sondern verlangt die Einbeziehung anerkennungstheoretischer Gesichtspunkte. Gleiches gilt darüber hinaus auch für die empirische Wirksamkeit der staatlichen Sanktionsdrohungen, die sich nicht wahr machen ließen und deshalb schnell an Glaubwürdigkeit verlören, würden die rechtlichen Forderungen nicht in einem beträchtlichen Umfang freiwillig befolgt.<sup>18</sup> Die freiwillige Befolgung von Rechtsnormen, der kein Sanktionsvermeidungskalkül zu Grunde liegt und die damit den staatlichen Zwangsapparat entlastet, kann auf zwei analytisch unterscheidbare Weisen motiviert sein: Sie kann zum einen in der Übereinstimmung rechtlicher Forderungen mit in der Bevölkerung anerkannter und eingelebter Wertvorstellungen begründet sein (vgl. Raiser 1999: 261f.; Rehbinder 2000: 135f.; Weber 1972 <1922>: 182f., 187). Ist das der Fall, dann braucht die „große Masse des Volks ... nicht erst durch den Staat gebändigt zu werden, sie fügt sich der Rechtsordnung freiwillig, weil sie fühlt, daß es ihre Ordnung ist“ (Ehrlich 1967 <1913>: 61). Zum anderen kann die freiwillige Befolgung rechtlicher Forderungen Ausdruck der Überzeugung sein, dass es sich hierbei um berechnete (oder zumindest: nicht vollständig unberechnete) Forderungen handelt, die in rechtmäßiger Weise (jedenfalls: nicht einfach willkürlich) in Anschlag gebracht werden. Für den vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere dieser zweite anerkennungstheoretische Gesichtspunkt von Bedeutung.

Der Verweis auf diesen Gesichtspunkt macht „die unmittelbare Verknüpfung der Rechtssoziologie mit der Herrschaftssoziologie“ (Raiser 1999: 112) in der Konzeption Webers aus: „Keine Herrschaft begnügt sich, nach aller Erfahrung, freiwillig mit den materiellen oder nur affektuellen oder nur wertrationalen Motiven als Chancen ihres Fortbestandes. Jede versucht vielmehr den Glauben an ihre ‚Legitimität‘ zu erwecken und zu pflegen.“ (Weber 1972 <1922>: 122) Im Fall der legalen, d.h. rechtsstaatlichen Herrschaft gründet ihre Legitimationsgeltung im idealtypischen Fall „auf dem Glauben an die Legalität gesatzter Ordnungen und des Anweisungsrechts, der durch sie zur Ausübung der Herrschaft Berufenen“ (ebd.: 124). In dem Maße, in dem ein solcher Legitimitätsglaube empirische Wirksamkeit entfaltet, beruht die Folgsamkeit der Rechtsunterworfenen also auf dem Glauben daran, dass die staatlichen Rechtsnormen in rechtmäßiger Weise zu Stande ge-

---

<sup>18</sup>. So schon Ehrlichs Beobachtung, „daß (staatlicher) Straf- und Vollstreckungszwang, wenigstens als Massenerscheinungen, ... nur in sehr geringem Umfange ... wirksam werden“ (Ehrlich 1967 <1913>: 54).

kommen sind und die Entscheidungen des Rechtsstabs rechtmäßige Anwendungen dieser Rechtsnormen auf den konkreten Fall darstellen (vgl. ebd.: 125).

Dies vorausgesetzt, kommt dem auf Durchsetzung der rechtlichen Forderungen gerichteten Handeln des Rechtsstabs neben der Aufgabe deutlich zu machen, dass diese Forderungen ernst gemeint sind (das ist das Ziel der Generalprävention), eine zweite Aufgabe zu: deutlich zu machen, dass in den rechtlichen Entscheidungen das geltende Recht zum Ausdruck kommt. Unter der Bedingung, dass sich die konkreten Fallentscheidungen nicht einfach aus dem Gesetzestext logisch ableiten lässt, heißt das, dass die Rechtsprechung sich einem „Begründungszwang“ (Ballweg 1972: 45) unterwerfen muss, d.h. sie „muß den Katalog von Antworten angeben können, der die Entscheidbarkeit und die Diskutierbarkeit der Entscheidung im Sinne ihrer Kontrolle garantiert. Dieser Anforderung wird durch die Rechtsdogmatik genügt.“ (ebd.)

