

ZEITSCHRIFT  
DER SAVIGNY-STIFTUNG  
FÜR  
**RECHTSGESCHICHTE**

135. B A N D

HERAUSGEGEBEN VON  
U. BABUSIAUX, W. KAISER, M. SCHERMAIER,  
H.-P. HAFERKAMP, P. OESTMANN, J. RÜCKERT,  
H. DE WALL, M. SCHMOECKEL, A. THIER

**GERMANISTISCHE ABTEILUNG**

2018

SAVIGNY VERLAGSGESELLSCHAFT MBH, WIEN

## **Logik, Berechenbarkeit, Rechtssoziologie – Anmerkungen zu Max Weber und Hubert Treiber<sup>1)</sup>**

*Logic, Predictability, Sociology of Law – Some Remarks on Weber and Treiber.* Max Weber's posthumous work *Sociology of Law* has been discussed intensively ever since 1992. Hubert Treiber now invites us to re-read Weber as the authentic text edition is finally available. Three main problems will be given a closer look: Logic in Law, Predictability and Capitalism and Law. – Keywords: Max Weber, Sociology of Law, Logic in Law, Predictability, Capitalism and Law.

Endlich eine übersichtliche und doch eindringliche Einführung zu der ebenso kühnen wie grundlegenden und herausfordernden Rechtssoziologie von Max Weber. Dieser seit 1922 klassisch gewordene Text<sup>2)</sup> hat viele grundlegende und noch aktuelle Diskussionen angestoßen. Er liegt nun endlich in einer kritischen Edition vor und verdient schon deswegen genauere Vergewisserung, ja Einladung zur Lektüre. Und einfach war er nie. Besonders sein Verständnis der Zusammenhänge und Effekte von Logik im Recht und von Berechenbarkeit des Rechts und Wirtschaft ist zwar weltweit etabliert, aber fachlich rechtshistorisch kaum zureichend diskutiert.

1. Ein wenig Geschichte: Alle Bücher haben eine Geschichte. Der in den neueren Geisteswissenschaften überaus informierte und tätige Soziologe Hubert Treiber klagte in Hannover bisweilen über seinen Platz an der „Abbruchkante“ der Jurisprudenz. Er hatte in der Tat, wie die Geschichten so spielen, die letzten Zimmer im langen Juristenflur dieser recht einmaligen Fakultät. Sie bildete nämlich „einphasig“ aus, wie man unter Juristen und nur unter diesen verständlich sagte, war also wie in Augsburg, Bayreuth, Bielefeld, Bremen, Hamburg II, Konstanz und Trier, eine ganz neue Fakultät in der sog. Experimentierphase der Juristenausbildung von 1974 bis 1984. Aus soziologischer und wissenschaftlicher Sicht wurde damit nur eine an sich selbstverständliche Interdisziplinarität in Sachen Recht mehr oder weniger realisiert, die eben hier ein wenig institutionalisiert war. Das ist alles vergangen und bisweilen hässlich abgewickelt.

Aber die Früchte dieses besonders für die Nichtjuristen, d. h. für die in der Hannoverschen Fakultät institutionalisierten Soziologen, Ökonomen, Sozialpsychologen, Politologen, Philosophen, Theologen und Didaktiker, nicht immer erfreulichen und auch für die Juristen nicht einfachen, obgleich so sinnvoll-anspruchsvollen Experiments<sup>3)</sup> können immer noch geerntet werden. Man braucht nur die knapp zweihun-

---

<sup>1)</sup> Zugleich Rezension zu Hubert Treiber, *Max Webers Rechtssoziologie – eine Einladung zur Lektüre*, Harrassowitz, Wiesbaden 2017, 193 S.

<sup>2)</sup> Zuerst postum erschienen als eigener Abschnitt in *Max Weber* (†), *Wirtschaft und Gesellschaft*, hrsg. von Marianne Weber (= Grundriß der Sozialökonomik III. Abt. 3. Lieferung), Tübingen 1922; jetzt maßgebend die historisch-kritische Neuausgabe von W. Gephart und S. Hermes in: *Max Weber, Max Weber Gesamtausgabe* Abt. I Bd. 22 Teilband 3, 2010, sowie die Studienausgabe dazu, 2014.

<sup>3)</sup> Zur Orientierung siehe meine kleine Studie: *Jurisprudenz in Hannover seit 1974*, in: W.A. Kaal u.a. (Hgg.), *Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner*, 2014, S. 217–228.

dert, recht schlanken Seiten von Treiber zu Weber zu studieren. Studieren sollte man sie, denn mit bloßem Lesen ist es nicht getan. Dazu schreibt Treiber zu systematisch, zu dicht, zu genau, manchmal ein wenig umständlich und immer wieder auch knapp scharf analytisch, eben ein wenig altmodisch lehrbuchhaft – dafür umso genauer, informativer, belehrender und aufschlussreicher. Der Text der Weberschen Rechtssoziologie ist gewiss mit Beispielen illustriert, er kreist aber um überaus unanschaulich abstrakte Thesen, ist riesig weit gespannt und zugleich irgendwie großartig verführerisch. Dieser Text wird nun von Treiber Stück für Stück geduldig konkretisiert und aufgeschlüsselt. Das geschieht bemerkenswert interdisziplinär mit allem, was der erfahrene Autor aus Soziologie, Geschichte und Jurisprudenz so beibringen konnte – und das ist sehr viel. Er ist z. B. in vielem besser über Rechtsgeschichte unterrichtet als so mancher Rechtshistoriker. Man kann es geradezu als Glücksfall bezeichnen, dass dieser Soziologe mit seinen langen juristischen Erfahrungen in Hannover sich gerade der Rechtssoziologie von Weber einladend angenommen hat.

2. Thema und Text: Das Thema scheint eigentlich ziemlich erledigt. Webers „Rechtssoziologie“ ist international anerkannt als ein großer Schlüsseltext und vielgenutzt als Fundgrube und Steinbruch. Er wird gerne als Autorität eingesetzt. Seit fast 100 Jahren wird er hin und her gewendet, also seit dem ersten Druck im Rahmen des großen Weber-Textes über „Wirtschaft und Gesellschaft“, teils postum, 1922. Weber hatte diese Ausgabe für das seit 1914 von ihm selbst herausgegebene bedeutende Sammelwerk „Grundriß der Sozialökonomik“, ein höchst anspruchsvolles Unternehmen der ersten Wissenschaftler der damals aufblühenden Sozialwissenschaften<sup>4)</sup>, übernommen. Unter den Juristen haben immerhin Franz Wieacker und explizit Gerhard Dilcher sich an Weber orientiert, was Treiber auch sorgfältig verwendet. Beide haben Vieles von Webers idealtypisch strukturierten, sehr großen Erzählungen mit erheblicher Wirkung an die kleineren rechtshistorischen Erzählungen weitergereicht – es waren in der Tat bei Weber mehrere Großerzählungen zugleich.

Aber schon dieser erste Text der meist sog. Rechtssoziologie war ein ziemliches Problem, nicht wegen Unvollkommenheit oder untreuer Editionsarbeit, sondern wegen der Schwierigkeiten der Manuskriptlage. Denn der Text war aus den von Weber vor seinem frühen Tod 1920 nicht mehr authentisch endgültig zusammengestellten Manuskripten *postum* zusammengestellt worden von seiner Witwe Marianne Weber. Die lange Editions-geschichte endete erst 2010 mit Bd. 22 Teilband 3 von „Wirtschaft und Gesellschaft“ in Abteilung I, Schriften und Reden, der historisch-kritischen Max Weber Gesamtausgabe<sup>5)</sup>. Dabei wurden vor allem die Zusammenhänge der Manuskriptteile und ihre Kontexte überprüft und verbessert. Schon der Titel müsste danach eigentlich nicht „Rechtssoziologie“ lauten, sondern „Entwicklungsbedingungen des Rechts“ (Treiber S. 4). Die Chancen für ein neues und besseres Verständnis liegen damit auf der Hand. Sehr verbreitet und bis heute hauptsächlich benutzt war bisher die sog. ‚Studienausgabe‘ von Johannes Winckelmann<sup>6)</sup>.

<sup>4)</sup> Grundriß der Sozialökonomik, erschienen 1914–1930 bei Mohr in Tübingen in neun Abteilungen mit etlichen Unterbänden und Zweitaufgaben; heute offenbar nur noch wenig bekannt, obwohl immer noch eine Fundgrube.

<sup>5)</sup> Max Weber Gesamtausgabe I 22–3 (s. Fn. 2).

<sup>6)</sup> Max Weber, Rechtssoziologie, Aus dem Manuskript herausgegeben und eingeleitet von Johannes Winckelmann, Neuwied 1960, 346 S.

Winckelmann hatte aber den Text in den Überschriften, der Anordnung und einigen Lesarten bereits ergänzt und modifiziert – und ein weiteres Textproblem geschaffen.

Auf alles dieses geht Treiber nur am Rande einer Klärung zu den in der Tat für das Verständnis von Webers Kontext sehr wichtigen „Datierungsfragen“ ein (S. 4–10). Hinter diesen Datierungs-Zahlen steckten ganze Welten. Denn immerhin liegt der 1. Weltkrieg mit all seinen realen, ideologischen und wissenschaftlichen Umwälzungen zwischen den ersten und letzten Fassungen Webers. Treibers Enthaltensamkeit zu dieser Textgeschichte scheint mir etwas übertrieben. Nicht dass man die alten Texte noch benutzen sollte. Aber seine Leser, wenigstens die juristischen mit ‚ihrem Winckelmann‘ in der Hand, werden meistens diese doch sehr nachwirkenden Hintergründe kaum kennen und damit auch einen Teil der Wichtigkeit von Treibers „Einladung“ nicht leicht begreifen. Denn er kann nun endlich auf den plausibelsten und in ihren Kontexten jetzt genauer greifbaren Webertexten aufbauen. Allein damit erledigen sich schon eine Reihe von überkommenen Deutungsfragen. Eine neue Weber-Rezeption steht also an. Daher kommt die neue Einführung Treibers mit größtem Recht und zu guter Zeit.

3. Soziologie der Entwicklungsbedingungen: Soziologie, nicht Geschichte – völlig überzeugend und wichtig geht Treiber energisch davon aus, dass es Weber nicht um Genese, sondern um die sozioökonomischen „Entwicklungsbedingungen des Rechts“ gehe und dass er die Entwicklung vor allem als „Rationalisierungsprozess“ (3 und 25ff.) sehe. Das macht den Text bis heute sperrig, denn Rückblicke haben die meisten am liebsten als Geschichten. Er ist ebenso sperrig wie „Die juristische Logik“, d.h. das etwa gleichzeitige, methodisch ähnlich angelegte Buch von Eugen Ehrlich (1917) – ebenfalls, wie man dem Titel nicht ansieht, gerade keine Logik als Schlusslehre, sondern auch eine historisch-soziologisch Suche nach den „gesellschaftlichen“ Bedingungen und Wirkungen der „Methoden des juristischen Denkens“<sup>7)</sup>.

