

HANS KELSEN

Verteidigung der Demokratie

Herausgegeben von
MATTHIAS JESTAEDT und
OLIVER LEPSIUS

Mohr Siebeck

Hans Kelsen
Verteidigung der Demokratie



Hans Kelsen

Verteidigung der Demokratie

Abhandlungen zur Demokratietheorie

ausgewählt und herausgegeben
von Matthias Jestaedt
und Oliver Lepsius

Mohr Siebeck

ISBN 3-16-148846-6

ISBN-13 978-3-16-148846-7 / eISBN 978-3-16-165198-4 unveränderte eBook-Ausgabe 2025

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2006 Mohr Siebeck Tübingen.

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg/N. gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen – Eine Einführung	VII
Vom Wesen und Wert der Demokratie (1. Auflage 1920)	1
Allgemeine Staatslehre (Auszüge) (1925)	34
Demokratie (1926)	115
Vom Wesen und Wert der Demokratie (2. Auflage 1929)	149
Verteidigung der Demokratie (1932)	229
Wissenschaft und Demokratie (1937)	238
Foundations of Democracy (1955)	248
Schriften Hans Kelsens zur Demokratietheorie	387
Personen- und Sachregister	391

Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen – Eine Einführung

„Man muß seiner Fahne treu bleiben, auch wenn das Schiff sinkt; und kann in die Tiefe nur die Hoffnung mitnehmen, daß das Ideal der Freiheit unzerstörbar ist und daß es, je tiefer es gesunken, um so leidenschaftlicher wieder aufleben wird.“

Hans Kelsen, Verteidigung der Demokratie, 1932

Inhaltsübersicht

I. Zwei Perspektiven auf Hans Kelsen: Der universale Rechtstheoretiker und der deutsche Staatsrechtslehrer	VIII
1. Der Jurist des 20. Jahrhunderts	VIII
2. Ein nicht rezipierter Klassiker	VIII
II. Fünf Strategien, sich mit Kelsens Lehre nicht auseinander- setzen zu müssen	XI
1. Formalistischer Reduktionismus?	XIII
2. Logizistischer Konstruktivismus?	XIII
3. Wirklichkeitsverweigernder Normativismus?	XIV
4. Politikflüchtiger Positivismus?	XV
5. Amoralischer Relativismus?	XVI
III. Kelsens ideologiekritische Rechtswissenschaft	XVII
IV. Kelsens Demokratietheorie im Lichte seiner Rechtstheorie ..	XVIII
1. Das Volk als Staatsorgan	XIX
2. Die Fiktion der Repräsentation	XX
3. Freiheit als Grund der Demokratie	XXI
4. Majoritätsprinzip und Minderheit	XXII
5. Keine Wertfreiheit der Demokratie	XXIII

VIII *Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen*

V. Theoretiker und Parteigänger der Demokratie	XXIV
1. Eigentümlichkeiten von Kelsens Demokratietheorie	XXIV
2. Der letzte „Überlebende“ des Weimarer Quartetts	XXVI
3. Anwalt der Demokratie	XXVII
4. Demokratietheorie in Entwicklung	XXVII
VI. Zu dieser Ausgabe	XXIX

*I. Zwei Perspektiven auf Hans Kelsen:
Der universale Rechtstheoretiker und der deutsche
Staatsrechtslehrer*

1. Der Jurist des 20. Jahrhunderts

Hans Kelsen (1881–1973) wird als der „Jurist des 20. Jahrhunderts“ gefeiert. Und dies nicht ganz zu Unrecht. Er dürfte der im Weltmaßstab nach wie vor am meisten und am intensivsten studierte und diskutierte Rechtstheoretiker sein. Sein publiziertes Œuvre, welches neben Schriften zur Theorie des Rechts auch Beiträge zum Staats- und Völkerrecht, zur Rechts- und Staatsphilosophie sowie zur Rechtssoziologie enthält, umfasst weit mehr als 17.000 Seiten. Werke *Kelsens*, überwiegend in deutscher und in englischer Sprache abgefasst, sind in mehr als zwei Dutzend Sprachen übersetzt worden. Ob in Fernost (namentlich in Japan und Korea), ob in Lateinamerika oder in Europa (besonders in Spanien, Italien und Skandinavien) – *Kelsens* Werke und Lehren genießen in der akademischen Lehre wie in der wissenschaftlichen Forschung nach wie vor hohen Stellenwert und hohe Anerkennung. *Kelsen* ist, kurz gesagt, ein Klassiker von immenser Aktualität und globalem Interesse.

2. Ein nicht rezipierter Klassiker

Dieses Bild ändert sich jedoch in markanter Weise, schaut man nicht auf *Hans Kelsen*, den universalen Rechtstheoretiker, sondern auf *Hans Kelsen*, den deutschen (besser wohl: deutschsprachigen) Staatsrechtslehrer. Wenn gleich dessen Lehren langsam auch in Deutschland wieder ins Bewusstsein der Rechtswissenschaftler treten, nach und nach neu entdeckt werden und wieder Konjunktur zu haben beginnen, so war dies doch lange Zeit anders. Im Nachkriegsdeutschland herrschte – ausgesprochen wie insbesondere unausgesprochen – bis in die Achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts die Auf-

fassung vor, mit *Kelsen* und dessen Lehren müsse man sich nicht (mehr) auseinandersetzen. Sie hätten sich überlebt respektive erledigt. Diese Deutung war lange geprägt von der überkommenen Sicht, welche die deutschen Staatsrechtslehrer auf einen der – bis zur Vertreibung aus Nazi-Deutschland – Ihren hatten. Als deutscher, genauer: als ursprünglich österreichischer Staatsrechtslehrer, der von 1930 bis 1933 auch in Deutschland lehrte, war *Hans Kelsen* – neben *Rudolf Smend* (1882–1975), *Carl Schmitt* (1889–1985) und *Hermann Heller* (1891–1933) – einer der Großen Vier des sogenannten Weimarer Richtungsstreites um Verständnis und Auslegung der neuen, demokratischen Verfassung(en). Sein Part war der des ideologiekritisch-positivistischen Widersachers einer zu antipositivistischen Ufern aufbrechenden „materialen“ Staatsrechtslehre, die auf der Suche nach gegensatzauhebender Erkenntnis den Verlust rechtswissenschaftlicher Kategorien und juristischer Formen in Kauf nahm. Deren ebenso schroffe wie wortgewaltig vorgetragene Ablehnung mußte *Kelsen* daher in besonderer Weise treffen.

Die revolutionär-chaotischen Umbrüche nach dem verlorenen Ersten Weltkrieg, die instabile, tief und unversöhnlich gespaltene und vergeblich nach innerem Halt strebende Weimarer Republik und erst recht das den totalitären (Alb-)Traum vom „neuen Menschen“ radikal umsetzende und den Selbststand des Rechts verleugnende NS-Regime boten keine günstigen Entfaltungsbedingungen und keine ernsthaften Rezeptionschancen für ein Konzept des Staates, des Rechtes und der Rechtswissenschaft, welches man verkürzend mit den Eigenschaften: aufklärerisch, ideologiekritisch, relativistisch und positivistisch kennzeichnen kann.

Die sich in der Konfrontation des Kalten Krieges aus den Ruinen des „Dritten Reiches“ erhebende Bundesrepublik schließlich suchte eine substanzielle Rückversicherung im christlich-abendländischen Wertgefüge. Erkenntnistheoretischer Relativismus und rechtswissenschaftlicher Dekonstruktivismus, normativistischer Positivismus und analytischer Antisubstanzialismus, sämtlich Denkansätze, für die *Hans Kelsen* stand, waren in der Zeit des (auch moralischen) Wiederaufbaus erneut nicht gefragt. Mehr noch: Der Rechtspositivismus, der ungeachtet seiner Vielgestaltigkeit und seiner Vieldeutigkeit nun mit keinem Namen stärker verbunden war als mit jenem *Kelsens* (und der von ihm begründeten Reinen Rechtslehre), avancierte zum rechtswissenschaftlichen Sündenbock für die nationalsozialistische Perversion des Rechts. „Rechtspositivistisch“ war und ist zumeist auch heute noch kaum weniger als ein Schimpfwort.

Für die (Nicht-)Rezeption von *Kelsens* Sicht der juristischen Dinge waren im Nachkriegsdeutschland zunächst namentlich vier Lesarten verantwortlich:

- die Lesart, die ihr *Heinrich Triepel* (1868–1949) in seiner berühmten Rektoratsrede über „Staatsrecht und Politik“ angedeihen ließ, dass nämlich der *kelsensche* Rechtspositivismus gleichsam der Testamentsvollstrecker oder – um einen Begriff *Martin Heideggers* aufzugreifen – die „Aufgipfelung“ der konstruktivistischen Begriffsjurisprudenz des späten 19. Jahrhunderts sei;
- die Lesart, die der ebenso scharfsinnige wie scharfzüngige *Hermann Heller* popularisierte, dass nämlich *Kelsen* einerseits eine „Staatslehre ohne Staat“ und andererseits eine „Reine Rechtsleere“ betreibe;
- die Lesart, die der über seine zeitgerechten Thesen über „gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ zu neuem Ruhm und neuer Autorität gelangte *Gustav Radbruch* (1878–1949) verbreiten half, dass nämlich der Rechtspositivismus den deutschen Juristenstand wehrlos gegen den Nationalsozialismus gemacht habe;
- und schließlich die Lesart, die *Kelsen* selbst kurz vor und unmittelbar nach Kriegsende beisteuerte, die ihn in den Augen vieler in die Nähe eines „Vaterlands“-Verräters rückte und damit seine Lehren diskreditierte, dass nämlich das Deutsche Reich mit dem Zusammenbruch anno 1945 zu bestehen aufgehört habe.

In allen vier Lesarten erübrigte sich eine nähere Beschäftigung, gar eine Auseinandersetzung mit den Ansichten und Thesen *Kelsens*. So war er, der zu den ganz wenigen der Weimarer Zunft zählte, die sich offensiv zur liberal-parteienstaatlichen Demokratie (auch in ihrer labilen Weimarer Variante) bekannten, paradoxerweise zum Paria der deutschen Staatsrechtslehre geworden. Er selbst war nicht zugegen, um seine Auffassungen zu Gehör bringen, seine Spielart des Rechtspositivismus argumentativ verteidigen und den wissenschaftlichen Austausch darüber einfordern zu können. Als jüdischstämmiger Hochschullehrer war er bereits im April 1933 auf der Grundlage des – von den Nationalsozialisten in perfider Verdrehung der Tatsachen so genannten – „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ seines Amtes an der Universität Köln enthoben worden; danach emigrierte er zunächst in die Schweiz, sodann, nach einem Intermezzo in seiner Geburtsstadt Prag (1936–1938), 1940 in die Vereinigten Staaten, deren Staatsbürger er 1945 wurde. Aus seiner neuen Heimat Kalifornien nahm er nur mehr ganz am Rande an den Diskursen der deutschen Jurisprudenz teil. Verteidiger seiner Positionen

„vor Ort“ fanden sich, abgesehen von *Hans Nawiasky* (1880–1961), praktisch keine. Die Staatsrechtslehre nach 1945 teilte sich – soweit sie überhaupt die Weimarer Frontstellungen aufnahm – bis in die Siebziger Jahre hinein im wesentlichen in Smendianer und Schmittianer. Kelsenianer jedenfalls suchte man in Deutschland vergebens. In den ersten Jahrzehnten der Nachkriegszeit mochte es scheinen, als hätte die von den Nationalsozialisten ins Werk gesetzte Vertreibung *Kelsens* auch fachlich durchschlagende und nachhaltige Wirkung gezeitigt.

