

Einleitung

In der gegenwärtigen Soziologie spielt das Recht so gut wie keine Rolle.¹ Die soziologische Theorie ist – wie Alfons Bora mit Blick auf die Rechtssoziologie feststellt – der Rechtspraxis gegenüber weithin sprachlos (Bora 2016: 261). Weder steht derzeit eine soziologisch gehaltvolle responsive Außenbeobachtung des Rechts zur Verfügung (ebd.). Noch lässt sich die Soziologie aktuell in ihrer Theoriebildung von einem gegenwärtig forcierten Wandel rechtlicher Grundkategorien, juristischer Selbstreflexionen oder gesetzgeberischer Neuregulierungen irritieren.

Das gilt selbst dann, wenn es um ähnliche Problemstellungen geht. So ist beispielsweise in den derzeit in der Soziologie vieldiskutierten Ansätzen des Neuen Materialismus bzw. des „material turn“ (die zugegebenermaßen sehr different sind, vgl. Lemke 2017) ein rechtlicher Fluchtpunkt erkennbar. Als Kritik der exkludierenden Strukturen des klassischen Anthropozentrismus wird eine Anerkennung der *agency* der Dinge und Objekte gefordert. Dabei wird insbesondere geltend gemacht, dass in Folge der Trennung von Natur und Kultur (Latour 1995) den Dingen in der Moderne jegliche Rechte abgesprochen wurden – und zwar entgegen den vorherigen Epochen, in denen der Akteursstatus auch nicht-menschlicher Entitäten als rechtlich relevant anerkannt war. Das zeigen etwa die mittelalterlichen Tierprozesse oder die Rechtsfigur des „deodand“ (vgl. Bennett 2010: 9; s. bereits Kelsen 1941). Legitimer Inhaber von Rechten ist in der modernen Rechtskonzeption nur der Mensch, Rechte erscheinen als menschliche subjektive Rechte. Dem wird in kritischer Absicht die Forderung entgegeng gehalten, den Dingen eigenständige Rechte zu verleihen. Das Parlament wird zum *Parlament der Dinge* (Latour 2001a), und dem Gesellschaftsvertrag wird – wie etwa von Michel Serres – der *Naturvertrag* entgegeng gehalten (Serres 1994a).

In der Rechtswissenschaft wiederum steht die Frage des rechtlichen Status von Dingen und Objekten schon seit längerem zur Debatte (vgl. Beck 2013). Zunehmend werden subjektive Rechte auch anderen Entitäten zugesprochen: Flüsse und Affen haben bereits durch Gesetzgebung und Rechtsprechung solche Rechte erhalten (z.B. Whanganui-River, Orang-

1 Dies zeigt sich auch in der Randständigkeit der Rechtssoziologie innerhalb der Soziologie.

Utan); in der EU wird der Gesetzesvorschlag diskutiert, Roboter als „elektronische Personen“ mit subjektiven Rechten auszustatten (Europäisches Parlament 2017); und in der Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft wird angesichts eines konkreten ökologischen und v.a. technischen Wandels (z.B. Umweltverschmutzung, *smart homes*, Gentechnik, Digitalisierung) zunehmend über die Rechtsfähigkeit von Pflanzen (z.B. Stone 1974), intelligenten Automaten (z.B. Kersten 2017) und anderen elektronischen Aktanten diskutiert (etwa Teubner 2006; Gruber 2014). Auch wenn hier in beiden Diskussionsfeldern das Recht der Dinge zur Debatte steht, gibt es keine Korrespondenz: Weder wird in der Rechtswissenschaft etwa auf den gewandelten Handlungsbegriff Latours rekuriert, noch stellt man sich in der Soziologie die Frage, ob nicht bereits eine spezifische *agency* der Dinge anerkannt ist, auf die die Kritik zu reagieren hat.

Die Liste der Beispiele, in denen es Konvergenzen zwischen soziologischen und juristischen Problemlagen gibt, ließe sich leicht fortsetzen. Man denke etwa an die biotechnische Regulierung und die Debatten um die Biopolitik, die Entstehung und den Wandel des Umweltschutzrechtes und die soziologischen Diskussionen um Nachhaltigkeit, soziale Ungleichheiten und das neue AGG (Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz), die Umstellung vom Gefahren- auf den Risikodiskurs etc. Daher stellt sich die Frage: Warum sagen in der Soziologie heute Erkenntnisse des Rechts oder über das Recht wenig über die Gesellschaft aus, obwohl paradoxerweise das Recht nach wie vor als zentraler Garant jeglicher sozialer Ordnung angesehen wird (vgl. Luhmann 2008; Tamanaha 1995)?² Warum liegt hier eine riesige Menge an leicht zugänglichem Datenmaterial brach (neue Gesetze und Gesetzesmaterialien, Urteile, juristische Fachdebatten, Problematisierung des Rechts in den Zeitungen etc.), selbst wenn es in soziologischen Untersuchungen um Materien geht, die unzweifelhaft einen starken Rechtsbezug aufweisen? Letztlich kann man nur feststellen: Der Zugang zum Recht bereitet der Soziologie – und zwar nicht nur der allgemeinen soziologischen Theorie, sondern sogar der Rechtssoziologie³ – große

2 Als einzige nennenswerte Ausnahme wären hier die *security studies* und die entsprechenden Untersuchungen aus dem Bereich der Gouvernamentalitätsstudien zu nennen, die aus dem Wandel im v.a. straf- und polizeirechtlichen Bereich gesellschaftstheoretische Rückschlüsse ziehen. Zur Problematik der Verhältnisbestimmung von Recht und Gesellschaft in den Gouvernamentalitätsstudien vgl. u. § 1.II.3-4.

3 Es gehört zum viel beklagten Topos in der Diskussion um die Frage nach der Zukunft der Rechtssoziologie, dass das Recht aus der Rechtssoziologie verschwindet (vgl. Luhmann 2008: 2).

Schwierigkeiten (vgl. statt vieler Riles 2005). Recht und Soziologie stehen in einem problematischen Verhältnis zueinander.

Diese Situation erscheint vor allem vor einem soziologiegeschichtlichen Hintergrund bemerkenswert. In der entstehenden Soziologie, d.h. in den ersten Entwürfen der Soziologie und den Auseinandersetzungen über das *Proprium* soziologischer Untersuchungen bis hin zu ihrer Konsolidierung in der Weimarer Republik als eigenständige Disziplin, gehört das Recht nicht nur unzweifelhaft in den Gegenstandsbereich der Soziologie (zu Émile Durkheim, Ferdinand Tönnies und Max Weber s. §§ 6-8; daneben exemplarisch auch Eisler 1903: 153ff.; Achelis 1908: 102ff.; Brinkmann 1919: 81ff.). Vielmehr hat die Auseinandersetzung mit dem Recht eine theoriekonstitutive Funktion, werden doch im Recht gesellschafts- und sozialtheoretische Implikationen gesucht (vgl. Schweitzer 2018b).

Auf einer solchen Suche nach der ‚Gesellschaft im Recht‘ wird man fündig, da die Genese der Soziologie von vielen Autoren im engen Zusammenhang mit der Entwicklung des Rechtsdenkens gesehen wird. Das zeigt sich exemplarisch an der weitverbreiteten Frage nach der Rolle des Naturrechtsdenkens (vgl. § 7.V), betrifft aber ebenso die Bestimmung des Verhältnisses zur Historischen Rechtsschule (neben Durkheim, Tönnies und Weber vgl. Below 1926; Oppenheimer 2015 [1929] sowie in der geisteswissenschaftlichen Tradition v.a. Jerusalem 1930: 15f.) bzw. später zum funktionalen bzw. teleologischen (Rechts-)Denken (prominent hier natürlich Stammler, s.u.). Es gab also so etwas wie die ‚Entdeckung‘ der Gesellschaft im Recht, mit der sich die sich konsolidierende Soziologie auseinandersetzt und an die sie – in positiver wie in negativer Weise – anschließt.⁴

In der Folge verliert die Soziologie jedoch ihr Interesse am Recht, wie schon Talcott Parsons feststellte: „After the brilliant start by Durkheim and Max Weber about the turn of the century, it is something of a mystery why the social sciences and particularly, perhaps, sociology have shown little interest in the study of law and legal systems.“ (Parsons 1977: 11) Trotz großer Nähe zum Recht ist zugleich eine Entfremdung der Soziologie zu erkennen (vgl. Gephart 1993a: 10), und genau darin liegt das Mysterium, von dem Parsons spricht.

Der Zugang zu der Frage nach den Gründen für das weitverbreitete soziologische Desinteresse am Recht oder an rechtlichen Phänomenen erfolgt in der vorliegenden Arbeit über die historisch-genealogische Analyse.

4 Damit ist nicht gemeint, dass die Gesellschaft im spezifischen Sinne der Soziologie in der Rechtswissenschaft „entdeckt“ wurde, sehr wohl aber, dass die Rechtswissenschaft zum Entdeckungszusammenhang gehört (s. § 1.I.1).

Diese Gründe werden dabei nicht in der Geistesgeschichte der Moderne (vgl. Parsons 1977) bzw. in den späteren theoretischen Entwicklungen der Soziologie gesucht (so etwa Schelsky 1980a bzgl. Gehlen, Dahrendorf, Habermas und Luhmann; Gephart 1993a bzgl. Mead, Schütz und Wilson). Vielmehr resultieren die gegenwärtigen Schwierigkeiten der Soziologie mit dem Recht – so die These dieser Arbeit – aus der Art und Weise, wie in der sich konsolidierenden soziologischen Disziplin das Verhältnis von Gesellschaft und Recht problematisiert wird – und zwar nicht als rein soziologieinternes Problem, sondern gerade im Verhältnis zur Rechtswissenschaft. Denn es zeigt sich: Es handelt sich um eine Problemstellung, die ebenso die Privatrechtswissenschaft in Deutschland betrifft. Gerade dort werden im 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts über die Entdeckung der Gesellschaft im Recht Problematisierungsweisen des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft entwickelt, die nicht nur die Rechtstheorie, sondern ebenso die Rechtsdogmatik wie -methodik betreffen (§§ 2-5). Diese Problematisierungsweisen werden Eingang in die entstehende Soziologie finden, wie paradigmatisch an den Soziologieentwürfen von Émile Durkheim, Max Weber und Ferdinand Tönnies gezeigt wird (§§ 6-8). Aus dieser Nähe zum Recht – den juristischen Soziologien von Durkheim, Tönnies und Weber – resultiert in der Gründungsphase der Soziologie zugleich die Notwendigkeit der Abgrenzung zu den Rechtswissenschaften. Dabei werden Anschlüsse, aber auch Verschiebungen gegenüber dem rechtswissenschaftsinternen Diskurs gewählt, die letztlich zum Verlust des Rechts für die Soziologie führen. Daher gilt es den Punkt der Problematisierung des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft zu identifizieren, will man hier eine Abzweigung nehmen und das Recht für die Soziologie wieder adressierbar machen.

§ 1. Auf der Suche nach der Gesellschaft im Recht: Methodologische Überlegungen

Im Zentrum der Untersuchung steht die Frage, wie und in welcher Form die Entdeckung der Gesellschaft im deutschen Privatrecht des 19. Jahrhunderts die entstehende Soziologie beeinflusste. Diese Fragestellung enthält ein Spannungsverhältnis. Denn sie kombiniert eine soziologiegeschichtliche mit einer rechtssoziologischen Perspektive, und beide bestimmen das Verhältnis von Recht und Gesellschaft auf jeweils widersprechende Weise:

Auf der einen Seite wird im Rahmen einer Geschichte der Soziologie die Frage untersucht, an welche Gesellschaftskonzeptionen die entstehende Soziologie Anknüpfungen suchte und damit Problemlagen generierte, die auch heute noch für die soziologische Theorie relevant sind. Ziel einer solchen disziplinengeschichtlichen Selbstreflexion ist der veränderte Blick auf die Gegenwart (vgl. Peter 2001: 11ff.). Es geht also darum, mit Foucault gesprochen, eine „Geschichte der Gegenwart“ zu schreiben (Foucault 2009b: 43). Will man verstehen, warum die gegenwärtige Soziologie mit dem Recht ein Problem hat, so muss man die historische Analyse ausgehend von dieser gegenwärtigen Problematik der Verhältnisbestimmung von Soziologie und Recht betreiben.⁵

Sucht man dabei den Ort der Produktion des wissenschaftlichen Gegenstandes ‚Gesellschaft‘ in der Privatrechtswissenschaft, wird eine Art Vorrangigkeitsverhältnis des Rechts gegenüber der Gesellschaft proklamiert. Das setzt eine Form der Eigenständigkeit des Rechts voraus. Denn Recht wird nicht als gesellschaftliches Phänomen untersucht, sondern als etwas, das das epistemische Ding ‚Gesellschaft‘ konstituiert und damit das Denken über Gesellschaft zuallererst geprägt hat. Die paradigmatischen Perspektiven der Rechtssoziologie werden also verschoben: In der „Soziologie des Rechts“ wird das Recht in erster Linie als gesellschaftliches Phänomen beschrieben, es wird in der Gesellschaft verortet und aus gesellschaftstheo-

5 Daher zielt die vorliegende Arbeit auch nicht auf die Erschließung neuer Quellen, sondern auf die soziologisch informierte Analyse jenes bereits in der Rechtsgeschichte auf umfassende Weise erforschten Komplexes der Historischen Rechtsschule und ihrer Kritik, der wissenschaftlichen Diskussion um den Erlass des BGBs sowie der juristischen Methodendebatte Anfang des 20. Jahrhunderts, um sie auf ihre „soziologischen Rationalitäten im Recht“ (Schweitzer 2015b) hin zu untersuchen.

retischer Perspektive auf seine Funktionen für die Gesellschaft und seine Funktionsweisen innerhalb der Gesellschaft hin untersucht bzw. problematisiert (vgl. Schelsky 1970; Tamanaha 2006; Röhl 1987: 575ff. m.w.N.). Gefragt wird nach dem Recht in der Gesellschaft.⁶ Demgegenüber untersucht die „soziologische Jurisprudenz“ die Einflüsse der gesellschaftlichen Sphäre im Prozess der Herstellung des Rechts.⁷ Einsatzpunkt solcher zumeist rechtskritischen Ansätze ist die Konfrontation des juristischen Ideals mit der Realität.⁸ In einem gewissen Sinne wird also nach der Gesellschaft im Recht gefragt – allerdings als etwas, das von außen eindringt und die rechtlichen Abgrenzungsbemühungen unterwandert⁹ bzw. aus juristischer

-
- 6 Hierzu sind nicht nur die gesellschaftstheoretischen „Haupttheorien“ (Merton) zu zählen (etwa Luhmann 1993; Habermas 1992a), sondern ebenso die gegenwärtigen Ansätze, die Recht zunehmend als soziale Praxis verstehen (vgl. Kahn 1999; Banakar 2000; Morlok et al. 2000; Wrase 2010) bzw. parallel zu den Entwicklungen in der Soziologie die performativen, operationalen und medialen Existenzweisen in den Vordergrund rücken (vgl. Scheffer 2014). Selbst wenn es dabei dann nicht um den Entwurf neuer soziologischer Großtheorien geht, wird Recht als soziales bzw. kulturelles Phänomen verstanden, das sich den neuen Erklärungsansätzen für kontingente gesellschaftliche bzw. kulturelle Phänomene zu stellen hat.
- 7 Bereits Eugen Ehrlich, einer der renommiertesten Vertreter der Freirechtsschule (vgl. u. § 5), legte den Fokus auf die Herstellung des Rechts. Seine Überlegungen zum „lebenden Recht“ hatten nachhaltigen Einfluss und wurden im englischsprachigen Raum zum Ausgangspunkt der *law in action*-Bewegung (vgl. Cotterrell 2009).
- 8 Im Bereich der Justizforschung hat eine Reihe von Untersuchungen der richterlichen Urteilsfindung auf die Distanz der Darstellung zur Herstellung des Urteils hingewiesen (Lautmann 2011). Die Studien gelangen zu dem Ergebnis, dass politische Ideologien (etwa Frank 1973; Hannover, Hannover-Drück 1987; Graf 1988), Rücksicht auf existierende Macht- und Ungleichheitsstrukturen wie insbesondere Klassen- oder Schichtmerkmale (vgl. Peters 1973; Rottleuthner 1973a; Mikić, Stangl 1978), Geschlechtszugehörigkeit (etwa Geißler, Marißen 1988; Legnaro, Aengenheister 1999), karrierepragmatische Gründe (Posner 1993), sonstige Grundüberzeugungen (Segal, Spaeth 2002) und Gemeinplätze (vgl. Sisk et al. 1998) das richterliche Urteil (mit-)bestimmen. Die Urteile basieren diesen Studien zufolge auf außerrechtlichen und damit illegitimen Entscheidungsgründen. Diesem explizit kritischen Gestus, der in den Rechtswissenschaften vielfach auf Widerstand gestoßen ist, schreibt man eine entscheidende Rolle für Probleme der Entwicklung der Rechtssoziologie zu. Gegenwärtige Untersuchungen aus dem Bereich der Justizforschung haben sich von einem solchen Gestus verabschiedet (vgl. etwa Stegmaier 2009; Berndt 2010; Kranenpohl 2010; Latour 2010).
- 9 Die Soziologie steht „vor den Toren der Jurisprudenz“, wie Rüdiger Lautmann in der Hochphase der bundesrepublikanischen Rechtssoziologie in den 1970er Jahren proklamierte (Lautmann 1971); zur Geschichte der Rechtssoziologie in Deutschland vgl. Wrase 2006 m.w.N.

Sicht konsequenterweise zur Forderung nach der Soziologisierung der Rechtswissenschaft führt (vgl. Lautmann 1971: 7; Rottleuthner 1973b; kritisch Schelsky 1980b).¹⁰

Im Folgenden geht es aber weder um die Frage der *Funktion* des Rechts für die Gesellschaft, noch um die gesellschaftlichen *Einflüsse auf* das Recht oder der Relevanz außerjuridischen Wissens *im* Recht. Vielmehr wird das Recht als Ort der Produktion der Gesellschaft adressiert: Gesellschaft wird im und durch Recht hergestellt.¹¹ Um dies in soziologiegeschichtlicher Perspektive analysieren zu können, wird die Gesellschaft als „epistemisches Ding“ (Rheinberger) des Rechts analysiert (I.).

Auf der anderen Seite handelt es sich bei der Gesellschaft um ein besonderes Objekt. Sie stellt einen Totalitätszusammenhang dar, der alle sozialen Phänomene, also auch das Recht, umfasst. Die Soziologie muss davon ausgehen, dass das „Recht der Gesellschaft“ (Luhmann 1993) ein Teil der Gesellschaft ist und nicht *vice versa*. Gesellschaft geht – aus soziologischer Sicht – dem Recht voraus. Andernfalls wäre das Recht etwas, was sich dem soziologischen Blick entzieht (vgl. Krasmann 2015). Auch die Annahme der Ausdifferenzierung des Rechts ändert nichts an diesem (methodologischen) Vorgängigkeitsverhältnis, das im Widerspruch zur erwähnten Vorgängigkeit des Rechts in der soziologiegeschichtlichen Perspektive steht. Denn selbst wenn das Recht in der Moderne gemäß der funktionalen Differenzierung eine Form der Autonomie erlangt, die etwa äußere Einflüsse nur bedingt zulässt – sei es als relative bzw. relationale Autonomie (vgl. Buckel 2007) – oder als autopoietisches System operativ geschlossen ist und nur über strukturelle Koppelungen den Umwelteinflüssen ausgesetzt

10 Für diese Forderung wird zumeist auf empirische soziologische Erkenntnisse abgestellt. Rechtssoziologie wird insofern anwendungsorientiert gedacht, wobei der Soziologie nicht selten die Rolle einer zuarbeitenden „Hilfswissenschaft“ zugeschrieben wird – selbst wenn dies als „Ehrentitel“ gemeint ist (Rehbinder 2003: 8; zur Kritik statt vieler Machura 2001). Gesellschaft im Recht bedeutet in diesem Zusammenhang die Verwendung empirischen soziologischen Wissens für rechtliche Problemstellungen.

11 Bruno Latour hat in seinem Entwurf einer alternativen Rechtssoziologie jüngst eine solche Neujustierung des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft versucht: Das Recht wird selbst zu einem der Mittel „for producing the social defined as association, for arranging and contextualizing it“ (Latour 2010: 264; s.a. Latour 2013, 2014). Allerdings muss man m.E. diesen Entwurf als gescheitert bezeichnen, da er den Weg ins Recht für die Rechtssoziologie letztlich versperrt (zu einer umfassenden Kritik vgl. Schweitzer 2016).

erscheint,¹² so ermöglicht diese Perspektive auf das Recht zwar die Annahme eines (wie auch immer definierten) Eigensinns des Rechts. Allerdings handelt es sich um soziologische Fremdbeschreibungen, die von einem strukturellen und nicht von einem inhaltlichen Eigensinn des Rechts gegenüber der Gesellschaft (und anderen Subsystemen) ausgehen.

Man könnte also vermuten, dass in der rechtssoziologischen Perspektive eine genuin juristische Beschreibung der Gesellschaft, die unser Denken über Gesellschaft zuallererst formt, zwangsläufig aus dem Blick gerät. Einem solchen Ergebnis hat jedoch gerade Luhmann mit seinem Entwurf der autopoietischen Systemtheorie widersprochen: Die gesellschaftliche Binnendifferenzierung führt dazu, dass eine Reihe von funktionalen Subsystemen existiert, welche weder hierarchisiert noch über eine spezifische Kommunikationsform zusammengeführt werden können. Das bedeutet, dass es keinen übergeordneten Standpunkt mehr gibt, der einen Zusammenhang über eine gemeinsame Referenz ermöglicht: „Keine Thematisierung von Gesellschaft erreicht mithin eine volle Welttransparenz.“ (Luhmann 2006: 882) Jedes Subsystem bildet seinem Code entsprechende Selbstbeschreibungen. Dazu gehört eine je spezifische Sicht auf die Gesellschaft: Es existiert eine Vielzahl von zum Teil konkurrierenden Deutungen der Gesellschaft – und so auch eine genuin juristische Beobachtung der Gesellschaft, die als Beobachtung der Beobachtung soziologisch analysiert werden könnte.

