

8. Die Demokratietheorie Hans Kelsens und das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

„½ 8 zu *Tochs* zum Dinner. Der Jurist Kelsen. Über den Nürnberger Prozeß, den er in Washington vorzubereiten geholfen. Über Recht und Justiz im Allgemeinen.“¹

So die Tagebuchaufzeichnung Thomas Manns vom 15.12.1945 über einen Besuch bei dem österreichischen Komponisten Toch. Mehr erfahren wir leider nicht. Da Kelsen in den Tagebüchern und Briefen von Thomas Mann nicht noch einmal erwähnt wird, kann davon ausgegangen werden, daß dies die einzige Begegnung zwischen Kelsen und Mann war.

Kelsen hatte offenbar in den USA, wohin er noch 1940 entkommen konnte, wenig politischen Kontakt mit deutschen und österreichischen Emigranten. Erstaunlicherweise, denn in Genf, wohin das Frankfurter Institut für Sozialforschung zunächst, bevor es nach New York übersiedelte, emigriert war, bestanden zwischen dessen Leiter Horkheimer und Kelsen gute Beziehungen. Hans Mayer berichtet: „Der Direktor Max Horkheimer stand sich gut mit dem berühmten Kollegen und Mit-
emigranten.“²

Die demokratietheoretischen sowie die soziologischen und sozialpsychologischen Forschungen Kelsens zu Demokratie und Faschismus³

1 Th. Mann, *Tagebücher 1944 – 1.4.1946*, hrsg. von I. Jens, Frankfurt a.M. 1986, S. 274.

2 H. Mayer, *Ein Deutscher auf Widerruf. Erinnerungen*, Bd. 1, Frankfurt a.M. 1982, S. 177.

3 Vgl. insbesondere: H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Neudruck der zweiten, umgearbeiteten Auflage von 1929, Aalen 1963; ders., *Demokratie*, Verhandlungen des 5. Deutschen Soziologentages vom 26. bis 29. September 1926 in Wien, wieder abgedruckt in: ders., *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze*, hrsg. und eingeleitet von N. Leser, Wien 1967 (zitiert: DuS), S. 11 ff.; sowie in einer um das Schlußwort erweiterten Fassung in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Julius Merkl und Alfred Verdross*, hrsg. von H. Klecatsky, R. Marcic und H. Schambeck, Wien 1968 (zitiert: WRS), S. 1729 ff.; ders. *Staatsform und Weltanschauung*, DuS, S. 40 ff.; ders., *Verteidigung der Demokratie*, DuS, S. 60 ff.; ders., *Demokratie und Sozialismus*, DuS, S. 170ff.; ders.,

hätten eigentlich das Interesse des Instituts an Kelsens Mitarbeit erwecken müssen. Aber auch Kelsen hat, soweit bekannt, die Verbindung zum Institut nicht gesucht.

Die Literaturlage und die Auskunft von Spezialisten wie Oliver Rathkolb⁴ und Rainer Erd⁵ lassen die Feststellung zu, daß Kelsen nicht in die innerhalb der Emigration geführten Debatten über Eigenart und Struktur des nationalsozialistischen Herrschaftssystems einbezogen und an den Diskussionen über Nachkriegsplanungen für Deutschland nicht beteiligt war.

Kelsen ist, wie sich u. a. den Forschungen von Alfons Söllner ergibt, auch nicht zu den Arbeiten des OSS, des Office of Strategic Services, in dem z. B. sein Genfer Doktorand John H. Herz gearbeitet hat, hinzugezogen worden.⁶

An der Arbeit des „Council for a Democratic Germany“, das im Frühjahr 1944 unter dem Vorsitz von Paul Tillich gegründet worden war und in dem u. a. Heinrich Mann, Lion Feuchtwanger und Bertolt Brecht mitwirkten, war Kelsen nicht beteiligt. Er war zur Mitarbeit nicht aufgefordert worden, im Gegensatz zu Thomas Mann, der, nach anfänglichem Zögern, die Mitarbeit verweigert hatte. Von Beziehungen Kelsens zu dem Kreis um den Schriftsteller Hermann Broch, in dem ebenfalls Pläne für Europa nach dem Kriegsende diskutiert wurden, ist ebenfalls nichts bekannt.

Demokratisierung und Verwaltung, WRS, S. 1581 ff.; ders., *Allgemeine Staatslehre*, Nachdruck der ersten Auflage von 1925, Berlin 1925, insbes. S. 320 ff., S. 343 ff.; ders., *General Theory of Law and State*, Cambridge 1945, S.284 ff.; ders., *Foundations of Democracy*, in: *ETHICS*, Vol. LXVI, October 1955, S. 1 ff.

4 Vgl. Schreiben von Univ.-Doz. DDR. Oliver Rathkolb an den Verf. vom 26.04.1999. Dort wird ausgeführt: „Ich habe selbst die eher dürftigen Materialien, die sich im Bestand Bureau of Areas, Liberated Areas Branch, Economic Institutions Staff in den National Archives, College Park, befinden, teilweise sogar im Speicher durchsehen können, war aber nicht in der Lage, eine Spur von Hans Kelsen aufzunehmen. Die einzigen Unterlagen sind eine Studie über die österreichische Verfassung ...“

5 Vgl. Schreiben von Professor Dr. Rainer Erd, Frankfurt a.M. an den Verf. vom 01.03.1999, dessen eingehenden Recherchen zu Franz L. Neumann keine Hinweise auf Kelsen ergaben.

6 So auch die mündliche Auskunft von Professor Dr. Alfons Söllner – Desaga, Berlin an den Verf. vom 03.03.1999.

Jedoch berichtet der Biograph Kelsens, Rudolf Aladar Métall,⁷ daß Kelsen im Frühjahr und im Sommer 1944 als wissenschaftlicher Berater im „Bureau of Areas, Liberated Areas Branch, Economic Institutions Staff“ in Washington gearbeitet habe und sich dort, wie die Forschungen von Oliver Rathkolb⁸ ergeben, mit der Rechtslage Österreichs nach dem Krieg befaßte. Im Sommersemester 1945 hat Kelsen auch bei der Vorbereitung der Nürnberger Prozesse in der „*War Crimes Commission*“ mitgewirkt, wovon auch die zitierte Tagebuchnotiz von Thomas Mann Kenntnis gibt.

Dann aber, im Oktober 1944, veröffentlichte Kelsen einen knappen Text zu dem Rechtszustand, der in Deutschland unmittelbar nach dem Kriege einzuführen sei.⁹ Dieser Beitrag fand sofort große Beachtung. Sein Inhalt hatte mit den großenteils sehr realitätsfernen und oft genug stark nationalistischen Vorschlägen, die innerhalb der Emigration diskutiert und propagiert wurden, nichts zu tun.

Kelsen versuchte in diesem Beitrag die Kriegsziele der Alliierten in eine rechtliche Form zu bringen, um ihre Durchsetzung zu verbessern; er machte aber auch selbst Vorschläge für die Behandlung Deutschlands und zur Ausgestaltung seiner Rechtslage.