Erst nach dem Ableben der Protagonisten des Weimarer Richtungsstreits – *Carl Schmitt* starb als letzter der Großen Vier fast 97-jährig im Jahre 1985 – setzte in der Generation der nachgeborenen Staatsrechtslehrer allmählich ein, was sich aus heutiger Sicht als Beginn einer *Kelsen*-Renaissance deuten lässt: Eine von wissenschaftlicher Unvoreingenommenheit und Neugier getriebene, auf der Grundlage der Schriften *Kelsens* und seiner Mitstreiter selbst ausgetragene Auseinandersetzung mit den Thesen der Reinen Rechtslehre. Folge wie Ausdruck dessen ist auch die vorliegende Publikation, die der Präsentation der wohl bedeutsamsten demokratietheoretischen Schriften *Hans Kelsens* dient.

II. Fünf Strategien, sich mit *Kelsens* Lehre nicht auseinanderzusetzen zu müssen

Das nach wie vor verbreitete Unverständnis, welches der Lehre *Kelsens* entgegengebracht wird, beruht zu nicht geringen Teilen schlicht auf deren Unkenntnis. Was im Lichte der vorurteilsgeleiteten Kritik als Auffassungen *Kelsens* erscheint, ist eher schlechte Kolportage und hat nicht selten wenig oder gar nichts gemein mit den Lehren, die er tatsächlich entwickelt und propagiert hat. Zerrbilder und Stereotypen beherrschen häufig genug die Ansichten über *Kelsens* Beiträge zur Jurisprudenz. Dessen zentrales Anliegen, nämlich die Begründung einer „Reinen Rechtslehre“, d.h. einer methodenbewussten, von moral-, sozial- und politikwissenschaftlichen Ansätzen unterschiedenen, selbständigen Rechtswissenschaft, sieht sich Prädizierungen ausgesetzt, die sich als Strategien lesen lassen, *Kelsens* Lehre übergehen zu dürfen. Die folgenden fünf ineinandergreifenden Stereotypen dürften wohl die wirkmächtigsten sein. Danach ist *Kelsens* Lehre Ausdruck

- eines formalistischen Reduktionismus, der sich in inhaltsleeren Spielereien mit Rechtsformen ergeht;

- eines logizistischen Konstruktivismus, der, in Vollendung der gesetzespositivistischen Begriffs- und Konstruktionsjurisprudenz, rechtswissenschaftlichen Allmachtsphantasien entspringt;
- eines selbstgenügsamen Normativismus, der sich der Rechtswirklichkeit verweigert und sie aus seinem Gesichtskreis verbannt;
- eines politikflüchtigen Positivismus, der, um den Preis ideologischer Naivität oder Blindheit, die sozialen und politischen Implikationen des Rechts ausblendet;
- schließlich eines amoralischen Relativismus, der durch die Ausklammerung der Gerechtigkeits- und Wertfrage zur moralisch fragwürdigen Beschäftigung avanciert.

Nimmt man diese Charakterisierungen beim Wort, so muss *Kelsen* als ein introvertiert-autistischer, welt- und praxisfremder, unpolitisch-blutleerer Theoretiker des Rechts erscheinen. Und tatsächlich betitelte ihn *Carl Schmitt* zu Beginn der Dreißiger Jahre als „Zeloten eines blinden Normativismus“. Eine derartige Deutung ist bereits (berufs)biographisch bemerkenswert angesichts des Umstands,

- dass *Kelsen* den Schutzraum der Universität verließ, um als einer der einflussreichsten Berater an der Ausarbeitung der (österreichischen) Bundesverfassung von 1920 mitzuwirken, eine Dekade lang als Richter im neu geschaffenen (österreichischen) Verfassungsgerichtshof engagiert den Dienst zu versehen und mit einer Reihe namentlich völkerrechtlicher Gutachten auch in die Rechtspraxis hineinzuwirken;
- dass er sich nicht darauf beschränkte, aus der Beobachterposition Fragen der *Theorie* des Rechts wie des Staates und der Völkergemeinschaft zu traktieren, sondern sich – aus der Teilnehmerposition – auch handfesten dogmatischen Fragen zuwandte, wie etwa die (Mit-)Autorenschaften hinsichtlich einer der ersten Kommentare sowohl zur österreichischen Bundesverfassung von 1920 als auch zur UN-Charta belegen;
- und dass er mit einer Reihe von (rechts)soziologischen und sozialphilosophischen Studien die Grenzen normwissenschaftlichen Arbeitens bewusst überschritt und ihm damit schwerlich der Vorwurf gemacht werden kann, für die nicht im engeren Sinne normwissenschaftlichen Fragen des Rechts blind zu sein.

Die Deutung erweist sich aber auch in der Sache als haltlos, zielen die vorstehend aufgeführten Vorwürfe doch allesamt an *Kelsens* Lehren und Trachten vorbei. Das sei kurz erläutert.

1. Formalistischer Reduktionismus?

Kelsens rechtstheoretischen Zugriff wird man gewiss eher den *Rechtsformen* – denn den *Rechtsinhalts*lehren zuschlagen müssen. Dies aber nicht deshalb, weil *Kelsen* keinerlei Ausführungen zu *Rechtsinhalten* gemacht hätte, sondern einfach deshalb, weil er ein rechtstheoretisches Instrumentarium entwickelte, welches auf *Rechtsinhalte* unterschiedlichster Provenienz – auch unterschiedlicher *Rechtsordnungen* – appliziert werden kann, und er andererseits *Rechtsinhalte* durchweg als kontingent, d. h. als nur in einem bestimmten – sozio-politischen, kulturellen und/oder positivrechtlichen – Kontext existent, auszuweisen vermochte. Anders gewendet: *Kelsen* ging es wesentlich darum, die Funktionsgesetzmäßigkeiten des Rechts und der Rechtswissenschaft aufzudecken; die konkreten *Inhalte* der zu betrachtenden *Rechte* und *Rechtsordnungen* waren angesichts dieses Zugangs zwar keineswegs irrelevant, aber ohne unmittelbaren Einfluss auf Zugriff und Methode.

Typischer Ausdruck wie wesentliche Folge dieser Arbeitsweise ist die Entlarvung zahlreicher *Rechtsfiguren* – wie etwa des Satzes vom Vorrang des jüngeren vor dem älteren Gesetz (*lex posterior*-Regel), des Gegensatzes von subjektivem und objektivem Recht oder auch des Gegensatzes von öffentlichem und privatem Recht – als vom konkreten positiven Recht erst konstituierte – also *rechtsinhaltliche* – und damit keineswegs allem positiven Recht vorgegebene – also *rechtswesenhafte* – Kategorien. Damit verbundene inhaltliche Wertsetzungen haben sich infolgedessen daran auszuweisen, ob sie in den vorgesehenen positivrechtlichen Verfahren verbindlich, d. h. zu positivem Recht, gemacht worden sind.

2. Logizistischer Konstruktivismus?

Die Herangehensweise, die sich – in *Kelsens* eigenen Worten – der „Eingengesetzlichkeit“, also der Autonomie, des Rechts verschrieben hat, wird gerne in Anlehnung an *Heinrich Triepels* Lesart als das letzte und radikalste Kapitel eines logizistischen Konstruktivismus gedeutet, der glaubt, die Rechtswelt mit den Mitteln der Logik, allen voran der begrifflichen Abstraktion sowie anschließender Deduktion, erschaffen zu können. Das überrascht bereits deswegen, weil die konstruktive Begriffsjurisprudenz à la *Bernhard Windscheid* (1817–1892), *Carl Friedrich von Gerber* (1823–1891) und *Paul Laband* (1838–1918), die sich die vorstehende Deutung der Rechtswelt aufs Panier geschrieben hat, in der Reinen Rechtslehre ihren schärfsten und unerbittlichsten Kritiker findet. *Kelsens*

Lehre ist denn auch weniger konstruktivistisch als vielmehr *dekonstruktivistisch* angelegt, wie die bereits angesprochene Entlarvung behaupteter notwendiger *Rechtswesensbegriffe* als bloßer positivrechtlicher *Rechtsinhaltsbegriffe* belegen mag.

Die irrtümliche Charakterisierung *Kelsens* als des Schlusserben des logizistischen Konstruktivismus dürfte im wesentlichen daher rühren, dass beiden Richtungen das Epitheton „rechtspositivistisch“ angeheftet wird. Dabei wird indes übersehen, dass der Rechtspositivismus zahlreiche, nicht selten untereinander unvereinbare Deutungen besitzt. Just dies ist hier der Fall: Der *kelsensche* (Geltungs-)Positivismus unterscheidet sich deutlich vom Gesetzes-, Subsumtions- und Anwendungspositivismus der Begriffsjurisprudenz. Um von geltendem Recht sprechen zu können, verlangt *Kelsen* den Nachweis, dass der betreffende Sollenssatz in einem positivrechtlich vorgesehenen Verfahren zustande gekommen ist. Er zählt aber zu den entschiedensten Gegnern des anwendungspositivistischen Glaubens, dass allein das Gesetz bereits alles Recht enthalte, konkrete(re) Rechtssätze also aus diesem im Wege rein logischer Deduktion entwickelt werden könnten. Ganz im Gegenteil ist es *Kelsens* Reine Rechtslehre, die dem statischen Konzept des Gesetzespositivismus das dynamische Konzept der Rechtsordnung als arbeitsteilig-gestuftem Rechtserzeugungszusammenhang entgegenstellt. Das „bloß“ geltungspositivistische Konzept *Kelsens* versteht sich analytisch: es verbindet mit Geltungsaussagen („Was ist in Ansehung einer gegebenen Rechtsordnung in concreto rechtens?“) keine moralischen Wert- oder legalistischen Befolgungsaussagen („Weil X gilt, ist es befolgenswürdig und besteht eine innere Befolgungspflicht.“).

Schließlich: Die immanente Funktionsgesetzlichkeit, auch „Logik“ des Rechts genannt, ist, wie namentlich der „späte“ *Kelsen* mit aller Deutlichkeit betont, nicht die herkömmlich mit dem Begriff der Aussagenlogik verbundene. Das Recht funktioniert nach eigengesetzten Regeln, die inhaltliche und in diesem Sinne „logische“ Widersprüche keineswegs ausschließen müssen.

3. Wirklichkeitsverweigernder Normativismus?

Der Rechtspositivismus *Kelsens* ist, da für ihn immer ein konkretes, von den positivrechtlichen Erzeugungsvoraussetzungen gefordertes menschliches Verhalten Bedingung der Normerzeugung ist, eine radikale Spielart des Rechtsrealismus. Von Wirklichkeitsverweigerung kann insofern nicht die Rede sein. Ganz im Gegenteil erweist sich die These von der Wirklichkeitsfremdheit ihrerseits als geradezu naiv. Denn sie setzt offenbar vo-

raus, dass es nur eine Wirklichkeit gebe, die dem Recht entgegenzusetzen sei, und dass diese Wirklichkeit ohne die Methode ihrer Erkenntnis und ihrer Kommunikation gedacht werden könne. *Kelsen* demgegenüber weiß, dass die Wirklichkeiten, mit denen er es zu tun hat, unausweichlich nur Wirklichkeitskonstruktionen sind; „die“ Wirklichkeit als solche lässt sich nicht kommunizieren. Und weiter: die Wirklichkeit, die *Kelsen* als Normwissenschaftler thematisiert und analysiert, ist die spezifische Wirklichkeit des Rechts. Dass daneben andere Wirklichkeiten respektive Wirklichkeitszugänge bestehen, leugnet er nicht; er leugnet lediglich, dass diese ihrerseits auf die Rechtswirklichkeit einwirken nach Maßstäben, die außerhalb des Rechts (und damit dessen Wirklichkeit) liegen. Anders gewendet: Wenn *Kelsen* auf der strikten Trennung von Sein und Sollen beharrt, so nicht deswegen, weil er der Auffassung wäre, dass das Sein mit dem Sollen nichts zu tun habe (und umgekehrt), sondern weil aus der Sicht des Sollens, der Welt der Norm, das Verhältnis zum Sein einseitig vom Sollen her bestimmt wird. Normative Kraft kommt dem Faktischen eben nicht kraft bloßer Faktizität zu, sondern ausschließlich kraft normativer Zuschreibung.

