

Besitzverhältnissen entwickelt, finden die gesellschaftlichen Machtverhältnisse ihren Ausdruck.«<sup>75</sup>

»Die Ehe wird fast vor unseren Augen aus dem Herrschaftsverhältnis eines Mannes über ein Weib eine Verbindung zweier gleichwertiger und gleichberechtigter Individuen«. »Die gewaltigsten und unaufhaltsamen Rechtsumwälzungen gehen in den gesellschaftlichen Einrichtungen selbst vor sich und bilden die Entscheidungsnormen des Juristenrechts vom Grunde aus um«.

Diese Rechtsgenesen fanden, schon aufgrund ihrer Allgemeinheit, keinen Widerspruch. Die Frage aber blieb: Kümmert das die heutige, in staatlichen Einrichtungen anzuwendende Methodik? Die großen Gesetzgebungen im ausgehenden 19. Jahrhundert, gipfelnd im deutschen BGB, warfen Fragen zur Rechtskultur auf.

Ehrlich hielt die Kodifikation für unvermeidlich, angesichts des erreichten Umfangs vorhandener Normen; sie bringe Ordnung und Übersichtlichkeit »in den Wust des Juristenrechts«. Aber er sah auch Nachteile, zerreiße sie doch »die *internationale* Wechselwirkung der wissenschaftlichen Arbeit, wie sie zur Zeit der Blüte des gemeinen Rechts zweifellos vorhanden war«. Wenn nun das Gemeine Recht durch moderne Gesetzbücher ersetzt worden ist, müsse dann auf jede freie Rechtsfindung verzichtet werden? »Soll es in Zukunft unser Schicksal sein, das Leben mit Fiktionen und Konstruktionen meistern zu müssen?« Zur Disposition stehe hier nicht »die Bindung durch das Gesetz, sondern durch juristische Technik, die das Gesetz auf Fälle anwendbar machen will, für die es keine Vorschrift enthält«. Willkür werde dadurch nicht vermindert, Vorhersehbarkeit nicht erhöht; denn es »überlässt auch die technische Rechtsfindung so viel dem Ermessen des Richters, dass sie vor der freien so gut wie keine Vorteile bietet«.<sup>76</sup>

An dieser Stelle musste sich die Frage erheben, was neben die perhorreszierte ›Technik‹ treten konnte, um im Einzelfall juristisch handeln zu können. Ehrlich verwies mit wenigen Worten auf die Stärke der Richterpersönlichkeit, auf ein »Auge für das Wesen gesellschaftlicher Vorgänge«, auf ein »Empfinden für die Bedürfnisse der Gegenwart« sowie auf »eine stetige Fühlung mit dem geschichtlich Gewordenen im Rechte« – was keine wirklich handhabbare Anleitung bot.<sup>77</sup> So konnte er der kommenden ›Lehre vom Freirecht‹ zwar den Namen geben, nicht aber eine Methode. Auch die Schrift über ›Soziologie und Jurisprudenz‹, zuerst erschienen in der viel gelesenen ›Die Zukunft‹ des Maximilian Harden und

75 Ehrlich 1903: 12, folgende Zitate: 14.

76 Ehrlich 1903: 18–21, H.i.O.

77 Ehrlich 1903: 30, 32.

dann noch an zwei weiteren Stellen, leistete das nicht. Ehrlich skizzierte hier die »Entwicklung der Jurisprudenz zur Rechtswissenschaft und damit zu einem Zweig der Soziologie«<sup>78</sup>; gemeint war das als kategoriale Einordnung, was keine Methodik lieferte, allenfalls eine propädeutische Überlegung dazu. Immerhin hatte sich Ehrlich inzwischen eine rechtstheoretische Position erarbeitet, die er in einfachen, klaren Sätzen vermitteln konnte.

So verkündete er in der *Zukunft* einem deutschen Bildungspublikum, »dass die Macht des Rechtes ziemlich enge Grenzen hat [und] dass es neben der rein juristischen noch eine gesellschaftliche Betrachtung des Rechtes gibt«. Die Jurisprudenz sei zunächst eine praktische Disziplin und lehre die praktische Rechtsanwendung. Dafür bedürfe sie eines Bildes von den wirtschaftlichen, familiären usw. Verhältnissen. Ihre Aufgabe könne sie nur erfüllen, »wenn sie zu einer Morphologie der menschlichen Gesellschaft wird und wenn sie die Kräfte, die in der Gesellschaft wirken, auf ihr Wesen und ihr Maß untersucht. So wird die Jurisprudenz zur Rechtswissenschaft, zur Lehre vom Recht als gesellschaftlicher Erscheinung; als solche ist sie ein Zweig der Soziologie.«<sup>79</sup> Und zwar verstanden im Sinne von Auguste Comte und Herbert Spencer, ohne politische Ambitionen: »eine Naturlehre von den Gruppenbildungen«.<sup>80</sup>