Ihrer Selbstbeschreibung zufolge hat die Rechtsdogmatik „vornehmlich eine praktische Aufgabe zu erfüllen“ (Larenz 1992: 122): gut begründete Regeln herauszuarbeiten, die es erlauben, in „rationaler, dh nachprüfbarer und nachvollziehbarer Weise“ (Bydlinski 1991: 16) die Frage zu beantworten, „was in bestimmten, real vorgekommenen oder gedanklich ... vorweggenommenen zwischenmenschlichen Situationen (,Fällen’) hic et nunc, dh zu dieser Zeit und in dieser ... Rechtsgemeinschaft, rechtens ist“ (ebd.: 9), und damit der Rechtsprechung Entscheidungshilfen zu bieten.

Vor dem Hintergrund anerkennungstheoretischer Überlegungen hat die rechtsdogmatische Arbeit an dieser praktischen Aufgabe nicht nur eine Funktion für die Sollensordnung, sondern auch für die Seinsordnung des Rechts. Denn das Argument, das in überprüfbarer und kontrollierbarer Weise begründet, wie der konkrete Fall im Rahmen der rechtlichen Sollensordnung zu beurteilen ist, legitimiert zugleich die rechtliche Entscheidung, die sich darauf beziehen kann: „Die legitimierende Kraft ... liegt darin, daß nicht willkürliche Entscheidungen aufgrund emotionaler Stimmungslagen vonstatten gehen, sondern daß nach sorgfältiger Abwägung schließlich eines jener sich kreuzenden dogmatisierten Wertprinzipien als Entscheidungsregel durchschlägt.“ (Schöneborn 1976: 177) Mit dem Aufweis der normativen Richtigkeit rechtlicher Entscheidungen geht es also zugleich immer auch um den Aufweis ihrer Berechtigung und damit um die für die empirische Wirksamkeit des Rechts relevante Bereitschaft in der Rechtsgemeinschaft, den Anweisungen der Organe des Rechts freiwillig zu folgen. „Die Bindung des Richters an Recht und Gesetz gehört unverzichtbar zur Legitimationsstruktur des demokratischen Rechtsstaates. Rational kann diese Bindung nur durch Methodik hergestellt werden“ (Strauch 2001: 200), also durch die „formalrationale ... wissenschaftliche() Begründungsweise ..., über die das richterliche Entscheiden legitimiert werden muss“ (Morlok/Kölbel 2001: 293).

Wenn Raiser (1999: 198) von einer „unbefriedigende(n) Fixierung auf einen soziologischen Rechtsbegriff“ spricht, „der sich vor allem in der deutschen Theorie findet“, dann ist damit die soziologische Fokussierung auf einen zwangstheoretisch verengten Begriff des faktischen Rechts gemeint, der anders als noch bei Weber solche anerkennungstheoretischen Aspekte ausklammert. Die geringe rechtssoziologische Beachtung rechtswissenschaftlicher Begründungen unter dem Gesichtspunkt ihrer legitimatorischen Bedeutung für

die Rechtswirklichkeit wäre demnach als ein Effekt der zwangstheoretischen Verengung des soziologischen Rechtsbegriffs zu werten.

Allerdings ist dies bestenfalls die halbe Wahrheit. Zum einen lässt sich die legitimatorische Bedeutung rechtswissenschaftlicher Begründungen durchaus auch dann in den Blick nehmen, wenn man bei der Untersuchung der richterlichen Entscheidungspraxis den eigenständigen soziologischen Rechtsbegriff (samt seiner zwangstheoretischen Prämissen) zu Grunde legt. Dann nämlich, wenn man von den schon angesprochenen Herstellungs-Darstellungs-Divergenzen ausgeht (vgl. oben Anm. 13). Immerhin behält der eben angeführte Begründungszusammenhang insofern seine Gültigkeit, als die anerkennungstheoretische Dimension hier nur im Kontext der nachträglichen Rationalisierung der richterlichen Entscheidungspraxis thematisiert wird, welcher das rechtssoziologische Interesse im Kern gilt.