4. Politikflüchtiger Positivismus?

Ähnlich verhält es sich mit dem Vorwurf, *Kelsen* verfechte und betreibe einen politikflüchtigen Positivismus. Zunächst ist es ein Missverständnis, dass *Kelsen* Recht als politikfrei oder gar als unpolitisch konzipiere und die politischen Implikationen und Imprägnierungen des Rechts ausblende. Das genaue Gegenteil ist der Fall. Keine andere Konzeption von Recht dürfte die politischen Momente der Rechtserzeugung exakter identifiziert und analysiert und ihnen breiteren Raum eingeräumt haben als die Reine Rechtslehre; just in deren dynamischem Rechts(ordnungs- und -erzeugungs)konzept werden die politischen, d. h. nicht durch das Recht vorab determinierten Einflüsse auf jeder Stufe der Rechtskonkretisierung erst sichtbar und formulierbar gemacht.

Kelsens ceterum censeo, dass Recht und Politik zu trennen seien, da ansonsten die Juridifizierung der Politik und die Politisierung der Justiz drohten, bedeutet denn auch nicht, dass Recht und Politik nichts miteinander zu tun hätten. Es geht hier vielmehr – wie bereits im Blick auf das Verhältnis von Sein und Sollen – um die Frage der rechten Zuordnung. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht erfolgt die Zuordnung von Recht und Politik einseitig vom Recht her, nämlich mittels der im Recht(erzeugungsprozess) selbst angelegten Unterscheidung zwischen der Erkenntnis bereits beste-

henden (und anzuwendenden) Rechts (der „lex lata“) und der Erzeugung neuen, noch nicht bestehenden Rechts auf der Grundlage des anzuwendenden Rechts (der „lex ferenda“). „Politisch“ ist die Gewinnung von Recht in Bezug auf die selbstprogrammierte Rechtserzeugung, nicht jedoch in Bezug auf die fremdprogrammierte Rechtserkenntnis.

5. Amoralischer Relativismus?

Die Reine Rechtslehre bekennt sich zum Relativismus, man könnte auch formulieren: zur strikten Kontextgebundenheit von Aussagen und Wertungen. Dass mit ihrer Hilfe gleichermaßen das Recht eines liberalen, demokratischen Verfassungsstaates und die Regelungen eines Unrechtsregimes – unter Ausblendung der Gerechtigkeitsfrage – auf ihre je spezifische Eigengesetzlichkeit hin befragt werden können, hat ihr, gemeinsam mit der positivistischen Trennung von Recht und Moral, das Verdikt eingetragen, mit der moralischen Indifferenz die Grenzen zwischen Recht und Unrecht zu verwischen.

Dabei wird übersehen, dass der (Wert-)Relativismus *Kelsens* ein erkenntnistheoretisch und nicht ein moralisch oder ethisch motivierter ist, dem im Rahmen praktischer Vernunft ein pragmatischer Wertrelativismus korrespondiert: Er leugnet nicht die Existenz (wenn auch die rationale Erkenntnis) absoluter Werte, er ist insofern kein Wertnihilist, aber er bestreitet, dass Werte dem rationalen intersubjektiven Beweise zugänglich sind. Ganz im Gegenteil betont er die Pluralität möglicher Werte und Wertungen – und damit einhergehend die Notwendigkeit, gerade im wissenschaftlichen Diskurs rationale Maßstäbe für den Umgang mit Wert(ung)en zu finden. *Kelsen* geht es darum, offenzulegen, wie standortgebunden und standortbedingt – eben: relativ – Wertungen und Werte sind. Doch damit erst werden sie, in des Wortes doppelter Bedeutung, diskutabel. Hierin zeigt sich einer der Grundzüge des *kelsenschen* Denkens: der ideologiekritische Impetus.

Dass sich zur Ideologiekritik eine ganz und gar nicht amoralische Haltung im Persönlichen gesellt, blitzt bereits in seinem Votum für einen kritischen Positivismus und gegen einen naiven Legalismus auf: Die Reine Rechtslehre verhilft zwar zur Erkenntnis, was geltendes Recht sei; sie hilft aber nicht bei der Frage weiter, ob dieses gerecht sei und ob der Rechtsunterworfenen dem konkreten Rechtsbefehl auch Gehorsam leisten oder ihn aus moralischen Gründen verweigern soll.

Dass die im Vorstehenden behandelten Vorwürfe *Kelsens* Lehre nicht zu treffen vermögen, bedeutet selbstredend nicht, dass *Kelsens* Lehre

über alle Kritik erhaben wäre. Nur ist sie eben nicht mittels einer Schlagwortjurisprudenz zu erledigen. Wer Kritik an *Kelsens* Ansichten und Konzepten übt, sollte gerade bei einem so anregenden und unbestechlichen Denker wie *Kelsen* dies auf der Grundlage einer eingehenden Auseinandersetzung mit dessen nach wie vor aktuellen Schriften tun. Die nachstehende Sammlung möchte dazu einladen.

III. Kelsens ideologiekritische Rechtswissenschaft

Kelsens Projekt, eine ideologiekritische, methodenbewusste und in diesem Sinne „reine“ Jurisprudenz zu formulieren und zu etablieren, hat eine positivistische, d.h. den Selbststand des Rechts gegenüber der Moral, und eine normativistische, d.h. den Selbststand des Sollens gegenüber dem Sein betonende, Ausrichtung. Im übrigen lässt es sich vielleicht am einfachsten anhand einer Reihe polarer Begriffspaare charakterisieren. Die Reine Rechtslehre setzt

- *auf Rollendifferenzierung statt auf disziplinären Ganzheitsanspruch*: als Normwissenschaft beschränkt sie sich auf die spezifisch normative Seite des Rechts und erhebt nicht den – aus ihrer Sicht wissenschaftlich nicht einlösbaren – Anspruch, die „Wirklichkeit“ des Rechts umfassend auf den Begriff bringen zu können;
- *auf disziplinären Selbststand statt auf disziplinären Synkretismus*: dem lediglich sektoralen Anspruch der Rechtswissenschaft korrespondiert deren Autonomie; die (rechts)normwissenschaftliche Perspektive ist ein Alleinstellungsmerkmal der Jurisprudenz, weshalb Erkenntnisse und Konzepte, Theoreme und Kategorien anderer Disziplinen nur nach Maßgabe der Jurisprudenz-eigenen Maßstäbe in ihr Verwertung finden können;
- *auf Relativismus statt auf (Wert-)Absolutismus*: infolge der Kontextgebundenheit von Recht sowie der Unmöglichkeit, Werte und Wert-hierarchien unbeschadet ihrer Positivierung intersubjektiv als richtig auszuweisen, gelten normwissenschaftliche Wertaussagen nur innerhalb einer positiven Ordnung und nur für diese;
- *auf relationales und funktionales statt auf substantivi(sti)sches Denken*: mit der Einsicht, dass (positives) Recht nur nach Maßgabe von (positivem) Recht entstehen kann, verbietet sich für eine geltungspositivistische Jurisprudenz ein Rekurs auf vorrechtliche Substanzen (wie einen dem Recht vorausliegenden Staat) sowie auf metapositive Enti-

täten und Strukturen (wie eine das Recht übersteigende Souveränität). Recht besteht nur mehr in einzelnen Rechtsbeziehungen, Rechtspositionen beanspruchen daher nur relationale, also auf bestimmte Beziehungen bezogene Geltung; was herkömmlich für Substanzbegriffe gehalten wird – beispielsweise Staat, juristische Person, die Gegensatzpaare von subjektivem und objektivem oder von öffentlichem und privatem Recht –, führt die Reine Rechtslehre auf Relations- oder auch Funktionsbegriffe zurück;

- *auf einen realistisch-voluntaristischen statt auf einen idealistischen Zugang*: das positive Recht ausschließlich als Menschenwerk zu begreifen, verpflichtet eine ideologiekritische Normentheorie darauf, die realiter etablierten Rechtserzeugungsprozeduren sowie den tatsächlichen Rechtserzeugungswillen der am Rechtsgewinnungsprozess beteiligten Menschen ernst zu nehmen; nicht das ideale Sollen, sondern das tatsächlich ins Werk gesetzte, reale Sollen liefert Inhalte und Gegenstände des positiven Rechts: stat pro ratione voluntas;
- *auf prozedurales statt auf materiales Denken*: der Erkenntnis, dass Recht gemachtes, in jeweils spezifischen Verfahren erzeugtes Recht ist, widerstreitet eine rechtswissenschaftliche Sicht, die zuvörderst nach materialer oder auch substanzieller Richtigkeit von Recht fragt; daher rückt die Reine Rechtslehre ein prozedurales, an Formen und Verfahren, Zuständigkeiten und Institutionen ausgerichtetes Rechtsverständnis in den Vordergrund;
- *auf eine auch und gerade dynamische statt auf eine rein statische Betrachtung*: da und soweit dem Recht ausdifferenzierte Erzeugungs- und Anwendungsstrukturen eignen, da und soweit Recht also in einem arbeitsteiligen Prozess von zahllosen Rechtserzeugern im Rahmen ihrer je eigenen Kompetenzen gesetzt und angewendet wird, erheischt jenes eine dynamische, den Rechtskonkretisierungsprozess reflektierende Betrachtungsweise.

IV. Kelsens Demokratietheorie im Lichte seiner Rechtstheorie

Herkömmlich wird Demokratietheorie als Teil der Allgemeinen Staatslehre oder auch Staatstheorie gesondert von der Norm- oder auch Rechtstheorie behandelt. *Hans Kelsens* Verdienst ist es, ausgehend von der These, dass unter normtheoretischen Aspekten der Staat mit der Rechtsordnung zusammenfällt, aufzuzeigen, in welcher Weise auch die Demokratietheorie in den Sog der Rechtstheorie gerät. Besonders anschaulich wird die norm-

theoretische Einbettung der Demokratietheorie in *Kelsens* „Allgemeiner Staatslehre“ aus dem Jahre 1925. Vorrangig an ihrem Beispiel sollen – ohne abschließenden Anspruch – zentrale Gedankengänge seiner Demokratietheorie vorgestellt werden.

1. Das Volk als Staatsorgan

In Deutschland galten Demokratie und Volkssouveränität weithin als zwei gleichgerichtete, wenn nicht sogar aufeinander bezogene, identische Begriffe. *Kelsens* Demokratietheorie steht nicht in dieser Tradition. Er trennt zwischen Volkswille und Organwille (Staatswille) und spricht in diesem Zusammenhang von der Fiktion der Repräsentation des Volkes bzw. des Volkswillens durch das Parlament. Die Idee der Repräsentation ist eine Fiktion, wenn sie die Repräsentation auf das Volk der Volkssouveränität bezieht. Das wirkt auf den ersten Blick überraschend, erschließt sich jedoch, wenn zwischen Volkssouveränität und Demokratie begrifflich differenziert wird.

Volkssouveränität ist ein staatstheoretischer Begriff, der mit den Mitteln des positiv erzeugten Rechts nicht bestimmt werden kann. Er entstammt der Ebene des Seins. Demokratie und Parlamentarismus hingegen stellen normative Konstruktionen dar, basierend auf Rechtsbegriffen. Heute würden wir sagen: Die Volkssouveränität ist der Geltungsgrund der Verfassung und liegt deswegen einem verfassungsrechtlichen Demokratiebegriff voraus. Daher können die in der Demokratie und in der Volkssouveränität vorausgesetzten Volksbegriffe nicht identisch sein. Das Volk als *pouvoir constituant* kann kein rechtlich erzeugtes, das Volk als *pouvoir constitué* muss ein rechtlich erzeugtes sein. Wer indes das faktisch zu verstehende Volk der Volkssouveränität mit dem normativ erzeugten Staatsorgan Volk vermengt, setzt in der Volkssouveränität ideologisches Potential frei. *Kelsen* beklagt das „Dogma der Volkssouveränität“, das insbesondere gegen den Parlamentarismus gewendet wird. Solange man die Demokratie, etwa in Gestalt des Parlamentarismus, aus der Volkssouveränität erklärt, wird etwas versprochen, was nicht gehalten werden kann, weil die Volkssouveränität als staatstheoretische Legitimationsform sowohl gegen die parlamentarische Repräsentation des Volkes als auch gegen den im Parlament gebildeten Willen ausgespielt werden kann. In diesem Vergleich muss der Parlamentarismus gegenüber dem „Willen“ des souveränen Volkes als demokratisch defizitär erscheinen.

