

# 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-Pritzl*, 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](http://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 Nädle in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

# 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

## „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)

Katharina Isabel Schmidt\*

Im März des Jahres 1938 kündigte die Oxford University Press die Veröffentlichung eines gewaltigen neuen Werks an.<sup>1</sup> Der Titel desselben wurde, zumindest vorläufig, mit *Oxford History of Legal Science* bezeichnet. Das geplante dreibändige Kompendium versprach, die Entwicklung der modernen Rechtswissenschaft, „legal science,“ über mehrere Jahrtausende hinweg nachzuvollziehen: von den antiken Juristen Griechenlands, Roms, und Byzanz; über die mittelalterlichen Gelehrten von *ius commune*, Kirchenrecht, französischem, germanischem, und jüdisch-talmudischem Recht; bis hin zu zeitgenössischen Juristen (überwiegend solchen der westlichen Welt). Ein besonderes Augenmerk sollte dabei auf Fragen der Rechtsphilosophie, der Beziehung zwischen Recht und Religion, dem Völkerrecht und der historischen Rechtsvergleichung liegen.

Es herrscht Einigkeit darüber, dass das Kompendium, wäre es denn fertig gestellt worden, einen wichtigen Beitrag zur Durchdringung des Rechts in seiner vergleichenden, historischen und philosophischen Dimension geleistet hätte. Aus verschiedenen Gründen allerdings blieb das Werk unvollendet, kam nie über die Vorbereitungsphase hinaus. Infolge der nationalsozialistischen Macht ergreifung wurde deutschen Wissenschaftlern die internationale Zusammenarbeit weitgehend untersagt. Der Ausbruch des Zweiten Weltkriegs brachte weitere, materielle und finanzielle, Schwierigkeiten mit sich. Am verheerendsten jedoch war die Tatsache, dass Hermann Kantorowicz im Februar 1940 unerwartet starb. Sein Tod unterbrach das Projekt der *Oxford History of Legal Science* nicht nur vorläufig, sondern führte dieses seinem unwiderrufflichen Ende zu. Zusammen mit seinem Freund und Kollegen Francis de Zulueta, zu jener Zeit Regius Professor of Civil Law in Oxford, war Kantorowicz Haupt-Redakteur

---

\* Vorliegender Text wurde im Rahmen der Konferenz „Hermann Kantorowicz' Begriff des Rechts und der Rechtswissenschaft“ am 18. November 2017 an der Universität Kiel präsentiert. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

<sup>1</sup> Zur Veröffentlichungsgeschichte des Werkes vgl. insbesondere A. H. Campbell, Preface und A. L. Goodhart Introduction, in: A. H. Campbell (Hrsg.), Hermann Kantorowicz's *The Definition of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1958).

des Vorhabens gewesen. Darüber hinaus hatte er sich auch bereit erklärt, einen Großteil der geplanten Einträge selbst zu übernehmen.

Wie zentral Kantorowicz für die Fertigstellung der *Oxford History of Legal Science* gewesen wäre, drückte de Zulueta in einem Brief an die Oxford University Press nur wenige Tage nach dem Tod seines Freundes aus:

„The effect of K.'s death seems to me fatal. The original idea was his, his introductions were to hold the three volumes together, and he was to be the most important contributor to Vol. II, while he would certainly have been one of the most important to Vol. III.“<sup>2</sup>

Ohne Kantorowicz, der die Fertigstellung des Projekts hätte wissenschaftlich begleiten, beraten und beaufsichtigen sollen, war die *Oxford History of Legal Science* unmöglich, vielleicht sogar undenkbar, geworden. In der Tat wäre es schwierig gewesen, einen Wissenschaftler von ähnlichem Rang und Kaliber zu finden. Davon zeugen gerade eben auch die Beiträge des vorliegenden Sammelbandes.

Kaum etwas ist uns geblieben von dem ambitionierten Projekt der *Oxford History of Legal Science*, welche zu einem so unglücklichen historischen Zeitpunkt begonnen wurde. Worauf wir auch heute noch zurückgreifen können ist jedoch Kantorowicz' *The Definition of Law*, welches trotz seiner Buch-Form mehr einem Essay gleicht. Es hätte, wie von de Zulueta beschrieben, die Einführung zum ersten Band des geplanten Handbuchs werden sollen. Als das „propylaeum of the whole edifice,“ in den Worten des Herausgebers Archibald H. Campbell, hätte es eine vereinheitlichende Definition von Recht und Rechtswissenschaft erarbeitet, auf die sich die Autoren nachfolgender Beiträge und Bände hätten berufen können und sollen.<sup>3</sup>

Dies macht noch einmal deutlich, welchen Einfluss Kantorowicz' *The Definition of Law* auf das gesamte Feld der Rechts- und Ideengeschichte, der Rechtstheorie- und -philosophie, gehabt haben könnte, wäre sein Werk denn einem breiteren juristischen Publikum in die Hände gefallen. Aus unterschiedlichen Gründen geriet Kantorowicz' *The Definition of Law* nach seinem Tod jedoch in Vergessenheit. Das Ende der *Oxford History of Legal Science*, der Zweite Weltkrieg und die darauffolgende juristische Neuorientierung trugen sicherlich auf jeweils ganz eigene Weise zu diesem Umstand bei. Die Situation änderte sich erst 1958, also fast zwei Jahrzehnte nach Kantorowicz' Tod, als der soeben bereits erwähnte Campbell, damals Regius Professor an der University of Edinburgh, aus bis heute weitgehend ungeklärten Gründen bei der Cambridge University Press die Veröffentlichung von Kantorowicz' Essay als Buch anregte. Daraus

<sup>2</sup> Zitiert nach *David Ibbetson*, Hermann Kantorowicz (1877–1940) and Walter Ullmann (1910–1983), in: Jack Beatson und Reinhard Zimmermann (Hrsg.) *Jurists Uprooted – German-Speaking Émigré Lawyers in Twentieth Century Britain* (Oxford: Oxford University Press, 2004), 282.

<sup>3</sup> *Campbell* (Fn. 1), vii.

resultierte die Ausgabe, die uns, vor allen Dingen in Form eines Nachdrucks von 2014, auch heute noch zu Verfügung steht.

Obwohl *The Definition of Law* in rechtsphilosophischen und rechtstheoretischen Kreisen weitgehend positiv, allerdings durchaus nicht überschwänglich, aufgenommen wurde, gehört es heute bei Weitem nicht zu den Klassikern modernen Nachdenkens über die Natur des Rechts und der Rechtswissenschaft, weder in der deutschsprachigen noch in der anglo-amerikanischen Welt. Was meine Ausführungen im Folgenden insbesondere zeigen sollen ist, dass es sich dabei um ein bedauerliches Versehen handelt, welches es zu korrigieren gilt. Vieles spricht dafür, Kantorowicz' Spätwerk aus der Versenkung zu holen. So ist Monika Frommel sicherlich zuzustimmen, wenn sie vorschlägt, dass Kantorowicz' unter anderem in *The Definition of Law* dargelegte Rechtskulturlehre die „Methodendiskussion des 20. Jahrhunderts bereichert“ hätte, da sie einen „Weg aus so zirkulären Debatten“ wie denen über Naturrecht und Rechtspositivismus gewiesen hätte.<sup>4</sup> „Gäbe es eine politisch reflektierte Wissenschaftsgeschichte,“ so Frommel, „Kantorowicz wäre ein Klassiker.“<sup>5</sup> Auch diese Einschätzung dürften die Beiträge des vorliegenden Sammelbands bestätigen.