Zum anderen, und das ist im vorliegenden Zusammenhang wohl der wichtigere Punkt, ist es keineswegs so, dass sich die (rechts-)soziologische Erforschung der sozialen Wirklichkeit von (Rechts-)Normen durchgängig an der zwangstheoretisch erfassten (und wohl auch nur so erfassbaren) Spezifik rechtlicher Normen orientiert. Vielmehr besitzt die deutsche Rechtssoziologie mit Eugen Ehrlich einen Gründer, für den die Wirksamkeit aller sozialen Normen auf gesellschaftlichem (und nicht staatlichem) Normzwang und gesellschaftlicher Normanerkennung beruht (Ehrlich 1967 <1913>: 50ff.), und in dessen Denken es dementsprechend wenig Platz für zwangstheoretische Argumente im Sinne Webers gibt, während die Frage der sozialen Akzeptanz von (Rechts-)Normen dafür umso größeres Gewicht besitzt. Dieser Traditionslinie hat in den letzten zehn Jahren insbesondere Doris Lucke (u.a. 1996a; 1996b; 1998; 2001) erneut Gehör verschafft. Ausgehend von einer Gesellschaftsdiagnose postmoderner Individualisierung (vgl. dies. 1998: 227; 2001: 165), angesichts derer neben dem staatlichen (vgl. dies. 1998: 224f.) nun auch der gesellschaftliche Normzwang (Stichwort: „Normerosion“) zunehmend unwirksam wird (vgl. dies. 1996a: 223ff.), drängt sich ihr „der Eindruck auf, daß auch das Recht in unserer Gegenwartsgesellschaft mittlerweile mehr von den Gesellschaftsmitgliedern kontrolliert wird, als daß das Verhalten der Bevölkerung durch Gesetze steuerbar wäre“ (dies. 1996b: 64). D.h. die empirische Wirksamkeit von Gesetzen wie von sozialen Normen insgesamt hängt zunehmend von gesellschaftlicher Akzeptanz in individualisierter und subjektivierter Erscheinungsform ab. Unter diesen Bedingungen sichern die „juristisch wasserdichte Argumentation und das korrekte Verfahren ... die Legitimität des schlüssig gefolgerten und verfahrensmäßig unanfechtbaren Urteilsspruchs nicht mehr automatisch.“ (dies. 1996a: 232f.; vgl. 1996b: 63) Erforderlich sei vielmehr eine „Umstellung des juristischen Codes, von rechtsimmanenter juridischer Legitimation auf außerjuristische doxische Akzeptanz“ (dies. 2001: 173). Im Resultat führt diese anerkennungstheoretische Ausweitung des Blicks auf soziale Normen mithin zu der gleichen Konsequenz wie die zwangstheoretische Verengung des soziologischen Rechtsbegriffs: zu der Auffassung, dass Rechtsdogmatik im Rahmen des rechtssoziologischen Erkenntnisinteresses von eher geringer Bedeutung ist. Dabei kann es, etwa im Licht der Untersuchung von Schaal (2000) zur Akzeptanz von Bundesverfassungsgerichtsurteilen, durchaus als fraglich gelten, ob Luckes Gesellschaftsdiagnose in dem unterstellten Ausmaß empirisch gedeckt ist.

## 4 Ausblick

Bereits vor knapp dreißig Jahren hat Ekkehard Klusa (1975: 100) festgestellt: „Die richtige Erkenntnis, daß Recht soziologisch nicht von Rechtsprechung zu trennen ist, hat einen vernachlässigten Zwilling: Die Erkenntnis, daß Rechtswissenschaft und Recht noch weniger voneinander zu trennen sind. Kunstwissenschaft handelt auf der Metaebene von Kunst, dagegen bringt Rechtswissenschaft Recht hervor: Recht und Rechtswissenschaft sind nicht zweierlei. Wer das Produkt soziologisch verstehen will, muß sich mit dieser (Mit-)Produzentin befassen.“ In die gleiche Richtung hat unlängst Roger Cotterrell (1998) argumentiert. Er beklagt die Langlebigkeit eines „modern myth about sociological study of law“ (ebd.: 171). Diesem Mythos zufolge bestehe „an inevitable division of labor“ (ebd.) zwischen Juristen und Soziologen: „While lawyers and jurists analysed law as doctrine – norms, rules, principles concepts and the modes of their interpretation and validation, sociologists were concerned with a fundamentally different study: that of behaviour, its causes and consequences.“ (ebd.) Demgegenüber gelte es, soziologisch die Konsequenzen daraus zu ziehen, dass „law, to a significant extent, actually constitutes social reality“ (ebd.: 176). Es gelte also, die vermeintlich eigenständige juristische Wahrheit des Rechts als soziales Phänomen in den Blick zu nehmen.

