

# Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft

Herausgegeben von  
INO AUGSBERG,  
SASKIA LETTMAIER und  
RUDOLF MEYER-PRITZL

---

**Mohr Siebeck**

Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts  
und der Rechtswissenschaft





Hermann Kantorowicz'  
Begriff des Rechts  
und der Rechtswissenschaft

herausgegeben von

Ino Augsberg, Saskia Lettmaier  
und Rudolf Meyer-Pritzl

Mohr Siebeck

*Ino Augsberg*, geboren 1976, ist Inhaber des Lehrstuhls für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht sowie Co-Direktor des Hermann Kantorowicz-Instituts für juristische Grundlagenforschung an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

*Saskia Lettmaier*, geboren 1979, ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung sowie Co-Direktorin des Hermann Kantorowicz-Instituts für juristische Grundlagenforschung an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

*Rudolf Meyer-Prüzl*, geboren 1961, ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Römisches Recht, Europäische Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Rechtsvergleichung sowie Co-Direktor des Hermann Kantorowicz-Instituts für juristische Grundlagenforschung an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel.

ISBN 978-3-16-159798-5/ eISBN 978-3-16-159799-2  
DOI 10.1628/978-3-16-159799-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Martin Fischer in Tübingen aus der Garamond gesetzt, von Laupp & Göbel in Gomaringen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Im Jahr 2012 haben Robert Alexy und Rudolf Meyer-Pritzl an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel ein Institut gegründet, das sich der „juristischen Grundlagenforschung“, insbesondere auf den Gebieten der Rechtsphilosophie und der Rechtsgeschichte, widmen sollte. Im ehrenden Gedenken an einen der originellsten Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts, der 1929 in Kiel seine erste ordentliche Professur antrat, nur vier Jahre später jedoch durch die Nationalsozialisten von dieser Stelle wieder vertrieben wurde, trägt das Institut den Namen Hermann Kantorowicz’.

Anlässlich des fünfjährigen Bestehens des Kantorowicz-Instituts fand im November 2017 eine Tagung statt, die sich dem so außerordentlich vielfältigen, auch und insbesondere, aber keineswegs ausschließlich rechtshistorischen und rechtsphilosophischen Werk von Kantorowicz widmen wollte. Der vorliegende Band versammelt die Beiträge dieser Tagung. Hinzugekommen ist ein Aufsatz von Monika Frommel, der sich mit Kantorowicz’ Werk und Wirkung als Strafrechtler beschäftigt. Allen Beiträgerinnen und Beiträgern gilt unser herzlicher Dank. Ein besonderer Dank gilt zudem dem Freiburger Universitätsarchiv unter seinem Leiter Prof. Dr. Dieter Speck für die freundliche Erlaubnis, den Briefwechsel von Kantorowicz und Llewellyn hier erstmals abzudrucken.

Kiel, im April 2020

Ino Augsberg  
Saskia Lettmaier  
Rudolf Meyer-Pritzl



# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
---------------	---

## I. Rechtsphilosophie und Rechtstheorie

*Andreas Funke*

Er wollte nicht nur Teil einer Jugendbewegung sein. Eine Interpretation des Freirechts .....	3
---	---

*Ino Augsberg*

Kantorowicz' Begriff des (Rechts-)Begriffs .....	25
--	----

## II. Rechtsgeschichte

*Rudolf Meyer-Pritzl*

Zur Bedeutung der Wissenschaft vom römischen Recht in Leben und Werk von Hermann Kantorowicz .....	41
---	----

*Dennis Bock*

Kantorowicz und Albertus Gandinus .....	75
---	----

*Saskia Lettmaier*

Kantorowicz' Begriff von Rechtsgeschichte .....	85
---	----

*Michael H. Hoeflich*

Hermann Kantorowicz: Medievalist & Controversialist .....	111
---	-----

## III. Strafrecht und Völkerrecht

*Helmut Philipp Aust*

Zwischen Freirecht und Völkerpsychologie: Hermann Kantorowicz und die völkerrechtliche Kriegsschuldfrage .....	129
---	-----

*Monika Frommel*

Tat und Schuld (1933) – ein vergessenes Buch von H. Kantorowicz . . . . . 149

#### IV. Beziehungen und Begegnungen

*Susanne Lepsius*

Freie Rechtsfindung und der Habitus des Juristen – Hermann

Kantorowicz im Dialog mit Gustav Radbruch . . . . . 177

*Marc André Wiegand*

Hermann Kantorowicz und die Rechtsphilosophie Emil Lasks . . . . . 209

*Katharina Isabel Schmidt*

„*Many Shafts of Insight*“ – Zu Parallelen und Divergenzen zwischen

Hermann Kantorowicz' *The Definition of Law* (1958) und H. L. A. Harts

*The Concept of Law* (1961) . . . . . 227

*Kristina Schönfeldt*

Der Briefwechsel zwischen Hermann Kantorowicz und Karl Nickerson

Llewellyn – ein Beitrag zum transatlantischen Dialog um Recht und

Methode . . . . . 247

*Anhang:* Der Briefwechsel zwischen Hermann Kantorowicz

und Karl Nickerson Llewellyn 1927–1932 . . . . . 267

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren . . . . . 287

Namensregister . . . . . 289

# I. Rechtsphilosophie und Rechtstheorie



# Er wollte nicht nur Teil einer Jugendbewegung sein

## Eine Interpretation des Freirechts

*Andreas Funke*

### I. Wie können Kantorowicz' rechtsphilosophische Splitter gelesen werden?

Die Rechtsphilosophie war für Kantorowicz ein selbstverständlicher Teil seiner beeindruckend breiten akademischen juristischen Bildung. Er hat regelmäßig Lehrveranstaltungen zur Rechtsphilosophie angeboten, rezensiert, Aufsätze verfasst. Aber die Rechtsphilosophie war auch ein akademisches Projekt: Kantorowicz plante eine geschlossene „Rechtsphilosophie“, er berichtete darüber in Briefen<sup>1</sup> und kündigte sie in Veröffentlichungen an.<sup>2</sup> Fertiggestellt wurde das Buch nicht. Wer sich mit einem rechtsphilosophischen Erkenntnisinteresse dem Werk Kantorowicz' nähert, muss sich deshalb mit den oft skizzenhaften, anlassbezogenen Publikationen begnügen. Mein erstes eigenes Interesse an Kantorowicz ging, um mit einer persönlichen Bemerkung zu beginnen, sogar ins Leere: Ich habe mich in meiner Dissertation mit der deutschen Rechtstheorie des frühen 20. Jahrhunderts befasst und versucht, aus der damaligen vielschichtigen Diskussion ein Forschungsfeld herauszuschälen, das unter dem Titel „Allgemeine Rechtslehre“ eine strukturorientierte analytische Rechtstheorie zu entwickeln versuchte. Kantorowicz war für dieses Projekt eine Randfigur.<sup>3</sup> Thematisch stand er dem Projekt fern, und die Arbeiten, die er im Untersuchungsraum verfasst hatte, erwiesen sich als wenig ergiebig. Kantorowicz' Schrift über die

---

<sup>1</sup> In seinen Briefen an Gustav Radbruch erwähnt Kantorowicz gelegentlich die Arbeit an einer „Rechtsphilosophie“. Als er während des Krieges für felddienstfähig erklärt wird, ordnet er „für alle Fälle“ das Manuskript, so dass seine Frau es herausgeben kann (Brief v. 26.5.1916, Konvolut Universitätsarchiv Freiburg, Blatt 161). Am 25.1.1918 schreibt er: „Ich arbeite taglich an meiner Rechtsphilosophie die sich in ein lebendes Wesen verwandelt und haeuetet.“ (Konvolut Universitätsarchiv Freiburg, Blatt 174). Im Brief vom 21. Mai 1918 (gleiches Blatt) berichtet er über weitere Arbeiten daran.

<sup>2</sup> Dazu *Karlbeinz Muscheler*, Relativismus und Freirecht. Ein Versuch über Hermann Kantorowicz, Heidelberg 1984, S. 38.

<sup>3</sup> Obwohl er die Allgemeine Rechtslehre immer wohlwollend im Blick hatte und ihr rechtswissenschaftstheoretisch einen Platz einräumte, siehe etwa *Hermann Kantorowicz*, Der Begriff des Rechts, Göttingen [1963], S. 37f. Etwas skeptischer allerdings noch *ders.*, Rez. von: Adolf Reinach, Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts, Logos 8 (1919), S. 111 (112).

Freirechtslehre war erfrischend polemisch, aber in ihrem doch eher schlichten Voluntarismus systematisch unbefriedigend.<sup>4</sup> Die Kritik an Rudolf Stammlers „Lehre vom richtigen Recht“ war scharfzüngig, präzise, überzeugend – aber als Kritik, zumal an einem spröden Stück Rechtsphilosophie, fehlte der Schrift die konstruktive Perspektive.<sup>5</sup> Kantorowicz’ Text über die Rechtssoziologie war elegant und skizzierte eine anschlussfähige Wissenschaftssystematik.<sup>6</sup> Freilich fügte sie den neukantianischen Entwürfen Max Webers, Heinrich Rickerts oder Emil Lasks im Wesentlichen nur einige Nuancierungen hinzu und schien mir ihren Wert vor allem für die Rechtssoziologie selbst zu haben.