Beim Volk der Volkssouveränität kann es sich nur in einem gedachten Sinne um eine Einheit handeln. Seinem soziologischen Befunde nach

stellt es eher ein Bündel von Gruppen als eine zusammenhängende Masse dar. Alles Bemühen, das Volk als eine natürlich-reale Einheit aufzuweisen, es sozial, historisch oder ethnisch zu bestimmen, bleibt jedoch vergeblich. Als Einheit kann das Volk nur durch die Rechtsordnung begründet werden: durch Staatsangehörigkeit und Wahlrecht. Erst die Rechtsordnung formt diese soziale Vielheit zu einem Volk im rechtlichen Sinne, nämlich zu Staatsbürgern mit gleichem Wahlrecht. Dieses juristische „Staatsvolk“ erfasst das pluralistische Sozialgebilde „Volk“ aber nicht mehr als soziale Vielheit, sondern konstruiert und konstituiert ein Staatsorgan.

2. Die Fiktion der Repräsentation

Vor diesem Hintergrund ist es verständlich, dass *Kelsen* die Repräsentation als Fiktion bezeichnet. Die parlamentarische Repräsentation kann sich überhaupt nur auf das Staatsorgan Volk beziehen. Repräsentation im Sinne einer Identität von Herrschern und Beherrschten kann nur fiktiv gemeint sein, weil Repräsentation eine Relation, einen Zurechnungszusammenhang, zwischen zwei normativ konstruierten Staatsorganen – nämlich Parlament und Staatsvolk – herstellt.

Gerade weil es sich beim Volk und beim Parlament um zwei unterschiedliche Staatsorgane handelt und demzufolge zwischen ihnen keine Identität bestehen kann, muss der Wille der Organe erzeugt werden. Die Vorstellung, dass es sich beim Volkswillen um einen naturalistisch oder substantiell vorfindlichen Willen handele, der vom Parlament nur abgebildet werden müsse – eine gerade in Deutschland bis in die Gegenwart verbreitete Annahme –, bekämpft *Kelsen* mit aller Schärfe. Für ihn existiert kein Volkswille, der unabhängig vom Organwillen gedacht werden kann. Der Organwille des Parlaments wird dem Staatsorgan Volk nur *zugerechnet*: nicht als tatsächlicher Wille des Volkes, sondern als Fiktion, weil ohne Organ überhaupt kein Wille gebildet werden kann. Diesen Organwillen bildet das Parlament als eigenen Willen in Vertretung des Volkes.

Die Idee, die Organwillensbildung als Stellvertretung zuzurechnen, ermöglicht es dem Einzelnen, durch die Einräumung von Vertretungsmacht (hier: durch die Wahl der Abgeordneten) einen dauerhaften, wenn auch nur mittelbaren Einfluss auf die Willensbildung des Organs auszuüben, ohne selbst an ihr unmittelbar beteiligt zu sein. Auf diese Weise vermag er seinen Willen zu verstetigen, allerdings um den Preis des Einflussverlusts im Einzelfall. Insofern begrenzt die Stellvertretung nicht die Willensmacht des Vertretenen, sondern erweitert sie. *Kelsen* begründet

den repräsentativen Parlamentarismus mit einer Konstruktion, durch welche die tatsächliche Willensmacht von Organ und Individuum zunimmt – und nicht die Willensmacht des einen einseitig zugunsten oder zu Lasten des anderen eingeschränkt wird – mit dem Effekt, dass ein „Volkswille“, der zwischen den Einzelnen und das Organ geschoben zu werden pflegt, entbehrlich geworden ist.

Die Kritiker werfen dem Parlamentarismus vor, seine Organisation gehe an den Vorgaben „echter“ (also in der Regel identitär gedachter) Repräsentation vorbei. *Kelsen* argumentiert umgekehrt: Gerade den außerrechtlichen Umständen trägt sie Rechnung. Nur wenn zwischen Repräsentanten und Repräsentierten normativ unterschieden wird, können sich die mannigfaltigen individuellen Interessen und sozialen Ideen entfalten, bleiben als solche erkennbar und sind dennoch auf die Bildung eines Gemeinwillens gerichtet. Ein identitäres Modell müsste demgegenüber die individuellen Interessen – und damit den sozialen Pluralismus – entweder negieren oder die Aufhebung im Sinne einer höheren Einheit oder Identität postulieren. Dieses Modell argumentiert zwar laufend mit einer größeren Nähe zum Sein und dem Vorwurf der Wirklichkeitsferne, doch die Auswirkungen dieses Denkens stehen mit seinem seinshaften Anspruch in theoretischem und praktischem Widerspruch. Eine Repräsentationstheorie, die Einheit, Identität oder objektive Wahrheit als Ausgangspunkt nimmt oder als Ziel setzt, blendet den politischen Pluralismus und die soziale Heterogenität zugunsten einer homogenen, ganzheitlichen und letztlich unfreiheitlichen Grundhaltung aus.

3. Freiheit als Grund der Demokratie

Scheint nicht zwischen der Idee einer demokratisch erzeugten sozialen Ordnung und der Idee der individuellen Freiheit ein Konflikt zu bestehen? Geht nicht die individuelle Freiheit mit der Wahl verloren? Da die Geltung der erzeugten Normen auf dem Mehrheitswillen, nicht jedoch der Zustimmung aller Normunterworfenen beruht, könnte man meinen, die individuelle Freiheit der Minderheit, die gegen ihren Willen der Norm unterworfen wird, werde dementiert. Dieses Problem ist nun aber nicht lösbar, indem die Zustimmungsquote maximiert wird, denn das Freiheitsproblem bleibt auch für die Mehrheit bestehen. Auch deren Willensfreiheit wird durch die erzeugten Normen eingeschränkt. Auch wer mit der Mehrheit gestimmt hat, kann seinen Willen ändern und wird dann zur Minderheit. Er kann dem Vollzug der Norm durch andere Institutionen unterliegen, auf deren Organwillensbildung er keinen Einfluss nehmen

konnte. Die Dynamik der Normerzeugung und der individuellen Willensbildung als solche wirft also einen Freiheitskonflikt auf, unabhängig von der Bildung des Mehrheitswillens. Dieser Konflikt lässt sich nicht dadurch lösen, dass die Differenz zwischen Normerzeugung und Normunterwerfung beseitigt wird. In diesem Fall bräuchte man nämlich keine Herrschaftsordnung mehr, weil Sozial- und Freiheitskonflikte zwischen den Individuen aufgrund ihres identischen normunterworfenen Verhaltens, das zugleich ihrem identischen Willen entspräche, nicht mehr auftreten. Unter diesen Umständen aber entfielen überhaupt das Bedürfnis nach Recht und nach Demokratie.

Eine solche Vorstellung wäre widersinnig, weil sie zur Rechtfertigung der Demokratie eine Erwartung erhebt, die auf die Beseitigung der Demokratie abzielt. Und sie würde mit der identischen Willensäußerung sämtlicher Individuen eine empirisch und psychologisch absurde Annahme hegen, die außerdem die Freiheit des Einzelnen als solche in Abrede stellte. Denn wer wäre noch frei, wenn sein Wille zugleich mit dem der Masse identisch wäre?

Erneut wendet *Kelsen* die scheinbare Paradoxie, die sich aus der Differenz von individuellem Willen und Organwillen ergibt, ins Positive: Die juristische Konstruktion der Willensbildung gewährleistet größere tatsächliche Freiheitsräume als eine Demokratietheorie, die auf der Übertragung des tatsächlichen individuellen Willens auf die Organe hofft. Eine solche Konstruktion würde sich in Widerspruch zu ihrem Anspruch setzen und die Möglichkeit individueller politischer Freiheit zerstören. Demgegenüber lautet eine immer wiederholte Grundthese *Kelsens*: Eine demokratische Herrschaft, welche die individuelle Freiheit nicht nur als Ausgangspunkt, sondern auch als Endpunkt gewährleistet, ist nur als mittelbare Demokratie denkbar: Weil der Individualwillen nicht mit dem Organwillen identisch ist, können beide frei bleiben, obwohl die Individualwillen das Organ erzeugen und der Organwille den Individuen zugerechnet wird. Die Demokratie verspricht nicht die tatsächliche Herrschaft des individuellen Willens, denn dies würde zur Unfreiheit der anderen führen, sondern sie sichert die individuelle Freiheit bei der Normerzeugung und bei der Normunterworfenheit.

4. Majoritätsprinzip und Minderheit

Warum aber soll dann eine Mehrheitsentscheidung überhaupt erstrebenswert sein? Schließlich erleidet auch derjenige durch den Organwillen und die Normunterworfenheit einen politischen Freiheitsverlust, der mit der

Mehrheit gestimmt hat. Steht das Majoritätsprinzip nicht in einem unauflösbaren Widerspruch zur Begründung der Demokratie aus dem Freiheitsgedanken? Da die freiheitliche Demokratie jede Meinung gleich schätzt, muss sie auch die gegenteilige zumindest für möglich halten. Dadurch wird die Minderheit nicht isoliert, sondern zu einem aus dem Gedanken der Freiheit gleichberechtigten Wettbewerber bei der Willensbildung, einem Wettbewerb, der nur sozialtechnisch per Mehrheitsvotum vorübergehend entschieden wird. Mit Verfahren und Organen wird dieser Wettbewerb als Kompetenzordnung institutionalisiert, so dass jeder sowohl zur Mehrheit als auch zur Minderheit gehören kann. Nur wenn aber die Minderheit die Chance hat, auch zur Mehrheit zu werden, kann ihr unter freiheitlichem Aspekt die Normunterworfenheit zugemutet werden. Dasselbe trifft für die Mehrheit zu: Weil auch sie normunterworfen ist, kann sie, obwohl die Herrschaft ihrem Willen zugerechnet wird, ihre Freiheit nur als Minderheit behaupten. Das Majoritätsprinzip wird daher nicht mit der Gleichheit der Mehrheit, sondern der Freiheit der Minderheit gerechtfertigt – einer Minderheit, bei der sich jeder wiederfinden kann, auch wer soeben noch mit der Mehrheit gestimmt hat.

Die Freiheit als Grundgedanke der Demokratie verlangt nicht nach der Herrschaft der Majorität, sondern nach einem Diskurs um die Mehrheit, nach einem Kompromiss, nach Anerkennung der dynamischen Willensbildung, die beständig voranschreitet und deren jeweilige Stadien über die Mehrheitsentscheidung nur dem Kurationsorgan zugerechnet werden, nicht aber für den tatsächlichen Willen des Kurationsorgans gehalten werden. Das Argument ist also erneut: Die juristische Konstruktion beschreibt die empirische Wirklichkeit besser und sie erklärt sie theoretisch überzeugender.