Das Thema „Entwicklungsbedingungen“ (3f.) ist gewiss nicht passé, im Gegenteil. Zudem ist es verknüpft mit den bis heute immer wieder heißen Gegensatzpaaren formales Recht/materiale Gerechtigkeit, rational/irrational, Volksjustiz/Juristenjustiz, Gewaltenteilung, Okzident/Orient, (moderner) Kapitalismus, Sozialismus usw. Es kommt also darauf an, diesen komplexen Rationalisierungsprozess bei Max Weber und mit Max Weber anschaulich und verständlich zu machen, und zwar anschaulicher und verständlicher als bei Weber selbst, sonst bedürfte es keiner eigenen „Einladung“. Nach allen Leseerfahrungen ist diese in der Tat notwendig. Sie ist Treiber vorzüglich gelungen.

Nach einer „Einführung“ zum Thema und den Datierungsfragen (3–10) folgen wichtige Erklärungen zum Rechts- und Geltungsbegriff und zum Begriff Ordnung (11–23). „Entwicklungsbedingungen“ sind soziologisch-empirisch nur genauer zu fassen, wenn man sie präzisiert. Treiber verdeutlicht die Besonderheit des für uns vieldeutig „soziologischen“, d.h. empirisch-sozialwissenschaftlichen und nicht etwa

---

<sup>7)</sup> Eugen Ehrlich, *Die juristische Logik*, erschienen zuerst im *Archiv für die civilistische Praxis* 115, 1917, und dann separat mit eigener Vorrede vom Februar 1918, 1918, 337 S. (mit Register), Neudrucke 1925 und 1966, das Zitat aus der Vorrede.

sozialphilosophischen oder gar juristischen oder allgemein-rechtshistorischen Zugriffs bei Weber. Empirische und rechtliche Geltung folgen verschiedenen Maßstäben. Empirisch kommt es auf eine „erwartbare Verbindlichkeitsgarantie“ an (16). Diese hängt wiederum ab von einem gewissen „Zwangsapparat“, der eine „hinlänglich starke Chance“ des korrigierenden Eingreifens bei Normverletzungen bietet. Damit ist diese Geltung doppelt abzugrenzen: von der normativen und der bloß konventionellen ‚Geltung‘ ohne Zwangsapparat. Weber formulierte damit keine „rechtliche Zwangstheorie“, wie Treiber treffend klarstellt (18). Er bewegt sich im Kontext der allgemeinen normativen Theorien vor 1900, die nach dem Sturz der metaphysischen Systeme vielfach zu psychologischen Erklärungen neigten, wie etwa der führende Neukantianer Windelband in seiner Urteilslehre<sup>8)</sup> (14f.); man kann auch an den damals sehr prominenten Ethiker Friedrich Jodl in München und später in Wien denken<sup>9)</sup> – bis sie wieder von Neometaphysik oder schlichter Ideologie überlagert wurden. Dieser ziemlich abstrakte und doch noch empirische Begriff von Recht und Geltung ließ sich dann gut verallgemeinern. Er wurde damit zum Leitfaden und Instrument von Webers großen Erzählungen.

4. Rationalität, Rationalisierung, Typologie: Webers Intentionen erläutert Treiber im zweiten Kapitel. Besonders aufschlussreich geht es dabei um „Konkretisierungen“ des Rationalisierungsprozesses, nämlich um sein Maß und seine Art und die damit zusammenhängende Webersche Typologie des Rechts. Dieses Kapitel scheint mir besonders wichtig für ein zutreffendes Verständnis Webers und erst recht seiner Epigonen und Kritiker. Es ist prägnant und handlich knapp gelungen (25–40). Treiber kommt zu einem wertvoll besseren Verständnis dieser Rechtstypologie in Sachen irrational/rational (mit formal-rational und formal-material) sowie formell/Rechtsgang/Verfahren und materiell/Recht (16f. als Tabelle). Das ist wichtig, da Weber mit diesen Begriffen immer wieder und in etwas unterschiedlicher Weise hantiert und man sich anhand der Klärung viel besser die konkreten Verwendungen in seinen Kontexten klarmachen kann.

5. Idealtypische Entwicklungsstufen: Das dritte Kapitel macht mit seinen rund 130 Seiten (41–169) den Hauptteil der „Einladung zur Lektüre“ aus. Es gilt Webers Darstellung der „Entwicklungsstufen des Rechts und des Rechtsganges“, also des vollen Inhalts seiner Rechtssoziologie. Mit der Konzentration auf die „Entwicklungsstufen“ und den Rationalisierungsprozess gelingt es Treiber von vornherein sehr gut, einen roten Faden zu halten. Allein das ist schon überaus verdienstvoll im Meer der Weber-Exegese. Aus dieser Perspektive lässt sich Webers Darstellung gut strukturieren zu vier „Entwicklungsstufen“. Es sind erstens die „Charismatische Rechtsoffenbarung durch Rechtspropheten: Mose und Muhammad“ (44–49), zweitens die „Rechtsschöpfung und Rechtsfindung durch Rechtshonoratioren. Oder römisches und englisches Recht als Beispiele für die empirische Lehre des Rechts durch Praktiker“ (50–102), drittens die „Rechtsoktroierung durch weltliches Imperium und theokratische Gewalten – unter Einbeziehung der mittelalter-

<sup>8)</sup> Wilhelm Windelband, Beiträge zur Lehre vom negativen Urteil, Freiburg 1884.

<sup>9)</sup> Siehe Friedrich Jodls erfolgreiches Lehrbuch der Psychologie, 2 Bände Stuttgart <sup>2</sup>1903, <sup>3</sup>1908, <sup>4</sup>1916.

lichen, okzidental Stadt sowie der Rezeption des römischen Rechts“ (103–149) und viertens die „Rechtspflege durch Rechtsgebildete (Fachjuristen) aufgrund von ‚Universitätsschulung‘“ (150–168). Relativ gleichgewichtig werden die zweite und dritte Entwicklungsstufe dargestellt. In der Tat liegen hier auch die Schwerpunkte des Materials und der Darstellung bei Weber.

Es verdient einen Seitenblick, dass die Kühnheit der Konstruktionen bei Max Weber eine ältere Parallele in den Bemühungen um „Universalgeschichte“ hat, besonders bei Eduard Gans (seit 1824) oder Rudolph von Jhering (im Druck seit 1852) und zeitgleich zu Weber besonders bei Josef Kohler (1904)<sup>10</sup>). Methodisch könnte jedoch der Unterschied nicht größer sein. Denn diese alle betreiben ihr Anliegen geschichtsmetaphysisch und gerade nicht soziologisch-empirisch. Die Eierschalen dieser Bemühungen finden sich auch bei Weber, so wenn er von „Entwicklungsstufen“ spricht wie Jhering vom „Geist des römischen Rechts auf den *Stufen* seiner Entwicklung“<sup>11</sup>) und wie 1905 der Neuhegelianer Berolzheimer, der seine „Entwicklungsgeschichte der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“ mit dem Titel „Die *Kulturstufen* der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“ überschrieb<sup>12</sup>).

Da es sich bei Weber um Idealtypen handelt, darf die räumliche und zeitliche Überlappung der Stufen nicht irritieren. Diese Treppenstufen kann es sozusagen überall und irgendwann geben. Daran wird auch sofort klar, dass es sich bei Webers Darstellung in Idealtypen um Erkenntnisinstrumente handelt, um mehr zu verstehen, sei es in der Zeit, sei es im Raum. Bei aller historisierenden und hochgelehrten Empirie mit den vielen kurzen Beispielen interessiert Weber nicht die Genese als solche, sondern die mit historischer Erfahrung gefüllte Typik. Genese allein genügt ihm nicht, er will auch Kausalitäten, Wirkungen und Strukturen erfassen. Das macht natürlich die Darstellung anspruchsvoller, faszinierender, aber auch riskanter und angreifbarer. Und es macht einen gewissermaßen ideologisch-politischen Reiz aus. Denn wer Kausalitäten und Strukturen kennt, kann auch Prophezeiungen und Politiken wagen. Das sog. Werturteilsaxiom, also die methodische Trennung von Wertung und Erkenntnis, bleibt davon unberührt.

Es lohnt immer wieder, sich den Zugriff klarzumachen aus Webers Text über „Methodische Grundlagen“<sup>13</sup>):

<sup>10</sup>) Siehe den Beitrag von Josef Kohler, Rechtsphilosophie und Universalgeschichte, in: ders. (Hg.), Enzyklopädie der Rechtswissenschaften in systematischer Bearbeitung, 6. der Neubearbeitung erste Aufl., Bd. 1, 1904, S. 1–69, hier § 11 S. 7–20 zur Universalrechtsgeschichte; auch § 5 seine im wes. Hegelsche Geschichtsmetaphysik.

<sup>11</sup>) R. v. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den Stufen seiner Entwicklung, 3 Bände, Leipzig 1852–1865 [Kursive für „Stufen“ im Text dieses Absatzes hinzugefügt].

<sup>12</sup>) Fritz Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. 2: Die Kulturstufen ..., 1905. „Entwicklungsgeschichte“ nennt er den Inhalt dieses Bandes im ersten Satz der Vorrede.

<sup>13</sup>) In: Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, zuerst in: Grundriß der Sozialökonomik (1922) (beide Fn. 2), dann bearb. von G. Albrecht u. a., 2. vermehrte Aufl. 1925, Kap. I: Soziologische Grundbegriffe, § 1 I: Methodische Grundlagen, Ziff. 11, S. 9–11, hier 9f., 11; Neuedition jetzt insoweit unverändert in der kritischen Max Weber Gesamtausgabe (Fn. 2) Abt. I Bd. 23: Wirtschaft und Gesellschaft. Soziologie. Unvollendet, Tübingen 2013, hier S. 169–172.

