

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

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 Briefen¹ und kündigte sie in Veröffentlichungen an.² 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.³ Thematisch stand er dem Projekt fern, und die Arbeiten, die er im Untersuchungsraum verfasst hatte, erwiesen sich als wenig ergiebig. Kantorowicz' Schrift über die

¹ 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 haeuet.“ (Konvolut Universitätsarchiv Freiburg, Blatt 174). Im Brief vom 21. Mai 1918 (gleiches Blatt) berichtet er über weitere Arbeiten daran.

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

³ 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.⁴ 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.⁵ Kantorowicz’ Text über die Rechtssoziologie war elegant und skizzierte eine anschlussfähige Wissenschaftssystematik.⁶ 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.⁷ 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.⁸ 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.⁹

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

⁵ Hermann Kantorowicz, Zur Lehre vom richtigen Recht, Berlin Leipzig 1909.

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

⁷ Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 3. Aufl. 1932 (Nachdruck Heidelberg 1999).

⁸ 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).

⁹ 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.¹⁰ 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“.¹¹ 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.¹² Der verbreitete, auch von Kantorowicz aufgestellte Befund, mit Jhering habe in der deutschen Rechtswissenschaft eine neue, zweckorientierte Epoche begonnen,¹³ 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).

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

¹¹ *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.

¹² *Ronald Dworkin*, Taking Rights Seriously, Cambridge 1977, S. 14 ff.

¹³ 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.¹⁴ 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.¹⁵ 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.¹⁶ Dworkin nennt dies die interpretative Haltung.¹⁷ 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.¹⁸ Letztlich also streben Richter nach einem Gleichgewicht zwischen der vorgefundenen Rechtspraxis und der bestmöglichen Rechtfertigung dieser Praxis.¹⁹

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.²⁰ 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,

¹⁴ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 3. Aufl., Frankfurt am Main 1996.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ Dworkin, *Empire* (Fn. 15), S. 46 ff.

¹⁸ Dworkin, *Empire* (Fn. 15), S. 87 f.

¹⁹ Dworkin, *Empire* (Fn. 15), S. 90.

²⁰ Vgl. etwa Dworkin, *Empire* (Fn. 15), S. 47.

das Handlungen nach den Maximen beurteilt, die ihnen zugrunde liegen.²¹ 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.²² Stammler wurde wegen dieses Arguments von seinen Zeitgenossen das Verdienst zugeschrieben, das erkenntnistheoretische

²¹ *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.

²² 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.²³ 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.²⁴ 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.²⁵ Die Erkenntnis beginnt mit der Realdefinition.²⁶

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“²⁷; manche suchten wie Felix Somló Zuflucht zu der eigenartigen Vorstellung eines relativen Apriori.²⁸ 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.²⁹

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“.³⁰ 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.³¹ Sie verdankt sich, anders gesagt, einer Beobachterperspektive auf das Recht. Die

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

²⁴ Kantorowicz, Lehre (Fn. 5), S. 16 ff.

²⁵ Kantorowicz, Begriff (Fn. 3), S. 18.

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

²⁷ G. A. Wielikowski, Die Neukantianer in der Rechtsphilosophie, München 1914, S. 81.

²⁸ Felix Somló, Juristische Grundlehre, 2. Aufl., Leipzig 1927, S. 127.

²⁹ 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.).

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

³¹ 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) „Methodenrealismus“.³² Das Recht müsse als ein Sinngebilde aufgefasst werden, so wie Zahlen.³³ 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.³⁴ 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.³⁵

„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 [...]“.³⁶

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

³² 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.).

³³ *Kantorowicz*, Reinach (Fn. 3), S. 115.

³⁴ *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.); *Ulfrid 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.).

³⁵ Vgl. *Kantorowicz*, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 71 f.; *Kantorowicz*, Rechtswissenschaft (Fn. 31), S. 87.

³⁶ *Kantorowicz*, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 72.

³⁷ *Kantorowicz*, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 86.

hängig.³⁸ Doch sind die praktischen Werte der Sittlichkeit oder Gerechtigkeit nicht allgemeingültig, sondern nur relativ.³⁹ 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.⁴⁰ Wie das praktisch aussieht, erläutert Kantorowicz knapp: „Die Kategorien der Beweisführung sind hauptsächlich teleologische, nämlich Mittel und Zwecke.“⁴¹ 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.⁴²

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.⁴³ Sie ist, wie Kantorowicz – vielleicht in einer Übergangsphase zum Spätwerk – herausstreicht, nicht Wort-, sondern Wertwissenschaft.⁴⁴ 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.⁴⁵ Sie müssen vielmehr aus den Wirkungen des Gesetzes erschlossen werden. Es handele 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.⁴⁶ 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

³⁸ Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 86.

³⁹ Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 86.

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

⁴¹ Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 87.

⁴² Kantorowicz, Staatsauffassungen (Fn. 26), S. 87.

⁴³ Kantorowicz, Soziologie (Fn. 6), S. 134.

⁴⁴ Kantorowicz, Soziologie (Fn. 6), S. 126.

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

⁴⁶ Kantorowicz, Soziologie (Fn. 6), S. 127 f.

