

Schriftenreihe zur
Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung

Band 11

Die Freirechtsbewegung

Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule

Von

Dr. Klaus Riebschläger



Duncker & Humblot · Berlin

KLAUS RIEBSCHLÄGER · DIE FREIRECHTSBEWEGUNG

**Schriftenreihe des Instituts für Rechtssoziologie und
Rechtstatsachenforschung der Freien Universität Berlin**

Herausgegeben von Prof. Dr. Ernst E. Hirsch

Band 11

Die Freirechtsbewegung

Zur Entwicklung einer soziologischen Rechtsschule

Von

Dr. Klaus Riebschläger



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1968 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1968 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany

Vorwort des Herausgebers

Daß die historische Rechtsschule nicht Rechtsgeschichte, sondern Rechtstheorie getrieben hat, ist unbestritten. Daß eine soziologische Rechtsschule nicht Rechtssoziologie, sondern ebenfalls Rechtstheorie treibt, ist vielen Juristen noch immer nicht klargeworden. Historismus im Gewande einer historischen Rechtsschule, Positivismus oder Soziologismus in den Erscheinungsformen des Gesetzespositivismus' bzw. einer soziologischen Rechtsschule gehören zum Bereich der sog. „Allgemeinen Rechtslehre“ und versuchen, eine allgemeine Theorie des Rechts auf der Basis gewisser wissenschaftstheoretischer Strömungen einer bestimmten Epoche der Geistesgeschichte zu entwickeln.

Wird diese Zielsetzung nicht beachtet und z. B. in concreto eine soziologische Rechtstheorie als Rechtssoziologie ausgegeben oder aufgefaßt, so liegt darin ein Verstoß gegen einen Fundamentalsatz jeder rationalen Wissenschaftslehre. Dieser Verstoß führt zu Unklarheiten, fehlerhaften Schlüssen, schillernden Schlagworten (wie z. B. „Freiheit“) und einer Fülle darauf zurückzuführender Polemiken über Scheinprobleme. Derartige theoretische Auseinandersetzungen finden ihrerseits Eingang in die Rechtspraxis, da die Rechtswissenschaft zu den sog. anzuwendenden („angewandten“, praktischen) Wissenschaftszweigen zählt. Und die Rechtspraxis wirkt ihrerseits zurück in den wissenschaftlichen Raum.

Nur bei Berücksichtigung dieser Umstände wird der wissenschaftliche Prozeß verständlich, welcher den Gegenstand der vorliegenden Arbeit bildet: die sog. „Freirechtswissenschaft“.

Die in zehn Thesen zusammengefaßten Ergebnisse der Untersuchung räumen gründlich mit den Vorurteilen und z. T. recht oberflächlichen Sachurteilen auf, die nicht nur im früheren, sondern auch noch im heutigen Schrifttum *für* oder *gegen* diese an Facetten reiche Rechtstheorie anzutreffen sind. Hierbei wird der Zusammenhang hervorgehoben, der zwischen der freirechtlichen Gedankenwelt und den heutigen, auf die „Natur der Sache“, das sog. „Problemdenken“ und auf ähnliche Vorstellungen gestützten rechtstheoretischen Strömungen besteht.

Berlin, im Mai 1968

Ernst E. Hirsch

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	11
-----	------------------	----

Erstes Kapitel

Die positivistischen Strömungen in der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts

§ 2	Der wissenschaftliche Positivismus	14
§ 3	Der Positivismus als allgemeine geistige Strömung	16
	1. Der positivistische Wissenschaftsbegriff	16
	2. Die Einwirkung des positivistischen Wissenschaftsbegriffes auf die Rechtswissenschaft am Beispiel Jherings	17
§ 4	Der Gesetzespositivismus	19
	1. Die Ablösung der Wissenschaft durch den Gesetzgeber	19
	2. Die Grundsätze des Gesetzespositivismus	20
	a) Die staatliche Rechtsauffassung	20
	b) Das Dogma von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung	23

