

Nach 50 Jahren wieder gelesen – Die Hauptwerke von H.L.A. Hart und Hans Kelsen. 6. Tagung des Arbeitskreises Ideengeschichte der Deutschen Sektion der IVR, 22. bis 24. September 2011 in Bergkirchen

Im Jahr 1961 erschien Harts „The Concept of Law“, ein Jahr zuvor die zweite Auflage von Kelsens „Reine Rechtslehre“ – Anlass für den Arbeitskreis Ideengeschichte, diese beiden Autoren zum Gegenstand seiner 6. Tagung zu machen, die turnusgemäß (nach der thematisch orientierten 5. Tagung zu „Person und Rechtsperson“ vor zwei Jahren) wieder der intensiven Lektüre einzelner Werke gewidmet war. (Die Bemerkungen, die Papst Benedikt XVI. just am ersten Tagungstag in seiner Rede im Deutschen Bundestag überraschenderweise zu Kelsen machte,¹ fanden dabei – wohl auch wegen der kontemplativen Abgeschlossenheit des Tagungsortes – nicht mehr den Weg in die Diskussionen.)

Nach einer kurzen Einführung durch *Michael Anderheiden* in das Tagungsthema beschäftigte sich zunächst *Stanley L. Paulson* (St. Louis/Kiel) in seinem Vortrag „Neukantianismus bei Kelsen?“ mit den ideengeschichtlichen Wurzeln Kelsens. Seine durch das Fragezeichen im Vortragstitel angedeuteten Zweifel an den neukantianischen Elementen in der Reinen Rechtslehre Kelsens bezogen sich zum einen auf die argumentative Tragfähigkeit dieser Theorieelemente, zum anderen darauf, inwieweit Kelsen selbst an ihnen festhielt. Nach Paulson zeigt sich der Neukantianismus bei Kelsen vor allem in der Schaffensperiode etwa von 1920 bis 1960. Ein Kerngedanke sei hier die Grundnorm als „transzendental-logische Voraussetzung“ (so Kelsens eigene Begrifflichkeit) für die Deutung des subjektiven Sinns gewisser (Rechtsetzungs-)Tatbestände als System objektiv gültiger Rechtsnormen. Paulson erläuterte anhand einer Reihe von Zitaten unterschiedliche Bedeutungen der Grundnorm (etwa als Ermächtigung zur Normsetzung oder zur Verhängung von Sanktionen, als Grund der „Geltung als Zugehörigkeit“ oder der „Geltung als Verbindlichkeit“ oder eben als Grundvoraussetzung der Deutung des subjektiven Sinnes eines Aktes als dessen objektiven Sinnes). Der auf die Grundnorm als Obersatz („Man soll sich der tatsächlich gesetzten und wirksamen Verfassung gemäß verhalten“) aufbauende normative Syllogismus, der vom Faktum der gesetzten Verfassung auf die Geltung der auf ihr beruhenden Rechtsordnung schließt, könne das Sein/Sollen-Problem, so Paulson, nicht lösen. Über diese inhaltliche Kritik am Neukantianismus bei Kelsen hinaus wies Paulson auch darauf hin, dass Kelsen selbst in seinen Schriften zwei „Verwandlungen“ durchgemacht hat, in denen Paulson eine – im Fall der ersten „Verwandlung“ allerdings nur kurzzeitige – Abkehr vom Neukantianismus erblickte. Die erste, kurzzeitige Abkehr sei in den (textgleichen) Schriften „Die Entstehung des Kausalgesetzes aus dem Vergeltungsprinzip“ (1939/40) und „Vergeltung und Kausalität“ (1941) erfolgt, in denen sich Kelsen, so Paulson, vom kantischen Verständnis der Kausalität als transzendente Kategorie abwendete. Die zweite, diesmal endgültige Abkehr vom Neukantianismus vollzog sich nach Paulson zwanzig Jahre später; sie habe mit dem Brief an Ulrich Klug vom 4. Juli 1960 begonnen, in dem Kelsen seine bis dahin vertretene These aufgibt, nach der die Logik mittelbar oder analog auf das Recht anwendbar sei, und nun anerkennt, dass der Satz vom Widerspruch im Recht nicht gelte und zwei Rechtsnormen innerhalb einer Rechtsordnung einander widersprechen können.