Dahingegen möchte ich mich hier mit einer bisher nur ansatzweise umrissenen Thematik beschäftigen: nämlich der Möglichkeit einer mehr oder weniger verdeckten bzw. indirekten Rezeption von Kantorowicz' *The Definition of Law* in der anglo-amerikanischen Rechtstheorie und Rechtsphilosophie. Insbesondere interessieren mich dabei mögliche Parallelen zwischen dem Rechtsdenken Kantorowicz' und dem seines heute gewiss deutlich berühmteren Kollegen Herbert Lionel Adolphus (H. L. A.) Hart, dessen *The Concept of Law* man in der *common law*-Welt auch heute noch als *den* Klassiker der Rechtsphilosophie feiert.

In ihrem im Jahre 2015 erschienenen Aufsatz zu Leben und Werk Kantorowicz' hat Marietta Auer, der ich dieses Thema verdanke, bereits ein vorläufiges, wenn auch durchaus vorsichtiges, Forschungsprogramm entwickelt: „Von erheblichem Interesse wäre es,“ schreibt sie, „Kantorowicz einmal nicht wie üblich im Kontext der deutschen Methodenlehre, sondern vielmehr im Vergleich mit der englischsprachigen liberalen Rechtstheorie des 20. Jahrhunderts und namentlich mit dem Werk H. L. A. Harts zu lesen, dessen Behandlung des Rechtsbegriffs ebenso wie des Lücken- und Unbestimmtheitsproblems einige überraschende und bis heute der Entdeckung harrende Parallelen zu Kantorowicz' Freirechtstheorie zu bieten hat.“<sup>6</sup>

<sup>4</sup> Monika Frommel, Hermann Ulrich Kantorowicz (1877–1940): Ein Rechtstheoretiker zwischen allen Stühlen, in: Helmut Heinrichs et al. (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft (München: C. H. Beck, 1993), 632.

<sup>5</sup> Frommel (Fn. 4), 632.

<sup>6</sup> Marietta Auer, Der Kampf um die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft – Zum 75. Todestag von Hermann Kantorowicz, Zeitschrift für europäisches Privatrecht (2015), 798.

Vor diesem Hintergrund möchte ich mich im Folgenden also H. L. A. Harts *The Concept of Law* widmen und dieses Werk dazu zu befragen, ob und inwiefern es eben solche Parallelen zu Kantorowicz' *The Definition of Law* aufweist – bereits die von Kantorowicz und Hart gewählten Titel ihrer Bücher zeugen ja von einer gewissen Geistesverwandtschaft.

Zu diesem Zweck werde ich zunächst einige biographische Bemerkungen zu Kantorowicz' Zeit in Großbritannien machen, um die Frage aufzuwerfen, inwiefern sich Kantorowicz und Hart eventuell sogar persönlich gekannt haben könnten oder sich zumindest in überlappenden sozialen Kreisen bewegten. Sodann werde ich in einigem Detail auf Kantorowicz' *The Definition of Law* eingehen, um das rechtsphilosophische Arsenal genauer zu umreißen, auf das englischsprachige Wissenschaftler zurückgreifen konnten.<sup>7</sup>

Schließlich werde ich im Rahmen einer eingehenden Betrachtung von Harts Hauptwerk auf Parallelen zwischen dessen *The Concept of Law* und Kantorowicz' *The Definition of Law* eingehen.<sup>8</sup> Neben allgemein gehaltenen strukturellen und methodischen Ähnlichkeiten werde ich dabei, in Anlehnung an Auers Vorschlag, einen Schwerpunkt auf die folgenden drei Aspekte legen: 1) Harts Unterscheidung zwischen „primary rules“ und „secondary rules;“ 2) seine Theorie von der „open texture of law;“ 3) und seine „germ theory of justice.“<sup>9</sup> Schließen werde ich meine Ausführungen mit Überlegungen zu der Frage, wie mögliche Parallelen zwischen Hart und Kantorowicz zu deuten sind.

\*\*\*

Kantorowicz wurde bereits im Jahre 1933, also beinahe sofort nach der Macht ergreifung der Nationalsozialisten, seines Amtes an der Universität Kiel enthoben.<sup>10</sup> In der Tat war er einer der ersten deutschen Wissenschaftler, den dieses

<sup>7</sup> Bekanntlich veröffentlichte Kantorowicz zwei weitere rechtstheoretische Aufsätze in englischer Sprache: *Hermann Kantorowicz* und *Edwin W. Patterson*, *Legal Science – A Summary of Its Methodology*, 28 *Columbia Law Review* (1928), 679 sowie *Hermann Kantorowicz*, *Some Rationalism about Realism*, 43 *Yale Law Journal* (1934). Diese finden im Folgenden nur insoweit Berücksichtigung als sie die von *Kantorowicz* in *The Definition of Law* vertretenen methodischen Ansichten bereits vorzeichnen bzw. konkretisieren.

<sup>8</sup> Insbesondere das *Postscript* hat in der jüngeren Vergangenheit die Auseinandersetzung mit *Harts* *The Concept of Law* bestimmt, vgl. Jules Coleman (Hrsg.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 2001). Aufgrund der Tatsache, dass dieses *Postscript* erst Jahrzehnte nach Ersterscheinung des Buches als Antwort auf die spezifische Kritik Ronald Dworkins geschrieben wurde, findet es im Folgenden nur eingeschränkt Beachtung.

<sup>9</sup> *Auer* (Fn. 6), 798 Fn. 87: „Etwa hinsichtlich der *open texture of law*, aber auch der Differenzierung zwischen *primary rules* und *secondary rules*, die mit etwas anderer Akzentsetzung bereits bei Kantorowicz vorkommt.“

<sup>10</sup> Zu Kantorowicz' Flucht aus Deutschland, seinem Aufenthalt in den Vereinigten Staaten sowie seinem Leben im englischen Exil, vgl. *Karlheinz Muscheler*, *Hermann Ulrich Kantorowicz – Eine Biographie* (Berlin: Duncker & Humblot, 1984); *Thomas Reiser*, *Hermann Ulrich Kantorowicz*, in: Lutter et al. (Hrsg.), *Der Einfluß deutscher Emigranten auf die Rechtsent-*



Schicksal ereilte. Dies spricht, wie an anderer Stelle dieses Sammelbandes erörtert, dafür, wie sehr insbesondere Kantorowicz' politische Arbeiten – seine Gutachten zur deutschen Kriegsschuld, seine Monographie zum Geist der englischen Politik etc. – sich gegen prominente Tendenzen bereits des Weimarer Geistes- und Kulturlebens gerichtet hatten.

Im September 1933 lebte Kantorowicz mit seiner Familie jedenfalls in England, wohin er aufgrund vorheriger Forschungsreisen gute Verbindungen unterhielt. 1924 und 1926 hatte Kantorowicz einige Zeit in London verbracht, um Vorlesungen vor der sozialdemokratischen Fabian Society sowie an der London School of Economics zu halten. Im Rahmen von Archivarbeiten hatte Kantorowicz 1931 auch Oxford und Cambridge besucht. In Cambridge hatte sich eine besonders innige Freundschaft zu William Warwick Buckland, Regius Professor of Civil Law, ergeben. Buckland sollte daraufhin die nächsten zehn Jahre damit verbringen, die nötigen Mittel aufzutreiben, um Kantorowicz und seine Familie auch längerfristig in Cambridge zu behalten.