Zweites Kapitel

Die Geschichte der Freirechtsbewegung

§ 5	Die Vorläufer der Freirechtsbewegung	26
	1. Zur Bedeutung der geistigen Vorläufer	26
	2. Die naturrechtlich orientierten Kritiker	27
	a) Adickes	27
	b) Schloßmann	28
	c) Frank	28
	3. Die Vertreter der soziologischen Richtung	29
	a) Jhering	29
	b) Kohler	31

§ 6	<i>Die Ausgangssituation</i>	32
§ 7	<i>Die programmatischen Schriften (1903—1906)</i>	33
	1. Ehrlich: Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft	33
	2. Wurzel: Das juristische Denken	35
	3. Stampe: „Rechtsfindung“ und „Gesetz und Richtermacht“	37
	4. Gnaeus Flavius (Kantorowicz): Der Kampf um die Rechtswissenschaft	39
	5. Rumpf: Gesetz und Richter	44
§ 8	<i>Die Periode der literarischen Auseinandersetzung (1906—1913)</i>	46
	1. Überblick	46
	2. Die ersten Reaktionen auf die Programmschriften	47
	3. Das Verhältnis der Freirechtslehre zur Interessenjurisprudenz ...	49
	4. Die Stellung der Freirechtsbewegung zu Stammlers Lehre vom richtigen Recht	50
	5. Der weitere Ausbau der Freirechtslehre	52
	a) Die soziologische Rechtsfindungsmethode	52
	b) Sonstige theoretische Beiträge	58
	6. Die zweite Phase des Kampfes gegen die Freirechtslehre	62
	7. Die Herausbildung einer vermittelnden Richtung	68
§ 9	<i>Die weitere Entwicklung in Theorie und Praxis (1914—1933)</i>	72
	1. Überblick	72
	2. Der Zerfall der Bewegung	75
	3. Die Erfolge in der Praxis	80

Drittes Kapitel

Versuch einer systematischen Darstellung der Ideen der Freirechtslehre

§ 10	<i>Der Begriff des Rechts in der Freirechtslehre</i>	90
§ 11	<i>Die neue Rechtsquellenlehre</i>	92
	1. Die Klärung des Begriffes „Rechtsquelle“	92
	2. Die Unvereinbarkeit der freirechtlichen Lückentheorie mit dem herrschenden Rechtsquellendualismus	93
	3. Die Grundsätze der neuen Rechtsquellenlehre	95

Inhaltsverzeichnis	9
§ 12 <i>Zur Methode der Rechtsfindung</i>	97
1. Die Ausfüllung der Lücken	97
a) Weg	97
b) Inhalt	101
2. Die „Contra-legendem-Fabel“	103

Viertes Kapitel

Kritik und Würdigung

§ 13 <i>Die Schwächen der Freirechtslehre</i>	106
1. Der verfehlte Lückenbegriff	106
2. Die Unklarheiten in der Methode	107
§ 14 <i>Die bleibenden Verdienste</i>	109
1. Der erfolgreiche Kampf gegen das Dogma von der Lückenlosigkeit der Rechtsordnung	109
2. Die Überwindung des Rechtsquellendualismus	110
§ 15 <i>Thesen</i>	115

Literaturverzeichnis	117
-----------------------------	-----

Abkürzungen

(Es sind nur die Abkürzungen aufgeführt, die nicht in Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 1957, enthalten sind oder davon abweichen.)

- C. c. = Code civil
- GrünhZ. = Zeitschrift für das Privat- und öffentliche
Recht der Gegenwart
- HWbdRW = Handwörterbuch der Rechtswissenschaft
- Jur. Jb. = Juristen-Jahrbuch

§ 1 Einleitung

Soweit die sogenannte Freirechtsbewegung¹ in Juristenkreisen überhaupt bekannt ist, verbindet sich mit diesem Namen in der Regel die Vorstellung von einem Richterkönigtum, das — frei von Recht und Gesetz —, dem Rechtsuchenden nur Steine statt Brot zu geben vermag, weil es die Orientierung am positiven Recht zugunsten einer willkürlichen und zweifelhaften Kadijustiz zu opfern bereit ist².