Bernhard Diestelkamp sagt zu dem Kelsenschen Aufsatz: „Obwohl nicht klar ist, ob Kelsen diese Überlegungen selbständig oder in zumindest offiziösen Auftrag publizierte, ist doch unverkennbar, daß darin die Grundmuster der sich seit Anfang 1943 verfestigenden alliierten Kriegszielpolitik wiederkehren.“¹⁰

Kelsen stellte fest, daß mit einer nur militärischen Besetzung Deutschlands das Kriegsziel einer grundlegenden Reform der politischen Struk-

7 R. A. Métall, *Hans Kelsen. Leben und Werk*, Wien 1969, S.79

8 O. Rathkolb, „Verfassungs“-Projekte der Alliierten, der Exilanten und der Gründungsväter der Zweiten Republik 1944/1945, in: E. Weinzierl/O. Rathkolb/R. G. Ardeli/S. Mattl (Hrsg.), *Justiz und Zeitgeschichte*, Wien 1995, Band 2, S. 877 ff.; auch im Hans Kelsen-Institut befinden sich keine weiteren Dokumente, die sich auf eine Befassung Kelsens mit der Lage des Deutschen Reiches nach dem Krieg beziehen; so die schriftliche Auskunft des Geschäftsführers des Instituts, o. Univ.-Prof. DDr. Dr. h.c. Robert Walter an den Verf. vom 30.05.1999

9 The International Legal Status of Germany to be established immediately upon Termination of the War, in: *Am. Journ. of Intern. Law*, 38, 1944, S. 682 ff.

10 B. Diestelkamp, Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, in: *JuS* 6/1980, S. 401 ff., und 7/1980 S. 481 ff., S. 481.

tur und der völlige Wechsel des politischen Systems sowie die Reeducation des deutschen Volkes keinesfalls erreicht werden könne. Auch könne dann keine Gebietsänderung oder eine Aufteilung des Staates vorgenommen werden. Zwar sei zusammen mit der militärischen Besetzung ein Vertrag zwischen Deutschland und den Siegermächten, durch den diese alle von ihnen für erforderlich erachteten Rechte erhielten, möglich, aber politisch nicht realisierbar und auch nicht wünschenswert. Mit der Naziregierung könne man keinen Friedensvertrag abschließen. Man werde aber auch keine andere deutsche Regierung finden, die den Bedingungen zustimmen werde, die ein solcher Vertrag enthalten müsse.

Und selbst wenn, so sei ein aufgezwungener Vertrag politisch eine Farce und könne den Wert eines echten Friedensvertrag nicht haben. Unmittelbar nach der bedingungslosen Kapitulation und der dadurch erfolgten *Debellatio* solle vielmehr ein Kondominium der Siegermächte errichtet werden, die ihre *eigene* Souveränität über das Gebiet des Großdeutschen Reiches und seiner Bevölkerung ausüben könnten. Aufgrund ihrer Souveränitätsrechte könnten die Siegermächte dann die erforderlichen territorialen, politischen und wirtschaftlichen Änderungen vornehmen.

Nach Beendigung des Kondominiums könne die Souveränität Deutschlands wiederhergestellt werden. Aber dieser neue Staat, oder die zwei oder drei, wenn sie gebildet würden, wären dann durch keine rechtlichen oder sonstigen Beziehungen mit Nazi-Deutschland verbunden und die neue Regierung könne nicht verantwortlich gemacht werden für die Maßnahmen, die während des Kondominiums getroffen worden waren.

Kelsen konnte nach der militärischen bedingungslosen Kapitulation und der Verhaftung der Reichsregierung Dönitz am 23. Mai 1945 sowie der Übernahme der obersten Gewalt durch die Siegermächte am 5. Juni feststellen, das Konzept der *Debellatio* sei realisiert und das Deutsche Reich untergegangen.¹¹

Es ist kaum möglich, die politische Bedeutung des Problems des Fortbestands oder des Untergangs des Großdeutschen – oder wie man nach

11 H. Kelsen, The Legal Status of Germany according to the Declaration of Berlin, in: Am. Journ. of Intern. Law, 39, 1945, S. 518 ff.; ders., Is a Peace Treaty with Germany legally possible and politically desirable?, in: Am. Political Science Review, 1947, S. 1188 ff.

1945 lieber sagte, des Deutschen Reiches für die innen- und außenpolitische Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland zu überschätzen. Nur auf zwei Punkte sei hingewiesen: Ein wirklicher Neuanfang, ein radikaler Bruch mit der Nazivergangenheit setzte im Interesse des Aufbaus eines neuen und *demokratischen* Deutschlands das Nichtfortbestehen des Deutschen Reichs, dessen letzte Gestalt nun einmal das nationalsozialistische Großdeutsche Reich war, voraus. Gerade weil der Nationalsozialismus nicht nur eine Herrschafts- und Regierungsform war, sondern Staat und Gesellschaft, Wirtschaft, Armee, Wissenschaft, öffentlicher Dienst, Justiz, Kunst und die ideologischen Apparate durchgängig vom Nationalsozialismus durchdrungen waren, mußte dies Reich von den Siegern zerstört werden und zerstört bleiben.

Herrschende Auffassung bei den Besiegten war das nicht. Sofort formierte sich eine politische und juristische Lehre, die den Fortbestand des Reiches behauptete und die zur nationalen Ideologie, später sogar mit Verfassungsrang, wurde. Einer der wenigen, die nicht nur die Untergangs-, sondern auch die Kondominiumtheorie vertraten, war mein Lehrer Wolfgang Abendroth.¹²

Die herrschende Lehre aber wurde von ihren Vertretern ungerührt auch noch durchgehalten, als nach der doppelten Staatsgründung der BRD und der DDR die Fortexistenz eines Deutschen Reiches immer abstruser wurde.

Die neue Ostpolitik der sozialliberalen Regierung unter Willy Brandt schien allerdings eine Neuorientierung auch hinsichtlich der Fortbestandslehre und der Anerkennung der DDR als zweiten deutschen Staat zu intendieren. So schrieb Friedrich Karl Fromme in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*: „Gleichsam von den Zeitläuften eingeholt und damit nachträglich aus der Außenseiter-Rolle befreit wird heute auch ein anderer, im Gesamtwerk nur einen bescheidenen Platz einnehmender Beitrag Kelsens. Er gehörte – originellerweise neben Wolfgang Abendroth – zu den wenigen, die der nach 1945 vertretenen Lehre vom Fortbestand des Reiches über den Zusammenbruch von 1945 hinaus wider-

12 Vgl. W. Abendroth, Die Haftung des Reiches, Preußens, der Mark Brandenburg und der Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts für Verbindlichkeiten, die vor der Kapitulation vom 8.5.1945 entstanden sind, in: *Neue Justiz* 1947, S. 73 ff.

sprachen.“¹³ Nachdem die Fortbestandstheorie infolge der Ostpolitik Bonns ernstlich in Frage gestellt sei, werde man bei den künftigen Erörterungen darüber, was diese Bundesrepublik Deutschland im Verhältnis zu den früheren Staatsgebilden auf ihren Boden eigentlich sei, auf Kelsen und seine Untergangslehre zurückkommen müssen.