In der redaktionellen Bearbeitung hatte Harden schon einen besonders anstößigen Satz gestrichen: »Der Fehler liegt darin, dass die Juristen gewöhnt sind, nur das als Recht anzuerkennen, was vom Staate ausgeht«. Stehen blieb eine weitere grundstürzende These: Was Recht ist, bestimme sich nicht nur nach einem Gesetzbuch, sondern auch nach der »Regel, die das Leben beherrscht«, was Ehrlich mit Belegen aus dem Familien- und Vereinsleben untermauerte.<sup>81</sup> Ehrlich endete den Artikel vielsagend mit der (nicht eingetroffenen) Vorhersage, die Jurisprudenz als rein praktische Disziplin, unterschieden also von der grundlagenbezogenen Rechtswissenschaft, werde einen Umschwung nehmen; »indem sie ihren gesellschaftswissenschaftlichen Inhalt an die Soziologie abgibt, erobert sie sich ihr ureigenstes Gebiet«.<sup>82</sup>

Die ersten Ideen zum Sozialen im Rechtsdenken waren nun vorgebracht, nur entfachten sie kein Feuer. Der Professor aus Czernowitz – wo nur lag das eigentlich?! – musste nunmehr sowohl zur Kenntnis als auch ernstgenommen werden. »Die Zukunft« entfesselte zu jener Zeit den

78 Ehrlich 1906 b: 20.

79 Ehrlich 1906 a: 236–239; hier zitiert nach dem ersten, zwar gekürzten, aber meistgelesenen Ort des Erscheinens.

80 Ehrlich 1906 b: 20. Vgl. a. Rabault 2024: 5 f.

81 Vgl. Ehrlich 1906 a: 232 gegenüber 1906 b: 6.

82 Ehrlich 1906 a: 240.

Moltke-Eulenburg-Skandal und fuhr damit einen epochalen Angriff auf das wilhelminische Regime. Die Jurisprudenz als »ein Zweig der Soziologie«? Teils war das eine rein begriffliche, also konventionsabhängige Entscheidung. Betont wurde indessen das argumentative Gewicht der sozialen Verhältnisse, ohne deren Berücksichtigung nach Ehrlichs Ansicht eine brauchbare Rechtsfindung nicht gelingen konnte. Er hatte hier einen wunden Punkt in der juristischen Fachidentität getroffen: Insoweit nur Entscheidungen und deren Begründung vorbereitet wurden, ließ sich der Charakter als Wissenschaft in Zweifel ziehen. Rechtsdogmatik und Methodenlehre haben daher seit Ende des 19. Jahrhunderts anhaltend und mit riesigem Ideenaufgebot daran gearbeitet, den Zweifel zu zerstreuen. Allein der Aufwand, den die Bibliotheken der Lehrbücher, Zeitschriften und Monographien erfordern, um einen Durchblick zu gewinnen, demonstrierte hinfort den Erfolg der Verwissenschaftlichung.

UM 1910:  
KÄMPFE UM DIE RECHTSWISSENSCHAFT



## Kap.2

# Die Rebellion des *Gnaeus Flavius*

### Das Manifest

Im Sommer des Jahres 1906 erschien in Heidelberg eine fünfzigseitige Broschüre mit dem Titel *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*. Der Autor nannte sich *Gnaeus Flavius*, ersichtlich ein Pseudonym, mit dem das Manifest die angestrebte Aufmerksamkeit erzielte; ein anspielungsreicher Deckname ist ein in wissenschaftlichen Diskursen ungewöhntes Element, das Anstößiges vermuten ließ. Der Text begann als Satire:

Die herrschende Idealvorstellung vom Juristen ist die: Ein höherer Staatsbeamter mit akademischer Ausbildung, sitzt er, bewaffnet bloß mit einer Denkmachine, freilich einer von der feinsten Art, in seiner Zelle. Ihr einziges Mobiliar ein grüner Tisch, auf dem das staatliche Gesetzbuch vor ihm liegt. Man reicht ihm einen beliebigen Fall, einen wirklichen oder nur erdachten, und entsprechend seiner Pflicht, ist er imstande, mit Hülfe rein logischer Operationen und einer nur ihm verständlichen Geheimtechnik, die vom Gesetzgeber vorherbestimmte Entscheidung im Gesetzbuch mit absoluter Exaktheit nachzuweisen.<sup>1</sup>

Die ›Denkmachine‹, als Metapher zur dogmatischen Rechtsanwendung, ließ einen juristischen Kopf schaudern. Das unangenehme Bild war bereits im frühen 19. Jahrhundert aufgetaucht,<sup>2</sup> fand sich dann – wie zitiert –, 1861 bei Jhering als ›Urteilsmaschine‹ und später zugespitzt als ›Subsumtionsautomat‹ wieder. Gegen mechanistische Vorstellungen der Rechtsanwendung hatten sich schon frühere Autoren gewehrt.<sup>3</sup> (Heute ist das Maschinenmodell erneut aktuell – im Zuge der Algorithmierung und KI, nunmehr mit optimistischem Vorzeichen.) Nach einigen rechtsphilosophischen Erörterungen, die so durchgehen mochten, kam *Gnaeus Flavius* auf seinen Hauptpunkt, den »juristischen Größenwahn«. In keiner anderen theoretischen oder praktischen Wissenschaft glaube man, »jedes erdenkliche Problem lösen zu können«. Er zeichnete ein Horrorszenario, worin zwei Figuren neben dem dogmatischen Juristen stehen:

1 Kantorowicz 1906: 7; im Folgenden bei den Textauszügen nur die Seitenzahl.

2 Günzl 2019.

3 Vgl. dazu Moench 1971: 17 f.; Ogorek 1986: 170–279, insb. 211–213.

Der Quacksalber, der bei dem dunkelsten Fall die Diagnose und bei der verzweifeltsten Diagnose die Therapie noch findet, der Priester, der mit eiserner Stirn dem Beichtkind für jede seiner Verfehlungen die von Gott gewollte Buße berechnet, sie sind die fatale Kumpanei, in der der dogmatische Jurist seines Wegs zieht. Statt dass man sich zunächst bei jeder Frage erst die Vorfrage stellt: ist unser Fall denn überhaupt lösbar? stürzt man sich blind und siegessicher in die Diskussion. (18)

So sprach ein aktueller *Gnaeus Flavius*, dessen Namensgeber für eine Art von Ketzer der römischen Antike stand. Der römische Beamte soll im 4. Jahrhundert. v.Chr. die bis dahin unbekannten Prozessformulare der Priester veröffentlicht haben. Dieser Verrat befreite das Gerichtswesen aus der Geheimkunde.<sup>4</sup> Der Deckname war klug gewählt, verwies er doch auf einen »Vorläufer als Tabubrecher im Dienst an der richtigen Sache«,<sup>5</sup> Der moderne *Gnaeus Flavius* überbrachte die Botschaft, dass die juristischen Interpretationskünste nicht dazu taugen,

in streng logischer Weise die wenigen Gesetzesfragmente zum lückenlosen, auf alle Fälle des Lebens passenden Rechtssystem zusammenzufügen. Dennoch hat sich die Jurisprudenz stets mit Selbstvertrauen an ihre unmögliche Aufgabe gewagt, hat immer wieder versucht, mit ihren wenigen Schlüsseln alle Schlösser zu öffnen, und so nicht umhingenommen, bald zum Dietrich zu greifen, bald die Schlösser zu zerbrechen, bald Konstruktionen zu errichten, die so gewaltsam waren, dass ihre Unvereinbarkeit mit dem Gesetzestexte auch dem blödesten Auge offenbar wurde, bald umgekehrt, ans Gesetz sich klammernd, Ergebnisse zu erzielen, die im schreienden Widerspruch standen zu den »Bedürfnissen des Lebens« (d. h. meist nichts anderes als dem freien Recht von Kaufleuten, Frauen, Arbeitern). (26) Die Jagd aber nach einem allgemein gültigen System von Sätzen, gleichviel ob staatlichen oder freien Rechtes, ist zumal in einem Zeitalter des steigenden Individualismus nichts als die Utopie einer dilettantischen Logik. (28)

So redete man in der juristischen Fachgemeinschaft nicht miteinander. Kritik an den Meinungen anderer wurde unmissverständlich, aber in vornehmem Ton geäußert. Dieser Gnaeus Flavius sprach in Bildern, worin die Rechtswissenschaft lächerlich gemacht wurde. Beleidigen wollte er seine Zunft allerdings nicht, nur sie aufrütteln und von den Zwängen des scheinbar rein logischen Denkens befreien. Das Recht sei kein geschlossenes System, aus dem sich die Lösung eines Falles deduzieren lasse.

In der Jurisprudenz dagegen werden die Sätze um so wertloser und unbrauchbarer, je abstrakter sie sind – wenigstens von einem bald erreichten Grade ab. Denn um so unwahrscheinlicher und schließlich

4 Vgl. Fögen 2002: 125–165; Rückert 2008: 340.

5 Lepsius 2019: 147.

ausgeschlossen wird es, dass der Urheber des Rechtssatzes sich alle ihm untergeordneten Fälle vorgestellt hat und, falls vorgestellt, im Sinne jenes Satzes entschieden hätte. So wird denn hinter jenen allgemeinen Sätzen in einer – mit ihrer Allgemeinheit steigenden Zahl von Fällen – schlechterdings nichts mehr stecken, kein Gesetzgeber, keine Macht, kein Wille, nicht einmal jener mystische ›Wille des Gesetzes‹, und überhaupt *keinerlei Realität*, als der hohle Schall von Worten und die Schwärze bedruckten Papiers. (29)

Schon beinahe häretisch klangen in einem Kaiserreich von Gottes Gnaden diese Sätze des pseudonymen Nestbeschmutzers:

Der Parallelismus, der zwischen dogmatischer Jurisprudenz und orthodoxer Theologie – allein von dieser sei hier die Rede – heute besteht, springt in die Augen. Dort Gott, hier ›der Gesetzgeber‹, beides für die Erfahrung unzugängliche Wesen. Ihre Intentionen sind der profanen Masse verborgen oder nur undeutlich bekannt; eine privilegierte Kaste von Theologen – Juristen vermittelt ihre Offenbarungen. Beide geben vor, den Willen jener Wesen darzustellen, während in Wahrheit für deren Willen ausgegeben wird, wovon man wünscht, dass es als Religion – Recht anerkannt werde. Notwendigerweise: denn zur Konstruktion dieses Willens sind nur Fragmente gegeben, heilige Schriften – Gesetze. (35)

Angegriffen wurde die Annahme, mit dem Verweis auf Religion, dass rechtswissenschaftliche Aussagen ihre Begründung mit allerlei Verrenkungen in einem Gesetz finden können. Der längste Abschnitt des Büchleins widmete sich den Künsten der juristischen Konstruktion, also Denkfiguren wie der Analogie, der extensiven Interpretation, der Fiktion, der *ratio legis* und dem System (23–30), die sämtlich für untauglich befunden wurden.