„Die Soziologie bildet ... *Typen*-Begriffe ja und sucht *generelle* Regeln des Geschehens. ... Wie bei jeder generalisierenden Wissenschaft bedingt die Eigenart ihrer Abstraktionen es, dass ihre Begriffe gegenüber der konkreten Realität des Historischen relativ *inhaltsleer* sein müssen. Was sie dafür zu bieten hat, ist gesteigerte *Eindeutigkeit* der Begriffe. Diese gesteigerte Eindeutigkeit ist durch ein möglichstes Optimum von *Sinnadäquanz* erreicht, wie es die soziologische Begriffsbildung erstrebt. Diese kann ... bei *rationalen* (wert- oder zweckrationalen) Begriffen und Regeln besonders vollständig erreicht werden. Aber die Soziologie sucht auch irrationale (mystische, prophetische, pneumatische, affektuelle) Erscheinungen in theoretischen und zwar *sinnadäquaten* Begriffen zu erfassen. In *allen* Fällen, rationalen wie irrationalen, *entfernt* sie sich von der Wirklichkeit und dient der Erkenntnis dieser in der Form: daß durch die Angabe des Maßes der *Annäherung* einer historischen Erscheinung an einen oder mehrere dieser Begriffe diese eingeordnet werden kann. Die gleiche historische Erscheinung kann zum Beispiel in einem Teil ihrer Bestandteile ‚feudal‘, im anderen ‚patrimonial‘, in noch anderen ‚bureaukratisch‘, in wieder anderen ‚charismatisch‘ geartet sein. Damit mit diesen Worten etwas *Eindeutiges* gemeint sei, muß die Soziologie ihrerseits ‚reine‘ (*Ideal*-)Typen von Gebilden jener Arten entwerfen, welche je in sich die konsequente Einheit möglichst vollständiger Sinnadäquanz zeigen, eben deshalb aber in dieser absolut idealen *reinen* Form vielleicht ebenso wenig je in der Realität auftreten, wie eine physikalische Reaktion, die unter Voraussetzung eines absolut leeren Raumes errechnet ist. Nur vom reinen (*Ideal*-)Typus her ist soziologische Kasuistik möglich ... wenn sie von ‚*typischen*‘ Fällen spricht, meint sie im Zweifel stets den *Idealtypus*, der seinerseits rational oder irrational sein *kann*, zumeist ... rational ist, stets aber *sinnadäquat* konstruiert wird. ... Man hat eben methodisch sehr oft nur die Wahl zwischen unklaren oder klaren, aber dann irrealen und ‚idealtypischen‘ Termini. In diesem Fall aber sind die Letzteren wissenschaftlich vorzuziehen.“

Man muss das stets beherzigen. Wenn Treiber also viele Beispiele Webers nacharbeitet, geht es auch nicht um Genese, sondern darum, die Erfassung der historischen Lagen an die Typenbegriffe „anzunähern“. Gegen die wertlosen Illusionen des damals wie heute vorherrschenden historischen Objektivismus setzt Weber also genetische und kausale Erklärungsskizzen und daraus zugespitzte Idealtypen als rational verwendbare Strukturen.

6. Juristenstand als reales Zentrum: Im Kreis der Bedingungen und Wirkfaktoren betont Weber den Juristenstand, gewiss mit großem Recht. Rechtshistorisch sind ihm damit etwa schon Wieacker mit seiner „Apologie des Juristen“ in der Privatrechtsgeschichte<sup>14</sup>), dann Koschaker mit seiner Betonung der Juristen nicht nur für die Rezeption des römischen Rechts<sup>15</sup>), van Caenegem mit seiner Frage nach „Judges, Legislators and Professors“ in Europa<sup>16</sup>), sowie jüngst speziell Halperin<sup>17</sup>) gefolgt. Weber interessiert besonders die Organisation, Institutionalisierung

<sup>14</sup>) Siehe meine Würdigung der Privatrechtsgeschichte im Nachruf: Geschichte des Privatrechts als Apologie des Juristen – Franz Wieacker zum Gedächtnis, in: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 24 (1995) S. 531–562.

<sup>15</sup>) Paul Koschaker, Europa und das römische Recht, München 1947, besonders Kapitel 12 und 13: Juristenrecht, und: Die Juristen als Träger oder Gegner der Rezeption des römischen Rechts; auch sein Strukturwort „Professorenrecht“, S. 208ff., 254ff.

<sup>16</sup>) Raoul van Caenegem, Judges, Legislators and Professors, Chapters in European Legal History, Cambridge 1987.

<sup>17</sup>) Jean-Louis Halpérin, Histoire de l'état des juristes, Allemagne, XIX<sup>e</sup>–

und Arbeitsweise der Juristen. Auffallenderweise wird der wichtige Blick auf den Juristenstand für die dritte Phase nicht so plastisch etikettiert wie für die erste, zweite und vierte als Rechtspropheten, Rechthonoratioren und Fachjuristen. Wie sollte man die vor allem kontinentalen Juristen des *Jus commune* plastischer bezeichnen – historisch nannte man sie *clericus* und *laicus*, auch Kanonisten und Legisten. Für Weber fallen sie beide in den einen Typ, wie man wohl polemisch sagen müsste, der Formaljuristen, oder besser, der Gelehrten Juristen oder Rechtsgelehrten. Es ist wohl kein Zufall, dass weder Weber noch Treiber dafür eine plastische Formulierung bieten. ‚Rechtsgelehrter‘ lag Weber wohl noch zu nah und Treiber dann zu fern als prominentes Stichwort. Aber es träfe gut und träfe neutraler als „formal“ das für Weber so wichtige ältere kontinentale Wissenschaftselement, das etwas anderes als moderne Wissenschaft meint.

7. Rom und England; Handwerk, Ars und Wissenschaft: Besonders für drei ersten Teile hat sich Treiber in bewundernswerter Weise in die historische und rechtshistorische Forschung vertieft. Auf diese Weise hat er viel konkrete Anschauung und Bestätigung für Webers Typen gefunden, mit Weber: viel Annäherung an die historischen Lagen. Das wirkt durchweg sehr überzeugend oder mindestens diskutabel. Man kann bei Treiber nun viel zur englischen und auch römischen Rechtsgeschichte lernen. Auch ist das derzeit wohl nirgends so prägnant zusammengeführt. Rechtsunterricht und Juristenbürokratismus in Rom, Anwaltshandwerk und Justiz in England, nicht zuletzt auch den englischen Kapitalismus, dann die deutsche sog. Begriffsjurisprudenz macht Treiber enorm anschaulich.

Was Rom betrifft, kann er sich freilich nicht recht lösen aus dem diffusen Gebrauch von „Wissenschaft“ bei den Fachromanisten; das wäre in der Tat eine eigene Forschungsarbeit gewesen. Die römische Juristenarbeit soll Ars und Kunst sein *und* doch auch Scientia und Wissenschaft – das war wohl vor allem eine wissenschaftstheoretisch und historisch unplausibel<sup>18)</sup> Selbstanpreisung der Romanistik im kritischen 20. Jahrhundert. Dagegen stört die Übernahme der ebenso problematischen und sehr beliebt gewordenen Deutung der Rezeption als „Verwissenschaftlichung“<sup>19)</sup> weniger, da es für Max Weber und Treiber nicht auf Wissenschaft überhaupt, sondern auf formale Elemente in der Arbeitsweise und Lernweise der Juristen ankommt.

Auch die wichtigen jüngeren Forschungen zum neunzehnten Jahrhundert in Deutschland (i.w. zu Puchta als Musterfall) verwendet Treiber mit Recht umfassend. So kann er sich hier von den älteren, zeitbedingt antiliberalen Verzerrungen zum späten 19. Jahrhundert und seiner sog. Begriffsjurisprudenz lösen. In seine Darstellung schaltet Treiber viele Originaltexte aus dem Forschungsstand ein und vermittelt auf

---

XX<sup>e</sup> siècles, Paris 2015, S. 7f. mit Bezug auf Weber; dazu auch sein Gastbeitrag: Der Juristenstand als Gegenstand historischer Forschung und Geschichte des juristischen Felds in Deutschland, ZRG GA 135 (2017) S. 223–246.

<sup>18)</sup> Genauer dazu meine Abhandlung: Denktraditionen, Schulbildungen und Arbeitsweisen in der „Rechtswissenschaft“ – gestern und heute, in: Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, hg. von Eric Hilgendorf/Helmuth Schulze-Fielitz, 2015, S. 13–51.

<sup>19)</sup> Siehe zur Kritik meine Abhandlung: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: Genese und Zukunft eines Faches?, in: Franz Wieacker – Historiker des modernen Privatrechts, hg. v. O. Behrends/E. Schumann, 2010, S. 75–118.



diese Weise eine erfreuliche Forschungsauthentizität. Zugleich schützt er sich so vor immer gefährlichen Abstraktionen und Neuformulierungen. Nebenbei kann man im Blick auf die außerordentlich eindrucksvolle Literaturerschließung eine selten interdisziplinäre Arbeitsweise erleben, trotz mancher auffallender Lücken<sup>20</sup>).

8. Logik!? Ein für mich schwieriger Punkt ist die Frage der Logik. Ich muss gestehen, dass mir diese „Logik“ nur in einem sehr allgemeinen Sinne klar geworden ist, was natürlich nicht an Treiber liegen muss und auch nicht an Weber, sondern wohl an zu unterschiedlichen Verwendungen von *logisch* und *Logik* damals und heute, und vor allem auch allgemein und bei Juristen. Es sind sozusagen zu viele Sprachfelder beteiligt. Bei Weber wie Treiber ist Logik ein wiederkehrender und sehr zentraler Topos, der also möglichst klar erfasst werden muss. Weber ist Jurist und redet über Jurisprudenz und Recht. Man ist also versucht, ihm einen juristischen Sprachgebrauch in Sachen Logik<sup>21</sup>) zuzuschreiben. Das würde aber gründlich in die Irre führen. Es hilft wohl nur, zunächst einige Logik-Erwähnungen Webers einfach zusammenzustellen, hier in der Form, wie sie Treiber kundig verwendet:

Allgemeinbegriffe werden laut Weber durch Abstraktion vom Anschaulichen gebildet, d. h. durch „logische Sinndeutung“, nicht Generalisierung und Subsumtion (76), Systeme beruhen auf „logischer Sinndeutung“ (94), es gibt eine kontinentale „logische“ und systematische Methode im Gegensatz zum juristischen Handwerker (95), man spricht von der Entwicklung von logisch hochoptimierten Rechtssätzen vermittelt der analytischen Methode (111), die Pandektenwissenschaft beschäftigt sich mit „logischer Systematisierung“ des Rechts (127f.), die römischen Rechtsinstitute werden durch sie in die Sphäre des „logisch Abstrakten“ erhoben, das römische Recht wird zum „logisch richtigen“ Recht verabsolutiert (130), die Fachjuristen sind „formallogisch“ geschult (150), die Pandektenwissenschaft werde mit Attributen versehen, die allesamt die Bedeutung der „Logik“ hervorheben, d. h. Rechtssätze „analytisch“ aus Einzelfällen zu gewinnen, Rechtsinstitute sowie Rechtsverhältnisse zu konstruieren, sie „logisch“ widerspruchlos zu ordnen und vor allem, ein prinzipiell lückenloses System von Regeln zu bilden und unter diese Normen „logisch zu subsumieren“ (alles 150).

Der Logik-Punkt ist auch von Interesse, da er ein Hauptargument in den juristischen Polemiken seit etwa 1870 ausmacht. Hatte man die Savignysche Richtung besonders von Hegel her noch als zu historisch kritisiert („das Prinzip läßt sich nicht ergraben“, A. Ruge 1845)<sup>22</sup>), so erschien nun aus materialer, sozialer Sicht die Jurisprudenz als zu logisch. Was meinte nun Weber damit konkreter? Er meint jedenfalls gar nicht den von Jhering seit 1865 angezettelten Streit um Logik und Leben, an den wir vor allem denken. Denn die materialen Interessen haben deutlich Gewicht

<sup>20</sup>) Vgl. nur die Abschnitte zu Savigny, Puchta, Jhering und Windscheid in J. Rückert/R. Seinecke (Hgg.), *Methodik des Zivilrechts – von Savigny bis Teubner*, 32017.