Der zweite Beitrag in dem den ideengeschichtlichen Wurzeln der beiden Autoren gewidmeten Block der Tagung nahm die Rechtstheorie Harts in den Blick. *Dietmar von*

1 Dazu im Hinblick auf Kelsens angebliche Aufgabe des Dualismus von Sein und Sollen im Spätwerk kritisch und klarstellend Horst Dreier, Benedikt XVI. und Hans Kelsen, JZ 2011, 1151.

der Pfordten (Göttingen) machte auf zwei Strömungen aufmerksam, die Hart beeinflusst haben: den logischen Empirismus bzw. Positivismus mit seiner Philosophie der Idealsprache (von von der Pfordten mit Bezug auf Harts Wirkungsstätte Oxford „externe Strömung“ genannt) und die in Harts Oxforder Umfeld weiterentwickelte Philosophie der Normalsprache („interne Strömung“). Der durch Russel, Moore, Wittgenstein und den „Wiener Kreis“ begründete logische Empirismus bzw. Positivismus halte als Gegenbewegung zum Idealismus Sätze der Metaphysik, etwa synthetisch-apriorische, für nicht sinnvoll und akzeptiere nur analytisch-apriorische Aussagen der Logik und Mathematik sowie synthetisch-aposteriorische Aussagen, die sich verifizieren lassen (also solche der empirischen Natur- und Sozialwissenschaften). Hart habe aus dieser externen Strömung eine allgemeine Skepsis gegenüber Idealismus und Metaphysik und überhaupt gegenüber der traditionellen Philosophie sowie als neue Impulse die Sprachanalyse und den Verifikationismus aufgenommen. Der aus der Kritik am logischen Empirismus bzw. Positivismus entstandene Ansatz der Analyse der Normalsprache (insbesondere in Wittgensteins „Philosophischen Untersuchungen“), der in Oxford vor allem von Ryle und Austin aufgenommen wurde, habe dann – ebenso wie die hiermit zusammenhängende Kritik an jeder Form des Essentialismus – ebenfalls Eingang in Harts Theorie gefunden. von der Pfordten demonstrierte schließlich die Einflüsse der beiden Strömungen der analytischen Philosophie anhand von Harts Antrittsvorlesung „Definition and Theory in Jurisprudence“ von 1952 und in „The Concept of Law“. In der Antrittsvorlesung lehne Hart sich sehr eng an die Philosophie der Normalsprache an. In „The Concept of Law“ sei die Radikalität der analytischen Philosophie etwas gedämpft, indem die Möglichkeit traditioneller begrifflicher Definitionen nicht mehr vollständig zurückgewiesen werde; dennoch halte Hart hier daran fest, dass der Begriff des Rechts nicht auf traditionelle Weise definiert werden könne. Als weiterer Aspekt trete nun auch die soziologische Analyse eines tatsächlichen Rechtssystems hinzu.