Also kann durch ›Begriffsjurisprudenz‹ niemals positives Recht gewonnen werden (30).

Weiter: wie Gesetz und Schrift lückenhaft sind, so sind sie auch widerspruchsvoll in sich selbst und voll Widerspruch mit der Wirklichkeit, auf die sie sich beziehen. [...] Der Jurist findet in zeitlich und sachlich weitest entfernten Gesetzen einen ›Geist des Gesetzes‹; der Theologe sucht im Schweiße seines Angesichts altes und neues Testament nach ›Konkordanzen‹ ab, die nur die Heiterkeit des Historikers erregen können. [...] Der Jurist, wenn er seine hauptsächlichsten Institute rechtfertigt, findet gerade die Regelung gerechtfertigt, welche die jeweilige Rechtsordnung vorschreibt, und wird morgen die entgegengesetzte rechtfertigen, wenn ein fremdes Gesetzbuch ihm oktroyiert wird. (35–37)



Weltanschaulich war der Autor schwer zu orten. Er propagierte ein ›freies Recht‹, bezog sich auf den Protestantismus und signalisierte ein gewisses Verständnis für sozialistische Gedanken, wie die nachfolgenden Sätze zeigten. Nach heutigen Kriterien könnte das ›sozial-liberal‹ heißen.

Wohl spricht deutlich aus den Idealen unserer Bewegung der Geist der deutschen Reformation, die den Buchstaben überwand, das Individuum befreite, dem Gefühl sein Recht zu geben begann und auf die innere Stimme des Gewissens lauschen lehrte; aber vergebens harnte bisher die Jurisprudenz des Mannes, der die Kraft in sich fühlte, ihr Lutherer zu werden. (38) Umgekehrt denkt niemand daran, unter dem ›Hersteller‹, der nach § 950 BGB das Eigentum an der neuen Sache durch Spezifikation erwirbt, auch den Fabrikarbeiter oder Handwerksgehilfen zu verstehen, denn sonst wäre eine sozialistische Wirtschaftsordnung da. (24)

Wie die Rechtswissenschaft arbeiten solle, sagten die Überschriften der einzelnen Abschnitte: antidogmatisch – historisch – psychologisch-sozialwissenschaftlich – antitheologisch (23–34).

*Spezialisten des Tatbestandes, nicht Tausendkünstler des Rechtssatzes* – muss die Losung sein. [So] wollen wir in Zukunft eine Literatur haben, die – neben dem Betrieb der Gesetzeskunde – die Lebenszustände, die konkreten Rechtsverhältnisse und neben dem, was sein soll, auch das, was ist, darstellt (Ehrlich). Und Richter wollen wir, die, auf sie und die eigne Erfahrung gestützt, in voller Kenntnis der sozialen Funktionen jedes Rechtssatzes und der sozialen Wirkungen ihrer Entscheidung, zu urteilen wissen. (46)

In wenigen Sätzen proklamierte Gnaeus Flavius die Imperative der Freiheitslehre, die hiermit als Programm zur Welt kam. Die dazu passenden, gleichzeitig erschienenen Werke von Mitstreitern nannte er in einem Anhang (50).

Wenn die Rechtswissenschaft freies Recht anerkennt, kann die Rechtsprechung sich nicht mehr ausschließlich auf staatliches Recht gründen! Wenn jene schöpferisch ist, kann diese nicht länger bloß Dienerin des Gesetzes sein! Wenn die Wissenschaft dauernd mit Lücken zu rechnen hat, kann die Praxis nicht jeden Rechtsfall rechtlich entscheiden! Wenn die Theorie gefühlsmäßigen Werten Raum geben darf, können nicht mehr unbedingt begründete Urteile verlangt werden! Wenn der individuelle Faktor von der Theorie anerkannt wird, verliert die Praxis den Charakter der Voraussehbarkeit, der Gleichmäßigkeit! Wenn die Theorie selber antidogmatisch wird, kann die Rechtsprechung nicht länger wissenschaftlich sein! Wenn der Wille in dieser herrscht, kann jene nicht länger affektlos bleiben! (39)

Keinen Satz davon konnte oder wollte ein zeitgenössischer Universitätsjurist unterschreiben. Gnaeus Flavius verkündete den Abschied an »die Ideale der Gesetzlichkeit, der Passivität, der Begründetheit, der Wissenschaftlichkeit, der Rechtssicherheit, der Objektivität« (39). Und zeigte anschließend, »dass jene Postulate teils schon bisher nicht verwirklicht worden sind, teils nicht verdienen, verwirklicht zu werden«. Dazu kamen einige Töne, aus denen dem Verfasser ein Strick gedreht wurde:

Wir fordern deshalb, dass der Richter, durch seinen Eid verpflichtet, den Fall so entscheidet, wie nach klarem Wortlaut des Gesetzes zu entscheiden ist. Von diesem darf und soll er absehen erstens, sobald das Gesetz ihm eine zweifellose Entscheidung nicht zu bieten scheint; zweitens, wenn es, seiner freien und gewissenhaften Überzeugung nach, nicht wahrscheinlich ist, dass die zur Zeit der Entscheidung bestehende Staatsgewalt die Entscheidung so getroffen haben würde, wie es das Gesetz verlangt. (41)

