



universität
wien

MASTERARBEIT

Titel der Masterarbeit

‘Ideologiekritik im Werk von Hans Kelsen’

verfasst von

Bakk. phil. Philipp Laner

Angestrebter akademischer Grad

Master of Arts (MA)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 066 941

Studienrichtung lt. Studienblatt: Masterstudium Philosophie

betreut von: Doz. Mag. Dr. Erik M. Vogt

Ideologiekritik im Werk von Hans Kelsen

Philipp Laner

Inhaltsverzeichnis

Einleitung.....	3
Kelsens aufklärerisches Anliegen	6
Voraussetzungen	9
Wissenschaft	9
Die Methodenreinheit.....	14
Werteagnostizismus	18
Naturrecht	24
Ideologiekritik.....	32
Demokratiethorie	41
Vorbemerkung.....	41
Die Freiheit	45
Das Volk.....	49
Die Fiktion der Repräsentation	52
Majoritätsprinzip und Parlamentarismus.....	55
Rousseau	59
Die Reine Rechtslehre	65
Vorbemerkung zum ideologiekritischen Charakter der Reinen Rechtslehre.....	65
Kurzcharakteristik der Reinen Rechtslehre	68
Der Dualismus von subjektivem und objektivem Recht.....	73
Der Dualismus von Staat und Recht	77
Die staatliche Souveränität	83
Primat des einzelstaatlichen Rechtes oder Primat des Völkerrechtes?.....	88
Carl Schmitt	98
Philosophiegeschichte.....	105
Vorbemerkung.....	105
Platon	106
Aristoteles	113
Schluss	122
Literaturverzeichnis.....	124
Abstract	128
Lebenslauf	130

Einleitung

Hans Kelsen (1881-1973) ist insbesondere als Begründer der Reinen Rechtslehre bekannt. Trotz der breiten Rezeption und dem großen Einfluss der Reinen Rechtslehre war und ist diese vor allem Anfeindungen ausgesetzt – schon bei ihrem Erscheinen wie auch fast hundert Jahre später. Die Bezeichnung Rechtspositivismus erweckt einen fahlen Beigeschmack. Der Grund dafür liegt aber in einem (sehr oft absichtlichem) Unverständnis der Kelsenschen Lehre gegenüber. Ein gängiger Topos ist, Kelsen hätte die Idee der Gerechtigkeit aus der Rechtswissenschaft verwiesen, für Kelsen sei jedes Recht potentiell ein geltendes Recht, ganz unabhängig von seinem Inhalt. Der Rechtspositivismus würde einem nazistischen Staat die gleiche Geltung zusprechen wie einem demokratisch organisierten Rechtsstaat. Diese Behauptung verkennt aber nicht nur willentlich die großen Bemühungen Kelsens im Kampf gegen autoritäre Tendenzen und für die Demokratie. Sie verkennt zudem das eigentliche Ziel der Reinen Rechtslehre, welches in einer Ausweitung und Intensivierung der Kritisierbarkeit sozialer und normativer Ordnungen besteht und niemals in deren Einengung. Kelsens Methode besteht zum größten Teil darin, die falsche Selbstdeutung sozialer und normativer Systeme durch eine Adäquate zu ersetzen. Deshalb wird die Gerechtigkeit verabschiedet, denn ein Staat kann niemals Anspruch darauf erheben, der Gerechtigkeit zu entsprechen oder diese gar zu verwirklichen. Als Forderung und gewissermaßen als regulative Idee bleibt die Gerechtigkeit aber erhalten¹, insbesondere darf

¹ Kelsens Position kann durchaus mit derjenigen von Derrida verglichen werden: „Aus diesem Paradoxon folgt, dass man niemals in der Gegenwart sagen kann: eine Entscheidung oder irgendjemand sind gerecht (das heißt frei und verantwortlich); und noch weniger: „ich bin gerecht“. Statt „gerecht“ kann man „gesetzmäßig“ oder „legitim“ sagen, in Übereinstimmung mit einem Recht, mit Regeln und Konventionen, die ein Berechnen ermöglichen, deren (be)gründender Ursprung aber das Problem der Gerechtigkeit lediglich aufschiebt. Denn im Augenblick der Gründung oder der Einrichtung dieses Rechts, wird sich genau dieses Problem der Gerechtigkeit gestellt haben, wird es gewaltsam gelöst worden sein, also begraben, verborgen, verdrängt. Das beste Paradigma ist hier das der Gründung der Nationalstaaten oder der Akt, der den Grund für eine Verfassung legt und jenes instauriert, was man im Französischen état de droit (und im Deutschen Rechtsstaat) nennt.“ Derrida. Gesetzeskraft. Suhrkamp. Frankfurt am Main. 1991. S. 48.

Und: „Die Gerechtigkeit bleibt im Kommen, sie muss noch kommen, sie hat, sie ist Zu-kunft sie ist die Dimension ausstehender Ereignisse deren Kommen irreduktibel ist. „Vielleicht“ – wenn es um (die) Gerechtigkeit geht, muss man immer „vielleicht“ sagen. Die Gerechtigkeit ist der Zukunft geweiht (...).“ S. 56f

nicht vergessen werden, dass Kelsen die Legitimation und den Wert der Demokratie anhand seiner (relativistischen) Gerechtigkeitsauffassung begründet.² Insofern kommt der Gerechtigkeit, wenn auch nur eine vorläufig angenommene Auffassung von Gerechtigkeit, nämlich: „die Gerechtigkeit der Freiheit, die Gerechtigkeit des Friedens, die Gerechtigkeit der Demokratie, die Gerechtigkeit der Toleranz“³, eine überragende Rolle in Kelsens Demokratietheorie zu.⁴

Beide, Rechtstheorie und Demokratietheorie, dienen aber vor allem kritischer Absichten, nicht legitimierender. Kelsen geht es in erster Linie nicht um die richtige Gestaltung politischer Systeme, sondern um deren richtige Erkenntnis, d.h. um deren richtige Beschreibung. Da soziale Systeme aber häufig ihre eigene Beschreibung mitliefern, muss diese oft falsche Selbstdeutung berichtigt werden. Das nennt Kelsen Ideologiekritik. Kritisiert

Während bei Kelsen allerdings der Grund für die Unmöglichkeit einen gegenwärtigen Zustand als gerecht zu bezeichnen in der Unmöglichkeit liegt, die Gerechtigkeit zu erkennen, sie zu definieren, scheint bei Derrida der Grund dafür in der Unüberbrückbarkeit zwischen Endlichkeit und Unendlichkeit zu liegen: „Eine gerechte, angemessene Entscheidung ist immer sofort, unmittelbar erforderlich, „right away“. Sie kann sich nicht zuerst eine unendliche Information besorgen, das grenzenlose Wissen um die Bedingungen, die Regeln, die hypothetischen Imperative, die sie rechtfertigen könnten. Selbst wenn sie über ein solches Wissen verfügen würde, selbst wenn sich die hierzu nötige Zeit ließe und das notwendige Wissen sich aneignete, so wäre trotzdem der Augenblick der Entscheidung – so wäre trotzdem dieser Augenblick als solcher stets ein endlicher Augenblick der Dringlichkeit und der Überstürzung; zumindest, wenn man voraussetzt, dass er nicht die Konsequenz oder die Wirkung dieses theoretischen oder historischen Wissens, dieses Nachdenkens oder dieses Überlegens sein kann – sein darf, und dass er immer eine Unterbrechung der juristisch-, ethisch- oder politisch-kognitiven Überlegung, die ihm vorausgehen muss und vorausgehen soll, darstellt.“ S. 54

Die Ähnlichkeit zwischen der Position Kelsens und der Derridas geht aber noch weiter, da sich auch bei Kelsen ein Argument findet, wonach selbst bei der (hypothetisch vorausgesetzten) Kenntnis des materiellen Inhalts der Gerechtigkeit aus formalen Gründen diese sich nicht verwirklichen lässt, und zwar weil die allgemeine Norm einer Individuation bedarf, diese aber immer eine Interpretation ist und nicht bloß eine Deduktion. Siehe das Kapitel „Naturrecht“.

² „Absolute Gerechtigkeit ist ein irrationales Ideal. Vom Standpunkt rationaler Erkenntnis gibt es nur menschliche Interessenkonflikte. Für deren Lösung stehen nur zwei Wege zur Verfügung: entweder das ein Interesse auf Kosten des anderen zu befriedigen, oder ein Kompromiss zwischen beiden herbeizuführen. Es ist nicht möglich, zu beweisen, dass nur die eine, nicht aber die andere Lösung gerecht ist. Wenn sozialer Friede als höchster Wert vorausgesetzt wird, mag die Kompromisslösung als gerecht erscheinen. Aber auch die Gerechtigkeit des Friedens ist nur eine relative, keine absolute Gerechtigkeit.“ Hans Kelsen. Was ist Gerechtigkeit?. Reclam. Stuttgart. 2000. S. 49

„Das moralische Prinzip, das einer relativistischen Wertlehre zugrunde liegt oder aus ihr gefolgert werden kann, ist das Prinzip der Toleranz, das ist die Forderung, die religiöse oder politische Anschauung anderer wohlwollend zu verstehen, auch wenn man sie nicht teilt, ja gerade, weil man sie nicht teilt, und daher ihre friedliche Äußerungen nicht verhindern. Es versteht sich von selbst, dass sich aus einer relativistischen Weltanschauung kein Recht auf absolute Toleranz ergibt; Toleranz nur im Rahmen einer positiven Rechtsordnung, die den Frieden unter Rechtsunterworfenen garantiert, indem die ihnen jede Gewaltanwendung verbietet, nicht aber die friedlich Äußerung ihrer Meinung einschränkt. Toleranz bedeutet Gedankenfreiheit.“ S. 50

³ S. 52

⁴ Freilich scheint Kelsen dem Begriff der „Freiheit“ den Vorrang zu geben. Allerdings, nach der Kritik der demokratischen Ideologie und der Metamorphose des Freiheitsbegriffes, nur im Sinne einer gewissermaßen regulativen Idee. Siehe unten das Kapitel „Die Freiheit“

wird demnach immer nur eine Beschreibung, keine realen Gegebenheiten. Deshalb zielt Kelsens Ideologiekritik nicht auf eine inhaltliche Willensbildung ab, sondern auf richtige und wertfreie Beschreibung, welche wiederum Bedingung der Möglichkeit autonomer Entscheidung und Willensbildung ist.

Diese Arbeit bezweckt eine Darstellung der Kelsenschen Ideologiekritik und deren wichtigste Ergebnisse. Dazu wird es nötig sein einige Voraussetzungen der Kelsenschen Ideologiekritik aufzuzeigen. Der erste Abschnitt wird sich damit befassen.

Der zweite Abschnitt stellt Kelsens Verwendung der Begriffe Ideologie und Ideologiekritik vor. Die weiteren Abschnitte werden sich mit der Anwendung und Resultaten dieser Ideologiekritik befassen.

Der dritte Abschnitt präsentiert die Ergebnisse der ideologiekritischen Untersuchungen hinsichtlich der „demokratischen Ideologie“.

Der vierte Abschnitt beschäftigt sich mit den ideologiekritischen Gehalten der Reinen Rechtslehre.

Im fünften und letzten Abschnitt werden Untersuchungen Kelsens zur Geschichte der politischen Philosophie präsentiert.

Kelsens aufklärerisches Anliegen

Kelsen begann seine wissenschaftliche Tätigkeit in Wien um 1900. Um das Anliegen Kelsens, sein politisches, wissenschaftliches und im weitesten Sinne pädagogisches Bemühen, angemessen zu verstehen, bedarf es einer Vergegenwärtigung der damaligen gesellschaftlichen, politischen und weltanschaulichen Situation. Bei einer Einbeziehung der intellektuellen Landschaft Wiens zur damaligen Zeit wird ersichtlich, dass Kelsens Schaffen einer Tendenz zuzurechnen möglich ist und dass es als ein Aufklärerisches bezeichnet werden kann.

Wien um 1900 war eine Stadt „der extremen Pluralitäten und Polaritäten. Einerseits war die Bevölkerung höchst politisiert, wie an der Arbeiterbewegung und an der Frauenbewegung abzulesen war, andererseits hatte vor allem das Bürgertum, dessen Handlungsfähigkeit und liberale Ideen man unterdrückt hatte, jegliches politisches Interesse verloren (...). Der Liberalismus hatte im Jahr 1901, als Kelsen sein Studium der Rechte aufnahm, schon lange die politische Bühne verlassen müssen. Einzig in der Kunst und in der Wissenschaft konnten seine Ideen erhalten und – auch in Zusammenarbeit mit der jungen Sozialdemokratie – weiterentwickelt werden. Diese beiden Bereiche waren fortan die Bastion der Spätaufklärung.“⁵

Doch freilich waren auch in den Wissenschaften revolutionäre Neuerungen keinesfalls erwünscht. Die alte und brüchige Donaumonarchie war bestrebt, sich noch länger zu halten. Neues war gefährlich, insbesondere, falls dieses Neue eine grundsätzliche Änderung der Weltanschauung und der politischen Orientierung verursachen hätte können. Kelsens Werke müssen also immer vor dem Hintergrund einer monarchischen Staatsform und deren Legitimationsstrategien gelesen werden: „Barocke Verklärung des Kaisers und seiner gottgegebenen Allmacht, mangelnde Transparenz im Staat und nicht vorhersehbares

⁵ T. Ehs. Hans Kelsen und die politische Bildung S. 79

Verwaltungshandeln machten den Hintergrund aus, vor dem Freuds Lehre entstehen konnte; aber nicht nur seine, sondern eben auch jene Kelsens oder die Schriften Schnitzlers, die Architektur Loos', oder die Musik Schönbergs. So wie die Psychoanalyse Aufklärung und Entdeckung, eine Bloß- und Freilegung, ja Entzauberung bedeutete, indem sie unter die Oberfläche ins Unbewusste scheute und den Blick ins Innere vornahm, war Kelsens Ansatz, den er schon in der Volksbildung und später in seinen Schriften verfolgte, eine ebensolche Bewusstmachung ungekannter Prozesse, nämlich der Vorgänge im Staat, ein Blick ins Innere des Rechts.“⁶

Ehs macht in diesem Zitat auf zwei wichtige Punkte aufmerksam: Zum einen die Gemeinsamkeit mit anderen Wissenschaften (auch den Künsten) in der Intention und in formaler Hinsicht, und Kelsens Engagement in der Volksbildung. Zum ersten schreibt Ehs: „Was diese Vertreterinnen und Vertreter der Moderne gemein haben und was Kelsen zu ihnen zählen lässt, ist ihr Ziel der Rationalisierung, des Formalismus und des Purismus, letztlich der Aufklärung und Säkularisierung.“ Metaphysik wird als unzulässig abgetan, die Tradition wird kritisch beleuchtet und die Gesellschaft als menschengemacht gesehen. Die Wissenschaft dient dieser Destruktion des weltanschaulich nicht mehr Tragbaren und der Aufklärung der Menschen. Ehs weiter: „Was Kelsen mit seinen Mitstreiterinnen und Mitstreitern der Moderne verband, war ihr Einsatz für eine Rationalisierung des Weltbildes. Sie kämpften für eine Entmythologisierung, um unzulässige Hypostasierungen und irrationale Vorstellungen als solche zu entlarven. (...) Es ging diesen Spätaufklärerinnen und Spätaufklärern darum, den Menschen zu vermitteln, selbständig und selbsttätig zu werden, zu Bewusstsein zu bringen, dass man weder sich selber beziehungsweise seinem Schicksal noch dem Staat ausgeliefert ist, sondern dass man mit den bestehenden Gesetzen (und in einem demokratischen Prozess noch zu schaffenden Gesetzen) als Spielregeln Eingriff in sein Leben und sein Verhältnis zur Gesellschaft, demnach in sein staatliches Leben als Bürger oder Bürgerin, nehmen kann.“⁷

Um aber eine demokratische Gesellschaft zu bilden und zu erhalten müssen die Bürger aufgeklärt sein und ein Mindestmaß an Bildung haben, insbesondere an politischer Bildung. Kelsen engagiert sich aktiv in der Wiener Volksbildung und er fordert politische Bildung bereits in den Schulen ein: „Was den Schülern, insbesondere denen mittlerer Schulen Not

⁶ S. 82f

⁷ S. 83

tut, ist ein Überblick über die wichtigsten Resultate der Sozialwissenschaften und insbesondere der Staatswissenschaften: eine enzyklopädische Behandlung der Volkswirtschaftslehre, der Volkswirtschaftspolitik, die Grundbegriffe der Finanzwirtschaft und die allgemeinen Elemente der Staats- und Gesellschaftslehre. Dazu die Grundzüge der Verfassung und Verwaltung des eigenen Staates, denen zweckmäßig eine kurze Erläuterung der allgemeinen Rechtsbegriffe voranzuschieben und eventuell die wichtigsten Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs und Strafrechts anzuschließen sind.“⁸ Kelsens Stil zeugt übrigens von dem ehrlichen Willen verstanden zu werden, nie versucht er komplizierter zu sein als nötig, philosophische Tiefe ist für ihn kein Selbstzweck.

Die Aufwertung der Kritikfähigkeit des Einzelnen geht bei Kelsen soweit, dass er es letztlich jedem Bürger selbst anheimstellt, über die Geltung des Rechtssystems zu entscheiden (was freilich dessen Wirksamkeit nicht beeinträchtigt): „Die Entkoppelung des Rechts von der Ethik führt mithin nicht zu seiner Absolutsetzung – sie schafft vielmehr die Möglichkeit der Distanzierung.“⁹ Die Geltung des Rechts wird so nicht mehr an absolute Werte oder Wesenheiten festgemacht, sondern an die bewusste und aufgeklärte Haltung des Einzelnen, was durchaus im Einklang mit Kelsens Menschenbild steht, in welchem „der Einzelne wie auch das Recht, das er schafft, autonom und selbstreferentiell [ist]. Der moderne Mensch ist zurückgeworfen auf sich selbst.“¹⁰ Auf Kelsens Theorie zur Geltung eines Rechtssystems wird weiter detaillierter eingegangen.

Kelsens aufklärerischer Impetus besteht zum einen in dem Aufweis der Relativität aller Werte, das heißt auch der Gesetztheit aller Normen, zum anderen in einer ideologiekritischen Methode. Verschiedene geistige Gebilde, verschieden Lehren werden untersucht. Das Ergebnis ist dabei immer die Einsicht inwiefern der Anspruch der jeweiligen Lehre mit der Wirklichkeit derselben übereinstimmt.

Der folgende Abschnitt wird Kelsens wissenschaftstheoretische Voraussetzungen erläutern.

⁸ S. 97

⁹ S. 95

¹⁰ S. 86

Voraussetzungen

Wissenschaft

Kelsen behauptete von sich selbst, die Wissenschaft sei ihm das Wichtigste in seinem Leben. Durch all seine Schriften ziehen sich Bekundungen seiner Achtung für die Wissenschaften. Eines der Hauptanliegen der Reinen Rechtslehre ist es dem Ideal der Wissenschaften zu entsprechen, endlich die Jurisprudenz auf den Rang einer Wissenschaft zu erheben (was er mit der Reinen Rechtslehre auch erreicht zu haben glaubt). Auch in seinen demokratietheoretischen Schriften räumt Kelsen den Wissenschaften einen bedeutenden Platz ein, und zwar insofern, als er nur in einem demokratischen System die Freiheit der Wissenschaften garantiert sieht. Und nicht zuletzt geht aus Kelsens ideologiekritischen Schriften hervor, dass Wissenschaft für ihn auch das wirksamste Mittel gegen Ideologie ist. Heute wird man einer derartigen unumschränkten „Wissenschaftsgläubigkeit“, einem derartigen Wissenschaftsoptimismus, wohl nicht mehr ohne weiteres zustimmen können, insbesondere die Rede von der „Objektivität“ der Wissenschaften ist zumindest fragwürdig. Auch die These, dass Wissenschaft nur in einer demokratischen Gesellschaft funktioniert, scheint sich als falsch herausgestellt zu haben. Und zuletzt ist wohl auch die Freiheit der Wissenschaften in der Demokratie keine gänzliche Freiheit, denn wenn auch nicht von staatlicher Seite alle Forschungsziele vorgegeben werden, so immerhin zunehmend von privatwirtschaftlicher. Ob also von Freiheit der Wissenschaft in einem so emphatischen Sinne geredet werden kann, wie dies Kelsen tut, soll dahingestellt sein. Hier soll nicht die reale Situation der heutigen Wissenschaften untersucht werden, sondern Kelsens Auffassung, die man letztlich vielleicht eher als eine Werbung für ein bestimmtes Wissenschaftsideal verstehen kann, als eine Beschreibung einer tatsächlich gegebenen Situation.

Kelsen scheidet die Wissenschaften prinzipiell in Kausalwissenschaften und Normwissenschaften. Diese Unterscheidung hat ihren Grund in seiner nicht weiter

begründeten Annahme, dass dem Menschen der Unterschied zwischen Sein und Sollen grundsätzlich erschlossen ist. Was es heißt „etwas *ist*“ wird immer schon verstanden und kann nicht weiter erklärt werden, gleichermaßen verhält es sich mit der Bedeutung von „etwas *soll sein*“. Daher ist auch eine Rückführung des Sollens auf das Sein unmöglich. Die Grundbegriffe des Seins Bereiches und des Sollens Bereiches werden ohne Erklärung verstanden, sie können nicht weiter erklärt werden und bedürfen daher auch keiner Erklärung.

Kelsen bezeichnet nun alle Wissenschaften, die sich mit der Sphäre des Seins beschäftigen, als Naturwissenschaften (oder Kausalwissenschaften), und solche, die sich mit der Sphäre des Sollens beschäftigen, als Normwissenschaften. Die Naturwissenschaften beschreiben alle ihren Gegenstand anhand des Prinzips der *Kausalität*: „Natur ist, nach einer der vielen Definitionen dieses Gegenstandes, eine bestimmte Ordnung der Dinge, oder ein System von Elementen, die miteinander als Ursache und Wirkung, das heißt also nach einem Prinzip verknüpft sind, das man als Kausalität bezeichnet. Die sogenannten Naturgesetze, mit denen die Wissenschaft diesen Gegenstand beschreibt, wie z.B. der Satz: wenn ein Metall erwärmt wird, dehnt es sich aus, sind Anwendungen dieses Prinzips. Die Beziehung zwischen Wärme und Ausdehnung ist die von Ursache und Wirkung.“¹¹ Kelsen fragt weiter, ob die „Gesellschaftswissenschaften“¹² zu den Naturwissenschaften gezählt werden müssen und er kommt zum Ergebnis: „Sofern eine Wissenschaft menschliches Verhalten in dieser Weise beschreibt und erklärt und, weil sie das gegenseitige Verhalten der Menschen zum Gegenstand hat, als Gesellschaftswissenschaft qualifiziert wird, kann eine solche Gesellschaftswissenschaft nicht als wesensverschieden von den Naturwissenschaften gelten.“¹³ Allerdings: „Wenn es eine Gesellschaftswissenschaft gibt, die von der Naturwissenschaft verschieden ist, muss sie ihren Gegenstand nach einem Prinzip beschreiben, das von dem der Kausalität verschieden ist. Als Gegenstand einer solchen von der Naturwissenschaft verschiedenen Wissenschaft ist Gesellschaft eine normative Ordnung menschlichen Verhaltens.“¹⁴ Dieses andere Ordnungsprinzip erkennt Kelsen in der *Zurechnung*.

¹¹ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage von 1960. Unveränderter Nachdruck 1976. Verlag Franz Deuticke. Wien. S. 78

¹² S. 79

¹³ S. 79

¹⁴ S. 79

Beide, Kausalwissenschaften und Normwissenschaften gliedern sich weiter auf in Einzeldisziplinen. Eingehender befasst hat sich Kelsen mit einer Kausalwissenschaft, mit der Soziologie (er veröffentlichte ein umfangreicheres soziologisches Werk mit dem Titel „Vergeltung und Kausalität“). Die Normwissenschaften ihrerseits gliedern sich in Rechtswissenschaft, Morallehre und Theologie, wobei Kelsen die Theologie nur beiläufig erwähnt.

Das folgende Zitat soll noch einmal Kelsens Einteilung der Wissenschaften verdeutlichen: „Ist das Prinzip der Kausalität einmal erkannt, ist es auch auf menschliches Verhalten anwendbar. Psychologie, Ethnologie, Geschichte, Soziologie sind Wissenschaften, die menschliches Verhalten zum Gegenstand haben, insoweit es durch Kausalgesetze bestimmt ist, das heißt: im Bereich der Natur oder natürlicher Wirklichkeit vor sich geht. Wenn eine Wissenschaft als Gesellschaftswissenschaft bezeichnet wird, weil sie auf das gegenseitige Verhalten der Menschen gerichtet ist, unterscheidet sich eine solche Gesellschaftswissenschaft, sofern sie menschliches Verhalten kausal zu erklären sucht, wie schon hervorgehoben, nicht wesentlich von Naturwissenschaften, wie Physik oder Biologie oder Physiologie. Bis zu welchem Grade eine solche Kausalerklärung menschlichen Verhaltens möglich ist, ist eine andere Frage. Der Unterschied, der in dieser Hinsicht zwischen den erwähnten Gesellschaftswissenschaften und den Naturwissenschaften besteht, ist jedenfalls ein gradueller, kein prinzipieller. Ein Wesensunterschied besteht nur zwischen Naturwissenschaften und Gesellschaftswissenschaften, welche das gegenseitige Verhalten der Menschen nicht nach dem Prinzip der Kausalität, sondern nach dem der Zurechnung deuten, Wissenschaften, die nicht beschreiben, wie menschliches Verhalten, bestimmt von Kausalgesetzen, im Bereich natürlicher Realität vor sich geht, sondern wie es, bestimmt von positiven, das heißt: durch menschliche Akt gesetzten Normen vor sich gehen soll.“¹⁵ Wichtig ist hier, dass die Rechtswissenschaft keine Normen setzt, sondern diese bloß beschreibt. Diese Normen sind aber allesamt positive Normen, also von Menschen gesetzte: „Werden sie [Ethik und Rechtswissenschaften] als normative Wissenschaften bezeichnet, so bedeutet dies nicht, dass sie Normen für menschliches Verhalten setzen und so bestimmtes menschliches Verhalten vorschreiben, ermächtigen oder positiv erlauben, sondern dass sie gewisse, durch menschliche Akte gesetzte Normen und die durch sie geschaffene

¹⁵ S. 89f

Beziehungen zwischen den Menschen beschreiben. Der Theoretiker der Gesellschaft, als Moral- oder Rechtstheoretiker, ist keine soziale Autorität.“¹⁶

Zurechnung unterscheidet sich von Kausalität in mehreren Hinsichten. „Das Prinzip der Kausalität besagt, dass, wenn A ist, so B ist (oder sein wird) [mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit, müsste man wohl hinzufügen]. Das Prinzip der Zurechnung besagt, dass wenn A ist, B sein soll.“¹⁷ Im Falle der Zurechnung bedeutet das: Wenn ein Gesetz x gegeben ist, und y eintritt, so soll ein Zwang auf z ausgeübt werden. Wichtig ist dabei zu beachten, dass z nicht mit y identisch sein muss (beispielsweise Haften Eltern für ihre Kinder, das heißt die Zurechnung erfolgt auf die Eltern.). Die Zurechnung erfolgt auf z. Außerdem bezieht sich das Sollen nur auf den Zwang. Der Zwang wird „gesollt“ denn ein Rechtssatz sagt beispielsweise nicht: ‚Du sollst nicht stehlen‘, sondern: ‚wenn du stiehlt, sollst du bestraft werden‘. Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass eine Kausalreihe prinzipiell unendlich ist, eine Zurechnung aber einen Endpunkt hat.¹⁸

Der von der Rechtswissenschaft beschriebene Sollens Bereich unterscheidet sich von anderen Sollens Bereichen (etwa dem der Moral oder dem der Religion) durch das konstitutive Moment des Zwanges. Das Recht ordnet im Falle der Überschreitung einen Zwang an. Ist das Recht hinreichend ausgearbeitet und stehen für dessen Durchsetzung arbeitsteilige Organe bereit, ist also eine hinreichende Konzentration erreicht, spricht man von einem Staat, welcher in erster Linie eine Zwangsordnung ist.¹⁹

Kelsens Wissenschaftsauffassung wird man wohl heute nicht mehr teilen können, weder die behauptete Objektivität der Wissenschaften, noch seine Forderung wonach sich alle Wissenschaften an den Naturwissenschaften zu orientieren hätten, auch die Gleichsetzung von wissenschaftlichem Fortschritt mit kulturellem oder sozialen Fortschritt scheint zumindest zweifelhaft zu sein. Die Forderung an die Wissenschaften heranzutragen, sich

¹⁶ S. 90

¹⁷ S. 93

¹⁸ S. 94

¹⁹ Ähnlich Max Weber: „Uns soll für den Begriff ‚Recht‘ (der für andre Zwecke ganz anders abgegrenzt werden mag) die Existenz eines Erzwingungs-Stabes entscheidend sein. Dieser braucht natürlich in keiner Art dem zu gleichen, was wir heute gewohnt sind. Insbesondere ist es nicht nötig, dass eine ‚richterliche‘ Instanz vorhanden sei. (...) Dem ‚Völkerrecht‘ ist bekanntlich die Qualität als ‚Recht‘ immer bestritten worden, weil es an einer überstaatlichen Zwangsgewalt fehle.“ Max Weber. Wirtschaft und Gesellschaft. Wunderkammer Verlag. Frankfurt am Main. 2010. S. 25

politischer Einflussnahme zu entziehen, viel eher aufklärerisch zu wirken, ist aber von steter Aktualität.

Die Methodenreinheit

Im Vorwort zur ersten Auflage der *Reinen Rechtslehre* schreibt Kelsen: „Von allem Anfang an war dabei mein Ziel: Die Jurisprudenz, die – offen oder versteckt – in rechtspolitischem Raisonnement fast völlig aufging, auf die Höhe einer echten Wissenschaft, einer Geisteswissenschaft zu heben. Es galt, ihre nicht auf Gestaltung, sondern ausschließlich auf die Erkenntnis des Rechts gerichteten Tendenzen zu entfalten und deren Ergebnisse dem Ideal aller Wissenschaft, Objektivität und Exaktheit, soweit als irgend möglich anzunähern.“²⁰

Diese angestrebte Wissenschaftlichkeit seiner Rechtslehre ist eines der grundsätzlichen Anliegen Kelsens, und so führt seine Lehre denn auch das methodische Programm im Namen: Kelsen bezeichnet seine Lehre als die „*Reine Rechtslehre*“. *Rein* deshalb, weil die Jurisprudenz von allen ihr fremden Disziplinen befreit werden soll. Das hat zur Folge, dass eine Berufung auf ein Naturrecht genauso ausgeschieden wird, wie ein Rückgriff auf die Metaphysik, dass die Psychologie gleich wenig in der Rechtswissenschaft zu sagen hat wie die, von Kelsen besonders vehement zurückgedrängte, Soziologie.

Sicher leugnet Kelsen nicht die Wichtigkeit der Soziologie in anderen Bereichen, etwa wenn es darum geht zu erörtern unter welchen Umständen welche Gesetze befolgt werden, oder ähnliches.²¹ Wogegen er aber anschreibt, ist ein Methodensynkretismus in der Jurisprudenz, d.h. er bekämpft den Anspruch anderer Wissenschaften auf „Mitspracherecht“ im genuinen Feld der Rechtserkenntnis.

²⁰ Hans Kelsen. *Reine Rechtslehre*. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage von 1960. Unveränderter Nachdruck 1976. Verlag Franz Deuticke. Wien. Vorwort S. 3

²¹ Die Rechtssoziologie charakterisiert Kelsen so: „Rechtssoziologie setzt die von ihr zu erfassenden Seins Tatbestände nicht zu gültigen Normen, sondern zu anderen Seins Tatbeständen als Ursache und Wirkung in Relation. Sie fragt etwa, durch welche Ursachen bestimmt, ein Gesetzgeber gerade diese und keine andere Normen erlassen hat und welche Wirkungen seine Anordnungen gehabt haben. Sie fragt, in welcher Weise wirtschaftliche Tatsachen, religiöse Vorstellungen die Tätigkeit der Gesetzgeber und Gerichte faktisch beeinflussen, aus welchen Motiven heraus die Menschen ihr Verhalten der Rechtsordnung anpassen oder nicht. Es ist somit nicht eigentlich das Recht selbst, das den Gegenstand dieser Erkenntnis bildet, es sind gewisse Parallelphänomene in der Natur.“ Der Begriff „Parallelphänomen“ würde freilich einer näheren Erörterung bedürfen. S. 108

Wenn es etwa darum geht, zu erkennen, welche Elemente grundsätzlich einen Rechtssatz bilden, was einen Staat ausmacht, oder möglicherweise das Verhältnis des Völkerrechtes zur behaupteten Souveränität der Nationalstaaten geklärt werden soll, so kann dies einzig und allein im Rahmen der Rechtswissenschaft und ihrer Methoden erfolgen, andere Wissenschaften können hierzu keinen Beitrag leisten. Versuchen sie es dennoch, so sieht Kelsen vor allem verschleierte politische und weltanschauliche Motive darin.

Für Kelsen ist die Methodenreinheit der Rechtswissenschaften nicht eine Option unter anderen. Man kann seinem Dafürhalten nach sich nicht entscheiden, ob man einen Gegenstand mit dieser Methode, einer anderen oder gar mit mehreren verschiedenen beschreibt - denn die Methode schafft erst den Gegenstand. Kelsen schreibt: „Da diese Untersuchungen rein juristische sein wollen, kommt der Staat hier nur als Gegenstand der Rechtswissenschaft in Betracht. Es bleibe völlig dahingestellt, ob unter „Staat“ noch etwas anderes als ein Rechtsbegriff verstanden werden kann, oder ob – um mit der herrschenden Terminologie zu sprechen – der Staat neben seiner rechtlichen noch eine andere „Seite“ habe. Diese Theorie, die „den“ Staat zugleich als ein natürliches Faktum und eine juristische Person behauptet und so ein natürliches Faktum und eine juristische Person behauptet und so ein und dasselbe Objekt zum Gegenstand zweier der Methode nach gänzlich auseinanderfallender Erkenntnisweisen, zweier verschiedener Betrachtungsrichtungen: einer soziologisch-naturwissenschaftlichen und einer normativ-juristischen, macht, verstößt gegen den Fundamentalsatz aller Erkenntnistheorie, dass der Gegenstand der Erkenntnis durch die Erkenntnisrichtung bestimmt sei und dass daher zwei verschiedene Methoden, wie die naturwissenschaftlich-kausale und die juristisch-normative nicht ein und denselben Gegenstand – etwa den Staat „an sich“ – sondern zwei ebenso verschieden Gegenstände erzeugen müssen, die mit dem gleichen Namen „Staat“ zu bezeichnen, nur ein irreführender Fehler sein kann.“²² Genaue Bestimmungen der spezifisch juristischen Methode gibt Kelsen allerdings nicht. Worauf diese Forderung der Methodenreinheit aber abzielt, ist klar: auf eine ideologiefreie Beschreibung des Rechts als einem autonomen Geistesbereich. Dadurch

²² H. Kelsen. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Verlag von J.C.B. Mohr(Paul Siebeck). Tübingen.1920. S. 10f

erkläre sich auch der Widerstand gegen seine Rechtslehre, der „von einer in der Geschichte der Rechtswissenschaft fast beispiellosen Leidenschaftlichkeit“²³ geführt worden sei.²⁴

So will die Reine Rechtslehre also eine Theorie des positiven Rechts sein: „des positiven Rechts schlechthin, nicht einer speziellen Rechtsordnung. (...) Als Theorie will sie ausschließlich und allein ihren Gegenstand erkennen. Sie versucht, die Frage zu beantworten, was und wie das Recht ist, nicht aber die Frage, wie es sein oder gemacht werden soll. Sie ist Rechtswissenschaft, nicht aber Rechtspolitik.“²⁵

Kelsen hat in verschiedenen Kapiteln seines umfangreichen Werkes versucht, diese Methodenreinheit der Rechtswissenschaften sicherzustellen, einige Arbeiten sind auch ausschließlich hinsichtlich dieser Absicht verfasst, so z.B. seine frühe Arbeit *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (1911) oder das 1922 erschienene Werk *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*.

In seiner kleineren Schrift *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* versucht Kelsen die Rechtswissenschaft von der Soziologie abzugrenzen. Im Allgemeinen, schreibt Kelsen, wäre die Reflexion über die bestimmte Methode in den Wissenschaften, nicht unbedingt nötig, um richtige Ergebnisse zu erzielen.²⁶ Dennoch ist das Problem der Methode „nach einer bestimmten Richtung hin von größter Bedeutung“²⁷, nämlich hinsichtlich der „Grenzgebiete jener Disziplinen, die in Bezug auf ihren Gegenstand miteinander in Berührung stehen, durch die Verschiedenheit ihrer Betrachtungsweisen aber voneinander getrennt sind.“²⁸ Besonders in den Sozialwissenschaften fänden sich derartige „Gebiete, auf denen zwei Disziplinen aufeinander stoßen, ineinander übergehen, ohne dass

²³ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage von 1960. Unveränderter Nachdruck 1976. Verlag Franz Deuticke. Wien. Vorwort S. 3

²⁴ „Nicht um die Stellung der Jurisprudenz innerhalb der Wissenschaften (...) geht in Wahrheit der Streit – wie es freilich den Anschein hat; sondern um das Verhältnis der Rechtswissenschaft zur Politik, um die saubere Trennung der einen von der anderen, um den Verzicht auf die eingewurzelte 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.“ Vorwort. S. 4

²⁵ S. 1

²⁶ „Und wenn die Methode in der Wissenschaft so etwas ist, wie die Technik in der Kunst, wird man irgendeinen Spezialforscher, der sich um die Methodologie seiner Disziplin nicht allzu sehr kümmert, nicht ohne gewisse Berechtigung mit dem Hinweis darauf rechtfertigen, dass es auch nicht die schlechtesten Künstler sind, die von ihrer Technik keine Ahnung haben.“ H. Kelsen. Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen. 1911. S. 1

²⁷ S. 2

²⁸ S. 2

deutliche – vergleichsweise gesprochen – „natürliche“, d.h. eben im Objekt selbst gegebene Grenzen das eine Gebiet vom anderen trennen. Nur „künstliche“ Schranken, deren man oft nur mittels komplizierter methodologischer Untersuchungen inne wird, können hier vor Verirrungen bewahren.“ Derartige Grenzgebiete finden sich zwischen Soziologie und Rechtswissenschaften. Da beide Disziplinen sich teilweise der gleichen Begriffe bedienen, ist die Gefahr eines Methodensynkretismus gegeben. Kelsen versucht aufzuweisen, dass dieselben Begriffe dabei durchaus Unterschiedliches bedeuten. In dem oben genannten Aufsatz untersucht Kelsen exemplarisch ein derartiges Grenzgebiet, das er zwischen Rechtswissenschaft und Soziologie angesiedelt sieht, und zwar handelt es sich um das Problem des Willens. Es stellt sich dabei heraus, dass der Sinn des Willens in der Psychologie ein kausaler Zusammenhang ist, während mit Willen in der Rechtstheorie eine Zurechnung gemeint ist.

Letztlich zeigt sich, dass falls eine andere Wissenschaft über das Recht Aussagen tätigt, Ergebnisse der Rechtswissenschaften immer schon vorausgesetzt werden: „Indes lässt sich leicht zeigen, dass alle Versuche, auf soziologisch-kausalwissenschaftlichem Wege an den Staat heranzukommen, d.h. den Staat als soziale Tatsache im Sinne eines natürlichen Faktums zu begreifen, fehlschlagen müssen und dass alle in Betracht kommenden Versuche der Soziologie oder Staats-Soziallehre an dem entscheidenden Punkte einen vollständigen Szenenwechsel, eine völlige Richtungsänderung aus einem kausal-wissenschaftlichen in einen normativen Erkenntnisbereich vollziehen, und den Staat schließlich als eine ideelle Ordnung, als ein Normensystem, somit als Idealität, nicht als Realität erweisen.“²⁹

²⁹ H. Kelsen. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Verlag von J.C.B. Mohr(Paul Siebeck). Tübingen.1920. s.11

Werteagnostizismus

Die Rechtswissenschaft als Normwissenschaft muss aber nicht bloß gegen die Naturwissenschaften abgegrenzt werden, sondern auch innerhalb des geistigen Bereiches, der sich mit Normen beschäftigt, muss die Eigenständigkeit der Rechtswissenschaften gesichert werden, insbesondere gegen die Vorstellung, wonach das Recht einen Bereich der Moral darstellen würde. Wegen der überragenden Wichtigkeit dieser Abgrenzung im Werk Kelsens soll ein längeres Zitat diese Absicht verdeutlichen: „Aber man wird nicht leugnen können, dass das Recht als Norm eine geistige und keine natürliche Realität ist. Und damit ist die Aufgabe gestellt, das Recht wie gegen die Natur so auch gegen andere geistige Phänomene, insbesondere aber gegen Normen anderer Art zu unterscheiden. Hier gilt es vor allem, das Recht aus jener Verbindung herauszulösen, in die es seit jeher mit der Moral gebracht wurde. Damit wird natürlich durchaus nicht die Forderung abgelehnt, dass das Recht moralisch, d.h. gut sein soll. Diese Forderung versteht sich von selbst; was sie eigentlich bedeutet, ist eine andere Frage. Abgelehnt wird lediglich die Anschauung, dass das Recht als solches Bestandteil der Moral, dass also jedes Recht, als Recht, in irgendeinem Sinne und in irgendeinem Grade moralisch sei. Indem man das Recht als ein Teilgebiet der Moral darstellt und dabei im Dunkeln lässt, ob dies nur die selbstverständliche Forderung bedeutet, dass das Recht moralisch gestaltet werden solle, oder ob damit gemeint ist, dass das Recht als Bestandteil der Moral tatsächlich moralischen Charakter habe, versucht man, dem Recht jenen absoluten Wert zu verleihen, den die Moral in Anspruch nimmt.“³⁰

Das Recht „als moralische“³¹ Kategorie bedeutet *Gerechtigkeit*. Eine moralische Ordnung wäre also eine vollkommene Ordnung, insofern sie eine absolut gerechte Ordnung wäre. Psychologisch betrachtet wäre eine derartige Ordnung wohl eine Ordnung, die alle vollkommen befriedigt. Deshalb sieht Kelsen im Anspruch auf Gerechtigkeit psychologisch

³⁰ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. 1. Auflage. 2008. Mohr Siebeck. Tübingen. S. 26

³¹ S. 26

betrachtet das Streben nach Glück.³² „In ihrem eigentlichen, von dem des Rechts verschiedenen Sinne bedeutet ‚Gerechtigkeit‘ aber einen absoluten Wert.“ Absolute Werte sind aber „ - das beweist die Geschichte des menschlichen Geistes, der sich seit Jahrtausenden vergeblich um die Lösung dieses Problems bemüht – überhaupt nicht durch rationale Erkenntnis erreichbar.“³³ Diese seine grundsätzliche erkenntnistheoretische Position wird hier eine wertagnostizistische genannt, da Kelsen nicht die Existenz von absoluten Werten leugnet, sondern lediglich deren „rationale Erkenntnis“. Es stellt sich nun allerdings die Frage wie er selbst dies begründet. Der Skeptiker Kelsen verstrickt sich hier nicht in irgendwelche systematische Begründungen, sondern er untersucht die Lehren der großen Philosophen auf deren Formulierung und Begründung des im gesellschaftlichen Sinne höchsten Wertes hin, also auf den Wert der Absoluten Gerechtigkeit hin. Diese erweisen sich in der Folge allesamt als entweder Widersprüchlich, als tautologisch oder als bloße Leerformeln. Dass eine derartige empirische Herangehensweise keiner endgültigen Begründung gleichkommen kann, ist Kelsen wohl klar, dennoch scheint es ihm eine Verabschiedung des Anspruchs auf Erkenntnis absoluter Werte nahezulegen. Kelsen widmete seiner Untersuchung zur Gerechtigkeit als absolutem Wert eine eigene kleine Schrift mit dem Titel *Was ist Gerechtigkeit?*. Die Ergebnisse dieser Schrift werden nun kurz präsentiert.