Die Selbstbeschreibungen bilden sich bei Luhmann in der Form von Semantiken aus. Die Semantik ist der gesellschaftlichen Struktur jedoch prinzipiell nachgelagert (kritisch hierzu Stäheli 1998, 2000: 184ff.; Opitz 2012: 94ff.). Selbstbeobachtungen und Selbstbeschreibungen „müssen voraussetzen, dass das System schon vorliegt, sind also nie konstitutive, sondern immer nachträgliche Operationen, die es mit einem bereits hoch selektiv formierten Gedächtnis zu tun haben“ (Luhmann 2006: 883). Die Herausbildung des gesellschaftlichen Subsystems Recht bildet somit einen *death point of no return* für die juristische Beobachtung der Gesellschaft – zumindest ist weder ein stufenweiser Akt der Ausdifferenzierung noch eine etwaige Entdifferenzierung *auf der Ebene der Semantik* in der Systemtheorie nach Luhmann denkbar (vgl. Teubner 1987). Würde er die Semantiken als strukturbildend begreifen, müsste er die Idee des autopoietischen Systems aufgeben.

12 Diese Annahme korreliert mit dem starren Autonomiebegriff des späteren Luhmann in *Das Recht der Gesellschaft*, wenn er dort Autopoiesis mit Autonomie gleichsetzt (Luhmann 1993: 65).

Der Schwachpunkt dieser Konzeption zeigt sich insbesondere in der historischen Perspektive: Denn was wäre, wenn gerade die Semantik der Gesellschaft eine entscheidende Rolle in der Autonomisierung des Rechts spielte und damit als machtvoller Diskurs fungierte, der die Ausdifferenzierung vorantrieb? Und insbesondere mit Blick auf das Privatrecht: Was bedeutet es für die Theorieanlage der Systemtheorie, wenn Anfang des 19. Jahrhunderts gerade die Entscheidung, das Recht nicht zu kodifizieren, bei der Ausdifferenzierung maßgeblich gewesen wäre, da sie den Weg in die Normativität des Rechts für die Rechtswissenschaften eröffnete?¹³ Denn dann hätte sich die Herausbildung und Autonomisierung des systembestimmenden Codes ‚Recht/Unrecht‘ im modernen Recht nicht über die Positivierung, sondern erst über die Problematisierung des Verhältnisses von Recht und Gesellschaft in den Privatrechtswissenschaften vollzogen.¹⁴ Aber auch ganz prinzipiell kann man mit Blick auf das Verhältnis von Recht und Soziologie danach fragen, was es bedeutet, wenn die Rechtsquellenlehre Anfang des 19. Jahrhunderts nicht wie für Luhmann die Divergenz zwischen Rechtswissenschaft und Soziologie begründet, sondern als ein Baustein zur Herausbildung der Soziologie angesehen wird.¹⁵ Müsste man dann nicht davon ausgehen, dass die Idee der Gesellschaft, aber

-
- 13 Bestritten wird in historischer Hinsicht, dass die Positivierung des Rechts in dem großen Sprung vom Recht vorneuzeitlicher Hochkulturen zum modernen Recht des 19. Jahrhunderts Zielrichtung der Selbstabschließung des Rechts als System war (vgl. Luhmann 1970; 2008: 166ff.). Dieser Prozess ist sehr viel komplizierter angelegt, als Luhmanns historisch grob gezeichneten Ausführungen nahelegen.
- 14 Luhmann geht demgegenüber davon aus, dass der Nährboden der Vollpositivierung des Rechts, d.h. der Autonomisierung, im öffentlichen Recht bzw. in atypischen Sondergebieten wie Arbeits- oder Wohnungsrecht zu suchen sei (Luhmann 2008: 201). Das verwundert wenig, da in diesen Rechtsmaterien die Steuerungsperspektive, aber auch die funktionale Sicht, wie sie in Luhmanns normativem Rechtsverständnis eingelagert ist, eine zentrale Stelle einnimmt. Damit kann er jedoch aus historischer Sicht gerade nicht erklären, wie die Vorstellung des Rechts (und der Gesellschaft) überhaupt erst normativiert wurde, d.h. also die seiner Theorie vorgelagerte Koppelung des Rechts an die Normativität bewerkstelligt wurde. Genau diese Frage steht im Folgenden im Zentrum der Analyse des Rechts.
- 15 Gerade die Rechtsquellenlehre trug nach Luhmann zu der Ausdifferenzierung zwischen Rechtswissenschaft und Soziologie bei (Luhmann 2008: 207). Denn sie markiert den notwendigen Unterschied in der Perspektive der beiden Disziplinen: Für die Soziologie ist die zentrale Vorstellung einer ‚Rechtsquelle‘ nicht annehmbar (Luhmann 1973), die in ihrer juristischen Form soziologische (Entstehungsgrund des Rechts), ethische (Prinzipien, nach denen man das Recht zu handhaben habe, Geltungsgrund) sowie rechtstheoretischen (Erkenntnisgrund) Erwägungen vermischt (vgl. Ross 1929: 167f., 291). Für die kausale Perspektive,

auch die Idee der funktional differenzierten Gesellschaft selbst ihre Ursprünge (auch) im Recht hätte? Und zeitigte es nicht Folgen für die Theorie, wenn man zeigen kann, dass diese juristischen Semantiken von Anfang an umstritten waren, und auch heute noch sind, und gerade hier Machteffekte eingelagert sind, die die ambivalente Stellung des Rechts (und der Soziologie) zur Macht betreffen?¹⁶

Zur Debatte steht also insbesondere die Frage, welche Effekte die juristische Problematisierung der Gesellschaft für das Recht, aber auch für das Denken der Gesellschaft in der Soziologie zeitigte. Diese Sicht bereitet der Systemtheorie aber Probleme, gerade weil sie die Semantiken nicht als strukturbildend begreift. Die systembildenden Effekte, und das heißt zugleich: die Machteffekte solcher Semantiken, sind ihr nicht zugänglich.¹⁷

Somit bleibt die Frage: Wie kann man die Gesellschaft im Recht denken, ohne einerseits das Recht von der Gesellschaft zu entkoppeln (und damit dem soziologischen Blick zu entziehen), und ohne andererseits das Recht in der Gesellschaft aufzulösen (womit es nicht mehr als genuiner Ort der Herstellung von Gesellschaft für die soziologische Analyse adressierbar wäre)? Um dieses doppelte Konstitutionsverhältnis von Gesellschaft und Recht fassen zu können, wird Recht als ein dispositives Gefüge analysiert, das in seinen diskursiven Praktiken des rechtswissenschaftlichen epistemischen Dispositivs sowohl das Recht als auch das epistemische Ding

die mit der soziologischen vereinbar wäre, gilt jedoch: Die faktischen Entstehungsursachen eines Gesetzes sind aufgrund ihrer Komplexität nicht angebbbar. Die Soziologie muss daher nach Luhmann ihre Perspektive verschieben und Gesetzgebung als variable Selektionsleistung beschreiben. Dieses letztlich logische Argument, das Luhmann mit der Differenz der Perspektiven der Rechtswissenschaft und der Soziologie begründet (vgl. Luhmann 2008: 207), führt jedoch aus der historischen Betrachtung heraus und verunmöglicht es, die Genese der Gesellschaft als wissenschaftliches Objekt in der Rechtsquellenlehre zu erkennen – und zwar gerade aufgrund der Vermischung der verschiedenen Ebenen.

- 16 Gegenwärtig findet die Frage nach dem Verhältnis sich wandelnder Gesellschaftskonzepte (Semantik) zum Recht in der systemtheoretischen Rechtssoziologie ihre Reformulierung in den Konzepten der „Sozialverfassung“ bzw. nun dem „sozialen Konstitutionalismus“ (Teubner 2012, 2013), die auf der Idee der „reflexiven Steuerung“ des Rechts (Teubner, Willke 1984) aufbauen. Das Paradigma der Autonomie des Rechts als autopoietisches System bleibt hierbei auch angesichts des Semantikwandels bzgl. der Gesellschaft unangetastet bzw. wird in einen Semantikwandel der eigenen Theorie transferiert.
- 17 Es geht also um die Frage einer evolutorischen Wirkung von Semantiken. Genau darin zeigen sich selbst aus systemtheoretischer Sicht die Probleme, Luhmanns Theorie wie bei Marie Theres Fögen (2002a, 2002b) für die Rechtsgeschichte fruchtbar zu machen (vgl. Amstutz 2002).

‚Gesellschaft‘ systematisch als Gegenstände bildet, von denen es spricht (II.).¹⁸

I. Die soziologiegeschichtliche Perspektive: Gesellschaft als „epistemisches Ding“

Über den Gegenstand ‚Gesellschaft‘ wurde im 19. Jahrhundert ein neuer Wirklichkeits- und Wissensbezug generiert, der zur Ausdifferenzierung der Soziologie als eigenständige Disziplin führte. Um diese Entwicklung in den Privatrechtswissenschaften nachzuverfolgen, wird Gesellschaft als ein „epistemisches Ding“ (Rheinberger) des Rechts analysiert.

1. Das „epistemische Ding“ Rheinbergers

Anhand der Untersuchung der Laborexperimente zur Biosynthese von Proteinen entwickelte der Wissenschaftshistoriker Hans-Jörg Rheinberger das Konzept des „epistemischen Dings“ (Rheinberger 1992b, 2006).¹⁹ Die Wissensobjekte der Biochemiker sind nicht einfach da und warten darauf, entdeckt zu werden. Es handelt sich vielmehr um Objekte, deren Struktur und Funktionsweise gerade noch nicht geklärt sind. Sie sind durch eine „irreduzible[] Verschwommenheit und Vagheit“ gekennzeichnet. „Epistemische Dinge“ sind daher „die Dinge, denen die Anstrengung des Wissens gilt“. Rheinberger will den „Entdeckungszusammenhang“ gegenüber einer

18 Damit sucht die vorliegende Arbeit Anchlüsse an die neueren Rechtssoziologien, die das Recht als Ort der Herstellung und der Emergenz sozial relevanten und wirksamen Wissens adressiert (vgl. etwa Pottage, Mundy 2004, 2014; Valverde 2006, 2007; Baer 2010; Krasmann 2012). Insofern gilt: Gesellschaft wird im Recht hergestellt (vgl. Nelken 1986: 325; Cotterrell 1998: 175ff.). Allerdings geht die vorliegende Untersuchung in einem entscheidenden Punkt darüber hinaus: Es geht nicht um die performative (Re-)Produktion von bestimmten sozialen Zusammenhängen, gesellschaftlichen Kategorien oder spezifischen begrenzten Kollektivitätsformen, sondern um den Entwurf einer gesellschaftlichen Totalitätsperspektive. Es wird nach der ‚Gesellschaft im Recht‘ im wörtlichen Sinne gefragt.

19 Das „epistemische Ding“ Rheinbergers ist seither fester Bestandteil der naturwissenschaftlich orientierten Wissenschaftsforschung und -geschichte. Darüber hinaus hat es eine erstaunliche Karriere hinter sich: Es ist sukzessive aus den Laboren in die soziologische und kulturwissenschaftliche Theorie gewandert und wird zur Untersuchung immer umfassenderer Bereiche herangezogen. Mittlerweile erscheint jegliches soziale Phänomen als epistemisches Ding fassbar (vgl. Schweitzer 2015c: 1 m.w.N.).

immer erst herzustellenden Verfestigung des Objekts rehabilitieren: „Es geht vielmehr darum, das Primat der im Werden begriffenen wissenschaftlichen Erfahrung, bei der begriffliche Unbestimmtheit nicht defizitär, sondern handlungsbestimmend ist, gegenüber ihrem begrifflich verfaßten und verfestigten Resultat zur Geltung zu bringen.“ (Rheinberger 2006: 27)

Genau diese Perspektive auf ein Wissen im Werden, auf den Entdeckungszusammenhang, soll sich hier zunutze gemacht werden. Denn die Gesellschaft wird erst im 19. Jahrhundert eine Konzeption und Problematisierung erfahren, die sie zum Bezugspunkt einer neuen Wissenschaft werden lassen konnte (vgl. Eßbach 2014: 28ff.). Die Konzentration auf die Privatrechtswissenschaften legt mithin den Fokus auf einen prägenden Moment des Entdeckungszusammenhangs des epistemischen Dings ‚Gesellschaft‘ für die Soziologie. Und gerade hier gilt: Die Gesellschaft steht nicht im Zentrum. Sie ist, wie das epistemische Ding, nicht dasjenige, worauf der Wissenschaftler „frontal starrt“, sondern das, „was er dagegen eher im Augenwinkel behält“ (Rheinberger 2001: 61). Denn ohne den Charakter einer ausdifferenzierten Wissenschaft zu verlieren, wendet sich die Privatrechtswissenschaft im 19. Jahrhundert zwar der Gesellschaft zu, hat dabei jedoch stets die eigene, d.h. juristische Methode im Sinn (s. § 2).

Mit dem epistemischen Ding geht es hierbei weniger um die Antworten, sondern um die Fragen und Problematisierungen, die es aufwirft. Insofern bezeichnet Rheinberger es als „Fragemaschine“ (Rheinberger 1992a: 72, 2006: 33). Im Folgenden soll mit Blick auf die Privatrechtswissenschaften gezeigt werden, wie das Objekt ‚Gesellschaft‘ in seiner jeweiligen spezifischen Konzeption die Rechtstheorie, aber auch die Dogmatik und Methodik in Frage zu stellen vermag. Im Vordergrund stehen dabei die Problematisierungen, die die Hinwendung zur ‚Gesellschaft‘ für das Privatrecht bedeutet, und nicht die Antworten, die hierdurch gegeben werden.

Das Wissensobjekt, hier die Gesellschaft, ist nicht vorbegrifflich und müsste einfach nur auf den Begriff gebracht werden. Vielmehr entsteht es während des Forschungsprozesses (vgl. Rheinberger 2012: 3). Neue Wissensobjekte werden nicht einfach entdeckt oder entschleiert und ans Licht gebracht. Sie werden nach und nach innerhalb bestimmter Anordnungen hergestellt und gestaltet. Damit gilt: Epistemische Dinge und epistemische Praktiken gehören untrennbar zusammen. Der Blick der Untersuchung richtet sich auf die Praktiken und Techniken, in und mittels derer ‚Gesellschaft‘ entdeckt, erzeugt und verobjektiviert wird.

Ein epistemisches Ding ist also ein Objekt, das sich im Verfahren konstituiert. Zugleich vermag es aber auch aufgrund seiner Eigenschaften und Qualitäten das Verfahren mitzubestimmen, kann es doch auch zu einem

konstituierenden Moment der Forschung werden (vgl. Rheinberger 1992a: 70f., 2006: 29f.). Denn das Ding ist bei Rheinberger nicht – wie im Konstruktivismus – nur Folge der gedanklichen Konstruktion, sondern ebenso Akteur. Es entwickelt eine Art Eigenleben bzw. eine spezifische Eigendynamik (Martus 2015: 28). Man muss also erforschen, wie das Ding ‚Gesellschaft‘ bestimmte Arten des Fragens und Vorgehens stimuliert, bestimmten Forschungsbedarf generiert und bestimmte Problematisierungsweisen institutionalisiert.

Wenn die Analyse den Gegenstand mitkonstituiert, und dieser wiederum auf die Analyse zurückwirkt, so zeigt das gerade jene spezifische Verwobenheit der Gesellschaftsanalyse mit ihrem Gegenstand, die in der soziologischen Theorie insbesondere unter dem Stichwort der Reflexivität gefasst wird: Die Gesellschaftstheorie, aber auch ihre Methoden sind immer selbst Teil der Gesellschaft und wirken daher reflexiv auf ihren Gegenstand zurück. Dieselbe Verwobenheit ist zwischen den rechtlichen Gesellschaftskonstruktionen und der jeweiligen juristischen Dogmatik und Methode festzustellen. Denn, so wird zu zeigen sein: In den privatrechtswissenschaftlichen Dogmatiken und Methoden liegen Formen der Gesellschaftskonstruktion, so wie jedes spezifische Gesellschaftskonzept bestimmte dogmatische und methodische Ausrichtungen in der Jurisprudenz impliziert. Die Privatrechtswissenschaften und ihre Methoden werden dadurch als Produzent von Gesellschaft, und mithin von Gesellschaftstheorie, lesbar – und als solche auch in ihrer Form für die entstehende Soziologie adressierbar.

2. Soziologiegeschichte als Geschichte des epistemischen Dings ‚Gesellschaft‘

Gerade aus der soziologiegeschichtlichen Perspektive mag das Vorhaben, Gesellschaft als epistemisches Ding zu untersuchen, auf Widerstände stoßen. Zwei prominente Einwände aus der Phase der Gründung der Soziologie können hier ins Feld geführt werden, die beide um das Objekt ‚Gesellschaft‘ kreisen: Der erste Einwand richtet sich gegen die Gesellschaft als legitimer Bezugspunkt einer soziologischen Untersuchung, der zweite dagegen, Gesellschaft als epistemisches Ding zu analysieren. In der Diskussion dieser Einwände lässt sich das heuristische Potenzial der Perspektive auf die Soziologiegeschichte als Geschichte des epistemischen Dings ‚Gesellschaft‘ herausarbeiten.

2.1 Soziologiegeschichte als Objektgeschichte

Von Anfang an wurde die Soziologie sowohl extern als auch intern scharf dafür kritisiert, dass sie den Begriff der Gesellschaft zur Grundlage einer neuen Disziplin im überkommenen Fächerkanon der Universitäten zu machen versuchte. Darauf zielte die vernichtende Kritik des Staatswissenschaftlers Heinrich von Treitschke (1859) an den Ansätzen seiner Kollegen Lorenz von Stein und Robert von Mohl, die Gesellschaftswissenschaft als Teil bzw. neben der Staatswissenschaften zu etablieren (vgl. Stein 1850; Mohl 1992 [1851]).²⁰ Damit hatte Treitschke den Gesellschaftsbegriff in der deutschen Theorielandschaft nachhaltig diskreditiert (vgl. Lichtblau 2005). Und auch von Seiten der Geisteswissenschaften, namentlich durch Wilhelm Diltheys im Jahr 1883 veröffentlichte *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, erfuhren nicht nur die Gesellschaftskonzeptionen der englischen und französischen Soziologien des 19. Jahrhunderts eine deutliche Absage (vgl. Dilthey 1883: 106ff.). Vielmehr richtete Dilthey sich gegen die Versuche der Verobjektivierung der Gesellschaft als ein eigenständiges Ganzes, das gegenüber Staat und Individuum autonom sei.

Beeinflusst von dieser Kritik wird auch aus der sich etablierenden genuin ‚soziologischen‘ Perspektive bezweifelt, dass der Bezug auf Gesellschaft sinnvoll sei, ja dass ein solcher autonomer Gegenstand überhaupt existiere: „Es gibt niemals schlechthin Gesellschaft“, schreibt etwa Georg Simmel in seiner Begründung der Soziologie im Jahre 1908. Sie sei vielmehr ein Gegenwartsphänomen, ein Produkt der jeweiligen Wechselwirkungen zwischen den Individuen, „mit deren Auftreten eben Gesellschaft da ist und die weder die Ursache noch die Folge dieser, sondern schon unmittelbar sie selbst sind“ (Simmel 1908: 11). Jedwede Verselbstständigung der Gesellschaft gegenüber diesen Wechselwirkungen, dem Geflecht der Vergesellschaftungen, sei letztlich nur ein Schein, eine unzulässige Substantialisierung.²¹ Und auch Max Weber, der sich erst spät als Soziologe begriff, sprach von Vergesellschaftung, um den umstrittenen und kritisierten Gesellschaftsbegriff als *terminus technicus* zu vermeiden, ohne dabei jedoch

20 Nach Treitschke lassen sich so „heterogene Dinge“ wie religiöse, ökonomische oder künstlerische Genossenschaften nicht unter ein gemeinsames Kriterium zusammenfassen (Treitschke 1859: 66). Daher könne ‚Gesellschaft‘ nicht als umfassender Oberbegriff all dieser gesellschaftlichen Erscheinungen dienen und damit zur Begründung einer eigenständigen Disziplin herangezogen werden.

21 Das Spezifische der soziologischen Disziplin liegt für Simmel also nicht in einem Gegenstand *sui generis*, sondern in einer besonderen Perspektive auf das „Gesellschaft-Sein der Menschheit“ (Simmel 1908: 12).

das Vorhaben einer eigenständigen Soziologie aufzugeben (vgl. Tenbruck 1981: 337; Tyrell 1994; kritisch Peter 2001: 15).