Die Stoßrichtung der voranstehenden Überlegungen ist mithin keineswegs neu. Und dennoch hat sich die Rechtssoziologie dem „vernachlässigten Zwilling“ noch immer nicht in nennenswertem Umfang zugewandt. Mir ging es hier darum zu zeigen, dass dieser Umstand als eine bis heute fortwirkende Folge der Formierung der Rechtssoziologie als eines eigenständigen Zugangs zum Recht erklärt werden kann, eine Folgewirkung der Entstehung der Rechtssoziologie als Gegenprogramm zur dogmatischen Rechtswissenschaft, der Entwicklung eines soziologischen Rechtsbegriffs und der daraus abgeleiteten empirischen Fokussierung auf die Rechtsprechung. Zugleich ging es mir darum herauszuarbeiten, dass die Ausklammerung der Rechtsdogmatik aus dem Gegenstandsbereich der Rechtssoziologie keineswegs eine zwingende Konsequenz des soziologischen Zugangs zum Phänomen des Rechts ist, sondern inzwischen im Gegenteil vieles für deren Einbeziehung spricht. Für die Entstehung einer eigenständigen soziologischen Perspektive hatte es zunächst sicherlich eine Funktion, den Einfluss der Rechtsdogmatik auf die Rechtswirklichkeit unberücksichtigt zu lassen. Aus der heutigen Perspektive aber muss dies – in Übertragung einer von Röhl (1987: 363) auf die Justizsoziologie der 1970er Jahre bezogenen Äußerung – als „ein notwendiges Durchgangsstadium auf dem Weg zu einem komplexeren Forschungsansatz“ bewertet werden.

## Literatur

- Ballweg, Ottmar (1972): Rechtsphilosophie als Grundlagenforschung der Rechtswissenschaft und der Jurisprudenz, in: Hans Albert et al. (Hrsg.), Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, Düsseldorf: Bertelsmann, S. 43-49.
- Berger, Peter L./Thomas Luckmann (1969): Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit, Frankfurt/Main: Fischer.

- Bijker, Wiebe E. (1995): *Of Bicycles, Bakelite, and Bulbs: Toward a Theory of Sociotechnical Change*, Cambridge, Mass. u.a.: The MIT Press.
- Blankenburg, Erhard (2000): Vom Nutzen der empirischen Rechtssoziologie, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Rechtssoziologie am Ende der 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposium für Edgar Michael Wenz*, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 31-38.
- Bloor, David (1976): *Knowledge and Social Imagery*, London u.a.: Routledge & Kegan Paul.
- Bock, Michael (2000): Kriminalsoziologie in Deutschland. Ein Resümee am Ende des Jahrhunderts, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Rechtssoziologie am Ende der 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposium für Edgar Michael Wenz*, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 115-136.
- Brand, Jürgen/Dieter Stempel (Hrsg.) (1998): *Soziologie des Rechts. Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges.
- Bydlinski, Franz (1985): Die normativen Prämissen der Rechtsgewinnung, in: *Rechtstheorie* 16, S. 1-64.
- Bydlinski, Franz (1991): *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2., erg. Aufl., Wien u.a.: Springer-Verlag.
- Byrde, Brun-Otto (2000): Juristensoziologie, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Rechtssoziologie am Ende der 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposium für Edgar Michael Wenz*, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 137-155.
- Collins, Harry M. (1981): Son of Seven Sexes: The Social Destruction of a Physical Phenomenon, in: *Social Studies of Science* 11, S. 33-62.
- Collins, Harry M. (1985): *Changing Order. Replication and Induction in Scientific Practice*, London u.a.: SAGE Publications.
- Cotterrell, Roger (1998): Why must Legal Ideas Be Interpreted Sociologically, in: *Journal of Law and Society* 25(2), S. 171-192.
- Diekmann, Andreas (1980): *Die Befolgung von Gesetzen. Empirische Untersuchungen zu einer rechtssoziologischen Theorie*, Berlin
- Dreier, Horst (Hrsg.) (2000): *Rechtssoziologie am Ende der 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposium für Edgar Michael Wenz*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Dreier, Ralf (1971): Zum Selbstverständnis der Jurisprudenz als Wissenschaft, in: *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts* 2, S. 37-54.
- Ehrlich, Eugen (1888): Über Lücken im Rechte, in: *Juristische Blätter* 17(38), S. 447-449.
- Ehrlich, Eugen (1967 <1903>): *Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*, in: Eugen Ehrlich (Hrsg.), *Recht und Leben: Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre. Ausgew. u. eingel. von Manfred Rehbinder*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 170-202.
- Ehrlich, Eugen (1967 <1913>): *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 3. Aufl., unveränd. Nachdr. d. 1. Aufl. 1913, Berlin: Duncker & Humblot.
- Ehrlich, Eugen (1989 <1913>): *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 4. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Esser, Josef (1972): Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 172, S. 97-130.
- Galanter, M. (1974): Why the Haves come out Ahead. Speculations on the Limits of Legal Change, in: *Law and Society Review* 9, S. 95ff.
- Gawron, Thomas/Ralf Rogowski (1996): Effektivität, Implementation und Evaluation. Wirkungsanalyse am Beispiel von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 17(2), S. 177-220.
- Geiger, Theodor (1964): *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Neuwied am Rhein u.a.: Luchterhand.
- Gessner, Volkmar/Armin Höland (1990): Theoretische Orientierungen der empirischen Rechtssoziologie in der Bundesrepublik Deutschland, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Karl A. Mollnau/Hubert Rottleuthner (Hrsg.), *Rechtssoziologie in der Deutschen Demokratischen Republik und in der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., S. 51-75.
- Giddens, Anthony (1995): *Konsequenzen der Moderne*, 2. Aufl., Frankfurt/Main: Suhrkamp.
- Gildemeister, Regine et al. (2003): Geschlechterdifferenzierungen im Berufsfeld Familienrecht. Empirische Befunde und geschlechtertheoretische Reflexionen, in: *Zeitschrift für Soziologie* 32(5), S. 396-417.