Kelsen meint, die Gerechtigkeitstheorien würden sich „auf zwei Grundtypen reduzieren lassen: einen metaphysisch-religiösen und einen rationalistischen oder richtiger gesagt, einen pseudo-rationalistischen.“³⁴ Den wichtigsten Vertreter des ersten Typs ist Platon,³⁵ dessen philosophisches „Zentralproblem“³⁶ eben das der Gerechtigkeit ist, zu dessen Lösung er seine Ideenlehre entwickelt. In der Darstellung Kelsens repräsentieren diese Ideen „im wesentlichen Werte, und zwar absolute Werte, die in der Welt der Sinne zwar verwirklicht werden sollen, aber niemals ganz verwirklicht werden können. Die „Hauptidee“, der alle anderen untergeordnet sind und von der sie alle ihre Geltung erlangen, ist die Idee des absolut Guten.“ Diese Idee des absolut Guten beinhaltet auch die Idee der Gerechtigkeit, die Platon in seinen Dialogen zu explizieren versucht, doch „keiner dieser Versuche führt zu

³² S. 26

³³ S. 26

³⁴ Hans Kelsen. *Was ist Gerechtigkeit?*. Reclam. Stuttgart. 2000. S. 27

³⁵ S. 28

³⁶ S. 28

einem endgültigen Ergebnis.“³⁷ Schließlich schreibt Platon selbst (im siebten Brief) dass die Idee des Guten jenseits aller rationalen Erkenntnis beheimatet sei, in menschlicher Sprache sei sie gar nicht mitzuteilen und nur Wenige hätten sie durch mystische Schau erkannt.³⁸

Der zweite wichtige Vertreter einer im weitesten Sinne mystischen Gerechtigkeitsauffassung ist Jesus. Kelsen meint, auch Jesu Predigt beschäftige sich vor allem mit dem Problem der Gerechtigkeit: die wahre Gerechtigkeit ist bei Jesus das Prinzip der Liebe: „Böses nicht mit Bösem, sondern mit Gutem zu vergelten, nicht widerstreben dem Übel, sondern den Übeltäter, ja sogar den Feind lieben.“³⁹ Kelsen meint nun, dass die Liebe, die diese Gerechtigkeit bezeichnet, „nicht das menschliche Gefühl [ist], das wir Liebe nennen. Nicht nur darum, weil es gegen des Menschen Natur ist, seinen Feind zu lieben, sondern auch darum, weil Jesus die menschliche Liebe, die den Mann mit dem Weib, die Eltern mit ihren Kindern verbindet, nachdrücklichst ablehnt.“⁴⁰⁴¹ Für Kelsen ist nicht bloß diese Art Liebe dem Menschen unerreichbar, ebenso seltsam an dieser Liebe ist, „dass man sie als vereinbar mit der grausamen, sogar ewigen Strafe hinnehmen muss, die über den Sünder im Jüngsten Gericht verhängt wird, und daher auch mit der tiefsten Furcht, deren der Mensch fähig ist, der Gottes Furcht. Diesen Widerspruch hat Jesus nicht aufzuklären versucht.“⁴² Daher lehrt auch Paulus, dass „diese Gerechtigkeit einem von Gott nur durch den Glauben zuteilwird“ und „dass die Liebe, die Jesus lehrt, jenseits verstandesmäßiger Erkenntnis ist.“⁴³

Der rationalistische Typ der Gerechtigkeitstheorien, „der die Frage der Gerechtigkeit mit den Mitteln menschlicher Vernunft, der eine Definition des Begriffes der Gerechtigkeit zu geben versucht“⁴⁴, findet sich zum einen in „der Volksweisheit“ und zum anderen in einigen philosophischen Systemen. Als Beispiel der Gerechtigkeitsauffassung im Sinne der Volksweisheit gibt Kelsen den Satz an: „Jedem das Seine zu gewähren.“⁴⁵ Dieser Satz ist aber völlig leer, denn „die entscheidende Frage, was es eigentlich ist, das jedermann als ‚das Seine‘ betrachten darf, bleibt unbeantwortet. Daher ist das Prinzip ‚Jedem das Seine‘ nur

³⁷ S. 28

³⁸ Platon. Siebter Brief. 341a-344c

³⁹ S. 29

⁴⁰ S. 30

⁴¹ Lukas 14, 26: „Wenn jemand zu mir kommt und nicht Vater und Mutter, Frau und Kinder, Brüder und Schwestern, ja sogar sein Leben gering achtet, dann kann er nicht mein Jünger sein.“

⁴² Hans Kelsen. Was ist Gerechtigkeit?. Reclam. Stuttgart. 2000. S. 30

⁴³ S. 31

⁴⁴ S. 32

⁴⁵ S. 32

unter der Voraussetzung anwendbar, dass diese Frage schon vorher entschieden ist“. Ähnlich verhält es sich mit dem Grundsatz: „Gut für Gut, Übel für Übel.“⁴⁶ Wiederum ist hier die Bedeutung was gut und was übel ist schon vorausgesetzt. Dieser Satz bringt also nur das Vergeltungsprinzip zum Ausdruck, das als solches spezifisch ist für jede positive Rechtsordnung. Die Frage der Gerechtigkeit ist aber „ob eine Rechtsordnung in ihrer Anwendung des Vergeltungsprinzips gerecht ist, d.h. aber, ob der Tatbestand, gegen den das Recht als gegen ein Unrecht mit dem Übel der Unrechtsfolge reagiert, wirklich ein Übel für die Gesellschaft ist, und ob das Übel, das das Recht als Unrechtsfolge statuiert, als entsprechend angesehen werden darf.“⁴⁷

Vergeltung spielt zudem in vielen Varianten der Gerechtigkeitstheorien eine tragende Rolle, insofern Vergeltung so viel bedeutet wie „Gleiches mit Gleichem zu erwidern“.⁴⁸ Vorausgesetzt wird dabei immer die Gleichheit aller Menschen. Da die Menschen aber nicht von Natur aus gleich sind, kann der Sinn der Forderung nur darin bestehen: „dass die Gesellschaft in der Gewährung von Rechten und in der Auferlegung von Pflichten gewisse Unterschiede unberücksichtigt lasse.“ Und Kelsen betont: „Nur gewisse, keineswegs alle!“⁴⁹ Die entscheidende Frage, die wiederum unbeantwortet bleibt, ist die Frage, welche Unterschiede nun berücksichtigt werden sollen und welche nicht. Diese Theorie der Gerechtigkeit gipfelt schließlich in der Formel, „dass nur Gleiche gleich behandelt werden sollen. Das heißt aber, dass die entscheidende Frage: was ist gleich, durch das sogenannte Prinzip der Gleichheit nicht beantwortet wird.“⁵⁰ Die Forderung nach Gleichheit vor dem Gesetz bedeutet schließlich nur, „dass die rechtsanwendenden Organe keine Unterschiede machen sollen, die das anzuwendende Recht nicht selbst macht. (...) Es ist das Prinzip der Recht- oder Gesetzmäßigkeit, das jeder Rechtsordnung ihrem Wesen nach immanent ist, gleichgültig, ob diese Ordnung gerecht oder ungerecht ist.“⁵¹ Wird das Prinzip der Gleichheit auf das Verhältnis von Arbeitsleistung und Arbeitsprodukt angewandt, ergibt sich daraus die Forderung nach gleicher Verteilung des Arbeitsproduktes gemäß der erbrachten Leistung. Marx sieht darin die „Gerechtigkeit“ der kapitalistischen Gesellschaftsordnung. Diese Gerechtigkeitsvorstellung sei aber ungerecht, da sie Unterschiede der Leistungsfähigkeit, die

⁴⁶ S. 33

⁴⁷ S. 33

⁴⁸ S. 34

⁴⁹ S. 34

⁵⁰ S. 34

⁵¹ S. 36

zwischen Menschen bestehen, unberücksichtigt lasse.⁵² Deshalb meint Kelsen würde der Grundsatz der Gerechtigkeit im Marxismus lauten: „Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen.“⁵³ Dass aber irgendwann eine Gesellschaftsordnung bestehen könnte, die „die Fähigkeiten jedes einzelnen in vollem Einklang mit seinen eigenen Neigungen anerkennen und dass sie die Befriedigung aller seiner Bedürfnisse garantieren werde, so dass innerhalb der von ihr konstituierten Gemeinschaft Harmonie aller kollektiven und individuellen Interessen und sohin unbeschränkte individuelle Freiheit bestehen werde“⁵⁴ ist für Kelsen eine utopische Illusion, ist eher eine Beschreibung eines paradiesischen Zustandes als eine Gerechtigkeitstheorie.⁵⁵

Kants kategorischer Imperativ („Handle nur nach der Maxime, von der du zugleich wünschen kannst, dass sie ein allgemeines Gesetz werde“) gibt in Kelsens Lesart auf die entscheidende Frage der Gerechtigkeit keine Antwort, nämlich die Frage nach den Normen, von denen wir wünschen können, dass sie allgemein verbindlich seien.⁵⁶ Die Beispiele, die Kant für derartige Normen gibt, sind laut Kelsen nicht aus dem kategorischen Imperativ abgeleitet, da dies gänzlich unmöglich ist – aus einer leeren Formel kann nichts abgeleitet werden. Diese Normen „erweisen sich nur als mit dem kategorischen Imperativ vereinbar. Aber jede Vorschrift jeder beliebigen Gesellschaftsordnung ist mit diesem Prinzip vereinbar, da dieses nichts anderes sagt, als dass der Mensch in Einklang mit generellen Normen handeln soll.“⁵⁷

Zuletzt wird noch die aristotelische Mesotes-Formel untersucht. Diese bestimmt, eine Tugend wäre ein Mittleres zwischen zwei Lastern und setzt somit zumindest schon das Wissen voraus, was denn als Laster zu gelten habe. Diese Frage überlässt Aristoteles freilich der gegebenen Gesellschaftsordnung.⁵⁸ Ganz besonders würde sich der „tautologische Charakter der Mesotes-Formel“⁵⁹ in der Anwendung auf die Tugend der Gerechtigkeit zeigen⁶⁰: „Aristoteles lehrt: Gerechtes Verhalten ist die Mitte zwischen Unrecht-Tun und Unrecht-Leiden. (...) In diesem Fall ist die Formel: Tugend ist die Mitte zwischen zwei Lastern, nicht einmal als eine Metapher sinnvoll; denn das Unrecht, das man tut, und das Unrecht,

⁵² S. 36

⁵³ S. 36

⁵⁴ S. 38

⁵⁵ S. 38

⁵⁶ S. 41

⁵⁷ S. 42

⁵⁸ S. 44

⁵⁹ S. 44

⁶⁰ S. 44

das man leidet, sind gar nicht zwei Laster oder Übel, es ist ein und dasselbe Unrecht, das der eine dem anderen tut, und daher der andere von dem einen leidet. Und die Gerechtigkeit ist einfach das Gegenteil dieses Unrechts. Die entscheidende Frage: *Was ist Unrecht*, ist mit der Mesotes-Formel nicht beantwortet.“⁶¹

Kelsen folgert deshalb, dass alle diese Gerechtigkeitsformeln im Grunde leer sind, oder nicht rational ergründbar, und deshalb einen rein ideologischen Charakter haben: nämlich eine bestehende Ordnung zu legitimieren, oder, im Falle des Marxismus, eine vermeintlich kommende zu legitimieren. Wichtig ist aber, dass durch diese Formeln im Grunde die verschiedensten Inhalte legitimiert werden können.

Aufgrund dieser Ergebnisse kann Kelsen schreiben, dass vom „Standpunkt rationaler Erkenntnis aus gesehen, (...) es nur Interessen und damit Interessenskonflikte [gibt], deren Lösung durch eine Interessenordnung erfolgt, die entweder das eine Interesse gegen das andere, auf Kosten des anderen befriedigt oder aber einen Ausgleich, ein Kompromiss zwischen den gegensätzlichen Interessen stiftet.“⁶² Die Option des Kompromisses wird in seiner Demokratietheorie eine tragende Rolle spielen. Diese wird weiter unten behandelt.

⁶¹ S. 45

⁶² Hans Kelsen. *Reine Rechtslehre*. 1. Auflage. 2008. Mohr Siebeck. Tübingen. S. 28

Naturrecht

„Denn es spricht vieles dafür, dass der Bereich des Sozialen ganz wesentlich ideologischen Charakter hat, dass sich Gesellschaft von Natur überhaupt nur als Ideologie von einer Realität abhebt.“⁶³

Kelsen widmete einige Schriften ausschließlich dem Naturrecht (z.B. Die Idee des Naturrechts). Seine Untersuchungen sollen nicht nur über ideologische Implikationen des Naturrechts aufklären und dessen Voraussetzungen erhellen, sondern sie sind auch als eine Abgrenzung gegen seine eigene Rechtskonzeption gedacht, welche das Recht als strikt positivistisch versteht. Das Naturrecht ist gewissermaßen der Gegensatz zum positiven Recht und daher wird eine Beschäftigung mit einem von beidem auch ein Licht auf das jeweils andere werfen. Dass Naturrecht und positives Recht als Gegensätze erscheinen, ist aber erst seit dem 19. Jahrhundert der Fall. Vorher war positives Recht und Naturrecht in den meisten Fällen als ein und dasselbe Normensystem gedacht, positives Recht galt nur dann als legitim, wenn es dem Naturrecht entsprach, wenn es dessen Explikation war. Das hatte zur Folge, dass „die Rechtswissenschaft bis zu diesem Zeitpunkte Naturrechts-Lehre war. Das bedeutet nicht etwa, dass die Rechtswissenschaft das positive Recht nicht zum Gegenstande hatte, sondern nur: dass sie das positive Recht nur in engster Verbindung mit dem Naturrecht, das heißt aber mit der Gerechtigkeit behandeln zu müssen glaubte.“⁶⁴ Demgegenüber ist der Rechtspositivismus auf die Trennung zwischen „gerecht“ und „recht“ bedacht.⁶⁵ Kelsen will mit seinen Untersuchungen vor allem diesen Unterschied verdeutlichen und gegen Tendenzen arbeiten, welche diesen Unterschied aufgrund politischer Motive verwischen.

Die Naturrechtslehre nimmt eine Ordnung an, welche als natürlich gilt. Diese Ordnung besteht aus den das Verhalten der Menschen regelnden Normen. Die Normen des Naturrechts gelten, weil sie aus Gott, Natur oder Vernunft stammen. Im Gegensatz zu den Normen des positiven Rechts, welche einen formalen Geltungsgrund haben, haben die

⁶³ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. 1. Auflage. 2008. Mohr Siebeck. Tübingen. S. 46

⁶⁴ H. Kelsen. Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. S.8

⁶⁵ S. 8

Normen des Naturrechts also einen materialen Geltungsgrund. Charakteristisch für das Naturrecht ist nun, dass es keines Zwanges für die Realisierung des gewünschten Verhaltens der Menschen bedarf, denn die Gültigkeit der Normen wird als unmittelbar einsichtig angenommen. Das positive Recht ist wesentlich eine Zwangsordnung, die Realisierung der Normen erfolgt aufgrund des Zwanges. Diese Zwangsordnung hat die Tendenz zu einer Zwangs-„Organisation“⁶⁶ zu werden, also zu einem Staat. Das Naturrecht hingegen ist „eine seiner Idee nach zwangsfreie, anarchische Ordnung. Jede Naturrechtstheorie muss, wenn sie an der Idee des reinen Naturrechts festhält, idealer Anarchismus sein; jeder Anarchismus – vom Urchristentum bis zum modernen Marxismus – ist, im Grunde genommen, Naturrechtstheorie.“⁶⁷ Dass für Kelsen aber eine anarchistische Ordnung widersprüchlich ist, wurde schon im Zusammenhang mit der Verwandlung des Freiheitsbegriffes in der demokratischen Ideologie festgestellt. Kelsen kann nicht glauben, dass irgendwann ein Zustand erreicht sein wird, in dem die Menschen ihre Handlungen soweit aufeinander abstimmen, dass jederzeit und in allen Fällen ein grundsätzlicher Konsens besteht.

Beide Ordnungen, Naturrecht und positives Recht, verstehen sich aber als normative Ordnungen, d.h. „[e]s ist nicht die Gesetzlichkeit des Müssens, die Kausalität, sondern die von ihr wesensverschiedene Gesetzlichkeit des Sollens, die Normativität, unter der das System des Naturrechtes ebenso wie das des positiven Rechtes steht.“⁶⁸ Das Sollen des Naturrechts ist aber ein absolutes, während das des positiven Rechtes nur ein hypothetisches ist, das heißt diese Normen gelten nur aufgrund der Annahme der Grundnorm.⁶⁹ Für Kelsen gehören Positivismus und erkenntnistheoretischer Relativismus genauso zusammen wie Naturrechtslehre und metaphysischer Absolutismus. Er schreibt: „Jeder Versuch, die bloß relativ-hypothetische Grundlage des positiven Rechts zu sprengen, über sie hinaus zu einer – irgendwie, sei es versteckten, sei es offenen – höheren Rechtfertigung, das heißt von der hypothetisch zu einer absolut gültigen Grundnorm zu gelangen – und dieser Versuch muss aus naheliegenden politischen Motiven immer wieder gemacht werden – bedeutet die Aufhebung des Unterschiedes zwischen positivem Recht und Naturrecht, bedeutet den Einbruch des positiven Rechtes und – wenn eine Analogie zu

⁶⁶ S. 9

⁶⁷ S. 10

⁶⁸ S. 10

⁶⁹ S. 11

den Naturwissenschaften gestattet ist – eine Einmischung der Metaphysik in den Bereich der Erfahrung.“⁷⁰

Aus der metaphysischen Provenienz des Naturrechts folgen seine ewige Gültigkeit und seine Unveränderlichkeit. Die Behauptung eines hypothetisch-relativen Naturrechts, eines anpassungsfähigen Naturrechts, kommt einer Verwischung der Grenze zwischen positivem Recht und Naturrecht gleich und ist als solche wiederum eine politisch-ideologische Strategie die dazu dient, einem bestehenden positiven Normensystem eine Legitimation zu verleihen.

Die „ganze Problematik des Naturrechts“⁷¹ zeigt sich allerdings erst woanders. Diese Problematik besteht darin, dass dem Naturrecht, wird es auf einen praktischen Fall angewendet, immer eine Positivität anhaftet, und zwar aufgrund der notwendigen Interpretation, aufgrund des Schrittes vom Allgemeinen zum Konkreten („Konkretisierung“, „Individualisierung“⁷²). Kelsen schreibt: „Hier, wo es gilt, das Naturrecht zu verwirklichen, wo seine Normen ganz ebenso wie die des positiven Rechtes an die von ihm geregelten realen Tatbestände angewendet werden müssen, hier erhebt sich die Frage, ob das Naturrecht seine Existenz jenseits von aller „Positivität“ behaupten kann, ob es – seiner Idee nach – als ein vom positiven Rechte verschiedenes und unabhängiges Normensystem, ob das Naturrecht daher überhaupt als solches möglich ist.“⁷³

Um diese Frage zu beantworten setzt Kelsen zunächst die Existenz einer objektiven Naturrechtsordnung hypothetisch voraus - der materielle Gehalt des Naturrechts soll dabei als gesichert gelten.⁷⁴ Fraglich bleibt also zunächst bloß welche Form das Naturrecht hat. Kelsen hat in seiner Reinen Rechtslehre einen Stufenbau der Rechtsordnung angenommen. Diese Annahme besagt, dass eine Norm, um gültig zu sein, einer höheren Norm bedarf, die jene rechtfertigt, und zwar, weil die niederere Norm gemäß der höheren Norm gesetzt wurde. Die jeweils höhere Norm setzt eine wieder höhere voraus. Man gelangt so bald zu einer historisch ersten Verfassung über der es kein weiteres positives Gesetz gibt, das diese legitimieren kann. Diese Verfassung wird als gültig *angenommen*, und diese Annahme nennt Kelsen die Grundnorm. Die oberste Stufe des Stufenbaus ist also die Verfassung. Die

⁷⁰ S. 14

⁷¹ S. 15

⁷² Hans. Kelsen. Die Idee des Naturrechts. In: Ernst Topitsch (Hg.) Hans Kelsen. Aufsätze zur Ideologiekritik. Luchterhand. Neuwied am Rhein und Berlin. 1964. S. 87

⁷³ S. 87

⁷⁴ S. 87f

unterste Stufe besteht nun allerdings nicht aus generellen Normen, sondern aus *individuellen* Normen. Ein Richtspruch der ein Gesetz anwendet, generiert eine individuelle Norm. Kelsen richtet diese Auffassung gegen eine andere, wonach der Einzelfall als eine bloße Subsumtion unter eine generelle Norm gedacht werden kann. Kelsen zufolge befindet sich das Recht in seiner generellen Norm sogar gewissermaßen in einem unfertigen Zustand und man müsse „gerade in der individuellen Norm die eigentliche Erfüllung der Rechtsidee erblicken.“⁷⁵ Kelsen zeigt nun, dass auch die Normen des Naturrechts einer Konkretisierung bedürfen. Diese Konkretisierung ist aber letztlich immer eine Interpretation und sie kann nicht aus dem Naturrecht selbst deduziert werden. Daher meint Kelsen sei auch die letzte Stufe des Naturrechts, die individuellen Normen, positives Recht. Reines Naturrecht, soll es wirksam sein, ist nicht möglich. Natürlich wird der Anhänger des Naturrechts behaupten, die Art der Anwendung der allgemeinen Norm sei in der Erkenntnis dieser allgemeinen Norm schon mitgegeben, gerade das verneint aber Kelsen.

Nach Kelsen wird durch den generellen Rechtssatz zwei Tatbestände durch das „Soll“ verknüpft: „Im System des Naturrechts etwa: Wenn zwei miteinander einen Vertrag geschlossen haben, dann soll sich jeder von ihnen dem Vertrag entsprechend verhalten (*pacta sunt servanda*).“⁷⁶ Der eine Akt der Individualisierung (Konkretisierung) der generellen Norm besteht in der Feststellung, „dass tatsächlich (in der „Wirklichkeit“) ein in der generellen Norm als Bedingung einer Folge gesetzter Tatbestand vorliegt.“ Gewöhnlich wird dieser Akt der Individualisierung auch als „Subsumtion des Tatbestandes unter die Norm“ bezeichnet. Kelsen zeigt aber, dass das nicht ganz richtig ist, da in der Individualisierung „mehr als die bloß logische Funktion oder Subsumtion eines Individuellen unter ein Generelles vor[liegt]“, denn „zwischen die generelle Norm und den realen Tatbestand schiebt sich die im Konkretisierungsakt erzeugte, die individuelle, konkrete Norm, die in ihrer auf den bedingenden Tatbestand sich beziehenden Funktion: in der Feststellung, dass ein in der generellen Norm bezeichneter Tatbestand vorliegt, konstitutiv die Voraussetzung für die Statuierung einer konkreten Folge schafft. Diese sogenannte ‚Subsumtion‘ des Tatbestandes unter die generelle Norm ist somit ein Akt der

⁷⁵ S. 89

⁷⁶ S. 90

Rechtserzeugung, ein wesentlicher Bestandteil des Prozesses, in dem das Recht „gesetzt“ wird, dessentwillen es eben ein ‚positives‘ Recht ist.“⁷⁷

Der zweite Akt der Individualisierung besteht in der Statuierung einer Folge. Diese muss „nach Inhalt, Zeit und Ort“ variiert werden. Zunächst wird festgestellt, welche Folge überhaupt auf einen solchen Tatbestand gesetzt ist, dann „müssen alle weiteren Bestimmungen getroffen werden, die zur Realisierung einer konkreten Folge nötig sind.“⁷⁸ Anhand des oben schon erwähnten Satzes des Naturrechts kann das so erläutert werden: Als Folge wird hier statuiert, dass sich die Vertragspartner entsprechend den Bestimmungen des Vertrages verhalten sollen. „Nur aus der Feststellung des bedingenden Tatbestandes lässt sich bestimmen, was jeder der beiden Kontrahenten zu tun hat: nämlich das, was tatsächlich vereinbart wurde. Aber auch diese Vereinbarung wird keineswegs eine volle Bestimmung des gesollten Verhaltens bieten. War es etwa ein Darlehensvertrag, dann mag die tatsächlich getroffene Vereinbarung offen gelassen haben, wann und wo die geliehene Summe zurückzuerstatten, ob Zinsen und welche zu bezahlen sind. Aber selbst wenn all dies vorgesehen wäre, so bliebe noch eine Fülle von Bestimmungen übrig, die sich notwendigerweise zwischen eine Norm und ihre Realisierung schieben.“⁷⁹ Worin diese „Fülle“ besteht verrät Kelsen leider nicht.

Kelsen beantwortet also die Frage nach der Möglichkeit des Naturrechts dahingehend, dass es nur „in seiner generellen Form als abstraktes Gerechtigkeitsprinzip“ seiner Idee entsprechen kann, nämlich als „eine dem empirischen Menschen transzendente Sphäre“⁸⁰. Soll es aber angewandt werden auf einen konkreten Fall („und das ist offenbar sein letztes Ziel“⁸¹) so muss es notwendigerweise Elemente eines positiven Rechts annehmen, das heißt es wird auf der zweiten Stufe (der Stufe der Anwendung) zu einem „durch menschliche Tat gesetzten Recht“⁸².

Weil aber „im System des Naturrechts die Individualisierung von den durch die generelle Norm unmittelbar verpflichteten selbst und nicht, wie im System des positiven Rechtes,

⁷⁷ S. 91

⁷⁸ S. 91

⁷⁹ S. 91f

⁸⁰ S. 94

⁸¹ S. 94

⁸² S. 94

durch ein von dem Verpflichteten verschiedenes objektives ‚Organ‘ besorgt“⁸³ wird bleibt der Prozess der Individualisierung größtenteils unbeachtet. Die Voraussetzung für diesen „Verzicht auf den Richter“ „steht unter der Annahme, dass die Parteien die erforderlichen Eigenschaften des Verstandes und des Willens haben, dass sie weise und gut sind, und zwar alle in gleicher Weise, d.h. auf dieselbe Art und in demselben Grade, kurz, dass sie vollkommen sind. In dieser Voraussetzung inbegriffen ist insbesondere, dass die Interessen der Menschen nicht ihr Tatsachenurteil trüben und dass sie die volle ‚Wahrheit‘ zu erkennen fähig sind.“⁸⁴ Diese Voraussetzung bezeichnet Kelsen aber als utopisch. Beispielsweise könnte im Falle des Vertragsabschlusses darüber gestritten werden, ob der Vertrag nun wirklich abgeschlossen wurde, oder ob es bloß eine unverbindliche Vorbesprechung war. Deshalb sind objektive Organe notwendig. Das maßgebliche Moment der Funktion dieser Organe (Gerichte) ist allerdings nicht die vermeintliche Erkenntnis der Wahrheit, sondern in erster Linie die Beendigung des Streites: „Darum will das positive Recht vor allem eine Friedensordnung sein.“⁸⁵ Während das Ideal des Naturrechts die Gerechtigkeit ist, ist das Ideal des positiven Rechtes der Friede.⁸⁶

Zwar wird das richterliche Urteil vorgeben, mit dem Naturrecht überein zu stimmen, es gilt aber auch, wenn sich herausstellen sollte, dass dies nicht der Fall ist, was Kelsen dazu veranlasst festzustellen, dass an dieser Stelle schließlich das positive Recht nicht nur in einem formellen Sinne, sondern auch in einem materiellen Sinne an die Stelle des Naturrechtes getreten sei.⁸⁷

Kelsen spricht abschließend eine Vermutung aus: „Vielleicht hat sich die Naturrechtstheorie von diesem Prozess der Individualisierung auch darum keine Rechenschaft zu geben, vielleicht ist sie auch darum bei der generellen Form des Rechtes stehengeblieben und hat das Problem der Realisierung des Naturrechtes überhaupt nicht zu Ende gedacht, weil an diesem Ende der unzulängliche Mensch steht, der die ganze Idee des Naturrechtes zuschanden zu machen droht.“⁸⁸

⁸³ S. 95

⁸⁴ S. 96

⁸⁵ S. 97

⁸⁶ S. 109f

⁸⁷ S. 109

⁸⁸ S. 99

Nachdem Kelsen so gezeigt hat, warum ein reines Naturrecht, welches trotzdem wirksam sein soll, unmöglich ist, gibt er auch an wozu das Naturrecht vor allem diene: Das Naturrecht diene (und dient) vor allem dazu, eine bestimmte positivrechtliche Ordnung, welche zumeist eine „autokratisch-aristokratische“ Staatsform ist, zu legitimieren.⁸⁹

Gerade diese Einschätzung wurde Kelsen immer wieder zur Last gelegt. Die Trennung des Naturrechts bzw. der Moral vom positiven Recht würde dieses einer beliebigen Ausgestaltung überantworten und so den Weg frei machen für jegliche noch so ungerechte Rechtsordnung. Diese Lesart deutet nicht nur die Intention Kelsens falsch, sie geht auch von der offensichtlich falschen Annahmen aus, das Naturrecht hätte eine ausschließlich ‚progressive‘ Funktion erfüllt. Tatsächlich aber erfüllte das Naturrecht aber in sehr vielen Fällen eine konservative, legitimierende Funktion und genau diesen Sachverhalt will Kelsen offen legen.

Dass die Trennung des Naturrechts vom positiven Recht dem Nationalsozialismus gedient hätte ist schließlich der Gipfel des Missverständnisses, haben doch gerade die Nationalsozialisten, wie auch alle anderen despotisch oder totalitär Herrschenden, ihre jeweilige Ordnung stets durch eine höhere Ordnung legitimiert. Ein Zitat aus Schmitts Schrift „Völkerrecht und Nationalsozialismus“ aus dem Jahr 1934 soll diese Tatsache noch einmal verdeutlichen und Kelsens Bemühungen ins rechte Licht rücken. Schmitt schreibt: „Wir stehen, im Vollbesitz eines nicht nur formalistischen Rechtsbegriffs, gegenüber einem rechtsentleerten und entseelten System positivistischer Zwangsnormen. Wir haben den juristischen Leerlauf eines auf substanzhafte Gerechtigkeit verzichtenden Rechtsbetriebes durchschaut und lassen es nicht mehr zu, dass Recht und Gerechtigkeit auseinandergerissen werden. Wir sind heute imstande, ein auf bloßem Zwang beruhendes Diktat und eine nur ‚positivistische‘ Vergewaltigung von dem guten Recht der Sache zu unterscheiden.“⁹⁰

Des Weiteren weist Dreier darauf hin, dass eine Vermengung des positiven Rechts mit dem Naturrecht eine wissenschaftliche Rechtslehre verunmöglichen würde: „Die Untauglichkeit der naturrechtlichen Prämisse für eine wissenschaftliche Rechtslehre ergibt sich vielmehr daraus, dass die Geltung der positiven Rechtsnormen von ihrer Übereinstimmung mit Maximen des Naturrechts abhängig wird, die Entscheidung über die Kongruenz oder

⁸⁹ S. 112f

⁹⁰ C. Schmitt. Nationalsozialismus und Völkerrecht. Jünker und Dünhaupt Verlag. 1934. S. 28

Inkongruenz zwischen Naturrecht und positivem Recht jedoch ein subjektives Werturteil des Rechtsbetrachters, nämlich die Mobilisierung einer Gerechtigkeitsmaxime voraussetzt. Eben dieser Umstand würde die Jurisprudenz abhängig von Wertentscheidungen machen und ihr so den Charakter einer objektiven Wissenschaft rauben.“⁹¹

⁹¹ Horst Dreier. Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Nomos Verlag. Baden-Baden. 1990. S. 168f

Ideologiekritik

Kelsen verwendet den Begriff Ideologie in fast allen seinen Schriften. Die „Reine Rechtslehre“ verfolgt ideologiekritische Anliegen genauso wie seine Schriften zur Demokratietheorie sich über weite Strecken als ideologiekritisch verstehen. Kleinere Werke Kelsens, beispielsweise seine Untersuchungen zur griechischen Philosophie, insbesondere derjenigen Platons und Aristoteles, sowie seine Texte zum Naturrecht, sind in explizit ideologiekritischer Absicht verfasst. Da die hier genannten Themengebiete (Rechtstheorie, Demokratietheorie, Geschichte der politischen Philosophie) wohl als sehr weit bezeichnet werden können, stellt sich freilich die Frage was der gemeinsame Nenner dieser sich als Ideologiekritik verstehenden Arbeiten sein könnte. Bei näherem Hinsehen jedoch stellt sich bald ein weiteres Problem: Kelsens Verwendung des Begriffes Ideologie ist nicht durchgängig eine einheitliche. Um Kelsens ideologiekritisches Anliegen verstehen zu können ist daher eine vorgängige Klärung seines Ideologiebegriffes nötig.

Als wie unklar sich die Verwendung des Ideologiebegriffes im allgemeinen Sprachgebrauch zeigt, soll das folgende Zitat unterstreichen: „Man findet den Terminus Ideologie trotz und wegen seiner Unklarheit in politischen, soziologischen, historischen, philosophischen und theologischen Abhandlungen; es ist die Rede von Zukunftsideologie, Naturrechtsideologie, Parteiideologie, von Europa- und Kreuzzugsideologie, ja sogar – als ernstgemeinter Buchtitel – von ‚Spießerideologie‘, ferner von östlicher und westlicher Ideologie (die letztere wird bisweilen als ‚Gegenideologie‘ charakterisiert), von ideologischer Auseinandersetzung und Koexistenz, von ideologischen Vorurteilen und so fort. Oft scheint Ideologie lediglich das attraktive Ersatzwort für Weltanschauung, Lehre, Theorie oder politische Doktrin zu sein, und das Wort ‚ideologisch‘ ist nicht selten austauschbar mit ‚theoretisch‘, ‚geistig‘, ‚doktrinär‘, oder auch ‚philosophisch‘ im weitesten und ungeklärten Verständnis. Häufig verbindet sich mit dem Wort die Meinung, Ideologie sei etwas Zu-Überwindendes, Zu-Destruierendes; dem steht die Ansicht gegenüber, Ideologie sei etwas durchaus ‚Normales‘, jeder habe *seine* Ideologie, die man niemand anderem aufzwingen dürfe, ja Ideologie (...)

seien notwendig und erstrebenswert, denn ohne sie und ohne den Kampf um die ‚wahre‘ Ideologie veröde und stagniere das persönliche und gesellschaftliche Leben.“⁹²

Wie hier gut ersichtlich ist, wird der Terminus ‚Ideologie‘ so vielfältig verwendet, dass der Versuch einer allgemein akzeptierbaren Definition als unmöglich erscheint. Viel eher würde sich ein derartiger Versuch dem Vorwurf ausgesetzt sehen, selbst wiederum ideologisch motiviert zu sein - das Problem würde sich so nur verschieben. Eine bloße Aufzählung der verschiedenen Verwendungsweisen würde aber auch nichts Wesentliches zum Verständnis beitragen. Um ein angemessenes Verständnis des Ideologiebegriffes bei Kelsen zu erlangen, soll hier ein kurzer ideengeschichtlicher Überblick über Entstehung und Verwendung dieses Begriffes vorangestellt werden. Anschließend werden die Texte Kelsens herangezogen um seinen Ideologiebegriff greifbar zu machen.

Dass die Charakterisierung einer Position als einer „ideologischen“ heute nicht bloß der Erkenntnisvermittlung dient, sondern allererst der Herabwürdigung des Gegners, war nicht immer so. In den Anfängen war das Wort Ideologie keineswegs negativ verstanden. Üblicherweise wird die erste Verwendung von „Ideologie“ auf Destutt de Tracy's Werk „Les éléments d'idéologie“, welches zwischen 1801 und 1807 geschrieben wurde, zurückdatiert. Bei de Tracy war Ideologie verstanden als eine „neutrale Selbstbezeichnung einer aufklärerisch-revolutionären französischen Philosophenschule, die eine ‚science des idées‘ entwickelte, in der die Entstehung der Ideen allein aus der Empirie und der sinnlichen Erfahrung aufgezeigt werden sollte.“⁹³ Durch die Rückführung von zusammengesetzten Ideen auf einfache Ideen und diese wiederum auf sinnliche Eindrücke sollte der Ursprung, die Grenze und der Grad der Gewissheit der menschlichen Erkenntnisse und der Erkenntnisfähigkeit aufgezeigt werden. Ideologie war bei Destutt de Tracy demnach eine Bezeichnung für eine „Grundlagenwissenschaft“. Die Ideologie sollte sich aber auch im praktischen Tun der Menschen auswirken, denn „das rechte Tun des Menschen in der gesellschaftlichen und politischen Welt setze vorurteilsfreie und von Einflüssen bestimmter Machtinstitutionen gereinigte Erkenntnis voraus.“ Die „science des idées“ suchte in ihren Analysen also auch und insbesondere für das gesellschaftliche Leben bedeutsame Ideen aufzuzeigen und legte Grundsätze für Erziehung und Bildung fest. Für die Verwirklichung ihrer aufklärerischen Grundsätze kämpfend gingen diese Philosophen in die Politik und

⁹² H.R. Schlette. Philosophische Marginalien zum Ideologieproblem. S. 47

⁹³ S. 48

gerieten bald in Konflikt mit der Kirche und mit Napoleon. Die französischen Aufklärer wurden für den nun rein negativ gesehenen weltgeschichtlichen Umbruch verantwortlich gemacht, sie wurden aus der Politik vertrieben und als wirklichkeitsfremd bezeichnet, da sie die geschichtliche, die gesellschaftliche und die politischen Notwendigkeiten missachten würden. So wurde der Begriff „Ideologie“ zu einem Schimpfwort und erlangte seinen negativen Sinn, der ihm bis heute anhaftet.

Eine erste geschlossene „geschichtsphilosophische Ausarbeitung des Ideologieproblems leistet Marx“.⁹⁴ Eine ins Detail gehende Untersuchung kann hier nicht geleistet werden, nur die Hauptbedeutung des Ideologiebegriffes bei Marx soll vorgestellt werden. In seinem Werk „Die deutsche Ideologie“ zieht er „gegen jene klassenbedingten ideologischen Komplexe zu Felde, die er einerseits als das Produkt der unterdrückten Schichten, andererseits als das Instrument zur Aufrechterhaltung der Herrschaft der Besitzenden deutete. Religion, Recht, Sittlichkeit, Philosophie gehören zum ideologischen Überbau; als nicht-ideologisch, vielmehr als ‚wissenschaftliche‘ Welt- und Geschichtserkenntnis versteht sich demgegenüber die Marxsche Theorie selbst, die (...) die künftige Überwindung aller Ideologie eben durch den wissenschaftlichen Marxismus und damit zugleich die Beseitigung der Herrschaft des Menschen über den Menschen erwarten muss.“⁹⁵ Ideologie bedeutet bei Marx in dieser Verwendungsweise also eine Menge von Überzeugungen und von Werten, die eine Klasse stützen, welche selbst gemäß dem Marxschen Geschichtsmodell als überholt gilt, oder eben im Begriffe ist, dialektisch von der nächsten Klasse in der Herrschaft abgelöst zu werden. Erst in der klassenlosen Gesellschaft wird somit das Ideologieproblem obsolet. Das Gegenstück zur Ideologie ist also, wie bei Kelsen, die Wissenschaft.