Nicht nur Undeutlichkeit und Konturlosigkeit des Gesellschaftsbegriffs werden Ende des 19., Anfang des 20. Jahrhunderts – und auch heute noch – bemängelt (vgl. etwa Rümelin 1889; Spann 1907; Riedel 1975b; Nassehi 2015). Vor allem das Motiv der Abstandnahme vom Gesellschaftsbegriff und damit von einer wie immer gearteten Gesellschaftstheorie im strengen Sinne bildet seit der Etablierungsgeschichte der Soziologie eine wiederkehrende Konstante (vgl. Lichtblau 2001; Merz-Benz, Wagner 2001; kritisch hierzu Habermas 1992b). Bestritten wird nicht nur der systematische Stellenwert des Gesellschaftsbegriffs für die Soziologie, sondern ebenso auf ontologischer Ebene die Existenz eines solchen Objekts²² – eine Kritik, die seither immer wieder geäußert wird.²³

Wenn also schon in der Gründungsphase der Soziologie bestritten wurde, dass es so etwas wie ein Objekt ‚Gesellschaft‘ gibt und es daher nicht als legitimer Bezugspunkt soziologischer Wissensformen gelten kann, so stellt sich natürlich die Frage, ob ‚Gesellschaft‘ dann überhaupt als Bezugspunkt einer soziologiegeschichtlichen Untersuchung fungieren kann. Die Konzeption der Gesellschaft als ‚epistemisches Ding‘ in seinem vagen und verschwommenen Charakter ist jedoch gerade nicht primär darauf ausgerichtet, die Genese positiver Objekteigenschaften in den Privatrechtswissenschaften zu konstatieren, die als solche dann problemlos in die Soziologie eingegangen wären. Der Blick richtet sich vielmehr auf die Fragestellungen und Problematisierungsweisen, die sich am Gegenstand ‚Gesellschaft‘

-
- 22 Für manche ist dies jedoch keine ontologische Frage, sondern eine Folge der gegenwärtigen Entwicklungen. Für sie gilt: So etwas wie Gesellschaft gab es einmal, gibt es aber heute nicht mehr. Baudrillard etwa sieht in der massenmedialen Entwicklung hin zur Simulationsgesellschaft das „Ende des Sozialen“ (Baudrillard 2010); für andere erscheint aufgrund der Zunahme der internationalen wie transnationalen Vergesellschaftung der nationalstaatlich-territorial konnotierte Begriff der Gesellschaft geradezu veraltet (so bereits Tenbruck 1981); oder aber habe „die Gesellschaft“ als Bezugspunkt der Regierungstechnologien mittlerweile ausgedient, so dass Niklas Rose gar den „Tod des Sozialen“ ausruft (Rose 1996). Auch theoriegeschichtlich wird ein Untergang des Gesellschaftsbegriffs erkannt, nachgezeichnet an „Verfallsstadien“ des Begriffs bis hin zu Luhmanns Systemtheorie, „die ihn als analytisches Konzept unbrauchbar macht“ (Schwinn 2011: 29).
- 23 Prominent für diese Kritik steht heute v.a. Bruno Latour: „So etwas wie Gesellschaft gibt es nicht!“ (Latour 2007: 16), proklamiert er und richtet sich damit primär gegen eine vorgeblich objektivistische Soziologie à la Durkheim (s.a. Latour 2001b). Die einzig verbleibende Möglichkeit scheint für Latour in der vollständigen Verabschiedung des Gesellschaftsbegriffs zu liegen (Latour 2007: 283; kritisch hierzu Marchart 2013: 129ff.).

entspannen. Hierzu gehört gerade auch die Diskussion über den systematischen und epistemischen Status des Begriffs – sowohl für die Entwicklung der privatrechtlichen Methodik als auch für die sich ausdifferenzierende Soziologie. Oder anders formuliert: Selbst wenn es aus ontologischer Sicht Gesellschaft nicht geben sollte, ist damit noch nicht geklärt, wie und v.a. in welcher Form sie – gerade auch in negativer Hinsicht – zu einem machtvollen, fragengenerierenden Bezugspunkt des Wissens, zu einem epistemischen Ding, werden konnte. Genau darum geht es im Folgenden.

Das impliziert zugleich ein verändertes Verständnis der Soziologiegeschichte. Nicht die „Gedanken und Absichten der Handelnden“ stehen im Vordergrund, sondern die Objekte, „auf die sich ihr Handeln und ihr Begehren richtet“ (Rheinberger 2006: 7). Soziologiegeschichte wird damit nicht geschrieben als Ideen-, Schulen- oder Klassikergeschichte, auch wenn Ideen und Klassiker untersucht werden.²⁴ Sie wird auch nicht betrieben als Milieugeschichte, als Sozialgeschichte der der Disziplin zuzurechnenden Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen und ihrer Aktivitäten, oder als Sozial- und Institutionalisierungsgeschichte der Soziologie, ihrer Fachzeitschriften und ihrer Verbände.²⁵ Ebenso wenig geht es, wie so häufig, um die Frage der Identität des Faches, die trotz der Heterogenität des Materials oft als Voraussetzung der Ausdifferenzierung zu einer eigenständigen Disziplin angesehen wird.²⁶ Vielmehr geht es darum, eine Geschichte des soziologischen Denkens vom Objekt, d.h. vom epistemischen Ding ‚Gesellschaft‘ her zu schreiben, das nicht primär oder ausschließlich in der Soziologie zu verorten ist.

Mit anderen Worten: Das Augenmerk liegt also auf dem Entdeckungszusammenhang der Gesellschaft als eigenständiges Fragen generierendes Objekt.²⁷ Dieser Entdeckungszusammenhang ist ein heterogenes, plurales Gefüge, in dem eine Reihe unterschiedlicher politischer und

24 Vgl. zu solchen ‚Idealtypen‘ der Soziologiegeschichtsschreibung mit zahlreichen Literaturhinweisen immer noch Käsler 1984: 105ff.; zum Überblick über etablierte soziologiegeschichtliche Ansätze vgl. daneben insbesondere Lepenies 1981a; Peter 2001; Moebius 2004 jeweils mit m.w.N.

25 Vgl. etwa Käsler 1984; Wallgärtner 1991; Lepsius 1981; Glatzer 2014 m.w.N. zur Institutionengeschichte.

26 Vgl. hierzu die umfangreichen *Studien zur kognitiven, sozialen und historischen Identität der Soziologie* (Lepenies 1981b), jüngst auch den Versuch, diese über identitätsstiftende Kontroversen bzgl. der begrifflichen, theoretischen und methodischen Grundlagen einer Wissenschaft vom Sozialen zu rekonstruieren (Kneer, Moebius 2010).

27 Insofern geht es auch nicht um die Frage der *Anfänge* soziologischen Denkens, für die je nach Ausformung der Soziologie etwa als „Grupppwissenschaft“, als Kon-

gesellschaftlicher Faktoren, Institutionen, Wissensarten und -bestände sowie Praktiken und Techniken zusammenspielen. Die soziologiegeschichtliche Forschung hat viele von ihnen herausgearbeitet. Einer der Hauptfaktoren für die Entdeckung der Gesellschaft wird in der Herauslösung des Marktsystems aus dem sozialen Gefüge gesehen, dessen gravierende Folgen mit der „sozialen Frage“ ins Bewusstsein gelangten: „Pauperismus, Nationalökonomie und die Entdeckung der Gesellschaft waren miteinander eng verflochten.“ (Polanyi 1977 [1944]: 114) Angesichts dieser grundlegenden Veränderungen wird die Gesellschaft für sich selbst zum Problem, und es stellt sich die Frage, wie soziale Ordnung überhaupt möglich ist bzw. sein kann (vgl. Luhmann 1981b). In dem Moment, in dem die Möglichkeit der Gesellschaft fraglich wurde, hat man sie als eigenständiges wissenschaftliches Objekt entdeckt.

Angesichts der Pauperismusproblematik wird aber auch auf die Rolle der spezifischen Techniken der Verobjektivierung der Gesellschaft hingewiesen, die sich in den wohlfahrtsstaatlichen Interventionen wie Versicherung, Sozialgesetzgebung und Fürsorgepraktiken entfalteten (s.u. II.4). Statistik und Wahrscheinlichkeitsrechnung, die diesen Interventionen zugrunde liegen, produzieren ein spezifisches Wissen über die Bevölkerung. In dieser Form kann sie der Regierung als Objekt der Normierung und Disziplinierung dienen (Foucault 2006, 2009a).²⁸ Die Gesellschaft wird als Bevölkerung zum Steuerungsobjekt.

Erklärungsmodelle für die Entstehung der verschiedenen Soziologien sind auch in unterschiedlichen nationalen geistigen Milieus zu suchen (vgl. etwa Tenbruck 1994), d.h. in der je spezifischen Ökonomie des Wissens (vgl. Lepenies 1981b). Insofern gehören zum Entdeckungszusammenhang auch die bereits etablierten Disziplinen. Denn Soziologie entstand nicht aus dem Nichts. Sie differenzierte sich vielmehr hinsichtlich des Untersuchungsgegenstandes, der Methoden und der Techniken als eine Art „irritierende Integrationswissenschaft“ (Schnädelbach 1983: 96, H.i.O.) aus dem bereits vorhandenen Fächerkanon aus, indem sie etwa philosophische, ökonomische historische, seinem Anspruch nach naturwissenschaftliche und eben auch juristische Gesichtspunkte zusammenführte (vgl. ebd.:

flikt- oder Evolutionstheorie oder als historische Wissenschaft etc. verschiedene Datierungsstrategien angewendet werden, vgl. hierzu Prahl 1986 m. zahlr. N.

28 Kritisch zu einem solchen immer wieder konstatierten Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Instrumentariums der empirischen Sozialforschung und der Soziologie als Disziplin Oberschall 1997.

96f.).²⁹ Das Fach konnte seine Identität „nur in der Auseinandersetzung mit bereits existierenden und in den meisten Fällen längst hoch angesehenen Fächern innerhalb der Universität und anderer Institutionen finden“ (Lepénies 1981a: XX). Wissen über Gesellschaft war (und ist) nicht an die Wissenschaft von der Gesellschaft gebunden. Zahlreiche Wissenstransfers in das sich etablierende soziologische Denken fanden statt und führten zu spezifischen Konkurrenzlagen: Die Soziologiegeschichte wies hin auf die Nähe und Abgrenzungsproblematik zur Geschichtswissenschaft, zur Nationalökonomie, zur Biologie, zur Psychologie, Staatswissenschaft, zu den Naturwissenschaften sowie – insbesondere in Deutschland – zu den Geisteswissenschaften im Allgemeinen.³⁰

Der objektzentrierte Blick auf die Formierungsphase der Soziologie vermag dieses Spektrum zu erweitern. Hier zeigt sich in der Retrospektive: Gerade die Frage, wie in ihrer Gründungsphase Gesellschaft als *normative Ordnung* gefasst wird, eröffnet den Weg in die Rechtswissenschaft – jene Disziplin, die zu jener Zeit von vielen als eigentliche Normwissenschaft angesehen wird, und in der ein deutliches Bewusstsein für eine Konkurrenzlage zwischen Soziologie und Rechtswissenschaft herrscht. So konstatiert Hans Kelsen im Jahr 1912 aus juristischer Perspektive: „[D]iese Auseinandersetzung der Soziologie mit ihren Grenzwissenschaften ist noch am ehesten geeignet, eine Rechtfertigung der um ihre Existenzberechtigung kämpfenden jungen Disziplin zu liefern“ (Kelsen 1912: 601). Insofern gilt für den Rekurs auf Max Weber, Ferdinand Tönnies und Émile Durkheim, dass sie nicht in ihrer Eigenschaft als Klassiker zu Wort kommen. Zu zeigen ist vielmehr, wie sich diese drei Autoren an den privatrechtlichen Problematisierungsweisen des epistemischen Dings ‚Gesellschaft‘ durch das Recht orientieren. Ihre Arbeiten sollen von diesem

29 Insofern ist es auch nicht verwunderlich, dass soziologisches Denken in Deutschland vor seiner späten Institutionalisierung an den verschiedensten Lehrstühlen anzutreffen war. Die Herkunft der Soziologie aus anderen Wissenschaften kommt auch in den Professionen der Gründungsmitglieder der DGS zum Ausdruck: Mitglieder des ersten Vorstandes stammten aus der Ökonomie, Statistik, Philosophie, Psychologie, Geschichte, Rechtswissenschaft, Sozialpolitik und Theologie oder hatten mehrere Fächer studiert (vgl. Glatzer 2014).

30 Siehe für das Verhältnis der Soziologie zur Nationalökonomie etwa Kruse 1990; Albert 1998 [1967]: 13ff.; Takebayashi 2003 (bzgl. Werner Sombart und Max Weber); Stölting 1986 (aus institutionengeschichtlicher Perspektive); Lichtblau 2011: 317ff. m.w.N; zur Biologie etwa Hejl 1998; Lüdemann 2004: 107ff.; Meyer 1969; Gerhardt 2009: 25ff.; zur Psychologie siehe schon Simmel 1908: 3ff.; Weber 1988j; 432ff.; zu den Staatswissenschaften Wagner 1990; zu den Geisteswissenschaften im Allgemeinen Tenbruck 1994; Lepénies 2006; Süber 2007.

Objektbezug her rekonstruiert werden, um im Rahmen der Geschichte der Gegenwart Anschlussmöglichkeiten für die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Soziologie aufzuzeigen.

Es geht also nicht darum, über das Konzept der Gesellschaft als epistemisches Ding die Genese der Soziologie erklären zu wollen. Vielmehr dient dieses Konzept als ein heuristisches Instrument, um Gesellschaftskonstruktionen, -theorien sowie Praktiken und Techniken ihrer Verobjektivierung in bestimmten Bereichen lesbar zu machen – und hiervon ausgehend den Transfer in die Soziologie nachzuzeichnen. Soziologiegeschichte erweist sich in dieser Perspektive nicht als monokausal, auch nicht als Geschichte einer einheitlichen Theorie- und Objektbildung, sondern als multikausaler und multivariabler Entdeckungszusammenhang.

An diesem Punkt kommt eine weitere Eigenschaft des epistemischen Dings zur Geltung: Aufgrund seines performativen Charakters trägt die Art und Weise der Bestimmung des Entdeckungszusammenhangs zur Bestimmung des Wissensobjekts bei. Denn dieses existiert nur in seiner Veränderlichkeit, als „Liste“ von Aktivitäten und Eigenschaften, die mit jedem weiteren Listeneintrag umdefiniert und in ihrer Gestalt verändert wird (Rheinberger 2006: 28). Die Frage nach dem epistemischen Ding ‚Gesellschaft‘ wird dadurch eine eminent historische – nicht nur, weil es sich um ein geschichtlich wandelbares Objekt handelt,³¹ sondern weil die Art und Weise der historischen Bestimmung dieses Objekts, die Soziologiegeschichte selbst, damit historisch wandelbar wird. Denn je nach Definition des Entdeckungszusammenhangs, d.h. der Aufstellung einer (neuen) Liste an relevanten Faktoren oder das Hinzufügen weiterer Listeneinträge, ändert sich auch das Verhältnis der Soziologiegeschichte zur Gegenwart – ein Umstand, der sich v.a. im politischen Charakter der juristischen Soziologien zeigen wird (vgl. hierzu das Schlusskapitel).

2.2 Objektgeschichte und Gesellschaftstheorie

Diese Überlegungen leiten direkt über zum zweiten Einwand, den man der Geschichte der Soziologie entnehmen kann. Er richtet sich auf gesellschaftstheoretischer Ebene gegen die konkrete Ausformung, unter der hier die Gesellschaftskonstruktionen untersucht werden. Denn das Vorhaben, Gesellschaft wie ein ‚epistemisches Ding‘ zu analysieren, erinnert letztlich

31 Die Wandelbarkeit kann bis zum Verstummen eines Objekts führen. Mithin gilt: „Epistemische Dinge haben ihre Zeit.“ (Rheinberger 2006: 283).

an eine der berühmtesten und berüchtigtsten Definitionen aus der Gründungsphase der Soziologie: Die „erste und grundlegendste Regel“ der soziologischen Methode laute, so Durkheim im Jahre 1894, „die soziologischen Tatbestände wie Dinge zu betrachten“ (Durkheim 2007 [1894]: 115).³²

Durkheim geht von einem Mangel an Objektivität der Gesellschaft aus. Die Phänomene, die die Gesellschaft konstituieren, seien nur schwer fassbar. Angesichts dessen zieht Durkheim die Analogie zur naturwissenschaftlichen Erkenntnisweise, um den gleichen Grad an Wirklichkeit in Anspruch zu nehmen, der dort den Dingen zuerkannt wird: „Wir behaupten also keineswegs, daß die sozialen Phänomene materielle Dinge sind, sondern daß sie mit dem gleichen Rechtstitel Gegenstände sind wie die materiellen Dinge, wenn auch solche anderer Art.“ (Ebd.: 89) Die Eigenständigkeit der Sphäre des Sozialen gegenüber der Natur wird nicht in Frage gestellt, und das Soziale soll nur durch das Soziale erklärt werden. Mittels der Analogisierung fordert Durkheim jedoch, eine bestimmte geistige Haltung gegenüber den sozialen Tatsachen einzunehmen: Sie sollen wie die materiellen Dinge in den Naturwissenschaften als etwas Äußerliches, Gegebenes, der individuellen Willkür Entzogenes betrachtet werden, über das man zunächst nichts weiß (vgl. ebd.: 89ff.; Stedman Jones 1996). Als Dinge betrachtet gewinnen die sozialen Tatsachen ein unabhängiges Eigenleben, sie sind Objekte *sui generis* mit eigenständigen Gesetzen, die nach Durkheim den Individuen nun von außen (und zwar mittels Zwang) entgegentreten. Und die Gesellschaft als „Synthese *sui generis*“ (Durkheim 2007 [1894]: 94) der sozialen Phänomene wird damit selbst zu einem solchen eigenständigen, den Individuen enthobenen Objekt.

Von Anfang an wurde Durkheims Forderung, die *faits sociaux* wie Dinge zu behandeln, zum Ausgangspunkt fundamentaler Kritiken.³³ Obwohl Theodor W. Adorno den Bezug auf die Gesellschaft wie Durkheim für unverzichtbar hält (Adorno 2012 [1968]: 65), formulierte er eine der scharf-

32 Es ist umstritten, ob es sich bei dem Ausdruck „soziologische Tatbestände“ um eine treffende Übersetzung der *faits sociaux* handelt (so etwa König 2007), oder ob man nicht besser von „sozialen Tatsachen“ sprechen sollte (vgl. Keim 2013). Ich verwende beide Ausrücke synonym.

33 Vgl. zur Rezeption der *Regeln* in Deutschland Keim 2013; in Frankreich Berthelot 1995: 143ff. und Borlandi, Mucchielli 1995; in England Platt 1995; sowie in Russland Gofman 1997.

zünftigsten Kritiken an dessen sogenanntem *chosisme*.³⁴ Die spezifische Fehlleistung einer solchen, auf positiv feststellbare Tatsachen ausgerichteten Soziologie kennzeichnet er mit dem Schlagwort der Verdinglichung: Sie sei Durkheims „blinder Fleck, die Formel, auf die sein Werk verhext ist“ (Adorno 1976: 13).³⁵ Zwar beschreibe Durkheim eindringlich – und für Adorno auch richtigerweise – „die institutionelle Verselbständigung des vom Menschen gemachten gegen die Menschen“ (Adorno 2012 [1968]: 140). Indem er aber das institutionell Verselbständigte verobjektiviere, zum eigenständigen und eigengesetzlichen Untersuchungsgegenstand der Soziologie mache, werde sein eigentliches Grundwesen verdeckt, nämlich eine Beziehung zwischen Menschen zu sein. Erst dadurch vermag die derart verdinglichte Gesellschaft für Durkheim den Individuen von außen entgegenzutreten: „[E]ine solche ‚zweite Natur‘ der von Menschen gemachten und gegen sie verselbständigten Institutionen“ (ebd.) wird Durkheim nun zur ersten Natur – eben zu einem Ding, wie es in der natürlichen Umgebung anzutreffen ist. Deshalb ist es Durkheim möglich, in naiver Nachahmung der positivistischen Haltung der Naturwissenschaften der Gesellschaft gegenüberzutreten (Adorno 1976: 12). Diese Haltung offenbart für Adorno jedoch den fundamentalen Mangel in Durkheims Denken: Es ist dualistisch, die Kategorien erstarren, werden verdinglicht.

Adornos Verdinglichungskritik baut auf einem dreifachen Vorwurf auf. Erstens liege ein Kategorienfehler vor: Etwas, was an sich keine dinglichen Eigenschaften besitzt, wird *wie* ein Ding im Sinne eines äußeren, materiellen Phänomens betrachtet. Die Gesellschaft als etwas Menschengemachtes wird als Gegenstand, als unveränderliches Objekt verstanden. Das führt zweitens zur Verdinglichung des Denkens: Es erstarrt, die sozialen Phäno-

34 Die Treffsicherheit von Adornos Kritik lässt sich mitunter bezweifeln, da die Bezugnahme auf Durkheim insbesondere der eigenen Positionierung im Rahmen des *Positivismustreits in der deutschen Soziologie* diene (Peter 2013; s.a. Adorno 1976: 8f., 1979: 280, 2012 [1968]: 57ff.). Hier interessiert aber weniger die Frage, ob seine Kritik zutreffend ist oder nicht, sondern das Verhältnis von Ding und Gesellschaft, wie es bei Durkheim und Adorno zur Debatte steht.