Diese Voraussage hat sich bekanntlich nicht erfüllt.

Einen großen Triumph konnte diese in ein juristisches Gewand gekleidete politische Fortbestandslehre, deren Kern die Nichtanerkennung der Folgen der nationalsozialistischen Herrschaft und der bedingungslosen Kapitulation war, 1989 erleben.

Nur mit der Fortbestandslehre hatte sich der Fortbestand der gesamtdeutschen Staatsangehörigkeit begründen lassen. Hätte man nicht zuvor schon auf die Bürger der DDR qua behaupteter gemeinsamer reichsdeutsch-bundesrepublikanischer Staatsangehörigkeit zugegriffen, hätte nach der Öffnung der Berliner Mauer auch die anschließende Landnahme nicht, oder jedenfalls nicht so schnell und in den bekannten Formen geschehen können.¹⁴

Kelsens Bestreben war gewesen, die rechtliche Form für die Lage Deutschlands zu finden, die zur Verwirklichung der Kriegsziele der Alliierten erforderlich war. Das Problem der Demokratie hatte er dabei sehr wohl gesehen, aber es von einem realistischen Ansatz her beurteilt. Nur die Alliierten als Inhaber der souveränen Gewalt über – nichtanektiertes – Land und Leute konnten den Aufbau eines neuen demokratischen Staates, der alle Verbindungen zum nationalsozialistischen Deutschen Reich wurzeltief abgetrennt hatte, garantieren.

Kelsen hatte sich nicht unmittelbar zur Wirtschaft im Nachkriegsdeutschland geäußert. Mit seiner Untergangs- und Kondominiumtheorie war aber zugleich die überkommene privatwirtschaftliche Ordnung zur Disposition gestellt worden. Den Zusammenhang von Demokratiefeindlichkeit und Kapitalismus hatte er früher bereits genau gesehen. In seinem Beitrag von 1932, „Verteidigung der Demokratie“,¹⁵ schrieb er,

13 F. K. Fromme, Ein Klassiker der Staatsrechtslehre. Zum Tode von Hans Kelsen, in: FAZ Nr. 96 vom 25.4.1973.

14 Vgl. Peter Römer, Zwei deutsche Staaten – eine Staatsangehörigkeit, in Band 2 der vorliegenden Beiträge.

15 H. Kelsen, Verteidigung der Demokratie, a.a.O., S. 64.

das proletarisierte oder halbproletarisierte Bürgertum fände seinen Halt nicht im Stolz eines neuen Klassenbewußtseins, sondern versuche die ökonomisch unausweichliche Proletarisierung durch eine heroisch-romantische Geisteshaltung zu kompensieren und wende sich nicht der sozialistischen, sondern der nationalsozialistischen Ideologie zu. Damit verstärke es die politischen Bestrebungen der noch erhaltenen Großbourgeoisie, die gleichfalls das Lager der Demokratie verlasse, weil diese ihr keinen sicheren Schutz mehr für das kapitalistische System zu bieten scheine.

Ein unmittelbarer Einfluß Kelsens auf die Beratungen des Parlamentarischen Rates und auf die Verfassungsentwicklung in der Bundesrepublik ist nicht nachweisbar; ursächlich dafür dürfte seine Untergangstheorie, sein Positivismus, dem nach 1945 die Schuld an der Etablierung des Nationalsozialismus zugewiesen wurde, sein Eintreten für Volkssouveränität und identitäre Demokratie, aber auch seine Kritik an jeder Verherrlichung des Privateigentums gewesen sein. An der bleibenden Bedeutung von Kelsens Schriften zur Demokratie ändert der demokratische Sonderweg der Bundesrepublik nichts.

Dies macht es sinnvoll, den normativen Gehalt des Grundgesetzes mit den Ergebnissen der Demokratieforschungen Kelsens zu vergleichen.

Die Demokratie soll, so Kelsen, ihrer Idee nach ermöglichen, daß zwei Grundbedürfnisse des in Gesellschaft lebenden Menschen befriedigt werden und daß zugleich zwei Postulate der praktischen Vernunft ihre Erfüllung finden. Im Wunsch nach Freiheit, in der Unabhängigkeit vom Zwang, einem fremden Willen folgen zu müssen, sieht Kelsen einen Urinstinkt des Menschen. „Es ist die Natur selbst, die sich in der Forderung nach Freiheit gegen die Gesellschaft aufbäumt“.¹⁶ Gleich zu sein mit anderen Menschen ist das zweite Grundbedürfnis. Die Idee der Gleichheit ist nicht, wie liberale Ideologie postuliert, der Idee der Freiheit entgegengesetzt und wesensverschieden von ihr. Sie diene vielmehr der Freiheit. Dem Herrn, dem Befehlendem gegenüber denkt der zum Gehorsam Gezwungene: „Er ist ein Mensch wie ich, wir sind gleich. Wo ist also das Recht, mich zu beherrschen?“¹⁷ Die Demokratie erfordert also ihrer Idee nach die Freiheit vom Zwang und bedeutet „Iden-

¹⁶ H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert*, a.a.O., S. 3.

¹⁷ Ebd., S. 3.

tität von Führer und Geführten, von Subjekt und Objekt der Herrschaft, bedeutet Herrschaft des Volkes über das Volk“;¹⁸ sie sei eine Staats- oder Gesellschaftsform, bei der die soziale Ordnung durch diejenigen erzeugt wird, die dieser Ordnung unterworfen sind. Nicht die „Konstituierung selbsthandelnder Organe vom Volk her“, sondern die Idee der Demokratie entspricht die unmittelbare Demokratie.

So auch die klassische Lehre von Rousseau, den Kelsen zwar zustimmend zitiert, ohne sich aber im einzelnen mit ihm auseinanderzusetzen. Ernst-Wolfgang Böckenförde, ein prominenter Vertreter jener herrschenden Demokratietheorie, die dem Grundgesetz unterlegt wird und die dessen Legitimation begründen soll, erblickt demgegenüber in der mittelbaren repräsentativen Demokratie die eigentliche Form der Demokratie. Ausgehend von der von niemandem, vor allem auch von Kelsen nicht, bestrittenen, vielmehr eingehend behandelten Tatsache, daß die unmittelbare Demokratie in den modernen Gesellschaften nicht rein verwirklicht werden kann, stellt er fest, einem solchen Begriff der Demokratie gegenüber würde jede Wirklichkeit zu einer schlechten, einer defizitären Wirklichkeit; es könne nicht der Sinn einer wissenschaftlichen Begriffsbildung sein, daß die permanent nicht erfüllte Demokratie zum notwendigen Element des Demokratiebegriffs werde.¹⁹

Und warum kann das der Sinn nicht sein? Der Stern, nach dem man den Kurs ausrichtet, muß er erreichbar sein? Gegenüber einer Idee als regulativem Prinzip muß die Wirklichkeit sogar defizitär sein. Auch ist zu fragen, ob es denn etwa der Sinn eines wissenschaftlichen Begriffs der Demokratie sein soll, Demokratie als permanent erfüllt erscheinen zu lassen?