Kelsens Art der Ideologiekritik hingegen „nimmt eine Zwischenposition zwischen der Wissenssoziologie und dem radikalen Positivismus ein, indem sie einerseits der sozialen Sphäre eine größere Prägekraft zugesteht als die vom Wissenschaftsbegriff her operierenden Positivisten, andererseits messen jedoch auch Kelsen und Topitsch jeden Gedanken an den Ansprüchen einer empirisch verifizierenden Wissenschaftlichkeit. Ideologien sind bei ihnen Deutungen der Wirklichkeit im Ganzen und im Detail, deren Gründe wissenschaftlich nicht prüfbar und nicht ausweisbar, die jedoch gesellschaftlich und politisch von größter Wirkung

⁹⁴ S. 48

⁹⁵ S. 50

sind, insbesondere durch die Aussagen über Herkunft, Bedingungen und Zukunft des Menschen und der Welt überhaupt.“⁹⁶

Für Kelsen ist das Reich der Ideologie und das Reich des Geistes deckungsgleich, wie er an mehreren Stellen schreibt. 1926 hielt Kelsen in Wien einen Vortrag über sein Demokratieverständnis. Auf die Bitte, genauer auf sein Ideologieverständnis einzugehen erwidert Kelsen (leider etwas kurz): „Unter der (...) zugegebenen Voraussetzung, dass der Gegensatz von Ideologie und Realität ein relativer ist, möchte ich nur andeutungsweise bemerken, dass für mich der Bereich der Ideologie mit dem Bereich des Geistes zusammenfällt, den man der Natur entgegensetzen pflegt, die – im Verhältnis zum Geist, das heißt aller möglichen Ideologie – den Bereich der Realität darstellt. (...) An eine wirkliche Differenz zwischen Ideologie und Illusion glaube ich nicht. Die Ideologie wird zur Illusion, wenn sich ihre Differenz zur Realität enthüllt.“⁹⁷

Eine Deutung der Wirklichkeit kann auf ihre Übereinstimmung mit der Wirklichkeit hin befragt werden. Erweist sie sich als nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmend, wird die Ideologie zur Illusion, das heißt ganz einfach, dass der Anspruch der Ideologie, mit der Wirklichkeit überein zu stimmen, als illegitim offengelegt wurde. Die Ideologie ist sozusagen entlarvt. Dadurch verliert sie dann auch (zumindest einen Teil ihrer) Wirkmächtigkeit. Was meint nun aber Kelsen, wenn er behauptet, der Gegensatz von Ideologie und Realität (Wirklichkeit) sei ein *relativer*? Kelsen will wohl verdeutlichen, dass der Maßstab(=die Wirklichkeit), mit dem „gemessen“ wird ob etwas Ideologie ist oder nicht, selbst sich als Ideologie erweisen kann, und zwar deshalb, weil keine Deutung der Wirklichkeit einen absoluten Anspruch auf Gewissheit erheben kann. Er schreibt: „Wenn ich von einem Dualismus zwischen Ideologie und Wirklichkeit spreche, kann das nur als eine den sehr komplizierten Sachverhalt abbreviierende Formulierung gelten. Denn was man in diesem Gegensatz der Ideologie gegenüber als „Realität“ voraussetzt, stellt sich bei näherer Untersuchung häufig selbst wieder als eine Ideologie heraus; so dass die soziologische Analyse mehrere Schichten von Ideologien konstatieren muss, um sich bei ihrem Forschen nach dem als Kern gesuchten realen Tatbestand in einer wissenschaftlichen Situation findet, die von manchen nur darum als so unbefriedigend empfunden wird, weil sie glauben, eine

⁹⁶ S. 58

⁹⁷ H. Kelsen. Demokratie. In: Verteidigung der Demokratie. M. Jestaedt, O. Lepsius (Hg.). Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Mohr Siebeck. Tübingen. 2006. S. 145

Nuss zu knacken, wo sie in Wahrheit nur eine Zwiebel entschälen. Angesichts des Realitätshungers vieler Soziologen ist vielleicht die Frage am Platze, ob es denn gar so verwunderlich wäre, wenn man feststellen müsste, dass es im Bereich des Sozialen eben nichts als Ideologien gibt, und dass der Vorstoß zur Realität – bei der allein sich viele sicher fühlen zu dürfen glauben – nur der Durchbruch aus dem Reich des Sozialen, als aus einem Bereich des Geistes, in den der Natur und der Naturgesetzlichkeit.“⁹⁸

Kelsen grenzt seinen Ideologiebegriff dann von der von Marx ab: „Eine Eigentümlichkeit der sozialen Gebilde, die den Gegenstand soziologischer Erkenntnis bilden, wie Staat, Nation, Klasse usw., ist der *Dualismus* zwischen der *Ideologie*, in der sich diese Gebilde im Bewusstsein der sie konstituierenden Menschen darstellen, und der sog. *Realität*, das ist der Wirklichkeit der tatsächlichen Beziehungen, die zwischen den sozialen Körper bildenden Menschen bestehen. Wenn ich von einem „*Dualismus*“ zwischen Ideologie und Realität spreche, so ist das nicht so zu verstehen, dass es sich dabei um einen einzigen eindeutig bestimmbaren und bei allen sozialen Gebilden in gleicher Weise immer wiederkehrenden Gegensatz handelt, wie etwa jenen, den die materialistische Geschichtsauffassung in dem Bilde des Verhältnisses eines, im Wesentlichen durch ökonomische Tatsachen qualifizierten, *Unterbaues* zu seinem, von ihm determinierten ideellen *Oberbau* zeichnet. (...) Die materialistische Geschichtsauffassung stellt das Problem des soziologischen Dualismus vornehmlich in dem Sinne, dass sie nach den realen Bedingungen fragt, unter denen eine Ideologie entsteht, die diesen realen Tatbestand zu deuten vorgibt, ihn aber in Wahrheit verhüllt; sie fragt nach den *Ursachen* der Ideologie, es kann aber auch nach ihren *Wirkungen* gefragt werden; zumal wenn diese Ideologie als normative Ordnung, als ein *System ethischer und rechtlicher Normen* auftritt, die in den Inhalt des menschlichen Vorstellens und Wollens aufgenommen werden. Dieses führt dann, als Motiv, ein bestimmtes, der normativen Ordnung entsprechendes Verhalten herbei. Es ist die Ideologie, die die Wirklichkeit determiniert. Besonders das für die Erkenntnis der Rechts- und Staatsideologie so wichtige Problem der Realisierung normativer Ordnung durch *Befolgung* und *Entsprechung* kommt hier in Betracht.“⁹⁹

Kelsen stellt weiter fest, dass soziale Gebilde ihre eigene Beschreibung, ihre eigene Deutung vielfach mitliefern würden. So kann beispielweise, um ein einfaches Beispiel zu wählen, in

⁹⁸ S. 117f

⁹⁹ S. 117

einer Verfassung geschrieben stehen, dass sie die Verfassung eines demokratischen Staates sei, obwohl der Inhalt der Verfassung dem widerspricht. Kelsens ideologiekritische Untersuchungen beschäftigen sich zu einem großen Teil mit derartigen Selbsteutungen. Er schreibt: „Denn die Ideologien, als welche sich die sozialen Gebilde – zumindest von der einen Seite – präsentieren, sind Funktionen des Bewusstseins der diese Gebilde konstituieren den Menschen, die in diesen Ideologien ihre „realen“ Beziehungen zu deuten und zu rechtfertigen versuchen. In diesen, den Gegenstand soziologischer Erkenntnis bildenden Ideologien -, nehmen Sie etwa den Staat oder die Nation, deren ideologischer Charakter besonders deutlich hervortritt – steckt somit schon ein erster subjektiver Versuch der Erkenntnis des Gegenstandes, eine Art Selbsterkenntnis des Gegenstandes der Erkenntnis, die in dem Verfahren der wissenschaftlichen, das ist objektiven Erkenntnis erst legitimiert wird; freilich nicht ohne vorher mehr oder weniger rektifiziert werden zu müssen. Das ist es ja, was die objektive wissenschaftliche Erkenntnis der sozialen Gebilde mitunter so erschwert, dass sie von Anfang an in einen Kampf mit jener sozusagen vorwissenschaftlichen Erkenntnis verstrickt ist, die in den von ihr zu erkennenden sozialen Gebilden selbst auftritt. Und eine dauernde Fehlerquelle der soziologischen Erkenntnis liegt gerade darin, dass man – unkritisch – für das Wesen eines sozialen Gebildes hält, was dieses subjektiv über sich selbst aussagt.“^{100 101}

Kelsen verwendet demnach den Begriff Ideologie auf zweifache Art. Einerseits ist Ideologie potentiell mit dem gesamten geistigen Bereich gleichgesetzt. Andererseits verwendet er den Begriff Ideologie in einer engeren Bedeutung: Eine Ideologie ist eine falsche Beschreibung der Wirklichkeit. Die erste Bedeutung kann so verstanden werden: Prinzipiell ist jedes geistige Gebilde kritisierbar und jedes geistige Konstrukt kann potentiell eine Ideologie sein.

¹⁰⁰ S. 119

¹⁰¹ Kelsen versucht zu zeigen, warum besonders Gegenstände der Sozialwissenschaften von Ideologien durchzogen sind, nicht aber die der Naturwissenschaften: „Es ist etwa so, wie wenn ein Psychologe von vornherein für wahr oder richtig hielte, was der von ihm seelisch zu analysierende Mensch von sich selbst behauptet. Soziale Gebilde können eben über ihr eigenes Wesen aussagen; denn die sozialen Gebilde drücken sich – zum Teil wesentlich – in der Sprache aus. Der Gegenstand der soziologischen Erkenntnis ist – zum Teil wenigstens – sprachbegabt. Und daraus resultiert ein ganz besondere und eigenartige Situation. Die Pflanze kann zu dem sie untersuchenden Forscher nicht sagen: „Ich bin ein Mineral“ oder „ein Tier“, sie versetzt den Forscher nicht in die Notwendigkeit, ihre subjektive Erkenntnis durch seine objektive zu ersetzen. Aber ein Staat – gestatten Sie, dass ich das Beispiel aus meinem engeren Fachgebiete nehme, da es eben mein engeres Fachgebiet ist, in dem ich immer wieder auf diese Eigentümlichkeit stoße – ein Staat kann in seiner geschriebenen Verfassung von sich sagen, er sei Bundesstaat oder eine Demokratie; staatswissenschaftliche Erkenntnis aber stellt fest, dass er weder das eine noch das andere ist.“ S. 119f Dass die Naturwissenschaft frei von Ideologien wären, insbesondere dass sie objektive Wahrheit gewähren würden, kann heute nicht mehr angenommen werden.

Eine Untersuchung ob es sich um eine Ideologie in der zweiten Bedeutung handelt, kann immer nur eine vorläufige sein, nicht zuletzt da sich die Realität beständig wandelt, somit eine wahre Beschreibung (auch unbemerkt) zu einer Ideologie werden kann.

Wichtig aber ist, dass eine Ideologie in der zweiten Bedeutung stets der Willensbildung dient. Erkenntnistheoretische und sprachlogische Merkmale können für eine Definition von Ideologien nicht ausreichen, das Moment der intendierten Willensbildung ist entscheidend. Deshalb ist im eigentlichen Sinne nicht die ganze geistige Welt eine Ideologie, wohl könnte sie aber eine Täuschung sein. Deshalb kann Kelsen auch sagen, dass eine Ideologie, ist sie erkannt, zur Illusion wird, also zur Täuschung, da das Moment der Willensbildung wegfällt. Es muss sich dabei nicht um eine intendierte Täuschung handeln. Die Anhänger und auch diejenigen, welche Ideologien entwerfen und verbreiten, können durchaus ernsthaft an diese glauben.¹⁰² Trotzdem wollen sie in erster Linie wirken und sind an einer objektiven Erkenntnis weniger interessiert. Mit echter Wissenschaft hingegen verhält es sich genau umgekehrt. Diese will nicht in erster Linie wirken, sondern erkennen.

Insbesondere müssen sich die Sozialwissenschaften um eine klare Terminologie bemühen „denn je eindeutiger und neutraler die Terminologie einer Wissenschaft ist, in der ihre Hypothesen und Gesetze formuliert sind, desto leichter wird es ein Forscher haben, diese Hypothesen objektiv und unbeeinflusst von seinen vom Tagesgeschehen abhängigen Emotionen und Wertüberzeugungen zu prüfen, zu modifizieren, zu revidieren und auf bereits vorliegenden Erkenntnissen weiterzubauen. Sicherlich bedeutet dies nicht, dass in der Wissenschaft jede neue spekulative Hypothese, nur deshalb, weil sie nicht-kognitive Elemente enthält, von vornherein zu verwerfen wäre. Das freie Spiel der Hypothesen bildenden Phantasie ist sogar unerlässlich, um den wissenschaftlichen Erkenntnisfortschritt zu gewährleisten. Allerdings erfüllen die zunächst intuitiv entworfenen Hypothesen ihren erkenntnisfördernden Zweck nur dann, wenn sie sodann weiter präzisierte und empirisch-

¹⁰² „(...)dass man die besprochenen ideologischen Verfahrensweisen nicht als sozialtechnologische Instrumente auffassen darf, die von Ideologen stets vorsätzlich und bewusst je nach Bedarf und Situation gehandhabt werden. Es handelt sich dabei viel eher um Weisen des Denkens und denkenden Verhaltens, die von einem spontanen emotionellen und parteiischen Engagement bestimmt werden und die von ihren Verfechtern nur sehr mangelhaft durchreflektiert sind.“ Ernst Topitsch, Kurt Salamun. Ideologie. Langen Müller Verlag. München. 1972. S. 54

rationaler Überprüfung zugänglich gemacht werden. Ihre Präzisierung aber bedeutet stets auch eine Eliminierung von nichtkognitiven, normativen Elementen.“¹⁰³

Treffend bemerkt Topitsch zur ideologiekritischen Methode Kelsens: „Es steht wohl außer Zweifel, dass in ideologischen Aussagenszusammenhängen immer wieder an zentraler Stelle Wörter anzutreffen sind, die eine starke emotive Sinnkomponente haben, d.h. die Tendenz aufweisen, zu Stimmungen und Gefühlen anzuregen und auf diesem Wege die Einstellungen und Verhaltensweisen der jeweiligen Adressaten zu beeinflussen. Solche Wörter, die eine normativ-deskriptive Doppelfunktion haben, spielen gerade in politischen Sinn- und Situationszusammenhängen wie überall dort, wo es Werbung, Überzeugung und Überredung mit sprachlichen Mitteln ankommt, eine wichtige Rolle. Dabei überwiegt oft die werthaft-emotive Sinnkomponente, während die deskriptive schwach ausgeprägt und unbestimmt ist. Man braucht hier nur an die Verwendung von Wörtern wie „Freiheit“, „Gerechtigkeit“ oder „Demokratie“ zu denken, deren positiv-emotionelle Sinnkomponente (die natürlich in einem entsprechenden Zusammenhang auch neutralisiert oder ins Negative umgeändert werden kann) schon Ideologien mit sehr unterschiedlichen Zielsetzungen dabei unterstützt haben, Zustimmungsbereitschaft und wohlwollende Einstellungen für ihre Ziele zu erzeugen.“¹⁰⁴ Und: „Es ist die Aufgabe der Ideologiekritik, diese getarnten Wertungen zu entlarven und die in ideologischen Aussagensystemen oft nur implizite enthaltenen Wertprämissen so klar wie möglich herauszustellen. Auf diese Weise kann sie dazu beitragen, die manipulative Wirkung von Ideologien einzuschränken und zu verhindern, dass sich Menschen von einem ideologischen Denksystem gefangen nehmen lassen, obgleich sie Grundüberzeugungen haben, die sie mit der betreffenden Ideologie niemals konform gehen ließe, wenn deren Wertprämisse offen deklariert zu Tage lägen.“¹⁰⁵

Kelsen widmet seine explizit ideologiekritischen Arbeiten vor allem dem Naturrecht und den griechischen Philosophen Platon und Aristoteles, denen er letztlich attestiert, bloße Leerformeln anzubieten, welche den jeweils Mächtigen zur Stützung ihrer Herrschaft dienlich wären. Dass eine solche Kritik wohl niemals diesen Philosophen genügen kann, ist hier selbstverständlich vorausgesetzt. Dass Kelsens Kritik gänzlich einem Missverständnis unterliegt oder ein Opfer aufklärerischer Hybris geworden sei, muss aber ebenfalls

¹⁰³ S. 104f

¹⁰⁴ S. 106f

¹⁰⁵ S. 110

zurückgewiesen werden. Mit der nötigen Vorsicht genossen wird man durchaus einigen Gewinn auch aus der Lektüre dieser ideologiekritischen Werke Kelsens ziehen können.

Ein besonders interessantes und aktuelles Beispiel für Kelsens ideologiekritische Arbeit ist seine Demokratietheorie. Kelsen untersucht die Begründung der Demokratie und ihre Ansprüche und weist so nach, inwiefern die Demokratie und ihre Legitimationsstrategien als ideologisch bezeichnet werden können. Dennoch ist Kelsen natürlich keineswegs ein Gegner der Demokratie – ganz im Gegenteil, er war ein vehementer Befürworter. Der Demokratietheorie ist weiter unten ein eigenes Kapitel gewidmet.

Das bekannteste Ergebnis der Kelsenschen Ideologiekritik ist die Reine Rechtslehre von 1934. In diesem Werk entwickelt Kelsen seine eigene Rechtstheorie und untersucht verschiedene Rechtstheorien auf deren ideologische Implikationen, welche er nicht zuletzt in deren Begrifflichkeit grundgelegt findet.¹⁰⁶

Im Anschluss werden die wichtigsten Ergebnisse der Kelsenschen Ideologiekritik zur Rechtstheorie, zur Demokratietheorie und zu einigen Beispielen aus der Geschichte der politischen Philosophie vorgestellt.

¹⁰⁶ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage von 1960. Unveränderter Nachdruck 1976. Verlag Franz Deuticke. Wien. Vorwort. S. 3

Demokratiethorie

Vorbemerkung

„Dass die soziale Wirklichkeit, die den Anspruch erhebt, als Demokratie zu gelten, hinter der Idee der Demokratie mehr oder weniger zurückbleiben muss, scheint unvermeidlich zu sein. Denn die Idee der Demokratie bedeutet (...) als Idee der Freiheit geradezu die Negation aller sozialen und sohin insbesondere aller staatlichen Realität, für die Demokratie eine Form sein will.“¹⁰⁷

Kelsens Demokratiethorie ist weitgehend unbekannt, sie wird weit weniger rezipiert als seine Rechtstheorie. Kelsen gilt als der Begründer der Reinen Rechtslehre, der nebenbei noch ein wenig zur politischen Ideengeschichte und zur Demokratie publizierte. In jüngster Zeit sind aber hervorragende Versuche unternommen worden die Bedeutung hervorzuheben, die die Demokratiethorie auch innerhalb seines Werkes spielt, hervorzuheben.¹⁰⁸ Van Ooyen meint gar, dass nicht zu fragen sei, „was aus der „Reinen Rechtslehre“ im Hinblick auf die demokratische Konstitution von Herrschaft folgt. Erst „umgekehrt“, aus Sicht einer politischen Theorie betrachtet wird man schließlich gewahr, dass Kelsens „Staatslehre“ als „reine“ Rechtslehre aus seinem pluralistischen Verständnis von Gesellschaft und Demokratie als die zugehörige Verfassungstheorie abgeleitet werden

¹⁰⁷ Hans Kelsen. Demokratie. In: M. Jestaedt, O. Lepsius (Hg.). Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Mohr Siebeck. Tübingen. 2006 S. 120

¹⁰⁸ Van Ooyen hebt diesen Umstand hervor und schreibt in seinem 2005 erschienen Werk „Der Staat der Moderne“: „Umso erfreulicher war es, dass Horst Dreier am Ende seiner umfangreichen Monografie dann doch zu einer Sicht Kelsens durchdrang, die zumindest den einen traditionellen, juristischen Blickwinkel Kelsenscher Staatstheorie durchbrochen hat. Denn die Reine Rechtslehre sei „die aufgeklärte Rechtsanschauung der Moderne“ – in „pointierter Formulierung“ – sogar sei die „Reine Rechtslehre...die der Demokratie adäquate Rechtstheorie“ – eine Feststellung, die im übrigen Kelsen und seine „Anhänger“ bisweilen auch selbst hervorgehoben haben. Während Dreier aber – insoweit wieder typisch juristisch akzentuiert – genau hier aufhört, soll diese zur politischen Theorie hin akzentuierten Sicht zum Ausgangspunkt der vorliegenden Arbeit genommen werden. Kelsen ist daher genau „anders herum“, gegen den „Strich“ bisheriger Interpretation zu lesen – nicht als Rechtstheoretiker, der auch ein bisschen über Demokratie gearbeitet hat, sondern als bahnbrechender Demokratiethoretiker. Robert Chr. van Ooyen. Der Staat der Moderne. Duncker & Humblot. Berlin. 2003. S. 18

kann.“¹⁰⁹ In diesem Zitat ist das entscheidende Wort gefallen: Pluralismus. Kelsens Demokratiemodell ist ein Modell einer pluralistischen Rechtsgemeinschaft. Ooyen schreibt weiter: „In dieser umgekehrten Sicht der Fragestellung liegt daher geradezu der richtige Schlüssel für das ganze staatsrechtliche Verständnis von Kelsen – nämlich in seiner Frage, wie angesichts der pluralistischen Natur der Gesellschaft der „Staat“ als „politische Einheit“ überhaupt noch begriffen werden kann.“¹¹⁰ Kelsen geht, möglicherweise von der Situation in der späten Habsburgermonarchie sensibilisiert, von einer pluralistischen Gesellschaft aus, in der keine Elemente gefunden werden können die eine vorstaatliche bzw. vorpolitische Homogenität begründen könnten. Ein Staat besteht daher nicht aufgrund einer diesem zugrundeliegenden Identität sondern einzig und allein als Rechtsgemeinschaft: „Daher wird für Kelsen die Einheit des „Staates“ zwar durch die Rechtsgemeinschaft – also normativ – begründet, aber im Gegensatz zum antiken metaphysischen Verständnis viel „enger“ formuliert. Rechtsgemeinschaft ist für Kelsen die „bloße“ Gemeinschaft des Gesetzes. Es ist daher nur das – positive – Gesetz, das die Menschen im politischen miteinander verbindet – d.h. die konkreten Rechtsnormen, die von bestimmten Menschen zu einer bestimmten Zeit gemacht werden.“¹¹¹ Die Gesamtheit der positiven Rechtsnormen, welche für Kelsen den Staat ausmachen, dienen in der Demokratie nicht der Verwirklichung von absoluten Werten, sie müssen nicht an solche angeglichen werden, um als gültige anerkannt zu werden. Die Gesetze sind von Menschen gemacht, der Staat ist daher keine Naturgegebenheit: „Denn demokratiethoretisch betrachtet verbirgt sich hinter der rigorosen Trennung von Recht und Politik die Absicht Kelsens, die Geltung des „staatlichen“ Gesetzes ausschließlich auf den Menschen zurückzuführen. Ohne ontische Begründung des positiven Rechts durch „höhere“ Werte (göttliche Ordnung, Naturrecht) oder „souveräne“ Macht (Staatsräson, „normative Kraft des Faktischen“) gibt es nämlich auch keinen Herrschaftsanspruch von absoluter Geltung. Wenn das Gesetz etwas von Menschen „Gemachtes“ ist, dann gilt das Gesetz nur, weil es von Menschen gemacht wurde – und zwar von konkreten Menschen einer konkreten Gesellschaft zu einer bestimmten Zeit.“¹¹² Van Ooyen sieht darin schließlich auch emanzipatorischen Aspekt, die Menschen müssen sich keinen vorausgesetzten höheren Werten mehr beugen, sondern sie verfügen selber über die Gestaltung ihrer

¹⁰⁹ S. 27

¹¹⁰ S. 48

¹¹¹ S. 49f

¹¹² S. 46

Gesellschaft.¹¹³ Freilich entsteht dadurch auch eine Schwierigkeit, nämlich „dass man sich gegenüber tatsächlicher Machtwillkür auch nicht mehr auf die Legitimität einer höheren Wertordnung berufen kann.“¹¹⁴ Kelsen behauptet dabei aber nicht, dass die Demokratie sich gegen Willkür und Gewalt prinzipiell nicht verteidigen könnte. Er schreibt: „Aber es ist das Recht jeder, auch einer demokratischen Regierung, Versuche, sie mit Gewalt zu beseitigen, mit Gewalt zu unterdrücken und durch geeignete Mittel zu verhindern. Die Ausübung dieses Rechts ist weder mit dem Prinzip der Demokratie noch mit dem der Toleranz in Widerspruch.“¹¹⁵

Anders verhält es sich aber dann, wenn die Demokratie in Gefahr ist, von einer Mehrheit gestürzt zu werden. Denn dann ist die paradoxe Situation gegeben, dass die Demokratie sich nur auf undemokratischem Wege gegen ihren Untergang verteidigen kann – und so selbst ihren Untergang herbeiführt. Deshalb schreibt Kelsen: „Demokratie kann sich nicht selbst verteidigen, dass sie sich selbst aufgibt.“ Und: „[W]er für Demokratie ist, darf sich nicht in den verhängnisvollen Widerspruch verstricken lassen und zur Diktatur greifen, um die Demokratie zu retten. 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, umso leidenschaftlicher wieder aufleben wird.“¹¹⁶ Kelsen argumentiert hier gegen das Konzept des (von Carl Schmitt propagierten) Ausnahmezustandes, welches auch in jüngster Zeit wieder an Aktualität gewinnt. Die Positivierung des Ausnahmezustandes führt nicht zu einer Sicherung der Demokratie, sondern zu deren ständiger Gefährdung, da nur derjenige über den Ausnahmezustand bestimmen kann, der auch über ihn verfügt, das heißt es gibt kein objektives Kriterium, wann eine „Ausnahme“ tatsächlich gegeben ist. Der Souverän entscheidet ganz einfach über die Ausnahme. Daher steht der positivierte, ins Rechtssystem aufgenommene,

¹¹³ „Denn das ist der emanzipatorisch-demokratische Sinn des Kelsenschen Formalismus des Rechts: Weil der Begriff des Rechts vom Begriff der Gerechtigkeit abgelöst ist, Recht und Gesetz als identisch zusammenfallen, ist das Recht relativ. Als Gesetz steht es den Menschen völlig frei zur Disposition. Es kann daher jeden beliebigen Inhalt annehmen; es entzieht sich dem Maßstab einer als höherwertig reklamierten sittlichen Qualität von Herrschaft und in seiner Form kann nun alles an politischen Konzepten und Wertvorstellungen mit gleicher Berechtigung – also Legitimität „hineingegossen“ werden, ohne sich tradierten Autoritäten, ohne sich überhaupt „nicht-menschlichen“ Mächten noch länger beugen zu müssen. Insoweit zeigt sich der Rechtspositivismus bei Kelsen als bloße Folge seiner pluralistischen Sicht von Gesellschaft, die mit einem radikalen Wertrelativismus einhergeht.“ S. 50

¹¹⁴ S. 50

¹¹⁵ Hans Kelsen. Was ist Gerechtigkeit?. Reclam. Stuttgart. 2000. S. 51

¹¹⁶ Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. (1932). In: M. Jestaedt, O. Lepsius (Hg.). Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Mohr Siebeck. Tübingen. 2006. S. 237

Ausnahmezustand dem Missbrauch offen – was sich in jüngster Zeit auch bemerkbar macht.¹¹⁷ Der positivierte Ausnahmezustand ist nur ein weiterer gangbarer Weg die Demokratie zu liquidieren und dient nicht ihrer Sicherstellung

Zu der Beschreibung der Demokratie wie sie tatsächlich ist (oder sein könnte), gelangt Kelsen aber auf dem Wege einer Kritik der demokratischen Ideologie. Diese Ideologie, nicht notwendigerweise ein einheitliches System, aber doch ein Konglomerat von gängigen Auffassungen, gibt vor, die Demokratie zu beschreiben, verhüllt dabei aber deren eigentliches Wesen. Kelsen kritisiert die wichtigsten Lehren bzw. Begriffe dieser Ideologie und gelangt so zu seiner eigenen Auffassung von Demokratie. Diese Kritik wird in den folgenden Kapiteln dargestellt.

¹¹⁷ Siehe Giorgio Agamben. Ausnahmezustand. Suhrkamp. Frankfurt am Main. 2004. Zweifelsohne gibt es einen Ausnahmezustand und er wird in letzter Zeit vermehrt in Anspruch genommen. Deshalb ist eine Kritik dieser Institution nötig. Dass aber jedes Rechtssystem „sein eigenes Außen miteinbezieht“ mutet dogmatisch-metaphysisch an. Kelsen dementiert daher auch diese Annahme. Der Ausnahmezustand ist entweder gesetzlich verankert oder er ist es nicht. Im ersten Falle ist der Ausnahmezustand nicht das Außen des Gesetzes, sondern „nur“ ein besonderes Gesetz. Im zweiten Fall die „Verhängung des Ausnahmezustandes“ als Rechtsbruch zu sehen. Kelsen schreibt: „Die grundsätzliche und wohl unanfechtbare Position, von der hier ausgegangen und deren Anerkennung vom Leser beansprucht wird, ist die: dass der Staat, insofern er Gegenstand der Rechtserkenntnis ist, insofern es überhaupt eine Staatslehre gibt, von der Natur des Rechtes, d.h. entweder die Rechtsordnung selbst oder ein Teil derselben sein muss, weil eben „rechtlich“ nichts anderes begriffen werden kann als das Recht, und den Staat rechtlich begreifen (das ist wohl der Sinn der Staatslehre) nichts anderes heißen kann, als den Staat als Recht begreifen. Dass aber der Staat, sofern er überhaupt als Ordnung erkannt ist – vom Standpunkte juristischer Erkenntnis – nur die Rechtsordnung als Ganzes, nicht aber eine Teil-Rechtsordnung darstellen kann, das dürfte dann keines weiteren Beweises bedürfen, wenn man mit der herrschenden Lehre eine durchgängige Bezogenheit des Rechtes auf den Staat und des Staates auf das Recht anzunehmen und die Vorstellung, dass irgend ein Teil des Rechtes außerhalb des Staates oder irgendein Teil des Staates außerhalb des Rechts stehe, abzulehnen geneigt ist.. (...) Sonderlich in der Bedeutung des Wortes „Staat“, in der diesem Souveränität zugesprochen wird, kann er – kann diese souveräne Ordnung nicht anders als mit der Rechtsordnung in ihrer Totalität identisch sein.“ Hans Kelsen. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Verlag von J.C.B. Mohr(Paul Siebeck). Tübingen.1920. S. 11

Sehr präzise schildert Dreier Kelsens Position: „Dem Modell der Selbstverpflichtung, das die Frage nach der Rechtfertigung hoheitlicher Akte tendenziell staatspolitischen Notwendigkeiten, den Erfordernissen der ‚Staatsräson‘ anheimstellen muss, setzt Kelsen die Restriktion aller Staatlichkeit auf kompetenzmäßig begründete Akte entgegen. Wenn vom Staat rechtliche Bindung ausgehen soll – so die Überlegung -,kann er nicht auch und zugleich eine „rechtsfremde Macht“, muss er Recht sein. Mit der Reduzierung des Staatlichen ist unmittelbar der Effekt der totalen Verrechtlichung des Staates verbunden. Verrechtlichung meint hier kein Plädoyer für die quantitative Steigerung der staatlichen Normenproduktion und der Ausdehnung rechtlich reglementierter Lebensbereiche, sondern ist zu verstehen als die strikte Bindung des Staates an das Recht, genauer: als Postulat der Reduktion aller staatlichen auf positivrechtlich fundierte Handlungen. (...) In Handlungen extra legem manifestiert sich keine besondere Form des (Ausnahme-)Rechts, wird überhaupt nicht der Staat, sondern nur ein ‚Scheinstaat‘ wirksam. (...) Aus der Vorstellung, dass der Staat nicht eine im Grunde unumschränkte, durch rechtliche Bindungen nur vorübergehend domestizierte souveräne Gewalt ist, er sich vielmehr bei juristischer Betrachtung nicht weiter als das Recht erstrecken kann, zieht Kelsen die Konsequenz, dass es für alles staatliche Handeln einer rechtlichen Grundlage bedarf. Staatliche Funktionen ohne rechtliche Herleitung, aber mit Anspruch auf juristische Relevanz sind ihm schlicht eine ‚Denk unmöglichkeit‘ “.Horst Dreier. Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Nomos Verlag. Baden-Baden. 1990. S. 219-221

Die Freiheit

„Allein die Idee der Freiheit ist und bleibt die ewige Grunddominante aller politischen Spekulation, obgleich – oder gerade weil – die Idee der Freiheit ihrem tiefsten Wesen nach alles Soziale und damit alles Politische negiert und so gleichsam den Kontrapunkt aller Gesellschaftstheorie und Staatspraxis bildet.“¹¹⁸

Kelsen verfasste mehrere Schriften über einen großen Zeitraum hinweg zur Demokratietheorie. Die erste bedeutende Schrift ist die erste Auflage von *Vom Wesen und Wert der Demokratie* aus dem Jahr 1920, die letzte, *Foundations of Democracy*, wurde 1955 veröffentlicht. In den nächsten Kapiteln wird vor allem auf die zweite umfangreichere Auflage von *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929) Bezug genommen. Dieses Werk kann als Kelsens Hauptwerk seines demokratietheoretischen Schaffens gesehen werden.

Kelsens Anliegen ist es, die *demokratische Ideologie* offenzulegen. Er schreibt: „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.“¹¹⁹ Seit der bürgerlichen Revolutionen von 1789 und 1848 sei das demokratische Ideal nahezu eine „Selbstverständlichkeit des politischen Denkens“¹²⁰ geworden und „selbst wer sich seiner Verwirklichung mehr oder weniger zu widersetzen unternahm, glaubte dies meist nur mit einer höflichen Verbeugung vor dem grundsätzlich anerkannten Prinzip oder

¹¹⁸ Hans Kelsen. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 2. Auflage. In: M. Jestaedt, O. Lepsius (Hg.). Hans Kelsen. *Verteidigung der Demokratie*. Mohr Siebeck. Tübingen. 2006. S. 175

¹¹⁹ S. 153

¹²⁰ S. 153

hinter einer vorsichtigen Maske demokratischer Terminologie wagen zu dürfen.“¹²¹ Aus diesem Bedeutungsverlust und der damit einhergehenden inflationären Verwendung ergibt sich die Notwendigkeit, genau zu bestimmen, was die Demokratie ist, woraus sie ihre Legitimation beziehen kann und es muss geprüft werden, ob der Anspruch der Demokratie, der von verschiedensten Seiten vorgebracht wird, auch erfüllt wird, d.h. schlicht und einfach zu klären ob die Demokratie ist, was sie zu sein vorgibt.

Freilich muss die tiefe Verschiedenheit beachtet werden, die zwischen Kelsens und der heutigen Situation besteht. 1929 war die parlamentarische Demokratie in vielen europäischen Ländern von der extremen Linken genauso bedroht (freilich wiederum im Namen einer richtigeren Demokratie) wie von der äußersten Rechten, und auch die Unterstützung der Demokratie im „gemäßigten Lager“ war, insbesondere in Deutschland, im Schwinden begriffen. Kelsen ist sich dieser, gelinde ausgedrückt, prekären Situation bewusst, und beschäftigte sich eingehend damit, wie in einer Demokratie mit den ihren Feinden umzugehen sei, das bedeutet vor allem mit jenen Gruppen, die auf demokratischem Wege an die Macht zu kommen suchen, um die Demokratie zu liquidieren. Kelsens Antwort wurde oben schon behandelt.

Kelsen stellt zunächst die *Idee* der Demokratie vor, welche zur *Ideologie* wird, sollte sich herausstellen, dass diese Idee der Legitimation einer Staatsform dient, die eben nicht dieser Idee entspricht. Die Herausarbeitung der Idee der Demokratie und der Vergleich mit der tatsächlichen Situation ist also Kelsens ideologiekritisches Verfahren.¹²²

In der *Idee* der Demokratie „vereinigen sich zwei Postulate unserer praktischen Vernunft“: Die Forderung der *Freiheit* und die Forderung der *Gleichheit*. Die Forderung der Freiheit erwächst für Kelsen aus einem „Urinstinkt des geselligen Lebens“. Die Forderung der Freiheit ist *gegen* die Gesellschaft gerichtet, sie ist ein „Protest gegen den fremden Willen, (...) gegen

¹²¹ S. 153

¹²² Deutlich spricht Kelsen sein Anliegen an dieser Stelle aus: „Die Metamorphose des Freiheitsgedankens führt von der Idee zur Wirklichkeit der Demokratie. Deren Wesen kann nicht anders als in dem eigenartigen und für das Problem der Demokratie ganz besonders charakteristischen Gegensatz von Ideologie und Realität erfasst werden. Viel Missverständnis im Streit um die Demokratie entsteht immer wieder dadurch, dass der eine nur von der Idee, der andere nur von der Wirklichkeit des Phänomens spricht und beide sich darum widersprechen, weil keiner das Ganze: die Realität im Lichte der über ihr sich erhebenden Ideologie, die Ideologie im Hinblick auf die sie tragende Realität erfasst. Und dieser Antagonismus von Idee und Wirklichkeit, er ist nicht nur von Bedeutung bei dem Grundprinzip der Demokratie, der Idee der Freiheit; er zeigt sich in allen sie aufbauenden Elementen. Und so insbesondere im Begriff des Volkes.“(S. 162). Die besagte Metamorphose des Freiheitsgedankens wird weiter unten behandelt.

die Qual der Heteronomie“.¹²³ Die Forderung der Freiheit ist also in ihrem ursprünglichsten Sinne gleichbedeutend mit der Forderung nicht beherrscht zu werden. Je stärker sich dabei „unmittelbar im Menschen das primäre Gefühl des eigenen Wertes sich in Ablehnung jedes Mehrwertes einen anderen äußert“¹²⁴, desto stärker wird auch die Last der Fremdbeherrschung empfunden: „So stellt sich die durchaus negative und tief innerste antihierarchische Idee der *Gleichheit* in den Dienst der ebenso negativen Forderung der *Freiheit*.“¹²⁵

Die Freiheit ist also das grundlegende Prinzip, die angenommene Gleichheit dient „bloß“ der Forderung nach Freiheit. Die Demokratie soll in erster Linie die Freiheit verwirklichen. Die Erfüllung beider Postulate bleibt in der Praxis aber unvereinbar, weil wir, „wenn wir in der Wirklichkeit gleich bleiben wollen, wir uns beherrschen lassen müssen.“ Das einfach aus dem Grund, weil für Kelsen *Gesellschaft* und *Staat* immer bedeuten: *Bindende Ordnung* und *Herrschaft*. Da also Herrschaft konstitutiv für jegliche soziale Ordnung ist, lautet die abgewandelte Forderung: „dann wollen wir nur von uns selbst beherrscht werden.“¹²⁶ Und so erfährt der wichtigste Begriff der demokratischen Ideologie einen ersten Bedeutungswandel: „Von der *natürlichen* Freiheit löst sich die soziale oder *politische* Freiheit ab. Politisch frei ist, wer zwar untertan, aber nur seinem eigenen, keinem fremden Willen untertan ist.“ Diese unterschiedlichen Freiheitsbegriffe können als *Freiheit-von* (nämlich von Beherrschung) und *Freiheit-zu* (nämlich vorerst zu politischer Selbstbestimmung, in der Folge aber zu politischer Mitbestimmung) bezeichnet werden. Kelsen bezeichnet sie auch als Freiheit der Anarchie und als Freiheit der Demokratie.¹²⁷

Garant für die Selbstgesetzgebung wäre eine Stimmeneinhelligkeit, welche natürlich nicht gefordert werden kann, da anderweitig überhaupt kein Beschluss zustande kommen würde.¹²⁸ Also bleibt nur eine „*relativ größte Annäherung an die Idee der Freiheit*“¹²⁹ die im

¹²³ S. 154

¹²⁴ S. 154

¹²⁵ S. 154

¹²⁶ S. 155

¹²⁷ S. 156

¹²⁸ Stimmeneinhelligkeit wird in den berühmten Urvertragskonzeptionen angenommen. Dass diese Stimmeneinhelligkeit nur für die Gründung des Staates gefordert wird, nicht für dessen Fortbestehen, bedeutet in Kelsens Lesart, dass eben die „objektive Geltung“ der Ordnung doch schon immer vorausgesetzt wird. Darum hat die Stimmeneinhelligkeit bloß eine legitimierende Funktion in einer hypothetischen Konstruktion, die über Existenz oder Nicht-Existenz einer Ordnung entscheiden soll, und keinerlei Bedeutung in einem realen politischen Prozess der Entscheidungsfindung.

¹²⁹ S. 159

Majoritätsprinzip verwirklicht ist. Das bedeutet freilich, dass nur noch der als frei gelten kann, der bei der Abstimmung mit der Mehrheit gestimmt hat. Jedoch selbst diesem spricht Kelsen noch die Freiheit ab, denn ändert jener nach Abstimmung seine Meinung, kann er nicht mehr als frei bezeichnet werden. Einen letzten Wandel der Bedeutung von *Freiheit* konstatiert Kelsen in dem Zurücktreten der letztlich *unmögliche[n] Freiheit des Individuums* und des Bedeutungsgewinns der *Freiheit des sozialen Kollektivums*.¹³⁰ „Der Protest gegen die Herrschaft von meinesgleichen führt im politischen Bewusstsein zu einer Verschiebung des Subjekts der – auch in der Demokratie unvermeidbaren – Herrschaft: zur Konstruktion der anonymen *Person des Staates*.“¹³¹ Diese Hypostasierung der Herrschaftssubjekte¹³², diese „Personifikation des Staates“ wird Kelsen auch an anderer Stelle und von anderen Ausgangspunkten her kritisieren. Infolge dieses letzten Bedeutungswandels ist der „Szenenwechsel (...) ein solch vollständiger, dass es, im Grunde genommen, nicht mehr richtig ist, zumindest nicht mehr darauf ankommt, zu behaupten, der einzelne Staatsbürger sei frei.“ Und so wird aus der Forderung nach Freiheit des Individuums von Fremdbeherrschung in einer äußersten Metamorphose die Forderung nach einem „freien Staat“, das heißt, nach staatlicher Souveränität.¹³³

¹³⁰ S. 160

¹³¹ S. 160

¹³² S. 160

¹³³ Auch die Souveränität der Staaten wird Kelsen an anderer Stelle mit anderen Mitteln kritisieren: und zwar sieht er in der gleichzeitigen Annahme der Gültigkeit des Völkerrechtes und der staatlichen Souveränität einen normenlogischen Widerspruch.

Das Volk

Nachdem aufgezeigt wurde, dass zwischen dem Ideal der Demokratie, nämlich der Verwirklichung der Freiheit, und der Wirklichkeit ein bedeutender Unterschied besteht, der von der demokratischen Ideologie verschleiert wird, zeigt sich weiter, dass es ähnliche Unterschiede zwischen Ideal und Wirklichkeit in anderen Bereichen der Demokratie gibt, so beispielsweise beim Begriff des Volkes. Dieser Begriff ist für die Demokratie von erheblicher Wichtigkeit, da die Demokratie als Volksherrschaft gekennzeichnet wird. In einer Demokratie ist das Volk souverän, d.h. das Volk herrscht. Nur: Was ist das Volk? Und: Über wen herrscht es? Über sich selbst, über das Volk, heißt es. In dieser Herrschaft über sich selbst kündigt sich der Unterschied schon an, der tatsächlich zwischen zwei verschiedenen Begriffen von Volk besteht, nämlich zum einen das Volk als beherrschtes, und zum anderen das Volk als herrschendes. Beide Begriffe sind nicht deckungsgleich. Die behauptete Deckungsgleichheit entlarvt Kelsen als Ideologie.