35 Adorno griff für die Entfaltung seiner Verdinglichungskritik auf Georg Lukács' *Geschichte und Klassenbewußtsein* aus dem Jahre 1923 zurück, kritisierte dessen Konzept aber später als Ausdruck eines Idealismus, der sich insbesondere in dessen „Wunschbild ungebrochener subjektiver Unmittelbarkeit“ (Adorno 2003 [1972]: 367) zeige. ‚Verdinglichung‘ bezeichnet bei Adorno eine bestimmte, nämlich instrumentelle Art und Weise des In-Beziehung-Tretens. Kennzeichnend ist eine Unfähigkeit, die Besonderheit des Daseins von Menschen, aber auch von Dingen zu erfassen (vgl. Seel 2004: 13). Konsequenterweise gibt es bei ihm also auch eine „Verdinglichung der Dinge“ (vgl. Caligiuri 2013: 73ff.).

mene werden zu Dingen im wörtlichen Sinne, d.h. *als* Dinge wahrgenommen (vgl. Nassehi 2009: 70). Dadurch wird drittens jedwede Kritik unmöglich. Denn Durkheim legt sich in den Augen Adornos damit auf das positivistische Geschäft der unkritischen Beschreibung fest. Der dialektische Charakter der Gesellschaft, der Ausdruck des der bürgerlichen Warengesellschaft zugrunde liegenden Antagonismus zwischen Individuell-Besonderem und Kollektiv-Allgemeinem ist, muss Durkheim zwangsläufig entgehen. Und damit entgeht ihm zugleich, dass sein Denken selbst historisch bedingt ist: Es ist Ausdruck des verdinglichten Bewusstseins der bürgerlichen Gesellschaft und damit als ideologisch anzusehen. Durkheims „Bündnis mit falschem Bewußtsein“ enthalte „schiefe Projektionen der Wahrheit auf ein Bezugssystem, das selbst in den gesellschaftlichen Verblendungszusammenhang fällt“ (Adorno 1976: 44).

Mit Verweis auf Adornos Verdinglichungskritik ließe sich dem Vorhaben, die Entdeckung des epistemischen Dings ‚Gesellschaft‘ in der Privatrechtswissenschaft zu untersuchen, entgegenhalten, dass hier Gesellschaft erneut nur in ihrer verdinglichten Form zum Ausdruck komme und kommen könne.³⁶ Man verlege sich erneut auf das positivistische Geschäft einer Rekonstruktion der vermeintlich feststehenden gesellschaftlichen Tatsachen, ohne die dialektische Spannung und Dynamik zwischen Individuum und Gesellschaft fassen zu können. Dieser Vorwurf würde insbesondere auch für die vorgeblich neutrale Beobachtungsperspektive einer historischen Untersuchung gelten, da mit Blick auf den Untersuchungsgegenstand ‚Gesellschaft‘ als allumfassende Totalität die Ebene der Beobachtung immer schon mit der Ebene der Gesellschaftstheorie in eins fällt (vgl. Demirovic 2001). Oder anders formuliert: Die Soziologie und ihre Gesellschaftstheorien sowie damit auch die Soziologiegeschichte befinden sich in der erwähnten widersprüchlichen Situation, Teil ihres Gegenstandes und mithin der Geschichte ihres Gegenstandes zu sein. Die Untersuchung der Gesellschaftskonzeptionen kommt dann ohne einen gesellschaftstheoretischen Begriff nicht aus – und sei es nur, um ihn als Vergleichsfolie für die Einordnung der verschiedenen Konzeptionen zu verwenden.³⁷ Die Entdeckung der Gesellschaft als epistemisches Ding in der Privatrechtswissen-

36 Im Übrigen zählt auch das Privatrecht mit seiner Institutionalisierung des Privateigentums in der marxistischen Theorie als Prototyp der Rechtsform der „bürgerlichen Gesellschaft“.

37 Es handelt sich hier m.E. nicht nur um ein Problem der Begriffswahl, sondern vor allem um eines der Theoriearchitektur: Sobald man ‚Gesellschaft‘ zum Bezugspunkt macht, droht diese Gefahr der Essentialisierung, der Verobjektivierung im Sinne der Objekt- oder Dingwerdung und damit der Verselbstständigung –

schaft zu untersuchen hat damit unweigerlich gesellschaftstheoretische Implikationen. Diese lassen sich gerade mit Blick auf die Verdinglichungskritik verdeutlichen – und zeigen hierin auch ihr spezifisches heuristisches Potential:

(1) Auf wissenschaftstheoretischer Ebene bedeutet das Konzept des epistemischen Dings eine Relativierung der Ontologie des empirischen Seins. Das ist für die Soziologie nicht nur von Interesse, weil sie sich als Seinswissenschaft gegenüber der Rechtswissenschaft als Sollenswissenschaft zu etablieren sucht (s.u. § 5), sondern weil sie wie jede andere Wissenschaft auf ontologischen Annahmen basiert – egal, wie weit man etwa in den gegenwärtigen, v.a. poststrukturalistisch geprägten Ansätzen den Begriff der Ontologie prozessualisiert, historisiert oder von der Negativität her zu bestimmen (oder zu umgehen) sucht.³⁸

Rheinberger interveniert mit seinen Laborstudien in die Frage nach der Objektivität des materiellen Dings als naturwissenschaftlicher Untersuchungsgegenstand. Gegenüber der auch von Durkheim vertretenen An-

egal welchen Begriff man wählt. Insofern hilft der Versuch nicht weiter, den Dingbegriff zu umgehen und Ausdrücke wie ‚Erkenntnisgegenstand‘ oder ‚Wissenschaftsobjekt‘ zu verwenden (vgl. etwa Daston 2000; Knorr Cetina 2008: 57; für den Gegenstand ‚Gesellschaft‘ siehe Wagner 2000, 2001: 128ff.). Der Gefahr der Verdinglichung entgeht man dadurch nicht. Bei Rheinberger zeigt sich dieses Begriffsproblem am Wandel und der Ausdifferenzierung seiner Begriffswahl: Er verwendete zunächst die Ausdrücke „epistemisches Ding“, „epistemisches Objekt“, „Forschungsgegenstand“ und „Wissenschaftsobjekt“ noch synonym (vgl. etwa Rheinberger 1992a: 70). Erst später stellt er klar, dass er den Ausdruck ‚Ding‘ gegenüber dem ‚Objekt‘ bevorzugt, da letzteres der cartesianischen Epistemologie entspringe: Das Objekt sei das „Vorliegende, das Vor-Augen-Liegende“, das auf ein erkennendes Subjekt verweist, und damit die Objekt/Subjekt-Dichotomie reproduziere. Gerade hiervon grenzt er das epistemische Ding ab (vgl. Rheinberger 2001: 61).

- 38 Die generelle Kritik an holistischen, essentialistischen Gesellschaftsbegriffen, die Gesellschaft in Form eines Containermodells als einen Gegenstand *sui generis* mit bestimmten und genau bestimmbar Eigenschaften begreifen, gehört mittlerweile zum guten Ton. Im Lichte eines anti-essentialistischen Ontologieverständnisses erscheint es gegenwärtig jedoch wieder möglich, die Soziologie explizit über den Gegenstand ‚Gesellschaft‘ zu bestimmen: Die „Unmöglichkeit der Gesellschaft“ (Laclau 1990; Laclau, Mouffe 2000) setzt den Bezug auf den Gegenstand ‚Gesellschaft‘ als notwendig, wenn auch immer schon als verfehlt voraus (vgl. Stäheli 1995; Bonacker 2008); und auch die Ansätze zur Gesellschaft als „imaginäre Institution“ (Castoriadis 1990), als kontingentes, performatives und postfundamentalistisches „unmögliches Objekt“ (Marchart 2013) oder „kritische Totalität“ (Gertenbach, Moebius 2008) gehen weder von einer vorgegebenen Analyseinheit noch von einer stabilen äußeren Realität aus.

nahme, dass in den Naturwissenschaften feststehende Tatsachen – nämlich vorgegebene äußere Objekte – untersucht würden, decken seine Arbeiten den historischen und spezifisch vagen, performativen und instabilen Charakter des Dings auf. Das Sein, selbst das materielle Sein, enthält also immer schon einen Mangel an Objektivität.³⁹ Das bewirkt eine Relativierung des *chosismes* Durkheims: Der Mangel der Objektivität der Gesellschaft kann nicht mehr durch Analogisierung mit den Dingen der Naturwissenschaften behoben werden, wenn bei ihnen derselbe Mangel herrscht. Damit gilt: Es ist nicht mehr der Gegensatz zur Natur, die Annäherung oder die Abgrenzung von den Naturwissenschaften, die den Ort der Soziologie zu bestimmen vermögen. Sowohl für die Naturwissenschaften als auch für die Geisteswissenschaften vertreten die Laborstudien eine Ontologie jenseits eines Essentialismus. Für ‚Gesellschaft‘ gilt im Lichte dieser Logik: Trotz der Orientierung am Ding erweist sich aufgrund der Relativierung der Objektivität der Objekte eine essentialistische Bestimmung der Gesellschaft als ein vorgängiges, statisches und unabänderliches Ding als unmöglich.

Damit verliert aber zugleich die Verdinglichungskritik ihre Angriffsfläche, steht doch im Zentrum der Vorwurf, dass Gesellschaft als etwas Äußerliches, Starres, Feststehendes behandelt würde. Fasst man die Gesellschaft als ‚epistemisches Ding‘, so geht dieser vorgeblich sichere Boden verloren, der Begriff wird prozessualisiert, unscharf, schwankend und zutiefst historisch. Seine Bestimmung erfolgt jeweils historisch spezifisch, er ist kontingent.

(2) Die Kategorie der Gesellschaft wird dynamisiert. Das zeigt sich, wenn man die Verdinglichungskritik als Warnung liest – davor, dass der Gesellschaftsbegriff im Prozess seiner Entwicklung auf Dauer gestellt werden kann, indem sich seine Eigenschaften verfestigen und die Gesellschaft damit als unwandelbares, verselbstständigtes Objekt hypostatiert wird. Dieser Gefahr eines möglichen Übergangs zu einem erstarrten Konzept kann man mit der Konzeption der Gesellschaft als epistemisches Ding be-

39 Allerdings muss man hier kritisch anfügen: Die Relativierung des Dingcharakters ist – historisch gesehen – ein Produkt der Episteme der Naturwissenschaften selbst (vgl. etwa. Bachelard 1994, 1987; Barad 2012). Rheinberger greift für sein Vorhaben jedoch nicht auf diese naturwissenschaftlichen Erkenntnisse zurück. Sein kritisches Verfahren besteht in einer Art „erklärenden Vertauschung“ (Serres 1991: 265): Sozialwissenschaftliche und philosophische Methoden und Theorien werden in das Labor transportiert, um gegen naive und konkretistische Vorstellungen über das Objekt anzuschreiben. Überspitzt formuliert: Rheinberger kulturalisiert die Natur.

gegenen – allerdings nur, wenn man den Begriff des epistemischen Dings bei der Übersetzung in den Bereich der Gesellschaftstheorie transformiert.

Denn bei Rheinberger findet sich dieser mögliche Übergang in der spezifischen Dynamik, die das epistemische Ding im Verhältnis zu seinem Gegenüber, dem technischen Ding, entfaltet: „Während technische Dinge eine angebbare Funktion in der Herstellung anderer Dinge haben oder als Dinge selbst zum Gebrauch und Verbrauch bestimmt sind, sind epistemische Dinge Erkenntnisgegenstände, also Objekte, an denen oder über die wir Wissen gewinnen wollen.“ (Rheinberger 2001: 61) Technische Dinge sind von einer charakteristischen Bestimmtheit, die eine Identität in der Ausführung ermöglicht (Rheinberger 1992a: 70f.). Genau das vermag die Forschungspraxis zu stabilisieren. Sie sind nicht wie epistemische Dinge „Fragemaschinen“, sondern „Antwortmaschinen“, die in ihrer spezifischen Anordnung die Emergenz von Wissenschaftsobjekten erlauben (ebd.: 72).

In Rheinbergers Studien fungieren die beiden Dingarten als gegenseitiger, sich jedoch nicht ausschließender Abgrenzungshorizont. Sie stehen in einer Beziehung des wechselseitigen Austausches, der die Grenzen verschwimmen lässt. Es kann sich sogar ein Übergang vom epistemischen zum technischen Ding vollziehen – bzw. auch *vice versa*. Und wenn sich ein epistemischer Gegenstand zu einem technischen verfestigt hat, kann er seinen eigentlichen Ort, das Labor, sogar verlassen. In diesem Wechselspiel entfaltet sich für Rheinberger die spezielle Dynamik in einem Experimentalsystem, das dadurch Neues hervorzubringen vermag (vgl. Rheinberger 2006: 30f., 1992a: 70f.).

Wenn man das Konzept des epistemischen Dings nun in der Gesellschaftstheorie anwendet, verlässt man das Labor. Damit geht das topologische *setting* des Begriffs verloren: Der spezifische begrenzte Ort seiner Herstellung, das Experimentalsystem, und mit ihm sein Abgrenzungshorizont, das technische Ding, finden keine Entsprechung bei einem Gegenstand, der wie die Gesellschaft als eine die Beobachterin umfassende Totalität fungiert. Zwar werden auch im Bereich der Soziologie Techniken und Methoden samt ihrer materialen Vorrichtungen und Gegenstände angewendet, wenn man so will: technische Dinge, um das Objekt ‚Gesellschaft‘ hervorzubringen und zu stabilisieren (vgl. etwa Kalthoff 2003). Doch stößt die Analogie darin an ihre Grenze, dass nicht ein spezifisches Teilphänomen in einem gehegten experimentellen *setting* untersucht wird, sondern ein umfassendes Totalitätsphänomen außerhalb eines (aktiv) verfestigten (Labor-)Raumes. Der Verlust der Grenzen des Labors kennzeichnet die Grenze einer solchen Übertragbarkeit aus dem Bereich der Laborstudien (vgl.

Schweitzer 2015c). Die Gesellschaft ist kein Labor,⁴⁰ in der das Ding ‚Gesellschaft‘ einen Laborraum innerhalb der Gesellschaft verlassen könnte. Wohin sollte es auch gehen?

Damit wird nicht bestritten, dass ‚Gesellschaft‘ in bestimmten Theorie-traditionen wie ein technisches Ding behandelt wird. Ausgeschlossen ist aber die Annahme, dass auf ontologischer Ebene ein tatsächlicher Übergang der Gesellschaft zu einem solchen technischen Ding erfolgen kann, d.h. die Gesellschaft als äußeres, objektives, beobachtbares Ding tatsächlich fassbar ist. Folgt man dieser Prämisse, zeigen sich Verobjektivierungen, Verfestigungen und Fixierungen des Gesellschaftsbegriffs als kontingente Praktiken und Techniken, die in ihrer Spezifik analysiert werden müssen. Die im Folgenden untersuchten Gesellschaftskonstruktionen decken mithin also nicht ‚die Wahrheit‘ über das Objekt Gesellschaft auf, sondern sind als spezifische Hervorbringungs- oder Entdeckungszusammenhänge, aber auch als Objektivierungs- und Stabilisierungspraktiken der Gesellschaft lesbar – und das sowohl in den Privatrechtswissenschaften als auch in der Soziologie.

Wenn angesichts des Gegenstandes Gesellschaft das topologische *setting*, das in Rheinbergers Begriff eingelagert ist, verloren geht, so sind dies die „Kosten“ einer Übersetzung des epistemischen Dings in die Gesellschaftstheorie (vgl. Langenohl, Schweitzer 2015; Schweitzer 2015c). Allerdings handelt es sich um einen Preis, den man gerne zahlt. Denn daraus folgt eine auf Dauer gestellte Dynamisierung des Gesellschaftsbegriffs. Als ‚epistemisches Ding‘ betrachtet ist Gesellschaft ein Wissen im Werden, das ständig performativ hervorgebracht wird. Betont wird damit die Unmöglichkeit der endgültigen Stabilisierung der Gesellschaft, einer abschließenden, auf Dauer gestellten Bestimmung. Soziologie kommt damit an kein Ende, sondern wird zur ständigen Aufgabe.

(3) Eine antiessentialistische Ontologie sowie eine Dynamisierung der Kategorien sind nicht nur den Laborstudien geläufig. Daher liegt das eigentliche heuristische Potential der Konzeption der Gesellschaft als epistemisches Ding in seinem spezifischen Dingcharakter. Der Kampf gegen vermeintliche Objektivitäten, dieses Credo des Konstruktivismus, bedeutet für Rheinbergers Dingbegriffe nämlich keineswegs die Aufgabe der Vorstellung von der ‚Dinghaftigkeit des Dings‘, wie sie in ihrer Materialität zu sehen ist. Denn auch wenn es gelegentlich scheint, als spiele die Materialität für seine Konzeption des epistemischen Dings keine Rolle, besteht seine Strategie gerade nicht darin, die materielle Seite im Ding aufzulösen,

40 Zu Ansätzen einer solchen Analogisierung vgl. Wansleben 2008.

sei es in Bewusstsein, in Sprache oder in sonstige Ansätze eines radikalen Konstruktivismus (kritisch hierzu Bloor 2005). Epistemische Dinge sind „Mischgebilde“ bzw. „Diskurs-Objekte“ (Rheinberger 2006: 28, 16): Sie sind aufgespannt zwischen Natur- und Geisteswissenschaften. Das Ding ist also nicht mehr als ‚rein‘ anzusehen, d.h. einer reinen Sphäre der äußeren Natur zuzuordnen. Allerdings geht es Rheinberger auch weiterhin um die Körperlichkeit, die Materialität und damit die physisch-haptischen Qualitäten des Dings:

The general thrust of my whole argument is about the power of material objects – in contrast to ideas or concepts – as driving forces in the process of knowledge acquisition. [...] My goal was to provide an objectcentered, materially founded account of knowledge production. According to my position, scientific or epistemic objects are clearly material things. (Rheinberger 2005: 406)

Epistemische Dinge haben ein materielles Substrat, auch wenn die Besonderheit in ihrer Opazität liegt (vgl. ebd.). Ebenso wie die anderen neuen Dingbegriffe wie etwa ‚Hybride‘, ‚Quasi-Objekt‘ oder ‚Grenzobjekt‘ befindet das epistemische Ding sich in einer spezifischen konzeptionellen Zwischenlage, die Konstruktivismus und Realismus, Materialismus und Idealismus zu verbinden sucht. An die Stelle der Dialektik mit ihren antagonistischen Spannungsverhältnissen und Dynamiken tritt ein eigenständiger Zwischenbereich, der durch das epistemische Ding besetzt bzw. in ihm erkennbar wird.

Rekurriert man auf einen solchen Dingbegriff, tritt eine Verschiebung in der Diskursmatrix bzgl. des *chosisme* ein. Denn im Kern beruhen sowohl die Verdinglichungskritik als auch die Soziologie à la Durkheim auf derselben Struktur: Etwas Nicht-Dingliches wird wie bzw. als ein Ding betrachtet – einmal positiv, als Voraussetzung für die Wissenschaftlichkeit der Soziologie, das andere Mal negativ, als Ausgangspunkt der Kritik. Für beide gilt: Die Gesellschaft ist in der Sphäre des Nicht-Dinglichen zu verorten, und nicht in der der materiellen Phänomene (auch wenn der Materialität natürlich eine je spezifische Rolle zukommt). Durkheim hat dies explizit betont, als er die „Immaterialität *sui generis*“ (Durkheim 2007 [1894]: 221) der sozialen Phänomene herausstellte. Und für den historischen Materialismus nach Marx, aus dessen Tradition heraus sich die Verdinglichungskritik entwickelte, spielt die Materie letztlich nur eine vermittelnde Rolle: Zwar bestimmt die Produktions- und Tauschweise, und damit die materielle Seite des Lebens, die Gesellschaft. Der Fluchtpunkt des Klassenkampf- oder Wertmodells liegt jedoch in den materiellen Interessen, d.h. den menschlichen Interessen an den materiellen Dingen. Letztlich geht es also

nicht um die konkreten materiellen Dinge selbst, sondern um mit Interessen und Wertformen überformte Dinge. Selbst wenn es heißt, dass das gesellschaftliche Sein das Bewusstsein bestimme, so wird für Marx damit eben gerade das immaterielle Bewusstsein zum Fluchtpunkt der Theorie.

Das gilt auch für Adorno, der trotz seiner Kritik an der Geschichtsteologie des historischen Materialismus und an Lükacs' Idealismus an die marxistische Verdinglichungskritik anschließt. Ausgehend vom Widerspruch zwischen Gebrauchs- und Tauschwert entwickelt er den Vorwurf des Kategorienfehlers: Etwas werde fälschlicherweise für etwas anderes gehalten. D.h. konkret: Etwas Nicht-Dingliches wie die Gesellschaft werde für ein Ding gehalten. Vor allem in der *Negativen Dialektik* besitzt das Ding noch eine weitergehende Funktion: Es wird zum Grenzfall der Erkenntnis(-theorie). Wenn Adorno hier (wie in der *Ästhetischen Theorie*) vom „Vorrang des Objekts“ (Adorno 2003 [1972]: 367) spricht, so setzt er anhand dieser unbegreiflichen Dinghaftigkeit des Dings als das Negative der Vernunft die dialektische Bewegung des Denkens in Gang. Die Markierung einer nicht-sozialen Umwelt eröffnet somit erst die Möglichkeit der Verflüssigung des Denkens, die Grundvoraussetzung der Identifizierung des falschen Bewusstseins ist. Damit zielt auch diese Bezugnahme auf das Ding letztlich auf das Bewusstsein als nicht-materielles gesellschaftliches Phänomen. Und erst wenn man derart den Schwerpunkt auf das Bewusstsein setzt, wird auch ersichtlich, warum die Verdinglichung der Gesellschaft überhaupt für Adorno eine Kritik darstellen kann, nämlich als Entlarvung der herrschenden Ideologie.

Sowohl Durkheim als auch die Verdinglichungskritik trennen die Sphäre einer scheinbar unveränderlichen, unzugänglichen äußeren Natur als Ort des Materiellen von derjenigen des Sozialen.⁴¹ Hier ist also jene Episteme der Moderne am Werk, die für Michel Serres und in seinem Gefolge für Bruno Latour in der unüberbrückbaren Kluft von Natur und Kultur besteht (Serres 1994c, 1994b; Latour 1995). Nicht Verdinglichung, sondern *Entdinglichung* ist das zentrale Motiv eines solchen Gesellschaftsbegriffs, der einerseits die Untersuchungsgegenstände der Soziologie auf menschliche Akteure und Aktionen beschränkt und gleichzeitig die der Naturwissenschaften auf feststehende materielle Tatsachen festschreibt.