Weil das rechtsphilosophische Werk Kantorowicz’ fragmentarisch ist, müssen die Grundzüge seiner rechtsphilosophischen Auffassung aus den genannten Schriften rekonstruiert werden. Arbeiten aus anderen Bereichen, etwa der Strafrechtsdogmatik, sind dabei hilfreich. Eigentlich lassen sich nicht einmal Eckpunkte eines auszufüllenden Feldes bestimmen. Anders ist dies beispielsweise in der „Rechtsphilosophie“ seines Freundes Gustav Radbruch, die schon äußerlich einen gewissen systematischen Rahmen erkennen lassen soll: § 1 Wirklichkeit und Wert, § 2 Rechtsphilosophie als Rechtswertbetrachtung und so weiter.<sup>7</sup> Einen Autor wie Radbruch zu interpretieren, ist deshalb in meinen Augen etwas anderes, als Kantorowicz zu interpretieren. Die Interpreten sind bei Kantorowicz in ungleich größerem Maße auf ein extrapolierendes Vorgehen angewiesen.<sup>8</sup> Zwangsläufig wächst die Freiheit im Umgang mit den Texten. Von dieser Freiheit machen die folgenden Gedanken vorsichtig Gebrauch. Zunächst ist zu erläutern, in welcher Hinsicht ein erneutes Zusammensetzen der rechtsphilosophischen Gedankensplitter Kantorowicz’ vielversprechend erscheint (unter II). Kantorowicz legte großen Wert darauf, das Konzept „Recht“ begrifflich, epistemologisch und ontologisch zu klären. In seinem Spätwerk führte das wie von selbst zurück zum Freirecht (unter III). Das Freirecht wird in der Sekundärliteratur überwiegend als eine methodologische Figur der Lückenfüllung verstanden und Kantorowicz hat es selbst auch so exponiert.<sup>9</sup>

<sup>4</sup> Hermann Kantorowicz, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906), in: ders., Rechtswissenschaft und Soziologie, hrsg. v. Thomas Würtenberger, Karlsruhe 1962, S. 1.

<sup>5</sup> Hermann Kantorowicz, Zur Lehre vom richtigen Recht, Berlin Leipzig 1909.

<sup>6</sup> Hermann Kantorowicz, Rechtswissenschaft und Soziologie (1911), in: ders., Rechtswissenschaft (Fn. 4), S. 117.

<sup>7</sup> Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932 (Nachdruck Heidelberg 1999).

<sup>8</sup> Die Notwendigkeit der Extrapolation betont auch *Muscheler*, Relativismus (Fn. 2), in seiner grundlegenden Arbeit über Kantorowicz immer wieder; zum fragmentarischen Charakter *Ino Augsberg*, Hermann Kantorowicz und die Freiheit des Rechts, in: Andreas von Arnould/Ino Augsberg/Rudolf Meyer-Pritzl (Hrsg.), 350 Jahre Rechtswissenschaftliche Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel, Tübingen 2018, S. 191 (195, 215).

<sup>9</sup> Vgl. etwa *Monika Frommel*, Hermann Ulrich Kantorowicz (1877–1940), in: Helmut Heinrichs/Harald Franzki u. a. (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, München 1993, S. 631 (636). Eine griffige Definition des Freirechts ist nicht verfügbar; eine vergleichsweise kurze, aber immer noch gut halbseitige Darlegung der Grundgedanken der Freirechtslehre gibt

Dennoch, in gewisser Distanz zu den bisherigen Interpretationen denke ich, dass das Freirecht eigentlich die dogmatische Behandlung des Rechts bezeichnet und damit ein Verfahren, das – anders als der Begriff anzeigt – alles andere als frei ist, sondern vielfältige Bindungen mit sich bringt. Dadurch soll nichts Geringeres als die Vernünftigkeit des Rechts bewahrt werden (unter IV).

## II. Zwecke und Normen

Heutzutage wird kaum noch bestritten, dass das Rechtssystem „nicht nur als einzelne aneinandergereihte Anordnungen [...], sondern als ein durch Zwecke und allgemeine Absichten sinnvoll geordnetes Ganzes“ aufzufassen ist.<sup>10</sup> Es hat jedoch lange gedauert, bis die deutschsprachige analytische Rechtstheorie zu dieser Erkenntnis gelangt ist. Die Rechtstheorie hätte insoweit im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts bei Rudolf von Jherings „Zweck im Recht“ aus den Jahren 1877 bzw. 1884 Inspiration finden können. Aber ihr war – in Gestalt der erwähnten Allgemeinen Rechtslehre – der Jhering *vor* der „Wende“ ein Vorbild, der mit seiner „naturhistorischen Methode“ dem „Alphabet des Rechts“ auf der Spur war, verstanden als „ein auf seine logischen Momente reduziertes Recht“.<sup>11</sup> Dass das Recht mehr als nur singuläre Anordnungen, sondern auch Rechtsgrundsätze und Rechtsprinzipien enthält, hat im Kontext der analytischen Rechtstheorie wohl erst Ronald Dworkin in seiner Kritik an H. L. A. Hart zu zeigen versucht.<sup>12</sup> Der verbreitete, auch von Kantorowicz aufgestellte Befund, mit Jhering habe in der deutschen Rechtswissenschaft eine neue, zweckorientierte Epoche begonnen,<sup>13</sup> beschönigt die Dinge insofern ein wenig. Und nicht

---

Kantorowicz in *Hermann Kantorowicz*, Rationalistische Bemerkungen über Realismus (1934), in: ders., Rechtswissenschaft (Fn. 4), S. 101 (102).

<sup>10</sup> *Ota Weinberger*, Norm und Institution. Eine Einführung in die Theorie des Rechts, Wien 1988, S. 96.

<sup>11</sup> *Rudolf von Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Erster Teil, 9. Aufl., Darmstadt 1953, S. 41. Dazu *Christoph-Eric Mecke*, Begriff des Rechts und Methode der Rechtswissenschaft bei Rudolf von Jhering, Göttingen 2018, S. 472 ff.; *Andreas Funke*, Allgemeine Rechtslehre als juristische Strukturtheorie. Entwicklung und gegenwärtige Bedeutung der Rechtstheorie um 1900, Tübingen 2004, S. 103 ff.; zur „Wende“ *Mecke*, a. a. O., 242 ff., 345 ff.; *Okko Behrends*, Jherings „Umschwung“, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung 134 (2017), S. 539.

<sup>12</sup> *Ronald Dworkin*, Taking Rights Seriously, Cambridge 1977, S. 14 ff.

<sup>13</sup> Vgl. *Hermann Kantorowicz*, Die Epochen der Rechtswissenschaft (1914), in: Hermann Kantorowicz, Rechtshistorische Schriften, Karlsruhe 1970, S. 1 (13 f.). Zu Jherings Bedeutung, einschließlich jüngerer Differenzierungen, siehe nur *Thomas Wischmeyer*, Zwecke im Recht des Verfassungsstaates. Geschichte und Theorie einer juristischen Denkfigur, Tübingen 2015, S. 55 ff.; zu Kantorowicz ebd., S. 160 ff. Kantorowicz hat gelegentlich die Bedeutung des späten Jhering für den Freirechtsgedanken betont, siehe *Hermann Kantorowicz*, Aus der Vorgeschichte der Freirechtsschule, Mannheim Berlin Leipzig 1925, S. 39; *ders.*, Tat und Schuld, Zürich Leipzig 1933, S. 25.

zuletzt war Kantorowicz über die von ihm ausgerufene freirechtliche Bewegung selbst ein maßgeblicher Akteur jener Epoche.

Jedoch ist nicht klar, welche juristische Bedeutung Zwecke genau haben. Die Schwierigkeiten lassen sich gerade anhand der Theorie des eben erwähnten Dworkin veranschaulichen. Die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien wurde zwar in Deutschland zur Grundlage einer wahrhaften Universaltheorie des Rechts ausgebaut.<sup>14</sup> Dworkin selbst vernachlässigte sie später zugunsten einer stärker hermeneutischen Konzeption. Er fasst das Recht als eine soziale Praxis auf, die sich in gewisser Weise selbst interpretiert, und diese Praxis ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass sie essentiell mit Zwecken und nicht mit Ursachen befasst ist.<sup>15</sup> Dabei handele es sich nicht um die Zwecke, die irgendein Autor verfolge, sondern um diejenigen, die der Interpret im Rahmen einer *konstruktiven Interpretation* entwirft. Sie besteht darin, einem Objekt oder einer Praxis einen Zweck zuzuschreiben, um das Objekt zu dem bestmöglichen Exemplar der Form oder des Genres zu machen, zu dem das Objekt gehört.<sup>16</sup> Dworkin nennt dies die interpretative Haltung.<sup>17</sup> Im Recht bedeutet dies, dass etwa Richter je für sich Theorien darüber aufstellen, welcher *point*, d. h. welcher rechtfertigende Zweck, der jeweiligen praktizierten Rechtsordnung als ganzer zugrunde liegt.<sup>18</sup> Letztlich also streben Richter nach einem Gleichgewicht zwischen der vorgefundenen Rechtspraxis und der bestmöglichen Rechtfertigung dieser Praxis.<sup>19</sup>

Meines Erachtens ist es eine sehr interessante Frage, welche Rolle der Zweckbegriff in einer solchen postanalytischen hermeneutischen Rechtstheorie spielt und wie er sich zum Begriff des Werts verhält. Darüber ließe sich auch bei Gustav Radbruch lange spekulieren, aber ich bleibe bei Dworkin: Dass eine Praxis einem bestimmten Zweck dient und dass dieser Zweck vom Interpretieren der Praxis zugeschrieben wird, soll in seiner Theorie gleichbedeutend mit der Zuschreibung sein, dass die jeweilige Praxis *value*, also Wert, hat, dass sie einem bestimmten Interesse dient oder ein bestimmtes Prinzip verwirklicht.<sup>20</sup> Aber Werte gelten, Zwecke hingegen werden gesetzt – soll dieser Unterschied keine Rolle mehr spielen? Das Problem wird durch einen weiteren Aspekt noch komplizierter. Für die Rechtfertigung von moralischen und rechtlichen Grundsätzen entwickelt Dworkin ein deontologisches, von Kant beeinflusstes Begründungsprogramm,

<sup>14</sup> Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996.