Im Jahre 1933 waren solche Mittel jedenfalls noch nicht aufzutreiben, was Kantorowicz dazu zwang, eine Einladung der mit der New School for Social Research affilierten „University in Exile“ in New York City anzunehmen. Aus verschiedenen Gründen genoss Kantorowicz seine Zeit in Amerika nur eingeschränkt, was dazu führte, dass er bereits im Sommer 1934 nach England zurückkehrte, wo er zunächst an der London School of Economics, später dann auch in Oxford, Cambridge und Glasgow unterrichtete. „1937,“ schreibt der Kantorowicz-Biograph Karlheinz Muscheler, „konnte [Kantorowicz] seinen 60. Geburtstag trotz aller bitteren Erfahrungen im Bewusstsein steigender internationaler Anerkennung feiern.“<sup>11</sup>

In der Tat war die Einladung der Oxford University Press, zusammen mit de Zulueta die *Oxford History of Legal Science* herauszugeben, Beweis für Kantorowicz' Fähigkeit auch in der für ihn fremden Rechtskultur und, vielleicht noch wichtiger, dem für ihn fremden akademischen Betrieb, Fuß zu fassen.<sup>12</sup> Vor diesem Hintergrund können wir Marietta Auer wieder einmal zustimmen, wenn sie sagt, dass es „zur Tragik von Kantorowicz' Leben“ gehört, dass „ihm im Exil nur noch sieben weitere Lebensjahre gegeben waren, die erneut kaum ausreichten, um die seinen herausragenden Fähigkeiten entsprechenden Werke zu schaffen und die wissenschaftliche Anerkennung zu erbringen, die ihm in

---

wicklung in den USA und in Deutschland (Tübingen: J.C.B. Mohr, 1991), sowie *Ibbetson* (Fn. 2).

<sup>11</sup> *Muscheler* (Fn. 10), 120.

<sup>12</sup> Zu Integrationschwierigkeiten deutscher Rechtswissenschaftler in den anglo-amerikanischen Wissenschaftsbetrieb, siehe insbesondere die Beiträge in *Beatson/Zimmerman* (Fn. 2), sowie *Kyle Graham*, *The Refugee Jurist and American Law Schools, 1933–1941*, 50 *American Journal of Comparative Law* (2002), 803.

Deutschland versagt geblieben war.“<sup>13</sup> Nach kurzer Krankheit starb Hermann Kantorowicz am 12. Februar 1940 in Cambridge.

In einem von mehreren Nachrufen, die infolgedessen veröffentlicht wurden, fand der zu Anfang bereits erwähnte Francis de Zulueta, Mit-Herausgeber der geplanten *Oxford History of Legal Science*, überschwängliche Worte für seinen Freund und Kollegen:

„To him, [...] every part of his work was but a pillar in the edifice of the universal history of legal science, which he trained himself for forty years to write. [...] His death is a heavy loss to learning, but his memory will live, if historical science lives.“<sup>14</sup>

Auer bezeichnet es als ein „interessantes Datum,“ dass Kantorowicz’ „Wissenschaftsverständnis in England auf deutlich fruchtbareren Boden fiel als jemals zuvor in Deutschland.“<sup>15</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint es umso lohnenswerter, sich mit der Fragestellung zu befassen, inwiefern Kantorowicz’ Vermächtnis im anglo-amerikanischen, insbesondere aber eben im englischen Rechtsdenken in bis heute noch kaum gewürdigter Form weiterlebt bzw. seine Entsprechung findet.<sup>16</sup>

Kantorowicz lebte zwischen seiner Auswanderung 1933 und seinem Tod 1940 fast durchgehend in England, lehrte dabei auch an der Oxford University, an der Hart in den späten 1920er Jahren studiert hatte und wo er ab 1952 als *Professor of Jurisprudence* tätig war. Dass Kantorowicz und Hart sich über ihre gemeinsame Verbindung nach Oxford auch persönlich kannten, ist nicht ganz fernliegend. Näher liegt jedoch eine andere mögliche Verbindungslinie. Sowohl Kantorowicz als auch Hart waren jüdischer Herkunft, wobei beide über ihr jeweiliges Jüdischsein ganz individuell nachdachten.

Wie von Nicola Lacey, Verfasserin von Harts bisher einziger Biographie, herausgearbeitet, war die Anzahl jüdischer Juristen in England in den 1930er Jahren noch gering.<sup>17</sup> Darüber hinaus waren diese untereinander relativ gut vernetzt. Die Möglichkeit, dass Hart und Kantorowicz sich aufgrund dieser Gemeinsamkeit zumindest entfernt kannten, ist also nicht von der Hand zu weisen. Soweit ich das überblicken konnte, erwähnen die Biographen Kantorowicz’ und Harts den jeweils anderen nicht. Auch sind zumindest im Nachlass Kantorowicz’ an der Universität Freiburg keine Briefe zwischen den beiden erhalten. In-

<sup>13</sup> Auer (Fn. 6), 778.

<sup>14</sup> Francis de Zulueta, Dr. Hermann Kantorowicz, 56 *Law Quarterly Review*, 171 f., zitiert nach Auer (Fn. 6), 779.

<sup>15</sup> Auer (Fn. 6), 778.

<sup>16</sup> Für Kantorowicz’ möglichen Einfluss auf das amerikanische Rechtsdenken vgl. Katharina Isabel Schmidt, *Law, Modernity, Crisis: German Free Lawyers, American Legal Realists, and the Transatlantic Turn to ‘Life,’ 1903–1933*, 39 *German Studies Review* 121 (2016).

<sup>17</sup> Vgl. Nicola Lacey, *A Life of H. L. A. Hart – The Nightmare and the Noble Dream* (Oxford: Oxford University Press, 2004).

teressant wäre es allerdings, einmal nachzusehen, ob sich solche Briefe im Nachlass Harts finden lassen könnten.

Wie auch immer es sich mit der persönlichen Beziehung zwischen Kantorowicz und Hart verhalten mag: dass Hart Kantorowicz, zumindest jedenfalls dessen *The Definition of Law*, mit großem Interesse gelesen hat, wissen wir mit Sicherheit. Im Jahre 1960 veröffentlichte Hart ein mehrseitiges „review essay“ zu Kantorowicz’ finalem Werk in der amerikanischen Philosophie-Zeitschrift *The Philosophical Review*.<sup>18</sup> Darüber hinaus erwähnte Hart Kantorowicz’ Werk ein Jahr später in zwei Fußnoten seines *The Concept of Law*.<sup>19</sup> Diese beiden Umstände sollen zunächst als Haupt-Indiz dafür angeführt werden, dass es sich bei meiner Untersuchung um ein nicht von vorneherein müßiges Vorhaben handelt.

\*\*\*

Auch auf die Gefahr hin, als Teil dieses Sammelbands bereits referierte Aspekte von Kantorowicz’ Spätwerk zu wiederholen, bedarf es zunächst einer kurzen Zusammenfassung seiner *The Definition of Law*. Diese war ja, zumindest unserer vorsichtigen Hypothese nach, und im Gegensatz zu den nur in deutscher Sprache (die Hart wohl nicht beherrschte) verfügbaren Werken Kantorowicz’, eine mögliche Inspirationsquelle für Harts *The Concept of Law* oder drückte doch zumindest eine gewisse geistige Verwandtschaft zwischen den beiden Rechtsphilosophen aus. Zu bedenken ist dabei immer, dass Hart zwecks Lückenfüllung eben nicht auf Kantorowicz’ frühere Werke hätte zurückgreifen können, sondern im Wesentlichen auf sein Fragment beschränkt war.<sup>20</sup>

Wie bereits erwähnt, sollte Kantorowicz’ *The Definition of Law* als Einleitung für die geplante *Oxford History of Legal Science* dienen. Geleistet hätte das Werk also eine Definition von Recht und Rechtswissenschaft, auf die sich andere Autoren dann hätten berufen können und sollen. Die Frage, der Kantorowicz sich konsequenterweise ganz grundlegend zuwandte, ist: „what is Law?“<sup>21</sup> Im Gegensatz zu den von ihm bemühten großen angelsächsischen Philosophen – Bacon, Hobbes, Locke, Berkeley und Hume – scheut Kantorowicz sich allerdings nicht davor, sich der wie er meint *noch* grundlegenderen Fragestellung zuzuwenden, nämlich derjenigen nach „the meaning of meaning“<sup>22</sup> Bevor man

<sup>18</sup> H. L. A. Hart, Review of Kantorowicz’s *The Definition of Law*, 69 *Philosophical Review* (1960), 270.