41 Damit treffen sie den Geist ihrer Zeit. Beobachtbar ist seit der Formierungsphase der Soziologie eine materialreiche ‚Entmaterialisierung‘ der zentralen soziologischen Kategorien. Dabei etablierte sich ein anthropozentrischer Begriff der Gesellschaft, der dem Materiellen keinen Platz im Gefüge des Sozialen zuerkennt, sondern auf eine rein menschliche Sphäre des Zusammenlebens abstellt (Rehberg 2008: 27; Gross 2001).

Wenn Rheinberger bei diesem zweiten Aspekt mit seiner Intervention mittels des epistemischen Dings einsetzt, so wird die Entdinglichung zum Interventionspunkt des Transports des Konzepts in die Gesellschaftstheorie.⁴² Gerade hierin liegt sein heuristisches Potential für den Gesellschaftsbegriff, bedeutet dies doch nun – auf den soziologischen Gegenstand gewendet – eine Aufwertung der Dinge. Nicht mehr passiv, sondern aktiv und widerständig erscheinen die Dinge nun in der Soziologie, mithin also konstitutiv für die Etablierung, die Institutionalisierung und den Wandel sozialer Phänomene (vgl. Passoth 2012; Nordmann, Schwarz 2012 jeweils m.w.N.). Der Relativierung der Dinghaftigkeit der Dinge im Kontext der Naturwissenschaften entspricht damit im Rahmen der Übersetzung des epistemischen Dings in die Gesellschaftstheorie eine Relativierung der Immaterialität der Gesellschaft. Der Heterogenität des epistemischen Dings, das eben nicht nur als ein rein materielles Objekt, sondern als ein Gefüge aus materiellen und immateriellen Komponenten anzusehen ist, entspricht in der Übersetzung die Heterogenität der Gesellschaft, die ein ebensolches Gefüge darstellt. Derart erfolgt eine Annäherung an einen Materialismus, der anerkennt, dass das Soziale nicht nur durch das Soziale, sondern ebenso durch das Materielle konstituiert und zu verstehen und erklären ist. Die Wandlung des Bedeutungsgehalts des Dingbegriffs bewirkt eine Verschiebung auf der Ebene der Bestimmung dessen, was die Gesellschaft ausmacht: Die materielle Seite der Gesellschaft wird zum gleichwertigen Konstitutionsmoment. ‚Verdinglichung‘ im Rahmen des epistemischen Dings bedeutet dann die Aufwertung der Dinge im sozialen Gefüge.

Legt man der Untersuchung der Entdeckung des epistemischen Dings Gesellschaft einen solchen Gesellschaftsbegriff zugrunde, dann hat das konkrete Folgen. Erstens erscheinen gesellschaftliche Phänomene als Gefüge aus materiellen und immateriellen Komponenten, wie sie vorliegend mittels der Dispositivanalyse untersucht werden.⁴³ Zweitens gilt: Wenn der Gesellschaftsbegriff wie geläufig und so auch in den hier untersuchten

42 Insofern kann der hier vorgeschlagene Import als kritischer Versuch einer Reformulierung des Gesellschaftsbegriffs auf der Beschreibungsebene verstanden werden. Gerade mit Blick auf die Verdinglichungskritik Adornos zeigen sich aber auch die Grenzen des heuristisch-kritischen Potentials des Konzepts des epistemischen Dings für die Gesellschaftstheorie, beinhaltet die Aufwertung der Dinge im gesellschaftlichen Gefüge doch noch keinerlei Aussage über die Kritikwürdigkeit der gesellschaftlichen Zustände. Auf diese Frage antwortet das epistemische Ding in der Gesellschaftstheorie nicht (vgl. hierzu Schweitzer 2015c).

43 Genau aus diesem Grund ist die Kritik am Entdinglichungsparadigma der Soziologie für die vorliegende Studie von zentraler Bedeutung: Im Folgenden schlage ich vor, Recht mittels der Dispositivanalyse im Sinne Foucaults zu analysieren.

Diskursen auf eine rein menschliche Sphäre beschränkt wird, dann ist der Fokus auf die spezifischen Reinigungsarbeiten, Ausschließungsstrategien und -techniken zu legen, die eine solche Konzeption ermöglichen. Diese Strategien und Techniken werden mithin zu eigenständigen Analysekatégorien, wenn es um die Frage der performativen Hervorbringung des epistemischen Dings ‚Gesellschaft‘ geht. Die Entscheidung, Soziologiegeschichte als Objektgeschichte des epistemischen Dings ‚Gesellschaft‘ zu betreiben, hat somit gesellschaftstheoretische Implikationen, die die Methode und die Analysekatégorien bestimmen.

II. Rechtssoziologische Orientierungen: Das epistemische Dispositiv der Rechtswissenschaft

Verortet man nun die soziologiegeschichtliche Frage nach dem Entdeckungszusammenhang des epistemischen Dings ‚Gesellschaft‘ im Recht, dann bedarf es der Ausarbeitung einer rechtssoziologischen Analytik der juristischen Praktiken und Techniken, die diese als Produzentinnen von Gesellschaftskonstruktion adressiert. Diese Perspektive auf rechtliche Phänomene verpflichtet darauf, sich jegliche soziologische Bestimmung des Rechts zu untersagen, die aus gesellschaftstheoretischer Perspektive apriorisch das Wesen des Rechts zu bestimmen versucht. „[D]as Recht gibt es nicht“ (Ewald 1993: 37, H.i.O.), weil es keinen die Zeiten überdauernden essentialistischen Wesenskern aufweisen kann. Recht ist im höchsten Maße historisch bestimmt.⁴⁴ Und trotzdem kann es als Entdeckungszusam-

Dispositive umfassen sowohl diskursive wie nicht-diskursive, und das heißt auch materielle Komponenten. Somit erlaubt erst eine wie hier vorgenommene verdinglichte Perspektive auf Gesellschaft, in konsistenter Weise das gesellschaftliche Phänomen des Rechts mittels der Dispositivanalyse zu untersuchen.

44 Letztendlich versucht der Foucault-Schüler François Ewald, an dessen Rechtssoziologie ich hier anschließen möchte, einen dritten Weg zwischen zwei herkömmlichen Lösungen zu entwerfen: Entweder wird ‚Recht‘ inhaltlich bestimmt – dann ist das andere etwa Unrecht; oder aber man betrachtet das Recht „als normative Ordnung“ in seinen jeweiligen unterschiedlichen historischen Realisierungen, d.h. jede normative Ordnung, die Zwangscharakter hat, wäre eine Rechtsordnung. Beide Lösungen sind für Ewald jedoch essentialistisch: „Sie unterstellen, dass sowas wie *das* Recht existierte, das sich in einem Fall in einem Rechtssystem, im anderen in einer abstrakten normativen Ordnung verkörperte.“ (Ewald 1993: 37, H.i.O.). Und hierin sind beide letztendlich gegen die Geschichte gerichtet: Im ersten Fall zerstört die Geschichte das Recht; im zweiten Fall zeigt sich ‚das Recht‘ gegenüber der Geschichte indifferent. Für Ewald gilt allerdings:

menhang der Gesellschaft untersucht werden – wenn man es nämlich mit Foucault als ein dispositives Gefüge analysiert, das in seinen Praktiken und Techniken die Gegenstände ‚Recht‘ und ‚Gesellschaft‘ in ihrem doppelten Konstitutionsverhältnis systematisch hervorbringt.⁴⁵

1. Dispositivanalyse, epistemisches Dispositiv und Recht

Das Recht wird damit betrachtet als

ein entschieden heterogenes Ensemble, das Diskurse, Institutionen, architekturelle Einrichtungen, reglementierende Entscheidungen, Gesetze, administrative Maßnahmen, wissenschaftliche Aussagen, philosophische, moralische oder philanthropische Lehrsätze, kurz: Gesagtes ebensowohl wie Ungesagtes umfaßt (Foucault 1978a: 119f.).

Es zeigt sich damit nicht allein in sprachlichen Phänomenen wie etwa im systemkonstituierenden Code „Recht/Unrecht“ (Luhmann) oder in einem „clef de lecture“ (Latour 2004: 37), die darüber entscheiden, was zum Recht zählt und was nicht. Auch ist Recht nicht allein durch seine Institutionalisierungsform charakterisierbar, das es von anderen sozialen Normen unterscheidet (so etwa Jhering, Durkheim und Weber, s.u.). Wie das epistemische Ding ‚Gesellschaft‘ kann das Recht nur durch ein Set an unterschiedlichen Praktiken, Techniken, Verfahren, Medien, Diskursen, Institutionen und Dingen zu seiner Existenz und Wirkung gelangen.

Das Dispositiv selbst ist das Netz, das in diesem heterogenen Ensemble aus Redeweisen, Techniken, Strategien und Institutionen geknüpft werden kann (vgl. Foucault 1978a: 120). Es ist keine starre, statische Struktur, sondern eine dynamische Matrix aus verschiedenartigen Verbindungslinien: aus „Sichtbarkeitslinien, Linien des Aussagens, Kräftelinien, Subjektivierungslinien, Reiß-, Spalt- und Bruchlinien“, die sich überkreuzen, vermi-

„Wir möchten eine dritte Einstellung vorschlagen, die es ermöglicht, *das* Recht mit seiner Geschichte in Einklang zu bringen.“ (Ebd., H.i.O.).

- 45 Das Recht wird hier also nicht als ein Dispositiv betrachtet, sondern es wird als ein dispositives Gefüge untersucht, als ein „Komplex“ (Rose, Valverde 1998: 542f.), innerhalb dessen sich Dispositive als „Funktionsknoten“ (Gehring 2004: 109) von Wissen und implizit institutionalisierten Zugriffsformen ausfindig machen lassen (vgl. etwa Vismann 2011). In den teils kontroversen Diskussionen über die Dispositivanalyse besteht zumindest dahingehend weitgehend Einigkeit, dass Foucaults Überlegungen nicht im Bereich der Methoden, sondern auf methodologischer Ebene anzusiedeln sind.

schen und „wieder andere erzeugen“ können (Deleuze 1991: 157). Daher lässt sich kein Element, kein Punkt im Netz fixieren, da alle Linien „Variationslinien“ ohne „konstante Koordinaten“ sind (ebd.). Ordnungsmuster und Ordnungsprozess fallen aufgrund der Pluralisierung und Dynamisierung des Relationsbegriffs im Dispositiv in eins (vgl. Gehring 2004: 45). Dabei gilt: Die Struktur eines Dispositivs ist durch die jeweiligen funktionalen Beziehungen der Elemente untereinander zu bestimmen, seine Dynamik kann formal in ständig auftretenden Positionswechseln der Elemente im jeweiligen Netz beschrieben werden (Hubig 2000: 39f.).

Hieraus resultiert aus methodologischer Sicht zunächst eine prinzipielle Gleichbehandlung der verschiedenen heterogenen Elemente des rechtlichen Gefüges: Gesetzgebung, Rechtsdogmatik und konkrete Rechtsanwendung, Gerichtsgebäude, Videoüberwachung, Akten, Datenbanken und Kommentare, Gefängnisgebäude, Bewährungsstelle, Kläger, Delinquent, Gerichtsvollzieher und ‚Kuckuck‘ usw. usf. sind auf einer Ebene angesiedelt. Kein Element ist gegenüber einem anderem *a priori* privilegiert oder untergeordnet, jeder Punkt hat sein eigenes Wirkungsvermögen, das immer nur Folge von bestimmten Relationen, Nachbarschaften, Anordnungen und Problemzusammenhängen ist. Wenn also die Privatrechtswissenschaft, wie etwa zu Beginn des 19. Jahrhunderts, ihre Dominanz gegenüber Gesetzgebung, Justiz und Philosophie beansprucht, dann kann sie das nur, indem sie bestimmte Nachbarschafts(an)ordnungen und Problemzusammenhänge etabliert. Für diese (An-)Ordnungen ist ab diesem Zeitraum gerade das epistemische Ding ‚Gesellschaft‘ zentral. Denn die Rechtswissenschaft vermag sich über die Vergesellschaftung des Rechts, die Folge der Hinwendung zu diesem Objekt ist, zunächst von Politik und Philosophie (Ethik) zu lösen, um dann als vergesellschaftetes Recht ihre eigene, nämlich normativ begründete, Funktion gegenüber der Gesellschaft zu konstatieren.

Die Verknüpfungen des Dispositivs zeitigen zudem Effekte: Die durch die Relationen vorgenommenen Nachbarschafts(an)ordnungen und Problemzusammenhänge sind nicht nur Folge der Anordnung bereits existierender Elemente, sondern generieren ihrerseits Gegenstände, Probleme und Objekte. Die analytische Perspektive wird also verdoppelt: Relationen können nicht nur als Verbindung zwischen Elementen angesehen, sondern die Elemente auch als Kreuzungen mehrerer Relationen begriffen werden. Das trifft nicht nur auf die Gesellschaft zu, kann sie doch als umfassender Totalzusammenhang sowie als Gegenstand betrachtet werden, der systematisch in den Praktiken und Techniken der Verknüpfung hergestellt wird. Das Recht kann ebenso als ein solches Gefüge beschrieben werden, in dem bestimmte Elemente verbunden sind, aber auch als ein Gegen-

stand, der in der Verknüpfung entsteht. Diese zweite Ebene steht hier im Vordergrund. Denn in der Analyse der Privatrechtswissenschaft macht sich das Recht selbst zum Gegenstand – und, wie zu zeigen sein wird, seit Beginn des 19. Jahrhunderts insbesondere in Form eines vergesellschafteten Rechts.⁴⁶

Insbesondere mit Blick auf den Gegenstand ‚Recht‘ gilt, dass aufgrund der Pluralisierung und Dynamisierung des Relationsbegriffs den Universalien eine Absage erteilt werden muss: Gerechtigkeit, Totalität oder Universalität des Rechts (oder von Rechtsprinzipien) sind immer nur „singuläre Prozesse der Vereinheitlichung, der Totalisierung, der Verifizierung [...] – wie sie in jedem Dispositiv immanent sind“ (Deleuze 1991: 157). Es sind „im Werden befindliche Prozesse“ (ebd.), partikulare, lokale Schließungen zu Gebilden mit Universalitäts- oder Totalitätsanspruch. Gerade in dieser Partikularität – zwar ausgestattet mit universellen Geltungsansprüchen, aber jenseits des tatsächlichen Bestehens einer solchen Geltung – gilt es, die jeweiligen Prozesse der Schließung zu analysieren. Die Bestimmungen dessen, was Recht ist bzw. in den Rechtswissenschaften als Recht adressiert wird, sind selbst als solche historischen Prozesse der Schließung (und damit auch: Ausschließung) zu untersuchen.

1.1 *L'urgence*

Daher sind Dispositive auch nicht neutrale (An-)Ordnungen, sondern treten als „Dispositive der Macht“ auf. Sie sind in das komplexe und unpersonliche Zusammenspiel in dem Geflecht von Machtbeziehungen eingelassen, welches von keinem Ort aus beherrschbar ist: „[D]ie Macht ist nicht eine Institution, ist nicht eine Struktur, ist nicht die Mächtigkeit einiger Mächtiger. Die Macht ist der Name, den man einer komplexen strategischen Situation in einer Gesellschaft gibt.“ (Foucault 2003: 94) Macht ist weder subjektiv noch durch einen Willen beherrschbar. Sie ist unpersönlich und gleicht „einer Art steuerungslos-gesteuerten Maschinerie“ (Gehring 2004: 122f.). Oder anders formuliert: Sie ist allgegenwärtig, ohne Au-

46 Daher rührt auch der zentrale Stellenwert der Rechtstheorie bei Luhmann, bewirkt sie doch als Selbstreflexion des Rechtssystems eine selbstreferentielle Schließung des Systems (vgl. Luhmann 1999a). Bezeichnenderweise beschränkt sich Luhmann in der Analyse der historischen Veränderungen der Rechtstheorie auf Naturrechtsdenken und Rechtspositivismus. Die historisch relevante Frage, in welchem Verhältnis Recht zur Gesellschaft steht, deutet er in die Problematik des Verhältnisses von Rechtssystem zu seiner gesellschaftlichen Umwelt um.

ßen, eine immanente Vollzugskategorie. Damit ist sie nicht allein repressiv, sondern vor allem produktiv (vgl. Foucault 2003: 93ff.).⁴⁷ In der Analytik der Rechtsmacht geht es um die Mobilisierungseffekte und Effizienzformen, die für die Organisation und Umorganisation von Wirklichkeit sorgen (vgl. Gehring 2004: 118). Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Macht muss also primär von der Seite der Produktivität und nicht von der Bestimmung des Rechts etwa als Herrschaftsinstrument oder als repressive juristische Machtform, die das Recht nur vom Verbot her definiert (vgl. Foucault 2003: 83ff.), angegangen werden (vgl. Spreen 2010). Das Recht zeigt sich *auch* immer als Rechtsmacht, die ihre Gegenstände – und so auch das epistemische Ding ‚Gesellschaft‘ – produktiv hervorbringt.

Innerhalb dieses Spiels der Macht bildet ein Dispositiv eine „Formation, deren Hauptfunktion zu einem gegebenen historischen Zeitpunkt darin bestanden hat, auf einen *Notstand (urgence)* zu antworten“ (Foucault 1978a: 120, H.i.O.). Das Dispositiv stellt eine spezifische Verknüpfungs(an)ordnung dar, die als sich institutionalisierende Antwort auf gesellschaftlich definierte Problemlagen zu verstehen ist. In der Genese eines Dispositivs gibt es also eine „Prävalenz einer strategischen Zielsetzung“ (ebd.: 121) angesichts eines Notstandes, einer Störung, die behoben werden muss. Insofern folgt das Dispositiv einem „strategischen Imperativ“ (ebd.: 120), der eine Formation erscheinen lässt, „weil er die Vorgabe dafür ausmacht, daß bestimmte Binnenrelationen im Dispositiv überhaupt als funktional erachtet werden können“ (Hubig 2015: 69). Kurz: „Das Dispositiv hat also eine vorwiegend strategische Funktion“ (Foucault 1978a: 120) im Spiel der Macht. Damit rückt für die Analyse die Notlage ins Zentrum: Wenn etwa in der Historischen Rechtsschule die Privatrechtswissenschaft das epistemische Ding ‚Gesellschaft‘ Anfang des 19. Jahrhunderts zu einem zentralen Gegenstand macht, so reagiert sie damit auf ein spezifisches Problem (*urgence*) – hier etwa die drohende Kodifikation. Diese Notlage bildet die funktionale „Matrix“ (ebd.) für die Lösungen, die die Rechtswissenschaft mittels der Hinwendung zur Gesellschaft im „Repräsentationsdispositiv“ des Volksgeistes anzubieten sucht (s. § 2).

Gleichzeitig stellt das Dispositiv als (An-)Ordnung Bedingungen für die Verwirklichung der Macht bereit (vgl. Hubig 2015: 71). Damit produziert es Anschlussmöglichkeiten, die zu nicht intentionalisierten Effekten füh-

47 In seiner berühmten Kritik der Repressionsmodells macht Foucault geltend, dass darin all das ausgeblendet wurde, was „die produktive Effizienz, den strategischen Reichtum und die Positivität der Macht ausmacht“ (Foucault 2003: 87).

ren können. Es eröffnet die Möglichkeit der „strategischen Wiederauffüllung“ (Foucault 1978a: 121), die neuartige Strategien hervorrufen kann (vgl. Hubig 2000: 45f.). Dieser Aspekt wird in der Analyse der Entwicklung der Privatrechtswissenschaft ab Mitte des 19. bis Anfang des 20. Jahrhunderts zentral. Denn sie reagiert zu dieser Zeit nicht nur auf neue Problemlagen (Entfremdung des Rechts von der Wirklichkeit, die soziale Aufgabe des Rechts, die Eigenständigkeit des Rechts), vielmehr zeigen sich strategische Anschlüsse an das Repräsentationsdispositiv der Historischen Rechtsschule, die zentral am epistemischen Objekt ‚Gesellschaft‘ ansetzen, aber zu gänzlich anderen Ergebnissen und Problemstellungen führen (s. §§ 4, 5).

1.2 Das epistemische Dispositiv der Rechtswissenschaften

Ein Dispositiv ist nicht nur in ein Spiel der Macht eingebunden, sondern immer auch an Grenzen des Wissens gebunden, die aus diesem Spiel hervorgehen, es aber gleichwohl auch bedingen. Im Zentrum der Dispositivanalyse stehen daher die Verkettungen der Wissens- und Machtstrategien in den „Macht/Wissen-Komplexen“ (Foucault 2009b: 39; 2003: 100f.): „Eben das ist das Dispositiv: Strategien von Kräfteverhältnissen, die Typen von Wissen stützen und von diesen gestützt werden.“ (Foucault 1978a: 123)

Die vorliegende Untersuchung legt im Folgenden den Fokus auf den Wissensaspekt. Denn es wird nicht das dispositive Gefüge des Rechts in seiner gesamten heterogenen Spannweite untersucht, sondern nur ein Teil davon: die Wissensordnung der deutschen Privatrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts und Anfang des 20. Jahrhunderts. Das, was Foucault mit Blick auf die Wissenschaften als „Episteme“ bezeichnet, wird zu einem Spezialfall des Dispositivs – sie ist „im Unterschied zum Dispositiv im allgemeinen, das seinerseits diskursiv und nicht-diskursiv ist, und dessen Elemente sehr viel heterogener sind, ein spezifisch *diskursives* Dispositiv“ (ebd., H.i.O.). Die Episteme bezieht sich in strategischer Weise auf die Wissenschaft, sie ist ein „strategisches“ (ebd.: 124) oder eben „epistemisches Dispositiv“ (Hubig 2015: 70), das es erlaubt, „das wissenschaftlich Qualifizierbare vom Nicht-Qualifizierbaren zu scheiden“ (Foucault 1978a: 124). Gerade hier gewinnt die Gesellschaft an Gewicht: Wenn Recht als gesellschaftliches Produkt gefasst wird, so bestimmt das nicht nur die Frage, was als Gegenstand einer rechtswissenschaftlichen Behandlung gelten kann. Vielmehr wirkt sich diese Auffassung auch direkt auf die rechtswissenschaftlichen Techniken und Praktiken aus. Der Wissenschaftscharakter der

Rechtswissenschaft wird durch die Vergesellschaftung des Rechts problematisiert – sei es, um zwei kurze Beispiele zu nennen, in der Frage, ob dieses Recht überhaupt einer wissenschaftlichen Behandlung zugänglich ist (vgl. § 2.III.2.3), sei es, dass die probate Methode in einer „soziologischen Jurisprudenz“ zu erblicken ist (vgl. § 5.III.1).

