

Kelsens Demokratietheorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme

Von Horst Dreier, Würzburg

I. Einführung

Hans Kelsen gehört zu den wenigen Weimarer Staatsrechtslehrern, die als aufrechte und überzeugte Demokraten gelten können.¹⁾ Abgesehen vielleicht von *Richard Thoma*²⁾ war er unter diesen der einzige, der sich wissenschaftlich ausführlicher mit dem politischen und verfassungsrechtlichen Prinzip der Demokratie, seinen Voraussetzungen und Konsequenzen, auseinandergesetzt hat. Das Ergebnis hat man als „eine der großen Demokratiebegründungsschriften überhaupt“³⁾ bezeichnet. Die Rede ist von *Kelsens* Studie über „Wesen und Wert der Demokratie“, die zuerst im Jahre 1920⁴⁾ und dann 1929 in zweiter, erweiterter Auflage erschienen ist.⁵⁾ Ihren mittlerweile erreichten Klassikerstatus⁶⁾ verdankt die Arbeit neben der Prominenz ihres Autors und den dramatischen Zeitumständen vermutlich in erster Linie ihrer Klarheit und Prägnanz, insbesondere der deuktiven Strenge und souveränen Eleganz bei der Problementfaltung. Wenn sie

1) Zu seiner – von den wissenschaftlichen Positionen stets strikt getrennten – persönlichen Favorisierung der Demokratie vgl. *A. Metall*, *Hans Kelsen. Leben und Werk* (1969) 110; *J.H. Herz*, *Vom Überleben* (1984) 99 („politisch engagierter Mensch, aufrechter Demokrat“). Persönliches Bekenntnis zur Demokratie: *H. Kelsen*, *Was ist Gerechtigkeit?* 1(1953) 2(1975) 43.

2) Vgl. *R. Thoma*, *Der Begriff der modernen Demokratie in seinem Verhältnis zum Staatsbegriff. Prolegomena zu einer Analyse des demokratischen Staates der Gegenwart*, in *Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber*, Bd 2 (1923) 37 ff; *ders.*, *Das Reich als Demokratie*, in *G. Anschütz/R. Thoma* (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd 1 (1930) 186 ff.

3) *H. Boldt*, *Demokratietheorie zwischen Rousseau und Schumpeter*, in *M. Kaase* (Hrsg.), *Politische Wissenschaft und politische Ordnung. FS Rudolf Wildenmann* (1986) 217 ff (217).

4) *H. Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd 47 (1920) 50 ff; im gleichen Jahr erschien der Text im Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) in Tübingen als Separatdruck.

5) *H. Kelsen*, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*² (1929) (2. Neudruck Aalen 1981).

6) Er dokumentiert sich darin, daß *Kelsens* Schrift praktisch zum festen Bestandteil jeder eingehenden Analyse des Demokratieprinzips geworden ist: vgl. etwa *E.-W. Böckenförde*, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd I § 22 RN 36; *ders.*, *Art Demokratie*, in *Lexikon für Theologie und Kirche*³, Bd 3 (1995) Sp 83 ff (84); *P. Badura*, *Die parlamentarische Demokratie*, in *J. Isensee/P. Kirchhof*, *Handbuch*, Bd I § 23 RN 27; *G. Sartori*, *Demokratietheorie* (1992) 42, 156, 304, 356; *R. Zippelius*, *Allgemeine Staatslehre. Politikwissenschaft*¹² (1994) 178. Ergänzend sei auf die große Zahl von Übersetzungen hingewiesen

im folgenden den zentralen Bezugstext darstellt, so darf darüber nicht vergessen werden, daß *Kelsen* – von weiteren kleineren Schriften abgesehen⁷⁾ – im Jahre 1955 nochmals eine im Umfang erheblich vermehrte und dazu in manchen Punkten modifizierte Version seiner Demokratietheorie vorgelegt hat, die allerdings an eher abgelegener Stelle und zudem in englischer Sprache erschienen ist.⁸⁾ Darauf wird zurückzukommen sein.

II. Sozialphilosophische Grundlegung: Individuelle Freiheit und staatliche Ordnung

1. Staat und Individuum

a. Mutet die Textgrundlage eher selbstverständlich an, so könnte dies für die sachliche Fragestellung nach der sozialphilosophischen Grundlegung der Demokratietheorie *Kelsens* eher zweifelhaft sein. Denn deren gängige und im Kern richtige Charakterisierung als „formal“ und „relativistisch“⁹⁾ als bloße Methode der Erzeugung einer Rechtsordnung, die von inhaltlichen Präfixierungen gerade absieht und keine unverfügbaren, vorpositiven Grundsätze oder Prinzipien anerkennt, scheint – jedenfalls auf den ersten Blick – eine solche stets an bestimmte inhaltliche Aussagen gebundene Verortung zu verbieten. Hinzu kommt, daß für *Kelsen* als staatstheoretischen Analytiker die Demokratie eine Staatsform unter anderen ist: ob man sie bejaht oder verneint, obliegt einer rational nicht völlig auflösbaren Wertentscheidung des Einzelnen. Doch beides schließt keineswegs aus, die inneren Funktionsgesetze der Demokratie zu bestimmen, ihre Strukturelemente herauszupräparieren und zu zeigen, auf welchen Wertprämissen Demokratie beruht. Eben dies ist *Kelsens* Anliegen.

