

Aus Röhl, Rechtssoziologie, 1987:

§ 8 Schulen der soziologischen Jurisprudenz

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

I. Soziologische Jurisprudenz als Reaktion auf die Begriffsjurisprudenz

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Die Freirechtsschule

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

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

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

III. Die Interessenjurisprudenz

Eine solche Methode hat im Gegensatz zur Freirechtsschule *Philipp Heck* mit seiner Interessenjurisprudenz vorgeschlagen. *Larenz*, der der Lehre *Hecks* sehr kritisch gegenübersteht, hat von ihr gesagt, ihre Bedeutung könne kaum überschätzt werden²⁴, und in der Tat ist eine simplifizierte Interessenjurisprudenz heute die **Praktikermethode schlechthin**.

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

²⁴ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1975, S. 53.'

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

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

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

IV. Die Rechtstatsachenforschung

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

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

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

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

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

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

²⁵ Vorwort zu: Das Nießbrauchsrecht usw., 1919.

wieder, in denen *Nußbaum*, der selbst Zivilrechtler war, und seine Schüler das Programm der Rechtstatsachenforschung verwirklicht haben. Bis heute ist es bei der **Reduzierung der Rechtstatsachenforschung auf das Gesamtgebiet des Privatrechts** verblieben, da sich als die der Strafrechtsdogmatik zugeordnete empirische Sozialwissenschaft längst die Kriminologie²⁶ etabliert hat und für das öffentliche Recht die Verwaltungswissenschaften²⁷ zuständig sind²⁸. Der Unterschied zur Rechtssoziologie liegt darin, daß die Rechtstatsachenforschung sich als eine **juristische Hilfswissenschaft** versteht. Aktuelle Beispiele, in denen diese Ausrichtung deutlich wird, bietet ein Sammelband von *Chiotellis/Fikentscher*²⁹. Er behandelt vor allem neue, Gesetz nicht geregelte Vertragstypen (Nachnahmegeschäft, Schrankfachvertrag u. a.), um damit eine bessere Grundlage für ihre rechtliche Beurteilung und auch für die geplante Reform des Schuldrecht zu liefern. Die Rechtssoziologie dagegen versteht sich als eine alle Erscheinungen des Rechts umfassende sozialwissenschaftliche Disziplin mit eigenen Erkenntnisinteressen, die sich ihre Themen nicht vom Recht und den Juristen vorgeben läßt. Man kann daher heute sagen: **Rechtstatsachenforschung ist angewandte empirische Rechtssoziologie auf dem Gebiete des gesamten Zivilrechts, einschließlich des dazugehörigen Verfahrens**³⁰.

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

²⁷ Vgl. *Werner Thieme*, Verwaltungslehre, 4. Aufl. 1984.

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

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

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