<sup>15</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass. 1986, S. 51; vgl. zu den methodischen Veränderungen Ken Kress, *The Interpretive Turn*, *Ethics* 97 (1987), S. 834.

<sup>16</sup> Dworkin, *Empire* (Fn. 15), S. 52. Demnach zielt konstruktive Interpretation nicht darauf, historische Intentionen zu ermitteln, doch liefere das Konzept der Intention die formale Struktur für interpretative Behauptungen, a. a. O., S. 58. Dazu auch unter D II.

<sup>17</sup> Dworkin, *Empire* (Fn. 15), S. 46 ff.

<sup>18</sup> Dworkin, *Empire* (Fn. 15), S. 87 f.

<sup>19</sup> Dworkin, *Empire* (Fn. 15), S. 90.

<sup>20</sup> Vgl. etwa Dworkin, *Empire* (Fn. 15), S. 47.

das Handlungen nach den Maximen beurteilt, die ihnen zugrunde liegen.<sup>21</sup> Aber es stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die teleologische Betrachtung, die Teil der konstruktiven Interpretation ist, und die deontologischen Rechtfertigungsprozeduren zueinander stehen. Es ist naheliegend anzunehmen, dass sie miteinander verschränkt sind, aber es ist schwer zu sagen, wie das genau aussehen soll.

Diese Frage kann als solche im Folgenden nicht näher untersucht werden. Ich werfe sie aber deshalb auf, weil bei Hermann Kantorowicz ein ähnliches Nebeneinander von teleologischen und deontologischen Verfahren(sweisen) zu beobachten ist. Ob seine Schriften ergiebig genug sind, um die Frage nach dem Verhältnis dieser beiden Verfahren zu beantworten, bezweifle ich. Aber: Wenn wir diese Frage an Kantorowicz' Schriften herantragen, können wir seinen vielleicht wirkungsvollsten Beitrag zur Rechtswissenschaft, die Idee eines Frei-rechts, besser verstehen.

### III. Der Rechtsbegriff im Werk von Kantorowicz

Typisch für seine Zeit, nähert sich Kantorowicz dem Recht über den Begriff des Rechts. Diese Spur ist genauer zu verfolgen, weil Kantorowicz in mehreren, durchaus unterschiedlichen Anläufen erst langsam eine feste Auffassung ausbildet.

#### 1. Nominal- und Realdefinition

Den Ausgangspunkt bildet in Kantorowicz' Schaffen die Art und Weise, in der Rudolf Stammler die Rolle des Rechtsbegriffs bestimmte. Wie ein Mantra wiederholte Stammler in seinen Schriften ein Argument, das Kantorowicz aufgriff und auf interessante Weise zurückwies. Stammler war der Auffassung, rechtliche Begriffe, der Begriff des Rechts selbst oder der Begriff des richtigen Rechts könnten nicht aufgrund einer Verallgemeinerung aus rechtlichen Gegebenheiten gewonnen werden, denn dies sei zirkulär. Die Begriffe müssten dann schon vorher feststehen.<sup>22</sup> Stammler wurde wegen dieses Arguments von seinen Zeitgenossen das Verdienst zugeschrieben, das erkenntnistheoretische

<sup>21</sup> *Ronald Dworkin*, Justice for Hedgehogs, Cambridge, Mass. 2011. Für Kant ist der von Menschen mit Handlungen verfolgte Zweck „Materie der Willkür“ und als solcher für die formale Bestimmung des Rechtsbegriffs irrelevant, *Immanuel Kant*, Metaphysik der Sitten, Erster Teil, in: Immanuel Kant, Werkausgabe, Bd. VIII, hrsg. v. Wilhelm Weischedel, Frankfurt am Main 1977, S. 307, Einleitung in die Rechtslehre, § B.

<sup>22</sup> Vgl. etwa *Rudolf Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft, Halle/Saale 1911, S. 46f.; weitere Nachweise bei *Funke*, Allgemeine Rechtslehre (Fn. 11), S. 157ff.

Problem des Rechts klar erkannt zu haben.<sup>23</sup> Folgerichtig mussten Autoren wie Stammler selbst, Gustav Radbruch oder Julius Binder, um dem Zirkelargument zu begegnen, den Rechtsbegriff transzendentalphilosophisch überhöhen. Kantorowicz schließt sich dem nicht an. Er verweist schlicht darauf, dass es unumgänglich sei, eine Nominaldefinition zu setzen.<sup>24</sup> Sie erlaube es, eine Realdefinition in Abhängigkeit von der historischen Kontingenz des Rechtsmaterials erst noch zu entwickeln. Einziges Kriterium für die Bewährung einer Nominaldefinition ist ihre wissenschaftliche Fruchtbarkeit.<sup>25</sup> Die Erkenntnis beginnt mit der Realdefinition.<sup>26</sup>

Bemerkenswert ist daran, dass Kantorowicz ein vermittelndes Verfahren wählt. Den Neukantianern wurde geradezu schwindlig in dem, wie es in einer Untersuchung heißt, „logischer(n) Wirbelkreis, aus dem kein Ausgang zu finden ist“<sup>27</sup>; manche suchten wie Felix Somló Zuflucht zu der eigenartigen Vorstellung eines relativen Apriori.<sup>28</sup> Kantorowicz entwindet sich geschickt dem transzendentalphilosophischen Wirbel, indem er, so würde ich sein Vorgehen interpretieren, die Frage nach den Bedingungen der Möglichkeit rechtswissenschaftlicher Erkenntnis für falsch gestellt hält. Kantorowicz scheint mir die Behauptung zurückzuweisen, man könne die erkenntnistheoretische Fragestellung Kants sinnvoll auf die Rechtswissenschaft übertragen.<sup>29</sup>

Genau das gleiche definitorische Verfahren findet sich, unter einer etwas anderen Terminologie, auch in den Arbeiten Kantorowicz' aus den 1920er und 1930er Jahren, nun unter dem Motto des „Begriffspragmatismus“.<sup>30</sup> Kantorowicz wendet es im Rahmen einer Analyse von „Staatsauffassungen“ auf den Staatsbegriff ebenso an wie später, für den Rechtsbegriff, auf die Ordnungsbedürfnisse eines global ausgerichteten rechtswissenschaftsgeschichtlichen Projekts. Die in diesem Zusammenhang ausdrücklich aufgestellte Rechtsdefinition wird im Folgenden ausgeblendet, eben weil sie diese spezifischen Funktionen hat.<sup>31</sup> Sie verdankt sich, anders gesagt, einer Beobachterperspektive auf das Recht. Die

<sup>23</sup> Julius Binder, Ueber kritische und metaphysische Rechtsphilosophie, ARWP 9 (1915/16), S. 142 (147).

<sup>24</sup> Kantorowicz, Lehre (Fn. 5), S. 16 ff.

<sup>25</sup> Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 18.

<sup>26</sup> Vgl. Hermann Kantorowicz, Staatsauffassungen (1925), in: ders., Rechtswissenschaft (Fn. 4), S. 69 (72).

<sup>27</sup> G. A. Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, München 1914, S. 81.

<sup>28</sup> Felix Somló, Juristische Grundlehre, 2. Aufl., Leipzig 1927, S. 127.

<sup>29</sup> Was die Neukantianer in der Rechtsphilosophie gerade versucht haben, siehe Wielikowski, Neukantianer (Fn. 27), S. 10; Horst Dreier, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 2. Aufl., Baden-Baden 1990, S. 70; Wolfgang Kersting, Neukantianische Rechtsbegründung, in: ders., Politik und Recht, Weilerswist 2000, S. 334 (338 ff.).

<sup>30</sup> Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 73; ders., Legal Science, Columbia Law Review 28 (1928), S. 679 (681); ders., Begriff (Fn. 3), S. 22.

<sup>31</sup> Vgl. Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 28; die Definition S. 36 f. Sie deckt sich allerdings mit dem Begriff, der in „Legal Science“ aufgestellt wurde, ders., Rechtswissenschaft – Eine kurze Zusammenfassung ihrer Methodologie (1928), in: ders., Rechtswissenschaft (Fn. 4), S. 83 (89).

Teilnehmerperspektive nimmt Kantorowicz im Rahmen seiner Rechtswissenschaftstheorie ein. Hier entwickelt er eine weitere Bestimmung des Rechts, die unsere Aufmerksamkeit verdient.