Den zentralen Basiswert der Demokratie bildet nun in der Analyse *Kelsens* die Freiheit, und zwar im Kern die Freiheit des Einzelnen (nicht eines Kollektivs), und zweitens die gleiche Freiheit aller.¹⁰⁾ Diese Freiheit ist „Grundprinzip

(Angaben bei *Métall*, *Kelsen*, 122 ff und Übersicht 158 Nr 190).

⁷⁾ Zu nennen sind insbesondere *H. Kelsen*, *Demokratie* (1927); *ders*, *Verteidigung der Demokratie* (1932); *ders*, *Staatsform und Weltanschauung* (1933) – alle abgedruckt in *N. Leser* (Hrsg.), *Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze* (1967).

⁸⁾ *H. Kelsen*, *Foundations of Democracy, in Ethics. An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy*, Vol. LXVI (1955/56), 1 – 101.

⁹⁾ Eingehend *H. Dreier*, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen* ¹(1986) ²(1990) 251 ff.

¹⁰⁾ *Kelsen*, *Wesen* 3 f; siehe auch dazu genauer *H. Dreier*, *Rechtslehre* 252 FN 14; *ders*, *Das Majoritätsprinzip im demokratischen Verfassungsstaat*, in *ZParl* 17 (1986), 94 ff (105 f).

der Demokratie¹¹⁾ und wird gewissermaßen axiomatisch vorausgesetzt, ihr gegenüber hat sich staatliche Herrschaft zu rechtfertigen.¹²⁾ Der Frage, wie diese Rechtfertigung gelingen kann und welchen Metamorphosen der Freiheitsbegriff dabei unterliegt, ist sogleich nachzugehen (dazu III).

b. Mit dem methodischen Individualismus, dem Vorrang des Einzelnen und der prinzipiellen Rechtfertigungsbedürftigkeit staatlicher Ordnung und Herrschaft ihm gegenüber knüpft *Kelsens* Demokratieschrift, ohne dies im einzelnen ideen- oder theoriegeschichtlich näher zu explizieren, an die neuzeitliche Herrschaftsvertragslehre mit ihren konstitutiven Elementen des Naturzustandes (also des Zustandes absoluter Freiheit und Gleichheit der Individuen) sowie der Hervorbringung einer staatlichen Herrschaftsordnung kraft Vertrages¹³⁾ an. Damit ist bereits soviel gesagt, daß der Staat kein Zweck an sich selbst ist, keine vorausgesetzte oder dem Einzelnen von vornherein überlegene Größe. Nun zeigt ein Blick in die Vielfalt der Herrschafts- und Gesellschaftsvertragslehren, daß zwar in methodisch-konstruktiver Hinsicht deren Ausgangspunkt die individuelle Freiheit (im Naturzustand) war, nicht aber zwingend auch deren Endpunkt.¹⁴⁾ Es kann als charakteristisch für die Entfaltung des *Kelsenschen* Gedankenganges gelten, daß die Vermittlungsschritte zwischen vollständiger individueller Autonomie als Ausgangspunkt und der Ausgestaltung einer staatlichen Herrschaftsorganisation stets von dem Ziel getragen sind, Selbstbestimmung und Selbstgesetzgebung in möglichst weitem Umfange zu wahren. Von daher ergeben sich auch gewisse Differenzen zu dem wichtigsten Referenzautor *Kelsens*, zu *Jean-Jacques Rousseau*,¹⁵⁾ den er als den vielleicht „bedeutendste(n) Theoretiker der Demokratie“ bezeichnet.¹⁶⁾

¹¹⁾ *Kelsen*, Wesen 14.

¹²⁾ *Kelsen*, Wesen 3: „Protest gegen den fremden Willen“, „Qual der Heteronomie“, „Er ist ein Mensch wie ich, wir sind gleich! Wo ist also sein Recht, mich zu beherrschen?“

¹³⁾ Dazu *H. Hofmann*, Zur Lehre vom Naturzustand in der Rechtsphilosophie der Aufklärung (1982), in *H. Hofmann*, Recht-Politik-Verfassung (1986) 93 ff; umfassend jetzt *W. Kersting*, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags (1994) passim.

¹⁴⁾ Vgl im gerafften Überblick: *H. Dreier*, Rechtsethik und staatliche Legitimität, in *Universitas* 48 (1993), 377 ff.

¹⁵⁾ Zurecht hervorgehoben bei *T. Öhlinger*, Repräsentative, direkte und parlamentarische Demokratie, in *W. Krawietz/E. Topitsch/P. Koller* (Hrsg), Ideologiekritik und Demokratietheorie (Rechtstheorie, Beiheft 4, 1982) 215 ff (215).

