

Hans Kelsens Politische Philosophie



Hans Kelsens Politische Philosophie

Herausgegeben von
Elif Özmen

Mohr Siebeck

Elif Özmen, geboren 1974; Inhaberin des Lehrstuhls für Praktische Philosophie an der Justus-Liebig-Universität Gießen.

ISBN 978-3-16-155350-9

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

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort von Heribert Prantl	VII
Einleitung der Herausgeberin	XI

I. Grundlagen

<i>Horst Dreier</i> Der Preis der Moderne. Hans Kelsens Rechts- und Sozialtheorie	3
<i>Elif Özmen</i> Kelsen und das Problem des Pluralismus	29
<i>Thomas Gutmann</i> Kelsens Begriff normativer Begründung	51
<i>Christian Krijnen</i> Vernunft als Geltungsgrund des Rechts. Kelsen im Spiegel kantischer Transzendentalphilosophie	79

II. Kontexte

<i>Oliver Hidalgo</i> Hans Kelsen und das Paradox der wehrhaften Demokratie	95
<i>Jan Kleine</i> Zwischen Dissens und leerer Mitte. Postmoderne Elemente in Kelsens Demokratietheorie	113
<i>Tamara Ehs</i> Das politische Moment der Verfassungsgerichtsbarkeit	133

Friedemann Voigt

Religion und Theologie in Hans Kelsens politischer Philosophie 149

Siglen 171

Die Autorinnen und Autoren 173

Vorwort

Die Krise Europas und der demokratische Rechtsstaat

Von Kelsen lernen¹

Heribert Prantl

Als ich, es ist nun schon einige Jahrzehnte her, in Regensburg mit meinem Jura-Studium begann, haben mich zwei Professoren schon in den ersten Wochen und Monaten sehr beeindruckt. Der eine war Dieter Medicus, ein Schüler von Max Kaser, der den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und römische Rechtsgeschichte innehatte. Der zweite war der Rechtshistoriker und Kanonist Peter Landau. Mir imponierte, wie die beiden Gelehrten, wenn sie das Recht erklärten, der Geschichte dieses Rechts Rechnung trugen. Mir imponierte, dass bei ihnen Gesetze nicht einfach Produkte einer gerade fälligen Klempnerarbeit waren. Mir imponierte, wie diese Gelehrten das römische Recht, wie sie das *Corpus Juris Civilis* und den *Codex Juris Canonici*, als Fundus und Fundament begriffen.

Dieser Vortrag ist eine Referenz an meine Lehrer, er ist eine Referenz an ein Recht, das zwei Jahrtausende lang galt und mit seinen Wurzeln zurückreicht in die Zeitenwende, in die Zeit von Celsus und Ulpian. Es ist schier unglaublich, dass im 19. Jahrhundert solche jahrtausendealte Regeln das geltende Recht für die industrielle Revolution gestellt haben – jedenfalls in einem Teil des deutschen Rechtskreises. Österreich schaffte ja seine landessprachliche Kodifikation des heimischen Rechts schon 1812 ab, Deutschland erst 1900. Mit jedem neuen Gesetzbuch der europäischen Staaten verlor zwar das römische Recht ein Stück seines Territoriums. Aus einer praktisch genutzten Textmasse wurde eine historische Textmasse (*Dieter Simon*); aber das römische Recht war und blieb die Basis für die Rechtskultur der Moderne.

Concordantia discordantium: Angesichts der Mühen und Wirren der Europäischen Einigung denke ich oft an das Werk des Mönchs Gratian im 12. Jahrhundert, der den in der Kirche angewachsenen Rechtsstoff zu vereinen und zu ordnen versuchte. Gratian hat ein schon damals tausendjähriges Material zu-

¹ Auszug aus der Festrede zum Verfassungstag beim Festakt des österreichischen Verfassungsgerichtshofs am 30. September 2016 in Wien.

sammengetragen, er hat diesen Rechtsstoff, der seiner heterogenen Herkunft wegen widersprüchliche Texte enthielt, zu einer Synthese geführt, zu einer Harmonie – wie dies der von ihm gewählte Titel seines Werkes schon ankündigt: *Concordantia discordantium canonum*, also die ausgleichende Zusammenstellung des Widersprüchlichen.

Concordantia discordantium: Ich liebe diesen Titel, weil er so europäisch ist, weil er uns sagt, wie Europa gebaut werden muss. Das Fundament dieses Europäischen Hauses steht nicht auf den Trümmern der Nationalstaaten und ihrer Rechtsordnungen. Wer die einzelnen Staaten zertrümmern will, um darauf Europa zu bauen; wer die Verfassungen zerreißen will, um an deren Stelle eine neue gemeinsame Verfassung zu schreiben – der hat von Europa wenig verstanden.

Europa zerschlägt nichts, Europa zerreißt nichts; Europa fügt zusammen. Verfassungen sind nicht dafür da, die Verfassung der Menschen zu ruinieren; sie sollen Vertrauen schaffen. Europa ist eine neue *concordantia discordantium*, ein Werk, das ganz Verschiedenes, auch Widersprüchliches zur Übereinstimmung bringt, zur Übereinstimmung bringen soll. Europa ist ein demokratisches Projekt. Um es zu vollenden, braucht man keine Notverordnungen an Parlament und Bürger vorbei. Man braucht dazu die Menschen. Das Europäische Haus ist ein großes Haus mit vielen Räumen, vielen Türen, vielen Kulturen und vielen Arten von Menschen. Dieses Haus bewahrt die europäische Vielfalt und den Reichtum, der sich aus dieser Vielfalt ergibt. Dieses Haus ist die Heimat Europa.