Volk wird zunächst so verstanden, als dass im Volk eine Vielheit von Menschen zu einer Einheit sich gestaltet.¹³⁴ Diese behauptete Einheit ist für Kelsen aber problematisch, denn: „Von nationalen, religiösen und wirtschaftlichen Gegensätzen gespalten, stellt es – seinem soziologischen Befunde nach – eher ein Bündel von Gruppen als eine zusammenhängende Masse eines und desselben Aggregatzustandes dar. (...) Denn als Übereinstimmung des Denkens, Fühlens und Wollens, als Solidarität der Interessen ist die Einheit des Volkes ein ethisch-politisches Postulat, das die nationale oder staatliche Ideologie mit Hilfe einer allerdings ganz allgemein gebrauchten und daher schon gar nicht mehr überprüften Fiktion real setzt.“¹³⁵

Da also die Einheit des Volkes kein soziologischer Tatbestand ist, lässt sich die Einheit des Volkes nur als ein juristischer Tatbestand, als eine normative Konstruktion aufrechterhalten:

¹³⁴ S. 162

¹³⁵ S. 163

„Als solche Einheit ist das „Volk“ gar nicht – wie die naive Vorstellung vermeint – ein Inbegriff, ein Konglomerat gleichsam von Menschen, sondern nur ein System von einzelmenschlichen Akten, die durch die staatliche Rechtsordnung bestimmt sind.“¹³⁶ Die *Einheit* des Volkes ist also eigentlich die „Einheit der das Verhalten der normunterworfenen Menschen regelnden *staatlichen Rechtsordnung*.“ Da das Verhalten der Menschen immer nur zu einem Teil von der Rechtsordnung geregelt sind, insbesondere in einer Ordnung die sich auf die Freiheit gründet, kann niemals davon die Rede sein, die Menschen „mit ihrem ganzen Wesen [würden] dieses Staatselement bilden.“¹³⁷

Ist erst erkannt, dass „Volk“ eine normative Einheit darstellt, ergibt sich weiter, dass „Volk“ zum einen „die Einheit der durch die staatliche Rechtsordnung normierten Handlungen der Menschen“, also das Objekt der Herrschaft, bezeichnet. Zum anderen soll aber „Volk“ auch das Subjekt der Herrschaft bezeichnen. „Als Subjekt der Herrschaft kommen die Menschen hier nur in Betracht, sofern sie an der Erzeugung der staatlichen Ordnung beteiligt sind. Und gerade in dieser für die Idee der Demokratie entscheidenden Funktion, gerade sofern das „Volk“ im Verfahren der Normerzeugung auftritt, zeigt sich die unvermeidliche Differenz zwischen diesem und dem als Inbegriff der Normunterworfenen bestimmten „Volk“.“¹³⁸

„Volk“ im zweiten Sinne meint also Menschen, denen sogenannte politische Rechte zustehen, also Rechte, die eine bestimmte Art von politischer Mitbestimmung gestalten. Dass diese Menschen aber immer nur einen Teil all jener Menschen bilden, die dann den so erzeugten Normen unterworfen sind, ist klar, denn „gewisse natürliche Schranken“¹³⁹ stehen der Ausdehnung der politischen Rechte im Wege.¹⁴⁰ So sind beispielsweise Kinder ebenso ausgeschlossen wie etwa Menschen denen die geistige oder die moralische Gesundheit abgesprochen wird. Zudem hat die Demokratie in ihrer langen Geschichte einen immensen Teil der Bevölkerung von der Mitbestimmung ausgeschlossen, so etwa Sklaven, Frauen, und, heute noch selbstverständlich, „Ausländer“.¹⁴¹

¹³⁶ S. 163

¹³⁷ S. 164

¹³⁸ S. 164

¹³⁹ S. 164

¹⁴⁰ S. 164

¹⁴¹ Kelsen schreibt dazu: „Und als völlig selbstverständlich gilt jene Privilegierung, die das Institut der Staatsbürgerschaft begründet, weil man dieses – ein Irrtum, der gerade aus der zuletzt bezeichneten Tendenz der Einschränkung der politischen Rechte entspringt – für eine dem Staat begriffswesentliche Einrichtung hält. Indes zeigt die Erfahrung der neuesten Verfassungsentwicklung, dass politische Rechte durchaus nicht an die

Aufgrund der erwiesenen Differenz der zwei Begriffe des Volkes, müsse man „vom Idealbegriff des Volkes zu seinem Realbegriff vordringen“. ¹⁴² Der „Inbegriff aller der Herrschaft Unterworfenen“ muss durch den „viel engeren Kreis der politisch Berechtigten“ ersetzt werden. ¹⁴³ Da aber tatsächlich nur ein Teil der Berechtigten die Rechte auch wirklich ausübt, zeigt sich der Bereich des so verstandenen Volkes als noch kleiner. Schließlich, meint Kelsen, „wäre vom Standpunkt realistischer Betrachtung“ ¹⁴⁴ eine weitere Einschränkung zulässig. Man könnte sogar nur jene Personen von den die politischen Rechte ausübenden Menschen als Volk im aktiven Sinne bezeichnen, die tatsächlich „durch selbständige Willensentscheidung – der Idee der Demokratie entsprechend – Richtung gebend in das Verfahren der Gemeinschaftswillensbildung eingreifen“ (im Unterschied zur „urteilslose[n] Menge ohne eigene Meinung“ ¹⁴⁵). ¹⁴⁶

Und so kann Kelsen abschließend konstatieren: „Der Wandel vom Idealbegriff zum Realbegriff des „Volkes“ geht sohin nicht weniger tief als die Metamorphose der natürlichen zur politischen „Freiheit“.“ ¹⁴⁷

Staatsbürgerschaft gebunden werden müssen. So gewährt die Verfassung Sowjet-Russlands, eine jahrtausendalte Schranke durchbrechend, auch allen Ausländern, die sich zu Arbeitszwecken in Russland aufhalten, die volle politische Gleichberechtigung. In der für das überaus langsame Fortschreiten des Menschheitsgedankens so charakteristischen Rechtsentwicklung, nach der der Staatsfremde ursprünglich ein vogelfreier Feind, später allmählich und schrittweise bürgerlich gleichberechtigt wird, heute fast überall aber noch politisch rechtlos ist, setzt die Sowjetverfassung eine Tat von historischer Bedeutung. Freilich ist der Rückschritt nach anderer Richtung umso grösser. (Indem gewisse Kategorien von Staatsbürgern unter dem Gesichtspunkte des Klassenkampfes von der politischen Berechtigung ausgeschlossen werden.)“ S.165

¹⁴² S. 165

¹⁴³ S. 165

¹⁴⁴ S. 165

¹⁴⁵ S. 165

¹⁴⁶ S. 165f

¹⁴⁷ S. 173

Die Fiktion der Repräsentation

Als Kelsen seine Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ verfasste, war der Parlamentarismus einer harschen Kritik ausgesetzt. Das Parlament war in den 20er und frühen 30er Jahren des letzten Jahrhunderts, keineswegs eine unumstrittene demokratische Einrichtung. Kelsen selbst befürwortete den Parlamentarismus, kritisierte aber „die Fiktion der Repräsentation“ und machte auch Vorschläge bezüglich einer Reform des Parlamentes.

Das „objektive Wesen“ des Parlamentarismus ist für Kelsen „Bildung des maßgeblichen staatlichen Willens durch ein vom Volke auf Grund des allgemeinen und gleichen Wahlrechtes, also demokratisch gewähltes Kollegialorgan, nach dem Mehrheitsprinzip.“¹⁴⁸ Kelsen meint von allen Ideen, die das parlamentarische System bestimmen, wäre die Idee der Freiheit die wichtigste. Die Metamorphose dieser Idee wurde oben dargestellt. Eine weitere wichtige Idee ist die der Unmittelbarkeit der Willensbildung, d.h. der Repräsentation des Volkswillens im Parlament. Kelsen nennt diese Idee eine Fiktion, sie besagt: „[d]as Parlament [ist] seinem Wesen nach nichts als ein Repräsentant des Volkes, dessen Willen allein in den Parlamentsakten zum Ausdruck komm[t].“¹⁴⁹ Dass diese Annahme aber eine Fiktion ist, geht schon allein daraus hervor, da „nach den Verfassungen der parlamentarisch regierten Staaten ein Wille des Volkes – abgesehen vom Akte der Parlamentswahl – überhaupt nicht gebildet werden könne.“ Einen einheitlichen Volkswillen gibt es gar nicht, es gibt nur verschiedene Interessen. Auf die Fiktion eines einheitlichen Volkswillens wurde oben schon eingegangen.

Doch auch die verschiedenen Interessen werden nicht direkt im Parlament repräsentiert, da die Abgeordneten im Parlament „*keine bindenden Instruktionen* anzunehmen haben“ und

¹⁴⁸ Hans Kelsen. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 2. Auflage. In: M. Jestaedt, O. Lepsius (Hg.). Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Mohr Siebeck. Tübingen. 2006. S. 175

¹⁴⁹ S. 178

somit „das *Parlament* in seiner Funktion *vom Volke* rechtlich *unabhängig* ist.“¹⁵⁰ Kelsen gibt zu denken, dass überhaupt erst durch diese „Unabhängigkeitserklärung des Parlaments gegenüber dem Volk“¹⁵¹ das moderne Parlament entstand, denn die Mitglieder der alten Ständeversammlung waren durch imperative Mandate ihrer Wählerschaft gebunden.¹⁵²

Die Aufrechterhaltung der Fiktion der Repräsentation des Volkswillens dient der Legitimation des Parlamentarismus vom Standpunkt der Volkssouveränität aus. Diese Beeinträchtigung des Freiheitsprinzips durch das Parlament ist aber unumgänglich in einer Demokratie die eine gewisse Größe erreicht, denn allein aus organisatorischen Gründen ist es nicht mehr möglich den Staatswillen in einer Versammlung zu bilden, an der alle stimmberechtigten Bürger teilnehmen. Das Parlament gründet also in der Notwendigkeit der Arbeitsteilung. Aber: „Jede arbeitsteilige Differenzierung des staatlichen Organismus, die Übertragung irgendeiner staatlichen Funktion auf ein anderes Organ als das Volk bedeutet notwendigerweise eine Einschränkung der Freiheit.“¹⁵³ Das Parlament stellt daher „ein *Kompromiss* zwischen der demokratischen Forderung der *Freiheit* und dem allen sozialtechnischen Fortschritt bedingenden Grundsatz *differenzierender Arbeitsteilung* dar.“ Die Aufgabe des Volkes besteht dann nur noch darin, „den eigentlichen Apparat der Staatswillensbildung zu kreieren und zu kontrollieren.“¹⁵⁴

Historisch gesehen war der Kampf gegen die Autokratie Ende des 18. Jahrhunderts und Anfang des 19. Jahrhunderts „im Wesentlichen ein Kampf für den Parlamentarismus.“ Man erhoffte sich damals von einer Verfassung, „die der Volksvertretung entscheidenden Anteil an der Bildung des staatlichen Willens einräumt (...) allen erdenklichen politischen Fortschritt“¹⁵⁵. Seit dem Sieg über die autokratische Staatsform ist aber die Fiktion der Repräsentation nicht mehr haltbar.¹⁵⁶ Kelsen weist darauf hin, dass innerhalb des parlamentarischen Systems auch tatsächlich sehr viel geleistet wurde, vor allem die Emanzipation des Bürgerstandes und später die politische Gleichberechtigung des

¹⁵⁰ In der 2. Auflage der Reinen Rechtslehre schreibt Kelsen: „Es ist die Zuschreibung, die man im Begriff der Repräsentation vollzieht. (...) in einem spezifischen Sinne bedient man sich des Begriffes der Repräsentation nur, um Zuschreibung einer Funktion – nicht zur Person des Staates, sondern – zum Volk auszudrücken.“ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage von 1960. Unveränderter Nachdruck 1976. Verlag Franz Deuticke. Wien. S. 301

¹⁵¹ S. 177

¹⁵² S. 177

¹⁵³ S. 176

¹⁵⁴ S. 176

¹⁵⁵ S. 176

¹⁵⁶ S. 177

Proletariats ist eine Errungenschaft des Parlamentarismus. Diese politischen Errungenschaften sieht Kelsen bei einer durchaus statthaften Kritik des Parlamentarismus allzu leicht vergessen. Außerdem sieht Kelsen im Parlamentarismus, der durch die Fiktion der Repräsentation gerechtfertigt war, ein weiteres Verdienst: „Sie [die Fiktion der Repräsentation] hat die unter dem gewaltigen Druck der demokratischen Idee stehende politische Bewegung des 19. und 20. Jahrhunderts auf einer vernünftigen mittleren Linie gehalten. Indem sie glauben machte, dass die große Masse des Volkes sich in dem gewählten Parlamente politisch selbst bestimme, hat sie eine exzessive Überspannung der demokratischen Idee in der politischen Wirklichkeit verhindert; eine Überspannung, die nicht ohne Gefahr für den sozialen Fortschritt, weil notwendig mit einer unnatürlichen Primitivierung der politischen Technik verbunden gewesen wäre.“

Kelsens starkes Eintreten für den Parlamentarismus und seine Gegnerschaft gegen eine direkte Demokratie bedeutet aber nicht, dass er den politisch Berechtigten nicht auch außerparlamentarische Einflussnahme zugesteht. So konstatiert er, dass es eine Tendenz gäbe, stärker auf Institutionen wie Volksreferendum und Volksinitiative zurückzugreifen. Kelsen unterstützt diese Tendenz. Das imperative Mandat „in seiner alten Form“ sieht er nicht mehr verwirklicht, dennoch hätte das Proportionalwahlsystem „die Notwendigkeit strafferer Parteiorganisation mit sich gebracht, als dies bei dem einfachen Majoritätswahlsystem erforderlich war. Und darum ist heute der Gedanke einer ständigen Kontrolle des Abgeordneten durch die zur politischen Partei organisierte Wählergruppe keineswegs von der Hand zu weisen.“¹⁵⁷ Ob dadurch der Wille der Wähler besser vertreten wird, sei dahingestellt, denn auch die Partei als Ganze kann erfahrungsgemäß von ihren Versprechungen abweichen.

¹⁵⁷ S. 185

Majoritätsprinzip und Parlamentarismus

Kelsen zeigt sich sehr bemüht, das parlamentarische Majoritätsprinzip in Schutz zu nehmen und seine Vorzüge sicherzustellen. Dass Kelsen dies gleich am Anfang seiner ideologiekritischen Untersuchung zum parlamentarischen Majoritätsprinzip tut, noch bevor er die ideologischen Implikationen offenlegt, ist durchaus nicht weiter erstaunlich, war doch das Parlament in den 20er Jahren in besonderem Masse der Kritik ausgesetzt. Vor allem Kelsens Gegner Carl Schmitt tat sich als Kritiker des Parlamentes hervor, besonders in seiner 1923 erschienenen Schrift „Zur geistesgeschichtlichen Lage des heutigen Parlamentarismus“

Kelsen bemerkt gleich am Anfang seiner Untersuchung des Majoritätsprinzips, dass dieses geeignet wäre eine Klassenherrschaft zu verhindern und stellt sich so dezidiert gegen marxistische Theorien, wonach gerade das parlamentarische Majoritätsprinzip die Klassenherrschaft legalisiert und verewigt. Er begründet diese Annahme an dieser Stelle aber nicht weiter.

Kelsen behauptet einen inneren Zusammenhang zwischen Majoritätsprinzip und Minoritätsschutz: „Denn die Majorität setzt ihrem Begriff nach die Existenz einer *Minorität* und es setzt somit das *Recht der Majorität* die *Existenzberechtigung* einer Minorität voraus.“¹⁵⁸ Kelsen schränkt allerdings den Zusammenhang von Majoritätsprinzip und Minoritätsschutz dahingehend ein, dass aus dem Majoritätsprinzip nicht die Notwendigkeit, aber immerhin die Möglichkeit eines „Schutzes der Minorität gegenüber der Majorität“ ableitbar sei. Kelsen geht sogar so weit zu behaupten, dass dieser Minoritätsschutz „die wesentliche Funktion der sogenannten „*Grund- und Freiheits- oder Menschen- und Bürgerrechte*“¹⁵⁹ sei. In einer direkten Demokratie wäre theoretisch ein Minderheitsschutz und eine Unterscheidung von einfachen und Verfassungsgesetzen auch möglich, allerdings

¹⁵⁸ Hans Kelsen. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 2. Auflage. In: M. Jestaedt, O. Lepsius (Hg.). Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Mohr Siebeck. Tübingen. 2006. S. 193

¹⁵⁹ S. 194

meint Kelsen, dass bei einer Volksversammlung „das Bewusstsein physischer Macht“¹⁶⁰ zu groß wäre um zu garantieren, dass eine *absolute* Mehrheit auf die Durchsetzung ihres Willens verzichtet.¹⁶¹ Deshalb schließt Kelsen: „Nur im Parlamentsverfahren ist eine solche rationale *Selbstbeschränkung* als verfassungsmäßige Institution möglich. Sie bedeutet, dass der Katalog von Grund- und Freiheitsrechten aus einem Schutz des Individuums gegen den Staat zu einem Schutz der Minderheit, einer qualifizierten Minderheit, gegen die bloß absolute Mehrheit wird.“ Letztlich will Kelsen mit dem von ihm aufgezeigten Zusammenhang von Grundrechten und parlamentarischem Majoritätsprinzip verdeutlichen, dass nur in einer parlamentarischen Demokratie zumindest die Möglichkeit besteht, dass „Maßnahmen, die in gewisse nationale, religiöse wirtschaftliche oder allgemein geistige Interessensphären eingreifen, nur mit Zustimmung einer – qualifizierten- Minorität, nicht gegen deren Willen, also nur im *Einverständnis* zwischen Majorität und Minorität möglich sind.“¹⁶² Das führt ihn schließlich auch dazu festzuhalten, dass „das Prinzip der *qualifizierten Majorität* unter gewissen Umständen eine noch größere Annäherung an die Idee der Freiheit, weil eine gewisse Tendenz zur *Einstimmigkeit* in der Gemeinschaftswillensbildung bedeuten kann.“¹⁶³

Kelsen meint innerhalb der „demokratischen Freiheitsideologie“¹⁶⁴ bedeutet das Majoritätsprinzip: „Bildung des Gemeinschaftswillens bei größtmöglicher Übereinstimmung desselben mit dem Willen der unterworfenen Individuen. Wenn der Gemeinschaftswille mit mehr Individualwillen in Einklang steht – und das ist, wie wir früher gezeigt haben, bei einem Majoritätsbeschluss der Fall –, ist das *Maximum des möglichen Freiheitswertes* – Freiheit als Selbstbestimmung vorausgesetzt – erreicht. Sieht man von der Fiktion ab, dass die Mehrheit auch die Minderheit repräsentiere, der Mehrheitswille ein *Gesamtwille* sei, dann erscheint das Mehrheitsprinzip als das Prinzip der *Herrschaft der Mehrheit über die Minderheit*. Dem ist aber in *Wirklichkeit* meist gar nicht so.“¹⁶⁵

Zunächst, im schlechteren Falle, kann natürlich auch die Minderheit über die Mehrheit herrschen, entweder verhüllt, indem eine Gruppe herrscht, welche nur scheinbar die Majorität darstellt, oder unverhüllt, im Falle einer Minderheitsregierung, „was zwar zur

¹⁶⁰ S. 194

¹⁶¹ S. 194

¹⁶² S. 194

¹⁶³ S. 195

¹⁶⁴ S. 195

¹⁶⁵ S. 195

Ideologie des Majoritätsprinzips und der Demokratie in Widerspruch steht, mit dem *Realtypus* der letzteren aber durchaus vereinbar ist.“¹⁶⁶

Im besseren Falle herrscht die Mehrheit nicht über die Minderheit, weil die „eigentliche Bedeutung des Majoritätsprinzips in der realen Demokratie“¹⁶⁷ in der Kreation eines Kompromisses besteht. Soziologisch besteht nämlich die Wirksamkeit des parlamentarischen Mehrheitssystems darin, dass das Bestreben eine Majorität zu bilden, zu einer Gruppenbildung führt: so stehen sich im Wesentlichen nur noch zwei Gruppen gegenüber „indem die innerhalb der Gemeinschaft wirksamen zahllosen Differenzierungs- und Spaltungstribe *bis auf einen einzigen grundsätzlichen Gegensatz überwunden werden*.“¹⁶⁸ Kelsen bescheinigt dem parlamentarischen Mehrheitssystem also eine sozialintegrative Funktion: „Indem es die Gesamtheit der Normunterworfenen wesentlich nur in zwei Gruppen, Majorität und Minorität, gliedert, schafft es die Möglichkeit des Kompromisses bei der Bildung des Gesamtwillens, nachdem es diese letzte Integration durch den Zwang zum Kompromiss vorbereitet hat, durch das allein die Gruppe der Majorität wie die der Minorität gebildet werden kann.“¹⁶⁹ Grundsätzlich besteht also die Funktion des parlamentarischen Mehrheitssystems nicht in einer von der demokratischen Ideologie behaupteten Herrschaft der Mehrheit über die Minderheit oder gar der Bildung eines Gemeinwillens, sondern in der sozialintegrativen Funktion, welche die Möglichkeit eines Kompromisses zwischen den verschiedenen Interessen vorbereitet.¹⁷⁰ Deutlich spricht es Kelsen an dieser Stelle aus:

„Und wenn das spezifisch dialektisch-kontradiktorische Verfahren des Parlaments einen tieferen Sinn hat, so kann es nur der sein, dass aus der Gegenüberstellung von Thesis und Antithesis der politischen Interessen irgendwie eine Synthesis zustande komme. Das kann aber hier nur heißen: nicht etwa – wie man dem Parlamentarismus, seine Realität mit seiner

¹⁶⁶ S. 195

¹⁶⁷ S. 196

¹⁶⁸ S. 195f

¹⁶⁹ S. 196

¹⁷⁰ Allerdings besteht die Gefahr, dass im Parlament kein Kompromiss ausgehandelt wird, sondern nur bereits getätigte Entscheidungen registriert werden: „Den Zwang zum stets erneuerten Kompromiss zwischen organisierten Interessen setzt die Partei über die Fraktion in einen Zwang um, der die Einheit ihres Auftretens nach außen gewährt; der Abgeordnete erhält faktisch von seiner Partei ein imperatives Mandat. Das Parlament wird dadurch tendenziell zu einer Stätte, an der sich weisungsgebundene Parteibeauftragte treffen, um bereits getroffene Entscheidungen registrieren zu lassen.“ J. Habermas. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*. Suhrkamp. Frankfurt am Main. 1990. S.305

Ideologie verwechselnd, fälschlich unterstellte: eine „höhere“, absolute Wahrheit, ein über den Gruppeninteressen stehender, absoluter Wert, sondern ein Kompromiss.“¹⁷¹

Freilich scheint die behauptete Zuspitzung der Interessensgruppen auf genau *zwei* Gruppen nicht notwendig zu erfolgen. Der These der grundsätzlich sozialintegrativen Funktion und der Herbeiführung eines Kompromisses tut dies aber keinen Abbruch. Kelsen hat selbst an einer anderen Stelle seine These von der Bildung von genau zwei Parteien differenziert. Er schreibt: „Soll aber der Staatswille nicht ein einseitiges Parteiinteresse zum Ausdruck bringen, dann müssen Garantien dafür gegeben sein, dass möglichst alle Parteiinteressen sich äußern und miteinander in Konkurrenz treten können: damit es schließlich zu einem Kompromiss zwischen ihnen komme. Gerade diese Garantien bietet das Verfahren in einem auf dem Proportionswahlsystem aufgebauten Parlament.“¹⁷² Der Kompromiss ergibt sich hier nicht zwischen Minorität und Majorität, sondern zwischen allen relevanten Parteien.¹⁷³

¹⁷¹ S. 197

¹⁷² S. 200

¹⁷³ Kelsens durchwegs positive Auffassung der Parteien müssen vor dem Hintergrund seiner Zeit verstanden werden. Heute scheint eine kritischere Haltung den Parteien gegenüber erforderlich. Insbesondere scheint sich das Verhältnis von Wähler und Partei umgekehrt zu haben, Habermas weist mit der folgenden Bemerkung darauf hin: „Die Parteien sind Instrumente der Willensbildung, aber nicht in der Hand des Publikums, sondern derer, die den Parteiapparat bestimmen.“ J. Habermas. Strukturwandel der Öffentlichkeit. Suhrkamp. Frankfurt am Main. 1990. S. 303

Rousseau

„Es gibt oft einen beträchtlichen Unterschied zwischen dem Gesamtwillen und dem Gemeinwillen; dieser sieht nur auf das Gemeininteresse, jener auf das Privatinteresse und ist nichts anderes als eine Summe von Sonderwillen: aber nimm von ebendiesen das Mehr und das Weniger weg, das sich gegenseitig aufhebt, so bleibt als Summe der Unterschiede der Gemeinwille.“¹⁷⁴

Kelsen bezeichnet Rousseau als den bedeutendsten Theoretiker der Demokratie.¹⁷⁵ Und in der Tat, nahezu alle von Kelsen behandelten Aspekte der Demokratie wurden auch von Rousseau untersucht. Beide kommen allerdings zu teilweise sehr unterschiedlichen Ergebnissen, so dass Rousseaus Demokratietheorie als der Idealtyp einer von Kelsen bekämpften demokratischen Ideologie gelten kann. In diesem Kapitel werden die Grundzüge des Rousseauschen Demokratiemodells dargestellt, anhand deren sich das Eigentümliche des Kelsenschen Demokratieverständnis noch einmal abzeichnen soll.

Rousseaus Ausgangspunkt ist die Freiheit des Menschen. Jeder Mensch ist ursprünglich frei geboren: „Die allen gemeinsame Freiheit ist eine Folge der Natur des Menschen. Dessen oberstes Gesetz ist es, über seine Selbsterhaltung zu wachen (...)“¹⁷⁶. Das grundsätzliche Problem, das sich Rousseau zu lösen vornimmt, ist diese ursprüngliche Freiheit des Menschen mit der Vergesellschaftung zu vereinbaren. Deshalb lautet die folgenreiche Forderung: „Finde eine Form des Zusammenschlusses, die mit ihrer ganzen gemeinsamen Kraft die Person und das Vermögen jedes einzelnen Mitglieds verteidigt und schützt und

¹⁷⁴ Rousseau. Gesellschaftsvertrag. Reclam. Stuttgart. 1977. S. 31

¹⁷⁵ Hans Kelsen. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 1. Auflage 1920. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen. S. 6

¹⁷⁶ Rousseau. Gesellschaftsvertrag. Reclam. Stuttgart. 1977. S. 6

durch die doch jeder, indem er sich mit allen vereinigt, nur sich selbst gehorcht und genauso frei bleibt wie zuvor.“¹⁷⁷

Da Rousseau die (zur damaligen Zeit ja noch nicht obsolete) Legitimation des Staates durch das Gottesgnadentum nicht in Betracht zieht, bleibt als Grund der Rechtsordnung nur die Vereinbarung, das heißt, der Gesellschaftsvertrag.

Eine Ordnung ist somit für Rousseau nur dann legitim, wenn sie erstens die Freiheit des Einzelnen wahrt und zweitens auf gegenseitiger Vereinbarung beruht. Um diesen beiden Forderungen zu entsprechen führt Rousseau mehrere Denkmodelle ein, die wichtigsten sind die Lehre vom Gesellschaftsvertrag und die Unterscheidung des Gemeinwillens (*volonté générale*) von der Summe der Einzelinteressen (*volonté de tous*).

Ein Zusammenschluss der einzelnen Individuen ist laut Rousseau eine Notwendigkeit. Er schreibt: „Ich unterstelle, dass die Menschen jenen Punkt erreicht haben, an dem die Hindernisse, die ihrem Fortbestehen im Naturzustand schaden, in ihrem Widerstand den Sieg davontragen über die Kräfte, die jedes Individuum einsetzen kann, um sich in diesem Zustand zu halten. Dann kann dieser ursprüngliche Zustand nicht weiterbestehen, und das Menschengeschlecht würde zugrunde gehen, wenn es die Art seines Daseins nicht änderte.“¹⁷⁸ Die Notwendigkeit für einen Zusammenschluss ergibt sich also nicht wie bei Hobbes aus der Tatsache eines Krieges aller gegen alle im Naturzustand.¹⁷⁹

Dieser Zusammenschluss muss nun durch Einstimmigkeit erfolgen: „In der Tat, woraus entstünde, es sei denn, die Wahl war einstimmig, ohne eine vorausgehende Übereinkunft die Verpflichtung für die Minderheit, sich der Wahl der Mehrheit zu unterwerfen, und woher haben hundert, die einen Herrn wollen, das Recht, für zehn zu stimmen, die keinen wollen? Das Gesetz der Stimmenmehrheit beruht selbst auf Übereinkunft und setzt zumindest einmal Einstimmigkeit voraus.“¹⁸⁰ Dass freilich auch das Kriterium der Einstimmigkeit auf Übereinkunft beruht und irgendwann einmal beschlossen hat werden müssen, übergeht Rousseau stillschweigend, denn wie könnte hier eine Lösung erreicht werden, wie könnte

¹⁷⁷ S. 16f

¹⁷⁸ S. 16

¹⁷⁹ „Es sind die Verhältnisse und nicht die Menschen, die den Krieg begründen, und da der Kriegszustand nicht aus einfachen persönlichen Verhältnissen hervorgehen kann, sondern nur aus Eigentumsverhältnissen, kann es Fehde oder Krieg Mann gegen Mann nicht geben, weder im Naturzustand, wo es kein bleibendes Eigentum gibt, noch im gesellschaftlichen Zustand, wo alles unter der Herrschaft der Gesetze steht.“ S. 12

¹⁸⁰ S. 16

hier ein infinites Regress vermieden werden? Außerdem übergeht Rousseau hier die Frage, wer denn ursprünglich zum Volk gehört, denn eigentlich könnte es vor dem Gesellschaftsvertrag keine Unterscheidung zwischen Stimmberechtigten und solchen, die es nicht sind, geben. Kelsen macht in seiner Schrift *Vom Wesen und Wert der Demokratie* ausdrücklich darauf aufmerksam: „Indem man in den meisten Demokratien Kinder, Geistesranke, Verbrecher, Ausländer, Frauen, Sklaven – je nach Standpunkt der Welt- und Lebensanschauung alle oder nur einige dieser Kategorien – von der politischen Berechtigung ausschloss, beschränkte man das „Volk“ im politischen Sinne auf einen verhältnismäßig verschwindend kleinen Teil jener Menschenmenge, die ethnographisch als Volk angesprochen werden muss.“¹⁸¹ Kelsen zeigt also, dass bestimmte Gruppen selbst bei einer fingierten Einstimmigkeit eines hypothetischen Gesellschaftsvertrages nicht mitgedacht wurden, da sie erst gar nicht zum Volk im politischen Sinne mitgedacht wurden. Er verwehrt sich gegen ein Denkmodell, das der Legitimation der Ordnung dient, den Ausschluss aber nicht mitdenkt.

Durch den Gesellschaftsvertrag wird nun der Gemeinwille (*volonté générale*) erstmals ins Leben gerufen. „Dieser Akt des Zusammenschlusses schafft augenblicklich anstelle der Einzelperson jedes Vertragspartners eine sittliche Gesamtkörperschaft, die aus ebenso vielen Gliedern besteht, wie die Versammlung Stimmen hat, und die durch ebendiesen Akt ihre Einheit, ihr gemeinschaftliches Ich, ihr Leben und ihren Willen erhält.“¹⁸²

Dieser Gemeinwille verbürgt durch die ursprüngliche Einstimmigkeit die durchgängige Einheitlichkeit des „Volkswillens“ und legitimiert so die Mehrheit, ihren Willen der Minderheit aufzuzwingen, da es Teil des einstimmig beschlossenen Gesellschaftsvertrages war, dass die Entscheidungen der Mehrheit zugleich auch Ausdruck des Gemeinwillens sind. Die Minderheit täuschte sich dann ganz einfach über den tatsächlichen Beschluss des Gemeinwillens. Rousseau formuliert dies reichlich paradox: „Damit nun aber der Gesellschaftsvertrag keine Leerformel sei, schließt er stillschweigend jene Übereinkunft ein, die allein die anderen ermächtigt, dass, wer immer sich weigert, dem Gemeinwillen zu folgen, von der gesamten Körperschaft dazu gezwungen wird, was nichts anderes heißt, als dass man ihn zwingt, frei zu sein; denn dies ist die Bedingung, die den einzelnen Bürger vor

¹⁸¹ Hans Kelsen. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. 1. Auflage 1920. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen. S. 31

¹⁸² Rousseau. *Gesellschaftsvertrag*. Reclam. Stuttgart. 1977. S. 18f

jeder persönlichen Abhängigkeit schützt, indem die ihn dem Vaterland übergibt; eine Bedingung, in der das kunstvolle Spiel des politischen Mechanismus liegt und die allein den Verpflichtungen der Bürger Rechtmäßigkeit verleiht, welche sonst sinnlos, tyrannisch und größtem Missbrauch unterworfen wäre.“¹⁸³ So verliert also der Mensch durch den Gesellschaftsvertrag seine „natürliche Freiheit und ein unbegrenztes Recht auf alles, wonach ihn gelüstet und was er erreichen kann“¹⁸⁴, er gewinnt aber „die bürgerliche Freiheit und das Eigentum an allem, was er besitzt.“¹⁸⁵

Kelsen ist allerdings der Ansicht, dass die Lehre vom *volonté générale* mit der Lehre vom *volonté de tous*, völlig unvereinbar sei, und zwar deshalb, weil die ursprüngliche Vereinbarung eine Funktion der *volonté de tous* gewesen sei und so das Ergebnis dieser „Abstimmung“ (der Gemeinwille) niemals über der *volonté de tous* stehen könne. Das heißt natürlich: Kelsen verneint überhaupt die Existenz eines Gemeinwillens. Für ihn gibt es nur den *volonté de tous*, also die Summe der Einzelinteressen. Dass die Mehrheit ihren Willen der Minderheit „aufzwingen“ darf, ist bei Kelsen daher nicht dadurch begründet, dass die Entscheidung der Mehrheit mit dem Gemeinwillen übereinstimmt (den es ja gar nicht gibt!), sondern, weil so ein „größtes Maß an Freiheit“ ermöglicht wird – dabei ist für Kelsen ganz klar, dass die Minderheit nicht an der Freiheit teilhat. Auch deshalb hat das Parlament einen so großen Stellenwert in der Kelsenschen Demokratiekonzeption, da er in der Vertretung der Minderheit im Parlament auch deren Willen zumindest artikuliert sieht. Rousseau hingegen ist ein strikter Gegner der Parlamentarischen Demokratie. Im Demokratiemodell Rousseaus werden die Gesetze nicht von einem gewählten Parlament verabschiedet. Er sieht im Parlament ein Instrument zur Versklavung des Volkes, denn nur während der Abstimmung sei das Volk frei, dann aber den gewählten Vertretern und ihren Beschlüssen unterworfen.¹⁸⁶ Deshalb plädiert Rousseau für eine direkte Demokratie, das Volk, der unumschränkte Souverän, beschließt in einer direkten Stimmabgabe alle Gesetze selbst. Gewählt wird nur die Regierung, die Rousseau als Exekutive bezeichnet. Diese hat die Aufgabe die Beschlüsse des Volkes auszuführen, ist aber selbst keine gesetzgebende Kraft.

¹⁸³ S. 21

¹⁸⁴ S. 22

¹⁸⁵ S. 22f

¹⁸⁶ „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.“ S. 103

Ein weiterer grundlegender Unterschied zwischen Kelsenscher und Rousseauscher Demokratievorstellung betrifft die Rolle der Parteien. Während Kelsen die Parteien für absolut notwendig für die Interessensvertretung hält, diese auch Verfassungsmäßig verankert sehen will, sieht Rousseau in der Parteienbildung die Gefahr einer Zerstückelung des Gemeinwillens: „Wenn die Bürger keinerlei Verbindung untereinander hätten, würde, wenn das Volk wohlunterrichtet entscheidet, aus der großen Zahl der kleinen Unterschiede immer der Gemeinwille hervorgehen, und die Entscheidung wäre immer gut. Aber wenn Parteiungen entstehen, Teilvereinigungen auf Kosten der großen, wird der Wille jeder dieser Vereinigungen ein allgemeiner hinsichtlich seiner Glieder und ein besonderer hinsichtlich des Staates; man kann dann sagen, dass es nicht mehr so viele Stimmen gibt wie Menschen, sondern nur noch so viele Vereinigungen. Die Unterschiede werden weniger zahlreich und bringen ein weniger allgemeines Ergebnis. Wenn schließlich eine dieser Vereinigungen so groß ist, dass sie stärker ist als alle anderen, erhält man als Ergebnis nicht mehr die Summe der kleinen Unterschiede, sondern einen einzigen Unterschied; jetzt gibt es keinen Gemeinwillen mehr, und die Ansicht, die siegt, ist nur eine Sonderanschauung.“¹⁸⁷

Die Bedingungen aber, welche Rousseau für das Funktionieren seiner Demokratievorstellung angibt¹⁸⁸ deuten schon darauf hin, wie prekär dieses ihm selbst erscheint und letztlich schreibt er: „Wenn es ein Volk von Göttern gäbe, würde es sich demokratisch regieren. Eine so vollkommene Regierung passt für Menschen nicht.“¹⁸⁹

Kelsen opponiert also vor allem gegen die Annahme eines Gemeinwillens.¹⁹⁰ Da es keine grundlegende Substanz der politischen Ordnung gibt, an die die Entscheidungen der Einzelnen angeglichen werden könnten, ergibt sich bei Kelsen ein Wettstreit der grundsätzlich völlig gleichberechtigten Meinungen. Für Kelsen ist eine Demokratie ohne Parlament nicht nur eine technische Unmöglichkeit, sondern, viel drastischer, Kelsen sieht in einer ausschließlich direkten Demokratie die Existenz der Minderheit gefährdet. Um diese zu

¹⁸⁷ S. 31

¹⁸⁸ „Erstens einen sehr kleinen Staat, in dem das Volk einfach zu versammeln ist und jeder Bürger alle anderen leicht kennen kann; zweitens eine große Einfachheit in den Sitten, die der Vielfalt der Angelegenheiten und heiklen Diskussionen steuert; dann weitgehende Gleichheit der gesellschaftlichen Stellung und der Vermögen, ohne welche Gleichheit von Recht und Einfluss nicht lange bestehen kann; schließlich wenig oder gar keinen Luxus (...)“. S. 73

¹⁸⁹ S. 74

¹⁹⁰ „Rousseaus volonté générale – der anthropomorphe Ausdruck für die objektive, von dem Willen der Individuen, der volonté de tous, unabhängig gültigen Staatsordnung – ist mit der Theorie des Staatsvertrags – der eine Funktion der subjektiven volonté de tous ist – völlig unvereinbar.“ S. 11

garantieren und zu Wort kommen zu lassen, ihr ständig die Möglichkeit offen zu halten, selbst zur Mehrheit zu werden, muss sie auch ständig im Parlament vertreten sein, dessen Beschlüsse nicht ein Ausdruck eines fingierten Gemeinwillens sind, sondern Kompromisse zwischen verschiedenen Interessen darstellen. Die Parteienbildung garantiert dabei die zumindest potentielle Durchsetzungskraft der Sonderinteressen.¹⁹¹

Die tiefe Gegensätzlichkeit des Demokratiemodells Rousseaus und Kelsens sollte nun klar ersichtlich sein. Anhand der „Gegnerschaft“ der beiden zeichnet sich nicht nur das Profil der Demokratievorstellungen Kelsens genauer ab, sondern auch ein weiteres zeigt sich, und zwar die Gegnerschaft zu Carl Schmitt. Das oben Dargelegte, nämlich die Annahme eines homogenen Gemeinwillens, die Kritik des Parlaments, die Kritik der Parteien, lässt an Kelsens Gegner Carl Schmitt denken. Diese Gegnerschaft belief sich allerdings nicht auf bloße theoretische Gegensätze. Beide bezogen sehr konkret Standpunkt, beide versuchten politisch wirksam zu sein. Wer auf welcher Seite stand ist hinreichend bekannt.¹⁹²

¹⁹¹ Freilich ist sich Kelsen dabei des Problems der demokratischen Gestaltung der Parteien durchaus bewusst, sind doch Parteien, für Kelsen unverzichtbares Instrument der Meinungsbildung und Meinungsdurchsetzung in Demokratien, selber zumeist alles andere als demokratisch geregelt.

¹⁹² Um Missverständnisse vorzubeugen mag ein Hinweis nötig sein: Rousseau soll natürlich nicht als wissenschaftlicher Vorarbeiter der nazistischen Ideologie charakterisiert werden. Es soll nur darauf hingewiesen werden, dass es im Rousseauschen Demokratiemodell zumindest Anknüpfungspunkte für Ideologien totalitärer Herrschaft gibt und diese auch von dieser Seite auch genützt worden waren.

Die Reine Rechtslehre

Vorbemerkung zum ideologiekritischen Charakter der Reinen Rechtslehre

„Denn es spricht vieles dafür, dass der Bereich des Sozialen ganz wesentlich ideologischen Charakter hat, dass sich Gesellschaft von Natur überhaupt nur als Ideologie von einer Realität abhebt.“¹⁹³

Kelsen bezeichnet seine Reine Rechtslehre als eine Theorie des positiven Rechts, „des positiven Rechts schlechthin, nicht einer speziellen Rechtsordnung. Sie ist allgemeine Rechtslehre, nicht Interpretation besonderer nationaler oder internationaler Rechtsnormen. Aber sie gibt eine Theorie der Interpretation.“¹⁹⁴ Die Reine Rechtslehre will nur das positive Recht beschreiben, nicht wie es sein sollte oder wie es nicht sein sollte. Das heißt, fremde Elemente mit denen sich die Jurisprudenz vermischte, werden von der Reinen Rechtslehre als solche erkannt und vom Gebiet der Jurisprudenz verwiesen. So beschreibt die Reine Rechtslehre nichts als Normen.