Mit solchen unvorsichtigen, auf den Knalleffekt angelegten Formulierungen erhielt die Freirechtsidee einen fragwürdigen Anstrich, den sie nicht mehr loswerden sollte: Ihr wurde das Etikett *contra legem* angeheftet, als werde dem Richter gestattet, gegen geltendes Gesetzesrecht zu verstoßen. Damit war – in den Grenzen der juristischen Fachöffentlichkeit – ein Skandal hervorgebracht. Stachelte der pseudonyme Autor zur Rechtsbeugung auf? Die affektgeladenen Phänomene der Anarchie oder des Verrätertums standen im Raum. Gegen die Deutung, hier werde ein Judizieren *contra legem* erlaubt, sprach allerdings damals schon ein nachfolgender Satz:

Wir glauben, dass wir dem Richter damit nicht mehr geben, als was er bisher sich schon selbst – notwendigerweise – genommen hat, und sehr viel weniger, als was wir Deutschen in früheren Zeiten und die Engländer noch heute – um vom römischen Prätor zu schweigen – verstatet haben. (42)

Das Soziale wurde in der Kampf-Schrift bloß gestreift; im Vordergrund stand die Kritik an der herkömmlichen Dogmatik. Von den angrenzenden Disziplinen wurden Historiographie und Theologie ausführlicher besprochen sowie das verworrene Verhältnis der Jurisprudenz zu ihnen. Allgemeiner beschworen wurde die Hilfeleistung von Nachbarwissenschaften.

Wir brauchen Richter, die sowohl mit den im Volke herrschenden Rechtsanschauungen, als mit den Tatsachen des Lebens und den Ergebnissen benachbarter Wissenschaften vertraut sind. (45)

Die Soziologie wurde nur für die Kriminalität ausdrücklich benannt (45). Dem Strafgericht sollte gestattet sein, »den logischen, psychologischen, soziologischen Tatbestand selbständig zu erfassen« (49). Die Parteilichkeit vieler Strafurteile

stammt nicht aus bösem Willen, sondern aus nackter Unkenntnis der sozialen Tatsachen und Anschauungen und aus jener Befangenheit in naiven Klassenvorurteilen, welche eben in jener Unkenntnis ihre Wurzel und Entschuldigung finden. (46).

## Der Rebell

Hermann Kantorowicz alias Gnaeus Flavius war nicht der erste, der die Engstirnigkeit im juristischen Denken anprangerte. Wenn er zur Blickweitung historische, ökonomische, psychologische und zunehmend auch soziologische Überlegungen empfahl, dann hatte, wie erinnerlich, bereits Eugen Ehrlich diesen Weg eingeschlagen, der 1903 von Freier Rechtsfindung gesprochen hatte, ohne ein umfassendes Programm zu entwerfen.

Kantorowicz war ein junger Jurist und Strafrechtshistoriker, 28 und seit fünf Jahren promoviert. Aus dem Doktorandenseminar Franz v. Liszts an der Berliner Universität heraus hatte er 1903 mit dem eng befreundeten Rechtsphilosophen Gustav Radbruch einen kleinen Gesprächszirkel gegründet. »Diese Gruppe vergleichsweise junger Juristen hatte die Vision und besaß die Kühnheit, das Udenkbare zu denken: Wie das deutsche Rechtssystem zu revolutionieren sei.«<sup>6</sup> In diesem Saatbeet gedieh die Idee vom Freirecht, wie Frank Kantorowicz Carter, der Sohn, aus den Briefen rekonstruiert hat, und hier entstand der Plan, eine »Streitschrift [...] in gemeinverständlicher Sprache und mit feuriger Beredsamkeit« herauszubringen, wie Kantorowicz seine Broschüre im Entwurf des Waschzettels charakterisiert hatte.<sup>7</sup> Damit hatte er ein literarisches Format bestimmt, dessen er sich als belesener und bereits in mehreren Genres erfahrener Autor völlig bewusst war.

Im Briefwechsel mit Radbruch bezeichnete Kantorowicz seinen Essay verschiedentlich als Brand-, Streit-, Programm- oder Agitationsschrift;<sup>8</sup> das literarische Format war also absichtsvoll gewählt. Er nimmt in dieser Schreibphase einen »modernen und avantgardistischen Habitus« ein; bewusst wird ein »demagogisches« Vokabular, auch mit Wörtern aus den Schriften der Reformation verwendet.<sup>9</sup> Muss das nun

6 Carter 2005: 663.

7 Brief an Radbruch, abgedruckt bei Carter 2005: 698 f.

8 Carter 2005: 670.

9 Nachweise bei Sow 2019: 152 f.

entschuldigt werden, etwa damit, dass Gnaeus Flavius noch keine Wissenschaftstheorie der Jurisprudenz habe formulieren können?<sup>10</sup> Wenn Kantorowicz es so gemacht hätte, wären Duktus und Volumen eines Weckrufs verfehlt worden.