- Hay, Peter (2002): Law of the United States : an overview, München: Beck.
- Heyen, Erk Volkmar (Hrsg.) (1986a): Historische Soziologie der Rechtswissenschaft, Frankfurt/Main: Klostermann.
- Heyen, Erk Volkmar (1986b): *Opinio decorum*, in: Erk Volkmar Heyen (Hrsg.), Historische Soziologie der Rechtswissenschaft, Frankfurt/Main: Klostermann, S. IX-XVII.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang/Karl A. Mollnau/Hubert Rottleuthner (Hrsg.) (1990): Rechtssoziologie in der Deutschen Demokratischen Republik und in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges.
- Holmes, Oliver Wendell (1897): The Path of the Law, in: Harvard Law Review 10(8), S. 457-478.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Thomas Weigend (1996): Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5., vollst. Neubearb. und erw. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Kantorowicz, Hermann (2002 <1906>): Der Kampf um die Rechtswissenschaft. Mit einer Einf. von Karlheinz Muscheler, Nachdr. der Ausg. Heidelberg, Winter, 1906, zuerst veröff. unter dem Pseudonym Gnaeus Flavius, Baden-Baden: Nomos.
- Klaus, Ekkehard (1975): Programm einer Wissenschaftssoziologie der Jurisprudenz, in: Nico Stehr/René König (Hrsg.), Wissenschaftssoziologie. Studien und Materialien. Sonderheft 18/1975 der Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 100-121.
- Klaus, Ekkehard (1979): Politische Inhaltsanalyse von Rechtslehrertexten, in: Zeitschrift für Soziologie, S. 362-379.
- Krawietz, Werner (1970): Funktion und Grenzen einer dogmatischen Rechtswissenschaft, in: Recht und Politik: Vierteljahreshefte für Rechts- und Verwaltungspolitik, S. 150-158.
- Krawietz, Werner (1972): Juristische Methodik und ihre rechtstheoretischen Implikationen, in: Hans Albert et al. (Hrsg.), Rechtstheorie als Grundlagenwissenschaft der Rechtswissenschaft. Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, Düsseldorf: Bertelsmann, S. 12-42.
- Krawietz, Werner (2001): Ausdifferenzierung von Praxis und Theorie in juristischer systemtheoretischer Perspektive, in: Rechtstheorie 32, S. 345-357.
- Kriele, Martin (1976): Theorie der Rechtsgewinnung. Entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, 2., durch e.Nachw. erg. Aufl., Berlin: Duncker & Humblot.
- Larenz, Karl (1992): Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2., neu bearb. Aufl., verkürzte Studienausgabe der 6. Aufl., Berlin u.a.: Springer.
- Latour, Bruno (1987): Science in Action. How to Follow Scientists and Engineers through Society, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Lucke, Doris (1990): Egalitäres Recht und geschlechtsspezifische Ungleichheit. Eine rechtssoziologische Fallstudie zu den nichtintendierten Nebenwirkungen und strukturellen Grenzen "frauenfreundlicher" Gesetze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Karl A. Mollnau/Hubert Rottleuthner (Hrsg.), Rechtssoziologie in der Deutschen Demokratischen Republik und in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., S. 187-209.
- Lucke, Doris (1996a): Legitimation durch Akzeptanz. Zur Subjektorientierung einer "systematischen" Debatte, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 17(2), S. 221-248.
- Lucke, Doris (1996b): Normerosion als Akzeptanzproblem. Der Abschied vom "homo legalis", in: Monika Frommel/Volkmar Gessner (Hrsg.), Normerosion, Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., S. 57-74.
- Lucke, Doris (1998): Rechtseffizienz, Gesetzesakzeptanz und Rechtsbewußtsein. Empirische Rechtsforschung und soziologische Gesellschaftsdiagnose, in: Jürgen Brand/Dieter Stempel (Hrsg.), Soziologie des Rechts. Festschrift für Erhard Blankenburg zum 60. Geburtstag, Baden-Baden: Nomos Verl.-Ges., S. 221-231.
- Lucke, Doris (2001): Doxa und Prudentia: Rationalitätenkonflikte und Kommunikationsprobleme als Paradoxien rechtlicher Professionalisierung, in: Rechtstheorie 32, S. 159-173.
- Luhmann, Niklas (1972): Rechtssoziologie, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.
- Luhmann, Niklas (1999): Recht als soziales System, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 20, S. 1-13.
- Machura, Stefan (2001): Die Aufgabe(n) der Rechtssoziologie. Eine Antwort an Theo Rasehorn, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 22(2), S. 293-297.