Wir erleben, hoffentlich, die schweren Geburtswehen einer neuen Entität, eines europäischen Gemeinwesens. Dieses Gemeinwesen kommt nicht aus dem Nichts, es ist keine *Creatio ex nihilo*. Es ist, auch wenn wir dies im Alltag so selten spüren, auch wenn wir im Alltag so oft daran zweifeln und verzweifeln, der Höhepunkt der europäischen Geschichte. „Machten wir eine Bilanz unseres geistigen Besitzes auf, so würde sich herausstellen, dass das meiste davon nicht unserem jeweiligen Vaterland, sondern dem gemeinsamen europäischen Fundus entstammt. Vier Fünftel unserer inneren Habe sind europäisches Gemeingut“ – so hat das der spanische Philosoph *Ortega y Gasset* beschrieben. Es gilt, aus dem Fundus ein Fundament zu machen, das ist nicht zuletzt eine Aufgabe der Juristen.

Ich habe von meinen zwei Rechtslehrern gesprochen. Noch einen dritten Rechtslehrer gilt es zu rühmen und zu preisen, einen, den ich nicht selber hören durfte, den ich aber trotzdem zu meinen Lehrern zähle: Hans Kelsen. Er hat die Bühne geschaffen, auf der wir heute hier in Wien feiern dürfen. Kelsen hat die moderne Verfassungsgerichtsbarkeit begründet, die sich hier in diesem Verfassungsgericht, dessen Mitglied Kelsen zehn Jahre lang war, konstituiert und manifestiert. Ich sage den Namen Hans Kelsen mit Respekt, mit Ehrfurcht und mit nachklingendem Schauer; zu diesem Schauer komme ich später noch.

Hans Kelsen ist unendlich wichtig, wenn wir über Europa reden – weil er seine pluralistische Staats- und Rechtstheorie konzipiert hat vor dem Hintergrund des ethnisch, sprachlich, kulturell und religiös so heterogenen Gemeinwesens der Habsburgermonarchie. Der Staat ist bei ihm kein metaphysisches und nationalistisches Geschwurbel, der Staat steht bei ihm weder vor, noch hinter und schon gar nicht über der Rechtsordnung. Der Staat ist die Rechtsordnung! Das Gemeinwesen, das eine Rechtsordnung hat, ist ein Staat. Wir reden so oft darüber, was denn die EU eigentlich ist oder sein soll – ein Staatenbund, ein Bundesstaat oder irgendein Drittes, ein Gebilde *sui generis*? Wenn wir Kelsen folgen, tun wir uns nicht schwer, die EU als Staat zu betrachten: Europa ist ein Raum des Rechts – und dieses Recht konstituiert das Gemeinwesen.

Kelsen selber schrieb dazu, auf die Ursprünge seiner Reinen Rechtslehre zurückblickend:

Es mag sein, dass ich zu dieser Anschauung nicht zuletzt dadurch gekommen bin, dass der Staat, der mir am nächsten lag, und den ich aus persönlicher Erfahrung am besten kannte, der österreichische Staat, offenbar nur eine Rechtseinheit war. Angesichts des österreichischen Staates, der sich aus so vielen nach Rasse, Sprache, Religion und Geschichte verschiedenen Gruppen zusammensetzt, erwiesen sich Theorien, die die Einheit des Staates auf irgendeinen sozial-psychologischen oder sozial-biologischen Zusammenhang der juristisch zum Staat gehörigen Menschen zu gründen versuchten, offensichtlich als Fiktionen.

Der Staat als Rechtsgemeinschaft und die Nation als kulturell-ethnische vorgestellte Gemeinschaft werden bei Kelsen entkoppelt. Der Staat ist Rechtsgemeinschaft. Europa ist Rechtsgemeinschaft. So schlicht, so einfach, so richtig.

Hans Kelsen also stand ganz am Beginn meines Studiums – weil ich, euphorisiert von den ersten Wochen des Rechtsstudiums, ins rechtsphilosophische Seminar gelaufen bin und mich dort auch bald in die Prüfung wagte: Zu interpretieren war ein Text, den ich damals nicht zu- und einordnen konnte, den ich auch kaum verstand. Es war, wie ich später lernte, eine Passage aus der Reinen Rechtslehre; und über die Bemerkungen, die der Korrektor zu meinen Darlegungen machte, schweige ich heute lieber. Aber es war dies der etwas unrühmliche Beginn einer beglückenden Beschäftigung mit Hans Kelsen, der ein wissenschaftlicher Revolutionär war, weil er das Geraune, das ontologische Raunen aus Staat und Recht herausgenommen hat. Recht wird durch Rechtsprozeduren hergestellt. Dieses Prozedurale ist in der EU besonders ausgeprägt. Insofern darf man sagen, dass Kelsen das Rechtssystem der EU erst ermöglicht hat – und man darf ihn einen der geistigen Väter der EU nennen.

Einleitung der Herausgeberin

Denn es ist die Vernunft, dieses Lebenselement auch der Wissenschaft, auf die die Demokratie sich beruft, wenn sie ihre Institutionen zu rechtfertigen hat, und nicht das dumpfe Gefühl, nicht die irrationalen Elemente der menschlichen Seele, an die die Diktaturen mit ihren metaphysisch-religiösen Ideologien appellieren müssen, um die Massen über den Verlust ihrer politischen Rechte hinwegzutäuschen.¹

Hans Kelsens Rang als Rechtswissenschaftler ist unbestritten. Mit der *Reinen Rechtslehre* hat er eine paradigmatische Begründung des Rechtspositivismus vorgelegt, die seit dem Erscheinen der ersten Auflage weltweite Anerkennung bis in die Gegenwart hinein erfährt.² Die schiere Menge der Sekundärliteratur wie auch die Anlässe zum akademischen Disput sind Legion.³ Auch bezüglich des Verfassungs- und Völkerrechts gilt der 1881 in Prag geborene Wiener, der, mit nur 38 Jahren zum ordentlichen Professor berufen, maßgeblichen Anteil an der Entstehung der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit hatte, unter fünf politischen Systemen lebte und lehrte, zudem in drei Sprachen publizierte,⁴

¹ Kelsen (WuD), 245.