5. Keine Wertfreiheit der Demokratie

Die Idee der individuellen Freiheit kann mit der Notwendigkeit einer sozialen Ordnung daher nur verknüpft werden, wenn zwischen Mehrheit und Minderheit um den Organwillen gerungen werden muss und dieses Ringen fort dauert. Wollte man von der Demokratie objektive, wahre oder zeitlos gültige Aussagen erhoffen, negierte man die individuelle Willensfreiheit beim Kurations- wie beim Repräsentationsorgan. Daraus folgt zwangsläufig der relativistische Grundcharakter der Demokratie. „Da er absolute Wahrheit und absolute Werte menschlicher Erkenntnis für verschlossen hält, darf er nicht nur die eigene, sondern muß auch die fremde, gegenteilige Meinung zumindest für möglich halten. Darum

schätzt Demokratie den politischen Willen jedermanns gleich ein, wie sie auch jeden politischen Glauben, jede politische Meinung gleichermaßen achtet. Darum gibt sie jeder politischen Überzeugung die gleiche Möglichkeit, sich zu äußern und im freien Wettbewerb um die Gemüter der Menschen sich geltend zu machen.“ (Wissenschaft und Demokratie, 1937, in diesem Band S. 241). Der Relativismus ist selbst ein Wert, nämlich der politische Ausdruck gleichberechtigter Willensfreiheit.

Gerade weil soziale Vielfalt besteht, weil politische Ideen und individuelle Interessen miteinander und untereinander konkurrieren, weil mit anderen Worten geistiger und gesellschaftlicher Pluralismus herrscht, bedarf es zur Erzeugung legitimer Herrschaft einer parlamentarischen Demokratie als einer Organisation und Verfahrensordnung des Wettbewerbs wechselnder Mehrheiten. *Kelsen* verarbeitet die Realfaktoren der Demokratie in einer Normentheorie und kann sie deswegen als Fakten respektieren, während seine Widersacher sie als Faktum verarbeiten wollen und daher normativ zur Disposition stellen müssen. Das Volk in seiner sozialen und pluralen Natürlichkeit, von dem *Kelsen* durch die Konstruktion eines Staatsorgans normativ Abschied nahm, bleibt als Realgröße in dessen Demokratietheorie nicht nur erhalten, sondern es bleibt auch frei.

V. Theoretiker und Parteigänger der Demokratie

1. Eigentümlichkeiten von Kelsens Demokratietheorie

Das Fundament von *Kelsens* Demokratietheorie ist demzufolge ein ideologiekritischer Norm-Realismus. Auf *Kelsens* Demokratietheorie wirkt sich dies dahin aus, dass sie insbesondere

- auf normativ-konstruktives statt auf seinsfixiertes Vorgehen setzt;
- die Methode als gegenstandsbestimmend statt als gegenstandsbestimmt ansieht;
- positivrechtlich-realistisch statt ganzheitlich-idealistisch argumentiert;
- von der Aufgegebenheit der Willenseinung respektive Willensbildung des Volkes ausgeht statt von der Vorgegebenheit des Volkswillens;
- den Repräsentationsgedanken legitimatorisch entmythologisiert statt ihn identitär-legitimatorisch zu überhöhen;
- Referenzobjekte und Handlungssubjekte trennt, statt sie ideologisch zu fusionieren;

- die Demokratie auf die (gleiche) Freiheit (aller) statt auf die Gleichheit gründet.

Kelsens Demokratietheorie steht damit in deutlichem Gegensatz zu den zeitgenössischen Weimarer Konkurrenztheorien – sei es der herrschenden (anwendungs)positivistischen Strömung eines *Gerhard Anschütz* (1867–1948) oder eines *Richard Thoma* (1874–1957), sei es der unterschiedlichen antipositivistischen Strömungen, die sich etwa mit den Namen von *Rudolf Smend*, *Carl Schmitt* und *Erich Kaufmann* (1880–1972) verbinden.

Sie zeichnet sich – ungeachtet der Entwicklungen, die sie gemeinsam mit anderen Theoriemodulen der *kelsenschen* Lehre im Laufe der Jahrzehnte durchläuft (dazu nachfolgend 4.) – dadurch aus, dass sie

- mit einem doppelten Freiheitsbegriff sowie einem doppelten Freiheitssubjekt arbeitet (Einzelner – Selbstbestimmung; Volk – Mitbestimmung), der sich sowohl in zentraler Weise auf die Bedeutung des Willensbildungsmechanismus des Mehrheitsprinzips (wie des Minderheitenschutzes) auswirkt als auch verhindert, dass die polare Legitimation von Herrschaft des Kollektivs (des Volkes) einerseits und Freiheit des Individuums andererseits zu einem die Freiheit des Einzelnen konsumierenden kollektivistischen Ganzen verschmolzen wird;
- die weltanschauliche Bedingtheit, sowie die sozio-kulturellen Real-faktoren der Demokratie reflektiert – und damit als Votum gegen einen demokratischen Universalismus gelesen werden kann;
- pluralistisch angelegt ist, d. h. dem politischen (Verbände-)Pluralismus und der sozialen Dynamik Raum gibt;
- die Parteien in ebenso realistischer wie konstruktiver Weise integriert und sie nicht als bereits strukturell staatssubversive Kräfte denunziert;
- der Verfassungsgerichtsbarkeit einen Platz im demokratischen Staat zuzuweisen versteht und sie nicht in Gegensatz zur Volksherrschaft bringt;
- die repräsentativ-parlamentarische Demokratie aus dem ideologischen Grabenkampf mit Identitäts- und Repräsentationsmythen befreit und sie bereits wegen der Komplexität und Kompliziertheit moderner Großgesellschaften als die „einzig reale Form [ausweist], in der die Idee der Demokratie innerhalb der sozialen Wirklichkeit von heute erfüllt werden kann“;
- „die Kraft der sozialen Integration“, die dem Mehrheitsprinzip innewohnt, in der parlamentarischen Demokratie im wesentlichen in der Sozialtechnik des Kompromisses ruhen sieht;

- Legitimation nicht material-substanziell, sondern prozedural versteht (Legitimation durch Verfahren);
- erkennt, dass, so paradox es zunächst klingen mag, eine demokratische Gesetzgebung nach einer autokratischen, d.h. von der Gesetzgebung streng abhängigen Verwaltung verlangt („Demokratie der Vollziehung“);
- voluntaristisch-realistisch und nicht idealistisch konzipiert ist;
- bis zum Äußersten ihrer Linie treu bleibt, so dass sie die sogenannte „wehrhafte Demokratie“, welche sich notfalls gegen den Willen der Mehrheit zu behaupten sucht, als undemokratisch stigmatisiert;
- schließlich im Ganzen – allen Vorwürfen des lebensfremden formalen Konstruktivismus zum Trotz – eine erfahrungsgesättigte, den sozio-kulturellen Realfaktoren moderner Großdemokratien in besonderer Weise Rechnung tragende Theorie ist.

2. Der letzte „Überlebende“ des Weimarer Quartetts

Anhand der Demokratietheorie lässt sich paradigmatisch die Modernität und Aktualität des *kelsenschen* Denkens aufzeigen. Mit einiger Überspitzung lässt sich formulieren: Während namentlich die beiden anderen Großen aus dem Weimarer Quartett – *Carl Schmitt* und *Rudolf Smend*, die lange Zeit die beiden Kristallisationspole für die Formation der Denkkollektive in der bundesrepublikanischen Staatsrechtslehre bildeten – ihren Wirkungszenit zumindest in der dem geltenden Recht zugewandten Jurisprudenz seit längerem überschritten haben, gilt in Bezug auf *Kelsen* Abweichendes: dessen Inspirationspotential hat sich noch lange nicht erschöpft. Kelsen behandelt das Interdisziplinaritätsproblem im Sinne der Arbeitsteilung, nicht der Integration der Wissenschaftsdisziplinen. Sein Ansatz ist nicht auf vorfindliche Größen wie „Staat“ bezogen, sondern auf Normerzeugung. Er hat die Verfassungsgerichtsbarkeit institutionell verarbeitet und in der Theorie vom Stufenbau der Rechtsordnung vorausgesetzt. Und schließlich ist er der einzige Weimarer Theoretiker, dessen Demokratietheorie heute noch anschlussfähig ist. Während im heutigen rechtswissenschaftlichen Diskurs Bezugnahmen auf *Schmitt* und auf *Smend*, ja selbst auf *Heller* zunächst und vor allem historische Reminiscenzen markieren, eignet sich die Demokratietheorie *Kelsens* auch im aktuellen, sozusagen operativen Diskurs noch als moderne Deutungsfolie mit hohem Erklärungswert. So hat es den – durchaus versöhnlich stimmenden – Anschein, dass der Erste, der von der Bühne der deutschen Staatsrechtslehre abtreten musste (nämlich im Jahre 1933), der Letzte ist, der auf ihr noch Wirkung entfaltet.

3. *Anwalt der Demokratie*

Doch *Kelsen* ist nicht nur einer der bedeutendsten Theoretiker und einer der unbestechlichsten Analytiker der modernen Demokratie. Er ist zugleich deren Anwalt, deren Verteidiger, deren Parteigänger. Wiewohl er die Rolle des Theoretikers und die des Parteigängers in seiner Person vereint, entspricht es doch *Kelsens* Wissenschaftscredo, nicht beide Rollen zur selben Zeit wahrnehmen zu dürfen. Kann er auch als analytischer Theoretiker die Emphase für seinen Gegenstand nicht immer gänzlich verhehlen, so trennt er doch gewissenhaft wissenschaftliche Erkenntnis vom persönlichen Bekenntnis zur Demokratie. Wo der erkenntnistheoretische Wertrelativist und der auf wissenschaftliche Neutralität wie Objektivität verpflichtete Beobachter schweigen müssen, kann der Mensch *Hans Kelsen* seine persönlich-subjektiven Präferenzen offenlegen: „[...] ich weiß nicht und kann nicht sagen, was Gerechtigkeit ist, die absolute Gerechtigkeit, dieser schöne Traum der Menschheit. Ich muß mich mit einer relativen Gerechtigkeit begnügen und kann nur sagen, was Gerechtigkeit für mich ist. Da Wissenschaft mein Beruf ist und sohin das wichtigste in meinem Leben, ist es jene Gerechtigkeit, unter deren Schutz die Wissenschaft, und mit Wissenschaft Wahrheit und Aufrichtigkeit gedeihen können. Es ist die Gerechtigkeit der Freiheit, die Gerechtigkeit des Friedens, die Gerechtigkeit der Demokratie, die Gerechtigkeit der Toleranz“ (Was ist Gerechtigkeit?, 1953, S. 43).

4. *Demokratiethorie in Entwicklung*

Sosehr zentrale Eigentümlichkeiten der *kelsenschen* Demokratiethorie über die Jahrzehnte des Schaffens unverändert blieben, so wenig kann von der *einen*, stets gleichbleibenden Demokratiethorie *Hans Kelsens* gesprochen werden. Nicht anders als bei sonstigen Lehren auch, zeichnen sich die demokratiethoretischen Arbeiten *Kelsens* dadurch aus, dass sie eigentlich niemals zu einem selbstgewählten Stillstand und Endpunkt gelangen. Demokratiethoretische Schriften hat *Kelsen* in einem Zeitraum von über 40 Jahren auf der Folie von Erfahrungen mit nicht weniger als fünf unterschiedlichen Verfassungszuständen verfasst: Doppelmonarchie, Deutsch-Österreich, Weimarer Republik, NS-Regime (sowie Emigration) und Vereinigte Staaten. Die Interessenschwerpunkte und die gedanklichen Prämissen wandeln und entwickeln sich. So trägt die erste Auflage seiner wegweisenden Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ aus dem Jahre 1920 (in diesem Band S. 1–33) noch Züge ei-

nes rousseauistisch gefärbten, identitären Repräsentationskonzepts, die in der zweiten, wesentlich umfangreicheren, auch und gerade den Zusammenhang von Staatsform und Weltanschauung akzentuierenden Auflage aus dem Jahre 1929 (in diesem Band S. 149–228) vollständig zugunsten eines arbeitsteiligen Grundverständnisses ersetzt werden. In den 1920er Jahren steht für *Kelsen* die Demokratie als Organisationsform zur Erzeugung einer pluralistischen und individualistischen, relativistischen und freiheitlichen Herrschaftsordnung im Mittelpunkt. Staats-, verfassungs- und normtheoretische Kategorien bestimmen die Texte. Am Ende der 1920er Jahre treten politische und erkenntniskritische Überlegungen stärker hervor. Die parlamentarische Demokratie findet ihre Rechtfertigung als Weltanschauung des Relativismus, als Folge eines demokratischen Menschenbildes – eines Charaktertypus, der aus Toleranz und Respekt vor der potentiellen Richtigkeit der anderen Meinung eine repräsentative Institutionenordnung zur Normerzeugung benötigt. Später, vor allem in den USA, nimmt das Interesse an der Herrschaftsbegründung ab. Den Vereinigten Staaten musste die demokratietheoretische Begründung einer sozialen Ordnung aus der individuellen Freiheit nicht erläutert werden. In den Vordergrund der 1950er Jahre rückt die Ideologiekritik. Auseinandersetzungen mit *Hayek* und *Schumpeter*, *Hegel* und *Locke* oder auch mit Ökonomie, Religion und Philosophie beherrschen die demokratietheoretischen Beiträge *Kelsens*, wie seine großangelegte Studie „Foundations of Democracy“ aus dem Jahre 1955 belegt (in diesem Band S. 248–385). *Kelsen* akzentuiert jetzt die wirtschaftspolitische Neutralität der Demokratie und wendet sich gegen Vorstellungen, im Kapitalismus das der Demokratie wesensgleiche Wirtschaftssystem zu finden. Die *McCarthy*-Ära hinterlässt hier ihre Spuren. Amerikanischem Einfluß ist auch geschuldet, wie die zu Beginn der 1920er Jahre noch recht schroffe Entgegensetzung von Demokratie und Liberalismus der Versöhnung beider in Gestalt der „liberal democracy“ weicht.