<sup>19</sup> H. L. A. Hart, *The Concept of Law* (2<sup>nd</sup> ed., Oxford: Oxford University Press, 1994) 279 (Notes, Chapter I) und 301 (Notes, Chapter VIII).

<sup>20</sup> Zu Kantorowicz’ in englischer Sprache verfassten Aufsätzen aus den Jahren 1928 und 1934 vgl. Fußnote 7. In seinem *The Concept of Law* zitiert Hart Kantorowicz’ *Some Rationalism about Realism*, ohne jedoch näher auf diesen Aufsatz einzugehen, vgl. Hart (Fn. 19), 298 (Notes, Chapter VII).

<sup>21</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 1.

<sup>22</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 1. Hier verweist Kantorowicz auf das von C. K. Ogden und I. A. Richards verfasste Werk *The Meaning of Meaning: A Study of the Influence of Language*

der Natur dessen auf den Grund kommen könne, was denn das Recht eigentlich sei oder bedeute, müsse man zunächst dem Bedeutungsbegriff selbst auf die Spur kommen.

Dies führt Kantorowicz, gleich auf den ersten Seiten seiner *The Definition of Law*, zur Gegenüberstellung zweier unterschiedlicher Methoden zur Herstellung von definitorischer Klarheit: „verbal realism“ auf der einen Seite und „conceptual pragmatism“ auf der anderen Seite.<sup>23</sup> „Verbal realism,“ die wie er sagt falsche Methode, liegt für Kantorowicz in der Annahme begründet, man könne der Lexikographie selbst brauchbare Definitionen entnehmen. Der Lexikograph aber, so Kantorowicz, unterscheidet sich in grundlegender Weise vom Rechtswissenschaftler: während der Lexikograph daran interessiert sei, für einen bestimmten Begriff möglichst viele Bedeutungen und Gebrauchsweisen festzuhalten, benötige der Rechtswissenschaftler für seine Arbeit Definitionen mit konstanter Bedeutung.

Der problematischen Vieldeutigkeit des „verbal realism“ setzt Kantorowicz sodann die vermeintliche Klarheit des „conceptual pragmatism“ entgegen. Dabei ändert er zum zweiten Mal auf beinahe ebenso vielen Seiten die Fragestellung. „Any question posed by any science as to the meaning of a term,“ schlägt er vor, „can be answered only if the intention is to ask what in this particular science ought to be understood by this particular term.“<sup>24</sup> Zu fragen ist also nicht, „what is legal science?“ oder „what is law?“ sondern „what ought law to mean?“ welche Bedeutung soll dem Recht bzw. der Rechtswissenschaft im Rahmen eines bestimmten disziplinar verankerten Vorhabens zugestanden werden?

In Anlehnung an Aristoteles und Max Weber betont Kantorowicz, dass sich der Wert einer jeden juristischen Definition nach dem Kriterium der „comparative usefulness,“ also der relativen oder vergleichenden Nützlichkeit im Hinblick auf eine bestimmte Fragestellung, zu richten hat.<sup>25</sup> Inwiefern Hart bei seinem eigenen Begriffs-Begriff von Kantorowicz abweicht, wird im Folgenden noch zu klären sein. Vorab ist lediglich auf die in der deutschen Übersetzung von Kantorowicz’ Spätwerk unterschlagene Differenz zwischen „definition“ und „concept“ hinzuweisen, die sich selbst dem unaufmerksamen Leser geradezu aufdrängt.<sup>26</sup>

---

upon Thought and of the Science of Symbolism (1923). Aufgrund der von Kantorowicz in seinem Einleitungskapitel vorgenommenen definitorischen Vorarbeiten, gerade auch im Bezug auf den Definitionsbegriff selbst, wäre es von nicht unerheblichem Interesse, sich Ogden und Richards Werk in diesem Zusammenhang einmal näher anzusehen.

<sup>23</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 2 ff.

<sup>24</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 5.

<sup>25</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 6.

<sup>26</sup> Vgl. Hermann Kantorowicz, Der Begriff des Rechts, ins Deutsche übersetzt von Werner Goldschmidt und Gerd Kastendieck (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1963) mit H. L. A. Hart, Der Begriff des Rechts, ins Deutsche übersetzt von Alexander von Baeyer (Berlin: Suhrkamp, 1973).

Nun noch einige wenige Worte zur Substanz von Kantorowicz' *The Definition of Law*. Kantorowicz setzt sich für eine möglichst breite Definition ein, um dem für ihn beinahe hilfswissenschaftlichen Charakter der „general jurisprudence“ gerecht zu werden.<sup>27</sup> Aus diesem Grund verwirft er umgehend folgende Rechtskriterien als unbrauchbar, weil zu eng: „positiveness, enforceability, State origin, binding character.“<sup>28</sup> Sodann kommt Kantorowicz in seinem immerhin bereits dritten Kapitel zu einer eigenen, positiven Definition des Rechts: „We propose the following: A body of rules prescribing external conduct and considered justiciable.“<sup>29</sup> Ein Korpus von Regeln, die nach außen gerichtetes Verhalten vorschreiben und allgemein hin als gerichtsfähig angesehen werden. Um die Ausarbeitung dieser bewusst sehr allgemein gehaltenen Definition geht es Kantorowicz in seinem Buch.

Bei einer Regel, so Kantorowicz, handelt es sich um eine Beziehung, die zwischen einem menschlichen Verhalten und einigen möglichen Attributen dieses Verhaltens existieren soll:

„Here it is proposed to understand by ‚rules‘ expressions of relations that ought to exist between some human conduct, A, and some of the possible properties of this conduct, B, be it in the categorical form ‚A ought to be B,‘ be it in the hypothetical form ‚If A is, then there ought to be B.‘“<sup>30</sup>

Dabei drückt der Begriff des „Sollens“ eine zweiteilige Pflicht aus, die in erster Linie auf Verhaltensmodifikation, in zweiter Linie auf das Ertragen von Sanktionen gerichtet ist.

Kantorowicz will seine Regel-zentrische Rechtsdefinition insbesondere von zeitgenössischen Theorien abgrenzen, die den Regelcharakter des Rechts minimieren oder zur Nebensache herabstufen wollen.<sup>31</sup> Darunter sind zu nennen: die nationalsozialistische Verschmelzung von Faktizität und Normativität sowie sozialwissenschaftlich geprägte Behauptungen hinlänglich einer lediglich prädiktiven (nicht aber präskriptiven) Funktion von Regeln. Nach einer kurzen Diskussion verschiedener Regeltypen kommt Kantorowicz dann zu dem Befund, dass Regeln niemals im Hinblick auf ihren Geltungsgrund, sondern immer nur im Hinblick auf ihre gemeinsame Funktionsweise charakterisiert werden können.<sup>32</sup> Diese liegt für Kantorowicz in der Tatsache begründet, dass Regeln notwendigerweise ein bestimmtes Verhalten *vorschreiben*.

Kantorowicz' zu Beginn vorgeschlagene Definition ist, wir erinnern uns, die Folgende: „A body of rules prescribing external conduct and considered justiciable.“ Demnach gilt es für Kantorowicz an zweiter Stelle zu klären, wo-

<sup>27</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 11 ff.

<sup>28</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 13.

<sup>29</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 21.

<sup>30</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 23.

<sup>31</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 25 ff.