In seinem Vortrag „Grundnorm (Kelsen) vs. secondary norms (Hart): Hierarchisierung von Normen“ verglich *Manfred Walther* (Hannover) anschließend die beiden Autoren vor allem im Hinblick auf die Frage, welche Art von Rechtspositivismus sie vertreten. Walther stellte zunächst fest, dass weder Kelsen noch Hart einen „Rechtsanwendungspositivismus“ vertreten in dem Sinne, dass die Interpretation eines Gesetzes notwendig zu einer einzigen, allein richtigen Entscheidung führt; beide gehen davon aus, dass mehrere gleichwertige Entscheidungen möglich sein können. Jedenfalls Kelsen vertrete auch keinen „Gesetzespositivismus“ in dem Sinne, dass nur Gesetzesrecht (bzw. Verfassungsrecht) und mit ihm inhaltlich und prozedural verträgliche Normen als Bestandteil des Rechts angesehen werden; Walther begründete das mit der in der Reinen Rechtslehre vorgesehenen Möglichkeit, dass die Justiz – etwa unter Berufung auf das in der Grundnorm mit Rechtsqualität versehene Gewohnheitsrecht – auch solche Entscheidungen treffen könne, die gegen Gesetzesrecht verstoßen, und damit, dass der Gesetzgeber verfassungswidrige Normen setzen könne, wenn die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen durch ein Verfassungsgericht in der Rechtsordnung nicht vorgesehen ist. Dass Kelsen keinen „Gesetzespositivismus“ vertrete, werde auch daran deutlich, dass wirksames Recht in seiner Theorie jeden beliebigen Inhalt haben könne. Hart diskutiere dieses Problem zwar nicht ausdrücklich, aber auch er komme – obwohl er einen „Minimalgehalt des Naturrechts“ postuliere – zur Möglichkeit, dass auch Diskriminierungen unter bestimmten Voraussetzungen ein Rechtssystem bilden können; auch bei Hart sei der Inhalt des Rechts also letztlich beliebig. Bei beiden Autoren könne nur ein „Geltungspositivismus“ festgestelt werden in dem Sinne, dass (nur) die von Menschen erzeugten und im Großen und Ganzen wirksamen Normen als Recht verstanden werden. Walther stellte abschließend fest,

dass die Unterschiede zwischen den beiden Autoren in Grundfragen weniger groß seien, als man zunächst den Eindruck habe.

Elena Pribytkova (Moskau/Basel) untersuchte in ihrem Vortrag „Nurrechtskern bei Hart?“ die Ideen Harts zum „Minimalinhalt des Nurrechts“ und deren Bedeutung für die Versöhnung der konkurrierenden Traditionen des juristischen Positivismus und der Nurrechtslehre. Unter Bezugnahme auf Harts Aufsatz „The Positivism and the Separation of Law and Morals“ von 1958 und auf „The Concept of Law“ legte Pribytkova dar, dass Hart in der Absicht, den „guten Sinn der Nurrechtslehre“ aufzuzeigen, eine an Hobbes und Hume anknüpfende „empirische Version“ des Nurrechts entwickelte. Demnach bestimmen „natürliche Tatsachen“ der menschlichen Existenz sowohl das Recht als auch die Moral (Letztere verstanden als Sittlichkeit). Der Inhalt von Recht und Moral werde nach Hart durch den „Minimalzweck des Überlebens“ bestimmt; mit seiner Annahme einer inhaltlichen Verwandtschaft von Recht und Moral setzt sich Hart vom moralischen Relativismus Kelsens ab. Pribytkova führte die Ideen Harts zum „Minimalinhalt des Nurrechts“ auf G. Jellineks Lehre vom Recht als ethischem Minimum zurück, wonach das Recht die Erhaltung derjenigen Normen garantiere, ohne die die langfristige Existenz der Gesellschaft unmöglich ist. Jellineks Werk sei Hart bekannt gewesen; Pribytkova demonstrierte die Parallelität der Vorstellungen Jellineks und Harts auch im Detail an einigen Elementen aus beiden Theorien. Abschließend stellte sie fest, dass Harts Projekt der Versöhnung von Rechtspositivismus und Nurrecht unvollendet bleibe; seine Darlegungen zum Nurrecht stellten eher eine „wissenschaftliche List“ dar, denn seine Absicht habe darin bestanden, der Terminologie des Nurrechts einen (bloß) empirischen Sinn zu verleihen.