Ist die repräsentative Demokratie die eigentliche Form der Demokratie, so reicht bereits die demokratische Autorisation aus, um Demokratie zu realisieren. Das hat Folgen: wer bei der Erzeugung von Normen mitzubestimmen hat, bestimmt sich nicht danach, wer sich dem Zwang dieser Normen unterzuordnen hat, sondern danach, wer befugt ist, Re-

18 Ebd., S.14

19 Vgl. E.-W. Böckenförde, Mittelbare/repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie. Bemerkungen zu Begriff und Verwirklichungsproblemen der Demokratie als Staats- und Regierungsform, in: *Staatsorganisation und Staatsfunktion im Wandel*, Festschrift für Kurt Eichenberger, hrsg. von G. Müller, R. A. Rhinow, G. Schmid, L. Wildhaber, Basel 1982, S. 301 ff., S. 314 f.

präsentanten zu autorisieren. So hat das Demokratiegebot des Art. 20 GG nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zum Inhalt, „daß sich die Entscheidungen der Staatsgewalt von den jeweils Betroffenen her zu legitimieren haben“; entscheidend sei vielmehr die Autorisierung durch das deutsche Staatsvolk.²⁰

Kelsens Zustimmung fände das nicht. So lobte er die damalige Verfassung von Sowjet-Rußland, die auch allen Ausländern, die in Rußland arbeiten, die volle politische Gleichberechtigung gewährte, und bezeichnete dies als „eine Tat von historischer Bedeutung“.²¹ Auch kann nach der herrschenden Lehre die Kette demokratisch legitimierender Wahlen sehr lang und entsprechend dünn sein, und soll dennoch legitimierend wirken können. So kommt es auf Partizipation nicht mehr an, sondern nur darauf, daß irgendwo am Anfang der Kette eine Wahl durch das Volk stattgefunden hat.

So läßt sich dann, wie kürzlich durch Klaus-Otto Nass geschehen, das offenkundige Demokratiedefizit der EU als „beliebtes Phantom“ entlarven.²²

Ahnherr dieser Demokratietheorie ist Joseph A. Schumpeter, der Demokratie als Herrschaft definiert, die sich im Konkurrenzkampf um die Stimmen des Volkes herausgebildet habe. Ihm entgegnet Kelsen, der Wettkampf um die Stimmen des Volkes sei die Folge freier Wahlen, nicht ihr Zweck. Das wichtigste Kriterium einer Demokratie bestehe darin, daß die Herrschaftsgewalt beim Volke liege. Wenn man statt dessen „die Einsetzung von Herrschaftsorganen durch freie Wahlen zum entscheidenden Kriterium erhebe, sei dies mit dem Wesen der Demokratie unvereinbar.“²³

Sehr knapp und klar wird demgegenüber die in der Bundesrepublik herrschende, von der Kelsenschen Demokratietheorie radikal abweichende Lehre von dem Staatsrechtslehrer und ehemaligen Bundesverfassungsrichter Klein auf den Punkt gebracht. Demokratie sei nicht Entscheidung durch die Massen, sondern durch dem Volk verantwortliche

20 BVerfGE 83, S. 37 ff., S. 51, 52.

21 H. Kelsen, *Wesen und Wert*, a.a.O. S. 28.

22 K. O. Nass, Ein beliebtes Phantom: Das Demokratiedefizit der EU. Die vier Elemente demokratischer Verfassungen sind in der Gemeinschaft bereits verwirklicht, in: FAZ Nr. 74 v. 29.03.1999, S. 15.

23 Vgl. H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*, a.a.O., S. 182 f.

Entscheidungssträger. „Regiert das Volk, dann ist Demokratie am Ende, denn es kann sich schließlich nicht selbst abwählen.“²⁴

Für Kelsens Demokratieverständnis sind Volkssouveränität und verfassunggebende Gewalt des Volkes Ausprägungen des demokratischen Gedankens.

Demgemäß kann das Grundgesetz, nicht als ursprünglich demokratisch legitimiert angesehen werden. Es ist weder vom Volk selbst noch von einer verfassunggebenden Versammlung beschlossen worden. Auch seine zahlreichen Änderungen geschahen ohne Volksabstimmungen, die dafür im Grundgesetz nicht vorgesehen sind.

Vorgesehen war – und ist – allerdings in Art. 146, daß das Grundgesetz seine Gültigkeit an dem Tag verlieren solle, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist. Eine solche Verfassung gibt es noch nicht.

Akzeptiert worden ist das Grundgesetz allerdings. Aber Akzeptanz ist nicht, wie häufig behauptet, mit demokratischer Legitimation identisch. Nur eine öffentliche Diskussion und ein Verfahren, daß dem Volk selbst die Möglichkeit gibt, über die Verfassung insgesamt und auch in ihren Einzelheiten zu bestimmen, entspricht dem Wesen der Demokratie und gibt der Verfassung ihren vollen demokratischen Wert.

Nach Kelsen ist zwar die unmittelbare Demokratie die eigentliche Form der Demokratie, aber er sieht und analysiert sehr genau die hohen Hürden, die der Verwirklichung der demokratischen Idee entgegenstehen. Selbst bei der unmittelbaren Demokratie ist Selbstherrschaft nur bei Einstimmigkeit gegeben, die aber praktisch nicht gefordert werden kann.

Der Freiheitsgedanke selbst muß sich deshalb wandeln, wenn an die Stelle der anarchischen Freiheit des Einzelnen der freie Staat, die Souveränität des Volkes tritt. Der Einzelne hat sich der staatlichen Zwangsordnung zu unterwerfen, die von der Mehrheit erzeugt wird. Von Identität von Subjekt und Objekt der Herrschaft kann bei der Minderheit, die Zwangsnormen, die von der Mehrheit gesetzt werden, befolgen muß, keine Rede sein. Aber der Bezug auf die Freiheit des Einzelnen bleibt bewahrt. „Nur der Gedanke, daß – wenn schon nicht alle – so doch

24 H. H. Klein, „Den Staat nicht überfordern“. Verfassungsrechtler skeptisch gegenüber plebiszitären Elementen, in: FAZ Nr. 106 vom 8.5.1999, S. 4.

möglichst viele Menschen frei sein, d. h. möglichst wenig Menschen mit ihrem Willen in Widerspruch zu dem allgemeinen Willen der sozialen Ordnung geraten sollen, führt auf einem vernünftigen Weg zum Majoritätsprinzip.²⁵

Kelsen gehört nicht zu den Sonntagsrednern der Demokratie. Der etwas idealistisch anmutende Titel der Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ könnte auch – und vielleicht besser – heißen: Idee und Wirklichkeit der Demokratie. Mit dieser Differenz von Idee und Wirklichkeit befaßt sich der weitaus größte Teil der Ausführungen Kelsens.

Die Analyse der Wirklichkeit der Demokratie führt bei ihm nicht dazu, diese Wirklichkeit polemisch dem Wesen der Demokratie entgegensetzen mit dem Ergebnis, daß Demokratie im modernen Staat letztlich überhaupt nicht realisiert werden könne, wie Carl Schmitt es exemplarisch vorgeführt hat. Andererseits ist Kelsen Ideologiekritiker und benennt die Fiktionen und Verklärungen, mit deren Hilfe eine schlechte, demokratiefeerne Wirklichkeit als Demokratie, ja als die eigentliche und wahre Demokratie ausgegeben wird.