<sup>32</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 37.

rum es sich bei „external conduct“ genau handelt. Dabei geht es ihm vor allen Dingen um die Beziehung zwischen Recht und Moral.<sup>33</sup> Kurzen Prozess macht Kantorowicz mit Behauptungen, Recht und Moral seien in primitiven, vor-modernen und nichtwestlichen Gesellschaften notwendigerweise miteinander verschmolzen. Die Sphären des Rechts und der Moral, so Kantorowicz, führen separate Existenzen, selbst wenn eine bestimmte Vorschrift sowohl in der Sphäre der Moral als auch in der Sphäre des Rechts auftreten könne. So unterscheidet Kantorowicz Recht und Moral auf Grundlage der von diesen Bereichen abgedeckten Handlungsrichtung. Während die Moral sich auf inner-gerichtetes Verhalten bezieht, richtet sich das Recht nach außen: „What the law really prescribes is, therefore, nothing but external conduct.“<sup>34</sup>

Interessant ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Einschränkung der strikten Trennung von Recht und Moral, die Kantorowicz gegen Ende seiner Ausführungen zugesteht, ohne diese jedoch jemals im Detail zu erläutern. Eine moralische Maxime scheint für ihn also doch untrennbar mit seiner Definition des Rechts verbunden zu sein, nämlich die der Rechtsbefolgung: „At least one moral precept has a fundamental importance for law: Though shalt abide by the law.“<sup>35</sup> Das nach außen gerichtete Befolgen von Rechtsregeln ist für Kantorowicz also nicht ausreichend, um eine liberale, rechtsstaatliche Gesellschaft vor dem Verfall zu bewahren. Stattdessen bedarf es einer Art innerer Überzeugung und Pflichtgefühls im Hinblick auf die Befolgungsaufforderungen des Rechts: „No selfish motive can replace the sense of moral duty, which is the only guardian of law not itself needing a guardian.“<sup>36</sup> Auf diese Überlegungen wird im Zusammenhang mit Harts sogenannter „separation thesis“ noch einzugehen sein.

Zu guter Letzt fragt Kantorowicz nach der Unterscheidung zwischen Regeln rechtlicher Art und solchen nicht-rechtlicher Art. In Frage kommen in diesem Zusammenhang insbesondere soziale und kulturelle Normen, die Regeln des guten Benehmens, Spiel und Sport, professionelle Etiquette, Takt, Mode und so weiter.<sup>37</sup> Dabei richtet sich Kantorowicz gleichermaßen gegen die von Oliver Wendell Holmes geprägte prädikative Theorie, also „law is a prediction of what courts will do in fact,“ als auch gegen die von Kelsen im Rahmen seiner „reinen Rechtslehre“ avancierte „Zwangstheorie“. Sowohl Holmes als auch Kelsen haben sich, laut Kantorowicz, in einer zirkulären Argumentationsweise verfangen: „The law is *not* what the courts enforce; the courts are one of the institutions which enforce the law.“<sup>38</sup>

\*\*\*

<sup>33</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 41 ff.

<sup>34</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 46.

<sup>35</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 50.

<sup>36</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 50.

<sup>37</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 52 ff.

<sup>38</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 61.

Kantorowicz' *The Definition of Law* wurde in der anglo-amerikanischen Welt überwiegend positiv, aber eben doch mit Vorbehalten und Einschränkungen, aufgenommen. J. E. Scholtens schrieb 1959 im *South African Law Journal*:

„[T]his masterly booklet should be read and digested by every student of jurisprudence and by every lawyer who has retained an interest in the age-old question: ‚What is law?‘“<sup>39</sup>

In ähnlicher Weise schrieb M. P. Golding 1959 für das US-amerikanische *Journal of Philosophy*:

„In sum, Kantorowicz's little book is packed with interesting ideas and deserves to be read by those interested in the philosophy of law. It might also prove profitable to methodologists interested in seeing how a person actively engaged in a discipline has gone about staking out its area.“<sup>40</sup>

Vor allem diese letzte Bewertung, dass nämlich Kantorowicz gezeigt habe, wie ein Wissenschaftler die Konturen seiner Disziplin abstecken könne, mag uns im Folgenden vielleicht als Vorschlag einer ersten Charakterisierung der Beziehung zwischen Kantorowicz und Hart dienen. Hierauf werde ich noch zurückkommen.

Kritisch äußerten sich diese Autoren insbesondere in folgender Hinsicht: Waren die Fragen „what is legal science?“ und „what is law?“ wie von Kantorowicz praktiziert, tatsächlich gleichzusetzen? War Kantorowicz nicht selbst in die Falle des von ihm so eingehend kritisierten „verbal realism“ gefallen? Woher nahm Kantorowicz sein „comparative usefulness“ Kriterium und war seine Rechtsdefinition nicht überhaupt zu weit, um kritischer Auseinandersetzung standzuhalten? Obwohl man sich den fragmentarischen Charakter von Kantorowicz' Werk immer vor Augen halten muss, sind einige dieser Kritikpunkte sicherlich berechtigt.

Am interessantesten für unsere Zwecke ist aber das zu Anfang bereits erwähnte „review essay“ von H. L. A. Hart, zu dieser Zeit bereits *Professor of Jurisprudence* an der University of Oxford, welches im Jahre 1960 in der Zeitschrift *The Philosophical Review* veröffentlicht wurde – nur ein Jahr bevor Harts *The Concept of Law* das anglo-amerikanische Rechtsdenken von Grund auf revolutionieren sollte.<sup>41</sup> Bevor wir uns Harts *The Concept of Law* in einigem Detail und vor allen Dingen im Vergleich mit Kantorowicz' *The Definition of Law* vor Augen führen wollen, lohnt es sich, Harts „review essay“ genau in den Blick zu nehmen.

<sup>39</sup> J. E. Scholtens, Review of Hermann Kantorowicz's *The Definition of Law*, 76 *South African Law Journal* (1959), 244.

<sup>40</sup> M. P. Golding, Review of Hermann Kantorowicz's *The Definition of Law*, 56 *The Journal of Philosophy* (1959), 714.

<sup>41</sup> Vgl. Jules Coleman, Preface, in: Coleman (Fn. 8) v: „The *Concept of Law* is the most influential and important book in the analytic tradition of jurisprudence written in the second half of the twentieth century.“



Hart bezeichnet Kantorowicz' Zurückweisung von „verbal realism“ als einen „breath of fresh air,“ insbesondere vor dem Hintergrund des „cloudy juristic talk of essences,“ welcher seiner Meinung nach die 1930er und 1940er Jahre charakterisierte.<sup>42</sup> Nichtsdestotrotz folgt Hart Kantorowicz' Hinwendung zu „conceptual pragmatism“ zumindest im Jahre 1960 scheinbar noch nicht. Während es für Naturwissenschaftler Sinn mache, ihre Definitionen den Forschungszielen ihres Feldes anzupassen, gelte dies nicht in gleichem Maße für Rechts- und Geschichtswissenschaftler: „Surely history ... has no analogously identifiable aims to give a clear content to the idea of a definition ‚useful‘ or ‚fruitful‘ for history as such.“<sup>43</sup>

Worum es Hart hier geht, ist also, zu betonen, dass Merkmale wie „Präskriptivität“ und „Gerichtsfähigkeit“ von Interesse seien, weil sie den Rechtsphilosophen einem spezifisch rechtswissenschaftlichen Begriff von Recht näherbringen; nicht weil sie für die Geschichtswissenschaft von bestimmtem und irgendwie unabhängig von der Rechtswissenschaft existierendem Nutzen sind. Hier zeigt sich vielleicht am deutlichsten, dass Kantorowicz seine *The Definition of Law* aus der Perspektive bzw. für die Zwecke einer universalhistorisch anmutenden Rechtsgeschichte, der *Oxford History of Legal Science*, verfasst hat, während Hart beinahe ausschließlich der analytischen Rechtsphilosophie verschrieben war.