Der Demokratiebegriff bei Kelsen und Hart war das Thema des Beitrags von *Thorsten Ingo Schmidt* (Potsdam). Die präzisere und elaboriertere Demokratiekonzeption sei die von Kelsen in seiner Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ entwickelte. Kelsen unterscheide zunächst die drei Ebenen Individuum, Volk und Parlament. Die Position des Individuums in der sozialen Ordnung sei durch seine Freiheit im Sinne des Jellinekschen status activus (als Freiheit zur Errichtung dieser Ordnung) gekennzeichnet, nicht durch den status negativus. Beim Volk unterscheide Kelsen zwischen einem Idealbegriff im Sinne der breiten Masse der „Ausgebeuteten“, der an die sozialistischen Theoretiker (Lenin) anknüpft, und einem von Kelsen selbst favorisierten Realbegriff, der die faktische Dominanz der Bourgeoisie in den Blick nimmt – eher ein soziologischer denn ein normativer Volksbegriff. Der von Kelsen präferierte Parlamentsbegriff sei das allgemeine Parlament und nicht ein Fachparlament (z. B. für Wirtschafts- und Sozialfragen), wie es zu seiner Zeit diskutiert wurde. Kelsen plädiere für die absolute Mehrheit als Abstimmungsregel; größere Mehrheitserfordernisse lehne Kelsen wegen der Blockademöglichkeiten der Minderheiten ab. Das Verhältnis zwischen Parlament und Volk sei bei Kelsen einerseits durch die Bevorzugung des imperativen gegenüber dem freien Mandat und andererseits (bei der Umsetzung der Parlamentsbeschlüsse gegenüber dem Volk) durch die Bevorzugung der weisungsgebundenen Fachverwaltung gegenüber der weisungsfreien demokratischen (Selbst-)Verwaltung charakterisiert. Wegen des formalen Charakters der Grundnorm sei die Demokratie nicht zwingend; Kelsens Demokratiebegriff sei faktisch und unterliege keinen materiellen Grenzen – auch die Selbstabschaffung der Demokratie sei möglich. In der Demokratiekonzeption Harts wird, so Schmidt, im Unterschied zu Kelsen das Individuum weitgehend ausgeblendet. Das Volk sei bei Hart die Gesamtheit der Bürger. Im Hinblick auf das Parlament plädiere Hart für das Mehrheitsprinzip als Abstimmungsmodus, ohne sich auf ein bestimmtes Quorum festzulegen; das imperative Mandat lehne er wohl ab. Die Durchsetzung der parlamentarisch getroffenen Entscheidung durch die Verwaltung thematisiere Hart

nicht eigens; er gehe vom Regelfall des gewohnheitsmäßigen Rechtsgehorsams aus. Im Unterschied zu Kelsen erkenne Hart Grenzen der Demokratie an, z. B. in Gestalt von Grundrechten. Sein Demokratiebegriff sei entgegen der Erwartung normativ, der Demokratiebegriff Kelsens dagegen faktisch orientiert.