Kelsen fasst nun den Begriff Ideologie in zwei verschiedenen Varianten. Beides Mal ergibt sich daraus, dass die Reine Rechtslehre eine ideologiekritische Rechtslehre ist. Er schreibt: „Nur wenn ‚Ideologie‘ als Gegensatz zur Wirklichkeit von Seins-Tatsachen, das heißt, wenn unter Ideologie alles verstanden wird, was nicht kausalgesetzlich bestimmte Wirklichkeit oder eine Beschreibung dieser Wirklichkeit ist, ist das Recht als Norm, das heißt als der von kausal bestimmten Seins-Akten verschiedene Sinn dieser Akte, eine Ideologie. Und dann ist eine Rechtslehre, die nicht diese Akte in ihrem kausalgesetzlich bestimmten Zusammenhang mit anderen Seins-Tatsachen, sondern nur die Normen beschreibt, die der Sinn dieser Akte sind, und zwar in Rechtssätzen, das heißt in Gesetzen beschreibt, die nicht wie die

¹⁹³ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. 1. Auflage. 2008. Mohr Siebeck. Tübingen. S. 46

¹⁹⁴ S. 1

Naturgesetze eine Kausal-, sondern einen Zurechnungszusammenhang behaupten, auf die Eigengesetzlichkeit einer Ideologie gerichtet. Dann hat die Reine Rechtslehre den Weg zu jenem Standpunkt frei gemacht, von dem aus das Recht als eine Ideologie in diesem Sinne – das heißt als ein von der Natur verschiedener Systemzusammenhang – verstanden werden kann.“¹⁹⁵

Zur zweiten Variante des Begriffes: „Versteht man aber unter ‚Ideologie‘ nicht alles, was nicht Naturwirklichkeit oder deren Beschreibung ist, sondern eine nicht-objektive, von subjektiven Werturteilen beeinflusste, den Gegenstand der Erkenntnis verhüllende, sie verklärende oder entstellende Darstellung dieses Gegenstandes, und bezeichnet man als ‚Wirklichkeit‘ nicht nur Naturwirklichkeit als den Gegenstand der Naturwissenschaft, sondern jeden Gegenstand der Erkenntnis, also auch den Gegenstand der Rechtswissenschaft, das das positive Recht als Rechtswirklichkeit, dann muss auch eine Darstellung des positiven Rechts sich von Ideologie (im zweiten Sinn des Wortes) freihalten.“¹⁹⁶

Die Reine Rechtslehre nimmt nun an, dass das Recht gewöhnlich Ideologie in diesem ersten Sinne ist. Das Recht ein von der Natur verschiedener Systemzusammenhang, der auf seine Eigengesetzlichkeit hin überprüft werden kann. Eine Rechtstheorie aber, die das Recht aufgrund subjektiver Werturteile irgendwie rechtfertigen will, beispielsweise durch eine behauptete Übereinstimmung mit einem angenommenen Naturrecht, oder die das Recht schlicht falsch aufgrund eines subjektiven Kalküls beschreibt, ist im zweiten Sinne Ideologie. Im zweiten Sinne kann aber auch ein Normensystem eine Ideologie sein, und zwar wenn sie sich selbst falsch deutet (Z.B.: „(...) ein Staat kann in seiner geschriebenen Verfassung von sich sagen, er sei Bundesstaat oder eine Demokratie; staatswissenschaftliche Erkenntnis aber stellt fest, dass er weder das eine noch das andere ist.“¹⁹⁷

Kelsen erhebt nun den Anspruch, dass die Reine Rechtslehre diese Ideologien (im zweiten Sinne) enttarnen würde, selbst keine derartigen ideologischen Implikationen hätte und darum ideologiekritisch wäre. Er schreibt: „In diesem Sinne hat die Reine Rechtslehre eine ausgesprochen anti-ideologische Tendenz. Sie bewährt diese Tendenz darin, dass sie in ihrer

¹⁹⁵ S. 111

¹⁹⁶ S. 111

¹⁹⁷ Hans Kelsen. Demokratie. In: M. Jestaedt, O. Lepsius (Hg.). Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Mohr Siebeck. Tübingen. 2006. S. 119f

Darstellung des positiven Rechts dieses von einer Vermengung mit einem ‚idealen‘ oder ‚richtigen‘ Recht freihält. Sie will das Recht darstellen, so wie es ist, nicht so wie es sein soll: sie fragt nach dem wirklichen und möglichen, nicht nach dem ‚idealen‘, ‚richtigen‘ Recht. Sie ist in diesem Sinne eine radikale realistische Rechtstheorie, das heißt eine Theorie des Rechtspositivismus. Sie lehnt es ab das positive Recht zu bewerten. Sie betrachtet die Wissenschaft zu nichts anderem verpflichtet, als das positive Recht seinem Wesen nach zu begreifen und durch eine Analyse seiner Struktur zu verstehen. Sie lehnt es insbesondere ab, irgendwelchen politischen Interessen dadurch zu dienen, dass sie ihnen die ‚Ideologien‘ liefert, mittels deren die bestehende gesellschaftliche Ordnung legitimiert oder disqualifiziert ist. (...) Gerade durch diese ihre anti-ideologische Tendenz erweist sich die Reine Rechtslehre als wahre Rechtswissenschaft. Denn Wissenschaft hat als Erkenntnis das immanente Streben, ihren Gegenstand zu enthüllen. ‚Ideologie‘ aber verhüllt die Wirklichkeit, indem sie sie, in der Absicht, sie zu konservieren, zu verteidigen, verklärt oder in der Absicht, sie anzugreifen, zu zerstören und durch eine andere zu ersetzen, entstellt.“¹⁹⁸

Die Reine Rechtslehre beschreibt das Recht so wie es tatsächlich ist, unabhängig von seiner oft falschen und ideologischen Selbstdeutung.

Anhand von einigen Beispielen soll nun diese antiideologische Tendenz der Reinen Rechtslehre dargestellt werden. Dazu ist es vorerst nötig grundlegende Elemente der Reinen Rechtslehre vorzustellen.

¹⁹⁸ S. 112

Kurzcharakteristik der Reinen Rechtslehre

Kelsen versucht, wie schon mehrmals erwähnt, die metaphysische Lehren, das Naturrecht und die Idee der Gerechtigkeit aus dem Bereich des positiven Rechts zu verdrängen, denn alle drei hätten nur eine legitimierende, durch politische Präferenzen bestimmte, Funktion. Diesem Impetus folgend sichert Kelsen auch auf der grundlegenden Stufe des Rechts die Reinheit des positiven Rechts: gemeint ist der Rechtssatz.

Kelsen betont, dass eine Rechtsnorm nicht die Form eines Imperativs hat, sondern eine Rechtsnorm kann viel eher als hypothetisches Urteil verstanden werden. Eine Rechtsnorm lautet nicht: „Du sollst das oder jenes tun (oder nicht tun)“, sondern: „Wenn du das oder jenes tust, dann soll diese oder jene Konsequenz daraus folgen.“ Kelsen schreibt: „Dies in der Weise, dass die Rechtsnorm nicht, wie es von der traditionellen Lehre zumeist geschieht, so wie die Moralnorm als Imperativ, sondern als hypothetisches Urteil verstanden wird, das die spezifische Verknüpfung eines bedingenden Tatbestandes mit einer bedingten Folge ausdrückt. Die Rechtsnorm wird zum Rechtssatz, der die Grundform des Gesetzes aufweist. So wie das Naturgesetz einen bestimmten Tatbestand als Ursache mit einem anderen als Wirkung verknüpft, so das Rechtsgesetz die Rechtsbedingung mit der Rechts-, d.h. mit der sogenannten Unrechtsfolge. Ist die Weise der Verknüpfung der Tatbestände in dem einen Falle die Kausalität, ist es in dem anderen die Zurechnung, die von der Reinen Rechtslehre als die besondere Gesetzlichkeit des Rechtes erkannt wird. So wie die Wirkung auf ihre Ursache, wird die Rechtsfolge auf ihre Rechtsbedingung zurückgeführt; aber diese kann von jener nicht als ursächlich bewirkt angesehen werden. Die Rechts-/Unrechtsfolge wird der Unrechtsfolge zugerechnet.“¹⁹⁹ Verursacht beispielsweise ein Kind den Tod eines anderen Menschen, wird der juristische Tatbestand den Eltern zugerechnet, diese „haften“ dafür. Der Sollens Charakter des Rechts ist genau diese Zurechnung. Begeht jemand etwas, das durch

¹⁹⁹ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. 1. Auflage. 2008. Mohr Siebeck. Tübingen. S. 33f

eine Norm verboten ist, SOLL diese Person dafür gemäß den Bestimmungen bestraft werden.²⁰⁰

Das Sollen einer Rechtsnorm ist also von dem moralischen Sollen gänzlich verschieden. Das Sollen ist eine Kategorie des Rechts und hat als solche nur einen formalen Charakter. Deshalb meint Kelsen auch, dass irgendwelche inhaltliche Ausgestaltungen des Rechts diesem niemals den Rechtscharakter nehmen können: „Sie [die Kategorie des Rechts] ist im Sinne der Kantischen Philosophie erkenntnis-theoretisch-transzendental, nicht metaphysisch transzendent. Gerade dadurch bewahrt sie ihre radikal anti-ideologische Tendenz; weshalb gerade in diesem Punkt der heftigste Widerstand von Seiten der traditionellen Rechtstheorie einsetzt, die es schwer ertragen kann, dass die Ordnung der Sowjetrepublik ganz ebenso als Rechtsordnung begriffen werden soll wie die des faschistischen Italien oder die des demokratisch-kapitalistischen Frankreich.“²⁰¹

Dass deshalb die Reine Rechtslehre einem möglichen Widerstand gegen ein „ungerechtes“ Staatssystem die Waffen aus der Hand schlagen würde, da sie jeglichen Staatssystemen indifferent gegenübersteht, ist aber eine völlig verfehlte Interpretation. Vielmehr wird Kelsen anhand des Stufenbaus der Rechtsordnung, welcher in der Grundnorm endet, zeigen, dass jeder, der ein Rechtssystem als illegitim kritisiert, dies, unabhängig von der Staatsform, „zurecht“ tut.²⁰² Kelsen schränkt also nicht den Bereich des Kritisierbaren ein, sondern erweitert ihn.

²⁰⁰ Wird das Sollen als sinnlos geleugnet, dann „glaubt man die Rechtsordnung nur in der Regelmäßigkeit eines gewissen Ablaufs menschlichen Verhaltens begreifen zu können.“ Hans Kelsen. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 2. Auflage 1929. In: M. Jestaedt, O. Lepsius (Hg.). Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Mohr Siebeck. Tübingen. 2006. S. 108. Kelsen weist aber darauf hin, dass diese ausschließlich soziologische Betrachtung den immanenten Sinn einer Rechtsnorm nicht erkennt. Er schreibt: „Und dass es etwas völlig anderes ist, wenn man sagt: dieses Verhalten ist – im Sinne des Gesetzes (das heißt einer generellen Rechtsnorm) – ein Delikt und soll gemäß dem Gesetz bestraft werden, als wenn man sagt: Wer dies getan hat, wird aller Wahrscheinlichkeit nach bestraft.“ Hans Kelsen. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 2. Auflage 1929. In: M. Jestaedt, O. Lepsius (Hg.). Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Mohr Siebeck. Tübingen. 2006. S. 110

²⁰¹ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. Mohr Siebeck. Tübingen. 2008. 1. Auflage. S. 36

²⁰² „Sie [die Reine Rechtslehre] verhehlt sich nicht, dass die als ‚Recht‘ bezeichnete, spezifisch normative Bedeutung gewisser Tatbestände das Ergebnis einer möglichen, nur bei einer bestimmten [...] Grundvoraussetzung gegebenen, nicht aber einer notwendigen Deutung ist; dass man die Existenz des Rechts nicht, wie die natürlichen Tatsachen und der sie beherrschenden Naturgesetze beweisen, dass man mit zwingenden Argumenten eine Haltung nicht widerlegen kann, wie etwa die des theoretischen Anarchismus, der es ablehnt, dort wo die Juristen von Recht zu sprechen, etwas anderes zu sehen als nur nackte Gewalt. Aber die Reine Rechtslehre glaubt daraus nicht die Konsequenz ziehen zu müssen, auf die Kategorie des Sollens überhaupt und damit auf eine bekenntnismäßige Durchdringung und systematische Bearbeitung der geistigen Gehalte zu verzichten, die, von natürlichen Akten getragen, solchen allererst den Sinn des Rechts geben.“ S. 48

Das Recht als normatives System unterscheidet sich aber von anderen normativen Systemen, beispielsweise der Moral, durch den Zwangscharakter. „Nicht irgendeine immanente Qualität und auch nicht irgendeine Beziehung zu einer metarechtlichen Norm, einem moralischen, das heißt aber dem positiven Recht transzendenten Wert macht, dass ein bestimmtes menschliches Verhalten als rechtswidrig, als Delikt – im weitesten Sinne des Wortes – zu gelten habe; sondern ausschließlich und allein: dass es im Rechtssatz als Bedingung einer spezifischen Folge gesetzt ist, dass die positive Rechtsordnung auf dieses Verhalten mit einem Zwangsakt reagiert.“²⁰³

So kann also das Recht als eine „äußere Zwangsordnung“²⁰⁴ begriffen werden. Ein erwünschter Zustand wird herbeigeführt, indem auf Handlungen die diesen Zustand vermeintlich vereiteln, ein Zwangsakt erfolgt. „Der Zweck der Rechtsordnung ist somit, die Menschen durch die Vorstellung dieses ihnen für den Fall eines bestimmten Verhaltens angedrohten Übels zu dem gegenteiligen Verhalten zu veranlassen. In dieser Motivation liegt die von der Rechtsordnung intendierte Wirksamkeit.“²⁰⁵

Die Frage aber, wann eine Rechtsordnung als wirksam zu bezeichnen ist, ist eine soziologische beziehungsweise eine psychologische Frage. Anders die Frage nach der Geltung von Rechtsnormen und von der Rechtsordnung im Ganzen, diese kann niemals empirische beantwortet werden. Kelsen meint, ein Rechtssatz würde nicht kraft seines materiellen Inhalts gelten, denn alles könne Inhalt eines Rechtssatzes sein.²⁰⁶ Eine Norm gilt aufgrund einer ganz bestimmten Weise ihres Zustandekommens. „Als Rechtsnorm gilt eine Norm stets nur darum, weil sie auf eine ganz bestimmte Weise zustande gekommen, nach einer ganz bestimmten Regel erzeugt, nach einer spezifischen Methode gesetzt wurde.“ In diesem Gesetzt-Sein besteht eben die Positivität des Rechts.

Eine Norm gilt daher nur darum, weil sie gemäß einer anderen Norm, welche festlegt, wie die Norm gesetzt werden kann, gesetzt wurde. Jede Norm verdankt so ihre Geltung einer höheren Norm. Kelsen nennt das den Stufenbau der Rechtsordnung. Die höchste positive Norm ist die Verfassung (sie besteht freilich aus mehreren Normen). Diese legt fest wie Gesetze im Allgemeinen beschlossen werden. Die Geltung der Verfassung kann aber nicht

²⁰³ 37f

²⁰⁴ S. 40

²⁰⁵ S. 40f

²⁰⁶ S. 74

mehr auf eine höhere positive Norm zurückgeführt werden. Daher stellt sich die Frage woher die Verfassung ihrerseits ihre Geltung herleitet. Kelsen führt hier seine berühmte Grundnorm ein. Die Grundnorm ist ein theoretisches Konstrukt welches besagt, dass die oberste positive Norm, die Verfassung also, als geltend zu betrachten ist. Kelsen hat die Grundnorm immer wieder verschieden charakterisiert, grundsätzlich kann aber festgehalten werden, dass die Grundnorm eine Hypothese darstellt. Die Annahme der Grundnorm ist ganz einfach notwendig, soll die Rechtsordnung in ihrer spezifisch normativen Bedeutung erfasst werden. Kelsen schreibt: „In der Grundnorm wurzelt letztlich die normative Bedeutung aller die Rechtsordnung konstituierenden Tatbestände. Nur unter Voraussetzung der Grundnorm kann das empirische Material, das sich der rechtlichen Deutung darbietet, als Recht, das heißt als ein System von Rechtsnormen gedeutet werden. [...] Sie ist nur der Ausdruck der notwendigen Voraussetzung jeder positivistischen Erfassung des Rechtsmaterials. Sie gilt, da sie nicht im Rechtsverfahren erzeugt wird, nicht als positive Rechtsnorm, ist nicht gesetzt, sondern – als Bedingung aller Rechtssetzung, alles positiven Rechtsverfahrens – vorausgesetzt.“²⁰⁷ Und: „Mit der Lehre von der Grundnorm versucht die Reine Rechtslehre nur die transzendental-logische Bedingungen der seit jeher geübten Methode positiver Rechtserkenntnis durch eine Analyse des tatsächlichen Verfahrens bloßzulegen.“²⁰⁸

Es soll darauf hingewiesen werden, dass die Annahme der Grundnorm immer nur Folge einer Rechtsbetrachtung unter einer normativen Hinsicht ist. Wird das Recht als gültig betrachtet, ist die Annahme der Grundnorm eine notwendige Konsequenz, welche diese Rechtsbetrachtung hypothetisch legitimiert. Es kann also nicht jemand, der die Gültigkeit einer Rechtsordnung bezweifelt, auf die Grundnorm verwiesen werden und so zur Anerkennung der Gültigkeit der Rechtsordnung gezwungen werden.

Hier stellt sich nun auch die Frage, welchen Ordnungen eine Grundnorm vorangestellt werden kann. Kann zum Beispiel die Grundnorm auf die „Gesetze“ einer Räuberbande angewendet werden? Können so die Regeln dieser Räuberbande als geltendes positives Recht interpretiert werden?

²⁰⁷ S. 77

²⁰⁸ S. 78

Die Voraussetzung eine Rechtsordnung als eine Gültige zu betrachten, ist ihre Wirksamkeit.²⁰⁹ Einer „unwirksamen Rechtsordnung“, einer Rechtsordnung welche keiner befolgt, eine Grundnorm vorzusetzen ist ein völlig sinnloses Unterfangen, da diese „unwirksame Rechtsordnung“ gleich unwirksam bleiben würde. Das theoretische Konstrukt der Grundnorm kann daher keine Räuberbande in einen Staat verwandeln. Was aber wenn diese Räuberbande doch zu einer Wirksamkeit gelangt, wenn sie schließlich wirksamer wird als die von ihr bekämpfte staatliche Rechtsordnung? Kelsen antwortet hierauf: „[H]ört die alte Ordnung auf und beginnt die neue wirksam zu sein, indem das tatsächliche Verhalten der Menschen (für welche die Ordnung Geltung beansprucht) nicht mehr oder alten, sondern – im Großen und Ganzen – der neuen Ordnung entspricht, dann operiert man mit dieser als mit einer Rechtsordnung, das heißt: man deutet die in ihrer Vollziehung gesetzten Akte als Rechtsakte und die sie verletzenden Tatbestände als Unrecht. Man setzt eine neue Grundnorm voraus.“²¹⁰ Wichtig ist aber wiederum, dass die Grundnorm nicht vorausgesetzt werden muss. Daher kann hier nicht von einem Weniger an Kritikmöglichkeit gesprochen werden, sondern nur von einem Mehr: denn auch auf die alte, umgeworfene Ordnung muss die Grundnorm nicht angewendet werden – und möglicherweise war diese Ordnung auch einmal eine bloße Räuberbande. Es gibt demnach keine objektiven Kriterien nach denen eine Rechtsordnung als gültig interpretiert werden muss. Die Entscheidung ist jedem selbst überlassen und bedeutet daher eine Aufwertung der Autonomie des Einzelnen.²¹¹

²⁰⁹ „Denn die Grundnorm bestimmt: Zwang soll geübt werden unter den Bedingungen und in der Weise, wie es in der im Großen und Ganzen wirksamen generellen und den wirksamen individuellen Normen bestimmt wird. Wirksamkeit ist als Bedingung der Geltung in der Grundnorm statuiert.“ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage von 1960. Unveränderter Nachdruck 1976. Verlag Franz Deuticke. Wien. S. 212.

Tatsächlich scheint aber die Behauptung, nur eine wirksame Ordnung könne eine gültige sein, nur auf eine wirksame Ordnung könne die Grundnorm angewendet werden, nicht begründet zu sein. Außerdem wird hier doch wieder ein Zusammenhang zwischen Wirksamkeit und Geltung postuliert, den Kelsen doch immer verneint hat.

²¹⁰ S. 78

²¹¹ „Aber wo soll denn das hinführen?“ Kelsen hat es offenbar nicht als seine Aufgabe betrachtet im Detail auszuführen, wo das hinführen soll. Zur Beruhigung: Wirksam bleibt die Ordnung ja.

Der Dualismus von subjektivem und objektivem Recht

Kelsen kritisiert in seinen rechtstheoretischen Arbeiten mehrere Dualismen. Dieses Kapitel wird den Untersuchungen Kelsens zum Dualismus von subjektivem und objektivem Recht gelten.

Kelsen versteht unter subjektivem Recht eine Berechtigung. Das objektive Recht dagegen statuiert Pflichten. Er versucht nun nachzuweisen, dass diese Deutung des Rechts darauf hinausläuft, der Rechtsordnung gewisse Schranken zu setzen.²¹² Das subjektive Recht hätte vor allem die Funktion in einer kapitalistischen Gesellschaft das Eigentum, nicht nur zu schützen, sondern als eine grundlegende Kategorie auszugeben, als ein der positiven Rechtsordnung vorgängiges Recht auszugeben. Kelsen schreibt: „Seiner ursprünglichen Intention nach drückt der Dualismus von objektivem und subjektivem Recht den Gedanken aus, dass dieses jenem sowohl logisch als auch zeitlich vorangeht. Die Vorstellung ist bestimmend: erst entstehen subjektive, vor allem das Eigentum, dieser Prototyp des subjektiven Rechts (und zwar aufgrund der ursprünglichen Aneignung), erst später kommt das objektive Recht als staatliche Ordnung schützend, anerkennend, gewährleistend zu den unabhängig von ihm entstandenen subjektiven Rechten hinzu.“^{213 214}

²¹² Hans Kelsen. *Reine Rechtslehre*. 1. Auflage. 2008. Mohr Siebeck. Tübingen. S. 52

²¹³ S. 53

²¹⁴ Eine klassische Stelle, an der eine derartige naturrechtliche Legitimation des Eigentums versucht wird, findet sich bei John Locke in seinem *Second Treatise*: "But I shall endeavour to show how men might come to have a property in several parts of that which God gave to mankind in common, and that without any express compact of all the commoners. §26. God, who hath given the world to men in common, hath also given them reason to make use of it to the best advantage of life and convenience. The earth, and all that is therein, is given to men for the support and comfort of their being. And though all the fruits it naturally produces, and beasts it feeds, belong to mankind in common, as they are produced by the spontaneous hand of nature; and nobody has originally a private dominion, exclusive of the rest of mankind, in any of them, as they are thus in their natural state: yet being given for the use of men, there must be a means to appropriate them some way or other before they can be of any use, or at all beneficial to any particular man. The fruit, or venison, which nourishes the wild Indian, who knows no enclosure, and is still a tenant in common, must be his, or so his, *i.e.* a part of him, that another can no longer have any right to it, before it can do him any good or the support of his life. §27. Though the earth, and all inferior creatures, be common to all men, yet every man has a property in his own person: this nobody has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his. Whatsoever then he removes out of the state that nature hath provided, and left it

Die Kritik Kelsens richtet sich nun freilich nicht gegen die Institution des Privateigentums als solche und schon gar nicht gegen Grundrechte, welche auch als subjektive Rechte bezeichnet werden, sondern gegen eine bestimmte Auslegung, wonach eben gewisse Rechte, subjektive Rechte, der positiven Rechtsordnung vorausgehen würden und mit dem objektiven Recht nichts gemein haben würden: „Denn sie behaupten damit, dass das Recht – als objektives – Norm, Komplex von Normen, das heißt Ordnung, und zugleich, dass es – als subjektives – etwas davon völlig Verschiedenes, damit unter keinen gemeinsamen Oberbegriff zu Subsumierendes, nämlich: Interesse oder Wille sei.“²¹⁵ Durch eine derartige Deutung wird aber das Eigentum als eine ewige und nicht änderbare Institution ausgegeben. Nur gegen diese Deutung richtet sich Kelsens Kritik.

Kelsen versucht aufzuweisen, dass es sich gerade umgekehrt verhält, dass nämlich die Rechtspflicht der grundlegendere Begriff ist und das subjektive Recht darin enthalten sein kann. Die Reine Rechtslehre sieht in der Rechtspflicht „nur die Rechtsnorm in ihrer Beziehung auf das von ihr statuierte konkrete Verhalten eines ganz bestimmten Individuums, das heißt die individualisierte Rechtsnorm; und sie emanzipiert den Begriff der Rechtspflicht dadurch vollkommen von dem der Moralphlicht, dass sie ihn in der folgenden Weise interpretiert: zu einem bestimmten Verhalten ist ein Mensch insoweit rechtlich verpflichtet, als das Gegenteil dieses Verhaltens in der Rechtsnorm als Bedingung für einen als Unrechtsfolge qualifizierten Zwangsakt gesetzt ist. (...) Damit ist die Rechtspflicht als die allein wesentliche Funktion des objektiven Rechts erkannt.“²¹⁶

In einem Rechtssatz muss also eine Rechtspflicht notwendigerweise statuiert sein, es kann aber zusätzlich eine Berechtigung statuiert sein²¹⁷: „Eine Berechtigung liegt dann vor, wenn unter die Bedingungen der Unrechtsfolge eine auf diese gerichtete, in der Form einer Klage oder Beschwerde abzugebende Willensäußerung des durch den Unrechtstatbestand in seinen Interessen Verletzten aufgenommen ist.“²¹⁸ In diesem Falle spricht man dann von

in, he hath mixed his labour with, and joined to it something that is his own, and thereby makes it his property. It being by him removed from the common state nature hath placed it in, it hath by this labour something annexed to it that excludes the common right of other men. For this labour being the unquestionable property of the labourer, no man but he can have a right to what that is once joined to, at least where there is enough, and as good, left in common for others." John Locke. Two treatises of Government and a letter concerning toleration. Yale University Press. New Haven and London.2003. S. 111f]

²¹⁵ S. 52

²¹⁶ S. 59

²¹⁷ S. 59

²¹⁸ S. 60

einem subjektiven Recht, da diese Rechtsnorm einem Subjekt „zur Geltendmachung seiner Interessen“²¹⁹ zur Verfügung steht. Es zeigt sich hier deutlich, dass das subjektive Recht dem objektiven Recht nicht als etwas Unabhängiges gegenübersteht, „denn es gibt so etwas wie ein subjektives Recht nur, weil und sofern es das objektive Recht normiert.“²²⁰²²¹

Ein Zitat soll noch einmal die ideologische Funktion des subjektiven Rechts verdeutlichen: „Die ideologische Funktion dieser Ganzen in sich widerspruchsvollen Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts und des Rechtssubjekts ist leicht einzusehen: Es gilt die Vorstellung aufrechtzuerhalten, dass das subjektive Recht, das heißt aber das Privateigentum, eine gegenüber dem objektiven Recht transzendente Kategorie sei, eine Institution, an der die inhaltliche Gestaltung der Rechtsordnung eine unübersteigbare Schranke findet. (...) Es ist nicht schwer zu verstehen, weshalb die Ideologie des subjektiven Rechts an den ethischen Wert der individuellen Freiheit, der autonomen Persönlichkeit anknüpft, wenn in dieser Freiheit immer auch das Eigentum mit eingeschlossen ist. Eine Ordnung, die den Menschen nicht als freie Persönlichkeit in diesem Sinne anerkennt, das heißt aber eine Ordnung, die nicht das subjektive Recht gewährleistet, eine solche Ordnung soll überhaupt nicht als Rechtsordnung betrachtet werden.“²²²

In zwei weiteren Rechtsbegriffen sieht Kelsen dieselbe ideologische Tendenz: in dem Begriff des Rechtssubjektes und in dem Begriff des dinglichen Rechtsverhältnisses. Auch „der Begriff des Rechtssubjektes oder der „Person“ als des Trägers des subjektiven Rechts, [ist] im Wesentlichen zugeschnitten auf den Eigentümer. Auch hier ist die Vorstellung eines von der Rechtsordnung unabhängigen Rechtswesens bestimmend, einer Rechtssubjektivität, die das subjektive Recht, sei es im Individuum, sei es in gewissen Kollektiven, sozusagen vorfindet, die es nur anzuerkennen hat und notwendigerweise anerkennen muss, wenn es seinen Charakter als „Recht“ nicht verlieren will.“²²³ Während das objektive Recht als heteronomes Normensystem, als Zwangssystem erkannt wird, wird das Wesen der Rechtspersönlichkeit in

²¹⁹ S. 60

²²⁰ S. 60

²²¹ Das Wesentliche der subjektiven Rechte ist also „die Gewährung der Teilnahme an der Rechtserzeugung“ (S.61). Deshalb können auch die „politischen“ Rechte als subjektive Rechte bezeichnen. S. 61f Und: „Und wenn das subjektive Privatrecht zusammen mit dem politischen Recht unter einem und demselben Begriff der Berechtigung zusammengefasst werden kann, so ist das nur darum der Fall, weil in beiden die gleiche Rechtsfunktion: die Beteiligung der Normunterworfenen an der Rechtserzeugung, die Rechtserzeugungsfunktion also, zum Ausdruck kommt.“ S. 63

²²² S. 56

²²³ S. 54

der Negation aller Bindung, in der „Freiheit im Sinne der Selbstbestimmung oder Autonomie erklärt“. ²²⁴ Kelsen meint die Behauptung, beide wären zugleich existent, sei ein „logischer Widerspruch“. ²²⁵

Auch die Unterscheidung der Rechtsverhältnisse in persönliche und dingliche ist auf das Eigentum zugeschnitten. ²²⁶ Das dingliche Recht wird als „ausschließliche Herrschaft einer Person über eine Sache definiert“. ²²⁷ Diese Definition soll die sozialökonomisch entscheidende Funktion verhüllen: „Eine Funktion, die von der sozialistischen Theorie – ob mit Recht oder Unrecht, bleibe hier dahingestellt – als „Ausbeutung“ bezeichnet wird, eine Funktion, die jedenfalls gerade in der Beziehung des Eigentümers zu allen anderen Subjekten besteht, die vom Zugriff auf seine Sache ausgeschlossen, vom objektiven Recht zur Respektierung der ausschließlichen Verfügungsgewalt des Eigentümers verpflichtet sind.“ ²²⁸ Tatsächlich gibt es also keine Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechtsverhältnissen, denn auch das sogenannte dingliche Rechtsverhältnis ist in Kelsens Deutung ein persönliches Rechtsverhältnis.

²²⁴ S. 54

²²⁵ S. 54

²²⁶ S. 57

²²⁷ S. 57

²²⁸ S. 57

Der Dualismus von Staat und Recht

„Das juristische Denken ist ein durch und durch personifikatives und steht – sofern es die von ihm erzeugten Personen hypostasiert – durchaus auf der Stufe einer Mythologie, die anthropomorphistisch hinter jedem Baum eine Dryas, hinter jeder Quelle einen Quellengott, hinter der Sonne Apollo vorstellt und so die Natur als den durch Erkenntnis zu bewältigenden Gegenstand verdoppelt. Freilich ist schon unsere zu den Adjektiven ein Substantiv, zu den Prädikaten ein Subjekt hinzubildende Sprache durchaus mythologischen Charakters.“²²⁹

Ein wesentliches und oft kritisiertes Element der Reinen Rechtslehre ist die Auseinandersetzung mit dem Verhältnis zwischen Staat und Recht. Staat und Recht wurde und wird gemeinhin als eng miteinander verknüpft, aber doch verschieden, gedacht. Kelsen wird diese dualistische Annahme als eine ideologische Legitimationsstrategie charakterisieren. Für Kelsen besteht zwischen Staat und Recht grundsätzlich kein Unterschied. Dabei hat aber der Begriff Recht einen größeren Umfang als der Begriff Staat, denn nicht jedes Rechtssystem ist ein Staat, aber jeder Staat ist ein Rechtssystem. Das Spezifische an einer staatlichen Rechtsordnung ist erstens ihre Zentralisation und zweitens das Bestehen von arbeitsteilig funktionierenden Organen: „Als politische Organisation ist der Staat eine Rechtsordnung. Aber nicht jede Rechtsordnung ist ein Staat. Weder die vorstaatliche Rechtsordnung der primitiven Gesellschaft noch die über- (oder zwischen-) staatliche Völkerrechtsordnung stellen einen Staat dar. Um ein Staat zu sein, muss die Rechtsordnung den Charakter einer Organisation im engeren und spezifischen Sinne des Wortes haben, das heißt: sie muss für die Erzeugung und Anwendung der sie bildenden Normen arbeitsteilig funktionierende Organe einsetzen; sie muss einen gewissen Grad von Zentralisation aufweisen. Der Staat ist eine relativ zentralisierte Rechtsordnung.“²³⁰

Die der von Kelsen vertretenen Auffassung entgegengesetzte Theorie besagt aber Staat und Recht seien zwei unterschiedliche Wesenheiten. Der Zusammenhang zwischen beiden wird

²²⁹ H. Kelsen. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen. 1920. S. 18

²³⁰ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage von 1960. Unveränderter Nachdruck 1976. Verlag Franz Deuticke. Wien. S. 289

dabei so gedeutet: „So ist der Staat als meta-rechtliches Wesen, als eine Art machtvoller Makroanthropos oder sozialer Organismus Voraussetzung des Rechts und zugleich ein das Recht voraussetzendes, weil diesem unterworfenen, von diesem verpflichtetes und berechtigtes Rechtssubjekt.“ Kelsen spricht hier von der Selbstverpflichtungstheorie des Staates, welche „trotz handgreiflicher Widersprüche“ sich „mit beispielloser Zähigkeit“ behaupten würde.²³¹

Kelsen zeigt, wie der Versuch den Staat als soziale Gemeinschaft oder als psychologische Wechselwirkung zu definieren (und ihn so gegen die Rechtsordnung abzugrenzen) scheitert. Der Staat als soziale Gemeinschaft setzt sich „der traditionellen Staatslehre“²³² aus drei Elementen zusammen: „dem Staatsvolk, dem Staatsgebiet und der sogenannten Staatsgewalt.“²³³ Alle drei Elemente können jedoch nicht ohne Bezug auf die Rechtsordnung sinnvoll einem Staat zugeschrieben werden.

Auf die Frage, warum die das Staatsvolk bildenden Menschen zu einem Staat gehören, könne die Antwort nur sein: weil sie einer „relativ zentralisierten Zwangsordnung unterworfen“ sind. „Alle Versuch ein anderes Band zu finden, das die möglicherweise nach Sprache, Rasse, Religion und Weltanschauung verschiedenen, durch Klassengegensätze und mannigfache andere Interessenkonflikte getrennten Menschen zusammenhält, zu einer Einheit zu verbinden, müssen scheitern.“²³⁴ Auch der Versuch „irgendeine Art von seelischer Wechselwirkung“ aufzuweisen, müsse notwendig scheitern, da ja Menschen zweier verschiedener Staaten durchaus durch engere seelische Banden verknüpft sein können. Daher schließt Kelsen: „Die Frage, ob ein Mensch zu einem Staat gehört, ist keine psychologische, sondern eine Rechtsfrage. Die Einheit der ein Staatsvolk bildenden Menschen kann in nichts anderem erkannt werden als in der Tatsache, dass ein und dieselbe Rechtsordnung für diese Menschen in Geltung steht, dass ihr Verhalten durch ein und dieselbe Rechtsordnung geregelt ist. Das Staatsvolk ist der personale Geltungsbereich der staatlichen Rechtsordnung.“²³⁵

²³¹ S. 288

²³² S. 290

²³³ S. 290

²³⁴ S. 290

²³⁵ S. 291

Auch das Staatsgebiet kann nur als „der räumliche Geltungsbereich einer staatlichen Rechtsordnung“ definiert werden.²³⁶

In der Staatsgewalt schließlich „pflegt man eine Äußerung der Macht zu erblicken, die man für ein so wesentliches Attribut des Staates hält, dass man den Staat geradezu als Macht bezeichnet und von Staaten als von ‚Mächten‘ spricht (...). Die ‚Macht‘ des Staates kann sich nur in den spezifischen Machtmitteln äußern, die der Regierung zur Verfügung stehen: in den Festungen und Gefängnissen, den Kanonen und Galgen, den als Polizisten und Soldaten uniformierten Menschen. Aber diese Festungen und Gefängnisse, diese Kanonen und Galgen sind tote Gegenstände; sie werden zu Werkzeugen der staatlichen Macht nur, sofern sie von Menschen gemäß der an sie von der Regierung gerichteten Befehlen gehandhabt, sofern die Polizisten und Soldaten die Normen befolgen, die ihr Verhalten regeln.“²³⁷ Die Staatsgewalt bezeichnet so in der Auffassung nur die Wirksamkeit der staatlichen Rechtsordnung.

Ist das alles richtig, so kann festgehalten werden, dass der Staat mit seinen wesentlichen Bestandteilen, Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt nur die wirksame zentralisierte Rechtsordnung ist und keine von ihr verschiedene Wesenheit, welche mit ihr in einer besonderen Beziehung stehen würde.

Der Staat wird aber auch noch als „handelndes Subjekt und Subjekt von Pflichten und Rechten“²³⁸ vorgestellt. Hier stellt sich die Frage, warum bestimmte Handlungen dem Staat zugeschrieben werden. „Wird der Staat als handelndes Subjekt dargestellt, wird gesagt, der Staat habe das oder jenes getan, so entsteht die Frage, welches das Kriterium ist, nach dem gewisse, von bestimmten Menschen gesetzte Akte dem Staat zugeschrieben, diese Akte als Staatsakte oder Staatsfunktionen qualifiziert, oder was dasselbe ist, warum bestimmte Menschen in der Setzung bestimmter Akte als Organe des Staates angesehen werden.“²³⁹ Da der Staat eine bloße „Hilfskonstruktion“ juristischen Denkens ist, der Staat „als handelnde Person keine Realität“ hat, kann die Frage nur darin bestehen, unter welchen Bedingungen gewisse Handlungen von Menschen (denn nur diese handeln) dieser Hilfskonstruktion zugeschrieben werden. Kelsen vertritt die Auffassung, dass eigentlich jede Handlung, welche in der Rechtsordnung irgendwie festgelegt ist, dem Staat zugerechnet werden kann: „Da in

²³⁶ S. 291

²³⁷ S. 292f

²³⁸ S. 293

²³⁹ S. 293

der Zuschreibung einer in der Rechtsordnung bestimmten, von einem bestimmten Menschen geleisteten Funktion zur Staatsperson nur die Beziehung auf die Einheit der die Funktion bestimmenden Rechtsordnung zum Ausdruck kommt, kann jede in der Rechtsordnung bestimmte Funktion dem Staate als der Personifikation dieser Rechtsordnung zugeschrieben werden. Das heißt: man kann – sich einer Metapher bedienend – von jeder in der Rechtsordnung bestimmten Funktion sagen, dass sie der Staat als Person leistet. Denn man sagt damit nichts anderes aus, als dass die Funktion in der Rechtsordnung bestimmt ist. Man kann, muss aber nicht, sich dieser Metapher bedienen, da man den Sachverhalt auch ohne Metapher darstellen kann; und man bedient sich ihrer, wenn man dies aus irgendeinem Grunde für vorteilhaft hält.“ Kelsen meint also, dass es sich hier eigentlich nur um eine Frage des Sprachgebrauchs handelt. Eine Untersuchung dieses Sprachgebrauchs ergibt, dass eine Handlung dem Staat dann zugeschrieben wird, „wenn sie von einem der Rechtsordnung gemäß hierzu berufenen, arbeitsteilig funktionierenden Individuum geleistet wird, oder – was dasselbe bedeutet – dass ein Individuum als Organ des Staates nur dann angesehen wird, wenn es in einem von der Rechtsordnung bestimmten Verfahren zur Leistung dieser Funktion berufen ist.“²⁴⁰ In diesem Falle meint ‚Staat‘ eine Teilrechtsordnung, welche eine Teilgemeinschaft konstituiert: „Es ist der Staat als bürokratischer Beamtenapparat mit der Regierung an der Spitze.“²⁴¹

Es könne so also drei Bedeutungen von Staat unterschieden werden: Erstens Staat als (nationale) Rechtsordnung, zweitens Staat als Personifikation, als handelndes Subjekt, und drittens, eine Spezifikation der zweiten Bedeutung, Staat als bürokratischer Beamtenapparat. Die zwei letzteren Begriffe können aber nur jeweils in Rekurs auf den ersten eine sinnvolle Bedeutung haben.