<sup>21</sup>) Dazu immer noch ausgezeichnet und leider unter dem Haupttitel der Arbeit unsichtbar Monika Frommel, *Die Rezeption der Hermeneutik bei Karl Larenz und Josef Esser*, 1981, Kapitel 3: Die juristische Hermeneutik im 19. Jahrhundert, S. 27–38: Die „logische“ Auslegung.

<sup>22</sup>) So der Linkshegelianer Arnold Ruge, *Art. Historische Rechtsschule*, *Conversationslexikon der Gegenwart*, Bd. 2, Leipzig 1845, S. 77.

gewonnen. Webers Logikperspektive ist eine empirische und viel einfachere. Seine logische Systematisierung bezeichnet offenbar schlicht den Aufbau eines disjunktiven Begriffssystems mit Ober- und Unterbegriffen nach bestimmten Merkmalen. Das muss auch noch nicht lebensfremd funktionieren. Zugespißt wird diese Systematisierung, wenn man System im Sinne von Kant als ein „nach Prinzipien geordnetes Ganzes“<sup>23)</sup> aufbaut, wie es die Universitätsjuristen im 19. Jahrhundert energisch und erfolgreich unternahmen. Damit wurde das System strenger, formaler und auch inhaltlich genauer geordnet. Und es gewann dank der Prinzipientechnik im Rahmen eines solchen Systems – aber nur in diesem Rahmen – eine Regelvollständigkeit und – juristisch wichtig – sozusagen Lückenlosigkeit der Rechtsregeln. Auch das muss nicht lebensfremd funktionieren. Und die Frage der tatsächlichen Logik beim Aufbau eines solchen Systems nach Prinzipien spielt hier ebenfalls keine Rolle. Diese Systematisierung ist gewiss eine enorme *Abstraktionsleistung*<sup>24)</sup>, indem *analytisch-induktiv* vom einzelnen Element her gemeinsame Merkmale verschiedener Elemente erschlossen werden – in diesem Sinne erreicht man dann offenbar die Sphäre des *logisch Abstrakten* und, wenn die Prinzipien einleuchten, des *logisch Richtigen* in einem schon materialen Sinne. Vielleicht meint Weber dieses Vorgehen auch mit logischer *Sublimierung* und *logischer Sinndeutung*. Dagegen ist das, was an solcher Sublimierung *analytisch* oder gar *logisch richtig* sein soll, weniger klar, wenn Analyse Zerlegung und Abgrenzung in Einzelteile meint und *richtig* sich eben nicht aus Begriffsanalysen ergibt. *Logische Sinndeutung* mag bei der Abstraktion die Verortung in bereits vorhandene Systeme hinein meinen. Z.B. ist dann die Frage, ob es sich um Kauf oder Werk, um Dienste oder Mandat im Sinne vorhandener Begriffe davon handelt. Und wenn die alterfahrene Jurisprudenz des 19. Jahrhunderts sich mit Jhering nicht mehr in Verlegenheit setzen lässt, so kann das Begriffssystem auch als überzeitlich *richtig* erscheinen: „Eine Jurisprudenz, die seit Jahrtausenden arbeitet, hat die Grundformen oder Grundtypen der Rechtswelt entdeckt und in ihnen hält sich auch alle fernere Bewegung so sehr sie im Uebrigen von der bisherigen divergieren möge; eine solche Jurisprudenz lässt sich nicht mehr durch die Geschichte in Verlegenheit setzen“<sup>25)</sup>. Jhering operiert aber nicht mit explizit konstruierten Idealtypen. Er benutzt die metaphysische Denkform von „Grundform“ oder „Grundtypen“ als Substanz und die „fernere Bewegung“<sup>26)</sup> als Akzidens. So lässt sich das Zeitliche zugleich in Ewigkeit bringen. Und damit drohen inhaltliche Leere der Abstraktionen, Lebensfremdheit und eine Art von Beruhigung bei der Kenntnis der Substanz.

Die *logische Systematisierung* kann zu einer bestimmten, auch historisch unterscheidbaren Arbeitsweise führen, nämlich dem Bestreben, Fallsachverhalte möglichst in die gegebenen Ober- und Unterbegriffe einzuordnen und damit eine ziemlich regelmäßige, begrifflich strengere und transparente, insofern formale Arbeits- und Lernweise zu erreichen, während Handwerk mehr am Fall bleibt und an weniger

<sup>23)</sup> Immanuel Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Naturwissenschaft* (1786), Vorrede S. A IVf., in: *Werke IX*, hg. von Wilhelm Weischedel, Frankfurt a. M. 1968/69, S. 11.

<sup>24)</sup> Die Stichworte von Weber in diesem Absatz kursiv und wie soeben unter 8. im 2. Abs. nachgewiesen.

<sup>25)</sup> Rudolf Jhering, *Unsere Aufgabe*, in: (Jherings) *Jahrbücher für die Dogmatik ... Bd. 1* (1857) S. 1–52, hier 16.

<sup>26)</sup> Ebd.

durchabstrahierten Fällen ordnet und lernt. Das wird immer wieder an der Gegenüberstellung von kontinentalen Juristen im Gesetzssystem und römischen wie englischen Juristen im Fallrechtssystem demonstriert.

Aber die in beiden Fällen notwendige Subsumtion ist keine formale Frage der Logik mehr, sondern der Prämissenbildung im Obersatz und Untersatz. Von *logischem Subsumieren* würden wir daher heute weniger sprechen. Zwar ist der syllogistische Schluss als solcher ein logischer Vorgang. Aber obgleich der zuvor nötige Vergleich von allgemeinem Normmerkmal und konkretem Sachverhaltselement ein gewisses logisches Aussehen haben mag, ist dies nicht einfach eine Sache der Logik. Denn dabei kommt es auf das berühmte „Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt“ (Engisch)<sup>27)</sup> an, ein Ähnlich- oder Gleichsetzen des allgemeinen Merkmals mit dem konkreten Vorgang, aber kein unendlicher Zirkel. Und hier begegnen sich Ars-Juristen, Handwerksjuristen und Begriffsjuristen unvermeidlich und landen beide bei Gleichsetzungen, Absetzungen oder Analogien. Das wäre also der eigenständige Kern der Jurisprudenz in den verschiedenen Arbeitsweisen.

Im Verlauf des 19. Jahrhunderts haben die Juristen die Akzente verschoben. Savigny betonte an der juristischen Arbeit noch den „Takt“ und die „Kunst“ und war in Systemfragen zwar genau und konsequent, aber sehr tolerant<sup>28)</sup>. Puchta schrieb ebenso gegen illusionäre Regelgebäude für Methodik und für „gesunden juristischen Tact und Verstand“ als wesentlich<sup>29)</sup>, nahm das System aber strenger ernst und war damit „positiver“ und „logischer“ als Savigny<sup>30)</sup>. Jhering wiederum polemisierte gegen zu viel Logik und System und verlagerte das Interesse auf die Regelungszwecke; „Takt“ war für ihn nun eine Frage des „Schicklichkeitsgefühls“<sup>31)</sup>. Bei Windscheid klingt alles viel trockener („Auslegung ist Darlegung des Inhaltes des Rechts“), psychologischer („möglichst vollständig in die Seele des Gesetzgebers hineinzudenken“)<sup>32)</sup> und für das System begrifflich-rationaler wegen der „Sicherheit seiner Anwendung“<sup>33)</sup>. Es ist äußerst reizvoll, den noch kaum aufgedeckten Zusammenhängen mit den all-

<sup>27)</sup> Karl Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung* [1943], 2. Aufl. 1960, S. 5, und nach wie vor sehr gut ders., *Einführung in das juristische Denken* [zuerst 1956], in der zuletzt noch von ihm selbst betreuten 7. Aufl. 1977, die unverändert in 8. und 9. Aufl. 1983 und 1989 erschien. Siehe zur enormen Beliebtheit und oft falschen Verallgemeinerung des Bildes schon Engisch selbst, hier nach der 8. Aufl. S. 216–218; und aufschlussreich Andreas Maschke, *Gerechtigkeit durch Methode, Zu Karl Engischs Theorie des juristischen Denkens*, 1993, 255ff.

<sup>28)</sup> Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, S. XLV (durch aufgestellte Regeln wenig Sicherheit, vielmehr durch Muster und eigene Übung, daraus „Takt“ zum rechten Weg), und 392 („Tact“ hier wie überall wesentlich), 390ff. (zum System), 211 (Die Auslegung ist eine Kunst ...).

<sup>29)</sup> Georg Fr. Puchta, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, Leipzig 1846, S. 41 § 15; genauer dazu Hans-Peter Haferkamp, *Methodik und Rechtslehre bei Georg Friedrich Puchta (1798–1846)*, in: *Methodik* (Fn. 20) Rn. 221f.

<sup>30)</sup> Ebd. Rn. 227.

<sup>31)</sup> Rudolf von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. 2 [1883], 4. Aufl. 1903, Kap. IX, I.8.

<sup>32)</sup> Bernhard Windscheid, *Lehrbuch der Pandekten*, 5. Aufl. Bd.1, 1875, §§ 20f., S. 54 und 56.

<sup>33)</sup> Ebd. § 24, S. 64.

gemeinen wissenschaftstheoretischen Veränderungen in Sachen „Takt“ und „Witz“ zwischen Kants doppelter Urteilskraft (der bestimmenden und reflektierenden), dem Takt und der Logik der Juristen nachzugehen. Das war hier freilich nicht Gegenstand<sup>34</sup>). Und das Subsumieren selbst stand nicht im Zentrum.

Gerade um das Subsumieren ging aber der Streit um 1900. Immer schärfer wurde die Logik beim Subsumieren bestritten und damit das ganze Sicherheitsgebäude des Rechts im Kaiserreich. Doch in diesem Streit hilft das Logikargument so wenig wie der Logikvorwurf. Rechtssätze, Gesetzessätze und selbst englische *Precedents* sind nun einmal funktionsbedingt mehr oder weniger allgemein und müssen konkretisiert werden. Mit der Allgemeinheit ermöglichen und sichern sie jedenfalls in komplexeren Verhältnissen eine gewisse Gleichbehandlung und Transparenz in der Sache und über die Zeit, d. h. die wesentliche Aufgabe von Recht und Gerechtigkeit. Damit und mit der Subsumtion wiederum hat die eventuelle Lebensfremdheit nichts zu tun. Der Vorwurf zielt einfach meist auf andere aktuelle Ergebnisse – in jeder Jurisprudenz. Wenn Max Weber mehrfach – gegen die Freirechtsstimmen vor 1914, wie bekannt und von Treiber stets beachtet – am formalen Zugriff festhält, geht es ihm nicht um eine besondere Logik, sondern um die für ihn größere Sicherheit und Transparenz dieses Vorgehens angesichts der Justizbedingungen im Kaiserreich. Rechtsstaatlichkeit (bloß formal?), ökonomische Klarheit (bloß kapitalistisch?) und Juristenstand („Klassenjustiz“?) standen unter Feuer. Die ‚Lösung‘ waren dann die juristischen Spezialreformen durch Gewerberecht samt Gewerbegerichten, Arbeitsrecht und Sozialrecht. Dogmatisch begann man die alten Begriffe zu verlassen und von „Sonderordnung“ zu sprechen. Wenn man diesen Kontext des so genannten Methodenstreits von 1914 nicht beachtet, verwirrt sich die Wissenschaftsgeschichte.