In einem Punkt waren sich in der Weimarer Republik die antirepublikanischen und antidemokratischen Kräfte, ungeachtet aller sonstigen großen Unterschiede, einig: In der Ablehnung und im oft genug haßerfüllten Kampf gegen Parlamentarismus und Parteienstaat. Und damit gegen die Demokratie überhaupt. Denn der Parlamentarismus ist, wie Kelsen zutreffend feststellt, die einzige Form, mittels derer die Idee der Demokratie sich in modernen, sozial differenzierten und arbeitsteilig organisierten Gesellschaften verwirklichen kann.²⁶

Als eine diskussionswürdige, praktisch aber undurchführbare Alternative sieht er die sowjetische Räteverfassung an: „echtste Demokratie.“²⁷ Die Notwendigkeit des Parlamentarismus ändert aber nichts daran, daß er eine Einschränkung der Demokratie ist.

Die Parlamentarier, von Weisungen frei und nur ihrem Gewissen unterworfen, sind vom Volk rechtlich unabhängig; deshalb ist es eine

25 H. Kelsen, *Wesen und Wert*, a.a.O., S. 9.

26 H. Kelsen, *Das Problem des Parlamentarismus*, in: WRS, S. 1661.

27 H. Kelsen, *Wesen und Wert*, a. a. O., S. 112 (Anm. 26), „Das von den Bolschewiki in der russischen Sowjetverfassung errichtete Vertretungssystem – auf eine Repräsentation konnten und wollten sie aus praktischen Gründen natürlich nicht verzichten – ist echtste Demokratie.“

Fiktion (Kelsen vergleicht sie auch mit einer totemistischen Maske), das Volk als unmittelbar im Parlament anwesend zu betrachten.²⁸

Eine Reform des Parlamentarismus muß deshalb in seiner Korrektur durch die unmittelbare Demokratie bestehen, so Kelsen. Die Stichworte sind: Gesetzesreferendum, Volksinitiative, Volksentscheid. Interessant für die heutige Diskussion ist der Hinweis Kelsens, daß ein Initiativantrag des Volkes sich auch auf allgemeine Direktiven und Anregungen beziehen könne, die Leitlinien des gesetzgeberischen Handelns vorzeichnen.²⁹

Wenn auch das imperative Mandat aus praktischen Gründen nicht eingeführt werden könne, so sollte doch wenigstens die Gleichstellung der Abgeordneten mit dem Bürger durch Abschaffung von Immunität und Indemnität hergestellt werden. Kelsen erwägt auch, die Abberufung der Abgeordneten durch die Partei zu ermöglichen.³⁰ Das ist gewiß nicht unproblematisch und, wenn überhaupt, nur bei stärkerer Ausgestaltung der inneren Demokratie der Parteien sinnvoll.

In all diesen Punkten entspricht das Grundgesetz mit seiner Furcht vor dem Volk, seiner Ablehnung der unmittelbaren Demokratie und der Stärkung der Stellung des Abgeordneten nicht den Kelsenschen Demokratievorstellungen. Durch die im Grundgesetz normierte Stärkung der Regierung, und innerhalb der Regierung des Kanzlers, wird von der demokratischen Idee noch weiter abgewichen.

Auch der Bundesrat, der an der Gesetzgebung des Bundes mitwirkt, ist nur sehr mittelbar und somit schwach demokratisch legitimiert; er besteht aus Mitgliedern der Regierungen der Ländern und nicht aus Vertretern des Volkes in den Ländern.

Kelsen ist ein entschiedener Anhänger des Verhältniswahlsystems wie es in modifizierter Form in der Bundesrepublik praktiziert wird. Die 5 %-Klausel des bundesrepublikanischen Wahlrechts allerdings widerspricht im hohem Maße dem, was Kelsen als das demokratische Ziel ansieht: die Widerspiegelung der tatsächlichen Macht- und Interessenlagen im Parlament.³¹

28 Demokratie, in: *Demokratie und Sozialismus*, a.a.O., S. 30, 31.

29 H. Kelsen, Das Problem des Parlamentarismus, in: WRS, S. 1667; *Wesen und Wert*, a.a.O., S. 38 ff.

30 H. Kelsen, *Wesen und Wert*, a.a.O., S. 40

31 H. Kelsen, *Wesen und Wert*, a.a.O., S. 58 ff.

Wer, wie Kelsen, dem Mehrheitswillen des Volkes in Abstimmungen und Wahlen die größtmögliche Wirkungschance verschaffen will, muß auch die Frage nach den rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für eine freie demokratische Willensbetätigung beantworten. Ohne geistige Freiheit, also ohne Presse- und Meinungsfreiheit, ohne die Freiheit der Wissenschaft und der Kunst ist Demokratie nicht möglich.³²

Die Eigentumsfreiheit und ihre Konnexinstitute sind demgegenüber für Kelsen keine notwendige Voraussetzung für die demokratische Willensbildung. Mit großer Entschiedenheit wendet sich Kelsen in Auseinandersetzung u. a. mit Locke, Hegel, Hayek und dem Theologen Brunner gegen die Behauptung, das Privateigentum sei die Voraussetzung für die Freiheit, insbesondere für die demokratische Freiheit.³³

Demokratie soll nach Kelsen noch möglich sein, wenn die individuelle Freiheit – nur die Wirtschaftsfreiheit kann in diesem Zusammenhang gemeint sein – vernichtet ist, vorausgesetzt, die Normunterworfenen können an der Erzeugung der Normen mitwirken.³⁴

Kelsen läßt keinen Zweifel daran, daß auch in einer Gesellschaft, in der das Privateigentum an den Produktionsmitteln abgeschafft ist, Demokratie möglich ist.³⁵ Er behandelt auch die Frage, wie die Wirtschafts- und Eigentumsverfassung einer Gesellschaft beschaffen sein müsse, um die tatsächliche Ausübung der demokratiebegründenden kommunikativen Freiheiten zu ermöglichen, die das Fundament der Demokratie bilden.

Für ihn steckt ein „Gutteil Wahrheit“ in dem sozialistischem Argument, daß, wenn es in kapitalistischen Gesellschaften die Freiheit der Befriedigung auch nichtwirtschaftlicher, also kommunikativer und politischer Bedürfnisse gebe, so sei es nur die Freiheit der Reichen, nicht die Freiheit der Armen.³⁶

32 H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*, a.a.O., S. 171; vgl. ders., *Foundations of Democracy*, a. a. O., S. 28: „Hence freedom of religion, freedom of opinion and press belong to the essence of democracy; and above all belongs freedom of science and the tendency to keep it free from any intrusion by metaphysical or religious are significant features of modern democracy ...“; s. auch: ebd., S. 83.