Zwar lassen sich für solche Vorstellungen einzelne Belegstellen in den Werken von Freirechtlern nachweisen. Sie geben aber nicht den Kern der Lehren dieser Schule wieder. Dieser läßt sich nämlich nicht mit Hilfe einzelner aus dem Zusammenhang gerissener Zitate, sondern nur in einem Gesamtüberblick feststellen. An einem brauchbaren Gesamtüberblick fehlt es aber.

Den einzigen Versuch in dieser Richtung hat im Jahre 1932 Kanigs unternommen³. Sein Ausgangspunkt ist aber wissenschaftlich unhaltbar, weil er unter der Bezeichnung Freirechtsbewegung alle Reformbestrebungen — einschließlich der Interessenjurisprudenz —, zusammenfaßt und sich dadurch den Blick für die notwendigen Abgrenzungen versperrt⁴.

Die übrigen Darstellungen beschränken sich entweder auf das Werk jeweils eines freirechtlichen Autors⁵ oder sie leiden darunter, daß sie entweder die Freirechtslehre nur kurz abhandeln oder sich in ihrer Aussage im wesentlichen darauf beschränken, diese Schule als die heftigste

¹ Synonym werden in dieser Darstellung gebraucht: Freirechtslehre, Freirechtsschule, freirechtliche Schule, freie Rechtsfindung, soziologische Rechtsfindung; für ihre Anhänger: Freirechtler.

² *Czermak*, Rezension, JZ 1965, 379; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl. 1959, S. 133; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 33 Anm. 75.

³ *Kanigs*, 25 Jahre Freirechtsbewegung, Diss. Erlangen, 1932.

⁴ Kanigs faßt unter der Bezeichnung Freirechtsbewegung alle Reformbestrebungen — einschließlich der Interessenjurisprudenz — zusammen und versperrt sich dadurch den Blick für die notwendigen Abgrenzungen. Dies kritisiert auch *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960, S. 60 Anm. 5.

⁵ Siehe *Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie, 1962, herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von Würtenberger; *Fuchs*, Gerechtigkeitswissenschaft, 1965, herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von Arthur Kaufmann; *Ehrlich*, Recht und Leben, 1967, ausgewählt und eingeleitet von Manfred Rehbinder.

Reaktion gegen die bis zum Ende des 19. Jahrhunderts in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis wirksamen Anschauungen zu kennzeichnen⁶.

Nur so ist es zu erklären, daß sich neben der allgemeinen Fehleinschätzung der Freirechtsbewegung noch zahlreiche einzelne Kontroversen finden, die in jenen Darstellungen nicht entschieden worden sind. Die Abgrenzung zwischen der Interessenjurisprudenz und der Freirechtslehre harrt ebenso der Bearbeitung wie die Frage, ob die Freirechtsschule sich entweder als Naturrecht des 20. Jahrhunderts verstand⁷ oder ihre Kraft dem Kampf gegen das Phantom des Naturrechts widmete⁸, ob sie entweder eine episodenhafte Strömung verkörperte, die für Juristen unverzeihliche Fehler beging⁹, oder Gedanken von allergrößter Bedeutung zur Rechtstheorie und juristischen Methodenlehre beisteuerte¹⁰.

Wenn es der Sinn der Wissenschaft ist, an die Stelle individueller Vorstellungen allgemeingültige Auffassungen treten zu lassen¹¹, dann erscheint es jedenfalls mehrere Jahrzehnte nach dem Wirken der Freirechtsbewegung an der Zeit, den Versuch zu unternehmen, auch ihr einen gesicherten Platz in der Vorstellungswelt der Juristen zu verschaffen.