Gleichwohl variierte *Kelsen* bestimmte Themen seiner Demokratietheorie immer wieder. Nicht selten übernahm er frühere Gedanken in spätere Abhandlungen. Bestimmte Textpassagen ziehen sich zum Teil wörtlich durch mehrere Beiträge. Wer *Kelsens* demokratietheoretische Aufsätze chronologisch liest, wird Bekanntes wiederfinden, aber auch an der Fortentwicklung der Gedanken teilhaben. Eine Zusammenstellung derjenigen *Kelsen*-Schriften, die sich mehr oder minder zentral mit der Theorie der Demokratie beschäftigen, befindet sich am Ende dieses Buches (S. 387–389).

VI. Zu dieser Ausgabe

In den vorliegenden Band haben wir sieben demokratietheoretische Abhandlungen aus der Zeit zwischen 1920 und 1955 aufgenommen. Diese Auswahl gewinnt ihren Reiz durch den heterogenen Zugriff auf den identischen Themenkreis „Demokratie“. Die einzelnen Beiträge unterscheiden sich nicht nur nach dem Zeitpunkt ihrer Entstehung im Hinblick auf die zeitgeschichtliche Lage oder die biographische Situation *Kelsens*. Sie unterscheiden sich auch nach Genre und Stil (eher wissenschaftlich-systematisch, eher feuilletonistisch), nach dem Adressatenkreis (Rechtswissenschaftler, Soziologen und Politikwissenschaftler, Zeitungsleser), nach dem rechtskulturellen Denk- und Argumentationsstil (kontinentaleuropäisch respektive anglo-amerikanisch) und nach den an die Demokratie herangetragenen Fragestellungen (aus den Bereichen der Staats- und Verfassungstheorie, der Soziologie, der Philosophie und der Ethik).

Um Entwicklung und Wandlung der Demokratietheorie *Hans Kelsens* am einfachsten nachvollziehen zu können, sind die Beiträge in der Reihenfolge ihrer Publikation angeordnet. Die Texte sind, soweit nicht anders vermerkt, ungekürzt und unverändert abgedruckt. Offenkundige Schreibfehler sind stillschweigend berichtigt worden. Zu Beginn jedes Beitrages wird die Originalfundstelle einschließlich allfälliger Übersetzungen in einer Sternchen-Fußnote mitgeteilt. Die Seitenzahlen der Erstausgaben finden sich in Seitenumbruchstrichen (senkrechten Strichen) *suo loco* eingefügt. Aus Gründen größerer Übersichtlichkeit und besserer Handhabbarkeit sind Endnoten in Fußnoten umgewandelt worden.

Unser Dank gilt allen voran der Bundesstiftung Hans Kelsen-Institut, Wien, für die Erlaubnis zum Abdruck der vorliegenden Beiträge sowie dem Verlag Österreich für die Gestattung, Auszüge aus der „Allgemeinen Staatslehre“ zu übernehmen. Wieder einmal durften wir uns der ausgezeichneten verlegerischen Betreuung durch den Verlag Mohr Siebeck anvertrauen. Schließlich sagen wir einen herzlichen Dank den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern unserer beiden Lehrstühle.

Erlangen und Bayreuth,
im März 2006

Matthias Jestaedt & Oliver Lepsius

Vom Wesen und Wert der Demokratie

(1. Auflage 1920)*

I.

Die bürgerlichen Revolutionen von 1789 und 1848 hatten das demokratische Ideal beinahe zu einer Selbstverständlichkeit des politischen Denkens gemacht; – selbst wer sich seiner Verwirklichung mehr oder weniger zu widersetzen unternahm, glaubte dies meist nur mit einer höflichen Verbeugung vor dem grundsätzlich anerkannten Prinzip und unter einem vorsichtigen Deckmantel demokratischer Terminologie wagen zu dürfen. Ein offenes und unumwundenes Bekenntnis zur *Autokratie* ist während der letzten Jahrzehnte weder bei einem bedeutenden Staatsmanne noch bei einem namhaften Literaten zu verzeichnen. *Demokratie* ist das die Geister im 19. und 20. Jahrhundert fast allgemein beherrschende Schlagwort. Gerade darum aber verliert es – wie jedes Schlagwort – seinen festen Sinn. Weil man es – dem politischen Modezwang unterworfen – zu allen möglichen Zwecken und bei allen möglichen Anlässen benützen zu müssen glaubt, nimmt dieser mißbrauchteste aller politischen Begriffe die verschiedensten, einander oft sehr widersprechenden Bedeutungen an, sofern ihm nicht die übliche Gedankenlosigkeit des vulgär-politischen Sprachgebrauches zu einer keinen bestimmten Sinn mehr beanspruchenden, konventionellen Phrase degradiert.

Da zwingt die durch den Weltkrieg ausgelöste soziale Revolution zu einer Revision auch dieses politischen Wertes. Jene grandios organisierte

* Erstveröffentlichung: Vom Wesen und Wert der Demokratie. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). 1920. 38 Seiten. – Übersetzungen:

- *Italienisch*: Intorno alla natura ed al valore della democrazia (übersetzt von Bruno Flury). In: Lineamenti di una teoria generale dello stato e altri scritti. Herausgegeben von Arnaldo Volpicelli. Roma: Anonima Romana Editoriale. 1932. Seite 69–99.
- *Japanisch*: Minshusei no honshitsu to kachi (übersetzt von Ryuichi Nagao). In: Democracy-ron. Tokyo: Bokutaku-shy a. 1977. Seite 1–51.
- *Serbisch*: O suschtini i vrednosti demokratije. Übersetzt von Danilo Basta. Beograd: Verlag Dosije. 1999. 52 Seiten.

Massenbewegung, die bisher mit größter Energie und mit größtem Erfolg auf eine *Demokratie* gerichtet war, die neben dem *Sozialismus* – wie ja der |4| Name der führenden Partei bezeugt – die Hälfte ihres geistigen Wesens darstellte, diese Bewegung staut, ja spaltet sich gerade an jenem Punkte, wo es gilt, nicht nur die Grundsätze des Sozialismus, sondern vor allem diejenigen der Demokratie zu verwirklichen. Während der eine Teil nur zögernd und von mannigfachen Hindernissen gehemmt, die alte Richtung weiter zu verfolgen sucht, drängt der andere stürmisch und entschlossen einem neuen Ziele zu, das sich frei und offen als eine Form der Autokratie enthüllt. Gegenüber der *Diktatur des Proletariates* – so wie sie die neokommunistische Theorie des Bolschewismus auffaßt – wird die Demokratie, wie ehemals gegenüber der *monarchischen* Autokratie, von Neuem zum Problem.

In der *Idee* der Demokratie – und von ihr, nicht von der ihr mehr oder weniger angenäherten politischen Wirklichkeit soll zunächst die Rede sein – vereinigen sich zwei oberste Postulate unserer praktischen Vernunft, drängen zwei Urinstinkte des geselligen Lebewesens nach Befriedigung. Fürs eine die Reaktion gegen den aus dem gesellschaftlichen Zustande fließenden Zwang, der Protest gegen den fremden Willen, dem sich der eigene beugen muß, gegen die Qual der Heteronomie. Es ist die Natur selbst, die sich in der Forderung der *Freiheit* gegen die Gesellschaft aufbäumt. – Die Last fremden Willens, die soziale Ordnung auferlegt, wird um so drückender empfunden, je unmittelbarer im Menschen das primäre Gefühl des eigenen Wertes sich in der Ablehnung jedes Mehrwertes eines anderen äußert, je elementarer gerade dem Herrn, dem Befehlenden gegenüber das Erlebnis des zum Gehorsam Gezwungenen ist: Er ist ein Mensch wie ich, wir sind *gleich*! Wo ist also sein Recht, mich zu beherrschen! So stellt sich die durchaus negative Idee der *Gleichheit* in den Dienst der ebenso negativen Forderung der *Freiheit*.

Aus der Annahme, daß wir – in der Idee – gleich seien, kann wohl die Forderung abgeleitet werden, daß einer den an |5| dern nicht beherrschen solle. Allein die Erfahrung lehrt, daß wenn wir in der Wirklichkeit gleich bleiben wollen, wir uns beherrschen lassen müssen. Darum ver-

¹ In dieser Ablehnung alles persönlichen Mehrwertes liegt der *antiheroische Charakter der Demokratie*, den besonders hervorhebt: *Koigen*, Die Kultur der Demokratie, 1912. „In dem Kampfe gegen das Titanentum, gegen die Willkür und die Launen des Gewaltmenschen und des Heros ist der demokratische Kulturgedanke geboren und im Kampfe um die Vermenschlichung sowohl der natürlichen, usurpatorischen wie der supranatürlichen, göttlichen Willensäußerungen ist er groß geworden.“ AaO. S. 4.

zichtet aber die politische Ideologie keineswegs darauf, Freiheit und Gleichheit miteinander zu verbinden. Gerade die Synthese beider Prinzipien ist für die Demokratie charakteristisch². Nur daß eben der Begriff der Freiheit einen solchen Bedeutungswandel erfahren muß, damit er überhaupt in die Sphäre politischen Kalküls eingehen kann. Aus der absoluten *Negation* der Herrschaft und somit des Staates überhaupt wird eine besondere *Form* derselben. Wenn wir schon beherrscht werden müssen, so wollen wir nur von uns selbst beherrscht sein. Politisch frei ist, wer keinem anderen als seinem eigenen Willen untertan. In dieser Bedeutung findet sich der Gedanke der Freiheit mit dem der Gleichheit zur Begründung der demokratischen Idee.