Harts zweiter Kritikpunkt in seinem „review essay“ richtete sich sodann gegen Kantorowicz' Definition von Rechtsregeln. Kantorowicz' Definition, so Hart, sei so vage, dass sie ebenso alles wie auch nichts hätte bedeuten konnte:

„The concept of a rule has been too long a storm-center of jurisprudence for this to be adequate with only the slender attempt made here to elucidate ‚rule‘ in terms of ‚ought,‘ and a division, which I do not fully understand, of rules into commands, precepts ..., and dogmas.“<sup>44</sup>

Harts Kritik an Kantorowicz für dessen angebliche Vagheit blieb also, so könnte man zumindest behaupten, selbst eher vage. Das gleiche gilt für Harts Kritik an Kantorowicz' Verständnis von der Beziehung zwischen Recht und Moral: „There is of course something to be made of Kantian contrasts between the ‚internality‘ of morals and the ‚externality‘ of law, but surely it is not this,“ so Hart.<sup>45</sup>

Hart schließt sein „review essay“ mit folgenden Worten:

„There are many shafts of insight in this essay, side by side with some oddities and obscurities. Perhaps its main merit is to correct the juristic myopia which follows on exces-

<sup>42</sup> Hart (Fn. 18), 271.

<sup>43</sup> Hart (Fn. 18), 271.

<sup>44</sup> Hart (Fn. 18), 271.

<sup>45</sup> Hart (Fn. 18), 272.



sive preoccupation with law of the state and to communicate the sense that a fresh start is always possible, and usually rewarding.“<sup>46</sup>

Die Frage, der ich mich nun im letzten Teil meines Beitrags widmen möchte, ist, inwiefern wir Harts *The Concept of Law*, in Anlehnung an Kantorowicz' *The Definition of Law*, selbst als so einen „fresh start“ lesen können. Bezeichnenderweise gab nämlich Hart seinem fünften Kapitel, welches sich, wie wir sehen werden, mit der Beziehung von „primary rules“ und „secondary rules“ befasst, die Unterüberschrift „A Fresh Start.“<sup>47</sup>

Einerseits scheint das Urteil eines rechtsphilosophischen Neubeginns plausibel, wenn wir Harts *The Concept of Law* als eine Art Weiterführung von Kantorowicz' doch nur fragmentarisch gebliebenen Überlegungen in *The Definition of Law* betrachten. Andererseits muss aber eben auch bedacht werden, dass – insofern Kantorowicz viele der in Harts *The Concept of Law* enthaltenen Ideen in *The Definition of Law* schon vorweggenommen hat – dessen vermeintlicher „fresh start“ eben gar nicht mehr so „fresh“ wirkt.

\*\*\*

Der enorme Einfluss, den Harts *The Concept of Law* insbesondere auf das britische, dann aber auch auf das anglo-amerikanische und schließlich das globale Rechtsdenken der Nachkriegszeit ausgeübt hat, ist nur schwer zu überzeichnen. Auch wer mit Harts analytischem Positivismus nur wenig anfangen kann, auseinandersetzen muss man sich mit ihm doch.<sup>48</sup>

Die Fragestellung, die Harts *The Concept of Law* zugrunde liegt, ist, noch direkter als bei Kantorowicz die folgende: „What is law?“<sup>49</sup> Gleich zu Beginn seines Werks stellt Hart fest: „Few questions concerning human society have been asked with such persistence and answered by serious thinkers in so many diverse, strange, and even paradoxical ways as [this one].“<sup>50</sup> Sodann identifiziert er drei „recurrent issues,“ drei immer wiederkehrende Fragestellungen, die seine Untersuchung leiten und strukturieren: Erstens, wie unterscheidet sich rechtliches Verpflichtetsein vom Inhalt der Austinschen Befehlstheorie, welche das Recht als „order backed by threats“ versteht? Zweitens, wie unterscheiden sich rechtliches und moralisches Verpflichtetsein? Und drittens, was sind Regeln und inwiefern handelt es sich bei Recht um eine Angelegenheit derselben?<sup>51</sup>

Bereits die Einführung zu *The Concept of Law* verdeutlicht, dass die Ausgangsfragestellungen von Kantorowicz und Hart sich ähneln. Natürlicherweise

<sup>46</sup> Hart (Fn. 18), 272.

<sup>47</sup> Hart (Fn. 19), 79.

<sup>48</sup> Für einen Überblick über die Rezeption von Harts Werk sowie weiterführende Literatur, vgl. die Beiträge in Coleman (Fn. 8).

<sup>49</sup> Hart (Fn. 19), 1.

<sup>50</sup> Hart (Fn. 19), 1.

<sup>51</sup> Hart (Fn. 19), 6 ff.

hat dies auch Auswirkungen auf die übergeordnete Struktur und Strategie der beiden Bücher. Sowohl Kantorowicz in *The Definition of Law* als auch Hart in *The Concept of Law* befinden sich auf einer permanenten Gratwanderung zwischen dem extremen Positivismus eines Austin oder Kelsen und dem für beide zu weit gehenden Regel-Skeptizismus der amerikanischen Rechtsrealisten. Die Frage, auf welche Weise sich die von Kantorowicz und Hart geschaffenen Mittelpositionen ähneln bzw. sogar auf einander Bezug nehmen, soll auf das Ende meines Beitrags verschoben werden.

Kommen wir zunächst zum methodischen Ausgangspunkt von Harts Werk. Wie in seinem „review essay“ bereits angedeutet, folgt Hart Kantorowicz nicht in seinen „conceptual pragmatism.“ Trotz bewundernder Worte für diesen methodischen Schritt bleibt Hart dem von Kantorowicz so bezeichneten „verbal realism“ fest verbunden. Nichtsdestotrotz wird deutlich, mit wem Hart sich hier im Gespräch glaubt, wem er hier unter anderem widerspricht:

„It is sometimes said that definition is ‚merely verbal‘ or ‚just about words;‘ but this may be most misleading where the expression defined is one in current use ... finding such definitions we ‚are looking not merely at words ... but also at the realities we use words to talk about. We are using a sharpened awareness of words to sharpen our perception of the phenomena.“<sup>52</sup>

Hart zitiert hier direkt den Sprachphilosophen J. L. Austin, verweist in seinen weiterführenden Bemerkungen zu Kapitel I allerdings auch auf Kantorowicz' *The Definition of Law*.<sup>53</sup>

Der erste Teil von Harts *The Concept of Law* beschäftigt sich damit, aufzuzeigen, inwiefern die vor allen Dingen im anglo-amerikanischen Rechtsdenken zu dieser Zeit noch präsenste Befehlstheorie John Austins keine adäquate Beschreibung modernder Rechts- und Verfassungssysteme darstellt. Zunächst versucht Hart, Austins Befehlstheorie zu modifizieren, um deren Unzulänglichkeiten zu beheben. Um das Recht moderner Gesellschaften auch nur ansatzweise zu erfassen, müsse Austins Modell in folgender Weise ergänzt werden:

„There must, wherever there is a legal system, be some persons or body of persons issuing general orders backed by threats which are generally obeyed, and it must be generally believed that these threats are likely to be implemented in the event of disobedience. This person, or body must be internally supreme and externally independent.“<sup>54</sup>

Das Vorliegen eines durch Gewaltandrohung verstärkten Befehls ist für Hart unzureichend. Hinzukommen muss, dass dieser von einer Institution erlassen wird, die nach innen hin uneingeschränkt herrscht und nach außen hin unabhängig ist; dass er sich an die Allgemeinheit richtet; und dass diese Allgemeinheit bei Nichtbefolgung gewohnheitsmäßig mit Vollzug der Drohung rechnet.

<sup>52</sup> Hart (Fn. 19), 14.

<sup>53</sup> Hart (Fn. 19), 279 (Notes, Chapter I).

<sup>54</sup> Hart (Fn. 19), 25.