9. Verwirrte Wissenschaftsgeschichte: Für die juristische Wissenschaftsgeschichte muss man also betonen, dass Weber mit alledem gerade nicht Stellung nahm zu den massiven Vorwürfen der Lebensfremdheit beim späten Jhering, wofür dieser 1884 das so unglaublich wirksam gewordene Schlagwort „Begriffsjurisprudenz“ prägte. Für Jhering war es nun „das Blendwerk der juristischen Dialektik, welche dem Positiven den Nimbus des *Logischen* zu geben versteht, welche, indem sie das Vorhandene vor unserem Urtheil als vernünftig zu rechtfertigen sucht ... die *logische* Notwendigkeit desselben darzutun versucht“; man sei dabei „geblendet durch den Glanz des Logischen, der das römische Recht bedeckt und Jedem, der sich ihm naht, zuerst in die Augen fällt ... statt der wirklichen Welt in der die realen Mächte des Lebens regieren ...“. So seien z. B. „Stellvertretung und die Übertragung bei Obligationen ausgeschlossen, weil der Begriff der Obligation sie nicht verstatet ...“<sup>35</sup>). Aber „jener ganze Cultus des Logischen ... ist eine Verirrung und beruht auf einer Verkennung des Wesens des Rechts. Das Leben ist nicht der Begriffe, son-

<sup>34</sup>) Siehe aber die Hinweise bei Hubert Treiber, Weder „künstlerische Anschauung“ noch „Takt“, sondern „objektivierende Erkenntnis“, Zu einem vergessenen Schlüsselbegriff und kaum beachteten Autoren in Max Webers Wissenschaftslehre, in: Max Webers vergessene Zeitgenossen, Beiträge zur Genese der Wissenschaftslehre, hg. von G. Wagner/Cl. Härpfer, Wiesbaden 2016, S. 93–116.

<sup>35</sup>) Jhering, Geist (Fn. 11) 3. Teil 1. Abt., 4. Aufl. Leipzig 1888, § 59, S. 318f., die Seiten im folgenden Absatz hier im Text; ebenso schon 1. Aufl. Leipzig 1865, 299f. und auch die folgenden Stellen.

dern die Begriffe sind des Lebens wegen da. Nicht was die Logik, sondern was das Leben, der Verkehr, das Rechtsgefühl postuliert, hat zu geschehen, möge es logisch deduzierbar oder unmöglich sein“ (Jhering S. 321).

Offensichtlich meinen beide, Weber und Jhering, nicht die gleiche Logik. In der Tat zeigt Jherings Sprache ebenso wie sein Kontext, dass er von einer materialen Logik ausgeht und nicht von einer formalen Denktechnik wie Weber. Jherings Thema ist laut Kopfzeile der „Antheil der juristischen Logik am Recht“, nicht nur der an Rechtsdenken und Rechtstechnik. Tatsächlich nennt man für die Logik im 19. Jahrhundert drei Strömungen, eine formale oder reine Logik (mit Aristoteles, die nicht beanspruche, dem Seienden zu entsprechen), eine materiale oder reale Logik (die auch eine gültige Erkenntnis beanspruche) und eine metaphysische Logik als Lehre vom wahren Erkennen des Wahren (etwa bei Hegel als dialektische Logik und zugleich Ontologie)<sup>36</sup>). Der späte Jhering bekämpft als Kultus des Logischen die materiale oder metaphysische Logik bei den Juristen, hier ausdrücklich auch gegen Hegel (Jhering S. 324). Weber operiert mit den Merkmalen einer formalen oder reinen Logik.

Aufschlussreich ist auch der Unterschied von logisch und formal bei Jhering. Im Kampf gegen eine materiale juristische Logik, die meine „die Welt des Rechts gemacht“<sup>37</sup>) zu haben, also auch den Inhalt, spricht er stets von „Logik“. Zugleich würdigt er sehr das „formale Moment des Rechts“ im Verhältnis zum „substantiellen Moment“ (§ 61, S. 351ff.). Gemeint sind hier der „rechtliche Schutz“ und „rechtliche Sicherheit des Genusses“ (S. 351, allgemeiner 339), konkret etwa die genaue Begrenzung der Klagen wie im römischen Recht (S. 354). Das geht in Richtung des formalen und logischen Elements bei Weber. Dieses Element vertritt auch Jhering noch 1884 wie selbstverständlich: „Jede Jurisprudenz operiert mit Begriffen, juristisches und begriffliches Denken ist gleichbedeutend, in diesem Sinne ist also jede Jurisprudenz Begriffsjurisprudenz, die römische in erster Linie“<sup>38</sup>). Man kann sicher sein, dass Max Weber (geb. 1864) ebenso wie schon Philipp Heck (geb. 1858) und viele andere die schnell berühmten, provokanten und amüsanten Paragraphen am Ende des von Jhering unvollendeten „Geist“ (1865) und am Ende von „Scherz und Ernst“ (1884) verschlungen haben. Jherings sehr ausführliche Befassung mit dem Thema „Der Formalismus“, auch mit den Vorteilen und Nachteilen, gilt aber der Funktion von Formen und Förmlichkeiten, nicht der von juristischer Technik<sup>39</sup>). Auch hier entsprechen sich die Ausdrucksweisen nicht und provozieren Verwirrung.

Viel zur Verwirrung trägt schließlich bei, dass man sich jedenfalls seit Langem meist nur auf Savignys engere Verwendung bezieht und die weitere, materiale Bedeutung von Logik vergessen hat. Savigny hatte nun ausgerechnet gegen die damals wie später herrschende Meinung das logische Element bei der Auslegung auf das logische Verhältnis der Rechtssätze reduziert („das logische Element geht auf die Gliederung des Gedankens, also auf das logische Verhältnis, in welchem die einzelnen Teile

---

<sup>36</sup>) Siehe nur Kleines philosophisches Wörterbuch, hgg. von M. Müller/A. Halder, Freiburg i.B. 1958 und öfter, unter Logik.

<sup>37</sup>) Ebd. 319.

<sup>38</sup>) Rudolf v. Jhering, Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Eine Weihnachtsgabe für das juristische Publikum, hier Teil 4, Leipzig 1884, S. 347.

<sup>39</sup>) Siehe Jhering, Geist (Fn. 11) II 2 (1858) §§ 45–47d, 4. Aufl. S. 470–674.

desselben zueinanderstehen“) und damit die bis dahin übliche weitere Fassung als Ausdruck für Motive und Zwecke des Gesetzes abgelehnt<sup>40</sup>). Letztere durften für ihn nur bei „mangelhaftem Ausdruck“ des Gesetzes vorsichtig herangezogen werden, aber nicht als generelles Auslegungselement<sup>41</sup>). So eng verstanden die Juristen auch noch zu Webers Zeit das logische Element gerade nicht<sup>42</sup>). Die Juristen verstanden es freier, materialer. Darauf wiederum bezog sich Weber in seiner empirisch-soziologischen Untersuchung aber gar nicht. Ihm ging es um die rational-logische Gestalt der Jurisprudenz als gesellschaftlicher Entwicklungsfaktor.

Eine letzte Klärung erhält man von Eugen Ehrlich. Auch ihn interessierte vor allem die Rolle der Jurisprudenz als gesellschaftlicher Faktor. In seiner „Grundlegung der Soziologie des Rechts“ hatte er 1913 erstaunlich parallel zu Webers Arbeit an diesen Themen das Gründungsbuch der Disziplin vorgelegt. 1917 erschienen noch, obwohl der Krieg ihn schon 1914 aus Czernowitz vertrieben und seine Arbeitsmaterialien zerstört hatte, ein ganzes Buch über „Die juristische Logik“<sup>43</sup>) und vier Bruchstücke über richterliche „Rechtsfindung“<sup>44</sup>). Der Logik-Titel lässt leider den Inhalt kaum erkennen. Der 1. Teil enthält nämlich ca. 180 Seiten über die „historischen Grundlagen“ und der 2. Teil noch einmal rund 60 Seiten über die „Mittel der juristischen Logik“. Als Ergänzung seiner Grundlegung will Ehrlich nun zeigen, dass auch die Methoden des juristischen Denkens „aus der Gesellschaft herauswachsen und gesellschaftliche Wirkungen erzeugen“. Ihn interessiert aber weniger die juristische Arbeitsweise als solche, sei es die mehr am Fall oder die mehr am Gesetz orientierte, sondern der Zusammenhang mit Staat und Gesellschaft. „Formalistisch“ bedeutet hier: ohne richtige Interessenabwägung und Rechtsschutzgewährung (S. 77). Ehrlich meint also wieder nicht die formale Logik, sondern die Lebensnähe oder -fremdheit. Juristische Logik sind für ihn zum Beispiel die Regeln in der gemeinrechtlichen Jurisprudenz als zünftige Disziplin. Und diese seien wesentlich verschieden von wissenschaftlicher Logik nach Denkgesetzen (S. 74). Auch Ehrlich konstruiert Typen. Für sein Interesse sind es vier historische Typen von Staat, Gesellschaft und Jurisprudenz: eine urwüchsige Jurisprudenz noch ohne Staat, dann die justizpraktische fallbezogene in Rom und England, dann eine verstaatlichte universitäre auf dem Kontinent und schließlich eine durchgehend, „gesteigert“ staatlich-universitäre in der etatistischen Staats- und Gesetzeskonjunktur des 19. Jahrhunderts, die den Richter nur noch dem Gesetz unterwerfen und weder urwüchsig-gesellschaftliche noch richterliche Rechtsbildung weiter zulassen will<sup>45</sup>). Ehrlich korreliert die Arbeitsweisen der Juristen also primär mit den unterschiedlichen Verfassungslagen. Die historische juristische Logik ist für ihn kein bloß formaler Faktor. Sie habe in Wahrheit „mit der wirklichen Logik nichts gemein als den Namen“ (Ehrlich S. 299). Sie sei lediglich Technik. Ehrlichs

<sup>40</sup>) Dazu treffend Frommel (wie Fn. 21).

<sup>41</sup>) Savigny, System I (Fn. 28) S. 214 mit S. 222, letzteres meist missachtet.