Man pflegt die Freiheit als politische Selbstbestimmung des Bürgers, als Mitwirkung an der Bildung des herrschenden Willens im Staate, als die *antike Freiheitsidee* der *germanischen* entgegenzusetzen, die sich in der Vorstellung eines Frei-seins von Herrschaft, eines Frei-seins vom Staate überhaupt erschöpft. – Indes handelt es sich dabei nicht eigentlich um einen historisch-ethnographischen Unterschied. Der Schritt von der germanischen zu der sogenannten antiken Gestaltung des Freiheitsproblems ist nur die erste Stufe jenes unvermeidlichen Wandlungsprozesses, jener Denaturierung, der der ursprüngliche Freiheitsinstinkt auf dem Wege unterworfen ist, den das menschliche Bewußtsein aus dem Zustande der Natur in den Zustand der staatlichen Zwangsordnung zurücklegt. Dieser Bedeutungswandel im Begriffe der Freiheit ist überaus charakteristisch für die Mechanik unseres sozialen Denkens. Die ungeheure, gar nicht überschätzbare Bedeutung, die gerade dem Freiheitsgedanken in der politischen Ideologie zukommt, ist nur erklärlich, soferne er aus einer letzten Quelle der menschlichen Seele, aus eben jenem staatsfeindlichen Urinstinkt entspringt, der das Individuum *gegen* die Gesellschaft stellt. Und doch wird in einer fast rätselhaften Selbst | 6 | täuschung dieser Freiheitsgedanke zum bloßen Ausdrucke für eine bestimmte Stellung des Individuums *in* der Gesellschaft. Aus der Freiheit der Anarchie wird die Freiheit der Demokratie. Der Wandel ist größer als es auf den ersten Blick erscheint. *Rousseau*, vielleicht der bedeutendste Theoretiker der Demokratie, stellt die Frage nach dem besten Staat – und das ist für ihn das Problem der Demokratie³ – mit den Worten: „Wie findet man eine Gesell-

² Das kommt schon mit dem Worte *Ciceros* zum Ausdruck: „Itaque nulla alia in civitate, nisi in qua *populi potestas summa est*, ullum domicilium *libertas* habet: qua quidem certe nihil potest esse dulcius et quae, si *aequa* non est, ne *libertas* quidem est“.

³ Das ist freilich keine unvoreingenommene Problemstellung. Fragt man nach dem Wesen der Demokratie, darf man diese nicht von vornherein als beste Staatsform vor-

schaftsform, die jedes Glied verteidigt und schützt und in der jeder einzelne, obgleich er sich mit allen vereint, dennoch nur sich selbst gehorcht und so frei bleibt wie vorher⁴“ Wie sehr ihm gerade die *Freiheit* der Grund- und Eckstein seines politischen Systems ist, das zeigt auch sein Ausfall gegen das parlamentarische Prinzip in England. „Das englische Volk wähnt frei zu sein, es täuscht sich außerordentlich; nur während der Wahlen der Parlamentsmitglieder ist es frei; nach Schluß derselben lebt es in Knechtschaft, ist es nichts“⁵. *Rousseau* zieht bekanntlich die Konsequenz der Unmittelbarkeit der Demokratie. Allein selbst wenn der herrschende Staatswille durch unmittelbaren Volksbeschluß zustande kommt, auch dann ist der einzelne nur in einem Augenblicke frei, nur während der Abstimmung, und auch das nur, wenn er mit der Majorität und nicht mit der unterlegenen Minorität gestimmt hat. Darum fordert das demokratische Freiheitsprinzip, daß die Möglichkeit einer Ueberstimmung auf ein Minimum beschränkt werde: Qualifizierte Majorität, womöglich Stimmeneinhelligkeit, werden als Garantien für die individuelle Freiheit angesehen. Sie sind bei der erfahrungsmäßigen Gegensätzlichkeit der Interessen für das praktische Staatsleben so indiskutabel, daß selbst ein Freiheitsapostel wie *Rousseau* Einstimmigkeit nur für den staatsbe [7] gründenden Urvertrag fordert. Und diese Beschränkung des Prinzipes der Einstimmigkeit auf den hypothetischen Akt der Staatsgründung ist keineswegs – wie man anzunehmen pflegt – bloß aus Opportunitätsgründen zu erklären. Dem aus der Freiheitsforderung entspringenden Prinzipie der Einstimmigkeit bei *Abschluß* des Grundvertrages würde streng genommen entsprechen, daß auch der *Fortbestand* der vertragsmäßigen Ordnung von der dauernden Zustimmung aller abhängig, daß somit jedermann frei sei, jederzeit die Gemeinschaft zu verlassen, sich der Geltung der sozialen Ordnung dadurch zu entziehen, daß er ihr seine Anerkennung verweigert. Hier zeigt sich deutlich der unlösbare Konflikt, in dem die Idee der individuellen Freiheit zur Idee einer sozialen Ordnung steht, die ihrem innersten Wesen nach nur in *objektiver*

aussetzen. – Das scheint bei der im übrigen vorzüglichen Darstellung *Steffens* (Das Problem der Demokratie, 3. Aufl. 1917) zu unterlaufen, der in dem Bestreben, Demokratie als beste Staatsform zu erweisen, manchen ihrer charakteristischen Wesenszüge negiert, bloß weil er ihn – wenn auch vielleicht ganz mit Recht – für unvorteilhaft hält. – Natürlich ist das Gegenteil ebenso bedenklich. Man darf nicht die konstitutionelle Monarchie für die beste Staatsform halten, wenn man eine objektive „politische Beschreibung“ der Demokratie geben will, wie dies bei *Hasbach* (Die moderne Demokratie, 1912) der Fall ist. Vgl. dazu Anm. 15.

⁴ Du contrat social. I. Buch, 6. Kap.

⁵ AaO. III. Buch, 15. Kap.

– d. h. nur in einer, letzten Endes von dem Willen des Normunterworfenen unabhängigen – *Gültigkeit* möglich ist⁶. Diese objektive *Geltung* sozialer Ordnung bleibt für eine auf das spezifisch Soziale gerichtete Erkenntnis zwar selbst dann unberührt, wenn der *Inhalt* dieser Ordnung irgendwie durch den Willen der Normunterworfenen bestimmt wird. Allein die formale Objektivität verlangt auch eine materielle. In dem Grenzfalle, wo das „du sollst“ des sozialen Imperativs bedingt wird durch ein „wenn und was du willst“ des Adressaten, verliert die Ordnung jeden sozialen Sinn. Darum muß, soll überhaupt Gesellschaft, soll insbesondere Staat sein, auch zwischen dem Inhalt der Ordnung und dem Inhalte der ihr unterworfenen Willen eine mögliche Differenz bestehen. Wäre die Spannung zwischen diesen beiden Polen, zwischen Sollen und Sein gleich Null, d. h. aber der Freiheitswert gleich unendlich, dann könnte von Unterworfenen überhaupt keine Rede mehr sein. Indem die Demokratie die nach der Idee der Freiheit – hypothetisch also – |8| durch Vertrag, somit einstimmig *zustandegekommene Ordnung* durch Mehrheitsbeschluß *fortbilden* läßt, begnügt sie sich mit einer bloßen Annäherung an die ursprüngliche Idee. Daß noch von Selbstbestimmung die Rede ist und davon, daß jeder nur seinem eigenen Willen untertan, wenn der Wille der Mehrheit Geltung beansprucht, das ist ein weiterer Schritt in der Metamorphose des Freiheitsgedankens⁷.

Aber auch der mit der Majorität Stimmende ist nicht mehr nur seinem eigenen Willen unterworfen. Das erfährt er sofort, wenn er seinen bei der

⁶ Die Theorie des Staatsvertrags, ebenso wie ihre moderne Spielart, die sog. Anerkennungstheorie, die die Geltung der Normen der Rechts- und Staatsordnung auf der Anerkennung der Normunterworfenen begründet, entspricht durchaus dem subjektivistisch-individualistischen Charakter der Demokratie. Wie die subjektivistische *Erkenntnistheorie* die Welt der Wirklichkeit als *meine* – des Erkennenden – *Vorstellung*, so behauptet die analoge *Werttheorie* der Demokratie allen Wert, insbesondere den entscheidenden sozialen Wert: den Staat oder das Recht, als *meinen* – des Wertenden – *Willen*. Wie die subjektivistische Erkenntnistheorie letztlich zum *Solipsismus*, so führt die ihr zugeordnete politische Werttheorie zum Anarchismus.

⁷ Auch das Gewohnheitsrecht hebt den Gegensatz von sozialem Sollen und individuellem Sein nicht auf – wie es wohl scheinen möchte; aber es reduziert ihn auf ein Minimum, indem es gebietet: Verhalte dich so, wie sich deine Genossen für gewöhnlich zu verhalten pflegen. Das Unrecht, der Ordnungsbruch wird so von vornherein zu einer bloßen *Ausnahme* von der Regel des Seins. Darin erweist das Gewohnheitsrecht seinen demokratischen Charakter gegenüber der Satzung, zumal wenn diese – wie in älterer Zeit – als Befehl einer Gottheit, eines die Gottheit repräsentierenden Priesters oder eines von den Göttern abstammenden Heldenkönigs auftritt. Indem Theorie und Praxis des Gewohnheitsrechtes sich gerade zu Zeiten des politischen Absolutismus geltend machen, wirke es – als konträres Prinzip und Gegengewicht – in der Richtung eines Machtausgleichs.

Abstimmung geäußerten Willen ändert. Die rechtliche Unmaßgeblichkeit solcher Willensänderung zeigt ihm nur allzudeutlich den fremden Willen, oder, ohne Bild gesprochen: die objektive Geltung der Ordnung, der er unterworfen ist. Es müßte sich für seine Willensänderung eine Mehrheit finden, damit er, das Individuum, wieder frei sei. Und *diese* Konkordanz zwischen dem Willen des einzelnen und dem herrschenden Staatswillen ist um so schwieriger, diese Garantie für die individuelle Freiheit ist um so geringer, je qualifizierter die Majorität, die zur Erzeugung des abändernden Staatswillens erforderlich ist. Sie wäre so gut wie ausgeschaltet, falls Stimmeneinhelligkeit dazu nötig wäre. Hier zeigt sich eine höchst merkwürdige Doppelsinnigkeit der politischen Mechanik. Was früher bei der ganz nach der Idee der Freiheit sich vollziehenden Gründung der Staatsordnung zum Schutze der individuellen Freiheit diente, wird nunmehr zu ihrer Fessel, *wenn man der Ordnung sich nicht mehr entziehen kann*. Staatsgründung, Urzeugung der Rechtsordnung oder des Staatswillens kommt ja in der sozialen Erfahrung so gut wie überhaupt nicht in Betracht. Man wird doch zumeist in eine fertige Staatsordnung hineingeboren, an deren Entstehung man nicht mit |9| gewirkt hat, und die einem daher von Anfang an als fremder Wille entgegen treten muß. Nur die Fortbildung, die Abänderung dieser Ordnung steht in Frage. Und unter diesem Gesichtspunkte bedeutet allerdings das Prinzip der absoluten (und nicht das der qualifizierten) Majorität die relativ größte Annäherung an die Idee der *Freiheit*.

Aus *ihr* ist das Majoritätsprinzip abzuleiten. Nicht aber – wie dies meist zu geschehen pflegt – aus der Idee der Gleichheit. Daß die menschlichen Willen untereinander gleich seien, ist wohl die Voraussetzung des Majoritätsprinzips. Allein dieses Gleich-Sein ist nur ein Bild, kann nicht die effektive Meßbarkeit, die Summierbarkeit menschlicher Willen oder menschlicher Persönlichkeiten bedeuten. Es wäre unmöglich, das Majoritätsprinzip damit zu rechtfertigen, daß mehr Stimmen ein größeres Gesamtgewicht haben als weniger Stimmen. Aus der rein negativen Präsumtion, daß einer nicht mehr gelte als der andere, kann noch nicht positiv folgen, daß der Wille der Mehrheit gelten solle. Wenn man das Mehrheitsprinzip allein aus der Idee der Gleichheit abzuleiten versucht, hat es tatsächlich jenen rein mechanischen, ja sinnlosen Charakter, den man ihm von autokratischer Seite vorwirft. Es wäre nur der notdürftig formalisierte Ausdruck der Erfahrung, daß die mehreren stärker sind als die weniger; und der Satz: Macht geht vor Recht, wäre nur insoferne überwunden, als er sich selbst zum Rechtssatz erhöbe. Nur der Gedanke, daß – wenn schon nicht alle – so doch möglichst viel Menschen *frei* sein, d. h. mög-

lichst wenig Menschen mit ihrem Willen in Widerspruch zu dem allgemeinen Willen der sozialen Ordnung geraten sollen, führt auf einem vernünftigen Wege zum Majoritätsprinzip. Daß dabei natürlich die Gleichheit als eine Grundhypothese der Demokratie vorausgesetzt wird, zeigt sich eben darin, daß nicht gerade dieser oder jener frei sein soll, weil dieser nicht mehr gilt als jener, sondern daß möglichst viele frei sein sollen. Und da ist eben die Konkordanz zwischen Einzel- und Staatswillen um so leichter, mit je weniger anderen Individualwillen eine Uebereinstimmung notwendig ist, um eine Abänderung des Staatswillens herbeizuführen. Die absolute Majorität stellt hier tatsächlich die oberste Grenze dar. Bei weniger wäre die Möglichkeit gegeben, daß der Staatswille im Augenblicke seiner Erzeugung mit mehr Individualwillen in Widerspruch als in Einklang steht; bei mehr, daß eine Minderheit | 10 | den Staatswillen – indem sie dessen Abänderung verhindert – im Widerspruch zu einer Mehrheit zu bestimmen vermag⁸.

