

Vorwort

MATHIAS JESTAEDT / RALF POSCHER /
JÖRG KAMMERHOFER

Die Reine Rechtslehre Hans Kelsens stellt einen spezifischen Zugang zu Recht und Normativität dar; sie liefert eine eigene Grammatik und eine besondere Nomenklatur, mit deren Hilfe man gewisse rechtswissenschaftliche Begriffe, Konzepte und Probleme als wesentlich und andere als irreführend für die Hauptaufgaben der (rechts)wissenschaftlichen Beschäftigung mit dem Recht ausweisen kann. Grundlegender noch erhebt sie den Anspruch, eine Rechtswissenschaftstheorie zu sein, d.h. eine Theorie darüber, was Rechtswissenschaft ist bzw. sein kann oder sein sollte. Dieser Ansatz zu Bedeutung und Aufgabe einer selbständigen Rechtswissenschaft bleibt freilich oft implizit und wird in der einschlägigen Literatur eher selten adressiert.

Auch nach über einhundert Jahren weckt die Reine Rechtslehre die Aufmerksamkeit der Rechtswissenschaft – und das in ebenso heftigem Zuspruch wie Widerspruch. Dabei treten Missverständnisse und Ausblendungen zutage – bei Kelsens Lehren, bei den Versuchen, sich dessen Lehren anzueignen, und bei den Versuchen, diese zu widerlegen. Die internationale Community setzt sich nach wie vor mit bestimmten Schriften und Konzepten Hans Kelsens recht intensiv auseinander. Darüber geraten andere Wesenszüge und Argumentationslinien der Reinen Rechtslehre gar nicht erst ins Blickfeld. Und während Kelsens auch auf Englisch verfügbare Werke international vergleichsweise intensiv diskutiert werden, gilt Gleiches nicht für die Werke anderer wegbereitender Mitglieder der „Wiener rechtstheoretischen Schule“. Just die Debatte um die Reine Rechtslehre in und zwischen den unterschiedlichen rechtswissenschaftlichen Kulturen und Traditionen ist besonders spannend.

Es war also wert, sich im Rahmen der Deutschen Sektion der IVR mit Kelsen und der Reinen Rechtslehre zu beschäftigen und den Versuch zu unternehmen, in einem offenen Diskurs die rechtskulturellen, sprachlichen und disziplinären Disjunktionen kenntlich zu machen und möglichst zu überbrücken, um eine freimütige internationale und intradisziplinäre Debatte um Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre zu eröffnen. Mit der Tagung der Deutschen Sektion der IVR am 27.–29. September 2018 an

der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. zum Thema „Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand / Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Conceptions and Misconceptions“ wurde also nichts weniger gewagt, als der heutigen Relevanz der Thesen der Reinen Rechtslehre in einem international und intradisziplinär reflektierten Rahmen nachzugehen.

Einer der Gründe für diese besondere Spannungslage eröffnet sich bereits bei einer bloß kursorischen Kontrastierung von Leben und Werk von Kelsen mit Herbert Hart. Harts Geburtsort Harrogate in North Yorkshire und sein Studien-, Arbeits- und Sterbeort Oxford¹ liegen keine 250 km Luftlinie auseinander, das ist in etwa die Entfernung vom Tagungsort Freiburg nach Frankfurt. Seine akademische Karriere hat sich exklusiv an der Universität Oxford abgespielt; er hat sich und seine Lehren niemals in anderen Sprachen, gar in anderen Kulturkreisen, verständlich machen müssen. Vita und Oeuvre sind also britisch, eigentlich rein englisch, und verlassen diesen Orbit nicht. Auch ist die Rezeptionsgeschichte des Hartschen Werkes ohne den Aufstieg des Englischen zur wissenschaftlichen lingua franca und der damit einhergehenden Perspektivenverschiebung nicht vollends zu erklären.

Bei Kelsen sieht das völlig anders aus; ihm widerfährt ein Schicksal, welches das 20. Jahrhundert für ideologiekritische Protagonisten der wissenschaftlichen Moderne in Deutschland und Österreich vielfach bereitgehalten hat – das der „Vertriebene[n] Vernunft“.² Kelsen sieht sich im Österreich der 1920er und im Deutschland der frühen 1930er Jahre immer wieder angefochten, angefeindet, unerwünscht und schließlich vertrieben. Von Wien nach Köln, nach Genf, Prag, Harvard und schließlich nach Berkeley muss Kelsen seinen beruflich-wissenschaftlichen Standort wechseln und er und seine Familie auch den sozialen Neuanfang wagen. Sein Geburtsort Prag ist vom Sterbeort Orinda (bei Berkeley) denn auch nicht wie bei Hart 250 km, sondern rund 9.400 km Luftlinie auseinander. Er findet „des Wandermüden letzte Ruhestätte“ am sprichwörtlich anderen Ende der Welt.³