Nimmt man den Diskurs, das diskursive Dispositiv, der Privatrechtswissenschaft in den Blick, muss die Analyse des Wissens, der diskursiven Formationen und ihrer Aussagen in Abhängigkeit von den Machtstrategien durchgeführt werden (vgl. Ewald 1978: 10).⁴⁸ Damit gilt nach wie vor, dass Diskurse als Formationen von Aussagen untersucht werden.⁴⁹ Die Basisinheit der Aussage wird jenseits von Wahrheitsanspruch und Bedeutung als historisches Objekt einer manifesten sprachlichen Performanz, als diskursive Praktik in seiner Äußerlichkeit, untersucht (vgl. Dreyfus, Rabinow 1987: 70ff.; Lemke 1997: 49ff.):

Die Aussageanalyse ist also eine historische Analyse, die sich aber außerhalb jeder Interpretation hält: sie fragt die gesagten Dinge nicht nach dem, was sie verbergen, was in ihnen und trotz ihnen gesagt wurde [...]. Sondern umgekehrt, auf welche Weise sie existieren, was es für sie heißt, manifestiert geworden zu sein, Spuren hinterlassen zu haben und vielleicht für eine eventuelle Wiederverwendung zu verbleiben; was es für sie heißt, erschienen zu sein – und daß keine andere an ihrer Stelle erschienen ist. (Foucault 1981: 159)

Eine Aussage ist dabei nie aus sich selbst heraus erklärbar, sondern erst, „wenn sie in ein Aussagenfeld eingetaucht ist, wo sie dann als ein besonde-

48 Mit dieser Analyseperspektive wird die Dispositivanalyse weder als Erweiterung der Diskursanalyse angesehen (vgl. etwa Jäger 2001; Bührmann, Schneider 2008; Diaz-Bone 2010), noch dient das Dispositiv als Infrastruktur der Diskursproduktion (vgl. Keller 2011: 67); auch verdrängt die Dispositivanalyse nicht die Diskurstheorie, die als methodologisch gescheitert anzusehen sei (vgl. Dreyfus, Rabinow 1987: 105ff.; vgl. zur Frage des Verhältnisses der Dispositivanalyse zur Diskursanalyse auch die Beiträge in Caborn Wengler et al. 2013; Angermüller, van Dyk 2010), sondern zeitigt spezifische methodologische Folgen für die Analyse von Diskursen, die im Folgenden herauszuarbeiten sind. Oder methodentechnisch formuliert: Genealogie und Archäologie sind in der Dispositivanalyse aneinander gekoppelt.

49 Hierin liegt, trotz aller Vagheit der Verwendung des Diskursbegriffes bei Foucault, die Spezifik der Diskursanalyse begründet; vgl. zur Abgrenzung zu anderen sozialwissenschaftlichen Diskursbegriffen Keller 2011: 13ff.

res Element erscheint“ (ebd.: 144).⁵⁰ Die Analyse des Diskurses arbeitet aus einem solchen Feld der Aussagen über Verteilungsregelmäßigkeiten die spezifische Einheit einer „diskursiven Formation“ (ebd.: 58) heraus.

Diskurse als Formationen zu verstehen erlaubt, durch Rückschlüsse auf innere Regelmäßigkeiten Wissensordnungen zu identifizieren. Über solche Formationsregeln und Diskursmechanismen lässt sich die Eigenlogik einer diskursiven Formation, die „Ökonomie des Diskurses“, entschlüsseln.⁵¹ Es wird eine Ordnung identifiziert, die nicht nur zeigt, was gesagt wurde, sondern ebenso, was überhaupt hätte gesagt werden können (vgl. Gehring 2004: 61f.; Dreyfus, Rabinow 1987: 110f.). Dadurch werden die historisch-spezifischen Bedingungen der Möglichkeit der Aussagen als Wissens- und Wirklichkeitsordnungen offengelegt – als positive Ordnungen mit beschreibbaren Regelmäßigkeiten, aber ebenso als dynamische Ordnungen, über die Regeln der Aussagenherstellung herausgearbeitet werden (vgl. Gehring 2004: 72f.).

Ein Diskurs, eine diskursive Verteilung, ist als eine solche beschränkende Ordnung keine verzerrte Sicht auf die Wirklichkeit, sondern generiert Wirklichkeit. Denn Diskurse sind „als Praktiken zu behandeln, die systematisch die Gegenstände bilden, von denen sie sprechen“ (Foucault 1981: 74). Beschreiben lässt sich diese Weise der Bildung von Gegenständen, und

50 Insofern stellt eine Aussage ein „paradoxes Objekt“ (Foucault 1981: 153) dar, das zwar ein Ereignis, also singular ist, zugleich aber wiederholt werden kann, allerdings nur unter strengen Bedingungen (vgl. ebd.). Um den singulären Charakter zu kennzeichnen, führt Foucault eine begriffliche Unterscheidung ein: Eine Äußerung ist ein Ereignis, das sich nicht wiederholt (ebd.: 148). Sie kann einer spezifischen Situation, einem spezifischen Ort und einer bestimmten Person zugeschrieben werden. Verdichten sich solche singulären Akte, so können sie zur Generierung einer Struktur bzw. Formationsregel beitragen, die historisch-spezifische Aussagen ermöglicht. Eine Aussage ist sozusagen ein strukturelles Ereignis und daher keinem Subjekt zuzuschreiben (kritisch hierzu Kneer 1999: 62ff.).

51 Bezeichnet Foucault in der *Archäologie des Wissens* die Formationsregeln als „Existenzbedingungen“, denen die Elemente einer bestimmten Verteilung unterworfen sind (Foucault 1981: 58), so verschiebt er in *Die Ordnung des Diskurses* (2007) den Schwerpunkt auf die begrenzenden und beschränkenden Strategien, die die diskursive Ordnung als Ordnung bestimmen (Lemke 1997: 53). Damit verlagert sich der Fokus der Diskursanalyse auf die Machtfrage, bereits hier wird die Archäologie durch die Genealogie ergänzt. Allerdings wird die Macht noch primär negativ adressiert, als äußere Prozeduren der Ausschließung oder innere Prozeduren der Verknappung. Wenig später trennt sich Foucault von dieser Sichtweise, die „die Verhältnisse der Macht zum Diskurs als negative Verhältnisse der Verknappung dargestellt hat“ (Foucault 1978d: 105). Insofern gilt es, die produktiven Machtwirkungen der Diskursmechanismen in den Vordergrund zu stellen.

im Bereich der Wissenschaften insbesondere von epistemischen Dingen, indem man die Beziehungen zwischen den Oberflächen des Auftauchens, den Instanzen der Abgrenzung, den Kategorisierungs- und Charakterisierungsebenen und Rastern sowie den Praktiken der Wissensproduktion herausarbeitet (vgl. ebd.: 62ff.).

Genau darum wird es im Folgenden gehen: Der rechtswissenschaftliche Diskurs wird dahingehend untersucht, an welchem (thematischen) Ort, wie und durch welche diskursiven Praktiken, Techniken und Mechanismen der Abgrenzung und der Eingrenzung er das epistemische Ding ‚Gesellschaft‘ bildet, von dem er im 19. Jahrhundert in systematischer Weise zu sprechen beginnt – und das v.a. auch mit Blick auf die Techniken des Rechts. Jenseits der Frage von Richtigkeit oder Bedeutung konkreter Aussagen (oder Äußerungen) geht es darum, die Mechanismen herauszufiltern, die solche Aussagen über die Gesellschaft ermöglichen. Es geht um die Struktur sowie die strukturierende Leistung des Feldes des Sagbaren, die Bedingungen der Möglichkeit, in den Rechtswissenschaften zu einer bestimmten Zeit bestimmte Aussagen über das Ding ‚Gesellschaft‘ zu treffen. Man untersucht, was und wer ausgeschlossen werden musste, wie die Aussagen gruppiert wurden und welche Subjektpositionen generiert wurden, damit solche spezifischen Aussagen überhaupt getroffen werden und Sinn machen konnten. Es geht um die Formationsregeln und Regelmäßigkeiten der diskursiven Praktiken, die die ganze Bandbreite möglicher Aussagen umfassen. Sie ermöglichen auch widersprechende Aussagen und fundamentale Kritiken, d.h. also ebenso das ganze „Feld der Gegnerschaft“ (Foucault 2009a: 155). In der Analyse des juristischen Diskurses können die Formationsregeln deswegen nicht über einzelne Autoren (z.B. Savigny, Jhering oder Heck) herausgearbeitet werden, auch wenn ich von deren Äußerungen ausgehen werde. Sie zeigen sich nur über die Analyse des breiten, auch widersprüchlichen Feldes der Aussagen, das sich entlang dieser Äußerungen entspannt – hier exemplifiziert an der Kritik an der Historischen Rechtsschule, an den Debatten über die soziale Aufgabe des BGBs sowie anhand des juristischen Methodenstreits Anfang des 20. Jahrhunderts.

Werden die Diskurse der Privatrechtswissenschaft als epistemische Dispositive untersucht, erweisen sich ihre diskursiven Ordnungen selbst als strategische Elemente: Denn

[a]us der Perspektive der Macht ist das Gegebene nicht mehr als ein Netz von strategischen Optionen – und die Ordnungen sind Dispositionen in einem Einsatzfeld. Auf diese zweite Perspektive, nicht die von den Ordnungen ausgehende Frage nach der Macht, sondern die

von der Macht ausgehende *strategische* Blickrichtung auf Ordnungen, zielt Foucaults Terminus ‚Dispositiv‘. (Gehring 2004: 119, H.i.O.)

Diskurse sind „taktische Elemente oder Blöcke im Feld der Kraftverhältnisse“ (Foucault 2003: 101). Sie sind in das Spiel der Machtverhältnisse eingeschrieben, können selbst Positions- und Funktionswechseln unterliegen – so kann ein

Diskurs bald als Programm einer Institution erscheinen, bald im Gegenteil als ein Element, das es erlaubt, eine Praktik zu rechtfertigen und zu maskieren, die ihrerseits stumm bleibt, oder er kann auch als sekundäre Reinterpretation dieser Praktik funktionieren, ihr Zugang zu einem neuen Feld der Rationalität verschaffen (Foucault 1978a: 120).

Diskurse werden aus der Perspektive der Macht interpretiert – auch wenn sie auf die Macht zurückwirken.

1.3 Problematisierung

Das epistemische Dispositiv, das immer schon als Teil eines umfassenderen Netzes betrachtet wird, wird von vornherein unter strategischen Gesichtspunkten untersucht.⁵² Das hat Auswirkungen auf die Qualifizierung seiner Relationen: Als Linien der Aussageformationen werden sie nun nicht

52 Damit einher geht eine Ausweitung des Ordnungsbegriffs, so dass dispositive Ordnungen nun sehr viel heterogenere Elemente als Diskurse umfassen. Mit dem Dispositivbegriff wird die Reduktion des Ordnungsverständnisses auf Wissens- oder Redeordnungen überwunden. Damit aber gilt m.E. zugleich: Jene noch für die Diskursanalyse der *Archäologie* so zentrale und auch in den gegenwärtigen Debatten um die methodologischen Prämissen Foucaults stark umstrittene Unterscheidung zwischen diskursiven und nicht-diskursiven Praktiken (vgl. Bührmann, Schneider 2008: 47ff.; Reckwitz 2008: 138; Laclau, Mouffe 2000: 157; Bröckling, Krasmann 2010; Dreyfus, Rabinow 1987: 105ff.) verliert an Relevanz. Zentral ist diese Unterscheidung für das Diskurskonzept der *Archäologie des Wissens*, da der Diskurs erst in dieser Unterscheidung seinen Ort findet: Er ist an der Grenze zwischen Diskursivem und Nicht-Diskursivem angesiedelt (Wrana, Langer 2007). Dementsprechend bestimmt die Differenz zwischen diskursiven und nicht-diskursiven Praktiken den Ort eines Diskurses, der als eine Grenzpraxis des Übergangs vom Sprachlichen zum Nicht-Sprachlichen zu verstehen ist. In der Dispositivanalyse verliert die Abgrenzung an Bedeutung: Denn sie ist nicht mehr wie in der Diskursanalyse der *Archäologie* an der Ordnungsgrenze angesiedelt, die im Verhältnis von Innen und Außen die Ordnung zuallererst konstituiert – beide

mehr als Linien der Sagbarkeit interpretiert, sondern als Funktionslinien (Gehring 2004: 119). Diese strategische Dimension des diskursiven Dispositivs zeigt sich insbesondere in seinen spezifischen „Problematisierungen“ (vgl. Lemke 1997: 334ff.). Im Speziellen geht es um die jeweiligen Problematisierungsweisen, d.h. sowohl um die Frage der Formierung eines Problems als solches (*Problematisierung*) als auch um die Formation oder Formierung der Probleme im Bereich des Denkens (*Problematisierungsform*).⁵³

Zur Debatte steht also auf der einen Seite, „[w]ie und warum bestimmte Dinge (Verhalten, Erscheinungen, Prozesse) zum *Problem* wurden“ (Foucault 1996: 178, H.i.O.). Etwas als Problem, als *urgence*, zu formulieren ist selbst eine spezifische Art des Umgangs mit einer konkreten Situation. Ein in den Quellen beschriebenes Problem ist dementsprechend nicht einfach als Gegebenheit zu akzeptieren, sondern muss selbst als strategische Intervention in ein dynamisches Feld gesellschaftlicher Auseinandersetzungen verstanden werden (vgl. Klöppel 2010: 256). Das Denken wird auf einen historischen Kontext bezogen, auch wenn es sich nicht um ein einfaches Kausalitätsverhältnis handelt, in dem der historische Kontext das Denken determiniert: So ist „eine gegebene Problematisierung nicht die Wirkung oder Folge eines historischen Kontextes oder einer historischen Situation“ (Foucault 1996: 179f.). Sie beinhaltet immer etwas Schöpferisches. Denn

Formen sind nun Teil der Ordnung. Daher erscheint es nicht verwunderlich, wenn Foucault anmerkt, dass „für das, was ich mit dem Dispositiv will, [...] es kaum von Bedeutung [ist,] zu sagen: das hier ist diskursiv und das nicht“ (Foucault 1978a: 125). Nicht im Diskurs zeigt sich nun die „Ökonomie einer Machtform“ (Gehring 2004: 119; vgl. auch Krasmann 1995; Wrana, Langer 2007: [8ff.]). Stattdessen richtet sich der Blick nun ausgehend von der Macht auf den Diskurs. Oder anders formuliert: Die Unterscheidung von diskursiven und nicht-diskursiven Praktiken ist nicht mehr Voraussetzung dafür, die Ökonomie der Macht fassen zu können.

- 53 Foucault erklärt in einem Interview aus dem Jahre 1984 die Problematisierung quasi zum „Grundbegriff“ seiner Untersuchungen seit seiner *Histoire de la folie* aus dem Jahre 1961 – allerdings mit dem Hinweis, dass er „diesen Begriff noch nicht hinreichend herausgehoben hatte“ (Foucault 2005a: 825). So benutzt er den Begriff der Problematisierung bzw. Problematisierungsweise auf äußerst unterschiedliche, manchmal auch diffuse Weise, jedoch generell als eine Art Überbegriff, der die verschiedenen Aspekte (Problematisierung und Problematisierungsform) zu bündeln vermag. Gerade im Begriff der Problematisierung zeigt sich die von Foucault vertretene Koppelung von Archäologie und Genealogie. Diese präsentieren sich als zwei Seiten des Problems: „Die archäologische Dimension der Analyse bezieht sich auf die Formen der Problematisierung selbst; ihre genealogische Dimension bezieht sich auf die Formierung ausgehend von den Praktiken und deren Veränderungen.“ (Foucault 1991: 19).

sie ist „eine von bestimmten Individuen gegebene Antwort“ (ebd.: 180) – so wie Savignys Reinterpretation der Kodifikationsfrage als wissenschaftliches Problem der Rechtsquellenlehre oder aber Jherings Umdeutung der Gesellschaft als mechanische Einheit, die es angesichts des drohenden Gerechtigkeitsverlusts zu steuern gilt.

Ausgehend von einer bestimmten Äußerung, die einem Subjekt zugeschrieben werden kann, entfaltet sich ein bestimmter Aussagemodus, eine Problematisierungsform, die sich jenseits der Subjekte befindet (vgl. ebd.). Damit arbeitet die Problematisierungsweise gegenüber den ganz allgemeinen Diskursstrukturen angesichts einer historisch-spezifischen Problemlage, der *urgence*, „die Bedingungen heraus, unter denen mögliche Antworten gegeben werden können; sie definiert die Elemente, die das konstituieren werden, worauf die verschiedenen Lösungen sich zu antworten bemühen“ (Foucault 2005b: 733). Die Diskursmechanismen bzw. die diskursiven Formationen sind in der Analyse auf ein Problem hin ausgerichtet – es geht also nicht um die konkret angebotenen Lösungen, das Primat liegt vielmehr beim Problem, auf das diese antworten.

In der Untersuchung der diskursiven Praktiken der Privatrechtswissenschaft wird also weder eine Hierarchie der möglichen Lösungsvorschläge erstellt, noch unterscheidet man zwischen richtigen und falschen Lösungen oder deckt verborgene bzw. verschleierte Widersprüche auf. Man trägt nicht externe Kriterien an das Feld des Denkens heran, um es über Wahrheit und Falschheit oder Zulässigkeit oder Unzulässigkeit einer Aussage zu belehren und letztlich dadurch zu beschneiden, indem gewisse Lösungen ausgeschlossen werden. Vielmehr wird versucht, dieses Feld gerade in seiner Spannbreite möglicher Lösungen eines Problems zu erfassen und ausgehend von dem Punkt der Problemstellung seine Entfaltung zu rekapitulieren:

Diese Ausarbeitung einer Gegebenheit zu einer Frage und diese Umwandlung einer Gesamtheit an Hemmnissen und Schwierigkeiten in Probleme, worauf die verschiedenartigen Lösungen eine Antwort beizubringen versuchen, konstituieren den Punkt einer Problematisierung und die spezifische Arbeit des Denkens. (Foucault 2005b: 733)

Die Art und Weise, das Problem zu stellen, die „spezifische Problematisierungsform“, ist dieser verbindende Punkt, die „Wurzel“ einer Denkform (ebd.). Hiervon ausgehend eröffnet sich das Feld der vielfältigen möglichen, sich auch widersprechenden Antworten – es umfasst also gerade auch die Kritiken und Widersprüche zu den angebotenen Lösungen. Mittels des Konzepts der Problematisierung wird diejenige Strukturierung des

Feldes herausgefiltert, die die Verschiedenartigkeit sowie die Widersprüchlichkeit der unterschiedlichen Aussagen möglich macht.

In dieser Verschränkung von Freiheit (der Problematisierung) und Einhegung des Denkens (in der Problematisierungsform) gilt es den Punkt zu finden, an dem eine Reproblematisierung möglich wird. Denn „wenn die Arbeit des Denkens einen Sinn hat – dann den, die Art und Weise, wie die Menschen ihr Verhalten [...] problematisieren, an ihrer Wurzel wieder aufzugreifen“ (Foucault 2005c: 751). Das markiert den kritischen Einsatz der Analyse der Macht-Wissen-Komplexe als Problematisierungsformen im Rahmen jener kritischen „Geschichte der Gegenwart“ (vgl. Dean 1994: 4, 20f.; Castels 1994). Daran schließt der vorliegende Versuch an, das Verhältnis von Recht und Gesellschaft über die Genese des soziologischen Problems in den Rechtswissenschaften zu reproblematisieren.

Die Analyse der Privatrechtswissenschaft legt also den Fokus darauf, wie sich bestimmte Wissensformen mit spezifischen Problemdiagnosen verbinden. Die Strategien zu ihrer Bewältigung, an die bestimmte Techniken und Verfahren anknüpfen, verweisen allerdings nicht nur auf eine ‚Denkform‘, sondern bringen ihrerseits neue Objekte und Subjekte hervor:

Problematisierung bedeutet nicht die Darstellung eines zuvor existierenden Objekts, genauso wenig aber auch die Erschaffung eines nicht existierenden Objekts durch den Diskurs. Die Gesamtheit der diskursiven oder nicht-diskursiven Praktiken lässt etwas in das Spiel des Wahren und Falschen eintreten und konstituiert es als Objekt für das Denken (sei es in der Form der moralischen Reflexion, der wissenschaftlichen Erkenntnis, der politischen Analyse, usw.). (Foucault 2005a: 826)

Die Gesellschaft wird als ein solches Objekt zu analysieren sein, das angesichts bestimmter Probleme (Kodifikation, Entfremdung, Gerechtigkeit) in das epistemische Dispositiv der Rechtswissenschaften eintritt, dabei selbst problematisiert wird, aber zugleich die Rechtswissenschaften und das Recht zu problematisieren vermag. Gerade deshalb handelt es sich bei der Gesellschaft auch um ein epistemisches Ding, das in der Lage ist, die Rechtswissenschaft in zentralen Punkten zu hinterfragen. Davon ausgehend zeigt sich das doppelte Konstitutionsverhältnis von Recht und Gesellschaft, in dem ‚das Recht‘ mit ‚der Gesellschaft‘ in je spezifische Formen der Beziehung tritt – und zwar sowohl in den Rechtswissenschaften als auch in der entstehenden Soziologie.