- MacKenzie, Donald (1989): From Kwajalein to Armageddon? Testing and the Social Construction of Missile Accuracy, in: D. Gooding et al. (Hrsg.), S. 409-435.
- MacKenzie, Donald (1990): *Inventing Accuracy: A Historical Sociology of Nuclear Missile Guidance*, Cambridge, Mass. u.a.: The MIT Press.
- Morlok, Martin (2001): Vorwort: Theorie/Praxis-Bruch in juristischer Methodenlehre und Soziologie, in: *Rechtstheorie* 32, S. 135-137.
- Morlok, Martin/Ralf Kölbel (2000): Zur Herstellung von Recht: Forschungsstand und rechtstheoretische Implikationen ethnomethodologischer (Straf-) Rechtssoziologie, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 21(2), S. 387-417.
- Morlok, Martin/Ralf Kölbel (2001): Rechtspraxis und Habitus, in: *Rechtstheorie* 32, S. 289-304.
- Morlok, Martin/Ralf Kölbel/Agnes Launhardt (2000): Recht als soziale Praxis. Eine soziologische Perspektive in der Methodenlehre, in: *Rechtstheorie* 31, S. 15-46.
- Müller, Friedrich (1997): *Juristische Methodik*, 7., stark erw. u. bearb. Aufl., hrsg. v. Ralph Christensen, Berlin: Duncker und Humblot.
- Neumann, Ulfried (2001): Juristische Methodenlehre und Theorie der juristischen Argumentation, in: *Rechtstheorie* 32, S. 239-255.
- Opp, Karl-Dieter (1973): *Soziologie im Recht*, Reinbek bei Hamburg:: Rowohlt.
- Parsons, Talcott (1963a): On the Concept of Influence, in: *Public Opinion Quarterly* 27(1), S. 37-62.
- Parsons, Talcott (1963b): On the Concept of Political Power, in: *Proceedings of the American Philosophical Society* 107(3), S. 232-262.
- Raiser, Thomas (1990): Über die Beziehung zwischen Rechtssoziologie und Rechtsdogmatik, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Mollnau/Hubert Rottleuthner (Hrsg.), *Rechtssoziologie in der Deutschen Demokratischen Republik und in der Bundesrepublik Deutschland*, Baden-Baden: Nomos, S. 234-252.
- Raiser, Thomas (1994): Aufgaben der Rechtssoziologie als Zweig der Rechtswissenschaft, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 15, S. 1-11.
- Raiser, Thomas (1996): Immer wieder: Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 17(2), S. 310-316.
- Raiser, Thomas (Hrsg.) (1999): *Das lebende Recht. Rechtssoziologie in Deutschland*, 3., überarb. Aufl., Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Rasehorn, Theo (1999): Neue Themen für die Richter- und Justizsoziologie, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 20, S. 163-167.
- Rasehorn, Theo (2001): Die Sektion Rechtssoziologie ist kein Max-Planck-Institut! Gesellschafts- und forschungspolitische Anmerkungen, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 22(2), S. 281-291.
- Rehbinder, Manfred (2000): *Rechtssoziologie*, 4., neu bearbeitete Aufl., München: Beck'sche Verlagsbuchhandlung.
- Röhl, Klaus F. (1987): *Rechtssoziologie. Ein Lehrbuch*, Köln [u.a.]: Carl Heymann.
- Röhl, Klaus F. (2000): Zur Bedeutung der Rechtssoziologie für das Zivilrecht, in: Horst Dreier (Hrsg.), *Rechtssoziologie am Ende der 20. Jahrhunderts. Gedächtnissymposium für Edgar Michael Wenz*, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 39-85.
- Röhl, Klaus F. (2001): *Allgemeine Rechtslehre. Ein Lehrbuch*, 2., neu bearb. Aufl., Köln u.a.: Carl Heymann.
- Rottleuthner, Hubert (1982): Abschied von der Justizforschung? Für eine Rechtssoziologie 'mit mehr Recht', in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 3(1), S. 82-119.
- Rottleuthner, Hubert (1987): *Einführung in die Rechtssoziologie*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Schaal, Gary S. (2000): Vertrauen in das Bundesverfassungsgericht und die Akzeptanz seiner Entscheidungen als Indikatoren der Geltung und Akzeptanz konstitutioneller Ordnungsvorstellungen, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 21(2), S. 419-446.
- Schöneborn, Christian (1976): Zum Stellenwert juristischer Dogmatik im Rechtsfindungsgang, in: *Rechtstheorie* 7, S. 169-186.
- Schreiber, Hans-Ludwig (1993): Jurisprudenz auf dem Wege zum Recht - Von den Möglichkeiten und Grenzen der Rechtswissenschaft, in: Herbert Mainusch/Richard Troellner (Hrsg.), *Einheit der Wissen-*