² Er galt damit bereits als „unquestionably the leading jurist of the time“, so der Dekan der Harvard Law School R. Pound, *Law and the Science of Law in Recent Theories*, in: *Yale Law Journal* XLIII (1933/34), 525–536, hier 532.

³ Vgl. etwa R. H. Tur/W. Twining (Hg.), *Essays on Kelsen*, Oxford 1986; St. L. Paulson (Hg.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford 1998; H. Dreier, *Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre*, Wien 2001; R. Walter/C. Jabloner/K. Zeleny (Hg.), *Hans Kelsens stete Aktualität*, Wien 2003; St. L. Paulson/Stolleis, M. (Hg.), *Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, Tübingen 2005; A. Carrino, *Das Recht zwischen Reinheit und Realität. Hermann Cohen und die philosophischen Grundlagen der Rechtslehre Kelsens*, Baden-Baden 2011.

⁴ Zu den biographischen Details siehe die Autobiographie von 1947, M. Jestaedt/Hans Kelsen-Institut (Hg.): *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*, Tübingen 2006; A. Métall, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien 1969; R. Walter/W. Ogris/Th. Olechowski (Hg.), *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit*, Wien 2009; Th. Olechowski, *Biographische Untersuchungen zu Kelsen*, in: B. Mezey (Hg.), *Rechtsgeschichtliche Vorträge*, Eötvös Loránd Universität 2011.

als moderner Klassiker.⁵ Hingegen spielt der andere Teil des Kelsenschen Werkes – die Arbeiten zum Staatsrecht, zur Rechts- und Politikphilosophie, zur Demokratietheorie, Anthropologie und Soziologie – in den zeitgenössischen Debatten bestenfalls eine marginale Rolle.⁶ Nicht nur Unkenntnis, sondern auch Unverständnis oder regelrechte „Strategien, sich mit Kelsen nicht auseinanderzusetzen zu müssen“ flankieren diesen „nicht rezipierten Klassiker“.⁷

Die ambivalente Rezeptionsgeschichte verwundert angesichts der Originalität und Modernität eines Werkes, in welchem Konzeptionen des Rechts ohne Gerechtigkeit, des Staates ohne Staat, der Demokratie ohne Demos und der Gesellschaft ohne Gemein- bzw. Volkswillen mit einem erkenntnistheoretischen und ethischen Relativismus, einem radikal-pluralistischen Verständnis der Gesellschaft sowie einer leidenschaftlichen Verteidigung der Demokratie verbunden werden. Überhaupt stellt sich die Frage, ob die im engeren Sinne rechtswissenschaftlichen Schriften Kelsens nicht als Teil eines umfassenderen, aber eng geknüpften Argumentationsnetzwerkes verstanden werden sollten. Schließlich gründet Kelsen sein Wissenschaftsprogramm⁸ bereits in der Habilitationsschrift *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911) nicht nur auf die „scharfe Trennung einer Theorie des positiven Rechts einerseits von der Ethik, andererseits von der Soziologie“,⁹ sondern auch auf „die Brücke zwischen Rechtswissenschaft und Philosophie“.¹⁰ Nicht zuletzt deswegen beantwortet Horst Dreier die Frage nach Kelsens Stellenwert als dem „Jurist des Jahrhunderts“ mit einem „Vielleicht. Auf jeden Fall aber mehr als nur ein Jurist.“¹¹

⁵ A. J. von Bernstorff, *Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler*, Baden-Baden 2001; H. Brunkhorst/R. Voigt (Hg.), *Rechts-Staat: Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*, Baden-Baden 2008; R. Walter/C. Jabloner/K. Zeleny (Hg.), *Hans Kelsen und das Völkerrecht*, Wien 2004; A. Somek, *Kelsen Lives*, *The European Journal of International Law* 18 (2007), 409–451.

⁶ Das gilt natürlich nicht ausnahmslos, für den deutschen Sprachraum siehe H. Dreier, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden 1990; T. Ebs, *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*, Wien 2009; R. Chr. van Oooyen, *Hans Kelsen und die offene Gesellschaft*, Wiesbaden 2010; M. Jestaedt, *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre: Stationen eines wechselvollen Verhältnisses*, Tübingen 2013, sowie die Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts der Universität Wien.

⁷ M. Jestaedt/O. Lepsius, *Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen – Eine Einführung*, in: Kelsen (Abh.), vii–xxix. Als solche Strategien, d.h. Stereotypen und Kolportagen, die die Ansichten über Kelsen prägen, werden ein formalistischer Reduktionismus, logizistischer Konstruktivismus, wirklichkeitsvergessener Normativismus, politikflüchtiger Positivismus und amoralischer Relativismus angeführt.

⁸ Hierzu ausführlich H. Dreier, *Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm*, in: H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Berlin 2007, 81–114.

⁹ *Kelsen* (HKW), Band 1, hier 36.

¹⁰ *Kelsen* (HKW), Band 2, hier 62.

¹¹ H. Dreier, *Hans Kelsen (1881–1973): „Jurist des Jahrhunderts?“*, in: H. Heinrichs et al. (Hg.): *Deutsche Juristen jüdischer Herkunft*, München 1993, 705–732, hier 731.

Dieses „Mehr“ formte den thematischen Rahmen für die interdisziplinäre Tagung „Hans Kelsens Politische Philosophie“, die im Frühjahr 2013 an der Universität Regensburg stattgefunden hat. Die leitenden Themen für die Vorträge und Diskussionen, aus denen dieser Band hervorgegangen ist, waren zum einen die historischen, philosophischen und begründungstheoretischen Grundlagen der Demokratie- und Gerechtigkeitstheorie Kelsens sowie ihre Zusammenhänge mit der Staats- und Rechtstheorie. Zum anderen wurde auf ausgewählte Kontexte, d.h. politik- und rechtswissenschaftliche Problemstellungen fokussiert, die als Besonderheiten der Kelsenschen Theorie, aber auch als spezifische Herausforderungen der modernen, der liberalen, pluralistischen und säkularen Demokratie gelten können.