Sodann wendet sich Hart der Vielfalt rechtlicher Regeln zu, um aufzuzeigen, dass selbst die von ihm vorgenommenen Modifikationen und Ergänzungen Austins Befehlsmodell nicht retten können:

„First, even a penal statute, which comes nearest to [a theory of law as coercive orders], has often a range of application different from that of orders given to others; for such a law may impose duties on those who make it as well as on others. Secondly, other statutes are unlike orders in that they do not require persons to do things, but may confer powers on them; they do not impose duties but offer facilities for the free creation of legal rights and duties within the coercive framework of the law. Thirdly, though the enactment of a statute is in some ways analogous to the giving of an order, some rules of law originate in custom and do not owe their legal status to any such conscious law-creating act.“<sup>55</sup>

Recht, für Hart, ist eben mehr als nur Befehl. Ermächtigungsnormen, Gewohnheitsrecht, allgemeine Rechtsgrundsätze u. a. passen nicht in Austins modifizierte Befehlstheorie. Obwohl die von Hart hier vorgelegte Diskussion deutlich detailreicher ist als in Kantorowicz' Fragment, ergeben sich doch Parallelen, insbesondere im Hinblick auf die von Kantorowicz fortwährend betonte Vielfalt des Rechts und seiner Normen sowie seine Unterscheidung zwischen „commands, precepts, dogmas.“<sup>56</sup> Wie bereits gesehen kommt Kantorowicz zu dem Schluss, dass Regeln niemals im Hinblick auf ihren Geltungsgrund, sondern immer nur im Hinblick auf ihre gemeinsame Funktionsweise, nämlich ihre Präskriptivität, charakterisiert werden können.

Auch im Weiteren geht es Hart darum, die Unzulänglichkeit von Austins Befehlsmodell aufzuzeigen. Zusätzlich zu der Tatsache, dass dieses die Vielfalt des Rechts in der modernen Gesellschaft übersieht, kann es auch nicht die Kontinuität moderner Rechtssysteme erklären. Austins Ansicht nach bedarf das Recht eines Souveräns, dem seine Subjekte gewohnheitsmäßigen Gehorsam schulden und der gleichzeitig seinen eigenen Befehlen nicht unterworfen ist. Problematisch ist hierbei für Hart insbesondere, dass der Souverän weder mit der Wählerschaft noch mit der Legislative des modernen Staats gleichgesetzt werden kann. „What is required instead,“ schlägt er vor, „is the notion of a rule conferring powers, which may be limited or unlimited, on persons qualified in certain ways to legislate by complying with a certain procedure.“<sup>57</sup> Um das Fortbestehen moderner Rechtssysteme zu erklären, bedarf es laut Hart also einer Theorie, deren Herzstück „the unity of primary and secondary rules,“ also die Vereinigung bzw. das Ineinandergreifen von primären und sekundären Regeln ist.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Hart (Fn. 19), 48.

<sup>56</sup> Im Rahmen einer eingehenderen Betrachtung wäre es vielleicht einmal interessant, Kantorowicz' und Harts Nachdenken über Regeln vor dem Hintergrund der traditionellen *common law-civil law distinction* zu beleuchten.

<sup>57</sup> Hart (Fn. 19), 77.

<sup>58</sup> Hart (Fn. 19), 99.

„What we shall attempt to show,“ erklärt Hart zu Beginn seines zentralen fünften Kapitels, „is that most of the features of law which have proved most perplexing and have both provoked and eluded the search for definition can best be rendered clear, if these two types of rule and the interplay between them are understood.“<sup>59</sup> Bevor ich nun in Kürze näher auf Harts Theorie des Zusammenspiels von primären und sekundären Regeln vor dem Hintergrund von Kantorowicz' *The Definition of Law* eingehe, scheint es gewinnbringend, kurz innezuhalten und zu überlegen, wie Hart selbst über seinen Alternativvorschlag dachte.

Auffallend hierbei ist zum einen, dass er in diesem Zusammenhang explizit von einem „fresh start,“ also einem Neubeginn spricht.<sup>60</sup> Wie wir gesehen haben, ist dies genau dieselbe Formulierung, die er in seinem ein Jahr früher veröffentlichten „review essay“ zu Kantorowicz' Werk gewählt hat. Wir erinnern uns an seine damalige Wortwahl: „Perhaps its main merit is ... to communicate the sense that a *fresh start* is always possible, and usually rewarding.“<sup>61</sup> Man könnte also die Hypothese wagen, dass Hart seine Alternativtheorie zumindest unterbewusst im Bezug auf und in Anlehnung an Kantorowicz formuliert hat. Dies scheint umso plausibler, wenn man bedenkt, dass auch Harts „primary rules“ und „secondary rules“ sich an Kantorowicz anzulehnen scheinen.

Hart beschreibt die Beziehung zwischen diesen beiden Regelarten wie folgt:

„Under the rules of one type, which may well be considered the basic or primary type, human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not. Rules of the other type are in a sense parasitic upon or secondary to the first; for they provide that human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence, or control their operations.“<sup>62</sup>

Genauso wie Kantorowicz geht es also auch Hart darum, den präskriptiven, nicht nur prädiktiven, Charakter von Rechtsregeln zu betonen. Es ist eben nicht der Fall, dass es sich bei Rechtsregeln lediglich um Voraussagen darüber handelt, ob „officials,“ also Personen öffentlichen Amtes, in einer bestimmten Situation Sanktionen austeilten werden. Stattdessen stellen diese Regeln selbst gerade den *Grund* für das Austeilen solcher Sanktionen dar.

Neben „rules of change,“ also Gesetzesänderungsregeln, und „rules of adjudication,“ die die Rechtsprechung regeln, ist für Harts System die sogenannte „rule of recognition,“ oder Erkennungsregel, ausschlaggebend. Nur aufgrund dieser Erkennungsregel ist es möglich eine bestimmte Regel als Teil oder eben Nicht-Teil des Rechtssystems zu identifizieren. Fraglich ist sodann, welchen Charakter

<sup>59</sup> Hart (Fn. 19), 81.

<sup>60</sup> Hart (Fn. 19), 79.

<sup>61</sup> Hart (Fn. 18), 272.

<sup>62</sup> Hart (Fn. 19), 81.

diese Erkennungsregel hat. Handelt es sich um eine „nicht-rechtliche,“ „über-rechtliche,“ „vor-rechtliche“ Regel oder gar um bloßes „politisches Faktum“? Um diese Frage einer befriedigenden Antwort zuzuführen, unterbreitet Hart seinen Lesern folgenden Vorschlag:

„We need to remember that the ultimate rule of recognition may be regarded from two points of view: one is expressed in the external statement of fact that the rule exists in the actual practice of the system; the other is expressed in the internal statements of validity made by those who use it in identifying the law.“<sup>63</sup>

Dies führt Hart dazu, zwei Minimal-Bedingung für die Existenz eines Rechtssystems aufzustellen:

„On the one hand, those rules of behavior which are valid according to the system's ultimate criteria of validity must be generally obeyed, and, on the other hands, its rules of recognition specifying the criteria of legal validity and its rules of change and adjudication must be effectively accepted as common public standards of behavior by its officials .... The assertion that a legal system exists is therefore a Janus-faced statement looking both towards obedience by ordinary citizens and to the acceptance by officials of secondary rules as critical common standards of official behavior.“<sup>64</sup>

Was hat nun Kantorowicz damit zu tun? Wie von Auer bereits festgestellt sind sowohl „primary rules“ als auch „secondary rules“ – terminologisch, in gewissem Umfang aber auch inhaltlich – bereits Teil von Kantorowicz' *The Definition of Law*. In *The Definition of Law* schreibt Kantorowicz:

„Actually, enforcement of a primary rule of law is secured by the prospect of the application of secondary rules of law entitling or commanding certain organs ... of the community whose laws have been broken to inflict certain sanctions.“<sup>65</sup>

Nun muss bedacht werden, dass Kantorowicz „primary rules“ und „secondary rules“ im Rahmen seines oben bereits erwähnten Versuchs, sowohl Holmes' als auch Kelsens „enforceability“-Kriterium zu widerlegen, mobilisiert. Ihm geht es also darum zu zeigen, dass so ein Kriterium einen zusammenhängenden Rechtsbegriff unmöglich machen würde:

„The secondary rules, in order to guarantee enforcement, would have to be enforceable themselves if they are to be legal rules, which leads to the requirement of tertiary rules and eventually to final rules which can no more be enforceable lest they cease to be final. These are rules concerning the conduct of the supreme organs of the community, be they sovereigns, parliaments, courts of last resort, tribal assemblies, bodies of high priests and so on. None of these final rules would therefore be legal ... If these final rules are not legally enforceable, they cannot, on the same reasoning, be legally binding, and thus neither the tertiary, nor the secondary, nor even the primary rules could be conceived of as rules of law.“<sup>66</sup>

<sup>63</sup> Hart (Fn. 19), 112.