## 2. *Recht als Sinngebilde*

In seinen wissenschaftstheoretischen Arbeiten weist Kantorowicz – in etwa ab 1919 – dem Recht einen ontologischen Ort zu. Er möchte Wirklichkeit, Sinn und Wert streng unterscheiden. Dahinter steht eine bestimmte Erkenntnistheorie, sein (berühmter) „Methodentalismus“.<sup>32</sup> Das Recht müsse als ein Sinngebilde aufgefasst werden, so wie Zahlen.<sup>33</sup> Im Unterschied zu Zahlen sei das Recht allerdings zeitlich. Als Sinngebilde sei das Recht sowohl von physischer und psychischer Wirklichkeit, also von natürlichen Handlungen oder psychischen Prozessen, wie auch von Werten zu trennen. Sinn und Wert des Rechts laufen in diesem Zugriff offenbar nebeneinander her. Dies ist anders bei Radbruch, der über das Prinzip der theoretischen Wertbeziehung eine Verbindung sucht. Der Rechtsbegriff könne, so Radbruchs bekannter, dunkler Satz, nicht anders bestimmt werden als die Wirklichkeit, die den Sinn habe, der Rechtsidee zu dienen.<sup>34</sup> Kantorowicz setzt etwas anders an. Als Sinngebilde kann das Recht, so Kantorowicz, von den einschlägigen Wertwissenschaften, nämlich Rechtspolitik und Rechtsphilosophie, an Werten gemessen werden. Dies hat zur Voraussetzung, dass der Sinn erst einmal ermittelt wird.<sup>35</sup>

„Den Sinn des objektiven Rechts erforschen wir, wenn wir die konstruktive Frage stellen, welche seiner möglichen Auslegungen mit allen anderen Rechtssätzen zusammen ein widerspruchsloses Ganzes ergibt; seinen Wert, wenn wir die kritische Frage stellen, ob dieser Sinn ein gerechter sei [...]“.<sup>36</sup>

Werte beziehen sich, so Kantorowicz, auf die Wirklichkeit. Sie sollten verwirklicht werden oder sie sollten nicht verwirklicht werden.<sup>37</sup> Werte sind objektiv gültig, d. h. ihre Geltung ist nicht von unserem Wissen und Willen ab-

<sup>32</sup> Vgl. erstmals ausführlich wohl Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26); weiter ders., Legal Science (Fn. 30) (682 ff.); ders., The Concept of the State, *Economica* [LSE] 12 (1932), S. 1 (2 ff.).

<sup>33</sup> Kantorowicz, Reinach (Fn. 3), S. 115.

<sup>34</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 7), S. 3; zur Interpretation siehe nur aus der jüngeren Literatur die unterschiedlichen Positionen bei Andreas Funke, Radbruchs Rechtsbegriffe, ihr neukantianischer Hintergrund und ihr staatsrechtlicher Kontext, in: Martin Borowski/Stanley L. Paulson (Hrsg.), Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch, Tübingen 2015, S. 23 (28 ff.); Ulfried Neumann, Zum Verhältnis von Rechtsgeltung und Rechtsbegriff, ebd., S. 129 (133 ff.); Ralf Dreier, Kontinuitäten und Diskontinuitäten in der Rechtsphilosophie Radbruchs, ebd., S. 183 (195 ff.).

<sup>35</sup> Vgl. Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 71 f.; Kantorowicz, Rechtswissenschaft (Fn. 31), S. 87.

<sup>36</sup> Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 72.

<sup>37</sup> Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 86.

hängig.<sup>38</sup> Doch sind die praktischen Werte der Sittlichkeit oder Gerechtigkeit nicht allgemeingültig, sondern nur relativ.<sup>39</sup> Kantorowicz führt dies u. a. darauf zurück, dass insoweit unterschiedliche Arten von Gewissen im Hintergrund stehen, die sich durch verschiedene Arten von Endzielen unterscheiden. Werte werden durch Vernunft erkannt, nämlich dadurch, dass wir unsere Pflicht erkennen, in einer bestimmten Art zu handeln.<sup>40</sup> Wie das praktisch aussieht, erläutert Kantorowicz knapp: „Die Kategorien der Beweisführung sind hauptsächlich teleologische, nämlich Mittel und Zwecke.“<sup>41</sup> Hier sehen wir genau jenes Nebeneinander von teleologischer und deontologischer Betrachtung, von dem eingangs die Rede war. Für die Wissenschaft folgt aus dem Wertrelativismus das Gebot, sich zurückzuhalten: Praktische Werturteile sind der Wissenschaft verwehrt, sie könne solche Werturteile nur zu ihrem Gegenstand haben, systematisierend ordnen etc.<sup>42</sup>

### 3. Die Rechtswissenschaft als Wertwissenschaft

Nach dem Vorstehenden wäre die Rechtswissenschaft gewissermaßen eine Sinnwissenschaft. Sie würde nicht selbst werten. Aber diese Schlussfolgerung lässt sich erstaunlicherweise so nicht ziehen. In der wissenschaftstheoretischen Kartographie Kantorowicz' hat die Rechtswissenschaft einen besonderen Platz. Genaugenommen steht sie außerhalb des Schemas der Disziplinen.<sup>43</sup> Sie ist, wie Kantorowicz – vielleicht in einer Übergangsphase zum Spätwerk – herausstreicht, nicht Wort-, sondern Wertwissenschaft.<sup>44</sup> Dies soll gleichbedeutend damit sein, dass die Rechtswissenschaft „im Dienste von Zwecken des sozialen Lebens“ steht. Diese Zwecke sind nun, wie Kantorowicz herausstellt, nicht diejenigen, die der „Gesetzgeber“ verfolgt habe, also die sich etwa in den Materialien finden würden.<sup>45</sup> Sie müssen vielmehr aus den Wirkungen des Gesetzes erschlossen werden. Es handle sich nämlich um diejenigen Wirkungen, die im Sinne des Gesetzes als wertvoll anzusehen sind. Der Richter müsse die Zwecke der Rechtsordnung als „autoritativ und unantastbar“ behandeln, weshalb er im Wesentlichen Mittel zu diesen Zwecken ermitteln müsse, was eine kausale Betrachtung erfordere.<sup>46</sup> Aber neben dieser kausalen Betrachtung steht eine wertende Betrachtung, denn die vom Gesetz verfolgten Interessen müssten an einem „Kulturwert“ gemessen werden. Dieser Kulturwert sei nichts

<sup>38</sup> Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 86.

<sup>39</sup> Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 86.

<sup>40</sup> Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 87; *ders.*, Begriff (Fn. 3), S. 87.

<sup>41</sup> Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 87.

<sup>42</sup> Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 87.

<sup>43</sup> Kantorowicz, Soziologie (Fn. 6), S. 134.

<sup>44</sup> Kantorowicz, Soziologie (Fn. 6), S. 126.

<sup>45</sup> Kantorowicz, Soziologie (Fn. 6), S. 121; ähnlich auch *ders.*, Legal Science (Fn. 30), S. 702.

<sup>46</sup> Kantorowicz, Soziologie (Fn. 6), S. 127 f.

anderes als „die Gesamtheit der von einer bestimmten Rechtsordnung verfolgten Zwecke“.47 Die Frage muss lauten, so Kantorowicz, ob die sozialen Wirkungen einer Norm ihre Aufstellung heutzutage rechtfertigen würden.48

Für die Rechtswissenschaft heißt das, dass sie, als „Normwissenschaft“, wie Kantorowicz sagt, *selbst* wertet.

„Die Rechtssoziologie ist also eine theoretische, die Wirklichkeit des sozialen Lebens mit Beziehung auf den Kulturwert des Rechtszwecks generalisierend bearbeitende Wissenschaft. Die dogmatische Jurisprudenz dagegen, die Lehre vom Inhalte und System der Rechtsnormen, steht außerhalb dieses Schemas, da sie, wie wir nach Überwindung der alten rationalistischen Rechtswissenschaftstheorie leicht erkennen, nicht – theoretisch – auf Werte beziehend verfährt, sondern – als Normwissenschaft – selbst wertet (und zwar unter generalisierenden Verfahren). In beiden Fällen ist es ganz gleich, ob der einzelne Jurist den ihm zur dogmatischen oder rechtssoziologischen Bearbeitung ‚gegebenen‘ überindividuellen Wert selbst anerkennt oder nicht.“49

Der Begriff der Normwissenschaft verweist keineswegs auf eine zu jener Zeit etablierte Disziplin oder Charakterisierung. Er findet sich mit durchaus zentraler Rolle etwa zeitgleich bei Hans Kelsen.50 Kantorowicz selbst erläutert ihn nicht weiter und hat ihn auch in anderen Schriften nicht näher entfaltet. Der Begriff soll wohl den eigentümlich normativen Charakter der Rechtsdogmatik zum Ausdruck bringen: Anders als die Rechtssoziologie bezieht sie nicht nur Phänomene theoretisch auf Werte, sondern wertet selbst und ist insofern praktisch. Nur eine persönliche Stellungnahme des jeweiligen Wissenschaftlers soll damit nicht verbunden sein. Diese „Normwissenschaft“ unterscheidet sich ganz wesentlich von Kelsens Idee einer Rechtswissenschaft als Normwissenschaft, die nach Kelsen gerade nicht selbst wertet. Kantorowicz' Rechtswissenschaft als Normwissenschaft trifft Aussagen darüber, wie die Gesetze ausgelegt und Lücken gefüllt werden *sollen*, und zwar mit Blick auf die Zwecke, die von den Gesetzen verfolgt werden.51

Diese klassifikatorischen, ordnenden Überlegungen Kantorowicz' können als systematische Ergänzung zu seinen ideengeschichtlichen Beobachtungen über die Entwicklungstypen im rechtlichen Denken angesehen werden. In seinem Aufsatz zu den „Epochen der Rechtswissenschaft“ identifiziert er „formalistische“ und „finalistische“ Richtungen, die nicht etwa historisch aufeinander fol-

<sup>47</sup> Kantorowicz, *Soziologie* (Fn. 6), S. 132.

<sup>48</sup> Kantorowicz, *Rechtswissenschaft* (Fn. 31), S. 97.

<sup>49</sup> Kantorowicz, *Soziologie* (Fn. 6), S. 134.

<sup>50</sup> Hans Kelsen, *Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft* (1916), in: Hans Kelsen, *Werke*, hrsg. v. Matthias Jestaedt, Bd. 3, Tübingen 2010, S. 551. Dahinter steht die Unterscheidung von explikativer und normativer Methode, siehe *ders.*, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911), in: Hans Kelsen, *Werke*, hrsg. v. Matthias Jestaedt, Bd. 2, Tübingen 2008, S. 54ff.