Am Beispiel des Völkerrechts untersuchte *Tilmann Altwicker* (Zürich) den Einfluss des positiven Rechts auf die Rechtstheorien Kelsens und Harts. Altwicker stellte zunächst fest, dass zwar in erkenntnistheoretischer Hinsicht die Vermutung für eine gewisse Nähe zwischen dem positiven Recht und den „sachnahen“, nicht durch rechtsexterne Quellen wie z. B. die Moral verstellten Theorien des Rechtspositivismus bestehe; er wies aber auch darauf hin, dass das Verhältnis zwischen den rechtspositivistischen Theorien und dem positiven Recht selbst theoretisch bestimmt sei und daher zwischen den Theorien differieren könne. Sodann unterschied Altwicker zwischen „veränderungsfesten“ und „entwicklungsoffenen“ Theorieelementen bei Hart und Kelsen, also solchen Elementen, die gegenüber Änderungen des positiven Völkerrechts resistent sind, und solchen, die sich mit dem positiven Völkerrecht ändern können. Zu den veränderungsfesten Elementen bei Kelsen zähle die Charakterisierung des Völkerrechts als „Recht“: Für Kelsen sei hier entscheidend, dass das Völkerrecht spezifische, wenn auch meist dezentrale Sanktionen vorsehe („Repressalien“ und „Krieg“). Im Unterschied zu Kelsen problematisiere Hart den Rechtscharakter des Völkerrechts nicht eigens. Ein weiteres jedenfalls in der Reinen Rechtslehre Kelsens veränderungsfestes Element ist nach Altwicker die „Normativität“ oder Geltung des Völkerrechts. Voraussetzung hierfür seien zwei Bedingungen: die Rückführbarkeit von Normen im Stufenbau bis zur Grundnorm und die Wirksamkeit oder Befolgung im Großen und Ganzen (letzte Bedingung werde bei Kelsen aber nicht eigens diskutiert). Kelsen gehe in der Reinen Rechtslehre von einem monistischen Modell mit Primat des Völkerrechts aus und konstruiere von diesem Ausgangspunkt aus den Stufenbau. Hart kritisiere Kelsens Beharren auf der Grundnorm im Bereich des Völkerrechts, wobei Hart allerdings die Grundnorm schlicht mit der „rule of recognition“ seiner eigenen Theorie gleichsetze. Die Grundnorm (in diesem Sinne) sei in der „primitiven“ Rechtsordnung des Völkerrechts nach Hart ein „Luxus“; für Hart genüge zur Geltung des Völkerrechts Kelsens zweite Bedingung (Wirksamkeit und Akzeptanz). Ein drittes veränderungsfestes Theorieelement ist nach Altwicker bei beiden Autoren der Modellcharakter des staatlichen Rechts für das Völkerrecht; Hart unterscheide hierbei noch zwischen (zulässigen) „Analogien des Inhalts“ und (nicht zulässigen) „Analogien der Form“. Entwicklungsoffene Theorieelemente sind nach Altwicker bei beiden Autoren – mit unterschiedlichen Akzenten – die Einordnung der Qualität der zur Zeit Harts und Kelsens geltenden Völkerrechtsordnung als „primitiv“, der Modus und die Intensität der Einwirkung des Völkerrechts auf das innerstaatliche Recht und der Aufbau der Völkerrechtsordnung im Spannungsfeld zwischen einer Ordnung souveräner Staaten und einem „Gemeinschaftsmodell“.

Jörg Kammerhofer (Freiburg i.Br.) beschäftigte sich schließlich in seinem Vortrag mit dem gegenseitigen Einfluss von Hart und Kelsen. Ausgangspunkt seiner Überlegungen waren die jeweiligen kulturellen Hintergründe der beiden Autoren, die sich in deren jeweiligem Stil widerspiegeln: Harts Stil sei tief philosophisch, aber auch indirekt und sehr leicht, während Kelsens Stil durch Offenlegung der Voraussetzungen und Konsequenz in der Darstellung sowie die Benutzung von „Philosophien“ und „Philosophen“ als didaktische Werkzeuge gekennzeichnet sei. Die gegenseitigen Einflüsse sah Kammerhofer sehr asymmetrisch: Der Einfluss Harts auf Kelsen sei vernachlässigbar gering; umgekehrt sei Hart redlich, aber aufgrund seiner rechts- und philosophiekulturellen Sozialisation letztlich vergeblich bemüht gewesen, Kelsen zu verstehen. Harts fundamentales Missverständnis von Kelsens Theorie zeige sich insbesondere darin, dass

er Kelsen seine eigenen Voraussetzungen und Methoden untergeschoben (Beispiele: das Verständnis von „Rechtssatz“ und „Rechtsnorm“; Identifizierung der Grundnorm als „rule of recognition“) und dass er dort, wo die Unterschiede zu offensichtlich waren, die dahinterstehende Differenz in den Grundannahmen nicht richtig erkannt habe (Beispiel: Verkennen der Unterschiede zwischen der analytischen Methode und dem Ansatz der Reinen Rechtslehre).

Ein Tagungsband ist in Vorbereitung. Die 7. Tagung des Arbeitskreises Ideengeschichte wird vom 12. bis 14. September 2013 stattfinden, und zwar zum Thema „Begründung und Kritik des Völkerrechts in der Frühaufklärung“.

Tobias Herbst

Priv.-Doz. Dr. T. H., Berlin/Frankfurt am Main (tobias.herbst@rewi.hu-berlin.de)