<sup>64</sup> Hart (Fn. 19), 117.

<sup>65</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 59.

<sup>66</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 60.

Während Harts Unterscheidung zwischen „primary rules“ und „secondary rules“ einen zentralen Bestandteil seines Rechtsbegriffs darstellt, handelt es sich für Kantorowicz bei dieser Unterscheidung lediglich um analytische Munition. Dennoch erweisen sich Ähnlichkeiten im Hinblick auf Formulierung und Grundsatzidee. Genauer zu erforschen wäre, inwieweit die Unterscheidung zwischen zwei oder mehr Regelebenen bereits vor Kantorowicz Teil der deutschen oder anglo-amerikanischen Rechtsphilosophie gewesen ist bzw., ob sich für Harts Hauptthese in *The Concept of Law* noch alternative Einflüsse ausmachen lassen.<sup>67</sup> Näher zu beleuchten wären darüber hinaus noch zwei weitere Parallelen zwischen Kantorowicz und Hart.

In Harts siebtem Kapitel geht es um die „Scylla“ des Rechtsformalismus und den „Charybdis“ des exzessiven Regel-Skeptizismus. Hart prägt in diesem Zusammenhang den Begriff der „offenen Textur“ des Rechts:

„The open texture of law means that there are, indeed, areas of conduct where much must be left to be developed by courts or officials striking a balance, in the light of circumstance, between competing interests, which vary in weight from case to case. None the less, the life of the law consists to a very large extent in the guidance both of officials and private individuals by determined rules which, unlike the application of variable standards do not require from them a fresh judgment from case to case.“<sup>68</sup>

Für Hart liegt die Wahrheit also irgendwo zwischen Formalismus und Rechtsrealismus.

Auch wenn Hart freirechtliches Denken in *The Concept of Law* nicht mit einem Wort anspricht, drängen sich hier doch wieder Parallelen zu Kantorowicz' in englischer Sprache veröffentlichten Aufsätzen „Legal Science – A Summary of its Methodology“ und „Some Rationalism about Realism,“ auf. Insbesondere wäre in diesem Zusammenhang an Kantorowicz' Unterscheidung zwischen „free law“ und „formal law“ zu denken, die Hart, vor allen Dingen über den „Umweg“ des von der Freirechtsbewegung beeinflussten amerikanischen Rechtsrealismus, geläufig war.<sup>69</sup>

Bei der letzten Parallele zwischen Hart und Kantorowicz, die ich hier ansprechen möchte, geht es um die Beziehung von Recht und Moral. Hart diskutiert dieses Thema bekanntermaßen anhand der Fragestellung, ob es eine notwendige Verbindung zwischen Gerechtigkeit und Moral gibt. Hart wird im

<sup>67</sup> Zu beachten wäre in diesem Zusammenhang vor allen Dingen, dass *Harts The Concept of Law* in nicht unerheblichem Umfang auf Vorträgen und Vorarbeiten aufbaut, die er während eines Forschungsaufenthalts in den 1950er Jahren an der Harvard Law School hielt, vgl. insbesondere *H. L. A. Hart, Positivism and the Separation of Law and Morals*, 71 *Harvard Law Review* (1958), 593. Während die Unterscheidung zwischen *primary rule* und *secondary rule* nicht Teil dieses Aufsatzes ist, bezieht sich Hart unter Verweis auf Hans Kelsen auf *primary norms*, Fn. 28. Die Verbindung zwischen Kelsen, Kantorowicz und Hart wäre in diesem Zusammenhang also ein möglicher Ansatzpunkt.

<sup>68</sup> *Hart* (Fn. 19), 135.

<sup>69</sup> Vgl. hierzu *Schmidt* (Fn. 16), sowie *Hart* (Fn. 19), 298 (Notes, Chapter VII).

Allgemeinen mit der sogenannten „separation thesis“, der Trennungsthese, in Verbindung gebracht, nach der die Existenz einer bestimmten Rechtsregel unabhängig von deren Übereinstimmung oder Nicht-Übereinstimmung mit moralischen Maximen bewertet wird.

In *The Concept of Law* findet sich aber auch so etwas wie eine Ausnahme zu Harts „separation thesis.“ Gegen Ende seines Buches schreibt Hart: „Though the most odious laws may be justly applied, we have, in the bare notion of applying a general rule of law, the germ at least of justice.“<sup>70</sup> Was er damit sagen will ist, dass eine liberale, rechtsstaatlich orientierte Gesellschaft sich vor Verfall und Rechtslosigkeit eben doch nur durch eine Art Mindestverbindung von Recht und Moral aufrecht erhalten lässt. Wir erinnern uns, dass an eben dieser Stelle auch Kantorowicz ansonsten mehr oder weniger strikt durchgezogene Trennung zwischen Recht und Moral einen Durchbruch erfährt. In den Worten Kantorowicz: „No selfish motive can replace the sense of moral duty, which is the only guardian of law not itself needing a guardian.“<sup>71</sup>

\*\*\*

Damit komme ich zum Schluss meiner Überlegungen und will ein kurzes Fazit ziehen. Was können wir über Marietta Auers Vorschlag, man solle sich doch einmal den „überraschenden und bis heute der Entdeckung harrenden Parallelen“ zwischen Kantorowicz und Hart zuwenden, sagen? Terminologisch und inhaltlich drängen sich in der Tat Überschneidungen insbesondere im Hinblick auf die Unterscheidung von „primary rules“ und „secondary rules“, Harts Idee von der „open texture of law“ und seiner „germ theory of justice“ auf. Wie schon gesagt, befinden sich sowohl Kantorowicz als auch Hart auf einer permanenten Gratwanderung zwischen dem extremen Positivismus eines Austin oder Kelsen und dem für beide zu weit gehenden Regel-Skeptizismus der amerikanischen Rechtsrealisten. Hierbei ist natürlich, wie bereits angedeutet, zu hinterfragen, inwiefern dies auf allgemeine rechtsphilosophische Tendenzen der Mitte des 20. Jahrhunderts zurückzuführen ist.

Festzustellen ist meiner Meinung nach jedenfalls, dass Kantorowicz und Hart Teilnehmer desselben rechtsphilosophischen Gesprächs zu sein scheinen. Wir haben dies insbesondere bei Harts Versuch gesehen, wie Kantorowicz, einen rechtsphilosophischen „fresh start“, also einen Neubeginn, zu schaffen. Ebenso gesehen haben wir dies im Rahmen von Harts Diskussion zu seinem methodischen Ansatz, den Kantorowicz „verbal realism“ genannt hätte. Wie bereits dargelegt umschrieb der Rezensent Golding den Wert von Kantorowicz' Büchlein mit den folgenden Worten: „It is profitable to methodologists interested in seeing how a person actively engaged in a discipline has gone about staking

<sup>70</sup> Hart (Fn. 19), 206.

<sup>71</sup> Kantorowicz (Fn. 1), 50.

out its area.“ An genau solch einem Vorhaben war auch Hart interessiert; genau ein solches legte er 1961 mit seinem *The Concept of Law* vor. Es ist nicht auszuschließen, dass Hart sich in dieser Hinsicht von Kantorowicz' Spätwerk hat inspirieren lassen.