<sup>42</sup>) Siehe Frommel (wie Fn. 21).

<sup>43</sup>) Ehrlich, Juristische Logik (Fn. 7). Ehrlichs Text ist in der Tat ohne Fußnoten und Belege erschienen. Er enthält nur im Text selbst etwas pauschale Hinweise auf einige Namen.

<sup>44</sup>) Eugen Ehrlich, Theorie der richterlichen Rechtsfindung, Jherings Jahrbücher 67 (1917) S. 1–80, auch in: ders., Recht und Leben, Gesammelte Schriften ... 1967, S. 203–252.

<sup>45</sup>) Siehe zusammenfassend in ders., Logik (Fn. 7) S. 81f., 92ff.

juristische Logik meint also wiederum etwas anderes als die Webers. Weber meint es formaler und betont das rationale Element als ökonomischen Wirkfaktor, Ehrlich meint es weniger spezifisch, er betont den Gesellschafts- und Verfassungsbezug und sieht die behauptete bloße Logik sehr kritisch als täuschende Fiktion (S. 148). Diese Logik sei einfach Teil der gesteigert staatlichen Rechtsauffassung, sie mache den Richter zum gut kontrollierbaren Staatsdiener und die Rechtsfindung zur Ableitung aus allgemeinen Gesetzessätzen (S. 287). Kapitalismus und Industrialisierung sind für ihn ohne ein besonders rationales Recht entstanden durch „gesellschaftliche Verschiebungen“ (S. 81). Weber wie Ehrlich meinen Logik wieder nicht normativ material wie im Übrigen die Juristen.

Gerade um 1900 herrschte also eine verwirrende Vielfalt im Sprachspiel juristische Logik. Wir haben sie geerbt. Man muss die sehr unterschiedlichen Logik-Verwendungen unter Juristen und zwischen Juristen und Nichtjuristen sowie beim normativen und beim empirischen Gebrauch auseinanderhalten, um nicht alles gründlich zu verwirren, wie es leider schon um 1900 der Fall war und meist bis heute der Fall ist<sup>46</sup>). Das ist wichtig, denn die unterschiedlichen Verwendungen haben sehr unterschiedliche theoretische und philosophische Prämissen, teils mehr metaphysische, teils mehr positivistische. Treiber beachtet das ohne weitere Erläuterung, da es ihm um Webers strenge Logik-Verwendung als solche geht. Für seine juristischen Leser liegen hier aber einige Tücken. Vor allem muss man beachten, dass ‚logisch‘ unter den Juristen ganz anders als bei den beiden Soziologen sehr weit gefasst war, also auch ‚material‘-logisch, was uns heute besonders ungewohnt ist. Dies wurde hier daher etwas genauer angesprochen. Jedenfalls: Weber analysiert empirisch-soziologisch, er nimmt nicht vor allem Stellung und benennt die Gefahren zu strenger juristischer Logik ebenso wie die zu beweglicher Verfahren.

10. Kapitalismus!/? Ein ebenfalls immer wieder schwieriger und aktueller Punkt ist der Zusammenhang von Recht und Kapitalismus oder, wie man es heute meist allgemeiner fasst, von Recht und Wirtschaft. Weber hat damit ein Riesenthema seit Marx angeschnitten und besonders stark beeinflusst. Natürlich muss man Max Weber als einen Schüler des berühmten und historisch hochgebildeten Handelsrechtlers Levin Goldschmidt und selbst handelsrechtsgeschichtlich geschulten Autor hier sehr ernst nehmen. Und natürlich haben Rechtskultur und Kapitalismus etwas miteinander zu tun. Das zeigen vielleicht schon die Unterschiede zwischen kapitalistischen Staaten und deren Recht und nichtkapitalistischen Staaten und deren Recht – anderes Recht, andere Ökonomie, und umgekehrt. Aber in welchem Element liegt der entscheidende Punkt? Und welche Faktoren bedingen Genese und weiteren Verlauf? Liegt der Unterschied wirklich in Art und Grad der Berechenbarkeit des Rechts, die nach Weber für den westlichen Kapitalismus entscheidend gewesen sein soll? Berechenbarkeit des Rechts soll die Kalkulationsmöglichkeiten verbessern und damit die Gewinnchancen erhöhen wie die Verlustrisiken mindern, sowie, würde man heute hinzufügen, die Transaktionskosten mindern.

Aber was hat man sich darunter in Bezug auf das Recht genauer vorzustellen? Zum einen gehört hierher das besonders formalistische Bild vom richterlichen Sub-

---

<sup>46</sup>) Exemplarisch gezeigt bei Frommel (Fn. 21) für Larenz, Esser und andere.

sumtionsautomaten. Es hat aber mehr polemische als historisch erklärende Kraft. Direkter um Ökonomie geht es, wenn man sich unter dieser Berechenbarkeit etwas wie die Verständlichkeit und Vorausssehbarkeit von Prozessen und Urteilsergebnissen für Nichtjuristen vorstellt. Damit war es nun nie besonders gut bestellt, in relativ kleinen Rechtsgemeinschaften eher besser, in größeren immer schlechter. Das relativiert den Zusammenhang. Es kommt also für die ökonomische Wirkung auf den Grad an. Je mehr die schon von Savigny festgestellte Arbeitsteilung zwischen Volk in frühen Zeiten und Juristen als Fachleuten in späteren Zeiten ausgebildet wurde, desto schwieriger wird es mit der allgemeinen Verständlichkeit. Wie die Medizin gehört die Jurisprudenz zu den früh, schon seit dem zwölften Jahrhundert, professionalisierten Fächern. Ein Indiz bieten das Handelsrecht und das Arbeitsrecht mit ihren Spezialgerichten. Aber aus dem Drängen der Kaufleute auf eigene Handelsgerichte vom italienischen Mittelalter bis hin zum Bundesoberhandelsgericht von 1869 wie aus der Beliebtheit der sog. *Conseils de prud'hommes* in Frankreich vor 1800 und in Deutschland als Gewerbegerichte im späten 19. Jahrhundert kann man schließen, dass es nicht auf eine allgemeine Verständlichkeit, sondern auf die *Berechenbarkeit der Fachleute* und Standesgenossen ankam. Diese sah in den Augen der Kaufleute oder Unternehmer wie Arbeiter günstiger aus als die bloß juristenrechtliche Gerichtsbarkeit. Die erwünschte Berechenbarkeit lag dann weniger an besonderer Logik und Rationalität, sondern konnte einfach durch die persönliche und ständische Nähe vermittelt sein – war also immer noch eine Standes- und Vertrauensfrage. Für die gesamte Laiengerichtsbarkeit, eine stete Justizforderung des 19. Jahrhunderts, eine lange Tradition in England und eine Revolutionserrungenschaft in Frankreich, dürfte es kaum anders liegen. Die Jury-Gerichte wurden nicht wegen ihrer Berechenbarkeit, sondern trotz ihrer Unberechenbarkeit eingeführt, weil die bürgerliche Gesellschaft ihnen politisch mehr vertraute. Im Handel und Wandel der Kaufleute kam es jedenfalls die längste Zeit weniger auf das Recht an als auf das persönliche oder ständisch vermittelte Vertrauen zum Handelspartner. Wenn es auf Recht ankam, bevorzugte man das selbst ausgebildete Recht des Handels selbst so wie im Konflikt die sachnahen und ständisch-vertrauten Handelsgerichte. So stand es übrigens auch die längste Zeit im Bereich des Gewerbes mit der Gerichtsbarkeit der Zünfte<sup>47)</sup>, die im frühen 19. Jahrhundert abgeschafft und ziemlich mühsam gegen Ende des Jahrhunderts in anderer Weise und mit großem Erfolg wieder eingeführt wurde. Das war die Art von Rationalität, die die Beteiligten suchten. Geht es also doch eher um Fragen der Zunft, des Standes, der persönlichen Sachnähe, als um Logik und begriffliche Rationalität? Übrigens weist die sehr starke, moderne Tendenz der globalen Wirtschaft zu Schiedsgerichten statt staatlichen Gerichten ebenfalls durchaus in diese Richtung. Das kann natürlich auch eine Antwort auf die von Weber vorausgesehene Materialisierung des Rechts sein, wenn die Berechenbarkeit der staatlichen Richter zurückgeht und die der Schiedsgerichte nun größer erscheint. Was bleibt also von der Berechenbarkeit?

Die Antwort wird leichter, wenn man beachtet, dass Max Weber zu zwei unterschiedlichen Fragen argumentiert. Zum einen geht es ihm um die Abgrenzung von

<sup>47)</sup> Zur Gerichtsbarkeit in diesem Bereich besonders Jürgen Brand, *Untersuchungen zur Entstehung der Arbeitsgerichtsbarkeit in Deutschland*, Bde. 1–3 1990, 2002, 2008.



Orient und Okzident dabei. Wie Treiber anschaulich für den Typ der Rechtspropheeten am Beispiel von Moses und Mohammed zeigt und Weber auch genauer am Beispiel China verdeutlicht, stehen hier bereits die gesellschaftlichen Beziehungen im Wege. Sind sie vor allem verwandtschaftlich basiert, so kommen Vertragsrecht und Vertragsfreiheit sowie selbstständige Vermögen als juristische Personen gar nicht erst zum Zuge. Damit fallen diese ökonomischen Antriebe mit und durch Recht aus und der zu ihnen passende Kapitalismus ebenfalls.

Weber betritt aber einen zweiten Erklärungsbereich mit dem berühmten „Fall England“. Treiber folgt ihm dabei intensiv. Die Weberkenner sind sich darüber nach wie vor nicht einig. Nun geht es nicht um Orient und Okzident, sondern darum, dass das Land mit dem frühesten kapitalistischen Primat gerade kein systematisch-rationales Recht und die entsprechende Gerichtsbarkeit ausgebildet hatte. Treiber arbeitet mit Weber und gewiss mit Recht die immerhin relative Berechenbarkeit des Rechts auch in diesen Verhältnissen heraus (100–102), die offenbar für den englischen Kapitalismus genügt hatte. In diesen Zusammenhängen richten Weber wie Treiber den Blick mehr auf die Rechtspraxis vor Gericht. In der Tat kommt es wohl im Gesamtzusammenhang weniger auf die besondere Logik und Systematik in der Dogmatik an, wie sie in Deutschland so perfekt und in England kaum ausgebildet wurde, sondern auf die „Berechenbarkeit“ der praktischen Ergebnisse unter Kaufleuten und im Prozess – wie hier bereits veranschaulicht auch für den Kontinent. Diese „Berechenbarkeit“ kann offenbar auf verschiedene Weise erreicht werden. Die Berechenbarkeit des Rechts kann also zwar zur Generalerklärung werden und wird dann natürlich besonders eindrucksvoll. Aber schon bei Weber verbergen sich darunter zwei sehr verschiedene Rechtstypen. Genauer geht es auch nicht um die Berechenbarkeit des Rechts, sondern um die Berechenbarkeit des Rechtsapparats in ökonomischen Fragen. In den Diskussionen um Recht und Wirtschaft und Kapitalismus verliert sich dieser Unterschied allzu oft.