Das Manifest des Gnaeus Flavius richtete sich an eine breitere Juristen-öffentlichkeit als nur an die innere Methodenlehre. Auch wenn Kantorowicz das Pseudonym bald lüftete, hat er den Text nie als Äußerung des Privatdozenten K. gerahmt. Unter seinem Klarnamen schrieb Kantorowicz anders und fand weniger Echo. Das Pseudonym enthüllte er bereits nach gut einem Jahr.<sup>11</sup>

*Der Kampf* klang frech und pauschal, er war auch so gemeint. Der Rebell forderte keine modifizierte, sondern eine andere Wissenschaft und Praxis des Rechts. Wissenschaftliche Revolutionen ereignen sich gemäß Thomas S. Kuhn ruckartig zu einem neuen Paradigma statt als schrittweiser Übergang. Hier nun blieb die Revolution der juristischen Denkweise aus, bis heute, obwohl der Stachel saß. Der Rebell aber bekam seine Quittung. Neben seinen umfangreichen und in ihrem Ertrag anerkannten strafrechtshistorischen Werken eckte Kantorowicz in standes- und reichspolitischen Bereichen an mit der Folge, dass er erst 1929 zum Ordinarius ernannt wurde. Das Pamphlet des Gnaeus Flavius allein hätte das wohl nicht so weit hinausgezögert, wäre er nicht auch sonst ein überaus streitbarer Mann gewesen, beginnend an der Freiburger Fakultät während der Jahrzehnte als Privatdozent.

Seine Stellungnahmen zu aktuellen Konfliktthemen verstießen gegen alle konservativen Positionen und rüttelten am nationalen Selbstverständnis. Insgesamt galt er, für einen Juristen außerhalb des Parlaments ungewöhnlich, als politisch stark engagiert. So votierte er 1912 gegen die Todesstrafe, später gegen die Euthanasie und Sterilisation Unerwünschter. 1921 kam es zu einem »ersten Fall Kantorowicz«, als er den herrschenden Bismarck-Kult und dessen verheerende Auswirkungen auf die junge Demokratie scharf kritisierte; Bismarck habe den alten deutschen Macht- und Obrigkeitsstaat verkörpert.<sup>12</sup> Der nächste »Fall« ereignete sich, als Kantorowicz im Auftrage des Reichstags die Frage der Kriegsschuld untersuchte, mit dem Ergebnis, sie habe überwiegend bei den Mittelmächten, also auch Deutschland – Reichsregierung und Kaiser – gelegen.<sup>13</sup> Der Reichsaußenminister ließ das Gutachten in der Schublade verschwinden, es wurde erst vier Jahrzehnte später veröffentlicht. Außenminister Stresemann intervenierte 1927 beim Kultusminister Becker gegen Kantorowicz' Berufung nach Kiel und verzögerte

<sup>10</sup> So Augsberg 2018: 208 ff.

<sup>11</sup> Kantorowicz 1907: 68.

<sup>12</sup> Vgl. Geiss 1967: 17–20.

<sup>13</sup> Kantorowicz 1967.

diese um Jahre.<sup>14</sup> Gustav Radbruch, der zeitweise Reichsjustizminister gewesen war, stellte sich hinter Kantorowicz und warf dafür das Gewicht der Sozialdemokratischen Partei in die Waagschale.<sup>15</sup>

Mit seinen Ideen, Begründungen und Darstellungsformen verletzte Kantorowicz den Comment, wodurch er stets, wie man sagen könnte, einen ruhig dahinströmenden Diskurs in Wallung brachte. Bereits damals deutete sich an, was später immer wieder zu beobachten war: Dissidenz ist das konstant-generelle Merkmal jener Rechtstheoretiker, die eine Annäherung ihres Fachs an die Soziologie betreiben.

Seit den 1990er Jahren wurden Kantorowicz' Schriften wieder vermehrt studiert und zustimmend in das Rechtsdenken einbezogen.<sup>16</sup> Das war eine überraschende Entwicklung, zumal die Rezeption offensichtlich immer noch anschwilt. Man könnte denken: Das Freirechtsthema *hat* nicht nur eine Geschichte, es *ist* sie. Dies begann mit dem Wiederaufblühen der deutschen Rechtssoziologie seit Mitte der 1970er Jahre, als Kantorowicz' Kampfschrift erneut gelesen wurde und sogar jetzt Anerkennung fand – nicht für sämtliche Thesen, aber zu ihrem Anliegen. So schrieb Thomas Raiser über Gnaeus Flavius' Kampf: »Es ist trotz der offenkundigen Übertreibungen eines jugendlichen Bilderstürmers eine der bedeutendsten, meistgelesenen und wirkungsvollsten juristischen Schriften dieses Jahrhunderts geworden.«<sup>17</sup> So, wie die Nachfahren Kantorowicz' Herkunft und Lebenslauf zeichnen,<sup>18</sup> steht er unter allen Freirechtlern der heutigen Figur eines Intellektuellen wohl am nächsten: aus dem Bildungsbürgertum, weltläufig, demokratisch-linksliberal, kriegskritisch und kulturinteressiert; als Jurist vielseitig und grundlagenorientiert, als Jude assimiliert. Freilich, selbst wenn Kantorowicz als bedeutender Autor gewürdigt wird und ihm Abhandlungen gewidmet werden, klingen die Bewertungen seiner rechtstheoretischen Arbeiten zurückhaltend, vermutlich wegen eines Verdachts auf ›theoriepolitische Unzuverlässigkeit‹.