Die Beiträge zu den *Grundlagen* werden eingeleitet von *Horst Dreier*, der die Hauptelemente von Kelsens Sozial- und Rechtstheorie – die Positivierung des Rechts, das Wissenschaftsprogramm, den Werterelativismus – in Hinsicht auf die Frage untersucht, welcher Preis für ihre Akzeptanz in der Moderne zu zahlen ist. Die Verantwortungslast für den Einzelnen in Bezug auf Wertungsfragen wird als mögliche Überbürdung, aber vor allem als spätaufklärerische Hoffnung auf die Möglichkeit einer innerweltlichen Sinn- und Ordnungsstiftung analysiert. Hierdurch können auch die konstruktiven Verbindungen zwischen Freiheit und Verantwortung, Relativismus und Rationalität sowie zwischen Demokratie und Wissenschaft eindringlich vor Augen geführt werden.

Elif Özmen konzentriert sich auf die ontologischen, erkenntnistheoretischen und ethischen Voraussetzungen der politischen Philosophie von Kelsen, um den konzeptionellen Zusammenhang von Demokratie, Relativismus und Pluralismus offenzulegen. Hierbei dienen die zeitgenössischen Debatten um das Faktum, den Wert und das Problem des Pluralismus als Reflexionshintergrund. Insbesondere wird das Kompromiss-Modell analysiert, welches Kelsen für die Praxis der Demokratie und die zivile Haltung der Bürger entwickelt hat. Der kritische Vergleich mit den aktuell diskutierten Lösungen des Pluralismus-Problems – Kompromiss und Kooperation, Gemeinschaft und Dissens – erweist den Kelsenschen Kompromiss als originelle, aber anspruchsvolle Alternative.

Die Ideologiekritik von Kelsen und ihre Konsequenzen – eine werturteilsfreie Strukturanalyse rechtlicher Normativität, formuliert aus einer Beschreibungs- und Beobachtungsperspektive – bilden den Ausgangspunkt für den Beitrag von *Thomas Gutmann*. Er kritisiert das reduktionistische und scientistische Objektivitätsideal, das Kelsens Wissenschaftsprogramm anleitet mit Bezug auf begründungstheoretische Leerstellen. Eben weil Kelsen über keinen Begriff genuin normativer Begründung verfügt, erscheint der resultierende Dezisionismus als eine „halbierte Moderne“, die ohne einen anspruchsvollen Begriff rechtlicher Interpretation, ohne ein subjektives Recht auf Rechtfertigung, mithin ohne ein verlässliches normatives Fundament auskommen muss.

Auch *Christian Krijnen* beschäftigt sich mit den erkenntnis- und wissenschaftstheoretischen Prämissen der Rechtstheorie Kelsens, insbesondere mit der ihr unterstellten Nähe zum Neukantianismus. Der Fokus des Beitrags liegt auf den programmatischen Gemeinsamkeiten – die Ablehnung der Naturrechts-tradition –, aber vor allem auf den Differenzen hinsichtlich dieser transzendenten Tradition. Mit Bezug auf Kelsens subjektiven Begriff der Vernunft werden nicht nur sein Formalismus, Positivismus und Werterelativismus analysiert, sondern der Unterschied zwischen subjektiver und objektiver Normativität, mithin zwei Wege der Philosophie mit ihren spezifischen dogmatischen Voraus- und Festsetzungen, zur Diskussion gestellt.

Die Beiträge zu den *Kontexten* beginnen mit *Oliver Hidalgo*s Überlegungen zum Paradox der wehrhaften Demokratie. Dieses wird durch Kelsens leidenschaftliche Verteidigung der Demokratie nicht aufgelöst, insofern jede Strategie der Autoimmunisierung auf demokratisch nicht gerechtfertigte qualitative Prinzipien, letztlich: höhere Wahrheiten Bezug nehmen müsste. Kelsens Position steht somit in einer ideengeschichtlichen Tradition, die um der Demokratie willen ihre qualitative Ungewissheit hinnimmt. Aber auch wenn Kelsen damit überzeugt, dass Demokratie ohne striktes Majoritätsprinzip nicht zu denken wäre, so ist auch dieses quantitative Verfahren der Willensbestimmung qualitativ eingebettet. Diese eigenständige Normativität wird durch Kelsens Formalismus allerdings nicht erfasst.

Jan Kleine entwickelt mit Blick auf die ambivalente Rezeptionsgeschichte der politischen Philosophie Kelsens eine postmoderne Interpretation, die den viel kritisierten Formalismus und Positivismus als Ausgangspunkt einer nicht-normativistischen Theoriebildung begreift. Aus der Perspektive der Demokratietheorie von Chantal Mouffe werden bezüglich der Akzeptanz des Pluralismus, dem Begriff der politischen Freiheit und der Kritik am Rationalismus Parallelen aufgezeigt, die es erlauben, Kelsen nicht nur als Denker von großer Originalität und Innovationskraft, sondern auch von großer Aktualität zu begreifen.

Tamara Ehs beleuchtet den argumentativen Weg, der Kelsen von einem Skeptiker zu einem Befürworter der Verfassungsgerichtsbarkeit gemacht hat. Das rechtsschöpfende politische Moment dieser Institution begründete seine anfängliche Skepsis; erst mit der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung wird es möglich, Rechtsstaat und Demokratie als eine Einheit zu betrachten. So gelten Kelsen Parlament, Verwaltung und die einzelnen Bürger weiterhin als Hüter der Verfassung. Aber dem Verfassungsgericht kommt zusätzlich die Kompetenz der Grenzziehung (wenngleich nicht der Letztinterpretation) gegenüber dem parlamentarisch erzeugten Gesetz zu.