Kelsen lehrt und publiziert zunächst auf Deutsch, sodann auf Französisch, schließlich auf Englisch. Die fast 18.000 Seiten von Originalarbeiten Kelsens sind zu mehr als 50 % auf Deutsch erschienen, rund 6.000 Seiten liegen auf Englisch vor, einer Sprache, die Kelsen im Alter von knapp 60 Jahren als seine Alltags- und Berufssprache zu erlernen gezwungen war und die er bis zuletzt nicht mit der Leichtigkeit und Selbstverständlichkeit, Virtuosität und Nuanciertheit seiner Muttersprache beherrschte. Mit gewisser

¹ Vgl. Nicola Lacey, *A Life of H. L. A. Hart. The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford 2004.

² Friedrich Stadler (Hrsg.), *Vertriebene Vernunft I. Emigration und Exil österreichischer Wissenschaft 1930–1940*, Wien 1987; Friedrich Stadler (Hrsg.), *Vertriebene Vernunft II. Emigration und Exil österreichischer Wissenschaft 1930–1940*, Wien 1988.

³ Die nach wie vor maßgebliche Biographie Kelsens ist: Rudolf Aladár Métall, *Hand Kelsen. Leben und Werk*, Wien 1969; siehe auch *Hans Kelsen, Selbstdarstellung (1927)*, in: HKW 1, S. 19–27; *Hans Kelsen, Autobiographie (1947)*, in: HKW 1, S. 29–91. Thomas Olechowski, Geschäftsführer des Hans Kelsen-Instituts, Wien, wird in Kürze eine umfassende Biographie Kelsens im Verlag Mohr Siebeck vorlegen.

Zuspitzung könnte man sagen, dass der Nationalsozialismus Kelsen nicht nur seine Heimat, sondern auch seine Sprache geraubt hat, ihn zu nicht unwichtigen Teilen sprachlos gemacht und im Diskurs-Niemandsland ausgesetzt hat. In den Vereinigten Staaten, dem Land, das ihm großzügig eine neue Heimat bot, hatte er in des Wortes doppelter Bedeutung Mühe, sich verständlich zu machen.⁴ Kelsens Vita und Œuvre bezeugen eine Odyssee, die sozusagen die Begleitgeschichte und den Resonanzboden abgibt für die Reine Rechtslehre und die ihre Rezeption und Diskussion bis heute beeinflusst.

Man möchte angesichts dieses Befundes meinen, dass die Rezeptionsgeschichte der Reinen Rechtslehre in Deutschland, wo im Gegensatz zum US-amerikanischen Exil doch der sprachlich unmittelbarste und mithin einfachste Zugang zur Reinen Rechtslehre herrscht,⁵ besonders günstig verlaufen ist. Doch mitnichten: Hierzulande begreift man jetzt erst in Ansätzen, welcher Schatz seit vielen Jahrzehnten vor den eigenen Füßen schlummert. Die Reine Rechtslehre wird in Deutschland dramatisch anders rezipiert als im Gros der übrigen Länder. Kelsen ist auf dem Höhepunkt seines wissenschaftlichen Schaffens und seiner Anerkennung als public intellectual, als der sogenannte Weimarer Methoden- und Richtungsstreit ausbricht und er neben Rudolf Smend, Carl Schmitt und Hermann Heller zum Weimarer Quartett zählt. Doch schon bald, nämlich bereits im April 1933, wird er hors du discours gesetzt. Seine Wiener Schule wird, ohne dass sie sich davon je erholen sollte, zerschlagen. Bis 1945 verhängt die regimemäßige Rechtswissenschaft eine damnatio memoriae über den „Juden Kelsen“ und dessen Werk.