## Die Freirechtler

Mit der Streitschrift des Gnaeus Flavius war eine Arena mit zwei einander bekämpfenden Parteien geschaffen: hier ›die Freirechtler‹, dort die

14 Vgl. zu diesen Vorgängen Kudlien 1983: 341–343.

15 Kantorowicz selbst war nur ganz kurz Mitglied gewesen, später allenfalls Sympathisant dieser Partei.

16 Seit 1962 lag eine Neuauflage der methodologischen Abhandlungen von Kantorowicz vor.

17 Raiser 2011: 134.

18 Rückert 2008; Muscheler 1984 b. Für Monika Frommel (2023: 237) allerdings gehört Kantorowicz nicht zu den Freirechtlern.

›herrschende Meinung‹ der juristischen Methodenlehre. Das Publikum bildete die an Rechtstheorie interessierte Juristenschaft. Die Blöcke grenzten sich nicht scharf gegeneinander ab und trugen nicht die Merkmale einer sozialen Gruppe im engeren Sinne, etwa eine förmliche Mitgliedschaft.<sup>19</sup> Alle drei Blöcke waren zahlenmäßig klein: zum einen die wenigen Dissidenten; zum anderen die Verfechter der h.M., ebenfalls nicht zahlreich, denn nicht viele Rechtswissenschaftler engagieren sich in philosophischen und erkenntnistheoretischen Fragen; schließlich der hierzu lesende Teil der Juristen, die ihrerseits zu allermeist mit etwas anderem, nämlich den praktischen Fragen der Jurisprudenz beschäftigt waren. Teile des Bildungsbürgertums könnten von der Auseinandersetzung berührt worden sein, zielten doch Überschriften und Sprechweise mancher Freirechtspublikationen, zumal von Ernst Fuchs, auf eine allgemeine Leserschaft.

Das Freirechtsdenken wurde als Protest gegen die Gesetzesbindung des Judizierens verstanden. Dabei war der Rechtspositivismus nur ein Demonstrationsbeispiel für das eigentliche Ziel: die Argumentations- und Legitimationsgrundlagen des juristischen Handelns zu erweitern. Noch nie haben fachjuristische Erkenntnisse allein auf einen Gesetzestext aufgebaut; immer beteiligen sich methodologische Expertise, Präjudize, Gewohnheitsrecht, Jurisprudenz, Moral und andere Normbereiche sowie das Alltagswissen am Entscheiden. Zu dieser normativen Pluralität sollten nun die Einsichten empirischer Wissenschaften hinzutreten, wofür insbesondere Ehrlich und Kantorowicz plädierten.

Der Freirechtliche Diskurs legte Merkmale am juristischen Entscheiden offen, die zweifellos vorhanden, aber zuvor weder bewusst noch methodologisch durchdrungen worden waren. Das signalisierte auch der Name Gnaeus Flavius. Und der Protest, in der Antike wie 1906, rührte aus der unerwünschten Offenlegung beruflicher Geheimnisse her. Der Konflikt um das Freirecht fokussierte sich alsbald auf einen wunden Punkt in dessen Selbstdarstellung, betreffend den strikten Legalismus. Man verkürzte (und missverstand) das Freirecht als Lizenz zur Abweichung vom Gesetz. Je nachdem, was man gerade von der Aufsatzflut zu fassen bekam, entzündete sich der Widerwille an einzelnen Stellen. Der Mangel einer zusammenfassenden Konzeption ermutigte den punktuellen Zugriff, und die großspurigen Attitüden in manchen der freirechtlichen Verlautbarungen taten ein Übriges. Die von einigen Formulierungen im *Kampf* ausgehende Andeutung, dass auch *praeter* oder gar *contra legem* judiziert werden könne, war von Kantorowicz alsbald korrigiert worden.<sup>20</sup> Aber es blieb ein gefundenes Fressen für die

19 Zumal dem Lager des Freirechts wird in der methodengeschichtlichen Literatur zumeist der Gruppencharakter abgesprochen; Clemens Boehncke (2021) zeichnet es hingegen überzeugend als eine ›Intellektuellengruppe‹.

20 Vgl. dazu Muscheler 1984 a: 125–141.

angegriffene Mehrheitsfraktion. Die darob entfachte Aufregung stand in einem etwas grotesken Missverhältnis zum Charakter der Gnaeus-Flavius-Schrift, die einen Aufruf enthielt und erkennbar keine ausgearbeitete Methodenlehre. Zum Eindruck, hier werde die Auflösung richterlicher Gesetzesbindung propagiert, trug auch das Wort ›frei‹ bei. Frei – wovon?! Der Protest der so abgestempelten Freirechtler blieb ungehört. Ganz andere, nicht angsterregende Lesarten waren möglich, etwa die von Roscoe Pound.

Roscoe Pound, amerikanischer Klassiker des *legal realism*, befand: »Die soziologischen Juristen bestehen auf der Einheit der Sozialwissenschaften und der Unmöglichkeit einer selbstzentrierten, selbstgenügsamen Rechtswissenschaft.«<sup>21</sup> Er verstand Gnaeus Flavius und die Freirechtler so: »Sie betrachten das Gesetzesrecht als allgemeinen Führer für den Richter, das ihn zum gerechten Ergebnis leitet; aber sie bestehen darauf, dass er innerhalb weiter Grenzen frei ist, sich mit dem individuellen Fall zu befassen, um den Anforderungen der Gerechtigkeit zwischen den Parteien zu genügen, im Einklang mit dem gesunden Menschenverstand.«<sup>22</sup> Aus dieser Version erklang nicht die Rebellion, wie sie hiesige Rechtstheoretiker hineininterpretierten.