Kelsen sieht die ideologische Funktion dieses Dualismus von „Staat“ und Recht in einem Versuch den Staat durch das Recht zu legitimieren. Da jede religiös-metaphysische Legitimation des modernen Staates obsolet geworden sei, würde nun die Rechtsstaats-Theorie diese Rechtfertigung leisten. Kelsen schreibt: „Der Staat muss als eine vom Recht verschiedene Person vorgestellt werden, damit das Recht den – dieses Recht erzeugenden und sich ihm unterwerfenden – Staat rechtfertigen könne. Und das Recht kann den Staat nur rechtfertigen, wenn es als eine vom Staat wesensverschiedene, dessen ursprüngliche Natur:

²⁴⁰ S. 295

²⁴¹ S. 296

der Macht, entgegengesetzte und darum in irgendeinem Sinne richtige oder gerechte Ordnung vorausgesetzt wird. So wird der Staat zu einem bloßen Faktum der Gewalt zum Rechtsstaat, der sich dadurch rechtfertigt, dass er das Recht fertigt.“²⁴² Nach Kelsen ist der Begriff Rechtsstaat aber ein Pleonasmus, da jeder Staat eine Rechtsordnung sei, mithin Rechtsstaat sei. Unter Rechtsstaat wird aber üblicherweise nur ein besonderer Staatstyp bezeichnet, nämlich jener „der den Forderungen der Demokratie und der Rechtssicherheit entspricht. ‚Rechtsstaat‘ in diesem spezifischen Sinne ist eine relativ zentralisierte Rechtsordnung, der zufolge Rechtsprechung und Verwaltung durch Gesetze, das ist generelle Normen gebunden sind, die von einem vom Volk gewählten Parlament mit oder ohne Mitwirkung eines an der Spitze der Regierung stehenden Staatsoberhauptes beschlossen werden, die Mitglieder der Regierung für ihre Akte verantwortlich, die Gerichte unabhängig und gewisse Freiheitsrechte der Bürger, insbesondere Glaubens- und Gewissensfreiheit und Freiheit der Meinungsäußerung gewährleistet sind.“²⁴³ Nur diesen Staatstyp als Rechtsstaat zu bezeichnen erfolgt aufgrund politischer Präferenzen, nicht Aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnis.²⁴⁴

Mit der Kritik an der dualistischen These soll des Weiteren der Ausnahmezustand als gleichsam ontologisches Element aus der Staatslehre gebannt werden. Dreier schreibt: „Denn der Hauptzweck der Selbstverpflichtungslehre besteht Kelsen zufolge darin, dem Staat noch in außerhalb der positivrechtlich fundierten Sphäre liegenden Bereichen eine rechtlich legitimierbare Handlungs- und Entscheidungskompetenz einzuräumen. Aus dieser Perspektive lässt sich der Staat nämlich auch dort noch als Rechtsphänomen betrachten, wo er als zwar außerhalb des positiven Rechts stehendes, gleichwohl aber dem Recht dienendes Wesen von ungeschriebenen Ausnahme-Kompetenzen Gebrauch macht. Der Dualismus ermöglicht es, außer und über dem gesetzten noch ein anderes ‚Recht‘ höherer Stufe und anderer Dignität zu etablieren, das im Bedarfsfall gegen das positive ausgespielt werden kann (...). Weil Staatlichkeit nicht als in Rechtlichkeit aufgehend gedacht, zugleich Recht aber mit der Idee einer ‚höheren‘ Gerechtigkeit verknüpft wird, erwirbt sich der Staat dadurch, dass er sich für den Normalfall dem Recht unterwirft, zugleich eine Art Anrecht darauf, im Falle der Gefährdung seiner selbst (als nicht-normativer Größe) von dem ihn bindenden

²⁴² S. 288

²⁴³ S. 314f

²⁴⁴ Die Absicht die Kelsen mit der Identifikation von Staat und Recht verfolgt kann auch dahingehend gedeutet werden, dass Kelsen den Staat von jedem substantiellen materiellen Inhalt zu befreien versucht, da er ja ein dynamisches Rechtsmodell vertritt, das prinzipiell offen für Veränderung ist.

Recht abzusehen, um seine Bestandsvoraussetzungen insgesamt zu retten. (...) Weder soll der Staat das Recht, noch das Recht den Staat legitimieren. Übrig bleibt nach alledem ein streng funktionaler, von allen ethischen Konnotationen entlasteter Staatsbegriff, der von der gleichen inhaltlichen Beliebigkeit und Unbestimmtheit ist wie das Recht insgesamt.“²⁴⁵

²⁴⁵ Horst Dreier. Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Nomos Verlag. Baden-Baden. 1990. S. 218f

Die staatliche Souveränität

„Die Theoretische Auflösung des Souveränitätsdogmas, dieses Hauptinstruments der imperialistischen gegen das Völkerrecht gerichteten Ideologie, ist eines der wesentlichsten Ergebnisse der Reinen Rechtslehre.“²⁴⁶

Kelsen beschäftigte sich intensiv mit der staatsrechtlichen Souveränitätstheorie. Schon im Jahr 1920 veröffentlichte er ein Werk das diesem Problem gewidmet ist, nämlich „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“.

Oben in dem der Demokratietheorie gewidmeten Teil wurde die Souveränität schon einmal erwähnt. Kelsen führt dabei die affirmative Annahme der staatlichen Souveränität auf einen Transformationsprozess zurück, in welchem der Begriff der Freiheit von einer gewissermaßen vorpolitischen Bedeutung übergeführt wird in eine politische Bedeutung, nämlich Selbstgesetzgebung. Da diese Verwendung sich aber als chimärisch herausstellt entwickelt sich die Bedeutung des Begriffes weiter und findet sozusagen nur noch eine „außenpolitische“ Bedeutung. Freiheit wird zur staatlichen Souveränität. Jemand hat dann an der Freiheit teil, wenn er Teil eines freien Staates ist, und ein Staat ist dann frei, wenn er keiner höheren Ordnung unterworfen ist. Kelsen meint also, dass der Begriff der Freiheit eigentlich eine Bedeutung hat, welche nur in einem vorgesellschaftlichen Zustand verwirklicht sein könnte, was aber unmöglich ist, da Gesellschaft immer schon war. Die Demokratie hat dann den Anspruch die Freiheit dennoch in einem vergesellschafteten Zustand verwirklichen zu können und das stellt sich als unhaltbar heraus, denn der Einzelne ist durchaus Normen unterworfen über die er nicht verfügt. Also wird die Freiheit dem Staat zugeschrieben, denn diesem sind keine Normen übergeordnet. So ist also die Freiheit für Angehörige dieses Staates scheinbar dennoch gewährt. Dass diese Verwandlung des Begriffes der Freiheit nun offenbar nichts mehr mit der ursprünglichen Bedeutung zu tun hat, scheint ausgemacht zu sein. Dennoch wird diese Täuschung aufrechterhalten, da sie

²⁴⁶Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. 1. Auflage. 2008. Mohr Siebeck. Tübingen. S. 161

legitimierend und kompensatorisch wirkt. Die Annahme dieser Theorie legt außerdem nahe, dass eine Preisgabe der staatlichen Souveränität nicht nur einer Verabschiedung der „Freiheit des Staates“ bedeutet, sondern auch einen Verzicht auf die Annahme der Freiheit des Einzelnen – denn er hat ja nur Kraft der Freiheit des Staates an der Freiheit teil.

So kritisiert Kelsen in seiner Demokratietheoretischen Hauptschrift das Dogma der Souveränität wie es sich speziell in einer Demokratie zu entwickeln scheint. Auf ganz andere Art tut er dies in seinen rechtstheoretischen Schriften, was im Folgenden erläutert werden soll.

Bevor man feststellen kann, ob und in welchem Sinne dem Staat Souveränität zugesprochen wird, bedarf es einer Bestimmung des Begriffes der Souveränität. In der 1920 erschienenen Schrift „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ beschäftigt Kelsen sich eingehend mit der Souveränität. Er untersucht verschiedenste Souveränitätstheorien und stellt fest, dass Souveränität letztlich nur eines bedeuten kann: dass der einer Normenordnung keine andere Normenordnung übergeordnet ist, dass sie die höchste ist, darum ist sie souverän.

Zunächst mag es so scheinen, als sei die Souveränität eine bloß historische Kategorie, schließlich wird dieses Problem in der griechischen und der römischen Staatsphilosophie nicht erörtert. Kelsen meint aber, möglicherweise sei ihnen die Souveränitätsvorstellung so „selbstverständlich und unproblematisch“²⁴⁷ gewesen, dass kein Anlass bestand, diese gesondert zu untersuchen.²⁴⁸ Dagegen führt er aber an, die Souveränität sei keinesfalls in einem höheren Grade eine historische Kategorie als das Recht oder der Staat: „[W]enn Souveränität als in irgendeiner wesentlichen Beziehung zu Staat und Recht stehend erkannt sein sollte [dann gilt] dies ebenso für Staat und Recht der alten Ägypter wie der modernen Europäer“²⁴⁹.

²⁴⁷ H. Kelsen. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen. 1920. S. 4

²⁴⁸ „Wäre die Souveränität aber tatsächlich unbekannt gewesen, hätte das auch keinerlei Bedeutung denn: „Die griechische und insbesondere die römische Wissenschaft hat für die Theorie von Staat und Recht auf allen Gebieten so wenig geleistet – ist sie doch im Gegensatz zu vielen anderen Wissensgebieten nicht nur nicht die Grundlage, viel eher ein Hemmschuh der konventionell immer wieder auf sie zurückgreifenden modernen Wissenschaft gewesen – dass ihr negatives Verhalten in Bezug auf die Souveränitätslehre keinerlei Schlüsse zulässt.“ (S. 5) Diese wohl etwas unangemessene Bemerkung zeigt zumindest das Verhältnis Kelsens zur antiken politischen Philosophie sehr deutlich.

²⁴⁹ S. 4

Seit der ersten Verwendung des Begriffes bei Jean Bodin²⁵⁰ hat „nicht nur das Subjekt gewechselt, dem Souveränität als Attribut beigelegt wurde (der Staat, der Fürst, das Volk), hat auch die Stellung geschwankt, die Souveränität als Attribut oder gar als Subjekt selbst eingenommen, sofern man sie mit dem Staat oder seiner Gewalt schlechthin identifizierte.“²⁵¹ Kelsen meint, die Entwicklung hätte gezeigt, dass Souveränität („wenn überhaupt“²⁵²) schließlich nur noch dem Staat zugeschrieben werden würde. „Niemals aber ist ein Moment aus dem Begriff der Souveränität verschwunden, das in allen Definitionen (...) wiederkehrt: Das Subjekt, dem Souveränität zugesprochen wird, ist somit als ein ‚höchstes‘, ‚oberstes‘ charakterisiert. (...) Und sofern man als ein vorläufiges Ergebnis erkennt, dass es der Staat ist, dem Souveränität zugesprochen wird, darf als fester Kern, als ruhender Pol in der Flucht wechselnder Erscheinungsformen der Souveränitätstheorie der Satz erfasst werden, dass der Staat als ein an höchster Stelle Stehendes erkannt werden könne oder müsse.“²⁵³ Kelsen ist damit im Grunde einverstanden, nur würde bei einem falschen Staatsbegriff auch die Souveränitätsvorstellung eine irrige sein.²⁵⁴²⁵⁵ Nur wenn der Staat mit der Rechtsordnung gleichgesetzt wird, kann dem Staat Souveränität zugesprochen werden, nur dann ist der Staat ein „Höchstes“. Wird aber der Staat in der „Sphäre der Naturrealität“ angesiedelt, kann ihm keine Souveränität zugesprochen werden, denn hier könnte „zuhöchst“ nur anhand der Kategorie der Kausalität gedeutet werden, das „Höhere“ verursacht das „Niedrigere“.²⁵⁶ Ein „Höchstes“ ist hier aber unmöglich gegeben, denn es müsste selbst nicht verursacht sein. Eine causa prima ist aber der Naturwissenschaft nicht zugänglich.²⁵⁷²⁵⁸

²⁵⁰ „Unter dem Staat versteht man die am Recht orientierte, souveräne Regierungsgewalt über eine Vielzahl von Haushaltungen und das, was ihnen gemeinsam ist.“ Jean Bodin. Sechs Bücher über den Staat. Beck Verlag. München. 1981. S.98

²⁵¹ S. 5

²⁵² S. 5

²⁵³ S. 5

²⁵⁴ S. 16

²⁵⁵ „Es ist nicht so, dass früher, zur Zeit des Absolutismus, die Lehre von der Staatssouveränität und jetzt, zur Zeit der Republik oder beschränkten Monarchie, die Lehre von der Rechtssouveränität richtig ist; sondern es ist so, dass stets und überall, wo die Ideologie des Staates in Frage kommt, „Souveränität“ – sei es nun bewusst oder unbewusst – nichts anderes bedeuten kann, als dass jene Zwangsordnung, die man als das Recht erkennt und als Staat zu personifizieren pflegt, als eine höchste, nicht weiter ableitbare vorausgesetzt wird.“

²⁵⁶ „(...) die Widerlegung solch monströsen Unsinns ist nur nötig, weil er in der Wissenschaft ernstlich behauptet wurde (...)“ S. 7

²⁵⁷ S. 6

²⁵⁸ „In der Sphäre der Naturrealität muss Souveränität den Sinn etwa von Freiheit oder Unabhängigkeit einer Macht oder Herrschaft von einer anderen annehmen (also ihren eigentlichen Sinn ablegen), um überhaupt ein taugliches Operationsobjekt zu werden. Da aber Macht, Herrschaft, Gewalt im Bereiche sozialen Geschehens

Die Souveränität ist also ein formales Charakteristikum, kein inhaltliches und kein materielles. So kann Souveränität, wenn überhaupt, nur von einer Rechtsordnung ausgesagt werden und besagt über das soziale Geschehen vorerst gar nichts. Dass nun aber die Souveränität keine notwendige Bestimmung einer einzelstaatlichen Rechtsordnung ist zeigt Kelsen anhand der Gründung des Deutschen Reiches.²⁵⁹ Bis zu dieser galt Souveränität als eine notwendige Eigenschaft des Staates, nachher aber nicht mehr, da es als notwendig erachtet wurde „(...) das Reich als Staat zu erkennen und zugleich die dem Reich eingegliederten, bisher als Staaten angesprochenen Gemeinwesen auch weiterhin als solche gelten zu lassen. Wieder einmal hat ein politisches Moment die juristische Begriffsbildung beeinflusst.“²⁶⁰ Kelsen schließt deshalb: „Souveränität ist dem Staat nicht wesentlich, denn es gibt doch nichtsoveräne Staaten: die dem allein souveränen Reich eingegliederten Gliedstaaten.“²⁶¹

Kelsens Kritik der Souveränität zeigt also, dass erstens in der demokratische Ideologie erst durch einen Bedeutungswandel des Freiheitsbegriffes die Souveränität behauptet wird und zweitens, dass Souveränität keiner materiell-sozialen Macht zugeschrieben werden kann, sondern ausschließlich einem Normensystem. Drittens kritisiert Kelsen die Souveränität im Hinblick auf einen als notwendig behaupteten Dualismus zwischen einzelstaatlichem Recht und internationalem Recht. Kelsens Auseinandersetzung mit diesem Dualismus wird im folgenden Kapitel behandelt.

Eine Kritik der Souveränität ist heute notwendig. Nicht nur scheint das Souveränitätsdogma das außenpolitische Handeln in seiner Willkürlichkeit zu legitimieren, wie es Kelsens Demokratieschrift nahelegt, auch geht es nicht um einen bloßen normenlogischen Widerspruch, wie es noch in der ersten Auflage der Reinen Rechtslehre lautet, sondern die staatliche Souveränität muss heute deshalb hinterfragt werden, weil, wie es Habermas

nichts anderes als Verursachung, speziell: Motivation ist, muss die Annahme einer Macht-, Gewalt- oder Herrschaftsquelle, d.h. also einer motivierenden Ursache, die nicht ihrerseits selbst wieder auf eine Ursache zurückzuführen und so „frei“ oder „unabhängig“ wäre, mit dem Sinn kausaler Wirklichkeitsbetrachtung völlig unvereinbar sein, da ja die prinzipielle Rückführung jeder sozialen Erscheinung auf ihre sie bestimmenden Ursachen das Postulat der Begrifflichkeit sozialen Geschehens überhaupt ist. In diesem faktischen Sinne (der jedoch keineswegs der Sinn ist, in dem das Problem der Souveränität aufgegeben ist!) kann kein Staat (richtiger: die motivierenden Kräfte, die man in diesem Zusammenhang als Staat bezeichnen mag) souverän sein, ist jeder Staat (für eine wahrhaft naturalistische Betrachtung sind nur Willensmacht übende, d.h. herrschende und beherrschte Menschen gegeben), selbst die politisch gewaltigste Großmacht nach allen Seiten des wirtschaftlichen, rechtlichen und kulturellen Lebens von anderen bestimmt, abhängig, unfrei.“ S. 7

²⁵⁹ S. 53

²⁶⁰ S. 53

²⁶¹ S. 53

formulierte, „hinter der supranational vollzogenen ökonomischen Integration bleiben die nationalstaatlich verfassten demokratischen Prozesse hoffnungslos zurück.“²⁶² Da Entscheidungen zunehmend von international agierenden Akteuren getroffen werde, welche dem Zugriff der Betroffenen andernfalls entzogen blieben, braucht es auch Möglichkeiten der Mitbestimmung an diesen staatenübergreifenden Entscheidungen. Dies kann, im Falle der EU, nur in einer vertieften (demokratie-)politischen Integration geschehen – und daher wird das Dogma der Souveränität aus demokratietheoretischen und legitimationstheoretischen Gründen verabschiedet werden müssen.

²⁶²J. Habermas. Staatsbürgerschaft und nationale Identität. In: Faktizität und Geltung. Suhrkamp. 1998. Frankfurt am Main. S. 632

Primat des einzelstaatlichen Rechtes oder Primat des Völkerrechtes?

„Weil Souveränität kein in der Außenwelt sozialer Tatsachen wahrnehmbares Faktum ist und solches nicht sein kann, sondern nichts anderes als eine Annahme des Betrachters, eine Betrachtungs-, Wertungs-Voraussetzung ist, bedeutet die Frage: wann ist Souveränität gegeben, so viel wie: 1. Welches sind die psychologischen Bedingungen, unter denen ich – der Betrachter – die rechtslogische Voraussetzung der Souveränität mache, und 2. Welches sind die psychischen, insbesondere die sozialpsychischen und sonstigen (etwa wirtschaftlichen, religiösen, politischen, aber immer wieder sozialpsychisch wirksamen) Ursachen, die zu einer Massenvorstellung von Souveränität, die zu der Tatsache führen, dass auch die Volksgenossen oder doch eine bestimmte Gruppe derselben die Vorstellung von der Souveränität ihres Gemeinwesens haben, mit ihrer Staatsordnung als mit einer höchsten, nicht weiter ableitbaren operieren.“²⁶³

Kelsen widmete mehrere Schriften den Problemen des internationalen Rechts. Das hier behandelte Problem betrifft das Verhältnis des staatlichen Rechts zum Völkerrecht. Zunächst scheint es mehrere Möglichkeiten zu geben, das Verhältnis zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht zu bestimmen.

Die erste Möglichkeit ist ein Dualismus, d.h. Völkerrecht und Staat sind beide nebeneinander bestehende Rechtsordnungen, beide sind gültig, ihre jeweilige Gültigkeit ist aber von der jeweils anderen Rechtsordnung unabhängig, sie lassen sich nicht aufeinander zurückführen.

Die zweite Möglichkeit ist eine monistische Konstruktion, d.h. die Gültigkeit der einen Ordnung wird auf die andere Ordnung zurückgeführt. Das lässt zwei Varianten zu: Zum einen kann das Völkerrecht als ein Teil des staatlichen Rechts gedacht werden, zum anderen kann

²⁶³H. Kelsen. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Verlag von J.C.B. Mohr(Paul Siebeck). Tübingen.1920. S. 15

das Völkerrecht als übergeordnet gedacht werden, aus dem sich erst die Gültigkeit der staatlichen Ordnung ableitet.

Aus den unterschiedlichen Konzeptionen lassen sich vorerst keine inhaltlichen Implikationen entwickeln. Kelsen prüft nun diese drei Varianten, aber nicht um ein inhaltliches Moment zu demonstrieren, auch nicht, wie sich zeigen wird, um eine Möglichkeit zur allein richtigen zu erklären, sondern wiederum in ideologiekritischer Absicht: „Indem die Reine Rechtslehre diese Trugschlüsse [dass nur eine der Möglichkeiten die ausschließlich Richtige wäre] entlarvt, indem sie ihnen den Schein von logischen Beweisen nimmt, die als solche unwiderleglich wären, und sie zu politischen Argumenten reduziert, denen mit gleichartigen Gegenargumenten begegnet werden kann, macht sie den Weg zu der einen wie zu der anderen Entwicklung frei, ohne die eine oder die andere zu postulieren oder zu rechtfertigen. Denn als Theorie steht sie ihnen ganz indifferent gegenüber.“²⁶⁴

Kelsen zeigt zunächst als was das Völkerrecht üblicherweise gilt: „Das Völkerrecht ist – der üblichen Begriffsbestimmung nach – ein Komplex von Normen, die das gegenseitige Verhalten der Staaten – der spezifischen Subjekte des Völkerrechtes – regelt.“²⁶⁵ Und: „Das Völkerrecht weist zwar als Zwangsordnung den nämlichen Charakter auf wie das staatliche Recht, unterscheidet sich aber von diesem und zeigt eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Recht der primitiven Gesellschaft dadurch, dass es, zumindest als allgemeines, alle Staaten verpflichtendes Recht, keine arbeitsteilig funktionierenden Organe für die Erzeugung und Anwendung seiner Normen einsetzt. Es befindet sich noch im Stadium weitgehender Dezentralisation es steht am Anfang einer Entwicklung, die das staatliche Recht schon zurückgelegt hat. Die Bildung der generellen Normen erfolgt im Wege der Gewohnheit oder durch Vertrag, das bedeutet: durch die Glieder der Rechtsgemeinschaft selbst und nicht durch ein besonderes Gesetzgebungsorgan, ebenso die Anwendung der generellen Normen auf den konkreten Fall. Es ist der sich in seinem Recht verletzt glaubende Staat, der selbst zu entscheiden hat, ob der Tatbestand eines Unrechts vorliegt, für den ein anderer Staat verantwortlich ist. (...) Es ist die Technik der Selbsthilfe, von der auch die Entwicklung der einzelstaatlichen Rechtsordnung ausgegangen ist.“²⁶⁶ Kelsen meint drei verschiedene Stufen des Völkerrechts ausmachen zu können. Die grundlegende Stufe ist das allgemeine

²⁶⁴ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage von 1960. Unveränderter Nachdruck 1976. Verlag Franz Deuticke. Wien. S. 345

²⁶⁵ S. 321

²⁶⁶ S. 323f

Gewohnheitsvölkerrecht, die zweite das Vertragsvölkerrecht, und die dritte Stufe bilde jene Normen, die durch „internationale Gerichte und andere durch Vertrag geschaffene internationale Organe erzeugt werden“.²⁶⁷ Die meisten Normen des Völkerrechts, das heißt die Normen der zweiten und der dritten Stufe, haben einen bloß partikulären Charakter, das heißt, sie gelten nur für zwei oder mehrere Staaten, nicht aber für alle.²⁶⁸ Kelsen sieht als spezifisches Merkmal einer positiven Rechtsordnung die Statuierung von Zwangsakten an. Es stellt sich also die Frage, wie im Falle des Völkerrechts die Statuierung von Zwangsakten funktioniert. Kelsen meint, das Völkerrecht kenne zwei Arten von Zwangsakten, und zwar Repressalie und Krieg. Jeder Staat kann selbst entscheiden welche der beiden Sanktionen er wählt, er kann sogar selbst entscheiden, ob er überhaupt auf ein völkerrechtliches Delikt Sanktionen folgen lässt. Schließlich kann jeder Staat selbst entscheiden, wann ein Delikt vorliegt: „Es [das subjektive Recht des Staates] ist vom subjektiven Privatrecht dadurch verschieden, das die Sanktion nicht erst durch eine Gerichtsentscheidung anzuordnen und von einem arbeitsteilig funktionierenden Organ zu vollstrecken ist, daher der Staat, dem gegenüber die Pflicht verletzt wurde, keine Rechtsmacht hat, ein auf Sanktion gerichtetes Gerichtsverfahren einzuleiten, sondern die Rechtsmacht hat, selbst zu entscheiden, dass im vorliegenden Falle eine Sanktion gegen einen Staat zu richten ist, der ihm gegenüber seine Pflicht verletzt hat, und diese Sanktion selbst zu vollstrecken.“²⁶⁹ Kelsen weist weiter darauf hin, dass der Ausdruck das Völkerrecht verpflichte Staaten lediglich bedeutet: „dass es Einzelmenschen nicht – wie die einzelstaatliche Rechtsordnung – unmittelbar, sondern nur mittelbar verpflichtet und berechtigt, vermittelt durch die einzelstaatliche Rechtsordnung (deren personifikativer Ausdruck ja nur der „Staat“ ist). Die Verpflichtung und Berechtigung des Staates durch das Völkerrecht hat denselben Charakter wie die Verpflichtung und Berechtigung einer Körperschaft als juristische Person durch die einzelstaatliche Rechtsordnung.“²⁷⁰ Diese Unbestimmtheit bezüglich der Personen zeigt sich auch anhand der Sanktionen des Völkerrechts, die vor allem als Kollektivhaftung sich zu erkennen geben.

Kelsen meint, dass vorerst von einem Weltstaat nicht die Rede sein kann, aber eine Tendenz sei erkennbar, deren letztes Ziel „die organisatorische Einheit einer universalen Weltrechtsgemeinschaft, das heißt die Ausbildung eines Welt-Staates erscheint.“ Allerdings

²⁶⁷ S. 325

²⁶⁸ S. 325

²⁶⁹ S. 325

²⁷⁰ S. 325

sei eine „erkenntnismäßige Einheit alles Rechts“ gegeben. Das bedeutet: „man kann das Völkerrecht zusammen mit den einzelstaatlichen Rechtsordnungen ganz ebenso als ein einheitliches System von Normen begreifen, wie man die einzelstaatliche Rechtsordnung als Einheit anzusehen gewohnt ist.“^{271 272} Und hier stellt sich die Frage welche der drei oben erwähnten Möglichkeiten gewählt werden muss, bzw. warum welche gewählt werden kann und woraus sich die Entscheidung für die jeweilige Möglichkeit ergibt.

Eine der drei Möglichkeiten scheidet Kelsen aber aus, nämlich die dualistische Option: „Indem die juristische Erkenntnis das als Völkerrecht charakterisierte ganz ebenso wie das als einzelstaatliches Recht sich anbietende Material als Recht, das heißt unter der Kategorie der gültigen Rechtsnorm erfassen will, stellt sie sich – ganz ebenso wie die Wissenschaft von der Natur – die Aufgabe: ihren Gegenstand als Einheit darzustellen. Das negative Kriterium dieser Einheit ist die Widerspruchslosigkeit.“^{273 274} Den Einwand gegen eine monistische Konstruktion, diese wäre unmöglich, da sich die einzelstaatliche Rechtsordnung und das Völkerrecht widersprechen würden, lässt Kelsen nicht gelten und wendet diesen gegen eine dualistische Konstruktion: „Gegen eine monistische Konstruktion, die für die Reine Rechtslehre nur eine erkenntnismäßige Konsequenz ist, wird nun gerade eingewendet: die gegenseitige Unabhängigkeit des Völkerrechts und der einzelstaatlichen Rechtsordnung ergebe sich aus der Möglichkeit unaufhebbarer Widersprüche zwischen den Inhalten beider. Wäre diese Behauptung richtig, dann wäre es schlechthin unmöglich, die einzelstaatliche Rechtsordnung und das Völkerrecht, ja auch zwei einzelstaatliche Rechtsordnungen nebeneinander als zugleich in Geltung stehende Normensysteme zu behaupten. Ebenso wenig wie es möglich ist, die Moral und das von ihr tatsächlich ganz unabhängige positive

²⁷¹ S. 328f

²⁷² Dieser Hinweis ist für einen anderen Bereich der Reinen Rechtslehre von einiger Wichtigkeit, und zwar für die von Kelsen behauptete Identität von Rechtsordnung und Staat. Kelsen meint, die erkenntnismäßige Einheit des Völkerrechts sei zwar gegeben, man könne aber noch nicht von einem Staat sprechen. Das heißt, ein Staat ist eine Rechtsordnung die ein gewisses Maß an Zentralisation aufweisen muss.

²⁷³ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. 1. Auflage. 2008. Mohr Siebeck. Tübingen. S. 199

²⁷⁴ Auch diese Stelle begründet den Ausschluss einer dualistischen Konstruktion: „Da der Jurist das Völkerrecht ebenso wie die einzelstaatliche Rechtsordnung als Komplex gültiger, das heißt verbindlicher Normen und nicht – oder nicht nur – als Konglomerat natürlicher Tatsachen ansieht, kann er gar nicht anders, als diese Normenkomplexe in einem widerspruchlosen System begreifen. Dies ist prinzipiell auf zwei Arten möglich. Zwei – dem Anschein nach – verschiedene Normenkomplexe bilden ein einheitliches System entweder in der Weise, dass sich die eine Ordnung als der anderen untergeordnet herausstellt, indem die eine in der anderen, das heißt in einer Norm der anderen ihren Geltungsgrund und damit ihre – relative – Grundnorm, die Grundbestimmung ihrer Erzeugung findet. Oder aber in der Weise, dass beide Ordnungen als einander gleichgeordnet, das heißt aber als in ihren Geltungsbereich gegeneinander abgegrenzt erscheinen. Das setzt jedoch eine dritte höhere Ordnung voraus, die die Erzeugung der beiden anderen bestimmt, sie in ihren Geltungsbereichen gegeneinander abgrenzt und so allererst koordiniert.“

Recht als gleichzeitig in Geltung stehend anzunehmen.“²⁷⁵ Deshalb meint Kelsen, dass eine dualistische Konstruktion eigentlich nur jeweils „die eigene“ Rechtsordnung als gültige, alle anderen Rechtsordnungen („insbesondere das Völkerrecht“²⁷⁶) aber bloß unter der Kategorie der Faktizität, nicht aber der der Geltung, ansehen könne. Diese Auffassung charakterisiert Kelsen den „Standpunkt des Primitiven, der mit größter Selbstverständlichkeit nur seine eigene Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft und nur die sie konstituierende Ordnung als Rechtsordnung gelten lässt; und demgemäß alle nicht zu seiner Gemeinschaft Gehörigen als rechtlose „Barbaren“, die Ordnung, unter der sie leben, wenn überhaupt als solche, so doch nicht als wahres „Recht“, nicht als seinem eigenen Recht gleichartig und gleichwertig betrachtet. Das ist eine Auffassung, für die es auch kein echtes Völkerrecht geben kann.“^{277 278}

„Realistisch“ könnte man sagen ist also nur eine monistische Konstruktion. Eine monistische Konstruktion unter dem Primat der staatlichen Ordnung ergibt sich so: „Da eine direkte Leugnung des normativen Charakters nicht nur des Völkerrechts, sondern auch der anderen staatlichen Ordnungen nicht gut möglich ist, muss die dualistische Konstruktion, um die Rechtsnatur der außerhalb der eigenstaatlichen Rechtsordnung stehenden Normenkomplexe zu begründen, zu einer Fiktion greifen. Es ist die Lehre, dass das Völkerrecht, wenn es für den eigenen Staat verbindlich sein, und dass die anderen Staaten, wenn die für den eigenen Staat als Rechtsgemeinschaften in Betracht kommen sollen, von diesem als solche „anerkannt“ werden müssen. Der Grund für die Geltung des Völkerrechts ebenso wie der anderen einzelstaatlichen Rechtsordnung, in den Willen des eigenen Staates als des in der sozialen Sphäre höchsten Rechtswesens verlegt.“²⁷⁹ Kelsen fügt hinzu: „Damit ist wiederum, und zwar kraft einer der juristischen Erkenntnis immanenten, sich auch gegen den Willen ihrer Träger durchsetzenden Tendenz die Einheit des rechtlichen Weltbildes hergestellt. Zwar nicht auf der Grundlage des Primats der Völkerrechtsordnung, dafür aber

²⁷⁵ S. 147f

²⁷⁶ S. 147

²⁷⁷ 147f

²⁷⁸ Kelsen gibt allerdings die theoretische Möglichkeit, nur eine Staatsordnung als gültige anzuerkennen, zu: „Da bei der ideologischen Natur des Rechtes die so bezeichnete Bedeutung gewisser Tatbestände – wie früher gezeigt – überhaupt das Ergebnis einer bloß möglichen, nur bei der Voraussetzung der Grundnorm gegebenen, nicht aber einer notwendigen Deutung ist, kann auch die theoretische Möglichkeit eines Standpunktes nicht geleugnet werden, von dem aus nur die Ordnung des einen Staates und das, was sich an ihr begreifen lässt, als Recht gedeutet wird.“ S. 152

²⁷⁹ S. 149

auf Grundlage des Primats der einzelstaatlichen Rechtsordnung.“²⁸⁰ Diese monistische Konstruktion mit dem Primat des staatlichen Rechtes führt aber letztlich zur Selbstaufhebung. Ihr Ziel ist die Wahrung der staatlichen Souveränität. Die Souveränität aller anderen Staaten muss dabei aber geleugnet werden.²⁸¹²⁸² Kelsen schließt deshalb daraus: „Die Theorie vom Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung kehrt in ihrer letzten Konsequenz zu ihrem ursprünglichen Ausgangspunkt zurück: Es ist nur die eigene staatliche Rechtsordnung, die man als Recht gelten lässt.“²⁸³

Die zweite Möglichkeit einer monistischen Konstruktion ist die unter dem Primat des Völkerrechtes.²⁸⁴ Das grundlegende Prinzip des Völkerrechtes ist das Effektivitätsprinzip. „Das bedeutet aber: dass eine völkerrechtsunmittelbare Zwangsordnung als legitime, das heißt verbindliche Rechtsordnung oder, mit anderen Worten, dass die durch solche Ordnung konstituierte Gemeinschaft als Staat im Sinne des Völkerrechtes für eben einen Bereich zu gelten habe, für den dieser Ordnung im Großen und Ganzen entsprochen wird. Dieses Prinzip der Effektivität, das ein Rechtsgrundsatz des positiven Völkerrechtes ist, bedeutet in der Anwendung auf die einzelstaatlichen Rechtsordnungen deren Delegation durch das Völkerrecht. Wenn die Etablierung einer normsetzenden Gewalt, deren Ordnung für einen bestimmten Bereich von dauernder Wirksamkeit ist, positivrechtlich die Entstehung einer

²⁸⁰ S. 149

²⁸¹ S. 150

²⁸² Deutlich formuliert Kelsen seine Auffassung an dieser Stelle: „(...) der Primat der eigenstaatlichen Rechtsordnung, völlig unvereinbar mit der Vorstellung einer Vielheit gleichgeordneter, in ihren Geltungsbereichen rechtlich gegeneinander abgegrenzten Staaten. So bedeutet der Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung letzten Endes nicht nur die Leugnung der Souveränität aller anderen Staaten und damit deren rechtlicher Existenz als Staaten im Sinne des Souveränitätsdogmas, sondern auch die Leugnung des Völkerrechtes. Dieses muss nämlich durch die Vorstellung seiner Aufnahme in die eigenstaatliche Rechtsordnung eine völlige Denaturierung erfahren. Denn innerhalb der Schranken seiner einzelstaatlichen Rechtsordnung kann es die ihm wesentliche Funktion einer Gleichordnung aller Staaten nicht mehr leisten.“ S. 151

²⁸³ S. 151

²⁸⁴ Kelsen weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die logische Beziehung von Normen nicht von der historischen Beziehung von Fakten abhängt: „Hier ist der Einwand zu erwarten, der Einzelstaat könne nicht als eine vom Völkerrecht delegierte Ordnung begriffen werden, da ja historisch Staaten, das heißt einzelstaatliche Zwangsordnungen, der Entstehung des durch Staatengewohnheit erzeugten allgemeinen Völkerrechtes vorangegangen sein müssen. Allein dieser Einwand beruht auf der mangelnden Unterscheidung zwischen der historischen Beziehung von Fakten und der logischen Beziehung von Normen. Auch die Familie ist als rechtliche Gemeinschaft älter als der – viele Familien umfassende, zentralisierte Staat; und dennoch ist es die staatliche Rechtsordnung, auf der heute die Geltung der Familienrechtsordnung beruht. Ebenso beruht die Geltung einer Gliedstaatsordnung auf der Bundesverfassung, obgleich deren Entstehung zeitlich den ehemals selbständigen, zu einem Bundesstaat erst später zusammengefassten Einzelstaaten nachfolgt. Man darf die historisch nicht mit der normlogischen Beziehung vermengen“ Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage von 1960. Unveränderter Nachdruck 1976. Verlag Franz Deuticke. Wien. S.338

rechtsetzenden Autorität darstellt, so darum, weil ihr diese Qualität vom Völkerrecht verliehen wird oder, was dasselbe bedeutet, weil dieses sie zur Rechtsetzung ermächtigt. Damit bestimmt aber das Völkerrecht zugleich den räumlichen und zeitlichen Geltungsbereich der so gebildeten einzelstaatlichen Rechtsordnung. Das Gebiet des Einzelstaates, das ist der Geltungsraum der einzelstaatlichen Rechtsordnung, reicht – von Völkerrechts wegen – so weit, als diese Ordnung wirksam ist.“²⁸⁵ Das Völkerrecht grenzt die verschiedenen Staaten gegeneinander ab, wobei die Abgrenzung „im Wesentlichen“ darin besteht, „dass die einzelstaatliche Rechtsordnung ihre spezifische Zwangsakte nur für den ihr völkerrechtlich eingeräumten Geltungsraum zu statuieren hat und dass diese Zwangsakte ohne Verletzung des Völkerrechts nur innerhalb dieses Raumes gesetzt werden können.“²⁸⁶ Das Rechtsprinzip der Effektivität regelt auch „Beginn und Ende der Rechtsgeltung staatlicher Ordnung.“^{287 288} „Entstehung und Untergang des Staates stellen sich, von diesem Standpunkt aus gesehen, ebenso als Rechtsphänomene dar wie Begründung und Auflösung einer juristischen Person im Rahmen des innerstaatlichen Rechtes.“

Neben dem Prinzip der Effektivität, der räumlichen und zeitlichen Abgrenzung ist insbesondere die materiale Abgrenzung ein grundlegendes Element des Völkerrechtes: „Aber auch hinsichtlich des materialen Geltungsbereiches der einzelstaatlichen Rechtsordnung ist das Völkerrecht von Bedeutung. Da seine Normen, insbesondere die durch völkerrechtlichen Vertrag erzeugten, alle möglichen Gegenstände und daher auch solche ergreifen können, die bisher durch die einzelstaatlichen Rechtsordnungen geregelt wurden, beschränkt es deren materialen Geltungsbereich.“^{289 290}

²⁸⁵ S. 156

²⁸⁶ S. 156f

²⁸⁷ S. 157

²⁸⁸ „Entstehung und Untergang des Staates stellen sich, von diesem Standpunkt aus gesehen, ebenso als Rechtsphänomene dar wie Begründung und Auflösung einer juristischen Person im Rahmen des innerstaatlichen Rechtes.“ S. 157

²⁸⁹ S. 157

²⁹⁰ Das bedeutet: „Die Einzelstaaten bleiben zwar auch unter dem Völkerrecht zuständig, grundsätzlich alles zu normieren, sie behalten jedoch diese Zuständigkeit nur insoweit, als sich nicht das Völkerrecht eines Gegenstandes bemächtigt und ihn so einer freien Regelung durch die einzelstaatliche Rechtsordnung entzieht. Diese hat, setzt man das Völkerrecht als überstaatliche Rechtsordnung voraus, keine Kompetenzhoheit mehr, aber sie hat den nur durch das Völkerrecht eingeschränkten Totalitätsanspruch; das heißt sie ist durch das Völkerrecht nicht von vornherein auf bestimmte Gegenstände beschränkt wie andere völkerrechtsunmittelbare, durch völkerrechtlichen Vertrag konstituierte Rechtsordnungen oder Rechtsgemeinschaften.“ S. 157f

Kelsen ist der Ansicht, dass eigentlich nur vom Standpunkt des Völkerrechts aus gesehen „die Erzeugung völkerrechtlicher Normen theoretisch begriffen werden“²⁹¹ kann. Beim Beschluss eines völkerrechtlichen Vertrages sind die Repräsentanten der Staaten „ein zusammengesetztes, aber einheitliches Organ“²⁹². Sie bilden in diesem Fall ein Organ des Völkerrechtes und „nicht etwa ein gemeinsames Organ beider Staaten“²⁹³. Daher erzeugen nicht die Staaten („wie man unter dem Einfluss des Souveränitätsdogma gewöhnlich zu sagen pflegt“²⁹⁴) sondern die Völkerrechtsgemeinschaft das internationale Recht.²⁹⁵

Bei diesen Überlegungen Kelsens muss beachtet werden, dass Kelsen stets von einer erkenntnismäßigen Einheit spricht, nicht aber von einer organisatorischen – eine solche war zu Kelsens Zeit nicht gegeben, und ist es auch heute nur in einem sehr geringen Maß.²⁹⁶

Worin besteht nun der Gewinn der Untersuchungen Kelsens? Was ist hier die ideologiekritische Absicht? In der ersten Auflage der Reinen Rechtslehre schreibt er, diese Ergebnisse würden ein Hindernis einer „technischen Fortbildung des Völkerrechts“²⁹⁷ (nämlich einer Zentralisierung – also letztlich einer Bewegung in Richtung) beseitigen.²⁹⁸ Die Reine Rechtslehre zeigt auf, dass das Dogma der Souveränität keine Notwendigkeit beanspruchen kann: „Sie entlarvt endgültig den Versuch, mit Hilfe dieses Begriffs einem bloß politischen Argument, dem stets mit einem gleichartigen Gegenargument opponiert werden kann, den Schein eines logischen Arguments zu geben, das seiner Natur nach unwiderleglich wäre. Eben dadurch erleichtert sie eine durch falsche Vorstellungen gehemmte rechtspolitische Entwicklung; ohne sie zu rechtfertigen oder zu postulieren. Denn als Theorie steht sie ihr ganz indifferent gegenüber.“²⁹⁹

In der zweiten Auflage geht Kelsen explizit auf die ideologische Bedeutung beider Varianten ein. Zunächst betont er, dass der Unterschied zwischen beiden Konstruktionen sich ausschließlich auf den jeweiligen Geltungsgrund bezieht und keinesfalls auf den Inhalt. Und:

²⁹¹ S. 159

²⁹² S. 159

²⁹³ S. 159f

²⁹⁴ S. 160

²⁹⁵ S. 160

²⁹⁶ „Es ist eine – um Missverständnisse zu vermeiden, muss immer wieder mit Nachdruck betont werden – nur erkenntnismäßige, keine organisatorische Einheit. In ihrem Gefüge wird der Einzelstaat als Rechtswesen aus der Absolutheit gelöst, in der ihn das Souveränitätsdogma erstarren lässt. Die Reine Rechtslehre relativiert den Staat.“ S. 160

²⁹⁷ S. 161

²⁹⁸ S. 161

²⁹⁹ S. 161

„Da das Völkerrecht in beiden Fällen denselben Inhalt hat, hat es in beiden Fällen die gleichen Funktionen: es bestimmt durch sein Effektivitätsprinzip den Geltungsgrund und den Geltungsbereich der staatlichen Rechtsordnungen.“³⁰⁰³⁰¹ Außerdem sei es unmöglich aufgrund rechtswissenschaftlicher Erwägungen eine Entscheidung zwischen beiden Optionen zu treffen.³⁰² Diese Entscheidung fällt nicht in den Bereich der Rechtswissenschaften, es ist überhaupt keine wissenschaftliche Entscheidung, es ist eine politische Entscheidung.