Die mit der bedingungslosen Kapitulation NS-Deutschlands schlagende Stunde Null ist aber nicht die Stunde, in der Kelsen rehabilitiert wird und seine Ideen mit offenen Armen Aufnahme finden. Die Naturrechtsrenaissance, flankiert von der Radbruchschen Positivismuslegende,⁶ erübrigt, so ist man sich einig, eine Auseinandersetzung mit Kelsen und seinem Œuvre. Bis weit in die 1960er Jahre bleibt Kelsen hors du discours. Sowohl die Erstauflage der „Reinen Rechtslehre“, die Kelsen 1934 in Genf vollendet, als auch die Zweitauflage 1960, gehören streng genommen zur Gattung der Exil-Literatur, sind also Außenseiter-Schriften im deutschsprachigen Wissenschaftsdiskurs. Ab Mitte der 1980er Jahre scheint sich das Blatt zu wenden, und rund zehn Jahre später beginnt eine Art Kelsen-Renaissance in Deutschland. Nun fängt die Staatsrechtslehre langsam an, sich das bislang ausgeschlagene Erbe nach und nach anzueignen. Eingeeübte vorurteilsgetragene Abwehrreflexe sind zwar immer noch virulent, doch überwiegen heute die wissenschaftliche Neugierde und der Wunsch nach

4 Vgl. *Jeremy Telman*, *The Reception of Hans Kelsen's Legal Theory in the United States: A Sociological Model*, in: *L'Observateur des Nations Unis* 24 (2008), S. 299 ff.; *Jeremy Telman*, *A Path Not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in the Land of the Legal Realists*, in: Robert Walter / Clemens Jabloner / Klaus Zeleny (Hrsg.), *Hans Kelsen anderswo – Hans Kelsen abroad*, Wien 2010, S. 353–376.

5 Für Österreich gilt Besonderes.

6 *Gustav Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: *Süddeutsche Juristen-Zeitung* 1 (1946) 105–108 (107).

sachlicher Auseinandersetzung mit den vielfach als frisch und unverbraucht in ihrem Provokationsgehalt empfundenen Thesen Kelsens.

Im Gegensatz dazu gilt Kelsen im globalen Maßstab als Mastermind der Rechtstheorie; viele Schatzsucher aus Lateinamerika, aus Südostasien, aus Südeuropa, um nur drei besonders Kelsen-affine Weltregionen zu nennen, sind unterwegs; sie sehen sich mit der Sprachbarriere konfrontiert, wenn sie den als solchen erkannten Schatz heben wollen, und sind bereit, diese zu überwinden. Die (zweite Auflage der) Reine(n) Rechtslehre gilt in einer ganzen Reihe von Ländern zumeist des romanischen Sprachkreises als Pflichtlektüre im ersten Studienjahr, gehört also zu den kanonischen Schriften. Nicht zuletzt waren es die ausländischen Kelsen-Schüler zu Wiener Zeiten, die sich als eifrige Exporteure und Verbreiter der Reinen Rechtslehre in ihre Heimatländer und darüber hinaus betätigten, etwa Leonidas Pitamic, Alf Ross, Charles Eisenmann, Luis Recaséns Siches oder Luís Legaz y Lacambra. Daran haben sich reiche rechtsphilosophische und rechtstheoretische Folgediskurse angeschlossen, wie zum Beispiel der argentinische, der mit den Namen von Carlos Eduardo Alchourrón und Eugenio Bulygin verbunden ist.

Doch so sehr der Status von Kelsen und der Reinen Rechtslehre in einer Vielzahl von Ländern außer Frage steht, so sehr ergeben sich Rezeptionshindernisse, die mit dem Faktum zusammenhängen, dass nahezu alle wichtigen Schriften der Reinen Rechtslehre im Original auf Deutsch verfasst worden sind.⁷ Das Arbeiten mit Übersetzungen – mögen sie auch so akkurat und bestechend sein wie jene der Erstauflage der Reinen Rechtslehre durch Bonnie Litschewski Paulson und Stanley Paulson oder jene der Zweitaufgabe durch Mario Losano⁸ – bringt unvermeidlicher Weise Probleme mit sich. Diese wachsen um ein Vielfaches, wenn und da eine große Zahl auch sehr wichtiger Schriften insbesondere nicht ins Englische übersetzt sind.

Und wer des Deutschen nicht mächtig ist, dem wird sich kaum erschließen, welcher Reichtum und welche Heterogenität sich mit der Reinen Rechtslehre verbindet, die eben nicht nur das isoliert-exklusive Werk des einsamen Genies ist, sondern Ausdruck und Folge einer ungemein kraftvollen, unerschrockenen und fruchtbaren kollektiven Anstrengung von rund 40 jungen Männern und Frauen, die Kelsen als „Jungösterreichische Schule der Rechtstheorie“⁹ um sich geschart hatte. Um Kelsens Gedankenge-

⁷ *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, Tübingen 1911 = HKW 2, S. 21–878; *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925; *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre. Einführung in die rechtswissenschaftliche Problematik, Leipzig und Wien 1934; *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien 1960; *Hans Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, Wien 1979.