Einen ergiebigen Testpunkt für die Erklärungen bietet ein berühmtes Beispiel von Kant. Als er 1798 im „Streit der Fakultäten“ die Frage guter Handelsbedingungen streifte, erzählte er die französische Geschichte von der Ministerfrage (gemeint war Turgot) an die Kaufleute und deren Antwort: „Schafft gute Wege, schlägt gut Geld, gebt ein promptes Wechselrecht u. dgl., übrigens aber ‚laßt uns machen‘“<sup>48</sup>). Also Wechselrecht als *pars pro toto*: Wechselrecht war höchst förmlich, damit in einem weiten Sinne formal und vor allem günstig für die Durchsetzung wegen des besonderen Wechselprozessrechts. Hier lagen hohe Formalisierung des Rechtsinstruments, Berechenbarkeit und günstige Durchsetzbarkeit vor. Es kommt danach also nicht auf Berechenbarkeit überhaupt, sondern auf die in irgendwelchen handelsnahen Bereichen und Verfahren an. Und es wäre daher die Frage, ob Berechenbarkeit in diesem konkreteren Sinne tatsächlich in den kapitalistisch werdenden Ökonomien stärker vorlag als etwa in den vorkapitalistischen oder sozialistischen. Soweit ich sehe, sind diese Zusammenhänge immer noch viel zu wenig verlässlich erforscht. Wie sah es z. B. aus mit dem englischen Wechselrecht und dem dort frühen Kapitalismus? War dort das Wechselrecht früher und besser ausgebildet als das kontinentale? Das scheint jedenfalls nicht so zu sein, wenn man einen der besseren Überblicke dahin verstehen

---

<sup>48</sup>) Kant, Streit der Fakultäten, Königsberg 1798, S. A 11.

darf, obwohl dort auf diese Art von Wirkung nicht genauer geachtet wird<sup>49)</sup>. Gemeinhin wird Oberitalien die frühe Ausbildung eines gut funktionierenden Wechselrechts zugeschrieben. Bei genauerer und vergleichender Betrachtung zeigt sich, dass in England relativ früh, d. h. bereits im frühen 17. Jahrhundert, ein gewissermaßen liberaler Kampf des Handelsstandes, gestützt auch durch das Parlament, stattfand gegen die hinderlichen Privilegien- und Monopolvergaben durch den König. Es kam gegen diese Politik 1624 zu einem „Statute of Monopolies“. Das begünstigte die bessere Bildung von vielfältigen Verfügungspositionen und damit Märkten und Wettbewerb. Das hatte in Spanien, Frankreich und im Reich lange keine Parallele<sup>50)</sup>. An effektiven Property rights als weiterem Rechtsfaktor für eine kapitalistische Ökonomie fehlte es aber noch bis ins 18. Jahrhundert, bis die Patent- und Enclosures-Politik immer mehr die Bildung absoluter Verfügungsrechte begünstigt hatte<sup>51)</sup>. Schließlich kam es auch auf die Mobilität von Arbeit und Kapital an. Zünfte und Gilden mussten beschränkt werden und ein Banksystem war aufzubauen. Das setzte in England ebenfalls vergleichsweise früh ein, die Bank of England entstand 1694. Die offenbar einzige Spezialstudie interessiert sich zwar nicht soziologisch für Recht und Ökonomie<sup>52)</sup>. Aber sie zeigt deutlich, dass die Ausbildung des Wechselrechts in England getragen war von einem Kampf um Jurisdiktionen. Die zunächst eigenen *Fair Courts*, *Staple Courts* und der *Admiralty Court* des Handelsstandes, an denen das vor allem kontinentaleuropäische *Law Merchant* befolgt wurde, mussten den zentralen Common Law Courts weichen. Diese wiederum akzeptierten und integrierten nur langsam seit dem späten 16. Jahrhundert das Handelsgewohnheitsrecht auch für das Common Law. Das bestätigt jedenfalls die Wichtigkeit der Gerichte in Sachen Berechenbarkeit. Ganz ähnlich stand es auf dem Kontinent<sup>53)</sup>. Die rationale Logik scheint wenig relevant.

Aber noch früher als in England waren die förderlichen Elemente in Italien seit dem 12. Jahrhundert präsent. Also hätte Italien zum Musterfall für die Entstehung des Kapitalismus werden müssen? Eine vergleichsweise deutliche ökonomische Blüte hat es jedenfalls früh gegeben. Es heißt sogar, Italien „hatte die Oberhand bei Handels- und Finanzplätzen“ und „in allen Bereichen, insbesondere der Wirtschaft, war Italien dem übrigen Europa weit voraus“<sup>54)</sup> – d. h. bis ins Spätmittelalter gegen 1500. Danach im 16. Jahrhundert kam es dann zu einer „kommerziellen Revolution“ in den

<sup>49)</sup> Siehe den recht ausführlichen Artikel Wechsel, Wechselrecht von de Roover/Laubenberger, im Handwörterbuch zur dt. Rechtsgeschichte Bd. V., 37. Lieferung, 1994, Sp. 1179–1184.

<sup>50)</sup> Siehe dazu die gewiss etwas kühne, aber doch sehr hilfreich anregende Pionierstudie der Institutionenökonomie von D.C. North und R.P. Thomas, *The Rise of the Western World, A new Economic History*, Cambridge 1973, im Kapitel 12 zu England.

<sup>51)</sup> Ebd. S. 150f.

<sup>52)</sup> J. Milnes Holden, *The History of Negotiable Instruments in English Law*, London 1955, sehr gründlich, aber leider ohne jeden europäischen Seitenblick; gut zusammenfassend Theodore Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5. Aufl. London 1956, S. 665–669, aber hier zu kleinteilig für Vergleiche und ebenfalls bloß zu England. Nur kurze Hinweise gibt John Baker, *An Introduction to English Legal History*, 3. Aufl. London 1990, S. 390, 418.

<sup>53)</sup> Dazu im Überblick Helmut Coing, *Europäisches Privatrecht*, Bd. 1: *Älteres Gemeines Recht (1500–1800)*, München 1985, § 106, S. 519f.

<sup>54)</sup> Jaques Bernard, in: M. Cipolla/Knut Borchardt (Hgg.), *Europäische Wirtschaftsgeschichte*, Bd. 1: *Mittelalter*, Stuttgart 1978, S. 187f.

Niederlanden und England und zu einem wachsenden technologischen Vorsprung, während Italien zu einem Schlachtfeld der Großstaaten und zu einem besonderen Opfer von Seuchen und Hungersnöten wurde. Auch das 17. Jahrhundert verlief auf dem Kontinent, in Spanien, Italien, Deutschland und den südlichen Niederlanden, ökonomisch unglücklich. Das „höchstentwickelt“ gewesene Italien, besonders in Oberitalien und den Küstenstädten, fiel nun auf Dauer zurück. Und so verlagerten sich die wirtschaftlichen Schwerpunkte vom Mittelmeer an die Nordsee<sup>55</sup>).

Es ist nicht leicht zu sehen, ob und inwiefern bei alledem die *Berechenbarkeit des Rechts* als allgemeiner Faktor von entscheidender Bedeutung gewesen sein mag. Auch die Ausbildung von Handelsgerichten allein genügte offenbar nicht, da sie in England wie in Italien recht gut vorankam, aber nur in England der entsprechende Kapitalismus entstand. Vermutlich mussten die Förderung von individuellen Verfügungsrechten und eine gewisse Freisetzung hinzukommen. Diese Rechte mussten aktiv geschaffen werden, d. h. etwa Befreiung von feudalen Lasten und von zünftischen Schranken, Patente und bestimmte Privilegien, gemeinsame Gesellschaftsvermögen, teils mit Aktien (seit um 1600: Joint stock companies; Handelsgesellschaften). Bei der Optimierung dieser Rechte in Art, Umfang und vor allem Durchsetzung mag dann die Berechenbarkeit eine Rolle gespielt haben. Aber das würde den weiteren Verlauf und nicht den Start von Kapitalismus betreffen. Man darf also Zweifel haben, inwieweit und in welchen Bereichen wirklich die Berechenbarkeit ein wesentlicher Entstehungsfaktor gewesen sein mag. In jedem Fall ist vor allem auf die Anerkennung von ökonomischen Gewohnheitsrechten und deren gerichtliche Durchsetzung zu achten. Das große Thema ist gewiss nicht erschöpft und vor allem viel zu wenig interdisziplinär bearbeitet. Auf die äußerst lebhaftere neuere Kapitalismusgeschichte kann hier nur noch hingewiesen werden<sup>56</sup>). So lapidar wie salomonisch bemerkte der neueste souveräne Überblick zur „Geschichte des Kapitalismus“, die „wiedererweckte Tradition des Römischen Rechts mit seiner formalen Rationalität und vertragsfreundlichen Ausgestaltung half dabei mit, ohne entscheidend zu sein“ – das bezog sich auf den handelskapitalistischen Ausbau im hohen und späten Mittelalter<sup>57</sup>).

11. Anschlüsse: Naturgemäß diskutiert Treiber vor allem die Fragen und Beispiele, die sich auch Max Weber schon gestellt und vorgenommen hatte, er will er ja zu dessen Lektüre einladen. Eine Fülle von weiteren Beispielen und dann Anschlussfragen für die Zeit von Weber bis heute drängen heran. Dabei liegt eine gewisse Tragik darin, dass die Gründerväter der soziologisch-historischen Methode in der Rechtssoziologie beide so früh und kurz nach dem großen Einschnitt von 1918/19 verstarben, Ehrlich 1922, Weber 1920. Sie konnten so weder ihre originellen Methoden noch ihre zentralen Ergebnisse selbst fortführen und verteidigen.

Die Antithetik von *formal* und *material* oder *Formalismus* und *Materialisierung* ist nach wie vor ein beliebtes Strukturierungsinstrument. Juristen gelten nach wie

---

<sup>55</sup>) M. Cipolla, in: Cipolla/Borchardt (Fn. 54), Einführung zu Bd. 2, 1979, S. 4.

<sup>56</sup>) Dazu etwa Friedrich Lenger, Die neue Kapitalismusgeschichte, Ein Forschungsbericht als Einleitung, *Archiv für Sozialgeschichte* 56 (2016) 3–37.

<sup>57</sup>) Jürgen Kocka, *Geschichte des Kapitalismus*, 2013, S. 36.

vor schnell als lästige Formalisten, so sehr sie zugleich als geschickte Helfer gegen formale Hindernisse begehrt sind. Die Ambivalenz ist also sachbedingt und kein Juristenproblem, sondern ein allgemeines Problem. Sie wird nur im Bereich des Rechts, wo die Form zur „Zwillingsschwester der Freiheit“<sup>58)</sup> wird, besonders virulent und sichtbar. Das könnte viele heiße Diskussionen um die Lebensnähe oder Lebensfremdheit von Juristen und Recht entspannen und auf die dabei stets wirklich streitige Frage führen, welches ‚Leben‘ eigentlich bevorzugt werden soll. Savigny meinte da nur lapidar, das entscheide sich geschichtlich „von selbst“<sup>59)</sup>.