<sup>51</sup> Vgl. Kantorowicz, *Soziologie* (Fn. 6), S. 137.

gen, sondern die als durchaus widerstrebende Elemente bestimmte Epochen der Rechtsentwicklung prägen.<sup>52</sup> Kantorowicz selbst steht mit seinen Bestimmungen zur Rechtswissenschaft als Wertwissenschaft klar für jenes finalistische Denken.

Doch erneut lässt sich bei den Überlegungen Kantorowicz' ein Changieren zwischen Zweck und Wert beobachten. Die Lektüre löst Fragen aus: Ist die Zuschreibung eines Zwecks, Kantorowicz zufolge, das gleiche wie eine Bewertung? Wenn Zweck-Mittel-Relationen als kausale Beziehungen aufgefasst werden, welche Verbindung haben sie dann zu einer bewertenden Betrachtung? Müssen vielleicht Zwecke, damit sie verstanden und angewendet werden können, als Werte angesehen werden? Diese Ambivalenzen sind weiter zu verfolgen.

#### 4. *Recht als Dogma*

Kantorowicz wählt als Oberbegriff des Rechts, als *genus proximum*, den Begriff der Regel.<sup>53</sup> Dies entspricht den Gepflogenheiten der Rechtstheorie jener Zeit.<sup>54</sup> So selbstverständlich die Bestimmung scheinen mag, sie ist doch zugleich eine bemerkenswerte Verengung. Warum gerade Regeln – und nicht Argumente, Ideen, Handlungen oder anderes? Aber diese Verengung wird von einer ebenso bemerkenswerten Erweiterung begleitet. Kantorowicz unterscheidet nämlich – ab dem Aufsatz „Legal Science“ von 1928 – drei Arten von Regeln: Befehle (*commands*), Vorschriften (*norms*) und Dogmen (*dogmas*). Es handelt sich um eine Unterscheidung nach dem Grund der Gültigkeit.<sup>55</sup> Während Befehle auf Autorität, Vorschriften demgegenüber auf einer gewissenbasierten Pflicht beruhen, binden Dogmen, „weil sie logische Folgerungen anderer Regeln darstellen, deren Gültigkeit ihrerseits schon anerkannt ist“.<sup>56</sup> Die im Vergleich zur überkommenen Sichtweise vielleicht radikale Wendung, die mit dieser Differenzierung einhergeht, ist, dass das Recht nicht einfach den Befehlen, d. h. autoritativen Anordnungen, oder den Vorschriften, d. h. als verpflichtend empfundenen Vorgaben, gleichgestellt wird. Das Recht ist *im Wesentlichen* nicht Befehl oder Vorschrift. Das Recht ist vor allem Dogma. Dogmen

„müssen anerkannt werden, unabhängig von ihrem Inhalt oder Ursprung, als Teile eines in sich geschlossenen, ausgeglichenen Systems und [müssen, A. F.] deshalb kritiklos oder dogmatisch hingenommen werden. Befehle sind Wirklichkeiten (*real things*), Normen [d. h. Vorschriften, A. F.] sind Werte, und Dogmen als dritte Kategorie müssen folgerichtig Sinngebilde (*objective meanings*) sein.“<sup>57</sup>

<sup>52</sup> Kantorowicz, Epochen (Fn. 13), S. 1.

<sup>53</sup> Vgl. Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 38.

<sup>54</sup> Siehe nur Ernst Rudolf Bierling, Juristische Prinzipienlehre, Bd. 1, 1894 (Nachdruck Aalen 1979), S. 19.

<sup>55</sup> Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 45.

<sup>56</sup> Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 46.

<sup>57</sup> Kantorowicz, Rechtswissenschaft (Fn. 31), S. 89.

Argumentativ gewinnt Kantorowicz die Dogma-Natur des Rechts aus einer zweifachen Abgrenzung, gegenüber Befehlen einerseits, Werten andererseits. Zwar könne sich die Rechtswissenschaft mit der Verwirklichung oder dem Wert von Regeln beschäftigen. „(D)och weder die Rechtswirklichkeit noch der Rechtswert sind das Recht selbst.“<sup>58</sup> Wären Rechtsregeln Befehle, müssten sie Veränderungen der Wirklichkeit unterworfen sein. So sei es aber nicht: Nicht notwendigerweise ändere sich etwa das Recht, wenn der Befehlsgeber seine Absichten und Vorstellungen wechsele. Würde hingegen Rechtsregeln der Charakter von Vorschriften zugesprochen, könnte weder erklärt werden, warum sich die Juristen seit je nicht darauf beschränkt haben, die Ideen der Gerechtigkeit und Billigkeit zu analysieren, noch warum oft auch ungerechtes Recht als geltend angesehen wird.

Während Kantorowicz in dem Aufsatz „Legal Science“ die Rechtsregeln wohl ausschließlich den Dogmen zuordnet, stellt er in „The Definition of Law“ die Qualifikation etwas offener dar. Er betont, dass die Unterscheidung der drei Regelarten nicht im Sinne einer exklusiven Zuordnung verstanden werden darf. Die Unterscheidung liefert Aspekte für die Analyse von Regeln. Eine Regel kann keiner (dann gilt sie gar nicht mehr), einer, zwei oder allen drei Regelarten unterfallen. Kantorowicz veranschaulicht das am Beispiel der zehn Gebote. Sie können gelten, weil sie von göttlicher Autorität stammen, weil sie sittlich gut sind und weil sie „eine in sich zusammenhängende Gesamtheit (oder doch [...] ein Normgefüge, das durch Auslegung zu einem System gemacht wird)“ darstellen.<sup>59</sup>

Ersichtlich entspricht jeder dieser drei Arten von Regeln ein Bereich der Kantorowicz'schen Ontologie von Wirklichkeit, Wert und Sinn. Dogmen sind Sinngebilde. Diese Zuordnung mag nicht sonderlich originell erscheinen, zumal zu jener Zeit innerhalb des Neukantianismus und der Phänomenologie der Boden dafür bereitet war, Sinn und Bedeutung in den Mittelpunkt geisteswissenschaftlicher Problemstellungen zu rücken. Kantorowicz konnte sich dort bestens aus.<sup>60</sup> Doch weist Kantorowicz' Vorgehen zwei Eigenheiten auf,

<sup>58</sup> Kantorowicz, *Rechtswissenschaft* (Fn. 31), S. 90; zum Folgenden etwas ausführlicher auch *ders.*, *Begriff* (Fn. 3), S. 45–50.

<sup>59</sup> Kantorowicz, *Begriff* (Fn. 3), S. 48.

<sup>60</sup> Zum Neukantianismus siehe Kantorowicz, *Soziologie* (Fn. 6), zur Phänomenologie zum einen *ders.*, *Reinach* (Fn. 3), S. 111 (zu der Bedeutung dieser Rezension *Muscheler*, *Relativismus* (Fn. 2), S. 61), zum anderen Hinweise aus der Korrespondenz: Bei Edmund Husserl findet Kantorowicz, wie er Radbruch schreibt, seine Gedanken über „Sinn“ – der bei Husserl „Bedeutung“ genannt werde –, „vorgedacht“ (Brief v. 21.7.1916, Konvolut Universitätsarchiv Freiburg, Blatt 164). Gemeint sind vermutlich die „Logischen Untersuchungen“ Husserls, 1900/1901, vielleicht auch die „Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie. Allgemeine Einführung in die reine Phänomenologie“, 1913. Die Vorstellung einer Wesensschau lehnte Kantorowicz allerdings ab, weil sie, „statt des Forschens und Gestaltens“, zu unfruchtbarem Grübeln führe (Brief an Radbruch v. 16.8.1916, Konvolut Universitätsarchiv Freiburg, Blatt 165). Man lerne bei Husserl viel „zur Theorie der Deutung“

die Hervorhebung verdienen. Zum einen: Den Begriff des Dogmas verwendet Kantorowicz durchaus mit einer eigenen Note. Er selbst weist auf diesen Umstand hin, indem er beiläufig und etwas nebulös bemerkt, der Begriff des Dogmas werde selten gebraucht.<sup>61</sup> Ein Dogma ist für Kantorowicz wohl nicht einfach nur eine Lehrmeinung, wie es der gängigen theologischen und juristischen Bedeutung entsprechen würde. Der Begriff der Dogmatik war auch schon um die Jahrhundertwende für die Theologie wie für die Rechtswissenschaft eine vertraute Bezeichnung. Kantorowicz gibt dem Begriff des Dogmas eine engere, gewissermaßen semantische Bedeutung. Für ihn ist, so im Aufsatz „Staatsauffassungen“, „dogmatisch“ zunächst ein Attribut derjenigen Sinnwissenschaften, die es mit Bedeutungen und nicht mit Zahlen zu tun haben.<sup>62</sup> Dies steht im Zusammenhang mit der bereits erwähnten Einschätzung, das Recht müsse, insofern wie Zahlen, als Sinngebilde aufgefasst werden. Kantorowicz' Auffassung lässt damit Spuren einer älteren Auffassung des Begriffes Dogma erkennen, der in der Stoa für nichtsinnliche, verstandesmäßige Erkenntnis sowie ganz ähnlich bei Christian Wolff für universelle, nicht auf Fakten bezogene Sätze verwendet wird.<sup>63</sup> Ob Kantorowicz solche Lesarten geläufig waren, ist aus seinen Schriften und dem Briefmaterial allerdings nicht ersichtlich.