33 Vgl. H. Kelsen, *Foundations of Democracy*, a.a.O., S. 90 ff.; *Demokratie und Sozialismus*, a.a.O.

34 H. Kelsen, *Wesen und Wert*, a. a. O, S. 11; ders., *Allgemeine Staatslehre*, a.a.O., S. 32 ff.

35 H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*, a.a.O., S. 201.

36 H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*, a.a.O., S. 180.

Zur Wahrnehmung eines demokratisch so bedeutsamen Grundrechts wie der Pressefreiheit bedürfe es i. d. R. eines beträchtlichen Kapitals. Andererseits könne man aber nicht behaupten, daß es in einer Gesellschaft, in der die Produktionsmittel vergesellschaftet sind, keine Pressefreiheit geben könne; andere rechtliche Einrichtungen als das Privateigentum an Presseunternehmen könne die Freiheit der Presse durchaus ermöglichen.³⁷ Man könne deshalb nicht feststellen, ob eine kapitalistische oder aber eine sozialistische Gesellschaft die tatsächlichen Voraussetzungen demokratischer Willensbildung besser zu garantieren in der Lage wäre.

All diese Überlegungen beziehen sich allerdings ausschließlich auf die politische Demokratie, auf die Hervorbringung des staatlichen Willens. Die Demokratisierung der Wirtschaft, die soziale Demokratie wird vom Kelsenschen Demokratiebegriff nicht mitumfaßt. Aber andererseits ist es nach Kelsen demokratietheoretisch mehr als nur problematisch, wenn dem demokratisch legitimierten gesetzgeberischen Mehrheitswillen unter Berufung auf die Demokratie der Zugriff auf den Bereich der Eigentums- und Wirtschaftsverfassung verwehrt wird und damit auf den Bereich, von dem so viele andere Lebens- und Rechtsbereiche bestimmt oder wesentlich mitbestimmt werden.

Das Grundgesetz hat bei seinem Inkrafttreten, im Unterschied zu zahlreichen Länderverfassungen, dem Gesetzgeber nicht den Weg gewiesen, wie die tatsächlichen wirtschaftlichen, kulturellen und bildungsmäßigen Voraussetzungen zu schaffen seien, um die politische Demokratie optimal zu realisieren.

In den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik konnte aber die Frage noch ernsthaft diskutiert werden, ob denn der Gesetzgeber die Freiheit habe, die verschiedenen gesellschaftlichen Bereiche und vor allem die Güter- und Einkommensverteilung so auszugestalten, daß sowohl die politische als auch die soziale Demokratie im Sinne der politischen und sozialen Selbstbestimmung einer immer größeren Zahl von Bürgern möglich wird. In der Kontroverse zwischen Ernst Forsthoff und Wolfgang Abendroth über das Verhältnis von Rechtsstaat und Sozialstaat wurden die Grundpositionen sehr klar herausgearbeitet. Rechtsstaat und Sozialstaat sind, so Forsthoff, auf der Verfassungsebene nicht verschmol-

37 H. Kelsen, *Demokratie und Sozialismus*, a.a.O., S. 182.

zen und nicht zu verschmelzen. Seine These ist: „Der Rechtsstaat ist nach der Ordnung des Grundgesetzes der primäre und mit allen Rechtsgarantien ausgestattete Wert. Eine Verbindung von Rechtsstaat und Sozialstaat unter Kürzung der rechtsstaatlichen Verfassungselemente ist durch das Grundgesetz ausgeschlossen.“³⁸ Zum Rechtsstaat, der in relativ hohem Maße an den gesellschaftlichen status quo gebunden sei,³⁹ aber gehört wesentlich das Eigentum und das Erbrecht. Diese grundgesetzlich geschützten Positionen dürften nicht entzogen oder entwertet werden.

Abendroth dagegen interpretiert die Selbstfirmierung des Grundgesetzes als eines „sozialen Bundesstaates“ als die Möglichkeit, die bestehende Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung umzugestalten; das Sozialstaatspostulat weist „der im demokratischen Staat repräsentierten Gesellschaft die Möglichkeit zu, ihre eigenen Grundlagen umzuplanen“.⁴⁰

Diese These Abendroths entspricht insoweit den demokratietheoretischen Grundaussagen Kelsens, der diese Möglichkeit ebenfalls gewahrt wissen wollte. Die Rechtslehre, die Rechtsprechung und die Gesetzgebung sind dem abendrothschen Verständnis der sozialen Demokratie des Grundgesetzes nicht gefolgt, sondern haben den Rechtsstaat zur Trutzburg der bestehenden Eigentumsverhältnisse ausgebaut.

Die Umbildung des Verfassungsgesetzes durch die bundesverfassungsrechtliche Rechtsprechung hat inzwischen auch auf einen Bereich übergegriffen, der selbst für Forsthoff in Übereinstimmung mit der früher ganz unbestrittenen Lehre vom Rechtsstaat nicht geschützt war. Auf dem indirekten Weg über die Steuerhoheit konnte – und kann selbstverständlich auch heute, sonst gäbe es keine staatlichen Steuern – in das Eigentum eingegriffen werden und können Umverteilungsprozesse organisiert werden.

Die neuere Rechtsprechung zum steuerfreien Existenzminimum, zum Höchststeuersatz und zum Familienlastenausgleich hat nun auch für diesen Bereich den demokratisch legitimierte Gesetzgeber an höchst

38 E. Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: ders. (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt 1968, S. 198, vgl. auch S. 173, S. 179.

39 E. Forsthoff, ebd., S. 177.

40 W. Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, a.a.O., S. 127.

vage, ideologisch gesättigte Gleichheitsgebote gebunden, die den grundlegenden wirtschaftlichen status quo befestigen.⁴¹

Aus der Sicht der Demokratielehre Kelsens sind also die demokratischen Defizite des Grundgesetzes und der auf seiner Grundlage entwickelten Verfassungs- und Rechtsordnung beträchtlich.

Der Umfang dieser Defizite ist auch dem Bundesverfassungsgericht geschuldet, seiner Demokratietheorie und der Tatsache, daß sich das Verfassungsgericht nur allzu oft an die Stelle des Gesetzgebers und sogar an die Stelle des Verfassungsgesetzgebers gesetzt hat.

Kelsen aber war ein entschiedener und in der Weimarer Republik auch ein einsamer Kämpfer für die Verfassungsgerichtsbarkeit.⁴² Ihre Verankerung in der österreichischen Bundesverfassung ist als sein Werk anzusehen. Hat er also die Gefahr unterschätzt, daß ein Verfassungsgericht, als Hüter der Verfassung gedacht, sich zu ihrem Herrn erhebt?

Die Verfassung als oberste Stufe im Stufenbau der Rechtsordnung hat die Funktion, die Geltung aller Rechtsnormen zu begründen. Alles Recht gilt, weil es, wenn auch oft über viele Vermittlungsstufen, auf eine geltende Verfassung als oberste Stufe im Stufenbau der staatlichen Rechtsordnung zurückgeführt werden kann. Dabei ist es gleichgültig, in welcher Form das Recht existiert: als Gesetz, Rechtsverordnung, Verwaltungsakt oder auch als privatrechtlicher Vertrag.