Eine Entscheidung für die eine oder die andere Konstruktion wird aufgrund einer Ideologie getroffen und kann, wenn auch nicht notwendig, durchaus Konsequenzen haben: „Wem die Vorstellung von der Souveränität seines Staates wert ist, weil er sich mit diesem in seinem gesteigerten Selbstbewusstsein identifiziert, der wird den Primat der staatlichen Rechtsordnung dem Primat der Völkerrechtsordnung vorziehen. Wem die Idee einer Weltrechtsorganisation werter ist, der wird den Primat des Völkerrechts dem Primat des staatlichen Rechts vorziehen. Das bedeutet nicht (...) dass die Theorie vom Primat der staatlichen Rechtsordnung dem Ideal der Weltrechtsorganisation weniger günstig wäre als die des Primates der Völkerrechtsordnung. Aber sie scheint die Rechtfertigung einer Politik

³⁰⁰ S. 339

³⁰¹ „Daraus, dass das Völkerrecht nur kraft seiner Anerkennung durch den Staat und sohin nur als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung gilt oder – was dasselbe ist – dass der Staat souverän ist, wird geschlossen, dass der Staat nicht notwendig an die Verträge gebunden ist, die er geschlossen hat, oder dass es mit seiner Natur unvereinbar sei, sich selbst in einem von ihm geschlossenen Vertrag – einem internationalen Gericht mit obligatorischer Jurisdiktion zu unterwerfen oder durch den Majoritätsbeschluss eines Kollegialorgans gebunden zu werden, auch wenn dieses Organ und sein Verfahren durch einen von dem Staat geschlossenen Vertrag errichtet wurde.“ S. 342

Aber: „Hat aber der Staat das Völkerrecht anerkannt und gilt daher das Völkerrecht für diesen Staat, dann gilt es ebenso, wie wenn es als überstaatliche Rechtsordnung gelten würde. Dann gilt die völkerrechtliche Norm, dass Staaten an die von ihnen geschlossenen Verträge gebunden sind, welchen Inhalt immer sie den vertraglich erzeugten Normen geben. Kein Inhalt kann nach Völkerrecht aus einer durch Staatenvertrag erzeugten Norm aus dem Grunde ausgeschlossen werden, weil er mit der Natur des vertragsschließenden Staates, insbesondere mit seiner Souveränität, unvereinbar sei. Die Tatsache, dass die Souveränität des Staates durch kein über ihm stehendes Völkerrecht eingeschränkt ist, ist durchaus mit der Tatsache vereinbar, dass ein Staat, dadurch dass er kraft seiner Souveränität das Völkerrecht anerkennt und so zum Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung macht, seine Souveränität, das heißt aber jetzt: seine Aktionsfreiheit, selbst einschränkt, indem er die durch das allgemeine Völkerrecht und durch die von ihm geschlossenen Verträge statuierten Pflichten übernimmt.“

S. 343

³⁰² „Man kann den Gegensatz zwischen den beiden juristischen Konstruktionen auch mit dem Gegensatz vergleichen, der zwischen dem geozentrischen Ptolemäischen und dem heliozentrischen Kopernikanischen Weltbild besteht. So wie nach der einen Konstruktion der eigene Staat im Mittelpunkt der Rechtswelt steht, steht im Ptolemäischen Weltbild unsere Erde in einem Mittelpunkt, um den sich die Sonne dreht. So wie nach der anderen Konstruktion das Völkerrecht im Mittelpunkt der Rechtswelt steht, steht im Kopernikanischen Weltbild die Sonne in dem Mittelpunkt, um den sich unsere Erde dreht. Aber dieser Gegensatz zweier astronomischer Weltbilder ist nur ein Gegensatz zweier verschiedener Bezugssysteme.“ S. 344

zu liefern, die jede weitgehende Einschränkung der Aktionsfreiheit des Staates ablehnt. Diese Rechtfertigung beruht auf einem Trugschluss, in dem die Zweideutigkeit des Souveränitätsbegriffes – das eine Mal höchste Rechtsautorität, das andere Mal unbeschränkte Aktionsfreiheit – in verhängnisvoller Weise mitspielt. Aber dieser Trugschluss ist nun einmal – wie gezeigt – ein eiserner Bestandteil der politischen Ideologie des mit dem Dogma der Souveränität operierenden Imperialismus. Dasselbe gilt – mutatis mutandis – für die Bevorzugung des Primates der Völkerrechtsordnung. Sie ist dem Ideal möglichst unbeschränkter Souveränität, im Sinne der Aktionsfreiheit des Staates, nicht ungünstiger als der Primat der einzelstaatlichen Rechtsordnung; aber sie scheint eine weitgehende Einschränkung der Aktionsfreiheit des Staates eher zu rechtfertigen als der Primat der staatlichen Rechtsordnung. Auch das ist ein Trugschluss, aber auch dieser Trugschluss spielt tatsächlich eine entscheidende Rolle innerhalb der politischen Ideologie des Pazifismus.³⁰³

³⁰³ S. 345

Carl Schmitt

Die wissenschaftlichen Ergebnisse Kelsens waren stets von teils heftigen Reaktionen begleitet. Den Rechtspositivismus ohne weiteres zu kritisieren fühlt sich bis heute jeder befugt. Von all den Gegnern Kelsens war Carl Schmitt sicher der bekannteste – und wohl auch der erbittertste. Schmitt steht allen zentralen Ergebnissen Kelsens ablehnend gegenüber, zumeist vertritt Schmitt eine diametral entgegengesetzte Position. In einigen Fällen können Schmitts Schriften nur als Antwort auf Kelsen angemessen verstanden werden. In diesem Kapitel soll die sachliche Gegnerschaft zwischen Schmitt und Kelsen dargestellt werden, zentrale Konzepte beider Werke werden gegenübergestellt. Kelsens Position zeigt sich so noch deutlicher, auch in seiner Aktualität. Dass Kelsens Arbeiten weltfremd wäre und sich in bloßen Abstraktionen bewege soll damit deutlich widerlegt sein.

Schmitt ist sicher der umstrittenste deutsche Jurist des 20. Jahrhunderts, vor allem aufgrund seines Engagements für den Nationalsozialismus. Einerseits kann hier keine völlig konsistente Darstellung des Schmittschen Werkes geleistet werden, zu oft hat sich Schmitt selbst widersprochen, zu oft hat er sich selbst uminterpretiert. Außerdem müssen Schmitts Schriften immer als aktive Teilnahme am politischen Geschehen gelesen werden, um reine Wahrheitssuche ging es ihm nicht. Andererseits soll hier auch nicht das letzte Urteil über Schmitt gesprochen werden. Schmitt interessiert hier nur in Bezug auf Kelsen.

Schmitt reiht sich selber ein in eine Tradition politischen Denkens, die man wohl am ehestens mit Thomas Hobbes beginnen lassen könnte. Hauptmovens dieses Denkens ist die Frage nach der Ordnung. Wie kann der Frieden erhalten bleiben in einer Situation, die durch teils heftige und erbitterte Gruppierungen gekennzeichnet ist, wie kann der Bürgerkrieg vermieden werden? Schmitts Antwort ist denkbar einfach: zweierlei garantiert die Ordnung, zum einen eine homogene Bevölkerung und zum anderen eine souveräne Instanz, welche im Ausnahmefall die Ordnung wieder herstellt.

Alle zentralen Überlegungen Schmitts kreisen um die Ordnung, um die Bedingungen der Ordnung, um die (Wieder-)Herstellung der Ordnung und um die Ordnung scheinbar auflösende Elemente.

Schmitt stellt dem Verfassungsbegriff als ein geschlossenes System von Normen seinen eigenen Verfassungsbegriff gegenüber: Verfassung ist „der konkrete Gesamtzustand politischer Einheit und sozialer Ordnung eines bestimmten Staates“³⁰⁴ aber auch „das Prinzip des *dynamischen Werdens* der politischen Einheit, des Vorganges stets erneuter *Bildung* und *Entstehung* dieser *Einheit* aus einer zugrundeliegenden oder im Grunde wirkenden *Kraft* und *Energie*.“³⁰⁵ Eine Verfassung im positiven Sinne ist erst Resultat der Verfassung im existenziellen Sinne. Schmitt schreibt: „Die Verfassung im positiven Sinne enthält nur die bewusste Bestimmung der besonderen Gesamtgestalt, für welche die politische Einheit sich entscheidet. Diese Gestalt kann sich ändern. Es können fundamental neue Formen eingeführt werden, ohne dass der Staat, d.h. die politische Einheit des Volkes aufhört. Immer aber gehört zu dieser Verfassungsgebung ein handlungsfähiges Subjekt, das sie mit dem Willen gibt, eine Verfassung zu geben. Eine solche Verfassung ist eine bewusste Entscheidung, welche die politische Einheit durch den Träger der verfassungsgebenden Gewalt *für sich selber* trifft und *sich selber gibt*.“³⁰⁶

Eine politische Einheit (=Verfassung im existenziellen Sinne) gibt sich also eine positivrechtliche Verfassung. Was versteht demnach Schmitt unter einer politischen Einheit? In einer seiner bekanntesten Schriften („Der Begriff des Politischen“) führt Schmitt sein Kriterium des Politischen an: „Die spezifisch politische Unterscheidung, auf welche sich die politischen Handlungen und Motive zurückführen lassen, ist die Unterscheidung von Freund und Feind. Sie gibt eine Begriffsbestimmung im Sinne eines Kriteriums, nicht als erschöpfende Definition oder Inhaltsangabe. Insofern sie nicht aus anderen Kriterien ableitbar ist, entspricht sie für das Politische den relativ selbständigen Kriterien anderer Gegensätze: Gut und Böse im Moralischen; Schön und Hässlich im Ästhetischen usw.“³⁰⁷ Und: „Die Unterscheidung von Freund und Feind hat den Sinn, den äußersten Intensitätsgrad einer Verbindung oder Trennung, einer Assoziation oder Dissoziation zu bezeichnen (...). Er [der politische Feind] ist eben der andere, der Fremde, und es genügt zu seinem Wesen, dass

³⁰⁴ C. Schmitt. Verfassungslehre. Duncker & Humblot. Berlin. 1928. S. 4

³⁰⁵ S. 5

³⁰⁶ S. 21

³⁰⁷ C. Schmitt. Duncker & Humblot. Berlin. 1927. Der Begriff des Politischen. S. 26f

er in einem besonders intensiven Sinne existenziell etwas anderes und Fremdes ist, so dass im extremen Fall Konflikte mit ihm möglich sind, die weder durch eine im Voraus getroffene generelle Normierung, noch durch den Spruch eine ‚unbeteiligten‘ und daher ‚unparteiischen‘ Dritten entschieden werden können.“³⁰⁸ Eine Gemeinschaft ist also dann eine politische Gemeinschaft wenn sie fähig ist einen Feind zu haben, oder anders gesagt: Der Feind konstituiert die Gemeinschaft erst – je intensiver die Feindschaft desto intensiver und homogener gestaltet sich die Gemeinschaft. Dabei kann der Feind durchaus auch der Feind im Inneren sein, dieser muss dann entweder assimiliert oder vernichtet werden: „Ist in der politischen Wirklichkeit die nationale Homogenität nicht vorhanden, weil ein Staat aus verschiedenen Nationen besteht oder nationale Minderheiten enthält, so ergeben sich verschiedenen Lösungsmöglichkeiten. Zunächst der Versuch eines friedlichen Ausgleichs; das bedeutet aber in Wahrheit entweder friedliche Auseinandersetzung und Trennung oder allmähliche, friedliche Assimilierung an die herrschende Nation. (...) Die andere Methode ist schneller und gewaltsamer: Beseitigung des fremden Bestandteils durch Unterdrückung, Ausstellung der heterogenen Bevölkerung und ähnliche radikale Mittel.“³⁰⁹

Ein politisches Gemeinwesen wird also nach Schmitt nicht durch eine positivrechtliche Verfassung konstituiert, sondern sie geht dieser immer schon voraus. Nur eine homogene Gemeinschaft kann eine politische Gemeinschaft bilden.

Während für Kelsen verschiedene Gruppierungen und Minderheiten gerade Bedingung einer Demokratie sind (die Existenz Majorität setzt die Existenz einer Minorität voraus!), beschreibt Schmitt diese als Gefährdung der politischen Einheit. Schmitt sieht deshalb in einer substanziellen Gleichheit die Grundlage der Demokratie: „Die Gleichheit alles dessen, ‚was Menschenantlitz trägt‘, vermag weder einen Staat noch eine Staatsform, noch eine Regierungsform zu begründen. Aus ihr lassen sich keine spezifischen Unterscheidungen und Grenzen entnehmen; auf ihr können keine besonders gearteten Institutionen konstituiert werden, und sie kann nur dazu beitragen, Unterscheidungen und Institutionen, die keine Kraft mehr in sich haben, aufzulösen und zu beseitigen.“³¹⁰ Weiters: „Der demokratische Begriff der Gleichheit ist ein politischer Begriff und nimmt, wie jeder echte politische Begriff, auf die Möglichkeit einer Unterscheidung Bezug. Die politische Demokratie kann daher nicht

³⁰⁸ S. 27

³⁰⁹ C. Schmitt. Verfassungslehre. Duncker & Humblot. Berlin. 1928. S. 231

³¹⁰ S. 226

auf der Unterschiedslosigkeit aller Menschen beruhen, sondern nur auf der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Volk, wobei diese Zugehörigkeit zu einem Volk durch sehr verschieden Momente (Vorstellungen gemeinsamer Rasse, Glauben, gemeinsames Schicksal und Tradition) bestimmt sein kann.“³¹¹

Das zweite Prinzip eines Gemeinwesens ist neben der Homogenität das Prinzip der Repräsentation. Während Kelsen die Vorstellung, wonach das Volk als Ganzes repräsentiert werden könnte, heftig kritisiert (vgl. Kapitel ‚Repräsentation‘), betont Schmitt gerade diese Möglichkeit: „Die politische Einheit kann nicht geteilt werden. Repräsentiert wird immer nur die Nation, d.h. das Volk als Ganzes.“³¹² Schmitt schreibt: „In der Wirklichkeit des politischen Lebens gibt es ebenso wenig einen Staat, der auf alle Strukturelemente des Prinzips der Identität, wie einen Staat, der auf alle Strukturelemente der Repräsentation verzichten könnte. Auch da, wo der Versuch gemacht wird, unbedingt eine absolute Identität zu realisieren, bleiben Elemente und Methoden der Repräsentation unumgänglich, wie umgekehrt keine Repräsentation ohne Identitätsvorstellungen möglich ist. Diese beiden Möglichkeiten, Identität und Repräsentation, schließen sich nicht aus, sondern sind nur zwei entgegengesetzte Orientierungspunkte für die konkrete Gestaltung der politischen Einheit. Das eine oder andere überwiegt in jedem Staate, aber beide gehören zur politischen Existenz eines Volkes.“³¹³ Und: „Es gibt also keinen Staat ohne Repräsentation, weil es keinen Staat ohne Staatsform gibt und zur Form wesentlich Darstellung der politischen Einheit gehört.“³¹⁴

Als einzige der Repräsentation noch fähige Institution sieht Schmitt die Katholische Kirche. Diese würde sich Kraft des höheren Anspruchs der Repräsentation gegen zersetzende Elemente stellen. Schmitt entwickelt in seiner Schrift Römischer Katholizismus und Politische Form seine Kulturkritik, die auf einer Einschätzung der Technik, des Kapitalismus und des bürgerlichen Liberalismus als allesamt die Ordnung zersetzende und der Kraft der Repräsentation verlustig gegangene Elemente beruht. Nur die römische Kirche dank ihres juristischen und repräsentativen Ordnungscharakters kann diesen Tendenzen entgegenwirken.³¹⁵ Gemäß seiner Einschätzung, dass ein politisches Gemeinwesen immer

³¹¹ S. 227

³¹² S. 213

³¹³ S. 205

³¹⁴ S. 207

³¹⁵ „Die politische Macht des Katholizismus beruht weder auf ökonomischen noch auf militärischen Machtmitteln. Unabhängig von ihnen hat die Kirche jenes Pathos der Autorität in seiner ganzen Reinheit. Auch die Kirche ist eine „juristische Person“, aber anders als eine Aktiengesellschaft. Diese, das typische Produkt des

Identität und Repräsentation voraussetze, versuchte Schmitt je nach politischer Lage das eine oder andere Element zu stärken. Ob Katholische Ordnung oder nationale Homogenität, einerlei, solange die Ordnung dadurch gestützt wird.

Wird die Gemeinschaft aber von Innen dermaßen gefährdet, dass die (Rechts-)Ordnung als Ganze bedroht ist, dann zeigt sich der wahre Souverän: er verfügt über den Ausnahmezustand. Um die Rechtsordnung als Ganze zu retten, kann er sie suspendieren. Er gehört gewissermaßen der Rechtsordnung an, steht aber auch außer bzw. über ihr. Die Entscheidung über den Ausnahmezustand, wann er gegeben ist und was in dem jeweiligen Fall zu tun ist, kann nicht unter eine generelle Norm gefasst werden. Es zeigt sich hier ein juristisches Element in Reinform: die Entscheidung. Kelsen hingegen verneint die Existenz einer souveränen Instanz außerhalb der Rechtsordnung. Souverän ist die Rechtsordnung, er sie bricht, ist Rechtsbrecher und niemals Souverän.³¹⁶ In dem Versuch, die Demokratie gegen eine Mehrheit mithilfe des Ausnahmezustandes zu retten, sieht Kelsen einen unauflösbaren Widerspruch, denn es würde eine Diktatur etabliert werden um die Diktatur zu verhindern. Da aber ausschließlich der „Souverän“ darüber entscheiden müsste, wann diese Gefahr tatsächlich droht, wäre nur der Diktatur eine zusätzliche Tür geöffnet, deshalb meint Kelsen: „Demokratie, die sich gegen den Willen der Mehrheit zu behaupten, gar mit Gewalt sich zu behaupten versucht, hat aufgehört, Demokratie zu sein. Eine Volksherrschaft kann nicht gegen das Volk bestehen bleiben. Und soll es auch gar nicht versuchen, d.h. wer für die

Zeitalters der Produktion, ist ein Rechnungsmodus, die Kirche aber eine konkrete, persönliche Repräsentation konkreter Persönlichkeit. Dass sie im größten Stil die Trägerin juristischen Geistes und die wahre Erbin der römischen Jurisprudenz ist, hat ihr noch jeder zugegeben, der sie kannte. Darin, dass sie die Fähigkeit zur juristischen Form hat, liegt eines ihrer soziologischen Geheimnisse. Aber sie hat die Kraft zu dieser wie zu jeder Form nur, weil sie die Kraft zur Repräsentation hat. Sie repräsentiert die *civitas humana*, sie stellt in jedem Augenblick den geschichtlichen Zusammenhang mit der Menschwerdung und dem Kreuzesopfer Christi dar, sie repräsentiert Christus selbst, persönlich, den in geschichtlicher Wirklichkeit Mensch gewordenen Gott. Im Repräsentativen liegt ihre Überlegenheit über ein Zeitalter ökonomischen Denkens.“ C. Schmitt. *Römischer Katholizismus und Politische Form*. Theatiner Verlag. München. 1925. S. 25

³¹⁶ „In den Handlungen *extra legem* manifestiert sich keine besondere Form des (Ausnahme-)Rechts, wird überhaupt nicht der Staat, sondern nur ein ‚Scheinstaat‘ wirksam. (...) Aus der Vorstellung, dass der Staat nicht eine im Grunde unumschränkte, durch rechtliche Bindungen nur vorübergehend domestizierte souveräne Gewalt ist, er sich vielmehr bei juristischer Betrachtung nicht weiter als das Recht erstrecken kann, zieht Kelsen die Konsequenz, dass es für alles staatliche Handeln einer rechtlichen Grundlage bedarf. Staatliche Funktion ohne rechtliche Herleitung, aber mit dem Anspruch auf juristische Relevanz sind ihm schlicht eine ‚Denkumöglichkeit‘“. H. Dreier. *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*. Nomos Verlag. Baden-Baden. 1990. S. 220f

Demokratie ist, darf sich nicht in den verhängnisvollen Widerspruch verstricken lassen und zur Diktatur greifen, um die Demokratie zu retten.“³¹⁷

Das Gegenteil der souveränen Entscheidung sieht Schmitt im Parlamentarismus. Im Parlament kommt es zu keinen Entscheidungen, höchstens zu Vertagungen oder Untersuchungskommissionen. Das Parlament ist bei Schmitt kein Ort der Kompromissbildung, sondern es ist der Ort an dem sich zeigt wie gespalten die Ordnung ist. (vgl. Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus)

Schließlich weichen Schmitt und Kelsen auch bezüglich ihrer Auffassung bezüglich der Funktion der Rechtswissenschaft gänzlich voneinander ab. Kelsen sieht die Rechtswissenschaft als eine ausschließlich deskriptive Wissenschaft: „Nichts bekämpft Kelsen heftiger als die Vorstellung, dass die Rechtswissenschaft selbst Rechtsquelle sei.“³¹⁸ Schmitt hingegen sieht in ihr eine Quelle der Form: „Aus ihrer formalen Überlegenheit heraus kann die Jurisprudenz gegenüber wechselnden politischen Formen leicht eine ähnliche Haltung annehmen, wie der Katholizismus, indem sie sich zu verschiedenen Machtkomplexen positiv verhält, unter der einzigen Voraussetzung, dass einem Mindestmaß von Form genügt, eine ‚Ordnung hergestellt ist‘. Sobald die neue Situation eine Autorität erkennen lässt, bietet sie den Boden für eine Jurisprudenz, die konkrete Grundlage für eine substantielle Form.“³¹⁹

Dass Kelsen öfters der Vorwurf gemacht worden ist (kurioserweise ist dieser Vorwurf bis heute oft zu hören) seine Rechtstheorie, insbesondere die strikte Trennung zwischen positivem Recht und Naturrecht bzw. Moral, hätte zum Erstarken des Nationalsozialismus beigetragen und würde überhaupt jede auch noch so despotische politische Herrschaft kritiklos hinnehmen, ist ein besonders paradoxes Missverständnis (bzw. eine willentliche falsche Darstellung). Der Nationalsozialismus bekämpfte eine Trennung von positivem Recht vom Naturrecht genauso wie jede andere autokratische Herrschaft sich irgendwie naturrechtlich zu legitimieren versucht. Auch Schmitt kritisiert während seines nationalsozialistischen Engagements die Trennung des positiven Rechts vom Naturrecht. Um dies zu Belegen sei hier aus Schmitts Schrift Nationalsozialismus und Völkerrecht aus dem Jahr 1934 zitiert: „Wir stehen, im Vollbesitz eines nicht nur formalistischen Rechtsbegriffs,

³¹⁷ H. Kelsen. Verteidigung der Demokratie. S. 237

³¹⁸ H. Dreier. Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Nomos Verlag. Baden-Baden. 1990. S. 295

³¹⁹ C. Schmitt. Römischer Katholizismus und Politische Form. Theatiner Verlag. München. 1925. S. 40f

gegenüber einem rechtsentleerten und entseelten System positivistischer Zwangsnormen. Wir haben den juristischen Leerlauf eines auf substanzhafte Gerechtigkeit verzichtenden Rechtsbetriebes durchschaut und lassen es nicht mehr zu, dass Recht und Gerechtigkeit auseinandergerissen werden. Wir sind heute imstande, ein auf bloßem Zwang beruhendes Diktat und eine nur ‚positivistische‘ Vergewaltigung von dem guten Recht der Sache zu unterscheiden.“³²⁰

Kelsens Rechtspositivismus mündet nicht in Defätismus, sondern in Kritikfähigkeit. Dreier schreibt: „Die individuelle Handlungsorientierung wird so vom Rechtssystem entkoppelt und ganz der autonomen, auf eigene Motive gestützten Entscheidung überantwortet. In gewisser Weise führten infolgedessen, etwa in Bezug auf die Pflicht zum Gehorsam gegenüber unmoralischen Gesetzen, Reine Rechtslehre und Naturrechtslehre zu gleichen Ergebnissen, wenn auch auf unterschiedlichen Wegen: die Naturrechtslehre leugnet den Rechtscharakter des verwerflichen Rechts und entzieht ihm mit objektivem Anspruch den Verpflichtungscharakter, während die Reine Rechtslehre an der Trennung von Moral und Recht festhält und die Frage des Gehorsams oder Nichtgehorsams dem Urteil des autonomen, aber immer subjektiven Einzelgewissens überantwortet. Gerade *weil* mit der Charakterisierung bestimmter effektiver Zwangsakte als ‚Recht‘ kein positives oder negatives Urteil verbunden ist, bleibt ein möglicherweise fehlender sittlicher Gehalt des Rechts identifizierbar und damit kritisierbar. (...) Statt des Rechts wird das Ich, das eigene Gewissen absolut gesetzt.“³²¹

³²⁰ C. Schmitt. Nationalsozialismus und Völkerrecht. Jüncker und Dünnhaupt Verlag. 1934.S. 28

³²¹ H. Dreier. Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Nomos Verlag. Baden-Baden. 1990. S. 182f

Philosophiegeschichte

Vorbemerkung

Kelsens Arbeiten³²² zu den sogenannten Klassikern der politischen Philosophie sind alle in kritischer Absicht verfasst (in den nächsten Kapiteln werden Kelsens Untersuchungen zu Platon und Aristoteles präsentiert). Kelsen geht von der steten Wirkmächtigkeit dieser Philosophen und ihrer Lehren aus und reagiert deshalb auf deren Lehren. Dabei versucht er diese Lehren auf ihre unausgesprochenen Voraussetzungen zu prüfen, er zieht vermeintlich verschwiegene Absichten ans Licht. Die jeweilige Lehre stellt sich als Ideologie heraus.

Unbedingt nötig ist dabei aber zu beachten, dass Kelsen von einem fundamental anderen Politikverständnis ausgeht als Platon und Aristoteles. Diese gehen von einem Naturrechtsverständnis aus. Die Menschen können das Richtige prinzipiell erkennen und im Sinne des Guten wirken. Außerdem bedarf es keiner Begründung der Herrschaft und des politischen Gemeinwesens, beides sind Naturgegebenheiten. Kelsen wird diese beiden Behauptungen in ihr Gegenteil verkehren und steht somit in der Tradition eines neuzeitlichen Politikverständnisses, deren Beginn man mit Hobbes Philosophie ansetzen könnte.

Deshalb stellt sich freilich die Frage, ob Kelsens Kritik auch wirklich zutrifft oder ob nicht an manchen Stellen Kelsen einem Missverständnis unterliegt. Es soll hier aber ein Hinweis auf dieses Problem genügen, eine jeweilige Kritik der Kritik würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Das Ziel der nächsten Kapitel ist ohnehin nicht, das letzte Wort über Platon und Aristoteles zu sprechen, sondern Kelsens ideologiekritisches Arbeiten in Bezug auf die Auseinandersetzung mit anderen Philosophen vorzustellen,

³²² Kelsens Arbeiten zu Platon sind allerdings sehr umfangreich, jedoch wenig rezipiert.

Platon

Kelsen hat sich Zeit seines Lebens intensiv mit Platon auseinandergesetzt. Aus dieser Auseinandersetzung gingen mehrere Untersuchungen hervor, von kleineren Artikeln bis zu umfassenden Arbeiten. Platon war wohl der Denker der Kelsen am meisten beeindruckte – und der ihm zugleich am fremdesten war. Exemplarisch sollen hier Ergebnisse der Untersuchung „Die platonische Gerechtigkeit“ aus dem Jahr 1933 dargestellt werden.

Kelsens Beschäftigung steht im Zeichen der Psychoanalyse. Seine Methode ist dabei aber keine explizit psychoanalytische, er bedient sich auch selten der Begriffe der Psychoanalyse, dennoch scheint der Einfluss Freuds auf Kelsen nirgends offensichtlicher zu sein, als in den Schriften zu Platon. Platons Philosophie wird in engen Zusammenhang mit dessen Seelenleben und dessen Sexualität gebracht. Diese Methode ist freilich reichlich spekulativ. Am Rande sei bemerkt, dass die Schrift „Die platonische Liebe“ in der Zeitschrift *Imago* veröffentlicht wurde, eine Zeitschrift welche von Sigmund Freud herausgegeben wurde - der Untertitel der Zeitschrift lautet: „Zeitschrift für psychoanalytische Psychologie, ihre Grenzgebiete und Anwendung“³²³.

Die Untersuchung nimmt den Ausgang bei Platons „radikalem Dualismus“³²⁴. Dieser Dualismus, der zwei Welten postuliert, zum einen „das transzendente, raum-zeitlose Reich der Idee, das Ding an sich, die wahre, absolute Wirklichkeit des ruhenden Seins“, zum anderen den „raum-zeitlichen Bereich der uns bloß erscheinenden Dinge (...), des bewegten Werdens, das in Wahrheit ein Nicht-Sein ist.“ Die eine Welt ist der alleinige Gegenstand der sicheren Vernunft-Erkenntnis, der episteme, die andere Welt ist Gegenstand der sinnlichen Eindrücke, der bloßen Meinung, der doxa. Im Bereich des Menschlichen zeigt sich der Gegensatz schließlich in der strengen Unterscheidung zwischen „der unsterblichen, dem Göttlichen und der Vernunft zustrebenden Seele, und dem sterblichen, der Sinnlichkeit verhafteten Leib.“³²⁵. Kelsen führt alle diese Dualismen auf einen ursprünglichen Dualismus zurück, er schreibt: „Und dieser vielgestaltige, proteusartige Dualismus (...), er ist im letzten

³²³ Hans Kelsen. Die platonische Gerechtigkeit. In: Ernst Topitsch (Hg.) Hans Kelsen. Aufsätze zur Ideologiekritik. Luchterhand. Neuwied am Rhein und Berlin. 1964. S. 9

³²⁴ S. 198

³²⁵ S. 199

Grunde und seinem ursprünglichsten Sinne nach der Gegensatz von Gut und Böse. Dieser ethische Sinn ist nicht der einzige, aber der primäre Sinn des platonischen Dualismus, ist die tiefste Schichte des platonischen Denkens, in der alles andere wie in seinem nährenden Erdreich wurzelt.³²⁶ Das Ziel der platonischen Philosophie ist so auch das absolut Gute.³²⁷ Da das Gute aber ohne das Böse nicht zu denken sei, habe Plato sich auch mit dem Bösen beschäftigt und die Frage des Bösen gelöst indem er das Nicht-Seiende zum Bösen erklärte: „Und eben darum ist das Böse das Nicht-Seiende und nur das Gute das Seiende, weil für ein ethisches Denken das Sollen das Sein ist. Weil der Ethiker will, dass das Böse nicht sein soll, ist es für ihn das Nicht-Seiende.“³²⁸ Kelsen meint, dass bei Platons „Primat des Wollens gegenüber dem Erkennen“ ihn dazu veranlasste, die „natürliche Anschauung“ zu missachten: „So hat noch jede Gut-Böse-Spekulation, hat noch jeder Versuch, die Welt ethisch zu deuten, die natürliche Anschauung vergewaltigt.“³²⁹ Eine Konsequenz dieser streng dualistischen Geisteshaltung mit ihrer extremen Abwertung der Welt der Erfahrung ist natürlich die Geringschätzung der empirischen (Natur-) Wissenschaften. Erst „die Relativierung des Grundgegensatzes von Gut und Böse“ hätte den Weg von der Ethik zur Naturwissenschaft freigegeben: „Die entscheidende Wendung dabei ist: dass auch das Böse, nicht nur das Gute als seiend, als wirklich, dass die empirische Wirklichkeit nicht nur als böse, sondern auch als gut, als eine Mischung von Gut und Böse erkannt wird. Mit dieser Relativierung des Gegensatzes von Gut und Böse ist der erste Schritt zur Selbstauflösung der Gut-Böse-Spekulation gemacht und damit diese zugleich zugunsten einer Erkenntnis der empirischen Wirklichkeit zurückgedrängt.“³³⁰ Allerdings gibt es bei Platon selbst schon eine auf die „Relativierung der Gegensätze gerichtete Tendenz.“³³¹ Weiter unten wird darauf zurückzukommen sein.

Kelsen versucht nun die platonische Philosophie gewissermaßen aus Platons Charakter, aus dessen persönlichem Leben zu erklären, denn „[m]ehr noch als jedes andere geistige Schaffen ist das der großen Ethiker verwurzelt in ihrem persönlichen Leben, entspringt alle Gut-Böse-Spekulation aus dem den ganzen Menschen erschütternden ethischen Erlebnis.“³³²

³²⁶ S. 199

³²⁷ S. 200

³²⁸ S. 201

³²⁹ S. 201

³³⁰ S. 202

³³¹ S. 203

³³² S. 204

Dieses „Erlebnis“ sieht Kelsen in Platons „Eros“. Platons „knabenliebender Eros“, also seine Homosexualität, hätte Platon in einen Gegensatz zur Gesellschaft „und damit zur Welt überhaupt“ gedrängt. Oft wird angenommen, Knabenliebe sei im antiken Athen eine weitverbreitete und akzeptierte, wenn nicht gar schickliche, Praktik gewesen. Kelsen meint aber, dass die athenische Gesellschaft diese Praktik schroff ablehnte.³³³ Bei Homer sei nichts davon zu finden, Aischylos und Sophokles „scheinen trotz ihren persönlichen Neigungen nicht gewagt zu haben, sich für sie [die Päderastie] öffentlich einzusetzen“, Euripides und Aristophanes hätten sie direkt abgelehnt und auch der späte Platon selbst bezeichnete die Knabenliebe als „unsägliches Unglück für den Staat wie für den Einzelnen“.³³⁴ Kelsen meint nun, Platon sei ausschließlich homosexuell gewesen, nie hatte Platon eine Frau, auch keine Kinder. Durch die Unfähigkeit die „wichtigsten vaterländischen Pflichten“ zu erfüllen, nämlich dem Staat Nachkommen zu schenken, hätte Platon sich als völlig anders empfunden. „In diesem völligen „Anderssein“ lag die Gefahr eines tiefen Konflikts zu der sozialen Realität mit ihrem der Veranlagung des Philosophen fremden Lebensgesetz. (...) Nur dadurch, dass er als Jüngling und Mann von allem Anfang an seinen Eros mit beispielloser Energie und höchster sittlicher Kraft zu vergeistigen bemüht ist, wird der offene Konflikt vermieden.“³³⁵ Die Schau des Guten lässt Platon mit der Schau des geliebten Knaben beginnen, so entkleidet er die Knabenliebe aller Sinnlichkeit und rechtfertigt sich selbst unter dem gesellschaftlichen Druck.³³⁶ Der Eros vermag schließlich die gespaltene Welt wieder zu verbinden: „Eros hat den Chorismos gezeugt, Eros hebt ihn wieder auf.“³³⁷ Durch diese Funktion des Eros, welche im Dialog Gastmahl entwickelt wird, hätte die platonische Philosophie eine Tendenz entwickelt, die Gegensätze zu relativieren und wieder ins Diesseits zu verweisen. „Dabei ist von größter Bedeutung, dass Platon in der Rede der Diotima (...) den sozialen Charakter seines Eros hervorhebt, um ihn so gegen den üblichen Vorwurf der Gesellschaftsfeindlichkeit, der Staatsgefährlichkeit zu verteidigen. Immer wieder versichert Platon, dass auch der knabenliebende Eros, wenn er vergeistigt wird – und nur er ist der Vergeistigung fähig – ein zeugender, ein gebärender Eros sei.“³³⁸ Die schönsten Werke des geistig zeugenden Eros sind freilich „gesellschaftliche Ordnung, Staatsverfassungen, Gesetze,

³³³ S. 206

³³⁴ S. 206

³³⁵ S. 206

³³⁶ S. 206f

³³⁷ S. 207f

³³⁸ S. 207

Werke der Gerechtigkeit“³³⁹ Der platonische Eros steht somit in engstem Zusammenhang mit seiner politisch-pädagogischen Leidenschaft.³⁴⁰

Für Kelsen ist Platon weit mehr Politiker als Theoretiker³⁴¹, sein „heißester Wunsch“³⁴² sei die Herrschaft im Staat gewesen. Diesem politischen Auftrag sei auch die Akademie verpflichtet gewesen: „Es ist insbesondere die politische Funktion der Akademie, ihr Charakter als Anstalt für die Vorbereitung zum staatsmännischen Beruf, den man heute deutlicher sieht als früher. Es sind ihre entschieden antidemokratischen, aristokratischen Tendenzen, die sie zu einem Mittelpunkt reaktionärer Bestrebung gemacht haben. Sie war aber nicht nur eine Pflanzstätte konservativer Politiker, sondern (...) der Herd staatspolitischer Aktionen.“³⁴³ Da Platon vor allem politisch und pädagogisch zu wirken versuchte, wählte er den Dialog als die ihm gemäße literarische Form: „[D]arauf kommt es ihm vor allem an, welche Wirkung mit diesen Reden erzielt wird, mit ihrem Hin und Wider, mit der Steigerung des Gespräches bis zu einem atembeklemmenden Höhepunkt und seinem erlösenden Abstieg, der aber keineswegs zu einer wissenschaftlichen Lösung führen muss. Platon ist Dramatiker, nur dass es eben keine ästhetische, sondern eine ethisch-religiöse Wirkung ist, die er beabsichtigt.“³⁴⁴ Kelsen sieht in der platonischen Auffassung, Wissen sei bloß Mittel, ein grundsätzlich Unterscheidendes von der modernen Wissenschaftsauffassung. Die moderne Wissenschaftsauffassung würde davon ausgehen, dass die Wissenschaft frei sein müsse, nur um der Erkenntnis selbst betrieben werden müsse und von Politik nicht bestimmt werden dürfe.³⁴⁵ „Das gilt insbesondere auch von den Sozialwissenschaften, da diese – in den Dienst der Politik gestellt – nicht mehr dem Ideal objektiver Wahrheit dienen kann, sondern zu einer Ideologie der Macht werden muss. Wie sehr aber die platonische Philosophie gerade in diese Richtung drängt, das zeigt Platons Auffassung von der Wahrheit, die platonische Wahrheit, die so außerordentlich charakteristisch ist, dass man sie neben die platonische Liebe als ein Kennzeichen des platonischen Geistes stellen kann.“³⁴⁶

³³⁹ S. 207

³⁴⁰ S. 208

³⁴¹ S. 208

³⁴² S. 209

³⁴³ S. 210

³⁴⁴ S. 211f

³⁴⁵ S. 213

³⁴⁶ S. 213

Am deutlichsten würde sich diese Auffassung in der „Berechtigung, ja Erforderlichkeit der Lüge als Mittel der besten Regierung“ zeigt. Das Staatsinteresse, „das im Idealstaat mit der Gerechtigkeit zusammenfällt, geht über alles, auch über die Wahrheit. Ganz deutlich tritt als eine Maxime in Platons politischer Theorie der Grundsatz hervor: der Zweck heiligt die Mittel, eine Maxime, die ja nur die Konsequenzen des Primates des Wollens über das Erkennen, der Gerechtigkeit über die Wahrheit ist.“³⁴⁷ Als Beispiel führt Kelsen die von der Staatsleitung gesteuerte Zusammenführung von besonders geeigneten Paaren zur Fortpflanzung. Diese Paare werden aber insofern getäuscht, als ihnen weisgemacht wird, nur das Los habe sie zusammengeführt. „in der gleichen Richtung liegen andere Vorschläge, die alle darauf hinauslaufen, Religion, Wissenschaft, Dichtung in ihrer Funktion als Erzeugung von Ideologien ausschließlich in den Dienst des Staates zu stellen, ja unter gänzlicher Ausschaltung jeder Geistesfreiheit ein staatliches Monopol der Ideologierzeugung und so eine Diktatur zu errichten, die sich nicht nur das Wollen und das Handeln, sondern auch die Meinung und den Glauben der Menschen unterwirft.“³⁴⁸ Wahrheit steht bei Platon also im Dienste der jeweiligen Nützlichkeit und erst daraus lasse sich die platonische Gerechtigkeitskonzeption angemessen verstehen.³⁴⁹

Die Untersuchungen Platons in dessen Frühschriften enden laut Kelsen alle in Tautologien. Später entwickelt Platon einen engen Zusammenhang zwischen Vergeltung, Gerechtigkeit und Unsterblichkeit der Seele. Die Verwirklichung der göttlichen Gerechtigkeit erfolgt als Vergeltung im Jenseits. Dazu ist die Annahme der Unsterblichkeit der Seele nötig. Weitere Folge ist dann die Ideenlehre und die Lehre von der Wiedererinnerung: „Der Glaube an die Verwirklichung der Gerechtigkeit im Jenseits zwingt zur Annahme einer Postexistenz der Seele, die Notwendigkeit einer Erkenntnis dieser Gerechtigkeit führt zur Annahme einer Präexistenz der Seele, zur Theorie von der Erkenntnis als Wiedererinnerung der Seele an das von ihr vor der Geburt im Jenseits Geschaute. Diese Lehre wird zum ersten Mal im ‚Menon‘ entwickelt und hier der Keim zur Ideenlehre gelegt. Denn das von der Seele in ihrer Präexistenz Geschaute: das sind die Ideen, das ist vor allem die Idee der Gerechtigkeit.“³⁵⁰

Damit ist aber die Frage des Wesens der Gerechtigkeit noch keineswegs beantwortet. die Vergeltungsformel ist inhaltsleer, denn sie besagt nur, dass die Guten Gutes verdienen, und

³⁴⁷ S. 214

³⁴⁸ S. 215

³⁴⁹ S. 217

³⁵⁰ S. 220

die Bösen Böses. Die Frage wird so hinausgeschoben, denn es ist nicht ausgemacht worin das Gute besteht und so wird die Frage nach der Gerechtigkeit zur Frage nach dem Guten. Die Verknüpfung der Frage nach der Gerechtigkeit mit der Vergeltung im Jenseits hingegen „beschreibt im Grunde nur die tatsächliche Funktion des positiven Rechts, das den Tatbestand des Unrechts mit einem von dem Täter als Übel empfundenen Zwangsakt, mit der Unrechtsfolge verknüpft, sie spiegelt nur die äußere Struktur der gegebenen gesellschaftlichen Ordnung, die eine Zwangsordnung ist, und rechtfertigt sie, indem sie ihre Mechanik von Schuld und Strafe als einen Spezialfall jenes allgemeinen Gesetzes darstellt, das – als Wille der Gottheit – die Vergeltung ist.“³⁵¹

In der platonischen Philosophie ist die höchste Idee gerade die Idee des Guten, von dieser Idee her bekommen erst alle anderen ihren Gehalt – und so erhält auch in der Ideenlehre die Idee der Gerechtigkeit ihren Gehalt erst von der Idee des Guten.³⁵² „Das Gute ist somit der eigentliche Kern der Gerechtigkeit (...). Scheidet man aber beide, dann ist die Gerechtigkeit – als Vergeltung – nur die Technik zur Realisierung des Guten; dann ist die Gerechtigkeit, soweit sie im Irdischen in Betracht kommt, der Staat, als dessen Zwangsapparat die Vergeltung funktioniert. Es ist der Staat, der den Sieg des Guten über das Böse im Diesseits zu garantieren hat. Und da das Gute eine durch und durch soziale Kategorie, ist es nur im Staat, dass der Mensch gut handeln, ja nur im Staate, als dessen Organ der Mensch das Gute überhaupt erkennen kann.“³⁵³ Aber auch im Dialog „Politeia“, der ja zu der Beantwortung der Frage berufen zu scheint, wird Kelsen nicht fündig, auch hier wird keine Antwort auf die Frage gegeben, was das Gute sei, es wird nur versichert, dass es das Gute gäbe.³⁵⁴ „Der ganze grandiose Himmel der Ideen, der über der irdischen Welt aufgerichtet wird, ist nur der philosophische Ausdruck dieser Versicherung.“³⁵⁵ Der Grund warum Platon das Wesen des Guten nicht näher bestimmt, besteht in der absoluten Transzendenz des Guten. Das Gute kann so nur in einer Art religiösen oder mystischen Schau gewissermaßen erkannt werden. Diese Erkenntnis kann aber nicht in Worten mitgeteilt werden. Kelsen meint also, dass die „rationale Begriffsspekulation der Dialektik“³⁵⁶ nur eine Art geistiger Übung darstellt um auf die Schau des Guten vorbereitet zu sein. Vom den Idealstaat regierenden Philosophen

³⁵¹ S. 220

³⁵² S. 221

³⁵³ S. 221

³⁵⁴ S. 221f

³⁵⁵ S. 222

³⁵⁶ S. 227

nimmt Platon an, dass er das Gute in dieser mystischen Schau erfasst hat. Und so kann Kelsen schließen:

„Da nur der regierende Philosoph um das Gott-Gute weiß und in diesem seinem Wissen durch den Besitz des Geheimnisses durchaus einzigartig, von dem Volk ganz und gar verschieden ist, bleibt für dieses, als einer Masse rechtloser, nur der Glaube – nicht eigentlich unmittelbar an Gott, den zu schauen ihnen nicht vergönnt ist, sondern an das Wissen des Regenten, an sein Charisma. Dieser Glaube ist die Grundlage des unbedingten Gehorsams der Untertanen, auf dem die Autorität des platonischen Staates aufgebaut ist. Die Mystik Platons, dieser vollkommenste Ausdruck des Irrationalismus, ist die Rechtfertigung seiner anti-demokratischen Politik, ist die Ideologie jeder Autokratie.“³⁵⁷

³⁵⁷ S. 230

Aristoteles

„Von allen Bezirken des Geistes, auf die sich die aristotelische Philosophie durch zwei Jahrtausende hindurch mit beispielloser Intensität ausgewirkt hat, wird keiner so unmittelbar bis in unsere Gegenwart hinein durch die Lehrmeinungen des Philosophen aus Stagira bestimmt wie die ethisch-politische Theorie. Die beinahe göttliche Autorität, die Aristoteles während des Mittelalters auf dem Gebiet der Naturwissenschaft genoss, ist längst gebrochen; seine als Ausfluss der absoluten Wahrheit bewunderte Logik ist – freilich erst seit wenigen Jahrzehnten – aus ihrer bis dahin dominierenden Stellung verdrängt. Völlig ungeschmälert ist aber heute noch das gewaltige Ansehen, das seine Ethik und Politik genießen. Deren Einfluss auf das Denken unserer Zeit kann gar nicht überschätzt werden.“³⁵⁸

Kelsen weist darauf hin, wie eng die Metaphysik, die Ethik und die Politik des Aristoteles miteinander verwoben sind und dass Aristoteles gerade auf dem Gebiet von Platon abhängig blieb auf dem er ihn am heftigsten bekämpfte: auf dem Gebiet der Metaphysik. Das zeigt sich darin, dass Aristoteles den platonischen Dualismus nicht überwunden hätte. „(...) der Gegensatz von Idee und Wirklichkeit, er beherrscht – obgleich es Aristoteles nicht wahrhaben will – dennoch auch dessen System.“³⁵⁹

Bei Aristoteles sind die Gegensätze nun Gott und Welt. Aristoteles gelangt zu seinem Gottesbegriff indem er aus zwei Gegensätzen (Bewegtes [= sinnlich Wahrnehmbares, Räumlich-Materielles] / Unbewegtes [= Unsinnlich-Immaterielles, Raumloses] und Materie/Form das jeweils höher gewertete zusammenfallen lässt.³⁶⁰ Die Gottheit, der unbewegte Bewegte, existiert nur im bloßen Denken, Handeln und Wollen finden sich nicht bei ihr; ihr Zustand ist der der „Glückseligkeit“. Auch der Mensch kann die Glückseligkeit erlangen, wenn er ein tugendhaftes Leben führt. „Denn die Glückseligkeit ist nur der Lohn der Tugend, ja im Grunde genommen, die Tugend selbst. Und so ist auch die Seligkeit Gottes

³⁵⁸ Hans Kelsen. Die hellenisch-makedonische Politik und die „Politik“ des Aristoteles. In: Ernst Topitsch (Hg.) Hans Kelsen. Aufsätze zur Ideologiekritik. Luchterhand. Neuwied am Rhein und Berlin. 1964. S. 293

³⁵⁹ S. 294

³⁶⁰ S. 294

nur ein Ausdruck dafür, dass Gott das Gute ist.“³⁶¹ Freilich gibt Aristoteles (gemäß der Lesart Kelsens) keine näheren Bestimmungen was das höchste Gut sei. Auf die Frage was das göttliche Denken denkt, ist die Antwort: das Denken und sein Objekt sind hier identisch. Kelsen behauptet, diese Tautologie würde den Zweck haben, die Frage nach dem Inhalt des Guten unbeantwortet zu lassen.