Originell ist Kantorowicz' „Dogma-Theorie“ zum anderen im Hinblick auf die besondere Logik der Dogmen, die er damit verbindet. Sie führt zu einem Verständnis des Begriffs der Dogmatik, das nicht deckungsgleich mit dem zeitgenössischen Verständnis ist. Dogmen bilden eine „Gesamtheit von Regeln [...], deren logischer Zusammenhalt *ihre eigene Gewähr ist*“.<sup>64</sup> Welche Art von Logik das ist, kann Kantorowicz nicht genau angeben. Die klassische Syllogistik jedenfalls soll es nicht sein.<sup>65</sup> Die Regeln eines solchen Systems müssen gegeneinander abgeglichen und vervollständigt werden, sie stützen sich gegenseitig:

„Der Vorgang besteht in einer nie endenden gegenseitigen Angleichung, Vervollständigung und Eliminierung; er hat zum Ziel, ein in sich vollständiges System hervorzubringen. Es wäre ein Zirkelschluß, die Gültigkeit der Regel A auf die der Regel B und die der letzteren ihrerseits von neuem auf die Gültigkeit der Regel A zu gründen; der Vorgang besteht in

---

(a. a. O.). Kantorowicz las „eine sehr gut Darstellung der Husserlschen Philosophie“ (Brief an Radbruch v. 16.8.1916, ebd.), womit *Joseph Geysler*, *Neue und alte Wege der Philosophie. Eine Erörterung der Grundlagen der Erkenntnis im Hinblick auf Edmund Husserls Versuch ihrer Neubegründung*, Münster 1916, gemeint sein könnte.

<sup>61</sup> Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 50.

<sup>62</sup> Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 70. Zu den vielen Bedeutungsfacetten des Begriffs des Dogmas bzw. des Dogmatischen siehe aus juristischer Sicht *Christian Bumke*, *Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten* Friedrich Carl von Savignys, Tübingen 2017, S. 1 Fn. 1, aus philosophischer Sicht *M[artin]. Elze*, Art. „Dogma“, in: Joachim Ritter (Hrsg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 2: D-F, Darmstadt 1972, Sp. 275–277.

<sup>63</sup> Dazu *Elze*, Dogma (Fn. 62).

<sup>64</sup> Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 46 (Hervorhebung A.F.).

<sup>65</sup> Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 46.

Wahrheit darin, die Regel B der Regel A anzugleichen und umgekehrt – mit dem Ergebnis, daß sich A in A(1) und B in B(1) verwandeln, und so fort *ad infinitum*.<sup>66</sup>

Das ist eine faszinierende Passage. Kantorowicz stellt sich eine prozeduralisierte Logik vor, eine Logik, die nicht mit statischen Schlüssen sichere Ergebnisse gewährleistet, sondern die es ermöglicht, in permanenter Bewegung Aussagen aufeinander abzustimmen. Dogmatische Formeln sind deshalb nicht richtig oder falsch, sondern nur mehr oder weniger passend.<sup>67</sup> Vollständigkeit der Aussagen soll ein Ziel sein, aber offenbar ein unerreichbares. Das System trägt sich selbst, ist gewissermaßen ohne archimedischen Punkt. Es gibt, wie Kantorowicz betont, keine „grundlegende Regel“, die die Gültigkeit solcher dogmatischen Sätze erweisen könnte.<sup>68</sup> Kantorowicz hätte Gefallen daran gefunden, wie Jahrzehnte später die philosophische Argumentationstheorie Distanz zur klassischen Logik aufbaute.<sup>69</sup> Seine kursorischen Bemerkungen weisen zudem interessante Parallelen zu neueren Ansätzen in der Erkenntnistheorie und Metaethik auf, die den Gedanken der Kohärenz in den Mittelpunkt stellen.<sup>70</sup> Auch für die Rechtswissenschaft wurden verschiedene kohärentistische Konzepte entwickelt.<sup>71</sup> Kohärenz ist dabei mehr als bloße Konsistenz im Sinne einer Widerspruchsfreiheit. Über diese gleichsam negative Funktion hinaus können sich Aussagen positiv befördern, indem sie sich gegenseitig stützen. Eine irgendwie geartete Gründung des Systems der kohärenten Aussagen auf einem sicheren Fundament ist damit nicht verbunden, weshalb diese Positionen als *anti-* bzw. *non-foundationalism* charakterisiert werden (diese Ausdrücke sind schwer ins Deutsche zu übersetzen). Der Kohärentismus vermeidet unendliche Regresse oder Regressabbrüche, indem er gerechtfertigtem Wissen eine netzartige Struktur gibt. Er ist freilich dem Einwand ausgesetzt, konkurrierende, aber gleichermaßen gerechtfertigte weil kohärente Wissenssysteme zu erlauben. Kantorowicz' angedeutete

<sup>66</sup> Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 46 (Hervorhebung im Original).

<sup>67</sup> Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 70; im gleichen Sinn *ders.*, Tat (Fn. 13), S. 33 f.

<sup>68</sup> Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 46.

<sup>69</sup> Siehe Stephen E. Toulmin, *The Uses of Argument*, 2. Aufl. 2003 (Nachdruck Cambridge u. a. 2008); Harald Wohlrapp, *Der Begriff des Arguments. Über die Beziehungen zwischen Wissen, Forschen, Glauben, Subjektivität und Vernunft*, Würzburg 2008.

<sup>70</sup> Für die Moral siehe nicht zuletzt *Dworkin*, Hedgehogs (Fn. 21), S. 113 ff.; auch an John Rawls Überlegungsgleichgewicht – Kantorowicz: „wechselseitige Anpassung“ – kann gedacht werden (*John Rawls*, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main 1979, S. 38; Kantorowicz, Tat (Fn. 13), S. 34). Zum Ganzen aus der breiten Literatur nur *Geoffrey Sayre-McCord*, *Coherentist Epistemology and Moral Theory*, in: Walter Sinnott-Armstrong/Mark Timmons (Hrsg.), *Moral Knowledge?*, New York, NY 1996, S. 137; *Sem de Maagt*, *Reflective Equilibrium and Moral Objectivity*, *Inquiry* 60 (2016), S. 443.

<sup>71</sup> Überblicke: *Benjamin C. Zipursky*, *Legal Coherentism*, *S. M. U. L. Rev.* 50 (1997), S. 1679; *Susanne Bracker*, *Kohärenz und juristische Interpretation*, Baden-Baden 2000; zu erwähnen ist auch *Nigel E. Simmonds*, *Law as a Moral Idea*, 2007 (Nachdruck Oxford 2010), S. 164 ff.; vgl. *Andreas Funke*, *Die Konstellation der Rechtssicherheit*, in: Jan C. Schuhr (Hrsg.), *Rechtssicherheit durch Rechtswissenschaft*, Tübingen 2014, S. 49 (64).

kohärentistische Position bezieht sich freilich nicht auf die Wirklichkeit oder auf Werte – bzw. weder auf die Epistemologie noch auf die Metaethik –, sondern auf das Dogma-als-Sinn und damit direkt auf die Rechtswissenschaft.

#### IV. Freirecht und Rechtsdeutung

In der Literatur wird zum Teil angenommen, Kantorowicz habe sich in seinem Spätwerk von seinen Anfängen entfernt und einer traditionellen Sicht auf die Rechtsdogmatik angenähert.<sup>72</sup> Diese Einschätzung mag zutreffen, aber sie vernachlässigt doch einen wichtigen Punkt. Wenn ich recht sehe, übernehmen die Dogmen im Spätwerk Kantorowicz jene Position, die im Frühwerk das Freirecht besetzte. Denn erst der Umweg über die Recht-als-Dogma-als-Sinn-These erlaubt es Kantorowicz, dem Freirecht einen passenden Platz zuzuweisen. Diesem Zusammenhang ist nun näher nachzugehen.

##### 1. Freirecht als Dogmatik?

Kantorowicz hatte stets Schwierigkeiten, genau anzugeben, was das Freirecht eigentlich ist. Auch die Sekundärliteratur müht sich mit dem Begriff ab.<sup>73</sup> Der „unglückliche“<sup>74</sup> Begriff schließt Dinge ein, die doch ganz verschieden sind, Gesetzesentwürfe ebenso wie die Fallnormen, die ein Richter zur Lösung einer schwierigen Rechtsfrage aufstellt. Anfänglich rückte Kantorowicz das Freirecht in einen engen Zusammenhang zum Naturrecht<sup>75</sup> und bezeichnete es als eine Rechtsquelle.<sup>76</sup> Den stürmischen Anfängen folgten Ordnungsversuche. In seinem Aufsatz zur „Legal Science“ entwickelt Kantorowicz eine Systematisierung und unterscheidet sechs verschiedene Formen von Freirecht.

Wie erwähnt, sehe ich im Konzept des Dogmas den Schlüssel zum Verständnis des Freirechts, auch wenn mit einer solchen Interpretation der Begriff des Freirechts womöglich einige Federn lassen muss, d. h. nicht jeder einzelne von Kantorowicz damit verbundene Aspekt völlig widerspruchlos in die Interpreta-

<sup>72</sup> Thomas Raiser, Hermann Ulrich Kantorowicz, in: Marcus Lutter/Ernst C. Stiefel/Michael H. Hoeflich (Hrsg.), *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland*, Tübingen 1993, S. 365, S. 376; vorsichtig auch *Augsberg*, Kantorowicz (Fn. 8), S. 224.

<sup>73</sup> Siehe etwa die ganz unterschiedlichen Bemühungen in *Joachim Schmidt*, *Das „Prinzipielle“ in der Freirechts-Bewegung. Eine Studie zum Frei-Recht, seiner Methode und seiner Quelle*, Bonn 1968, S. 47 ff.; *Dietmar Moench*, *Die methodologischen Bestrebungen der Freirechtsbewegung auf dem Wege zur Methodenlehre der Gegenwart*, Frankfurt am Main 1971, S. 14 ff., 87 ff.