2. Recht und Autonomie

Mit dieser Annahme kehrt man zum Problem der Frage nach der Autonomie des Rechts zurück, die in der Rede über seine Problematisierung enthalten ist. Wenn man davon ausgeht, dass es ‚das Recht‘ nicht gibt, muss das keineswegs heißen, dass man auch nicht über ‚das Recht‘ sprechen kann. Allerdings lässt sich diese Einheit des Rechts nicht aus einer philosophischen, rechts- oder gesellschaftstheoretischen Bestimmung oder aus einer Theorie der gesellschaftlichen Differenzierung herleiten. Man kann nicht a priori bestimmen, was das Recht ist, welche Praktiken als ‚Recht‘ bezeichnet werden müssen. Dies hängt vielmehr davon ab, was jeweils historisch-spezifisch als Recht reflektiert wird, wie es problematisiert wird und welche Problematisierungsform es annimmt (vgl. Ewald 1993: 38). Das Erfordernis, Recht zu definieren, um Praktiken qualifizieren zu können, kann selbst nicht ahistorisch festgelegt werden. Identifikationsweisen des Rechts, die Problematisierungsweisen des Verhältnisses von Recht und Moral, von Recht und Macht oder Recht und Gerechtigkeit – all dies sind umkämpfte und variable juristische Praktiken der Adressierung des Rechts: „Die Idee des Rechts, die Kriterien der Rechtlichkeit, und selbst die, die sie äußerst dürftig als Zwangsordnung definieren, unterliegen der Geschichte; sie sind mit den positiven Praktiken des Rechts verknüpft.“ (Ebd.) Die Elemente der Anerkennung und Identifikation des Rechts sind selbst historisch, und sie machen das Recht zu einem historischen Gegenstand.

Gerade in den Rechtswissenschaften stehen derartige Problematisierungsweisen ‚des Rechts‘ im Zentrum der Debatte. Denn hier macht sich ‚das Recht‘ zu seinem eigenen Gegenstand: In selbstreflexiver Weise wird es in den vorliegend untersuchten epistemischen Dispositiven als einheitlicher Gegenstand adressiert. Es fungiert als eine

Denkkategorie, die keine Essenz bezeichnet, sondern dazu dient, bestimmte Praktiken zu charakterisieren: normative Praktiken, Praktiken des Zwangs und der sozialen Sanktion zweifellos, eine politische Praxis gewiß, und auch eine Praxis der Rationalität, die alle voneinander sehr verschieden sein können; das Recht ist als ganzes in jeder einzelnen dieser Praktiken vollständig enthalten, ohne daß dies die Permanenz einer Essenz voraussetzte (ebd.: 37f.).

Damit bringen die diskursiven Praktiken der Rechtswissenschaften ‚das Recht‘ als einheitlichen Gegenstand performativ hervor, und zwar in dem Moment, in dem sie es problematisieren. Der Verzicht auf jegliche essentielle Bestimmung des Rechts legt zudem den Gedanken nahe, dass „es im

Recht kein Erkenntnisziel gibt, das nicht strategisch wäre“ (ebd.: 41) – strategisch in dem Sinne, dass die rechtswissenschaftlichen Aussagen über das Recht sich nicht auf einer außerhalb des Rechts gelegenen Metaebene befinden, sondern selbst zur Konstitution ihres Gegenstandes beitragen.

In diesem Sinne lassen die Problematisierungsweisen strategische „Finalisierungen des Rechts“ (ebd.: 38) erkennen, d.h. Momente der selbstreflexiven Schließung, die zur Annahme der Autonomie – wie immer sie historisch-spezifisch bestimmt wird – des Rechts bzw. ebenso der Rechtswissenschaften führt. In diesen Problematisierungsweisen zeigt sich der Punkt des Denkens, an dem es möglich wird, über ‚das Recht‘ zu sprechen. Das Wesen des Rechts, seine Totalität oder Ontologie, ist damit keine die Untersuchung leitende Bestimmung, sondern das Produkt historisch divergierender Praktiken, die sich auf ein solches Wesen oder eine solche Einheit beziehen. Wenn hier folglich über ‚das Recht‘ gesprochen wird, dann ist damit diese jeweils historisch-spezifische Art und Weise gemeint, in der das Recht zu einem einheitlichen Gegenstand der rechtswissenschaftlichen (Selbst-)Reflexion gemacht wird.

Analysiert man das juristische epistemische Dispositiv über seine Problematisierungsweisen, so ist man also auf einen Nominalismus verwiesen, der über keinen Rechtsbegriff verfügt, welcher vorab bestimmte Praktiken als rechtlich qualifiziert. Der Vorteil eines solchen Nominalismus besteht in der radikalen Historisierung des Gegenstandes (vgl. Ewald 1993: 37f.) – denn das, was Recht jeweils ist, legen erst die jeweiligen historischen Praktiken und Techniken fest. Aus der Anerkennung der Historizität des Rechts ergibt sich eine Art Zirkelschluss, der in den rechtswissenschaftlichen Diskursen die Problematisierungsweise des Rechts *als Recht* zu identifizieren sucht.

Dies wird zum Ausgangspunkt für die Untersuchung der Hervorbringung des epistemischen Dings ‚Gesellschaft‘ im Recht. Denn von diesen Prämissen ausgehend lässt sich das konstitutive Doppelverhältnis zwischen Recht und Gesellschaft bestimmen, wie es eingangs als Problem der vorliegenden Arbeit definiert wurde: Die Gesellschaft wird als das epistemische Ding eines Rechts untersucht, das einen Eigensinn proklamiert, jedoch selbst erst im Zuge der diskursiven Praktiken der Rechtswissenschaften hervorgebracht wird. Hierbei wird sich zeigen: Gerade im privatrechtswissenschaftlichen Diskurs Anfang des 19. Jahrhunderts kann man über die Entdeckung der Gesellschaft die erwähnten „Finalisierungen des Rechts“ erkennen. Und genau hier wird das epistemische Objekt ‚Gesellschaft‘, wie es die Rechtswissenschaften konzipieren, relevant. Denn gerade weil auf rechtstheoretischer Ebene das Recht aufgrund der Rechtsquellenlehre der Historischen Rechtsschule als Produkt weder der Vernunft (Naturrecht)

noch des Staates (Rechtspositivismus) bestimmt, sondern als ein gesellschaftliches Produkt (des Volkgeistes) gefasst wird, vermag sich die Rechtswissenschaft paradoxerweise autonom zu setzen: Sie kann sich nun von Politik und Philosophie emanzipieren. Die Gesellschaft wird selbst zu einer Problematisierungsweise des Rechts.⁵⁴ Denn durch sie gelangt die Problematisierung des Verhältnisses des Rechts zu den (vorausgesetzten) gesellschaftlichen Verhältnissen in die Rechtswissenschaft – ein Umstand, der über Umwege sowohl von juristischer wie von soziologischer Seite zum Problem der Abgrenzung zwischen Sein und Sollen führen wird.

Aber nicht nur auf der Ebene der Rechtstheorie lassen sich solche Effekte der Vergesellschaftung des Rechts erkennen: Indem mittels der Gesellschaft die juristische Selbstreflexion aus einer Totalitätsperspektive erfolgt, bettet sich zugleich das Recht in die gesellschaftliche Totalität ein, was wiederum – wie zu zeigen sein wird – gerade im Bereich der juristischen Methodenlehre auf das Recht in seinen Techniken und Praktiken zurückwirkt. Zur Debatte steht also, welche Folgen es hat, wenn die Rechtswissenschaft ihren Gegenstand ‚Recht‘ als vergesellschaftetes Phänomen problematisiert – auf theoretischer wie methodischer Ebene.⁵⁵ Zugleich machen gerade diese expliziten Konstruktionsleistungen das Recht anschlussfähig für die entstehende Soziologie. Denn indem man das Recht als vergesellschaftetes Phänomen auffasst, wird die Gesellschaft als epistemisches Ding der Analyse zugänglich – ein Umstand, der etwa bei Durkheim für die Genese der Disziplin der Soziologie ein entscheidenden Faktor ist (s. § 6).

54 Das Verhältnis von Gesellschaft und Recht wird dementsprechend nicht im Rahmen einer solch allgemeinen Aussage analysiert, dass jede Theorie des Rechts eine Gesellschaftstheorie impliziere. Zwar ist richtig, dass den rechtlichen Regulierungen, ihren Anwendungen (und Anwendungsregeln), der Durchsetzung von Recht und seinen Geltungsansprüchen immer auch bestimmte Annahmen über die Gesellschaft oder das Soziale zugrunde liegen, die als Bedingung der Möglichkeit des Funktionierens des Rechts fungieren (vgl. Wiethölter 1974) – mit Durkheim gesprochen etwa die außervertraglichen Voraussetzungen des Vertrages. Vorliegend geht es aber um das Verhältnis von Gesellschaft und Recht, wie es zu einer expliziten Problematisierungsweise sowohl für die Rechtswissenschaft als auch die Soziologie wird.

55 Hier folge ich insofern dem Ansatz von Jan Schröder, als er schreibt: „Die Entwicklung der juristischen Methodenlehre steht in engstem Zusammenhang mit der Entwicklung des Rechtsbegriffs und läßt sich ohne sie nicht verstehen. Rechtsquellen- und Methodenlehre gehören zusammen und beleuchten sich gegenseitig.“ (Schröder 2012: Vorwort zur 2. Auflage).

3. Recht, Wahrheit und Normativität

Auf methodologischer Ebene stellt das Recht allerdings für eine Dispositionanalyse im Anschluss an Foucault einen problematischen Untersuchungsgegenstand dar (vgl. hierzu Schweitzer 2015a). Die Problematik rührt daher, dass Foucault nie direkt eine *episteme* oder einen *discours* der Jurisprudenz in den Blick genommen und auch keine genealogische Untersuchung des Rechts, der Formen oder der Ordnung des Juridischen geschrieben hat (Gehring 2000: 18). Es geht ihm in der Regel auch nicht um das Recht als spezifisches Untersuchungsobjekt: „[J]e croise sans cesse le droit sans le prendre comme objet particulier.“ (Foucault in Berten, Foucault 1988: 19) Mehr noch: Betrachtet man die drei dominierenden Erscheinungsweisen des Rechts bei Foucault – materielle Strafrechtsgeschichte, Epochensignatur der Souveränität (beides v.a. in Foucault 2009b) sowie juristische Konzeption der Macht (v.a. Foucault 2003), – so werden die Schwierigkeiten deutlich, eine Rechtstheorie *stricto sensu* zu extrahieren, die produktive Anschlussmöglichkeiten eröffnet (vgl. Gehring 2007: 157ff.; 2000: 18; Hunt, Wickham 1998: viii; Biebricher 2009: 135).⁵⁶ Zwar enthält Foucaults „Kritik der Repressionsvorstellung der Macht“, so Petra Gehring, „in ihrer Strafrechtlastigkeit und Souveränitätsorientierung eine Rechtstheorie – oder zumindest eine Art systematische Skizze, nämlich die Skizze einer Verbotstheorie, einer Verbotssatztheorie, des Rechts“ (Gehring 2007: 175, H.i.O.). Als solche erscheint sie angesichts der Komplexität des Rechts aber geradezu naiv. Und selbst wenn man zugesteht, dass Foucault gar nicht den Anspruch erhoben hat, eine Rechtstheorie zu entwerfen, so zeigt insbesondere der Rekurs auf die juristische Macht als repressive Machtform die Tendenz, das Recht als negativen Hintergrund

56 Vor allem im englischsprachigen Raum wird die These vertreten, dass Foucault in seinem Werk von einer „Expulsion of Law“ im 19. Jahrhundert ausgehe (Hunt 1992; Hunt, Wickham 1998; vgl. auch Baxter 1996; Golder, Fitzpatrick 2009: 11ff. m.w.N.). Dagegen wendet sich vor allem Ewald, der argumentiert, dass nach Foucault nicht das Recht zurückweiche, sondern das Juridische als eine spezifische Funktionsweise des Rechts und der Macht anzusehen sei (Ewald 1990). Die These der Kolonisierung des Rechts in Form des juristischen Machttyps durch die Disziplinen verweist damit auf eine andersgelagerte Einbindung des Rechts in den Macht-Wissen-Komplex. Das überzeugt insofern, als Foucault die Disziplin ja gerade nicht als Nicht-Recht, sondern explizit als eine Form des „Gegenrechts“ bezeichnet (Foucault 2009b: 285).

einzusetzen, auf dem er seine Theorie entfaltet. Das Recht fällt bei Foucault an vielen Stellen sozusagen selbst unter die Repressionshypothese.⁵⁷

Beruft man sich also in der Analyse rechtlicher Phänomene auf Foucault, so muss eine Übertragungsleistung hinsichtlich seiner methodologischen Verfahrensweise auf den Untersuchungsgegenstand Recht erbracht werden (vgl. auch Valverde 2010). Und genau hier tritt ein Problem auf: Die Analyse von Diskursen entwickelte Foucault anhand der und für die Untersuchung von Wissensformen, die sich auf Wahrheit beziehen. Ihn interessierte, wie man bestimmte Gegenstände wie z.B. „die Frage nach dem Wahnsinn im Sinne der Wahrheitsdiskurse, das heißt im Sinne von Diskursen, die Status und Funktion eines *wahren* Diskurses haben – im Abendland ist das der wissenschaftliche Diskurs –, hat funktionieren lassen können“ (Foucault 1978a: 144, H.i.O.). Den Prototyp eines Diskurses bilden die Aussageordnungen derjenigen Wissenschaft, in denen ‚Wahrheit‘ als Kriterium und Maß der Aussagen herrscht (Gehring 2004: 71). Aber selbst in den diskursiven Wissensordnungen jenseits der Wissenschaften geht es Foucault um Wahrheitsdiskurse (vgl. Schweitzer 2015a: 207ff.), denn der Diskurs erscheine in jeder Gesellschaft in eine „allgemeine Politik‘ der Wahrheit“ (Foucault 1978b: 51) eingebettet, von der aus die Formation in ihren Mechanismen zu erklären sei.⁵⁸ Erst mit der Fokussierung auf Wahrheitsdiskurse lässt sich auch die kritische Intervention der Diskursanalyse im Feld der Philosophie erklären, die in entscheidender Weise die Ausarbeitung der methodologischen Prämissen prägt.⁵⁹ Foucault wen-

57 Es würde allerdings zu weit führen, zu behaupten, dass Foucaults Blick auf das Recht nur negativ bestimmt sei; zu einem Überblick der Erscheinungsweise des Rechts bei Foucault – mit divergierenden Einschätzungen – vgl. Schauer 2006; Gehring 2000, 2007; Biebricher 2009, 2014; zu den Entwürfen einer „Foucault’sche Rechtstheorie“ vgl. etwa Hunt, Wickham 1998; Tadors 1998; Golder, Fitzpatrick 2009, wobei immer noch die Arbeiten von Ewald hervorzuheben sind, auf die auch ich mich hier beziehe.

58 Es wäre müßig, all die Stellen aufzuzählen, an denen Foucault vom Zusammenhang von Diskurs und Wahrheit explizit oder implizit spricht, da „[d]as Problem der Wahrheit in allen Arbeiten Foucaults präsent“ ist (Lemke 1997: 322).

59 Foucault beschreibt dies deutlich in *Die Ordnung des Diskurses*: Mit seinem Entwurf der Diskursanalyse wandte er sich explizit gegen die sich in ihrem Selbstverständnis „als Diskurs der Wahrheit par excellence begriffene Philosophie“ (Foucault 1978c: 75). Denn diese habe auf das „Einschränkungs- und Ausschlusspiel“ reagiert, indem „sie eine ideale Wahrheit als Gesetz des Diskurses und eine immanente Rationalität als Prinzip ihrer Abfolge [vorschlägt] und indem sie eine Ethik der Erkenntnis begründet, welche die Wahrheit nur dem Begehren nach der Wahrheit selbst und allein der Fähigkeit, sie zu denken, verspricht“ (Foucault 2007: 30f.).

det sich gegen den Universalitäts- und Objektivitätsanspruch einer einzigen möglichen Wahrheit, die sich jenseits der Macht platziert, indem er die machtvollen, historisch-variablen Produktionsbedingungen von Wahrheit untersucht. Wahrheit erscheint nun als ein kontingentes Produkt. Dabei werden die verschiedenen methodischen Analyseraster mit Blick auf diese Relativierung der Wahrheit entworfen, da sie gerade jene Momente betonen, die gemeinhin nicht als konstitutiv für die Wahrheit angesehen werden: Macht, Begehren, Zufall, Ereignis, Bruch.⁶⁰

Genau diese Fokussierung auf Wahrheitsdiskurse führt aber zu Problemen, wenn man die diskursiven Formationen des Rechts untersuchen will.⁶¹ Denn zu den Eigenarten des juristischen Diskurses gehört, dass er sich nicht immer oder vollständig als Wahrheits-, sondern ab einem gewissen Punkt (auch) als normativer Diskurs bestimmt – und entsprechend andere Diskursmechanismen ausbildet. Das gilt insbesondere für das sich wandelnde epistemische Dispositiv der deutschen Privatrechtswissenschaft. Hier zeigt sich, dass das Verhältnis von Sein und Sollen im Recht, d.h. Wahrheit und Normativität, auf unterschiedliche Weise problematisiert wird und zunehmend in ein Spannungsverhältnis zueinander tritt: Für die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts lässt sich bei der Historischen Rechtsschule noch von einer Anbindung an die Wahrheit sprechen, da sich im positiven Recht, dem Sein des Rechts, der Wertezusammenhang, d.h. das Sollen, zeigt. Allerdings kann man schon hier feststellen, dass angesichts des „lebendigen Organismus Volksgeist“ über die Methodenlehre (insbesondere die Auslegungslehre) ein flexibles, anpassungsfähiges System entworfen wird. Die Diskursmechanismen passen sich dem Gegenstand an, und die eine wahre Rechtsauslegung, die alle anderen aufgrund ihrer Objektivität und Universalität ausschließt, erscheint damit nicht am Horizont – allenfalls eine richtige und vertretbare. Dieses Verhältnis von Wahrheit und Normativität wird sich in den Rechtswissenschaften Ende des 19. Jahrhunderts grundlegend wandeln: Auch wenn auch hier zunächst noch von einer Anbindung an die Wahrheit auszugehen ist, wenn

60 Es geht keinesfalls um den Nachweis, dass es keine Wahrheit gebe. Foucault relativiert lediglich den Monotheismus der einen Wahrheit mit ihrem Anspruch auf alleinige Gültigkeit. Er öffnet den Blick auf die spezifischen diskursiven Mechanismen der Wahrheitserzeugung – Praktiken der Universalisierung, der Verallgemeinerung, der Enthistorisierung, der Evidenzerzeugung etc.

61 Zu welchen Fehlschlüssen eine solche an Foucault angelehnte Analyse der Wahrheitsdiskurse des Rechts verleiten kann, habe ich anhand der Studie *Der Vorsorge-Staat* von François Ewald an anderer Stelle ausführlich analysiert, vgl. Schweitzer 2015a.

nach der gesellschaftlichen Funktion des Rechts gefragt wird, wird genau in dieser Frage nach der Funktion des Rechts für die Gesellschaft das Sollen des Rechts aufgewertet – bis hin zur grundlegenden Problematisierung des eigenen wissenschaftlichen Diskurses anhand der Scheidung von Sein und Sollen. Damit wird die Relationierung von Wahrheit und Normativität zu einer der entscheidenden Problematisierungsweisen des Rechts am Anfang des 20. Jahrhundert, die auch in den Debatten um die juristische Methodenlehre erkennbar ist.

Auf einer abstrakten Ebene geht es um die Frage, wie man die Normativität des Rechts, wie immer sie auch zur Wahrheit in Beziehung gesetzt wird, analytisch zugänglich macht. Hierfür müssen gewisse methodologische Prämissen in der Analyse der diskursiven Formationen umgestellt werden: Erstens geht es nicht darum, zu analysieren, was die Bedingungen der Möglichkeit des Wahrsprechens sind, sondern, was die Bedingungen der Möglichkeit des juristischen Sprechens sind. Das mag zwar wie eine kleinliche Unterscheidung klingen, hat aber konkrete Folgen, da der juristische Diskurs auch auf die Funktionslogik der normativen Wissensformen hin untersucht werden muss (Schweitzer 2015a: 215). Vorliegend betrifft das insbesondere die Ebene der Methodenlehre, da hier Techniken und Mechanismen herausgebildet werden, die anders als Wahrheitsdiskurse explizit mit der Relativität des Wissens umgehen, indem sie Lücken, Kontingenz und zukünftigen Wandel konzeptualisieren und von der Unbestimmtheit ausgehen (vgl. Schweitzer 2015d). Die Relativität des Wissens gehört zu den Grundproblematiken des Rechts. Und überträgt man das auf die Richtertätigkeit, so wird sich zeigen: Den Subsumtionsautomat, der wie eine Wahrheitsmaschine funktioniert, gibt es nicht – allenfalls als Abgrenzungshorizont, um das eigene Vorgehen zu legitimieren.