Damit sind Gang und Inhalt der Arbeit stärker als üblich vom Stoff her vorgezeichnet: so war es zum Verständnis vieler Thesen notwendig, der eigentlichen Geschichte der Freirechtsbewegung einen Überblick über die von ihr bekämpften Strömungen vorzuschicken, weil die Freirechtsschule den Weg von der negativen Kritik des Vorhandenen bis zur positiven Formulierung des eigenen Standpunktes nie ganz durchlaufen hat. Dies geht schon daraus hervor, daß bedeutende Vertreter dieser Richtung den Kampf gegen den Positivismus¹², gegen die

⁶ *Boehmer*, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, Band II, 1, 1951, S. 158—189; *ders.*, Jugenderinnerungen an die Zeit der Freirechtslehre, in: Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle, Band 1, 1963, S. 3—23; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1952, S. 343 f.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 59—62; *Engisch*, Einführung, S. 132 f.; positiver sind lediglich die auf die Freirechtslehre bezogenen Partien bei *Lautmann*, Freie Rechtsfindung und Methodik der Rechtsanwendung, Diss. Würzburg, 1967, zu bewerten. Diese Schrift verfährt aber im Hinblick auf die Freirechtsbewegung im historischen Teil zu skizzenhaft (vgl. a.a.O., S. 51—71) und untersucht diese Schule im systematischen Teil lediglich unter methodischen Gesichtspunkten (a.a.O., S. 125—141).

⁷ *Gnaeus Flavius (Kantorowicz)*, Der Kampf um die Rechtswissenschaft, 1906, in: Rechtswissenschaft und Soziologie, S. 15; *Grieß*, Naturrechtliche Strömungen der Gegenwart, Diss. Freiburg, 1926, S. 73.

⁸ *Boehmer*, Jugenderinnerungen, S. 19.

⁹ *Sauer*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 2. Aufl. 1961, S. 15.

¹⁰ *Arthur Kaufmann*, Einleitung zu *Fuchs*, Gerechtigkeitswissenschaft, S. 5.

¹¹ *von Aster*, Geschichte der Philosophie, 1954, S. 370.

¹² *Gnaeus Flavius (Kantorowicz)*, Kampf, a.a.O., S. 15.

Begriffsjurisprudenz¹³ und *gegen* den Dogmatismus¹⁴ zu den Hauptzielen ihrer Bestrebungen erklärten¹⁵.

Dazu kommt eine Beschränkung im stofflichen Bereich. Der Schwerpunkt der Lehren der Freirechtler lag so eindeutig im Bereich des Privatrechts, daß die gelegentlichen Ausflüge in das Öffentliche Recht (insbesondere in das Strafrecht) demgegenüber episodisch erscheinen. Deshalb erschien es vertretbar, die Darstellung im wesentlichen auf das Privatrecht zu beschränken, obwohl nicht zu bestreiten ist, daß die Behandlung rechtsmethodologischer Fragen im Rahmen einer Einzeldisziplin fragmentarisch bleiben muß¹⁶.

Aus der negativ-kritischen Gesamttendenz dieser Lehre folgt schließlich die Schwierigkeit einer systematischen Darstellung der von ihr vertretenen Auffassungen. Im Ergebnis bedingte dies ein Zurücktreten des systematischen Teils hinter der historischen Darstellung, in deren Rahmen aber bereits gewisse Abgrenzungen gegenüber verwandten Tendenzen vorzunehmen waren.

¹³ Ehrlich, Die juristische Logik, 2. Aufl. 1925, S. 130; Fuchs, Jhering und die Freirechtsschule, in: Gerechtigkeitswissenschaft, S. 181; Kantorowicz, Methodenreform und Justizreform, DRiZ 1911, 351.

¹⁴ Fuchs, Was will die Freirechtsschule?, 1929, in: Gerechtigkeitswissenschaft, S. 25.

¹⁵ Diese Tendenz der Freirechtsschule hat schon Hirsch hervorgehoben, vgl. Hirsch, Artikel „Rechtsschulen (soziologische)“, in: Bernsdorf-Bülou, Wörterbuch der Soziologie, 1955, S. 413.

¹⁶ Vgl. Hirsch, Zu einer Methodenlehre der Rechtswissenschaft, JZ 1962, 331.