⁸ *Hans Kelsen*, Introduction to the Problems of Legal Theory (übersetzt von Bonnie Litschewski Paulson und Stanley L. Paulson), Oxford 1992; *Hans Kelsen*, La dottrina pura del diritto (übersetzt von Mario Losano), Turin 1966.

⁹ Die Bezeichnung dürfte auf *Alfred Verdross*, Bernhard Stark: Die Analyse des Rechts (1916), in: *Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche* 41 (1917), S. 477–479 (478, 479), und *Bernhard Starck*, Die jungösterreichische Schule der Rechtswissenschaft und die naturwissenschaftliche Methode, in: *Juristische Blätter* 47 (1918), S. 301–304, zurückgehen.

bäude in seinem Reichtum, in seinen Prägungen, aber auch seinen Spannungen wirklich zu ergründen, kommt man nicht nur nicht an den beiden Hauptschülern, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross, vorbei, auch die Schriften des Hauptes der Brünner Schule, František Weyr, oder von jüngeren Schülern wie beispielsweise Fritz Sander, Felix Kaufmann, Fritz Schreier, Julius Kraft oder Josef L. Kunz, müssen studiert werden – solange und soweit aber belastbare Übersetzungen fehlen, kommt man hier ohne Deutsch nicht weit. Zugänglichkeit und Zugangswunsch fallen folglich auseinander: In Deutschland die Möglichkeit, aber nicht (oder nur in geringem Maße) das Interesse – global das Interesse, aber nur eingeschränkt die Zugänglichkeit. Der vorliegende Band will genau hier einsetzen und erblickt in diesem Paradoxon eine Chance wechselseitiger Hilfe, um einen großen Schritt vorwärts zu machen.

Und das ist mit den 24 Beiträgen dieses Bandes, die allesamt auf Vorträgen bei der IVR-Tagung basieren, gelungen: Es schreiben Wissenschaftler aus dem In- und Ausland, große Namen – an den tragisch während der Drucklegung verstorbenen John Gardner sei in diesem Zusammenhang besonders erinnert und damit eines Großen des Faches gedacht – wie Nachwuchstalente, diejenigen, welche (vorrangig) auf Deutsch und im deutschen Rechts- und Kulturkreis arbeiten und publizieren, diejenigen aus anderen Kulturkreisen sowie diejenigen, deren Vita selbst das Kelsensche Wanderleben zwischen den Kulturen (wenn auch heute weniger brutalen Zwängen geschuldet) widerspiegelt. Die Beiträge sind denn auch heterogen – kritische, neutral analytische wie zustimmend die Reine Rechtslehre anwendende Stimmen finden sich gleichermaßen; die Zugänge sind philosophischer, (rechts)theoretischer, ideengeschichtlicher oder rechtsdogmatischer Natur; die Rechtskreise und -gebiete reichen vom deutschen Privatrecht über das brasilianische Verwaltungsrecht zum Europa- und Völkerrecht. Gemein ist ihnen der Versuch, vorurteilsfrei und offen die Reine Rechtslehre als Zugang wie als Forschungsformation, Kelsens Leben und Werk, zu durchdringen, zu analysieren und so zu neuen Ergebnissen zu gelangen.

Wir, die Herausgeber, haben uns zwecks besserer Übersicht erlaubt, eine grobe Gliederung der Beiträge vorzunehmen, freilich ohne dass damit eine Eingrenzung und Einschränkung der enthaltenen Ergebnisse verbunden sein soll.

1. Die Aufsätze von Gardner, Alexy, Somek, Kletzer, Heidemann und Kiener beschäftigen sich vorrangig mit den (rechts)philosophischen bzw. wissenschaftstheoretischen Grundlagen der Reinen Rechtslehre.
2. Demgegenüber wird von Carpentier, Pelegrino, Hochmann, Cadore und Pirker die Dynamik und die Beziehungen der Rechtsnormen zueinander diskutiert, wie auch die den Juristen besonders wichtige hermeneutische Tätigkeit, welche wir zusammenfassend der „Rechtstheorie“ zugerechnet haben.
3. Eine weitere Gruppe von Beiträgen – nämlich jene von Foljanty, Menezes, Telman, Widlak und Kühler – beschäftigen sich mit konkreten positiven Rechtsordnungen und deren Problemen, auf die die Argumente der Reinen Rechtslehre angewandt werden.

4. Schließlich hat die mit Abstand größte Gruppe von Beiträgen verschiedene Aspekte des (ideen)geschichtlichen Kontextes der Reinen Rechtslehre bzw. von Kelsen beleuchtet, nämlich Schauer, Kosielińska-Grabowska, Losano, Paulson, Pavčnik, Wagrاندl, Lijoi sowie Paz/Wagner.