<sup>74</sup> *Arthur Kaufmann*, Einführung, in: Ernst Fuchs, *Gerechtigkeitswissenschaft*, hrsg. v. Albert S. Foulkes/Arthur Kaufmann, Karlsruhe 1965, S. 1 (1); *Raiser*, Kantorowicz (Fn. 72), S. 372.

<sup>75</sup> *Kantorowicz*, Kampf (Fn. 4), S. 15; dazu *Muscheler*, Relativismus (Fn. 2), S. 78 Fn. 297.

<sup>76</sup> *Kantorowicz*, Kampf (Fn. 4), S. 21.

tion eingefügt werden kann. Deshalb sei an die eingangs dieses Beitrages benannten besonderen Schwierigkeiten bei der Interpretation des Kantorowicz'schen Denkens und die damit verbundenen Freiheiten erinnert. Auf das Konzept des Dogmas kommt es an, weil Dogmen und Freirecht *funktional äquivalent* sind. Entscheidend ist für diese Sicht folgende Überlegung: Das Freirecht sollte zeigen, dass die Rechtswissenschaft das Recht nicht nur als Befehl behandeln kann, weil es als Befehl notwendig unvollständig ist. Das Gesetz enthält, um diese berühmte Wendung aus dem „Kampf um die Rechtswissenschaft“ in Erinnerung zu rufen, „nicht weniger Lücken als Worte“.<sup>77</sup> Genau mit jenem Bedürfnis nach Lückenfüllung rechtfertigt Kantorowicz später die Deutung, die Rechtswissenschaft behandle das Recht als eine Ansammlung von Dogmen.<sup>78</sup>

„Aber dennoch hat die Dogmatik, der Kern der Rechtswissenschaft, das Recht gewiß niemals nur als eine Gesamtheit von Befehlen behandelt. Wenn dem so wäre, so hätte sie sich nicht so ängstlich bemüht, die Lücken im Recht auszufüllen, indem sie Regeln zur Entscheidung unvorhergesehener Fälle aufstellte und weitreichende Konstruktionen entwarf, das Unvorhergesehene und Unvorhersehbare zu meistern. Sie hätte nicht ihre Hauptaufgabe darin erblicken können, die Regeln in ein System zusammenzuschließen, sondern hätte sie in dem (eitlen) Versuch sehen müssen, die Regeln auf die vergänglichen und subjektiven Absichten der Gesetzgeber und ihre niemals all-umfassenden und nur selten weitschauenden Ansichten zurückzuführen.“<sup>79</sup>

Das ist eine Schlüsselstelle, weil sie den engen Zusammenhang von Freirecht und Dogmatik aufweist. Die Ablehnung des Befehlscharakters des Rechts führt zum Freirecht wie auch zur Recht-als-Dogma-als-Sinn-These. Ich möchte im letzten Teil meiner Ausführungen (unter 4 und 5) etwas genauer erläutern, was das bedeutet. Zuvor ist aber auf einige Unstimmigkeiten einzugehen, deren Behebung mir im Moment nicht möglich erscheint. Sie hängen mit der Art und Weise zusammen, in der Kantorowicz das Konzept des Dogmas entwickelt. Wie gezeigt, geschieht dies in Abgrenzung zum autoritativen Befehl einerseits, zur vorschreibenden Sittlichkeit bzw. Gerechtigkeit andererseits. Beide Abgrenzungen gelingen Kantorowicz nicht ganz trennscharf. Das Recht als Dogma ist für die Rechtswissenschaft in einer bestimmten Hinsicht doch autoritativ (unter 2), und es ist mit der Gerechtigkeit verbunden (unter 3).

## 2. Dogma und Autorität

Die Gültigkeit von Dogmen soll nicht von einer äußeren Regel, gar einem Befehl abhängen. Kantorowicz sieht hier völlige Unabhängigkeit.<sup>80</sup> Aber Kantorowicz

---

<sup>77</sup> Kantorowicz, Kampf (Fn. 4), S. 18.

<sup>78</sup> Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 49.

<sup>79</sup> Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 49f.

<sup>80</sup> Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 46. Deutlich dazu auch *Marietta Auer*, Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft, ZEuP 2015, S. 773 (787).

löst sich *nicht ganz* von der Vorstellung, dass es einen Zusammenhang von Recht und Autorität gibt. Das zeigt eigentlich schon das Beispiel der zehn Gebote. Auch wenn diese dogmatisch ein System bilden, muss doch diese dogmatische Geltung in irgendeinem Zusammenhang zum autoritativen Erlass stehen. Denn sonst würden Christen gar nicht auf die Idee kommen, das System der Gebote aufzustellen. Es wären auch andere Systeme denkbar. Das System der zehn Gebote wird überhaupt nur gebildet, weil Gott es über Moses gegeben hat. Aber auch ein anderer Aspekt zeigt, dass Dogmen nicht ganz ohne Autorität gedacht werden können, jedenfalls in der Rechtswissenschaft. Denn die *Zwecke* sollen autoritativ sein.<sup>81</sup> Aber autoritativ sind sie nur in einem bestimmten Sinn. Den individuell nachweisbaren Zwecksetzungen rechtsetzender Akteure kommt gerade keine entscheidende Bedeutung zu. Die Zweckbetrachtung liefert nur die *formale Struktur* für die dogmatischen Operationen. Die juristische Konstruktion kann nicht beliebig über die Zwecke verfügen oder diese willkürlich bestimmen. Zwecke sind zu konstruieren, zu entwerfen, unter Rückbindung an die überlieferten Daten und Interpretationen. Erneut ist deshalb an das Changieren Kantorowicz' zwischen Zweck und Wert zu erinnern: In der dogmatischen Vorgehensweise nähern sich beide bis zur Ununterscheidbarkeit an, weil mit der Abstraktion von Zwecken das Wertvolle ausgewiesen wird.

### 3. Die Rolle der Gerechtigkeit für die Dogmatik

Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich mit Blick auf die Gerechtigkeit. Kantorowicz gibt nicht mit letzter Konsequenz eindeutig an, welche Rolle die Gerechtigkeit für Recht und Rechtswissenschaft spielt. Es finden sich Äußerungen, die auf eine Exklusion hinweisen; einige kamen bereits zur Sprache. Die dogmatische Auslegung des Rechts müsse, so Kantorowicz, die ethische oder politische Frage der Gerechtigkeit oder Ungerechtigkeit des Rechts ausblenden, denn es komme nur auf die innere Geschlossenheit des Systems an.<sup>82</sup> Dem stehen Aussagen gegenüber, nach denen die dogmatische Betrachtung die Gerechtigkeit mit einbezieht. Kantorowicz weist darauf hin, dass die Dogmatik im Falle von mehreren möglichen Auslegungen oder Ergänzungen eines Gesetzes immer schon auf die Grundsätze – „Vorschriften“ – der Gerechtigkeit und Billigkeit zurückgegriffen habe.<sup>83</sup> Mit ähnlichen Überlegungen hat später Ronald Dworkin gegen den Positivismus H. L. A. Harts argumentiert, dass rechtliche Begründungen regelmäßig nicht nur auf Regeln, sondern auch auf moralische Prinzipien rekurrieren.<sup>84</sup> Die Unterscheidung deckt sich nicht mit derjenigen Kantorowicz' zwischen Befehl

<sup>81</sup> Siehe oben, III 3.

<sup>82</sup> Kantorowicz, Rechtswissenschaft (Fn. 31), S. 90.

<sup>83</sup> Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 50. Umgekehrt solle der Rechtshistoriker gerade nicht die richtige, sondern die tatsächliche Interpretation einer Norm erforschen (a. a. O., S. 51).

<sup>84</sup> Dworkin, Rights (Fn. 12), S. 14 ff., 46 ff.

und Vorschrift bzw. zwischen Befehl und Dogma. Dworkin sieht die Unterscheidung als eine „logische“ an, in dem Sinne, dass die beiden Arten von Standards unterschiedlich angewendet werden. Prinzipien liefern nur Argumente, die in eine bestimmte Richtung weisen, ohne, wie Regeln, eine bestimmte Entscheidung zu erfordern.<sup>85</sup> Aber das Dworkinsche Argument dafür, dass Regeln nicht erschöpfend beschreiben, was Juristen tun, ähnelt der Kantorowicz'schen Begründung dafür, dass das Recht nicht nur als Befehl aufgefasst werden kann.