Mit der Öffnung der Analyse für die Logik und die Mechanismen normativer Phänomene verschieben sich zweitens auch die Prämissen für die Macht-Wissen-Komplexe: Es geht in der Untersuchung also nicht um die Macht der Wahrheit oder die Wahrheit als Macht, sondern um die Macht der Nicht-Fixierung als Wahrheit – um die strategische Funktion der Normativität selbst. Damit steht die Frage im Mittelpunkt, angesichts welcher Problematisierungen die Rechtswissenschaft als Wissenschaft an den Punkt kommt, ihren eigenen Gegenstand auf eine Art und Weise normativ zu fassen, dass sie darüber ihren spezifischen Wissenschaftscharakter als Sollenswissenschaft in Abgrenzung zur Wahrheitsorientierung der Seinswissenschaft deklariert.

Das führt drittens zu einer Verlagerung der zu untersuchenden Ebene im rechtlichen Gefüge. Die an Foucault angelehnten rechtssoziologischen Studien haben den Fokus auf den Wandel der Rechtsform gelegt, wie sie

in der Rechtsnorm zu erkennen ist (vgl. Gehring 2005/2006). In den Genealogien des Sozial- bzw. Wohlfahrtsstaates im 19. Jahrhundert der Foucault-Schüler Giovanna Procacci (2002), Jacques Donzelot (1994a) und François Ewald (1987) wird Recht nicht mehr als Norm gefasst, die in der Form des Gebots, des Verbots und der Verpflichtung in Erscheinung tritt, sondern es nähert sich einer empirischen, technischen Norm – man könnte auch sagen: der Norm im Sinne der Normalverteilung, der Wahrscheinlichkeit und der Normalisierung (vgl. Ewald 1990, 1993). Das Recht der Sozialrechtsgesetzgebung ist nun auf Maßzahlen, auf den Durchschnitt (etwa das durchschnittliche Auftreten von Unfällen), also letztlich auf quantitative Zielgrößen gerichtet (vgl. Schweitzer 2015b: 42). Die rechtliche Norm nähert sich damit der Wahrheit an, sie wird zur Wahrheitsnorm, da sie auf wahrheitsfähige Größen ausgerichtet ist – selbst wenn in der Intervention eine präskriptive, d.h. normative Regelung der gesellschaftlichen Ordnung erfolgt. Das normativ orientierte liberale Recht (des Zivilrechts) wird – so die These dieser Studien – durch das normalisierende Sozialrecht verdrängt (vgl. Ewald 1993: 16).⁶²

Fragt man jedoch nach der strategischen Funktion der Normativität selbst, so verschiebt sich der Fokus weg von den Rechtsregeln hin zur Rechtswissenschaft: Während auf der Ebene der Gesetzesinhalte seit dem Ende des 19. Jahrhunderts durch die wohlfahrtsstaatliche Gesetzgebung eine eklatante Zunahme der Anteile deskriptiver, normalisierender Normen (bzw. Norminhalte) zu verzeichnen ist, ist auf der Ebene der (privatrechtlichen) Rechtsdogmatik und -methodik eine auffällige Aufwertung des Normativen festzustellen. Und genau hier wird eine zentrale strategische Funktion des Normativen erkennbar sein: Sie immunisiert das Recht vor den Zumutungen der Tatsachenfeststellung, die in einer normalisierenden, deskriptiven Norm eingelagert ist.

Um das erkennen zu können, muss die Analyse des epistemischen Dispositivs des Rechts sich der rechtlichen Normativität mit ihren Formationsregeln, ihren Diskursmechanismen und strategischen Funktionen öffnen. Die Normativität wird dann nicht untersucht als Wesensbestimmung

62 Beim Recht handele es sich dann um ein dynamisches Instrument, das auf die jeweilige Datenlage rekurriert und mit dieser variiert. Es habe damit die Seite gewechselt – es begrenzt nicht mehr im Namen der Freiheit, sondern vergleicht, bewertet und reagiert auf die datenmäßig erfassten Bedürfnisse mit Steuerungsinteresse: „Das Recht wird sozial und korrektiv.“ (Ewald 1993: 21).

oder Abgrenzungskriterium des Rechts, sondern als strategischer Einsatz in spezifischen Macht-Wissen-Komplexen.⁶³

4. Recht und Soziologie

Diese Blickverlagerung hin zur strategischen Funktion der rechtlichen Normativität führt zudem zu einer anderweitigen Bestimmung des historischen Verhältnisses von Recht und Soziologie im 19., Anfang des 20. Jahrhunderts, als sie die an Foucault angelehnten rechtssoziologischen Studien von Procacci, Donzelot und Ewald statuieren.

Gemeinsamer Ausgangspunkt dieser Arbeiten ist die These, dass die historischen Entwicklungen zum Sozialstaat nicht von einer epistemologisch-politischen Verschiebung in der Objektivierung von Gesellschaft zu trennen ist (vgl. hierzu Lemke 1997: 192ff.; Krasmann 2003: 99ff.). In der liberalen Gouvernamentalität bildet das Individuum die zentrale Referenz der Regierung. Denn die Gesellschaft wird lediglich in Form einer Anhäufung von Individuen gedacht, sie ist mit der Summe ihrer Teile identisch. Dieses Denken findet seinen Ausdruck im Recht in der (vernunftrechtlichen) Annahme der allgemeinen Rechtsgleichheit, der ein auf dem freien Willen beruhendes Verantwortlichkeitskalkül korrespondiert. Und der Staat ist darauf beschränkt, die durch die Individuen etablierte Ordnung zu gewährleisten, indem er die Freiheit der Individuen zu sichern hat (Lemke 1997: 193f.). Die „Erfindung des Sozialen“ (Donzelot 1994b), die Problematisierung der sozialen Frage (Procacci 1993) bzw. die Entdeckung des „sozialen Risikos“ (Ewald 1991) ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts markiert einen Wandel in diesem Schema: ‚Gesellschaft‘ gewinnt eine eigene Dichte, die es unmöglich macht, sie auf die bloße Aggregation der Individualwillen zurückzuführen (Lemke 1997: 193). Sie erscheint nicht mehr als Vereinigung individueller Subjekte, sondern wird selbst zu einem Subjekt mit einem Eigenleben, einer Realität *sui generis*, mit eigenen Gesetzen und Regelmäßigkeiten.

Symptomatisch für diesen Wandel in der Art und Weise, Gesellschaft zu konzeptualisieren, ist das Aufkommen der neuen Wissenschaft der Soziologie. Sie hat die Gesellschaft und die ihr eigenen Gesetzmäßigkeiten zum

63 Indem sie eine solche machtkritische Perspektive ermöglicht, unterscheidet sich die Analyse der diskursiven Formationen gerade von den gängigen rechtssoziologischen Bestimmungen, die die Normativität des Rechts in den Blick nehmen (vgl. Weber in § 8; Habermas 1992a; Luhmann 1993).

Gegenstand. Dadurch trägt sie zur Konstruktion und Objektivierung der Gesellschaft bei (Krasmann 2003: 100), jedoch in einer ganz spezifischen Form: als empirische Wissenschaft, die in ihren statistischen Verfahren die Konstanz der Wahrscheinlichkeit entdeckt (vgl. Hacking 1990). Armut und Verelendung erscheinen nicht mehr als Folge eines mangelhaften Willens des betroffenen Individuums, und der Arbeitsunfall in der Fabrik stellt sich nicht mehr als unvorhersehbares Ereignis dar. Man nimmt derlei nicht mehr als ein individuelles, selbstverschuldetes oder exzeptionelles Schicksal wahr, sondern sieht es in Form der statistischen Wahrscheinlichkeit als eine gemeinsame wie unvermeidliche Last an, die auf dem Sozialen liegt, das nun als Ganzes gedacht wird.

Damit trägt die Soziologie, und das heißt für die Foucault-Schüler: die wahrheitsorientierte empirische, statistisch gestützte Sozialforschung, zur Etablierung eines Denkens bei, das sich nachhaltig von der normativ orientierten liberalen Konzeption der Gesellschaft unterscheidet. Denn diese Rationalität läuft den klassischen normativen Rechtsprinzipien (des Vernunftrechts) zuwider (vgl. Link 2009: 129), da sie die Prinzipien der individuellen Verantwortung negiert. Von diesem Widerstreit ausgehend entwickeln sich neue Regierungstechniken, allen voran das Sozialrecht, das nicht primär eine quantitative Zunahme des Rechts bewirkt, sondern wie bereits erwähnt das Recht in seinem grundlegenden Charakter, d.h. seine Rechtsform, verändert (vgl. Procacci 1993, 1991; Donzelot 1980, 1994a; Ewald 1993: 29ff.). Anders als es der Liberalismus vorsah, beschränkt sich der Staat damit nicht mehr darauf, eine etablierte Ordnung zu gewährleisten. Er steht der Gesellschaft nicht als ein Fremdkörper gegenüber, sondern hat nun die Steuerung und Förderung des Sozialen zur Aufgabe. Dazu ist er in der Lage, weil die Gesellschaft als positivistische Tatsache *sui generis* zum Zugriffsobjekt werden kann. Gegen Ende des 19. Jahrhunderts übernimmt der Staat damit die „Führung“ und die Verantwortung für sozialen und ökonomischen Fortschritt (Krasmann 2003: 105). Er wird „zum Staat der Gesellschaft: zum *Sozial-Staat*“ (Lemke 1997: 192, H.i.O.).

Recht und Soziologie werden in diesen Studien als zwei verschiedene Wissensbereiche adressiert, die miteinander in Verbindung treten: Die Soziologie liefert über das Wahrscheinlichkeitskalkül eine Wissensform, die zur Transformation des epistemologischen Feldes des Regierens mittels des Rechts beiträgt. Soziologie, d.h. empirische Sozialforschung, wird damit zur Basis des neuen Rechtsdenkens: Es sind spezifisch rechtliche Techniken der Versicherung und des Sozialrechts, die die Gesellschaft in ihrer sozialwissenschaftlich, d.h. datenmäßig erfassten Eigenständigkeit gegenüber den Individuen erscheinen lassen und politische Wirkungsmacht erlangen.

Das moderne Sozialrecht ist somit soziologisch fundiert, und *vice versa* wird die Soziologie politisch (vgl. Schweitzer 2015b: 43).

Dieser Befund erstaunt insofern, als die entstehende Soziologie um die Jahrhundertwende nicht nennenswert an der empirischen Sozialforschung interessiert war (vgl. Oberschall 1997: 233). Die großen Entwürfe der Soziologie sind nicht auf dem Gebiet der Empirie anzusiedeln, sondern auf dem der Sozialtheorie und -philosophie sowie der Gesellschaftstheorie.⁶⁴ Daher muss sich das Verhältnis von Recht und Soziologie gegenüber den an Foucault orientierten Studien anders bestimmen lassen, insbesondere da das Recht eines der zentralen Themen für die entstehende Soziologie war. Dieses andere Verhältnis wird erkennbar, wenn man den Blick auf die Frage der Normativität des Rechts richtet: Seit Beginn des 19. Jahrhunderts wird in den deutschen Privatrechtswissenschaften die Gesellschaft zum zentralen Bezugspunkt eines Rechts, das sich selbst als gesellschaftliches Produkt versteht. Es handelt sich dabei aber nicht um die über Daten, Statistik und Wahrscheinlichkeit verobjektivierte Gesellschaft, sondern um ein epistemisches Ding, das einen genuin normorientierten Charakter hat: Gesellschaft wird als ein Normzusammenhang konzipiert. Auf diese norm-, und in der Folge normativ gestützte Gesellschaft bezieht sich die sich etablierende Soziologie, indem sie auf das Recht als Normenordnung rekurriert. Dabei wird die Soziologie nicht politisch, weil sie dem Recht eine Wissensform liefert, das diese für neue Regierungstechnologien nutzbar macht, sondern umgekehrt: Indem die Soziologie die juristischen Problematisierungsweisen adaptiert, akzeptiert sie die Regierungstechnologien des Rechts. Damit verhält sie sich keineswegs – wie bei Durkheim, Tönnies und Weber gezeigt werden kann – neutral gegenüber der Rechtswissenschaft. Gerade in der Frage der Relationierung von Normativität und Wahrheit, wie sie insbesondere in der Untersuchung der strategischen Funktion der Normativität im Recht zum Ausdruck kommt, lassen sich somit Verbindungslinien zwischen Recht und Soziologie ausfindig machen.

64 Anthony Oberschall schreibt mit Blick auf Deutschland: „Die Soziologen selbst waren in erster Linie damit befaßt, sich akademisch zu legitimieren und ihre Disziplin zu definieren und abzugrenzen, was im deutschen akademischen Milieu nur dadurch geschehen konnte, daß man sich in philosophische Auseinandersetzungen über Methoden, Werte und Objektivität in den Kulturwissenschaften einließ.“ (Oberschall 1997: 237) Empirische Forschung wurde zum einen außeruniversitär betrieben und interessierte sich zum anderen kaum für methodische Fragen.

5. *Recht und Macht*

Mit der Frage nach der strategischen Funktion der Normativität im Recht steht das Verhältnis des Rechts zur Macht zur Debatte. Diese Fragestellung besitzt eine spezifische Dringlichkeit, bewirkt dies doch eine Verschiebung in der gängigen Problematisierungsweise des Rechts mit Blick auf die Macht. Denn ihrzufolge erscheint das Recht einerseits als Produkt des Staates, Instrument der Souveränität; andererseits jedoch als Mittel der Begrenzung der Macht des Staates. Recht wird herkömmlicherweise mit Blick auf die staatliche Macht problematisiert.

Macht ist für Foucault jedoch nicht an den Staat gebunden. Sie ist vielmehr ein „offenes, mehr oder weniger [...] koordiniertes Bündel von Beziehungen“ (Foucault 1978a: 126), welches nicht allein repressiv, sondern vor allem produktiv ist. Legt man wie in der vorliegenden Untersuchung den Fokus auf die produktiven Effekte der juristischen Macht-Wissen-Komplexe, und d.h. konkret auf die performative Hervorbringung des epistemischen Dings ‚Gesellschaft‘, so wird sich zeigen: Der Staat kommt nur am Rande vor. Das hat mit dem epistemischen Dispositiv der Privatrechtswissenschaft selbst zu tun: Das politische Argument der Historischen Rechtsschule liegt in der Entstaatlichung des Rechts, ohne dem Recht aber damit die Funktion einer Begrenzung der staatlichen Macht zuzuschreiben. Die Abgrenzung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht, die dieser Konstruktion zugrunde liegt, platziert den Staat auf der anderen Seite des ‚wahren‘, nämlich gesellschaftlich gewachsenen Rechts. Damit wird aber die staatliche Interventionsgewalt nicht angetastet, zeigt sich doch das Recht als genuin unpolitisches Instrument. Der Staat wird zum Diener des gesellschaftlich gewachsenen Rechts und damit weder als Produzent noch als Adressat einer Begrenzung der staatlichen Macht aufgefasst, sondern als Garant einer gesellschaftlichen Ordnung, die dem Staat vorgängig ist. Damit wird das Recht gegenüber der staatlichen Macht neutralisiert. Und als solches kann die Soziologie es nun als ein soziales Phänomen adressieren, das etwas über die Gesellschaft, und nicht über die Macht aussagen wird.

Auch wenn hier eine Nähe (und Anschlussfähigkeit) zum (früh-)liberalen Schema aufscheint, das ebenfalls das nicht-staatliche Recht gegenüber dem Staat in Anschlag bringt, ist doch ein entscheidender Unterschied zu markieren: Das Recht begrenzt den Staat Anfang des 19. Jahrhunderts nicht im Namen der subjektiven Freiheit, indem das subjektive Recht ein Abwehrrecht des Individuums gegenüber staatlichen Interventionen darstellen würde. Vielmehr begrenzt es den Staat im Namen einer Freiheit der Gesellschaft, die als normative soziale Ordnung jenseits der staatlichen Verfassung bestimmt wird (das unterscheidet dieses Konzept zugleich von

der Reduktion der Gesellschaft auf ein statistisch gestütztes Steuerungsobjekt bei Ewald, Donzelot und Procacci).

Damit wandelt sich das zugrunde liegende Schema: Das Recht wird in Beziehung zur Gesellschaft gesetzt, es wird zu einem zentralen Mittel, sie zu erkennen, sie zu steuern oder sie zu ermöglichen. Hierin zeigen sich seine Machteffekte in Bezug auf das epistemische Ding ‚Gesellschaft‘, hierin liegt seine Rechtsmacht für die Gesellschaft und die Soziologie. Vor allem wird das Recht angesichts dieses Dings ‚Gesellschaft‘, d.h. der vorausgesetzten gesellschaftlichen Wirklichkeit, selbst zu einem Problem. Die Versuche der Rechtswissenschaft, sich angesichts dieser Probleme zu behaupten, betreffen eine ganz andere Ebene als diejenige des Staates. Sie werden in die normativistische Trennung zwischen Sein und Sollen Anfang des 20. Jahrhunderts münden, die sowohl für die Soziologie nach Weber (und bis heute) als auch für die Rechtswissenschaft zum Differenzkriterium der eigenen Disziplin wird.

Damit gerät die Normativität ins Zentrum der Frage nach der Rechtsmacht. Man muss m.E. mit Petra Gehring fragen: „Was wäre, wenn hier gerade die Juridizität ihre Strategie ansiedelt?“ Denn „[v]ielleicht beruht ja die Macht des Juridischen eben darauf, dass es sich *als diese Trennung* zur Geltung bringt und *vermittels dieser Trennung* wirkungsvoll inszeniert“ (Gehring 2000: 30, H.i.O.). Daher darf man in der Analyse der Macht-Wissen-Komplexe das epistemische Dispositiv des Rechts nicht als Formation von Wahrheitsaussagen präfigurieren und dem folgend nach Mechanismen der Wahrheitsaussagen untersuchen. Denn dann entginge der Analyse genau dieser strategische Einsatz der Normativität – und damit ein zentraler Aspekt der Macht des Juridischen in der (westlichen) Moderne. Verkannt würde dann aber zugleich sein Einfluss auf die entstehenden Soziologien – und damit der politische Charakter dieser Soziologien, die in ihren genuinen Formen der Adressierung des Rechts zum Ausdruck kommt.

6. Erschließungsebene

Die bisherigen Überlegungen bezogen sich auf die methodologischen Prämissen der Analyse des epistemischen Dispositivs des Rechts. Darüber ließen sich die zentralen Themenfelder aufzeigen, die es bei der Untersuchung des doppelten Konstitutionsverhältnisses von Recht und Gesellschaft im Blick zu behalten gilt: Die Autonomie des Rechts, die Normativität des Rechts, das Verhältnis von Recht und Soziologie sowie die Problematisierung von Recht und Macht. Damit ist jedoch noch nicht ge-

klärt, was man für die Frage, wie und in welcher Form die Entdeckung des epistemischen Dings ‚Gesellschaft‘ im deutschen Recht des 19. Jahrhunderts die entstehende Soziologie beeinflusste, zu untersuchen hat. Oder anders formuliert: Die Ebene der Erschließung ist noch nicht geklärt.

Die hier gewählte Perspektive auf das doppelte Konstitutionsverhältnis von Recht und Gesellschaft bestimmt jedoch zugleich diese Erschließungsebene der Untersuchung. Denn wird als Ausgangsproblem der soziologisch-geschichtlichen Untersuchung das heute problematische Verhältnis zwischen Recht und Gesellschaft in der Soziologie gewählt, so folgt die Auswahl des Materials dem strategischen Paradigma des Problems. Daher wird der Interferenzraum zwischen diesen beiden Bereichen zum Ausgangspunkt der Untersuchung genommen. Die Auswahl der soziologischen Autoren erfolgt über die augenscheinliche Wichtigkeit des Rechts der bis heute als zentrale Figuren fungierenden Soziologen Émile Durkheim, Ferdinand Tönnies und Max Weber. Ins Auge sticht dabei, dass sie für das Vorhaben vorwiegend das Privatrecht adressieren. Die Auswahl des rechtswissenschaftlichen Materials wiederum erfolgte über einen doppelten Filter: einerseits über die Bezüge, die Durkheim, Tönnies und Weber zum Recht herstellen; andererseits über die Frage, in welchen diskursiven Praktiken der Privatrechtswissenschaft die Gesellschaft als fragengenerierendes epistemisches Ding eine Rolle spielte.⁶⁵

In diesem Interferenzraum zeigen sich gerade über das epistemischen Ding ‚Gesellschaft‘ Anschlussmöglichkeiten an die juristischen Diskurse und Bestimmungen für die soziologischen Entwürfe sowie Konvergenzen in der Adressierung des Sozialen und in der soziologischen Adressierungen des Rechts. Zugleich werden Differenzen zwischen den proklamierten juristischen und soziologischen Perspektiven deutlich. Sowohl in den Konvergenzen als auch in den Differenzen sind die Gründe für die genannten Schwierigkeiten der Soziologie mit dem Recht zu suchen, auf die man heute trifft. Denn hier wurden – wie anhand von Durkheims, Tönnies‘ und Webers Versionen der Soziologie zu zeigen sein wird – Abzweigungen gewählt, die in der Folge das Recht für die Soziologie aus dem Blick geraten ließen.

65 Die Frage nach der Erschließungsebene betrifft das Archiv als Beschreibung des allgemeinen Operationsraums der Untersuchung. Hier unterscheidet sich die vorliegende Untersuchung am deutlichsten von der Analyse diskursiver Dispositive nach Foucault (vgl. hierzu Gehring 2004: 63ff.), wird doch die Eingrenzung des Materials über die ‚Vorgaben‘ der analysierten soziologischen Autoren gelöst.