Freiburg i. Br., 9. September 2019

I. **Die Grundlagen der Reinen Rechtslehre /**
The Foundations of the Pure Theory of Law

Normativity (in Kelsen and otherwise)

JOHN GARDNER †*

Abstract: This chapter deconstructs the concept of normativity by engaging with Kelsen's postulate of an irreducible duality between Is and Ought. Supererogatory acts are a test case, because they demonstrate that there must be reasons beyond norms to account for the value of actions. It critiques Kelsen's conflation of norms, reasons for action (epistemic, prudential and moral) and values. If the normativity of the law is escapable, because it is morally fallible, the special problem of moral normativity arises. Hence, the question of normativity morphs into a question about the relevance of particular inescapable reasons.

Keywords: legal philosophy, Hume's law, Hans Kelsen, normativity, reasons for action, Is and Ought

Schlagworte: Rechtsphilosophie, Humes Gesetz, Hans Kelsen, Normativität, Handlungsgründe, Sein und Sollen

1. Hume's law

An Ought cannot be reduced to an Is, or an Is to an Ought; and so an Is cannot be inferred from an Ought, or an Ought from an Is. (*GTN* 16.I)¹

* All Souls College, Oxford. This contribution is based on my talk at the IVR German Section conference in Freiburg on 21 September 2018. [Editors' note: John Gardner passed away on 11 July 2019, before the proofs for his contribution were finalised. The abstract, keywords and all changes (corrections) to the paper as delivered are the editors'.]

¹ My Kelsen quotations throughout are from Michael Hartney's translation of Kelsen's *Allgemeine Theorie der Normen* (Vienna 1979), published as Hans Kelsen, *General Theory of Norms* (Oxford 1991). Since most of the chapters and sections in the book are very short, and readers may well be using different editions, I do not give page numbers. Instead I provide locations for the quoted passages parenthetically in the text, in the

By these words in his last book, and no less consistently in earlier books, Kelsen endorses Hume's Law.² In fact he fortifies it: Hume worried only about the inference of an ought from an is; Kelsen worries no less about the inference of an is from an ought. That makes his claim stronger than Hume's. Kelsen's core argument for this claim is summarized by him as follows:

Since something can be without being *decreed to be obligatory* in a norm, and something can be decreed to be obligatory in a norm without *being* in reality, therefore when something *is* it does not follow that something *ought* to be, or when something *ought* to be, that something *is*. The relation between Is and Ought is one of irreducible duality. (GTN 17)

We will come back in a moment to the specialized apparatus of norms (and decrees) that constitute Kelsen's interpretation of the Ought. For now, we should agree that the argument is sound as far as it goes. But how far does it go? Suppose we replace the word 'something' with the letter 'P', and see how it looks now:

Since P can be without being decreed to be obligatory in a norm, and P can be decreed to be obligatory in a norm without being in reality, therefore when P is it does not follow that P ought to be, or when P ought to be, that P is.

Can we really conclude from this that '[t]he relation between Is and Ought is one of irreducible duality'? Surely we can conclude only that the relationship between 'P is' and 'P ought to be' is one of irreducible duality. 'You are buying me lunch' neither entails nor is entailed by 'you ought to be buying me lunch.' True enough. But we do not know whether the same goes for the relationship between 'P is' and 'Q ought to be.'

For example, we do not know whether the same goes for the relationship between 'you *promised* to buy me lunch' and 'you ought to be buying me lunch', to borrow John Searle's famous attempt at a counterexample to Hume's law.³ We know roughly how Kelsen would reanalyse that claimed counterexample to explain it away. He would say that there is a hidden 'Ought' in the background. He would say that there is a norm in play *sub silentio* according to which you ought to do whatever you promised. You promised to buy me lunch so, according to the *sub silentio* norm, you ought to buy me lunch. That is certainly a possible reanalysis of Searle's claimed counterexample. It is one of the (Humean) reanalyses that Searle is attempting to resist. But offering the reanalysis is not making an argument for it. If you think that it is the correct reanalysis, that is probably because you already endorse Kelsen's conclusion that '[t]he relation

form GTN XX.xx, where XX in Arabic numerals represents the chapter number and xx in roman numerals represents the section number (if applicable).

² David Hume, *A Treatise of Human Nature* (2nd ed, ed L. A. Selby-Bigge and P. H. Nidditch, Oxford 1975), 3.1.1.

³ John R. Searle, 'How to Derive "Ought" from "Is"', *Philosophical Review* 73 (1964), 43.