Es ist nicht nur eine rechtsstaatliche, sondern vor allem auch eine demokratische Frage, wer der Garant für die Einhaltung der Verfassung sein soll. Wer kontrolliert und sichert, daß die Normen über die Einsetzung der obersten Staatsorgane und die Beachtung ihrer Kompetenzen beachtet werden? Wer garantiert im Bundesstaat die verfassungsgemäße Zuordnung von Bund und Ländern? Wer vor allem kontrolliert die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze? Wer schützt die Grundrechte des Einzelnen?

Das Majoritätsprinzip, dies notwendige demokratische Übel, erfordert, soll es seine demokratische Legitimation nicht verlieren, daß die Minorität, die Opposition, in ihren verfassungsmäßigen Rechten geschützt

41 BVerfG E 84, S. 133 ff; 99, S. 246 ff.

42 H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: WRS, S. 1813 ff; ders., Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, in: WRS, S. 1873 ff.

wird. Diesen Schutz wird man deshalb schlecht der Majorität anvertrauen können.

In der Weimarer Republik antwortet Carl Schmitt auf die Frage, wer der Hüter der Verfassung sein soll: der Reichspräsident.⁴³ Das Grundgesetz hat mit guten Gründen den Bundespräsidenten nicht entfernt die Machtfülle gegeben, die der Reichspräsident hatte. Es hat die Sicherung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze, der Rechte der Einzelnen und der staatlichen Kompetenz- und Funktionsverteilung vor allem dem Bundesverfassungsgericht anvertraut.

Das Bundesverfassungsgericht wurde mit großer Kompetenzfülle ausgestattet, die vom Verfassungsprozeßrecht noch vergrößert wurde. Das Bundesverfassungsgericht selbst hat dann seine Macht zusätzlich erheblich ausgeweitet: indem es sich in seiner Praxis sehr weitgehend von dem Antragserfordernis löst, indem es über den vorliegenden Einzelfall hinaus ganze Rechtskomplexe abhandelt, indem es dem Gesetzgeber oft sehr detaillierte und mit Fristbestimmungen versehene Handlungen vorschreibt, indem es über Wirkungen und Verbindlichkeit seiner Urteile und Beschlüsse recht selbstherrlich bestimmt.

Ich deute hier nur einige der Probleme an. Entscheidend für die Rationalität und Überprüfbarkeit der Verfassungsrechtsprechung ist, ob die richterliche Feststellung des Inhalts der Verfassungsrechtsnormen selbst methodisch konsistent, überprüfbar und selbstdiszipliniert vorgenommen wird.

Das Gegenteil ist bei der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Fall. Es herrscht Methodenchaos und Methodensynkretismus. Durch die Umdeutung der Grundrechte in eine „objektive Wertordnung“⁴⁴ in das „Wertsystem der Grundrechte“ und die „Wertrangordnung im Grundrechtsabschnitt der Verfassung“ wurde vollzogen, was Forsthoff die „Auflösung der klaren Begrifflichkeit im Gerede“⁴⁵ nannte.

Das Bundesverfassungsgericht gibt keine intersubjektiv überprüfbare, nachvollziehbare Definition der Werte des Grundgesetzes und läßt absichtsvoll offen, wie die Werte erkannt und ihre Rangordnungen fest-

43 C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, 2. Aufl., Berlin 1969, insbes. S. 132 ff.

44 Grundlegend BVerfGE 7, 199 ff. (Lüth-Urteil)

45 E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, München 1971, S. 69.

gestellt werden können. Diese ideale Ordnung der angeblich grundgesetzlichen Werte steht, wie könnte es anders sein, in steter Osmose mit der politischen Wirklichkeit und den dort vorherrschenden Interessen- und Machtlagen.

Kelsen hat die Gefahr für die Demokratie klar benannt, die entsteht, wenn ein Verfassungsgericht sich zum Herrn über den Gesetzgeber und letztlich über die Verfassung erhebt.

Formelhafte Berufung auf Prinzipien wie Gerechtigkeit, Gleichheit, Freiheit, Billigkeit, Sittlichkeit – und man darf hinzufügen: Werte – könnten gerade im Bereich der Verfassungsgerichtsbarkeit eine „höchst gefährliche“ Rolle spielen, insbesondere wenn es gälte, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu prüfen.⁴⁶

Deshalb findet Kelsen es sehr bedenklich, wenn eine Verfassung als „politischen Schmuck“ solche Formeln aufnimmt. Noch viel bedenklicher aber, wenn ein Verfassungsgericht sie in das Verfassungsgesetz hineinlegt, um sie dann im Wege der Konkretisierung wieder aus der Verfassung herauszulesen.

Nach Kelsen „versteht es sich von selbst“, daß es „der Sinn der Verfassung nicht sein kann, durch den Gebrauch eines nicht näher bestimmten, so vieldeutigen Wortes wie jenes der Gerechtigkeit oder eines ähnlichen, jedes vom Parlament beschlossene Gesetz von dem freien Ermessen eines politisch mehr oder weniger willkürlich zusammengesetzten Kollegiums wie es das Verfassungsgericht ist, abhängig zu machen.“⁴⁷

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hätte gewiß wenig Gnade vor Kelsens Augen gefunden – wenn er es denn für sinnvoll gefunden hätte, sie näher in Augenschein zu nehmen. Dennoch ist erstaunlich, wie Kelsen, der Rationalist, der scharfsinnige Analytiker, der hartnäckige Ideologiekritiker sich sein Vertrauen an die mögliche Reinheit der Verfassungsgerichtsbarkeit ungeachtet aller eigenen Bedenken bewahrte.

Erstaunlich vor allem auch deshalb, weil gerade die Reine Rechtslehre erkannt hat, daß ein Willenselement, ein Stück dezisionistischer

46 H. Kelsen, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: WRS, S. 1813 ff., S. 1853.

47 H. Kelsen, ebd.

politischer Entscheidung in jeder Rechtsanwendung, in jeder richterlichen Entscheidung notwendigerweise enthalten ist und daß die Behauptung falsch ist, man könne aus der generellen Norm die individuelle Norm rein logisch, gleichsam *more geometrico* ableiten.

Für den Rechtsanwender bildet die Rechtsnorm in fast allen Fällen nur einen Rahmen, innerhalb dessen er die Auswahl zwischen mehreren Interpretationsergebnissen hat. Eine Auswahl, die zwar selbst wieder methodengeleitet, also nicht völlig willkürlich sein mag, die aber nicht mehr im Wege logischer Deduktion vorgenommen werden kann.⁴⁸

Angesichts dieser Sachlage muß die Frage gestellt werden, wer kontrolliert den Kontrolleur, wer kontrolliert also das Verfassungsgericht? Eine Frage, die das Grundgesetz nicht stellt, geschweige denn beantwortet und der auch Kelsen ausgewichen ist. Da man schwerlich immer weitere verfassungsgerichtliche Obergerichte schaffen kann, sollte die letzte Kontrollentscheidung, also auch die über die Rechtsprechung eines Verfassungsgericht, an den demokratischen Souverän, an das Volk, den eigentlichen Hüter der Verfassung, zurückübertragen werden. Eine Konsequenz, die Kelsen zwar nicht zieht, die aber sehr gut mit seiner Demokratietheorie harmoniert. Zu denken wäre z. B. daran, einen obligatorischen Volksentscheid vorzusehen, wenn das Verfassungsgericht als negativer Gesetzgeber tätig geworden ist und ein Gesetz wegen seiner Verfassungswidrigkeit für nichtig erklärt hat, so daß das Volk selbst und nicht das Bundesverfassungsgericht als authentischer Interpret der Verfassung tätig wird.