Bis heute ist eine Lesart verbreitet, die das Freirecht als übergriffig charakterisiert. Ein aktuell vielgenutztes Lehrbuch zur Rechtstheorie behauptet, die Freirechtsschule vertrete »eine königliche Freiheit des Richters: Er stehe über dem Gesetz«.<sup>23</sup> Bei Matthias Mahlmann hieß es, dass Kantorowicz »aus sozialen Sachverhalten Entscheidungsregeln für normative Streitfragen gewinnen will«. An der zitierten Stelle sprach Kantorowicz aber nur von der »Unentbehrlichkeit der soziologischen Untersuchung für die Beantwortung der Rechtsfrage«, d.h. für das allgegenwärtige Ausfüllen von Lücken im Gesetz.<sup>24</sup> Zugegeben sei, dass er sich an der Stelle missverständlich ausdrückte.

Das Freirechtsdenken wollte die juristische Methodik mit der Möglichkeit faktenbasierter Argumentation aufladen und damit zukunftssicher machen. Das bedingte den Abschied von einem ›idealistischen‹ Rechtsbegriff, wie er aus der Historischen Rechtsschule des 19. Jahrhunderts überkommen war. Kantorowicz bestimmte den Begriff des Rechts fernab einer ›Zwangstheorie‹, die innerhalb der Jurisprudenz dominierte und auch in die Rechtssoziologie eingegangen ist (bei É. Durkheim, M. Weber, T. Geiger).<sup>25</sup> Für ihn kam es darauf an, ob eine gerichtliche Instanz

21 Pound 1912: 511).

22 Pound 1912: 515).

23 Rüthers u.a. 2018: 384.

24 Mahlmann 2018: 52; Kantorowicz 1911 a: 289.

25 Vgl. dazu Schrömbges 1984: 115–120.

als Dritte im Streitfall entscheidet; erst dadurch gewannen die Regeln und Normen der Sozialordnung ihre Rechtsqualität.<sup>26</sup>

Die Freirechtler riefen sich an einem Juristentypus, der aus der Mitte des 19. Jahrhunderts stammte. Der Richter erschien hiernach als ein »Techniker, dessen Urteil das Produkt reiner Kognition ohne voluntative Beimengungen, eben ein logisch-mechanischer Vollzugsakt war«. <sup>27</sup> Die Aufrührer wandten sich gegen die idealistische Vorstellung, aus Prinzipien und Gesetzen ein geschlossenes System des Rechts aufstellen zu können, aus dem die Lösung eines jeden Einzelfalls ableitbar sei. Mit dem Attribut ›frei‹ meinte Kantorowicz wie schon Eugen Ehrlich, das Rechtsdenken solle sich aus den Fesseln selbstverordneter Ableitbarkeit lösen. Nicht mehr und nicht weniger. Marietta Auer zufolge ging es für Kantorowicz gerade nicht darum, »die richterliche Bindung an das Gesetz durch Betonung der eigenschöpferischen Qualität der richterlichen Interpretationsleistung in Abrede zu stellen«. Vielmehr anerkannte Kantorowicz die Gesetzesbindung unter der Voraussetzung, »dass eine Rechtsfindung niemals allein auf der Autorität des Gesetzes, sondern stets auf einer autonomen Interpretationsleistung des Rechtsanwenders beruht und damit *notwendig* richterliche Rechtsschöpfung voraussetzt«. <sup>28</sup>

Kantorowicz rügte die Textfixierung der deutschen Rechtslehre, wonach das institutionell-juristische Handeln als mit dem Wortlaut eines Gesetzes, einer früheren Gerichtsentscheidung oder eines angesehenen Lehrbuchs in Einklang stehend dargestellt werden musste. Die Freirechtsschule wollte das lockern und juristische Entscheidungen auch auf anderen Wegen als bloß durch Textinterpretation gewinnen dürfen. Der Rechtsbegriff bezog sich auch auf nichtstaatliche Normen. Das ›freie Recht‹ meinte den Inbegriff aller Verhaltensregeln, die justiziabel (d.h. gerichtsverwendbar) sind. Danach gab es reichlichen Anlass, bei den Analysen der Rechtsdogmatik die Faktizität der untersuchten Normen einzubeziehen und zu fragen, wie die Gebräuche in der (Rechts-) Praxis beschaffen seien und welche Wirkungen von Bestand der Rechtsnorm und insbesondere von einem Justizurteil ausgehen.

Mit seinem Diskursstil wirkte Kantorowicz antikonsensual, zielte nicht auf die Zustimmung der angesprochenen Gemeinschaft ab, nicht auf die Bildung einer h.M., sondern baute auf eine fortlaufende Fremd- und Selbstkritik. Als negatives Demonstrationsobjekt bevorzugte er Friedrich Carl von Savigny (1779–1861), über den »die Stimmen all derer das Feld beherrschen, die in ihm den Erreter aus tiefem Verfall, den Herrn und Meister der deutschen Rechtswissenschaft erblicken«. Das

<sup>26</sup> Kantorowicz 1963: 63.

<sup>27</sup> Ogorek 1986: 369.

<sup>28</sup> Auer 2018: 68.