Friedemann Voigt rekonstruiert die vielfältigen Bezugnahmen Kelsens auf Religion und Theologie, um sie ins Verhältnis zu den Konzeptionen von Recht und Politik zu setzen. So wirft die Analogie von Gottes- und Rechtslehre die

grundsätzliche Frage nach der Demokratiefähigkeit der Religion auf, die Kelsen negativ beantwortet mit Verweis auf mystische und metaphysische Elemente des Gottesglaubens und seiner charakteristischen Wahrheitsansprüche. Für die zeitgenössische Debatte der problematischen Differenz von absoluter persönlicher Orientierung und relativer öffentlicher Vernunft erscheint diese antagonistische Position allerdings zu wenig komplex; hier gilt es mit Kelsen (differenzierte Kritik) über Kelsen (seine implizite, verkürzte Theologie) hinaus zu denken.

Allen Beiträgen in dem vorliegenden Band gemeinsam ist die Frage, ob und inwiefern sich Kelsens Überlegungen in die zeitgenössischen Debatten der politischen Philosophie, der Politiktheorie und der Rechtsphilosophie einordnen lassen. Die kritische Evaluation der Grundlagen und Kontexte seines Werkes macht deutlich, dass er nicht nur im Lichte seiner eigenen bewegten Zeitläufte, sondern auch aus der Gegenwart betrachtet als ein radikaler Denker wirkt, der zu den etablierten disziplinären Perspektiven diskussionswürdige Alternativen anzubieten hat. Insbesondere die Analyse des antiheroischen Charakters der Demokratie erweist sich als eigenständiger und höchst moderner Beitrag zur Verortung und Verteidigung der Demokratie als Herrschafts- und Lebensform.

Ich danke den Autorinnen und Autoren für die ausgesprochen konstruktiven Diskussionen und Beiträge. Ein besonderer Dank gebührt Dr. Heribert Prantl für seine spontane Bereitschaft, diesen Band durch ein Vorwort zu bereichern. Für die finanzielle Unterstützung der Drucklegung schulde ich Prof. Dr. Thomas Gutmann großen Dank. Die Zusammenarbeit mit dem Mohr Siebeck Verlag war so professionell wie auch unkompliziert; ich bin Dr. Franz-Peter Gillig für die Aufnahme dieses Bandes sehr dankbar. Nicht zuletzt danke ich meiner Mitarbeiterin, Katharina Kaufmann, M.A., für die redaktionelle Arbeit am Manuskript.

Gießen, im März 2017

Elif Özmen

I. Grundlagen

Der Preis der Moderne

Hans Kelsens Rechts- und Sozialtheorie

Horst Dreier

I. Einleitung

Darüber, daß Hans Kelsens Denken ganz im Zeichen der Moderne steht, herrscht wohl kaum Dissens¹. Er hat uns, wofür ja gerade die dem vorliegenden Band zugrundeliegende Tagung einen weiteren deutlichen Beleg liefert, noch etwas zu sagen, gibt uns jedenfalls Stoff für kontroverse Diskussionen. Wie sonst ließe sich die erstaunliche Geschichte seiner in den letzten Jahrzehnten verstärkten Rezeption erklären,² die weit über die Rechtswissenschaft hinausgeht?³

Kelsens Rezeption *der* und sein Beitrag *zur* Sozialtheorie der Moderne wird nun bei ihm nicht als systematischer Gesamtentwurf, schon gar nicht in einem einzigen monographischen Werk, dargestellt. Vielmehr entfaltet sich das an durchaus unterschiedlichen Stellen seiner zahlreichen Schriften, begegnet in grundsätzlichen Passagen seiner Monographien, bildet Bausteine seiner Rechts- und Demokratietheorie, seiner Naturrechtskritik und seiner soziolo-

¹ Siehe das deutliche Votum von *E. Özmen*, *Democracy within pluralism: Hans Kelsen on civil society and civic friendship*, in: *The Reconstruction of the Juridico-Political. Affinity and Divergence in Hans Kelsen and Max Weber*, edited by I. Bryan, P. Langford and J. McGarry, New York 2016, 44–57 (44): „His work is entirely modern – it is post-metaphysical, post-traditional and, to paraphrase a term by Max Weber, *entzaubert*.“

² Gesamtüberblick: *H. Dreier*, *Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre*. Festakt aus Anlaß des 70. Geburtstages von Robert Walter, Wien 2001, 17–34.

³ Als Bestandsaufnahme im Staatsrecht siehe die Beiträge in: *M. Jestaedt* (Hg.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre*, Tübingen 2013; als Zeichen seiner verstärkten Rezeption in der Politikwissenschaft siehe die Beiträge in: *T. Ebs* (Hg.), *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*, Wien 2009 sowie *R. C. van Ooyen*, *Die Entzauberung des Staates in demokratischer Absicht: Hans Kelsens Bedeutung für eine moderne Regierungs- und Verfassungslehre*, in: *H. Brunkhorst/R. Voigt* (Hg.), *Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*, Baden-Baden 2008, 39–71. Für das ebenfalls reger werdende Interesse in der angloamerikanischen Welt siehe die beiden von *I. Bryan, P. Langford* und *J. McGarry* im Jahr 2016 bei Routledge herausgegebenen Bände: *The Foundation of the Juridico-Political. Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber* sowie *The Reconstruction of the Juridico-Political* (Fn. 1).

gischen Studien. Drei Hauptelemente möchte ich im folgenden herauschälen: den Prozeß der Positivierung des Rechts, das Wissenschaftsprogramm der Reinen Rechtslehre und den Wertrelativismus, der diese mit der Demokratietheorie verbindet (II.) – um dann zu zeigen, worin der Preis dieser Konzeption von Modernität besteht (III.).