Namensregister

- Aristoteles 53, 234
Auer, Marietta 23, 72, 131, 229–232, 243, 245
Austin, John 239–241, 245
- Baluze, Étienne 45
Becker, Carl Heinrich 62, 207
Behrends, Okko 71, 72
Berman, Harold 25, 26
Beseler, Gerhard von 47, 62
Binder, Julius 8
Bismarck, Otto von 57, 101, 112
Breitscheid, Rudolf 62
Bruck, Eberhard Friedrich 47
- Calhoon, George M. 70
Calker, Wilhlem von 62
Canova, Antonio 54
Cassirer, Ernst 223
- Dahm, Georg 67, 75
Diederichs, Eugen 60
Diplovatatus, Thomas 49, 92–94, 100
Dworkin, Ronald 5, 6, 18, 19, 21, 24
- Eckhardt, Karl August 61, 64, 67
Edelheim, John 29
Eggerstedt, Otto 66
Eisele, Fridolin 48
- Flavius, Gnaeus 51, 111, 137, 149, 198, 201
Flume, Werner 48
France, Anatole 60
Freud, Sigmund 68, 143
Friedrich I. 187
Friedrich II. 187
Fuchs, Ernst 42, 53–55, 60, 149
- Gandinus, Albertus VII, 43, 44, 49, 50, 58, 67, 71, 75–83, 93, 94, 97, 98, 100, 101, 103, 108, 111, 117, 178, 183–188, 193, 195, 196, 201, 202, 207, 254
- Genzmer, Erich 45
Genzmer, Felix 195
George, Stefan 29–35
Gobler, Justinus 43, 44, 49, 95, 99, 100, 178, 183, 195, 202
Goesch, Heinrich 29, 31, 32
Golding, Martin P. 237, 245
Gradenwitz, Otto 47
- Harms, Bernhard 64
Hart, Herbert Lionel Adolphus VIII, 5, 18, 72, 227, 229, 230, 232–234, 236–246
Haupt, Joachim 65
Hegel, Georg Wilhelm Friedrich 32, 68, 218
Heidegger, Martin 209, 223
Heilmann, Ernst 62
Heinemann, Gustav 58
Heinrich VII. 187
Heymann, Ernst 45
Hinschius, Paul 45
Husserl, Edmund 209, 223
Husserl, Gerhart 63, 64
- Irnerius 41
- Jellinek, Georg 200, 201, 213
Jellinek, Walter 61
Jessen, Jens 67
Jhering, Rudolf von 5, 51, 59, 72, 257
Jörs, Paul 48
Juncker, Axel 29
Justinian 45, 47, 50, 54, 90, 98, 117, 145, 185
- Kant, Immanuel 6, 8, 32, 219, 223
Kantorowicz, Ernst 126
Kelsen, Hans 11, 72, 164, 166, 204, 207, 224, 236, 240, 243, 245

- Kohler, Josef 187, 188, 196
 Koschaker, Paul 46, 47, 55
 Kroner, Richard 68
 Kunkel, Wolfgang 46
- Lask, Emil VIII, 4, 198, 209–223, 225
 Lauterpacht, Hersch 136, 138, 139, 147
 Lenel, Otto 41, 47
 Levy, Ernst 113
 Lewald, Hans 47
 Lilienthal, Karl von 43
 Liszt, Franz von 42, 43, 49, 50, 154, 157–159, 166–170, 173, 177, 194
 Llewellyn, Karl N. V, VIII, 69, 114, 247, 248, 251–253, 255, 257–264, 267–271, 273, 274, 276, 277, 280, 282–286
- Maschke, Richard 63
 Mitteis, Heinrich 260
 Mitteis, Ludwig 47
 Mommsen, Theodor 48, 59, 118, 124
 Mommsen, Wolfgang 101
 Münch, Fritz 60
 Muscheler, Karlheinz 23, 24, 62, 106, 194, 231
- Niemeyer, Theodor 47, 63
 Nussbaum, Arthur 260
- Partsch, Josef 47
 Plato 53
 Ponge, Francis 38
 Pringsheim, Fritz 47
- Raape, Leo 47
 Rabel, Ernst 27
 Radbruch, Gustav VIII, 4, 6, 8, 9, 22, 24, 29, 44, 49, 50, 53, 56, 60–63, 67, 70, 72, 85, 87, 92, 98, 101, 104, 108, 111, 112, 137, 145, 149–151, 154, 157, 159, 160, 162, 164, 166, 167, 169, 170, 171, 177, 182, 193–202, 204–207, 209, 211–216, 222, 224, 256, 257
 Radin, Max 65, 256
- Rickert, Heinrich 4, 91, 98, 209, 210, 212, 214, 217, 223
 Rumpf, Max 60, 201
- Savigny, Friedrich Carl von 20, 41, 45, 46, 48, 54, 58, 59, 70, 79, 86, 89, 94, 95, 117, 118, 143, 145, 189
 Schmidt, Eberhard 63
 Schmidt, Richard 43, 75, 285
 Schnabel, Karl 29
 Schoenborn, Walther 62
 Schubert, Werner 44
 Schwarz, Andreas Bertalan 47
 Schücking, Walther 61, 62, 131, 280
 Schulz, Fritz 48, 49, 62, 70
 Schumm, Friedrich 66
 Seckel, Emil 43–46, 48, 49, 71, 111
 Sinzheimer, Hugo 60
 Spiegel, Wilhelm 66
 Stammler, Rudolf 4, 7, 8, 202, 212, 216, 221, 254
 Sternberg, Theodor 49, 53, 195, 213
 Stresemann, Gustav 62, 132
 Sunkel, Reinhard 65
- Taubenschlag, Rafael 47
 Tönnies, Ferdinand 60
- Weber, Max 4, 102, 151, 152, 163–165, 174, 207, 209–211, 215–217, 222, 224, 234, 257
 Wedemeyer, Werner 61, 63, 64
 Weinhandl, Ferdinand 67, 68
 Weiß, Egon 47
 Wenger, Leopold 47
 Wieacker, Franz 46, 71, 72
 Wilhelm II. 58
 Windscheid, Bernhard 44
 Wolff, Christian 14
 Wolff, Ernst 60, 195
- Zulueta, Francis de 115, 116, 125, 126, 205, 227, 228, 231, 232, 257
 Zwymann, Kuno 29