Aus der behaupteten Existenz des einen unbewegten Bewegers ergibt sich nun eine weitere Schwierigkeit: Die Lehre des Aristoteles gerät „in einen direkten Gegensatz zum Polytheismus der offiziellen Staatsreligion“.³⁶² Deshalb macht Aristoteles der Staatsreligion, trotz des sich daraus ergebenden Widerspruches, Konzessionen, indem er weitere unbewegte Beweger (hinter den bewegten Gestirnen) einführt.

Kelsen schreibt, auch auf dem Gebiet der Ethik hätte es Aristoteles nicht geschafft aus dem Bann seines Lehrers zu entweichen. Zwar scheint er die Existenz einer transzendenten Idee des Guten zu verneinen indem er auf die Verschiedenheit der Güter insistiert, jedoch stellt er die Frage, inwiefern man dann von dem Guten sprechen könne: „Das viele Gute scheint doch nicht zufällig denselben Namen zu haben.“ In der Ethik wird diese Untersuchung nicht weiter vertieft, doch weist Kelsen darauf hin, dass in der Metaphysik die Frage genau im Sinne Platons beantwortet wird: in dem Sinne „dass es ein Gut gibt: die transzendente, für sich als Einzelwesen existente Gottheit (...), die Gottheit, von der als von dem „einen“ Guten alles diesseitig Gute herkommt und auf die als das „eine“ Gute alles hinzielt; und die in eben diesem Sinn dasjenige ist, was Aristoteles hier nicht neben den „sichtbaren Gütern“ existieren lassen möchte: die Ursache für ihr Gutsein. Das aber ist ja auch der Sinn der platonischen „Teilnahme“ an der Idee.“³⁶³

Des Weiteren weist Kelsen eine Strukturgleichheit zwischen Ethik und Metaphysik auf. So wie Aristoteles in der Metaphysik von einem Monotheismus ausgeht und darunter einen Polytheismus einführt, „so stellt die Ethik – als Tugendlehre eine doppelte Moral dar.“³⁶⁴ Aristoteles unterscheidet zwischen der dianoetischen und der ethischen Tugend, „der Tugend des Denkens und Erkennens und der Tugend des Wollens und Handelns“. Die höchste Tugend kann nur im Bereich des Denkens erreicht werden. Die höchste Art der

³⁶¹ S. 295

³⁶² S. 296

³⁶³ S. 301

³⁶⁴ S. 301

Tätigkeit ist erkennender und betrachtender Art. Darunter entwickelt Aristoteles jedoch die Tugenden des Handelns – und diese sind nichts anderes als „die Prinzipien der traditionellen bürgerlichen Moral“, z.B. Tapferkeit oder insbesondere die Gerechtigkeit.³⁶⁵

Kelsen bescheinigt deshalb der Ethik des Aristoteles ein hartes Urteil: „So läuft die Ethik des Aristoteles in ihrem der praktischen Tugend gewidmeten Teil auf gar nichts anderes als auf eine höhere Rechtfertigung der die staatlich-rechtliche Ordnung einbegreifenden bürgerlichen Moral seiner Zeit hinaus.“³⁶⁶

Auch Platon sieht die höchste Tugend in der Erkenntnis des Guten, worin unterscheiden sich beide Lehren nun?

Den Unterschied glaubt Kelsen in dem erkennen zu können, was beide Lehren zu bezwecken versuchen. Während die platonische Lehre von der Erkenntnis des höchsten Guten die höchste politische Aktivität legitimieren soll (der Philosoph als Herrscher) will die aristotelische Lehre von der Erkenntnis der Gottheit das reine Denken zum höchsten Wert erheben um gerade „das tätige Leben als ein gegenüber dem rein kontemplativen Verhalten minderwertiges, um die praktische, die eigentlich „ethische“, d.h. aber: die politische Tugend gegenüber der dianoetischen als eine Tugend zweiten Ranges erscheinen zu lassen. Die aristotelische Ethik ist gerade mit ihrer metaphysischen Spitze direkt gegen politische Aktivität.“³⁶⁷ Das heißt, während Platon für den Herrscher schreibt, schreibt Aristoteles für den Untertan. An dieser Stelle weicht Kelsen wohl am weitesten von der herkömmlichen Lesart ab.

Kelsen versucht nun die Frage zu beantworten, wie denn eine derart gleiche Konstruktion zu derart unterschiedlichem Ergebnis führen kann. Er glaubt den Grund dafür in der veränderten politischen Situation erkennen zu können. Zwischen der Zeit in der Platon seine Politeia verfasste und der Zeit in der Aristoteles über Ethik referierte lagen immerhin fünfzig Jahre. „Die Polis ist endgültig unter die Oberhoheit der makedonischen Monarchie geraten. Diese Monarchie erhebt mit sieghafter Energie den Anspruch, sich über der Demokratie zu etablieren, sie zwar nicht völlig aufzuheben, aber doch ihrer politisch wichtigsten Funktionen zu entkleiden und diese an sich zu ziehen. Die Staatslehre des Aristoteles spielt diese

³⁶⁵ S. 302

³⁶⁶ S. 302

³⁶⁷ S. 304

Wendung auf das deutlichste wieder.“³⁶⁸ So zeigt es sich denn für Kelsen, dass die Höherstellung der kontemplativen Lebensweise über die praktisch-politische einer Apologie der Monarchie und einer Abwertung der Demokratie gleichkommt.

Aristoteles führt in seiner Politik die Lehre von den drei richtigen und den drei entarteten Verfassungen ein. Die drei richtigen sind Monarchie, Aristokratie und Politie; die drei entarteten sind Tyrannis, Aristokratie und Demokratie. Die beste Form der richtigen Verfassungen (und somit die beste schlechthin) ist die Monarchie, die beste der entarteten die Demokratie, und die allerschlechteste Verfassung, weil die schlechteste der entarteten, ist die Tyrannis.

Kelsen schreibt: „(...) wenn man die reale Bedeutung der aristotelischen Verfassungslehre erkennen will, dann muss man den politischen Raum und die historische Situation berücksichtigen, in der sie entstanden war und auf die sie Einfluss zu nehmen versucht.“³⁶⁹

Die politische Situation gestaltete sich nun so, dass die athenische Demokratie sich gegen die makedonische Erbmonarchie zu wehren versuchte. Kelsen glaubt, dass Aristoteles die Strategie verfolgt erstens die Monarchie als beste Staatsform zu erweisen, weil sich dahinter die makedonische Monarchie verbirgt, und zweitens die Gleichsetzung von Monarchie und Tyrannis aufzubrechen (indem er behauptet, „dass das Königtum die volle Interessensolidarität zwischen Herrscher und Beherrschten garantiere“³⁷⁰).³⁷¹ In diesem Zusammenhang sieht Kelsen auch die Auseinandersetzung des Aristoteles mit der Bestimmung des Sklaven.³⁷² Aristoteles versucht aufzuweisen, dass es von Natur aus Sklaven gibt. Dies ist der Fall weil manche Menschen zwar an der Vernunft insofern teilhaben, als sie ihre Gebote verstehen, „ohne sie zu besitzen.“ Also bedarf der Sklave der Leitung eines anderen, eben seines Herren.³⁷³ „Worauf er [Aristoteles] abzielt, ist vor allem, die Königsherrschaft vor der von ihren Gegnern beliebten Gleichstellung mit dem Sklavenverhältnis zu bewahren.“³⁷⁴ Aristoteles ist letztlich darum bemüht, zu beweisen, dass

³⁶⁸ S. 306

³⁶⁹ S. 309

³⁷⁰ S. 310

³⁷¹ S. 308-311

³⁷² S. 312

³⁷³ Aristoteles. Politik. 1254b

³⁷⁴ Hans Kelsen. Die hellenisch-makedonische Politik und die „Politik“ des Aristoteles. In: Ernst Topitsch (Hg.) Hans Kelsen. Aufsätze zur Ideologiekritik. Luchterhand. Neuwied am Rhein und Berlin. 1964. S. 312

die Herrschaft des Herren (über den Sklaven) von anderer Art ist als die Herrschaft des Staatsmanns (über die freien Bürger).

Nach Kelsen ist das Kernstück der „Polis-Ideologie“ eine gewisse Auffassung vom Wesen des Staatsbürgers, „der zufolge das Wesen des Staatsbürgers in der Teilnahme an der Regierung besteht.“³⁷⁵ Damit hängt das von Aristoteles erörterte Problem zusammen ob die Tugend des Staatsbürgers und die des guten Mannes identisch sind oder nicht. In der athenischen Demokratie war wohl die Auffassung vorherrschend, beide seien identisch. Aktives Handeln war in beiden Fällen gefordert, also musste wohl auch die Tugend identisch sein.

Da Aristoteles nun aber, wie Kelsen nicht müde wird zu betonen, auf die Monarchie als beste Staatsform abzielt, „muss er vor allem dieses Grunddogma der demokratischen Polis-Ideologie zu erschüttern suchen; mit aller Vorsicht natürlich, die bei einem solchen gegen ein geheiligtes politisches Dogma gerichteten Unternehmen geboten war.“³⁷⁶ In einem ersten Schritt relativiert Aristoteles nun den Staatsbürgerbegriff. Der Begriff des Staatsbürgers richtet sich nach der Verfassung. Staatsbürger kann also auch jemand sein der beherrscht wird, wenn es denn die Verfassung so verlangt. Die Ausschließlichkeit mit der der Staatsbürgerbegriff dem politisch aktiven Menschen vorbehalten war, wird so unterlaufen und somit wird der Staatsbürgerbegriff an die Monarchie angepasst.

Die Identität von Staatsbürgertugend und der Tugend des guten Mannes sprengt Aristoteles ebenfalls durch den Hinweis auf die Abhängigkeit des Staatsbürgerbegriffes von der Verfassungsart. Da es mehrere Arten von Staatsbürgern gibt, gibt es auch mehrere ihnen entsprechende Tugenden – die Tugend des guten Mannes ist aber immer eine und diese ist immer dieselbe. Somit ist klar, dass beide Tugenden nicht identisch sind. Aber ist denn die Tugend des guten Mannes mit der Tugend eines ganz bestimmten Staatsbürgers identisch? Aristoteles verweist uns hier auf den Herrscher. In dem guten Herrscher fallen Staatsbürgertugend und Mannestugend zusammen. Kelsen: „Die Rücksicht auf die Monarchie ist unverkennbar.“³⁷⁷

³⁷⁵ S. 320

³⁷⁶ S. 320

³⁷⁷ S. 321

Aristoteles stellt die Frage nach der richtigen Verfassung und nach dem Souverän. Seine Untersuchungen konzentrieren sich vor allem auf die Monarchie und auf die Demokratie und untersuchen diese intensiv auf Vor- und Nachteile. So kommt er zu dem Schluss:

„Wenn im Staate ein Einzelner von so überragender Tugend und Tüchtigkeit ist, oder mehrere, die aber doch von zu geringer Zahl sind, um einen vollen Staat für sich zu bilden, dass die Tüchtigkeit und politische Befähigung aller anderen zusammen sich mit der jener mehreren oder jenes Einen gar nicht vergleichen lässt, so kann man solche Leute eben nicht mehr als bloße Teile der gesamten Staatsgesellschaft behandeln; denn es würde ihnen Unrecht geschehen, wenn sie gleiche Rechte mit anderen erhielten, während sie allen zusammen doch so ungleich an Tüchtigkeit und politischer Befähigung sind. Vielmehr würde ein solcher Mann ja wie ein Gott unter den Menschen anzusehen sein.“³⁷⁸

Kelsen behauptet, diese Stelle könne gar nicht anders gelesen werden, als dass sie sich direkt auf Philipp oder Alexander beziehe. „Auf wen anders denn auf Philipp oder Alexander mussten diese Worte bezogen werden zu einer Zeit, da man den ersten beinahe wie einen Gott ehrte, indem man ihm ein Standbild in Athen errichtete, da Isokrates schrieb, wenn Philipp das Perserreich unterworfen haben werde, bleibe ihm nichts andere übrig als ‚Gott zu werden‘?“³⁷⁹

Die grundsätzliche Überlegenheit der Monarchie ist also erwiesen und Aristoteles bestärkt nun diese seine Position durch weitere Argumente. Als schlagendes Argument führt hier Aristoteles den Missstand des Scherbengerichtes ins Feld. Mithilfe des Scherbengerichtes erwehrt sich die demokratische Polis gegenüber ihr unliebsamen Mitbürgern, besonders aber gegen die der Masse allzu überlegenen. In der Demokratie werden also die tugendhaftesten Bürger vertrieben. Um diesem Missstand abzuhelpen, muss eben eine solche Verfassung errichtet werden in der der Allertugendhafteste nicht notwendigerweise dem Scherbengericht zum Opfer fällt. Bessere Verfassungsart ist also auch hier die Monarchie, da hier der Allerbeste nicht der Masse ausgeliefert ist, sondern er vielmehr, gemäß seinem Wesen und seinem Wert, über ihnen steht, ja er steht sogar über den Gesetzen: „Und hieraus ist denn klar, dass auch die Gesetzgebung sich nur auf Leute beziehen kann, die (einigermaßen) gleich sind an Art und Befähigung, und dass es dagegen

³⁷⁸ Aristoteles. Politik. 1284a

³⁷⁹ Hans Kelsen. Die hellenisch-makedonische Politik und die „Politik“ des Aristoteles. In: Ernst Topitsch (Hg.) Hans Kelsen. Aufsätze zur Ideologiekritik. Luchterhand. Neuwied am Rhein und Berlin. 1964. S. 322f

für solche Leute (die an Tüchtigkeit alle anderen weitaus überragen) kein Gesetz gibt, denn sie sind selbst das Gesetz; und nur lächerlich würde sich derjenige machen, der es versuchen wollte, ihnen Gesetze zu geben.“³⁸⁰

Bezeichnenderweise unterlässt es Aristoteles nicht im Lob auf den allerbesten, den König, auch auf dessen Geschlecht zu verweisen, was aus mehreren Stellen deutlich hervorgeht, „denn es ist die Erbmonarchie, auf die er abzielt“³⁸¹, nämlich die makedonische Erbmonarchie.

Nachdem also erwiesen ist, dass die Monarchie die absolut beste Verfassung darstellt, ist die Untersuchung des Aristoteles noch nicht abgeschlossen. Es gilt nämlich ein weiteres zu bedenken: Nämlich die Bedingungen unter denen jede der drei richtigen Verfassungen erst richtig sind. Kelsen fasst die jeweiligen Bedingungen folgendermaßen zusammen: „Jeder der drei richtigen Verfassungen ist nur unter ganz bestimmten Bedingungen richtig, dann aber offenbar die beste Verfassung. Die Monarchie, wenn ein Einzelner weit über alle anderen hervorragt, wenn er tüchtiger ist, als alle anderen zusammen; die Aristokratie, wenn dies nur von einer Minderheit gilt, und die Demokratie oder Politie, wenn alle Bürger gleich tüchtig und alle zusammen tüchtiger als irgendein Einzelner oder eine ganze Gruppe von wenigen sind.“³⁸² Demnach ist zwar das Königtum die schlechthin beste Verfassung, unter bestimmten Umständen erweist sich dennoch eine andere Verfassungsart als relativ besser. Unter diesem relativen, auf die Bedingungen Bezug nehmenden, Hinblick gelangt Aristoteles zu einer Würdigung der Demokratie, d.h. eigentlich der Politie, ist doch für ihn die Demokratie die Verfallserscheinung der Demokratie. Unter diesem empirischen Gesichtspunkt erweist sich sogar die Politie als die für die meisten Staaten beste Verfassung. Aristoteles unterscheidet zwischen gemäßigter und extremer Demokratie.³⁸³ Die extreme Demokratie ist dadurch gekennzeichnet, dass in ihr die meisten Beschlüsse durch Volksentscheide zustande kommen, das Gesetz hier also nicht gilt, und so steht diese Form der Tyrannis nahe und wird als entartet abgetan. Die gemäßigte Demokratie hingegen zeichnet sich durch einen starken Mittelstand aus. Kelsen schreibt: „Es ist eine durch den mittleren Besitz garantierte und sohin diesen Besitz garantierende Demokratie, modern

³⁸⁰ Aristoteles. Politik. 1284a

³⁸¹ Hans Kelsen. Die hellenisch-makedonische Politik und die „Politik“ des Aristoteles. In: Ernst Topitsch (Hg.) Hans Kelsen. Aufsätze zur Ideologiekritik. Luchterhand. Neuwied am Rhein und Berlin. 1964. S. 328

³⁸² S. 336

³⁸³ S. 338

gesprochen, eine bürgerliche, keine proletarische Demokratie.“³⁸⁴ Um diese Verfassung der gemäßigten Demokratie (diese entspricht der Politie) als relativ beste auszuweisen bemüht Aristoteles seine Mesotes-Formel.³⁸⁵ Der Mesotes-Formel entsprechend ist nur die Mitte zwischen zwei entgegengesetzten Übeln das Beste. Besonnenheit etwa (oder Tapferkeit) ist deshalb das Beste, da sie die Mitte zwischen Feigheit und Tollkühnheit bildet. In der Politie sieht nun Aristoteles die Mitte zwischen Oligarchie (Herrschaft der Reichen) und Demokratie (Herrschaft der Armen) verwirklicht. Um das zu erreichen muss aber Aristoteles aus seinem sechsgliedrigen Verfassungsschema ausbrechen, denn die Oligarchie findet sich dort nicht. Dieses Schema wird also um die Oligarchie erweitert, die gewissermaßen auf gleicher Stufe wie die Demokratie angesiedelt wird, und auch eine Verfallsform der Politie darstellt.

Dass einerseits es eine absolut beste Verfassung geben soll, dass dennoch unter bestimmten Bedingungen eine andere Verfassung die beste sein soll und dass schließlich Aristoteles sich gänzlich auf die Untersuchung der Politie beschränkt, die Aristokratie aber vernachlässigt, all diese „Unstimmigkeiten“³⁸⁶ versucht Kelsen wiederum aus der politischen Situation der Zeit zu erklären. Kelsen schreibt: „Diese ganze in der Staatslehre gipfelnde Philosophie des Aristoteles muss den Eindruck eines einzigen ungeheuerlichen Widerspruches machen, wenn man sie ohne den realpolitischen Hintergrund zu verstehen sucht, von dem aus sie erst ihren tieferen Sinn gewinnt.“³⁸⁷ Was ist nun der eigentliche Grund für die Wertschätzung, die Aristoteles der Politie entgegenbringt trotz der deutlichen Überlegenheit der Monarchie? Kelsen vermutet den Grund in der eigentümlichen Außenpolitik der makedonischen Monarchie: „Was die makedonische Regierung anstrebte, war lediglich ein außenpolitisches Protektorat über die griechischen Staaten. Deren Verfassungen sollten, soweit sie die inneren Angelegenheiten betrafen, gewahrt bleiben. Die Monarchie wollte sich nicht an die Stelle der Demokratie, sondern neben und – nur in gewissen Belangen – über sie setzen.“³⁸⁸ Durch den Friedensschluss von 338 v. Chr. wird auch ein Bund gegründet, dem alle griechischen Staaten, mit Ausnahme Spartas und Thessaliens, angehören. „An der Spitze des Bundes steht als Befehlsherr mit unbeschränkter Gewalt der makedonische König, der auch die Außenpolitik des Bundes und damit auch die Politik der in ihm vereinigten Staaten

³⁸⁴ S. 341

³⁸⁵ S. 342

³⁸⁶ S. 344

³⁸⁷ S. 435

³⁸⁸ S. 345

bestimmt.“³⁸⁹ Kelsen meint, der politische Sinn dieses Bundes wäre der Krieg gegen Persien und „die Aufrechterhaltung der Verfassungen der Bundesmitglieder gegen innerpolitische Umsturzversuche insbesondere sozial-revolutionärer Natur.“ Deshalb verzichteten die griechischen Republiken „auf ihre außenpolitisch-militärische Souveränität zugunsten der makedonischen Monarchie und erhalten von dieser dafür die Garantie ihrer mehr oder weniger demokratischen Polis-Verfassungen, vor allem aber die Sicherstellung des derzeitigen Besitzstandes der regierenden Klassen gegenüber den Besitzlosen.“³⁹⁰

Abschließend soll bemerkt werden, dass Kelsen die „Politik“ des Aristoteles als „epochemachend“³⁹¹ bezeichnet, denn sie bedeutet „einen entscheidenden Wendepunkt in der politischen Ideologie der Antike.“³⁹² Die „Politik“ des Aristoteles steht für Kelsen am Anfang einer Entwicklung, die von den Kynikern, Stoikern und schließlich den Epikuräern fortgeführt wird: „Sie alle sind nur ideologische Reflexe jener realpolitischen Gestaltung, die seit der Unterwerfung Griechenlands unter die makedonische Herrschaft auch die intellektuellen Bürger von jedem wirklichen Einfluss auf die Bildung des Staatswillens ausschloss und jede Teilnahme am öffentlichen Leben ebenso wertlos wie gefährlich erscheinen ließ.“³⁹³

³⁸⁹ S. 346

³⁹⁰ S. 346f

³⁹¹ S. 355

³⁹² S. 355

³⁹³ S. 356

Schluss

Schließlich kann das Werk Kelsens auf die Relevanz und Aktualität befragt werden. Zählt Kelsen zu den verstaubten, oft genannten und wenig gelesenen Klassikern der politischen Philosophie, ist es in erster Linie Ideengeschichtlich von Interesse oder gibt es auch heute noch Bedarf an den Theorien Kelsens? Augenscheinlich gehören Kelsens Theorien nicht zur „Standardlektüre“, insbesondere seine Demokratietheorie ist weitgehend unbekannt, von den Untersuchungen zur politischen Ideengeschichte ganz zu schweigen. Dieser empirische Befund hat aber keine Aussagekraft. Trotz Diffamierungen mannigfaltigster Art ist Kelsens Werk wichtig und aktuell wie vor nahezu hundert Jahren. Das hat seinen guten Grund, denn die Reine Rechtslehre ist eine allgemeine Theorie des Rechts und kann als solche durch eine inhaltliche Veränderung von Normensystemen nicht antiquiert erscheinen.

Insbesondere seine Kritik der Souveränität ist so aktuell wie nie zuvor, ein Blick auf die Entwicklung und die Herausforderung angesichts einer weiteren politischen Integration der EU-Staaten genügt.

Vielleicht ist aber seine Demokratietheorie noch aktueller. Sein Demokratiemodell beruht auf einer relativistischen Weltsicht und ist wesentlich einem Pluralismus geschuldet. Kelsens Hinweis auf den „vordemokratischen“ Ausschluss gewisser Bevölkerungsgruppen von der politischen Partizipation wird in Zukunft angesichts der steigenden Immigrationsbewegungen keine bloße Feststellung bleiben. Die Beschäftigung mit diesem dringenden Problem wird zu einer Notwendigkeit werden.³⁹⁴

Der Ausschluss der Nicht-Staatsbürger von der politischen Partizipation führt aber in ein anderes, jüngerer Feld politischer Theorie, welches von Kelsen nicht behandelt wurde: Das Problem einer internationalen oder transnationalen Demokratie. Die inneren Zusammenhänge zwischen der Reinen Rechtslehre und Kelsens Demokratietheorie wurden

³⁹⁴ Insbesondere van Ooyen hat dazu in Hinblick auf Kelsen publiziert. Vgl: Robert Chr. Van Ooyen. Hans Kelsen und die offene Gesellschaft. Vs Verlag. Wiesbaden. 2010

in jüngster Zeit vermehrt behandelt (vgl. Ooyen, Dreier). Kelsens Theorie des staatlichen Rechtes steht in engem Zusammenhang mit seinem Demokratiemodell, beide verweisen aufeinander und lassen sich zum Teil auseinander entwickeln.³⁹⁵ Das Äquivalent zur Theorie des internationalen Rechts, eine Theorie der internationalen oder transnationalen Theorie, fehlt aber bei Kelsen, was nicht verwundert, weil Kelsen nur bestehende Systeme oder Theorien beschrieb bzw. kritisierte aber keine „utopischen“ Modelle entwarf. Diese Modelle sind aber heute nicht mehr als bloß utopisch zu begreifen, sondern als eine konkrete Notwendigkeit. Modelle transnationaler Demokratien und transnationaler politischer Partizipation werden daher vermehrt konzipiert. Die Reine Rechtslehre bzw. Kelsens Demokratietheorie bedürfen an dieser Stelle einer Erweiterung. Kelsen begriff seine Lehre nie als eine abgeschlossene, im Gegenteil, er forderte stets dazu auf diese weiterzuentwickeln.

Außerdem kann Kelsens Kritik der Demokratischen Ideologie, insbesondere seine Kritik der Rolle des Freiheitsbegriffes in dieser Ideologie, keinesfalls als obsolet oder überholt gelten, solange die größten Kriege unserer Zeit im Namen ebendieser Ideologie geführt werden, durch diese Ideologie erst ihre scheinbare Legitimation erfahren.

³⁹⁵ Vgl. Robert Chr. van Ooyen. Der Staat der Moderne. Duncker & Humblot. Berlin. 2003. und: Horst Dreier. Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Nomos Verlag. Baden-Baden. 1990

Literaturverzeichnis

Giorgio Agamben. Ausnahmezustand. Suhrkamp. Frankfurt am Main. 2004

Aristoteles. Politik. Rowohlt. Reinbek bei Hamburg. 1994. (3. Auflage 2009)

Jakob Barion, Was ist Ideologie? Studie zu Begriff und Problematik, 3.erw. Auflage, 1974, Bouvier Verlag, Bonn

Jakob Barion. Ideologie-Wissenschaft-Philosophie. H. Bouvier u. Co. Verlag. Bonn. 1966

Rousseau. Gesellschaftsvertrag. Reclam. Stuttgart. 1977

Peter Berghoff: „Der Jude“ als Todesmetapher des „politischen Körpers“ und der Kampf gegen die Zersetzung des nationalen „Überlebens“. in: Alter/Bärsch/Berghoff (Hrsg.). Die Konstruktion der Nation gegen die Juden. Wilhelm Fink Verlag. München. 1999

Jean Bodin. Sechs Bücher über den Staat. Beck Verlag. München. 1981.

Cicero. The Republic and the laws. Oxford University Press. Oxford. 1998

Helmut Dahm. Der Ideologiebegriff bei Marx und die heutige Kontroverse über Ideologie und Wissenschaft in den Sozialistischen Ländern. <http://www.jstor.org/stable/20098486> . Zugriff: 18/09/2012

Derrida. Gesetzeskraft. Suhrkamp. Frankfurt am Main. 1991

Hideo Hara. Hans Kelsen und das Studium des Rechts in Japan. In: Der Einfluss der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern. Schriftenreihe des Hans Kelsen Instituts. Band 2. Manz Verlag. Wien. 1978

Horst Dreier. Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen. Nomos Verlag. Baden-Baden. 1990

Tamara Ehs. Hans Kelsen und politische Bildung im modernen Staat. Manz Verlag. Wien. 2007

Volker Gerhardt. Die Macht im Recht. Wirksamkeit und Geltung bei Hans Kelsen. In: W. Krawietz, H. Schelsky (Hg.). Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen. 1984. Duncker Und Humblot. Berlin

Raphael Gross. Carl Schmitt und die Juden. Suhrkamp Verlag. 2005

J. Habermas. Faktizität und Geltung. Suhrkamp Verlag. Frankfurt am Main. 1998

J. Habermas. Strukturwandel der Öffentlichkeit. Suhrkamp. Frankfurt am Main. 1990.

Thomas Hobbes. Leviathan. Reclam. Stuttgart. 1970

Clemeens Jabloner. Ideologiekritik bei Kelsen. In: Robert Walter (Hrsg.). Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre. Manz Verlag. Wien. 1992

Hans Kelsen. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 1. Auflage 1920. Verlag von J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen.

Hans Kelsen. Vom Wesen und Wert der Demokratie. 2. Auflage 1929. In: M. Jestaedt, O. Lepsius (Hg.). Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Mohr Siebeck. Thübingen. 2006

Hans Kelsen. Demokratie. 1926. In: M. Jestaedt, O. Lepsius (Hg.). Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. Mohr Siebeck. Thübingen. 2006

Hans Kelsen. Die hellenisch-makedonische Politik und die „Politik“ des Aristoteles (1933). In: Ernst Topitsch (Hg.) Hans Kelsen. Aufsätze zur Ideologiekritik. Luchterhand. Neuwied am Rhein und Berlin. 1964

Hans Kelsen. Die Idee des Naturrechts. (1928) In: Ernst Topitsch (Hg.) Hans Kelsen. Aufsätze zur Ideologiekritik. Luchterhand. Neuwied am Rhein und Berlin. 1964

Hans Kelsen. Die platonische Gerechtigkeit. (1933). In: Ernst Topitsch (Hg.) Hans Kelsen. Aufsätze zur Ideologiekritik. Luchterhand. Neuwied am Rhein und Berlin. 1964

Hans Kelsen. Was ist Gerechtigkeit?. Reclam. Stuttgart. 2000

Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. Mohr Siebeck. Tübingen. 2008. 1. Auflage

Hans Kelsen. Staatsform und Weltanschauung. Tübingen. 1933

Hans Kelsen. Reine Rechtslehre. Zweite, vollständig neu bearbeitete und erweiterte Auflage von 1960. Unveränderter Nachdruck 1976. Verlag Franz Deuticke. Wien.

Hans Kelsen. The Communist Theory of Law. Scientia Verlag. Aalen. 1976.

Hans Kelsen. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Verlag von J.C.B. Mohr(Paul Siebeck). Tübingen.1920

Hans Kelsen. Über die Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Verlag von J.C.B. Mohr(Paul Siebeck). Tübingen.1911

Hans Kelsen. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Verlag von J.C.B. Mohr(Paul Siebeck). Tübingen.1922

Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie. (1932). In: M. Jestaedt, O. Lepsius (Hg.). Hans Kelsen. Verteidigung der Demokratie.Mohr Siebeck. Tübingen. 2006

John Locke. Two treatises of Government and a letter concerning toleration. Yale University Press. New Haven and London.2003

Robert Chr. van Ooyen. Der Staat der Moderne.Duncker & Humblot. Berlin. 2003

Robert Chr. Van Ooyen. Hans Kelsen und die offene Gesellschaft. Vs Verlag. Wiesbaden. 2010

Thomas Olechowski. Von der „Ideologie“ zur „Realität“ der Demokratie. In: Tamara Ehs(Hrsg.). Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung. Nomos Verlag. Wien. 2009

John Plamenatz. Ideologie. Paul List Verlag. München. 1972

Platon. Siebter Brief. In: Platon. Sämtliche Werke. Band 3. Rowohlt. Reinbeck Bei Hamburg. 2004

Heinz Robert Schlette. Philosophische Marginalien zum Ideologieproblem.

<http://www.jstor.org/stable/20481596> . Zugriff: 18/09/2012

Carl Schmitt. Der Begriff des Politischen. Duncker & Humblot. Berlin. 1963

Carl Schmitt. Verfassungslehre. Duncker & Humblot. Berlin. 1928 (Neunte Auflage 2003)

Carl Schmitt. Zur geistesgeschichtlichen Lage des heutigen Parlamentarismus.Duncker & Humblot. Berlin

Carl Schmitt. Römischer Katholizismus und politische Form. Theatiner-Verlag. München. 1925

Carl Schmitt. Nationalsozialismus und Völkerrecht. Jünker und Dünnhaupt Verlag. 1934

Carl Schmitt. Politische Theologie. Duncker & Humblot. Berlin. 1922 (9. Auflage 2009)

Joseph A. Schumpeter. Kapitalismus, Sozialismus und Demokratie. Narr Francke Attempto Verlag. 2005

Ernst Topitsch, Kurt Salamun. Ideologie. Langen Müller Verlag. München. 1972

Ernst Topitsch. Begriff und Funktion der Ideologie. In: Sozialphilosophie zwischen Ideologie und Wissenschaft, Luchterhand Verlag, Neuwied 1961

Robert Walter. Kelsens neue Ideologiekritik in der „Allgemeinen Theorie der Normen“. In: Rechtstheorie 1982, Beiheft 4, 125

Max Weber. Wirtschaft und Gesellschaft. Wunderkammer Verlag. Frankfurt am Main. 2010

Abstract

Diese Arbeit mit dem Titel *Die Rolle der Ideologiekritik im Werk von Hans Kelsen* setzt sich zweierlei zum Ziel: sie will eine Untersuchung des Werkes Hans Kelsens hinsichtlich der das Werk durchziehenden grundsätzlichen Voraussetzungen sein und sie will eine Darstellung der allgemeinen Zielsetzung seiner Arbeiten und deren Ergebnissen sein.

Dazu ist es nötig die drei großen Themengebiete seines Werkes jeweils genauer hinsichtlich dieser Aspekte zu untersuchen, nämlich seine unter der Bezeichnung *Reine Rechtslehre* bekannte Rechtstheorie, seine Schriften zur Demokratietheorie, insbesondere die zweite Auflage von *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, als auch seine kleineren Schriften zur Geschichte der politischen Philosophie. Diese drei Themengebiete sind freilich nicht von den behandelten Gegenständen her als einheitliche erkennbar, finden sich hier doch neben einer allgemeinen Rechtstheorie, einer Demokratietheorie auch Schriften zur politischen Theorie Platons, zu derjenigen des Aristoteles auch Abhandlungen über das Naturrecht. Dennoch können diese inhaltlich weit gefächerten Schriften unter einem Aspekt untersucht werden, da sie alle in derselben Absicht verfasst wurden, nämlich die jeweilige Lehre auf ihre ideologischen Implikationen hin zu analysieren.

Es wird sich erweisen, dass das durchgängige Ziel der wissenschaftlichen Arbeit Kelsens sich als die eben genannte *Ideologiekritik* erweist. Die Grundlagen und Voraussetzungen dieser kritischen Arbeit müssen in Kelsens erkenntnistheoretischer Position gesucht werden, welche grundsätzlich als eine wertagnostizistische charakterisiert werden kann, d.h. Ausgangspunkt der Bestrebungen Kelsens ist die Annahme, dem Menschen sei die Erkenntnis absoluter Werte verwehrt. Zu dieser antimetaphysischen Haltung gesellt sich eine Wissenschaftsauffassung, welche sich durch das Streben nach Objektivität, Methodenreinheit und Fortschrittsoptimismus auszeichnet, wobei Kelsen das

Wissenschaftsideal in den Naturwissenschaften verwirklicht sieht. Unter Ideologie versteht Kelsen grundsätzlich ein Ensemble von Aussagen welches vor allem der Willensbildung dient. Diese Aussagen stellen sich bei näherer Untersuchung als falsch heraus und werden so zur Illusion. Wissenschaft sieht Kelsen als Gegenpol zur Ideologie, durch die Arbeit der Wissenschaft wird Ideologie erst zur Illusion. Anhand dieser seiner Wissenschaftsauffassung versucht Kelsen ideologische Aspekte in den Rechtswissenschaften und der politischen Philosophie aufzuzeigen.

Der Hauptteil der Arbeit wird der Darstellung der wichtigsten Ergebnisse der ideologiekritischen Untersuchungen Kelsens gewidmet sein. In der Demokratietheorie wird dies die Untersuchung des Begriffs der Freiheit, des Volkes, der Repräsentation und des Majoritätsprinzips sein. In der Rechtstheorie werden vor allem die Funktion von Grundnorm, von Dualismen wie öffentliches Recht/privates Recht, Recht/Staat, sowie von dem Dogma der Souveränität untersucht werden. Außerdem wird auf Kelsens Untersuchungen zum Verhältnis zwischen internationalem Recht und staatlichem Recht eingegangen. Ein weiterer Teil wird sich mit Kelsens kleineren Arbeiten zum Naturrecht, zu Platon und zu Aristoteles.

Abschließend soll die Aktualität und die Möglichkeit bzw. Notwendigkeit einer Fortsetzung der Kelsenschen Ideologiekritik aufgezeigt werden.

Lebenslauf

Philipp Laner

Wohnhaft in: Bräufeldweg 20, 6200 Jenbach

Geburtsdatum: 27.11.1986 in Brixlegg

Familienstand: ledig

Zivildienst: 2006-2007 im St. Mary's Hospital Mariannhill, Südafrika

Ausbildung:

Kath. Gymnasium Paulinum Schwaz Maturaabschluss am 13. Juni 2005

Bachelorstudium Philosophie an der Leopold Franzens Universität Innsbruck (Abschluss am 25. August 2010)

Seit Oktober 2010 Masterstudium Philosophie an der Universität Wien

Erasmusaufenthalt in Oviedo/Spanien im Sommersemester 2011