- schaft. Wider die Trennung von Natur und Geist, Kunst und Wissenschaft, Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 92-110.
- Schulz-Schaeffer, Ingo (2000): Sozialtheorie der Technik, Frankfurt/Main u.a.: Campus Verlag.
- Schulz-Schaeffer, Ingo (2004): Regelmäßigkeit und Regelhaftigkeit. Die Abschirmung des technischen Kerns als Leistung der Praxis, in: Karl H. Hörning/Julia Reuter (Hrsg.), Doing Culture: Kultur als Praxis, Bielefeld: Transcript Verlag, S. 108-126.
- Stark, Werner (1960): Die Wissenssoziologie. Ein Beitrag zum tieferen Verständnis des Geisteslebens, Stuttgart: Enke.
- Strauch, Hans-Joachim (2001): Theorie-Praxis-Bruch - Aber wo liegt das Problem?, in: Rechtstheorie 32, S. 197-209.
- Timmermans, Stefan/Marc Berg (2003): The Practice of Medical Technology, in: Sociology of Health & Illness 25(3), S. 97-114.
- von Jhering, Rudolf (1891): Scherz und Ernst in der Jurisprudenz: Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum, 4., mit Zusätzen vers. Aufl., Leipzig: Breitkopf u. Härtel.
- Weber, Max (1972 <1922>): Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie, 5., revidierte Aufl., besorgt von Johannes Winkelmann, Tübingen: Mohr.
- Wenz, Edgar Michael (1994): Die Reaktionstheorie - rechtstheoretische Voraussetzung für die Rechtsforschung, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 15, S. 58-65.
- Ziegert, Klaus A. (1994): Aufgaben der Rechtssoziologie als Soziologie für Juristen in der Rechtsforschung und Jurausbildung, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 15, S. 12-23.