II. Hauptelemente der Sozial- und Rechtstheorie Kelsens

1. Vergeltung und Kausalität:

Auf dem Weg zur Positivierung des Rechts

Das geläufigste Schlagwort für Kelsens Rechtslehre lautet: Rechtspositivismus. Und diesen pflegt man neben sonstigen allfälligen Urteilen und Vorurteilen⁴ vor allem mit einer von allen sozialen, politischen, historischen und sonstigen Beimischungen freien Theorie des jeweils geltenden Rechts zu verknüpfen. Das hinderte Kelsen freilich nicht daran, auch über die soziale Genese dieser Hochform des modernen Rechtsbewußtseins und somit über die Entwicklung grundlegender Weltverständnisse oder Weltbilder nachzudenken. In der Tat legt ein Blick auf diesen Werkauschnitt die Einbettung seiner rechtspositivistischen Position in ein gleichsam sozialanthropologisches Modell nahe.

Neben zahlreichen kleineren Texten ist hier vor allem sein großes Werk über „Vergeltung und Kausalität“ aus dem Jahre 1941⁵ zu nennen.⁶ In dieser „soziologischen Untersuchung“ (so der Untertitel) widmet Kelsen den ersten und

⁴ Zu einigen vermutlich unausrottbaren Vorurteilen: *H. Dreier*, Zerrbild Rechtspositivismus. Kritische Bemerkungen zu zwei verbreiteten Legenden, in: *Vom praktischen Wert der Methode*. Festschrift Heinz Mayer zum 65. Geburtstag, herausgegeben von Clemens Jabloner u.a., Wien 2011, 61–91.

⁵ *Hans Kelsen*, *Vergeltung und Kausalität*, Den Haag 1941 (ausgeliefert 1946). Wie sich aus einer den Errata auf S. X vorangestellten Erläuterung Kelsens ergibt, die mit „Berkeley, Californien, Frühjahr 1946“ unterzeichnet ist, konnte das Buch wegen der politischen Verhältnisse erst sechs Jahre nach seiner Drucklegung im Jahre 1940 veröffentlicht werden. 1982 erschien im Böhlau-Verlag ein Neudruck mit einer Einleitung von Ernst Topitsch. – Während des Krieges wurde publiziert: *Hans Kelsen*, *Society and Nature. A Sociological Inquiry*, Chicago 1943. – Kelsen hat das Thema in zahlreichen Aufsätzen vertieft und variiert. Siehe etwa: *Causality and Retribution* (1941), in: ders., *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science. Collected Essays*, Berkeley – Los Angeles 1957, 303–323, 393–394; *Causality and Imputation* (1950), ebd., 324–349, 394–397; *Kausalität und Zurechnung*, in: *ARSP* 46 (1960), 321–333.

⁶ Näher hierzu etwa *C. Jabloner*, *Bemerkungen zu Kelsens ‚Vergeltung und Kausalität‘*, besonders zur Naturdeutung der Primitiven, in: *W. Krawietz/E. Topitsch/P. Koller* (Hg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 1982, 47–62; *H. Dreier*, *Vom mythologischen Weltbild zur demokratischen Staatsordnung: Hans Kelsen als politischer Soziologe* (1988), in: *C. Jabloner u.a.* (Hg.), *Gedenkschrift Robert Walter*, Wien 2013, 123–144. Aus dem letztgenannten Beitrag entnehme ich im folgenden einige Passagen.

ausführlichsten Teil der primitiven (archaischen) Naturauffassung, insb. der sozialen Deutung der Natur und der Rolle des Vergeltungsprinzips als des dominanten Erklärungstypus'. Hier beschreibt er höchst anschaulich, wie sich dem archaischen Denken die gesamte Welt als umfassendes Sozialgebilde darstellt, in dem Natur und Gesellschaft noch eine ungeschiedene Einheit bilden: die Einheit eines einzigen großen, unverfügbaren Normenzusammenhanges.

Die Kategorie des Zufalls existiert im Grunde nicht. Alles, was geschieht, geschieht absichtsvoll. Und das Geschehen liegt nicht in der Hand des archaischen Menschen, sondern stärkerer Kräfte. Weil das Denken in Kausalzusammenhängen den archaischen Gesellschaften fremd ist, wird die gesamte Welt mit Hilfe sozialer Kategorien gedeutet. Naturphänomene werden behandelt wie zwischenmenschliche Ereignisse, also nach den Regeln des gesellschaftlichen Miteinanders interpretiert. Die Natur bildet auf diese Weise einen integralen Bestandteil der Gesellschaft, der uns selbstverständliche Dualismus von Natur und Gesellschaft ist noch nicht ausgebildet: für das primitive Denken gibt es im Grunde *nur* Gesellschaft. Die wichtigste Regel, nach der die Prozesse in der natürlichen Umwelt wie auch die sozialen Vorgänge ihre Erklärung finden, ist der Grundsatz der Vergeltung. Die Interpretation der Natur erfolgt sozior-morph oder sozionormativ. Alles Naturgeschehen ist vergeltende Reaktion höherer Mächte und stärkerer Kräfte, der sich der Mensch zu unterwerfen hat.