Wie kann nun aber der Widerspruch, dass Gerechtigkeit einmal „zählen“ soll, dann aber wieder nicht, erklärt oder vielleicht sogar behoben werden? Hilfreich ist es zunächst, davon auszugehen, dass Kantorowicz formale und substantielle Gerechtigkeit unterscheidet. So können jedenfalls gewisse Theorieelemente erklärt werden. Eine Verbindung von Sinn und Wert ergibt sich nämlich unter anderem daraus, dass die innere Geschlossenheit des Systems ihrerseits ein Wert der Gerechtigkeit, genauer der Gleichheit ist. Kantorowicz deutet dies beiläufig an. Die Systematisierung von Regeln versteht er als eine Rationalisierung, und das bedeutet, Regeln „von Widersprüchen und Lücken zu befreien, sie in ein zusammenhängendes und in sich vollständiges System zu gießen, so daß wir imstande sind, Gleiches gleich zu behandeln, denn darin liegt ja das Wesen der Gerechtigkeit“.<sup>86</sup> Gleichheit, insofern verstanden als formale Gerechtigkeit, prägt also von vorneherein die Idee des vollständigen Regelsystems. Ganz ohne Spannungen ist dies aber nicht. Die im System begründete Geltung von Regeln soll offenbar von substantiellen Gerechtigkeitserwägungen unabhängig sein. Denn nur so ist zu erklären, dass laut Kantorowicz die dogmatische Geltung einer Norm nicht mit Blick auf ihre Ungerechtigkeit bestritten werden kann. Auch eine ungerechte Regel kann also Teil eines kohärenten Systems sein. Für substantielle Gerechtigkeitserwägungen ist erst auf der Ebene der Regelanwendung Raum. Hier kommt die Gerechtigkeit lückenfüllend zum Zuge. Nach Kantorowicz erfolgt die Ausfüllung von Rechtslücken unter Rückgriff auf das Freirecht, das dabei aber eben auch durch rechtsphilosophische Erwägungen bestimmt wird.<sup>87</sup> In seinem Strafrechtslehrbuch führt Kantorowicz vor, was das bedeutet. Das Erfordernis der Kohärenz wird mit einem Verfahren gerechtigkeitsorientierter Ergebniskontrolle verknüpft: „Nur wenn die Ergebnisse gerecht und billig, leicht anwendbar und sicher durchführbar sind, wird man dem System trauen dürfen, aus dem sie fließen.“<sup>88</sup> Diese Ergebniskontrolle wird von Kantorowicz in der Darstellung ausgiebig praktiziert. Dabei sieht er in einem Konsens über die Schuldidee, als der beherrschenden Gerechtig-

<sup>85</sup> Dworkin, *Rights* (Fn. 12), S. 26.

<sup>86</sup> Kantorowicz, *Begriff* (Fn. 3), S. 47.

<sup>87</sup> Kantorowicz, *Begriff* (Fn. 3), S. 98. Kantorowicz nennt in diesem Zusammenhänge Grundsätze wie Rechtssicherheit, Beständigkeit, Gleichheit; es ist aber nicht klar, ob damit die erwähnten rechtsphilosophischen Erwägungen bestimmt sind.

<sup>88</sup> Kantorowicz, *Tat* (Fn. 13), S. 33f. Näher *Monika Frommel*, in diesem Band, S. 149ff.

keitsanforderung für das Strafrecht, die besondere Rechtfertigung für sein kohärentistisches Vorgehen.

#### 4. *Freirecht als Recht*

Freirecht ist, praktisch gesehen, zu einem großen Teil diejenige Masse an Sätzen, die als Auslegungen von Gesetzen präsentiert werden und nicht einfach nur den Gesetzestext reproduzieren.<sup>89</sup> Irritierend wie auch anregend zum Weiterdenken ist, dass Kantorowicz das Freirecht überhaupt als *Recht* bezeichnet. Die Rechtswissenschaft ist, in der alten Terminologie, selbst eine Rechtsquelle. Kantorowicz sagt dies im Frühwerk ausdrücklich.<sup>90</sup> Irritierend ist dies deshalb, weil dogmatische bzw. freirechtliche Sätze kein förmliches Recht sind. Aber die Wissenschaft ist eben nicht Rechtsquelle, weil sie förmliches Recht erzeugt, sondern weil sie Auslegungen entwickelt. Für die Gerichte gilt im Übrigen nichts anderes, worauf gleich noch zurückzukommen ist. Kantorowicz kann deshalb auch so verstanden werden, dass er das Recht nicht (nur) als einen Gegenstand der Rechtserkenntnis ansieht, dem die Wissenschaft als Subjekt gegenüberstehen würde. Wie seine Zurückweisung des neukantianischen Zirkelarguments gezeigt hat, wird Recht auch nicht im neukantianischen Sinne einer transzendentalen Gegenstandskonstitution erzeugt. Verständlich ist deshalb die Kritik, die Kantorowicz an Friedrich Carl von Savignys Rechtsdenken übt: Er hält Savigny „Intellektualismus“ vor, „der den Juristen zu einem bloß erkennenden, nachbildenden, logisch operierenden, alles Werten von sich weisenden, jeder Schöpferkraft entbehrenden Werkzeug machte“.<sup>91</sup> Das Gegenteil ist der Fall, und wie dieses Gegenteil beschrieben werden kann, dafür möchte Kantorowicz ein Angebot entwickeln. Freirecht ist Recht, weil und soweit es der Logik der rechtlichen Sinngebilde unterfällt.

Vor diesem Hintergrund verdient Arthur Kaufmann durchaus Zustimmung, wenn er den Begriff „Recht“ in Art. 20 Abs. 3 GG als Recht im Geiste des Freirechts interpretiert.<sup>92</sup> Aber die Pointe, die mit dieser Interpretation verbunden wäre, sollte uns nicht entgehen. Mangels Förmlichkeit ist „Recht“ im

<sup>89</sup> Vgl. Kantorowicz, Rechtswissenschaft (Fn. 31), S. 94; insbesondere die Kategorie des „begehrten gesetzten Rechts“, Gruppe 2, ist insofern einschlägig. Im Original: „A part of the interpretive law, i. e., interpretations which feign to be mere declarations of the statute, but, as is nearly always the case, cannot be strictly deduced from it and in fact are nothing but the statute as the interpreter desires it to be.“ In der deutschen Übersetzung wird *interpretive law* als „Auslegungsregeln“ übersetzt. Dies ist nicht korrekt, da die Auslegungen selbst gemeint sind. Besser deshalb Raiser, Kantorowicz (Fn. 72), S. 377, der *interpretive law* übersetzt als „Gesetzesinterpretationen“.

<sup>90</sup> Kantorowicz, Kampf (Fn. 4), S. 21.

<sup>91</sup> Hermann Kantorowicz, Was ist uns Savigny (1911), in: ders., Schriften (Fn. 13), S. 397 (411).

<sup>92</sup> Kaufmann, Einführung (Fn. 74), S. 17, unter Verweis auf BVerfGE 34, 269 (286 f.) – Soraya.

Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG nicht „Gesetz“ im Sinne dieser Vorschrift. Dieses „Recht“ kann mithin nicht so verstanden werden, dass es irgendwie ähnlich wie das Gesetz bereits einem feststehenden Korpus der Rechtsordnung zugehören würde. Es wird vielmehr mittels sinnproduzierender Verfahren von den Rechtsakteuren entworfen, getestet, angewendet, befolgt, praktiziert.

Doch bleibt die Frage, warum freirechtliche Regeln bzw. Auslegungen Kantorowicz zufolge begehren (*desire*), förmliches Recht zu werden.<sup>93</sup> Die Existenz von Freirecht wäre ein defizitärer, zu überwindender Zustand; Freirecht würde stets auf die eigene Abschaffung hinarbeiten. Eine Erklärung für die Annahme dieses „Begehrens“ könnte sein, dass Kantorowicz stärker durch die Idee der Förmlichkeit geprägt ist, als die Distanzierung, die mit dem Konzept des Freirechts verbunden ist, anzeigt. Natürlich ist Kantorowicz nicht frei von den Denkmustern seiner Zeit.<sup>94</sup> Insbesondere an der Vorstellung der Rechtsquelle orientierte sich sein Denken. Das Freirecht wäre also von der Idee der Förmlichkeit infiziert. Aber eine andere Erklärung dafür, dass Kantorowicz zufolge Freirecht förmliches Recht zu werden „begehrt“, liegt noch näher. Das „Begehren“ erfüllt ein wichtiges Abgrenzungserfordernis. Gerade mangels Förmlichkeit ist das Freirecht tendenziell offen hin zu anderen Sinngebilden normativer Art. Kantorowicz dient das Kriterium dazu, Freirecht-als-Recht von der Sitte zu unterscheiden, d.h. von sozialen Normen und Konventionen, die nicht Recht sind und die – vielleicht auch nur vorübergehend – nicht begehren, Recht zu werden.<sup>95</sup> Dahinter steht Kantorowicz' Deutung der Rechtsentstehung als Rationalisierung der Sitte.<sup>96</sup> Die Rechtsbildung ist eng mit sozialer Normativität verbunden, aber dennoch kann und muss das Recht davon unterschieden werden. Kantorowicz möchte das dadurch ermöglichen, dass nur solche Regeln als Rechtsregeln verstanden werden können, die das genannte „Begehren“ aufweisen. Das Problem stellt sich heutzutage in vergleichbarer Weise für diejenigen Rechtstheorien, die Recht nicht nur in sozialen Fakten gründen möchten („sources thesis“<sup>97</sup>), sondern weitere Eigenschaften annehmen. Dworkins Theorie ist etwa dem Einwand ausgesetzt, mangels Abgrenzung zur Moral der Autonomie des Rechts nicht gerecht zu werden. Kantorowicz sieht dieses Problem für seine Recht-als-Dogma-als-Sinn-These und versucht, über die Annahme jenes „Begehrens“ das Recht als autonomes System aufrechtzuerhalten.

<sup>93</sup> Kantorowicz, Rechtswissenschaft (Fn. 31), S. 94.

<sup>94</sup> Später fordert er, den Dualismus von Gesetzes- und Gewohnheitsrecht durch einen umfassenden Rechtsquellenpluralismus zu ersetzen, Kantorowicz, Tat (Fn. 13), S. 29. Auch Klaus Riebschläger, Die Freirechtsbewegung. Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule, Berlin 1968, S. 110, stellt fest, dass die Rechtsquellenfrage „heute“ (1968) weniger Beachtung findet, als Kantorowicz sich das vorstellen konnte.

<sup>95</sup> Vgl. Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 85 f.

<sup>96</sup> Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 47, 75 ff.

<sup>97</sup> Joseph Raz, Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics, 1994 (Nachdruck Oxford New York 2001), S. 230 ff.