An den *Lebensanpreisungen* der Freirechtsbewegung könnte auch deutlicher werden, dass es zwar nicht um metaphysisches Naturrecht, aber doch auf eine im realen Sein schon gegebene ‚natürliche‘ Ordnung ankommen sollte. Daraus sollte sogar eine „Sozialjurisprudenz“ (Stampe)<sup>60)</sup> entstehen. Das war entweder eine politische oder eine philosophische Naivität. Weber teilte sie entschieden nicht. Aber ein sollensblinder und entarteter „Naturalismus“ und „Positivismus“ (so Wieacker 1952)<sup>61)</sup> war es auch wieder nicht. Da hätte Weber gestaunt. Wieacker betrieb mit dieser scharfen Verzerrung wie Larenz und Schmitt im Katzenjammer nach 1945 ein doppelt fatales Geschäft: Die überaus sollensstarke NS-Zeit erschien so als geradezu unschuldig und die ebenso sollensstarke Naturrechtsrenaissance erwuchs zur fast notwendigen Antwort<sup>62)</sup>. Methodengeschichtlich konnte man sich auf diese Weise strukturell bruchlos von der einen „Wertungsjurisprudenz“ im Nationalsozialismus zur anderen in der Bundesrepublik bewegen und darin auch noch einen Fortschritt sehen<sup>63)</sup>.

Die Einschätzung der *Freirechtsbewegung* könnte sich entspannen, fern von den zahlreichen Legenden, die dazu verbreitet sind<sup>64)</sup>. Vor allem könnte man endlich das durchaus antiliberaler politische und standespolitische Element vom technisch-methodischen Aspekt unterscheiden. Der Kampf um die Richterbindung war nach 1900 eine standespolitische und allgemeinpolitische Frage. Max Weber stand hier ganz auf Seiten der Bindung. Er glaubte nicht, dass nach einem Jahrhundert der Reformbürokratien nun ein Jahrhundert einer kaiserlichen Reformjustiz oder der richterköniglichen Sozialingenieure zu bewillkommen sei.

Die Originalität der Feststellung, dass Subsumtion keine rein logische Sache sei, wird weit überschätzt. Die Erkenntnis war zum einen keineswegs neu. So wusste auch der durchaus begriffs- und anwendungsstrenge Savigny, dass alles juristische

<sup>58)</sup> Jhering, Geist (Fn. 11) II 2 § 45.

<sup>59)</sup> F.C. v. Savigny, Vom Beruf ..., Heidelberg 1814, S. 117f.

<sup>60)</sup> Ernst Stampe, Ist die Ausgestaltung, welche die herrschende Doktrin der Lehre von der sog. causa des Rechtsgeschäfts gegeben hat, für unser bürgerliches Recht praktisch brauchbar?, in: Jahresberichte der Juristischen Gesellschaft Berlin 46 (1905) S. 66f. (Vortrag in der Juristischen Gesellschaft Berlin vom 10. Dezember 1904); näher dazu J. Rückert, Vom „Freirecht“ zur freien „Wertungsjurisprudenz“ – eine Geschichte voller Legenden, ZRG GA 125 (2008) S. 199–255, hier 238.

<sup>61)</sup> Franz Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1. Aufl. Göttingen 1952, Überschriften §§ 27 und 28, und durchweg; dito, 2. Aufl. 1967, § 29: Überschrift nun zusammengefasst.

<sup>62)</sup> Dazu zuletzt näher meine Einführung, in: Methodik (Fn. 20).

<sup>63)</sup> Dazu zuletzt ebd. Teil IV Rn. 562ff.

<sup>64)</sup> Siehe meine Studie Vom „Freirecht“ zur freien „Wertungsjurisprudenz“ – eine Geschichte voller Legenden, ZRG GA 125 (2008) S. 199–255; Kurzfassung s. v. Freirecht, HRG I, 2. Aufl. 2008.

Lernen aus den für ihn vorbildlichen römischen Quellen nicht die Frage einer guten „planmäßigen Anleitung“ sein konnte. Hier lasse sich „durch aufgestellte Regeln wenig Sicherheit gewinnen; das Studium trefflicher Muster wird gute Dienste leisten, vorzüglich aber müssen wir durch eigene Übung den Takt zu gewinnen suchen, der uns den richtigen Weg finden lehrt“<sup>65</sup>). Takt, nicht Logik entscheidet. Und er wiederholt dies mit der Mahnung, in Sachen Allgemeiner Teil eines Systems nicht zu weit zu gehen: „Ohnehin war für unsre Wissenschaft von jeher eine der ergiebigsten Quellen falscher Ansichten in einem grundlosen Bestreben nach Abstractionen zu finden ... Und so ist also hier, wie überall, der Takt welcher das rechte Maaß zu halten weiß, der einzige Schutz wider entgegengesetzte Verirrungen“<sup>66</sup>). Zum anderen war die Feststellung auch wissenschaftstheoretisch nicht überraschend. Das war eben seit Kant ein klarer Fall der Urteilskraft und nicht der schlichten Erkenntnis oder gar einer noch so weit und material verstandenen juristischen Logik.

Sichtbar würden dabei auch die beiden Seiten der *Subsumtionsfrage*. Sie hatte und hat eine externe, politische Seite, da Rechtsanwendung tunlichst rational und gleichmäßig aussehen sollte und soll. Sie hatte und hat aber auch eine gerade seit vor 1914 wichtige intern methodische Seite, nämlich die bessere Trennung von einfacher Rechtsauslegung und richterlicher Rechtsfortbildung. Dies war nicht nur eine technische Methodenfrage, sondern schon seit dem Vormärz zugleich eine Verfassungsfrage im kaiserlichen Rechtsstaat von vor 1914.

Kurz gesagt: Die meisten empfindlichen Verschlingungen der Methoden- und Rechtsgeschichte nach 1900 lassen sich in dem klaren Fundament von Webers Rechtssoziologie, besser: der Entwicklungsbedingungen der Rechtstypen, treffender erklären und lehrreicher verstehen. Allerdings muss man dabei als Jurist die in den sehr unterschiedlichen Sprachspielen steckende juristische Wissenschaftsgeschichte unserer Epoche, d. h. seit Savigny, viel genauer beachten als es meist geschieht.

12. Mäkeleien: Damit bin ich bei einigen kleineren Mäkeleien, die doch nicht beiseite bleiben sollen, denn sie betreffen die durchaus nicht immer leicht und gut gelingende, und doch so wichtige wissenschaftliche Kommunikation. Dass die neue „Einladung“ Treibers zu Weber angebracht ist, unterliegt keinem Zweifel. Sie wird durch den sehr konkreten Umstand gefördert, dass es inzwischen eine handliche seitengleiche Studienausgabe der neuen Rechtssoziologie Webers gibt. Freilich muss man sich die vielen älteren Forschungszitate nach der Winkelmann-Ausgabe nun mühsam zusammensuchen – denn Webers Texte als solche sind ja im Wesentlichen unverändert, vor allem sind die wichtigen Kontexte und Zusammenhänge überprüft und authentischer hergestellt. An diesen Mühen kann Treiber allerdings nichts ändern.

Andere ähnlich äußere Punkte spreche ich an sich ungerne an, aber man darf sie doch auch nicht so oft beiseitelassen. Ungern entbehrt man ein Personen- und ein kleines Sachregister. Ebenso fehlt eine schlichte Zeittafel zu Weber<sup>67</sup>), die Lebensdaten, 1864–1920, sind für Treiber so selbstverständlich, dass er davon nicht erst redet,

<sup>65</sup>) Savigny, System I (Fn. 28) Vorrede XLV.

<sup>66</sup>) Ebd. 392.

<sup>67</sup>) Man findet sie zum Beispiel in der immer noch nützlichen und sehr handlichen Ausgabe: Max Weber, Soziologie, Universalgeschichtliche Analysen, Politik, mit einer Einleitung von Eduard Baumgarten hg. und erläutert von Johannes Winkelmann, 5. Aufl. (= Kröners Taschenbuchausgabe 229) 1973; dort

wenn ich recht sehe, 1920 wird immerhin erwähnt. Es fehlen auch die authentischen Jahreszahlen des ersten Erscheinens der Texte im Druck in den Fußnoten. Man kann sie zu Webers Werken auch nicht aus den bloß aktuellen Angaben im Literaturverzeichnis und den Fußnoten erschließen. Denn Treiber zitiert nach, wie ich mir erlaube zu sagen, verfehlter unhistorischer Sitte sehr oft nur die benutzten letzten Drucke und Nachdrucke ohne Zusatz für das originale Erscheinungsjahr – also Weber 1972, Marianne Weber 1989, Geiger 1964, Ehrlich 1967, Jhering 1954, Schulz 2003, Jhering 1970, Kelsen 1967, usw. – das schmerzt. Er lässt damit die historische Textur der Texte, die eben nicht nur Oberfläche ist, von der Oberfläche verschwinden, obwohl er die Historie gut weiß. Warum? Müssen Fachsitte oder Aktualisierung so weit getrieben werden? In einer im Kern wissenschaftshistorischen „Einladung“ hätte ich das gerne anders gesehen. Dafür werden in den Fußnoten die Titel häufig in voller Länge wiederholt, sogar unmittelbar hintereinander, statt auf praktische Kurztitel begrenzt, und damit wird schöne Schlankheit verschwendet – offenbar ein Kollateralschaden im PC-Zeitalter. Umgekehrt gibt es zu viel Kürze. Denn etwas mühsam muss man sich an die nicht besonders sprechenden Abkürzungen des Weberkenners gewöhnen, die nur bei der ersten Titelnennung erklärt werden: GARS I, MWG I 22-3, SG, WL, GASSp, WuG, usw. Ein Abkürzungsverzeichnis dazu fehlt, bisweilen wird eine Abkürzung als „künftig“ erläutert. Das macht genaueres Mitdenken zunächst so lästig wie früher beim bloßen a. a. O. oder loc. cit.

13. Ende gut: Am guten Ende freilich: Ein gar nicht so kleines Buch von großer Bedeutung, Mäkeleien beiseite. Treiber will seine Leser natürlich zu Max Weber einladen. Ich darf Sie gerne zusätzlich zu Treiber einladen. Für 49 Euro ein erschwingliches Vergnügen mit viel Nachklang.

Frankfurt am Main und Seulberg

Joachim Rückert

---

auch ein hilfreiches Schriftenverzeichnis und ebensolche Register; neuerdings sehr nützlich die sog. Studienausgabe der kritischen Neuausgabe (o. Fn. 2).