Krankheit, Tod und andere Übel werden als Strafe für Normverletzungen gedeutet, ebenso wie Donner, Blitz, Erdbeben, Unwetter und andere Naturkatastrophen. Jagdglück und gute Ernte hingegen stellen eine Belohnung dar. Das Vergeltungsprinzip gilt Kelsen – man beachte seine Terminologie! – als „Grundnorm der primitiven Gesellschaftsordnung“.⁷ So wird das gesamte gesellschaftliche Leben zusammen mit der äußeren Natur einem universalen Kosmos zugeordnet und sozior-morph gedeutet. Es regiert das Prinzip der Vergeltung. Ebenso wenig wie die Abläufe in der Natur werden die Geschehnisse in der Gesellschaft als vom Menschen steuer- und beherrschbar betrachtet. Auch das Soziale gehört diesem eindimensionalen monistischen Erklärungsmodell zufolge einem für den Menschen unverfügbaren Bereich an. „Die Szenerie primitiver Gesellschaften ist nach dem Muster der Sozialwelt aufgebaut“,⁸ es kommt – aus unserer Sicht – zu einer „Konfusion zwischen Natur und Kultur“.⁹

Sein und Sollen bilden eine Einheit, weil das Sollen das Sein vollständig absorbiert. Kelsen schildert eindringlich, wie sich der für das moderne Denken selbstverständliche und für unsere Idee von Recht und Rechtswissenschaft konstitutive Dualismus von Natur und Gesellschaft, Sein und Sollen, Kausalgesetzlichkeit und Normgesetzlichkeit erst allmählich und in Überwindung des

⁷ Kelsen, Vergeltung und Kausalität (Fn. 5), 66.

⁸ G. Dux, Die Logik der Weltbilder. Sinnstrukturen im Wandel der Geschichte, Frankfurt/M. 1982, 262.

⁹ J. Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns, Bd. I, Frankfurt/M. 1981, 79.

mythischen Denkens herausgebildet hat, namentlich in der Antike. Diese Befreiung vom Mythos ist eine doppelte. Auf der einen Seite erscheint die Natur nicht länger als von göttlichen Mächten gelenkt, sondern unterliegt dem Kausalitätsprinzip, also prinzipiell erforschbaren Zusammenhängen von Ursache und Wirkung – bis hin zu vollständiger technischer Weltbemächtigung. Und auf der anderen Seite kann der Mensch sich jedenfalls prinzipiell als schöpferischer Gestalter wie Ordner seiner eigenen Sozialwelt begreifen, sich Regeln und Normen selbst schaffen. Das Recht als Sonderform des Normativen läßt sich nun entsprechend autonom formen und deuten – jedenfalls prinzipiell. Derartige Vorstellungen der Selbstverfügung der Menschen über ihr Recht sieht Kelsen ebenfalls schon in der Antike, insbesondere im Denken der Sophisten aufscheinen – doch dieser sophistische Auftakt klingt rasch wieder ab.¹⁰ Er wird abgelöst durch das, was Kelsen den religiös-metaphysischen Dualismus nennt und wodurch er die folgenden Epochen beherrscht sieht.

Beginnend mit der Philosophie von Platon und Aristoteles kommt es in seinen Augen zu einem Rückfall, einer Regression gewaltigen Ausmaßes: es beginnt die Ära der idealistischen Metaphysik und in der Folge des Naturrechts. In einer einzigen weiten gedanklichen Ausholbewegung umfaßt Kelsen über 2000 Jahre Naturrechtslehre und rubriziert sie als Restbestand mythischen Denkens, als Akt der Unterwerfung unter einen höheren Willen.¹¹ In der archaischen Imagination der unter einer unverfügbaren Norm stehenden Welt erblickt Kelsen die im Grunde unausrottbare Wurzel des Naturrechtsgedankens. Für ihn hat es den Anschein, als flüchte sich der Mensch ins Naturrecht, um sich seiner Verantwortung für die soziale Welt zu entziehen, als scheue er vor der Aufgabe bewußter Gestaltung der politischen Ordnung zurück. In der Bezugnahme auf den Logos, auf Gott, auf einen höchsten Willen und eine absolute Gerechtigkeit manifestiert und reproduziert sich für Kelsen eine Kernstruktur primitiven Denkens. So wirkt der „Verblendungszusammenhang“ (Adorno) mythologischer Sinnbilder und Weltanschauungen in Gestalt des Naturrechts weiter fort. Naturrechtslehren erscheinen auf diese Weise als „rationalisierte Spätformen primitiver Weltauffassung“.¹²

Wann findet dieser Prozeß sein Ende? Erst mit der Durchsetzung eines aufklärerischen Denkens, der Überwindung des Naturrechts, mit dem Vordringen der „Kräfte des Verstandes“, des „Ideals der Objektivität“, des „Übergewichts der Logik“ und der „Tendenz zum Relativismus“.¹³

¹⁰ Dazu näher *Dreier*, Vom mythologischen Weltbild (Fn. 6), 135 ff.

¹¹ Dazu, dass Kelsen hier zu undifferenziert urteilt: *Dreier*, Vom mythologischen Weltbild (Fn. 6), 137 ff.

¹² *E. Topitsch*, Einleitung, in: Hans Kelsen, Staat und Naturrecht. Aufsätze zur Ideologiekritik (1964), 2. Aufl., München 1989, 11–27 (21).

¹³ Alle Zitate: *H. Kelsen*, Was ist die Reine Rechtslehre? (1953), in: H. Klecatsky/R. Mar-

Dies alles wertet Kelsen keineswegs in Hegelscher Manier als Eigenbewegung und Selbstentfaltung des Geistes oder einer anderen autonomen Ideenwelt, sondern sieht die dahinterliegenden gesellschaftlichen und politischen Prozesse, insbesondere die Durchsetzung des souveränen Staates, die geistigen Mächte der Aufklärung und den späteren Sieg des liberalen Bürgertums. In der Epoche der Aufklärung wird der Mensch zum Herrscher und Beherrscher seiner selbst, zum „autonomen Produzenten seiner Geschichtswelt“.¹⁴ Er schafft sich seine politische und soziale Ordnung im Wege einer Selbstermächtigung und kraft eigenen Willens.¹⁵ Dieses Moment gesamtgesellschaftlicher Autonomie sah Kelsen dann Jahrzehnte später durch verschiedenartige Ansätze einer „politischen Religion“ auf dramatische Weise gefährdet, wie sein postum erschienenes Buch über „Secular Religion“¹⁶ deutlich werden läßt. Das Werk ist im Grunde Ausdruck der tiefen Sorge, die Errungenschaften der Aufklärung könnten wieder verloren gehen.¹⁷