Die Forderung nach Einführung einer Verfassungsgerichtsbarkeit ergab sich aus der Sorge um die vielfältigen Gefährdungen der Demokratie in Deutschland in den zwanziger und dreißiger Jahren. Argumente gegen die Demokratie wurden von ihren Gegnern überreich produziert. Kelsen bedenkt aber auch einen Einwand, den man „als Demokrat gegen die Demokratie“ machen könne.

Bleibe die Demokratie sich selbst treu, so seine Argumentation, dann müsse man allen politischen Bestrebungen die gleiche Möglichkeit, sich zu verwirklichen einräumen, müsse man alle politische Überzeugungen gleichermaßen gelten lassen, auch diejenigen Überzeugun-

48 Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., Wien 1960, S. 346, S. 348 ff.; ders., Das Problem der Interpretation, in: WRS, S. 1363 ff.

gen, die sich direkt gegen die Demokratie richten und an die Stelle der Demokratie andere Formen der staatlichen Willensbildung setzen wollen, z. B. Diktatur und Führertum.

Wenn das Volk selbst seine eigene Souveränität nicht mehr will, dann stellt sich, so Kelsen die Frage, „ob die Demokratie sich nicht selbst verteidigen soll, auch gegen das Volk, das sie nicht mehr will, auch gegen eine Majorität, die in nichts anderem einig ist, als in dem Willen, die Demokratie zu zerstören. Diese Frage stellen, heißt schon sie verneinen. Eine 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, das heißt, wer für die Demokratie ist, darf sich nicht in den verhängnisvollen Widerspruch verstricken lassen und zur Diktatur greifen, um die Demokratie zu retten.“ Und er schließt nicht ohne Pathos: „Man muß seiner Fahne treu bleiben, auch wenn das Schiff sinkt; und kann in die Tiefe nur die Hoffnung mitnehmen, daß das Ideal der Freiheit unzerstörbar ist und daß es, je tiefer es gesunken, um so leidenschaftlicher wieder aufleben wird.“⁴⁹

Die grundgesetzliche Demokratie, wie sie durch die Rechtsprechung und die herrschende Lehre konkretisiert worden ist, versteht sich demgegenüber dezidiert als eine streitbare, militante, abwehrbereite Demokratie, die den Feinden der Freiheit keine demokratischen Freiheiten gewähren will. Grundrechte können verwirkt, Berufsverbote können verhängt und Parteien können verboten werden, wenn der Einzelne oder wenn eine Partei gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung agiert, sei es auch ganz gewaltfrei.

Abwehrbereit verhält sich das Grundgesetz auch gegen seine eigene Änderung. Der Kernbereich der Verfassung soll für alle Zeiten unabänderbar sein.

Eine Verfassungsneuschöpfung oder eine Verfassungsablösung durch das Volk selbst – durch Art. 146 weiterhin ermöglicht – wurde bereits durch die Gemeinsame Verfassungskommission kleingearbeitet und durch die überwiegende Rechtslehre ausgehöhlt, die auch eine Verfassungsablösung nur bei Beibehaltung des, wie auch immer im einzelnen zu be-

49 H. Kelsen, *Verteidigung der Demokratie*, a.a.O., S. 60 ff., S. 68.

stimmenden, Kerngehalts der Verfassung für zulässig hält. Zum Teil wird der Artikel 146 auch schlicht für inzwischen obsolet, d. h. nicht mehr geltend angesehen.

Und so schließt sich die normative Mauer um die Festung der bestehenden Verhältnisse: Das Grundgesetz, weder vom Volk noch von einer vom Volk gewählten verfassungsgebenden Versammlung beschlossen, kann in seinem Kerngehalt nicht mehr geändert und durch eine Gesamt- oder Totalrevision nicht mehr abgelöst werden. Das Volk bleibt außen vor.

Die Demokratie-, Parlamentarismus- und Parteienforschung hat, seit Kelsen seine Analysen zur Demokratie vorgelegt hat, einen gewaltigen Umfang angenommen und sich sehr ausdifferenziert. Neue Fragestellungen wurden formuliert, neue Theoriedesigns gezeichnet, neue Forschungsergebnisse gewonnen.

Es ist selbstverständlich, daß die Kelsensche Demokratietheorie als eine der großen Demokratiebegündungslehren nicht zu all diesen Fragen und Problemen die Antworten und Begründungstableaus bereit hält.

Indes es gibt auch nicht nur Theoriefortschritt, sondern auch: Überproduktion, Redundanz, Wiederholungszwang, Begriffsakrobatik, ideologische Beschränktheit, opportunistische Gebrauchswissenschaft.

Kelsens Demokratietheorie ist da nach wie vor ein vorzügliches Sieb, um die ideologische Streu vom wissenschaftlichen Weizen zu trennen.

Deshalb schien es gerechtfertigt, die Kelsensche Lehre zum Maßstab für den Demokratiegehalt des Grundgesetzes zu nehmen. Im Ergebnis wurden dabei nicht unbeträchtliche Demokratiedefizite im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschlands beobachtet.

Neuestens wird jedoch ein qualitativer Sprung in der Demokratieentwicklung der Bundesrepublik Deutschland festgestellt.

Bundesverteidigungsminister Scharping hat einen „Quantensprung“ in der deutschen Geschichte verzeichnet: Die Bundesrepublik sei „jetzt vollständig und endgültig in der Gemeinschaft der westlichen Demokratien angekommen.“⁵⁰ Das „jetzt“ bezieht sich auf den Angriffskrieg gegen Jugoslawien, erfolgt im Widerspruch zu den Normen des Völkerrechts, des Grundgesetzes, des 2 + 4-Vertrages und des NATO-Ver-

50 R. Scharping, wörtlich zitiert in: Deutschland will Rußland einbinden. Die Nato verstärkt ihre Luftstreitmacht, FAZ Nr. 84, vom 12.04.1999, S. 1 f., S. 2.

trags. Das „vollständig“ bezieht sich auf die Entschlossenheit, durch Bombardierung des Landes sowie durch Tötung seiner Einwohner und Zerstörung ihrer Lebensgrundlagen die Amtsenthebung seines Präsidenten zu erzwingen. Das „endgültig“ bezieht sich auf den Vorsatz, auch zukünftig die souveräne Gleichheit der Staaten und die Normen des Völkerrechts bei der Durchsetzung der eigenen Ziele zu mißachten.

Mit einer solchen Vorstellung von Demokratie und Recht hat Kelsens Demokratie- und Rechtslehre nun schlechterdings gar nichts mehr zu tun.

Auch darin zeigt sich ihr bleibender Wert.