Angesichts der unvermeidlichen Differenz zwischen dem Willen des einzelnen, der den Ausgangspunkt der Freiheitsforderung bildet, und der staatlichen Ordnung, die dem einzelnen als fremder Wille entgegentritt, selbst in der Demokratie entgegentritt, wo diese Differenz nur annäherungsweise auf ein Mindestmaß herabgesetzt ist, vollzieht sich ein weiterer Wandel in der Vorstellung von der politischen Freiheit. Die im Grunde genommen unrettbare Freiheit des Individuums tritt allmählich in den Hintergrund und die *Freiheit des sozialen Kollektivums* in den Vordergrund. Der Protest gegen die Herrschaft von meinesgleichen führt im politischen Bewußtsein zu einer Verschiebung des Subjektes der – auch in der Demokratie unvermeidbaren – Herrschaft: zur Konstruktion der anonymen Person des Staates. Von ihr und nicht von äußerlich sichtbaren Menschen läßt man das Imperium ausgehen. Ein geheimnisvoller Gesamtwille und eine geradezu mystische Gesamtperson wird von den Willen und Persönlichkeiten der einzelnen losgelöst. Diese fiktive Isolierung vollzieht sich nicht so sehr gegenüber den Willen der Untertanen, als vielmehr gegenüber den Willen derjenigen Menschen, die die Herrschaft faktisch ausüben, und die nunmehr als bloße Organe eines hypostasierten Herrschaftssubjektes erscheinen. So verdeckt der Schleier der Staatspersonifikation das dem demokratischen Empfinden unerträgliche Faktum einer Herrschaft von Mensch über Mensch. Die für die Staatsrechts-

⁸ Darum kann die in die meisten Verfassungen aufgenommene Bestimmung einer qualifizierten Majorität für Verfassungsänderungen, das Prinzip der starren Verfassung nicht als demokratisch gelten.

lehre grundlegend gewordene Personifikation des Staates hat zweifellos ihre Wurzel auch in dieser Ideologie der Demokratie.

Ist aber einmal die Vorstellung beseitigt, daß meinesgleichen herrscht, verschließt man sich nicht mehr der Erkenntnis, daß das Individuum, sofern es der Staatsordnung gehorchen muß, unfrei ist. Es verschiebt sich eben mit dem Subjekte der Herrschaft das Subjekt der Freiheit. Man betont zwar um so nachdrücklicher, daß das Individuum, sofern es *in organischer Verbindung mit anderen Individuen* die Staatsordnung erzeugt, in eben dieser Verbindung und nur | 11 | in ihr „frei“ sei. Der Rousseausche Gedanke, daß der *Untertan* seine ganze Freiheit aufgibt, um sie als *Staatsbürger* wieder zurückzuerhalten, ist darum so charakteristisch, weil in dieser Unterscheidung von Untertan und Staatsbürger der gänzliche Standpunktwechsel in der sozialen Betrachtung, die völlige Verschiebung der Problemstellung angedeutet ist. Der Untertan ist das isolierte Individuum einer individualistischen, der Staatsbürger das unselbständige, nur Teil eines höheren organischen Ganzen bildende Glied des Kollektivwesens einer universalistischen Gesellschaftserkenntnis; eines Kollektivwesens, das von dem durchaus individualistischen Ausgangspunkt der auf Freiheit eingestellten Wertung einen transzendenten, metaphysischen Charakter hat⁹. Der Szenenwechsel ist ein solch vollständiger, daß es im Grunde genommen nicht mehr richtig ist, zumindest nicht mehr darauf ankommt, zu behaupten, der einzelne Staatsbürger sei frei. Die – von manchen Autoren auch folgerichtig gezogene – Konsequenz erfordert, daß, weil die Staatsbürger nur in ihrem Inbegriffe: dem Staate frei sind, eben nicht der einzelne Staatsbürger, sondern die Person des *Staates* frei sei. Das drückt auch der Satz aus, daß frei nur der Bürger eines freien Staates sei. An die Stelle der Freiheit des Individuums tritt die *Souveränität des Volkes* oder, was dasselbe ist: der freie Staat, der *Freistaat* als grundsätzliche Forderung¹⁰. Das ist die letzte Stufe in dem Bedeutungs-

⁹ *Rousseaus* volonté generale – der anthropomorphe Ausdruck für die *objektive*, von dem Willen der Individuen, der volonté des tous, unabhängig gültige Staatsordnung – ist mit der Theorie des Staatsvertrags – der eine Funktion der subjektiven volonté des tous ist – völlig unvereinbar. Allein dieser Widerspruch zwischen einer individualistischen und einer universalistischen Konstruktion oder – wenn man will – diese Bewegung von einer subjektivistischen Ausgangsposition zu einem objektivistischen Endresultat ist für *Rousseau* nicht weniger charakteristisch wie für *Kant* und *Fichte*.

¹⁰ Die Volkssouveränität als „demokratische Grundforderung“ weist *Steffen* ebenso in *Rousseaus* contrat social wie in der Nordamerikanischen Deklaration of independence (1776) und in der französischen Declaration des droits de l'homme et du citoyen (1789) nach. AaO. S. 75 ff. „Volkssouveränität“ ist gleichbedeutend mit dem –

wandel des Freiheitsgedankens. Wer der Selbstbewegung nicht folgen will oder nicht zu folgen vermag, |12| die dieser Begriff kraft immanenter Logik vollzieht, der mag sich über den Widerspruch aufhalten, der zwischen dem ursprünglichen und dem schließlichen Sinne liegt und auf ein Verständnis der Schlußfolgerungen verzichten, die der geistreichste Schilderer der Demokratie gezogen, indem er auch von der Behauptung nicht zurückschreckte, daß der Staatsbürger nur durch den allgemeinen Willen frei sei und daß man daher denjenigen, der diesem Willen den Gehorsam verweigert, indem man ihm gegenüber den Staatswillen erzwingt, *zwingt* – *frei* zu sein. Es ist mehr als bloß paradox, es ist ein Sinnbild der Demokratie, wenn in der Genuesischen Republik über den Gefängnistüren und auf den Ketten der Galeerensklaven das Wort „*liberias*“ zu lesen war¹¹.

II.

Indem nun die Freiheit als politische Selbstbestimmung in der Demokratie sich nicht mehr auf das Individuum, sondern auf das Kollektivum des Volksganzen bezieht und so zur Volkssouveränität wird, zieht sich die individuelle Freiheit in die Vorstellung der angeborenen und unveräußerlichen *Menschen- und Bürgerrechte* zurück, deren klassische Formulierung die große französische Revolution, diese ewige Quelle kontinentaler Demokratie, gebracht hat. Die Grundrechte werden zu einem wesentlichen Requisit jeder demokratischen Verfassung. Sie dienen vor allem als Schutzwall gegen den Herrschaftsmißbrauch, der seitens eines absoluten Monarchen nicht mehr zu befürchten ist als seitens der Majorität, dem König der Demokratie¹². So fungieren die Grundrechte der Demokratie als Minoritätsschutz und sichern die Gleichberechtigung auch demjenigen, der nicht die politische, religiöse oder nationale Ueberzeugung der Mehrheit teilt.

Seinen vollendetsten Ausdruck findet der echt demokratische Gedanke des Minoritätsschutzes innerhalb der repräsentativen Demokratie im

neuestens geläufigeren – Begriff „Selbstbestimmungsrecht des Volkes“. In diesem scheint ein gewisser innerer Widerspruch zu liegen. Damit das Volk sich selbst bestimmen könne, muß es vorher selbst als solches, nämlich als politische Einheit, irgendwie bestimmt, vor allem abgegrenzt sein. Diese Bestimmung kann aber niemals autonom, sondern muß – ihrem Wesen nach – heteronom sein.

¹¹ Nach *Rousseau* aaO. IV. Buch 2. Kap.

¹² „Die Mehrheit ist König“, ein Schweizer Sprichwort. Vgl. *Hasbach*, aaO. S. 304.

Grundsätze der *Proportionalität*. Unter dem Gesichtspunkte der politischen Selbstbestimmung muß es unzulässig erscheinen, daß nur die Majorität ihre Repräsentanten in den Gesetzgebungskörper entsendet, daß die Interessen der Minorität oder der Minoritäten von den Abgeordneten der Majoritätspartei vertreten werden. Soll man von keinem fremden Willen *beherrscht* sein, darf man auch nur von Angehörigen der eigenen Partei *vertreten* werden. Darum wählt nach dem System der Verhältniswahl nicht das Volk, sondern wählen die einzelnen Parteien ihre Vertrauensmänner ins Parlament, in dem jede Partei und so auch die Minoritäten im Verhältnis zu ihrer ziffernmäßigen Stärke vertreten sind. Bei den Abstimmungen des Parlamentes freilich kann der Gedanke der Proportionalität keine Anwendung mehr finden; hier tritt das Majoritätsprinzip wieder in seine Geltung. Und darum möchte es beinahe gleichgültig scheinen, ob eine Minorität mehr oder weniger stark vertreten ist, wenn schließlich ja doch der Wille der Majorität siegt. Allein, wenn auch nicht juristisch, so ist es doch psychologisch von größter Bedeutung, daß die Minorität neben der Majorität überhaupt und daß sie möglichst stark vertreten sei. Das kann niemand leugnen, der die bedeutende, influenzartige Wirkung beachtet, die von einer kräftigen Minorität auf die Beschlüsse der Majorität ausstrahlt. Je nachhaltiger die Kritik, je zielbewusster die Opposition ist, die von der Minorität ausgeht, desto mehr erhalten die Beschlüsse der Majorität den Charakter von *Kompromissen*. Und gerade das Kompromiß kennzeichnet die Politik der Demokratie¹³.

Dem Gedanken des Proporz wohnt eine Tendenz inne, die das Repräsentativsystem – innerhalb dessen die Verhältniswahl allein noch einen Sinn hat – zu sprengen droht. Soll jede Partei, also auch die denkbar kleinste, ihre verhältnismäßige Vertretung erhalten, dann muß – um die Proportionalität ganz aufrecht zu erhalten – die Zahl der Abgeordneten um so größer sein, eine je kleinere Partei noch Vertretungsanspruch hat, dann ist im mathematischen Grenzfall (wenn nämlich die kleinste Partei nur einen Angehörigen hat) die Zahl der Abgeordneten gleich der Zahl der Wähler, d. h. aber nichts anderes, als daß die Repräsentation überhaupt aufgehoben und an Stelle der mittelbaren die unmittelbare Demokratie getreten ist. Soll überhaupt noch Repräsentation möglich sein, dann muß die | 14 | Größe der Gruppe, die noch einen Abgeordneten erhalten kann, willkürlich limitiert werden.

In dieser immanenten Tendenz zur Unmittelbarkeit zeigt sich der demokratische Charakter des Proportionalwahlsystems. Aus der niemals

¹³ Vgl. Steffen aaO. S. 104.