Von solchen Gefahren einer neuerlichen Regression einmal abgesehen, stellt sich für Kelsen die Entwicklung insgesamt so dar, dass es im Gefolge der umfassenden gesellschaftlichen Veränderungsprozesse in der Moderne zur – um mit Luhmann zu sprechen – „Vollpositivierung des Rechts“ kommt¹⁸ – nämlich zur Ausgestaltung des Rechts zu einer „seinem immanenten Sinn nach unbegrenzt wandelbare(n), den örtlich wie zeitlich veränderlichen Verhältnissen sich anpassende(n) Ordnung“.¹⁹

Herausragendes Merkmal ist die Veränderbarkeit des Rechts.²⁰ In der Moderne wird Recht disponibel, wird zum künstlichen Produkt eines sich autonom setzenden Willens, welche Gestalt auch immer er annimmt. Die diesem Autonomisierungsprozeß adäquate wissenschaftliche Betrachtung bildet Kel-

cic/H. Schambeck (Hg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl und Alfred Verdross, Bd. I, Wien u.a. 1968, 611–629.

¹⁴ Hasso Hofmann, Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung (1982), in: ders., Recht – Politik – Verfassung, Frankfurt/M. 1986, 93–121 (102).

¹⁵ Zu den verfassungsrechtlichen wie -geschichtlichen Implikationen insbesondere mit Blick auf die Prozesse der Verfassungsgebung in Nordamerika und Frankreich H. Dreier, Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung (2010), in: ders., Idee und Gestalt des freiheitlichen Verfassungsstaates, Tübingen 2014, 459–492 (463 ff.).

¹⁶ Hans Kelsen, Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Political Philosophy, Science and Politics as „New Religions“, Wien 2012.

¹⁷ Vertiefend H. Dreier, „Secular Religion“ im Kontext von Kelsens Gesamtwerk, in: C. Jabloner/T. Olechowski/K. Zeleny (Hg.), Secular Religion. Rezeption und Kritik von Hans Kelsens Auseinandersetzung mit Religion und Wissenschaft, Wien 2013, 1–18 (10 ff.).

¹⁸ Siehe N. Luhmann, Rechtssoziologie (1972), 2. Aufl., Opladen 1983, 90 ff., 207 ff.; Zitat: S. 201.

¹⁹ Hans Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (1928), in: Wiener Rechtstheoretische Schule I (Fn. 13), 281–350 (289).

²⁰ Das hat neben Kelsen vor allem Luhmann deutlich herausgearbeitet. Ein wahrer Meilenstein: N. Luhmann, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft (1970), in: ders., Soziologische Aufklärung 2. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft, Opladen

sens *Reine Rechtslehre*. Wie deren Wissenschaftsprogramm aussieht, wollen wir uns nun vergegenwärtigen.

2. Das Wissenschaftsprogramm der Reinen Rechtslehre

Zentral oder basal ist zunächst der Dualismus von Sein und Sollen. Das ist für Kelsen eine logisch unhintergehbare zwingende Differenz.²¹ Aus dem, was ist, folgt nicht, was sein soll. „Die Faktizität sagt juristisch eben gar nichts.“²² Hier erweist sich die rechtstheoretische Relevanz der in „Vergeltung und Kausalität“ historisch oder besser: sozialanthropologisch beschriebenen Ausdifferenzierung zwischen kausalen und normativen Deutungsmustern. Im Kern zeichnet die soziologische Untersuchung von 1941 also die zeitlich-lineare Entwicklung dieser für Recht und Rechtswissenschaft konstitutiven Dichotomie nach.

Zum zweiten muß die Rechtswissenschaft, wenn sie Schritt halten will mit der Entwicklung der anderen Wissenschaften, strikt objektiv verfahren. Es zeichnet die *Reine Rechtslehre* Kelsens aus, dass der Anspruch auf Wissenschaftlichkeit explizit und demonstrativ erhoben wird.²³ An denkbar herausgehobener Stelle, nämlich im Vorwort zur ersten Auflage von 1934, finden sich die in selbstbewußter Grundsätzlichkeit formulierten Worte, Ziel der *Reinen Rechtslehre* sei es von Anfang an gewesen die „Jurisprudenz [...] auf die Höhe einer echten Wissenschaft, einer Geistes-Wissenschaft zu heben“ und sie so dem „Ideal aller Wissenschaft, Objektivität und Exaktheit, soweit als möglich anzunähern“.²⁴ Gefährdungspotential für dieses Wissenschaftsprogramm erblickt Kelsen zum einen in der Vermengung von Aussagen über das Recht mit (rechts-)politischen Auffassungen und persönlichen Wertungen bis hin zu der tief eingewurzelten

Gewohnheit, im Namen der Wissenschaft vom Recht, unter Berufung also auf eine objektive Instanz, politische Forderungen zu vertreten, die nur einen höchst subjektiven Charakter haben können, auch wenn sie, im besten Glauben, als Ideal einer Religion, Nation oder Klasse auftreten.²⁵

1975, 113–153. Zu den diesbezüglichen Parallelen von Kelsen und Luhmann siehe *H. Dreier*, Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive, in: *Rechtstheorie* 14 (1983), 419–458.

²¹ Ausführlicher *H. Dreier*, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* (1986), 2. Aufl., Baden-Baden 1990, 31 ff., 52 ff., 81 ff., 98 ff.

²² *Hans Kelsen*, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920), 2. Aufl., Tübingen 1928, 71.

²³ Eingehend *H. Dreier*, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm, in: H. Schulze-Fielitz (Hg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, Berlin 2007, 81–114. Im folgenden übernehme ich einige Formulierungen aus diesem Beitrag.

²⁴ *Kelsen* (RR 1934), 3.

²⁵ *Kelsen* (RR 1934), 5.