¹⁶⁾ *Kelsen*, Wesen 6; andere Charakterisierungen: „der geistreichste Schilderer der Demokratie“ (ebd 13), „Freiheitsapostel“ (ebd 7). *Carl Schmitt* hat *Rousseau* den „Kirchenvater der modernen Demokratie“ genannt (Die Bedeutung des neuen Staatsrats, in *Westdeutscher Beobachter* Nr 176 v. 23. 7. 1933; vgl *ders*, Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles 1923-1939² [1988] 62 f, 85).

2. Metamorphosen individueller Autonomie

In der Problemexposition herrscht indes weitgehende Übereinstimmung. Wie *Rousseau* an der berühmten und vielzitierten Stelle seines „Contrat Social“ die zentrale und unlösbar scheinende Frage nach einer Form der Vergesellschaftung stellt, die mit ihrer ganzen gemeinsamen Kraft Person und Vermögen jedes einzelnen Mitglieds beschützt und wo doch jeder, indem er sich mit allen vereinigt, nur sich selbst gehorcht und so frei bleibt wie zuvor,¹⁷⁾ so wird auch *Kelsen* nicht müde, die im Grunde unmögliche Vereinbarkeit von individueller Freiheit und gesellschaftlicher Ordnung, von Ich und Wir, von Autonomie und Heteronomie zu unterstreichen. Da ist die Rede von der Natur selbst, die sich gegen die Gesellschaft aufbäume,¹⁸⁾ von einem „staatsfeindlichen Urinstinkt ... , der das Individuum gegen die Gesellschaft stellt“.¹⁹⁾ An anderer Stelle spricht *Kelsen* von dem im Grunde „unlösbar(n) Konflikt, in dem die Idee der individuellen Freiheit zur Idee einer sozialen Ordnung“ stehe.²⁰⁾ Doch wie diese Spannung zu überbrücken und dennoch die Freiheit aufrechtzuerhalten sein könnte, findet durchaus unterschiedliche Antworten. *Rousseau* postuliert bekanntlich eine vollständige Wesensverwandlung und Selbstentäußerung des Einzelnen, eine „aliénation totale“, die aus dem wilden gesetzlosen Naturmenschen einen republikanischen Staatsbürger macht, der in der sittlichen Welt des politischen Gemeinwesens vollständig aufgeht. Als Citoyen gewinnt dieser eine völlig neue Identität, gewissermaßen eine zweite Natur, die in schroffem Gegensatz zur ersten steht.²¹⁾

Nun scheint zwar auch *Kelsen* ähnliches anzudeuten, wenn er den Wandlungsprozeß als „Denaturierung“ bezeichnet²²⁾ und statuiert: „Aus der Freiheit der Anarchie wird die Freiheit der Demokratie.“²³⁾ Doch sucht er die Lösung nicht über eine radikal andere Anthropologie,²⁴⁾ sondern untersucht die Metamorphosen, denen der Freiheitsbegriff unterliegt. An die Stelle von *Rousseaus* schlagartiger Verwandlung tritt eine Reihe von systematisch entfalteten Wand-

¹⁷⁾ *J.-J. Rousseau*, *Du Contrat Social* (1762), 1. Buch, 6. Kapitel (*Kelsen*, *Wesen* 6 beruft sich ausdrücklich auf diese Stelle); Deutungen: *M. Forschner*, *Rousseau* (1977) 101 ff; *H. Brunkhorst*, *Demokratie und Differenz* (1994) 186 ff; *H. Hofmann*, *Gebot, Vertrag, Sitte* (1994) 32 f.

¹⁸⁾ *Kelsen*, *Wesen* 3.

¹⁹⁾ *Kelsen*, *Wesen* 6.

²⁰⁾ *Kelsen*, *Wesen* 7; vgl *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre* (1925) 322. Eine Steigerung liegt in der Formulierung von der im Grunde „unrettbaren“ oder „unmöglichen“ Freiheit des Einzelnen (*Kelsen*, *Wesen* 11, 78; *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre* 325).

²¹⁾ Eingehender hierzu: *Forschner*, *Rousseau* 79 ff; *S. Breuer*, *Sozialgeschichte des Naturrechts* (1983) 445 ff; *K. Herb*, *Rousseaus Theorie legitimer Herrschaft* (1989) 155 ff; *Brunkhorst*, *Demokratie* 186 ff; *Kersting*, *Gesellschaftsvertrag* 149 ff.

²²⁾ *Kelsen*, *Wesen* 5.

²³⁾ *Kelsen*, *Wesen* 6; vgl *ders*, *Was ist Gerechtigkeit?* (1953) 5.

²⁴⁾ In der Republik des *Contrat Social* „kann der Mensch als politisches Wesen seine existenzielle Zerrissenheit überwinden und eine Identität finden, die gleichsam ein Surrogat der verlorenen

lungsprozessen,²⁵⁾ als deren Folge sich die zentralen Strukturelemente demokratischer Ordnung ergeben.

III. Strukturelemente demokratischer Ordnung

1. Individuelle Autonomie – kollektive Selbstbestimmung

Zu erinnern ist zunächst daran, daß Freiheit für *Kelsen* im Kern Autonomie, also Selbstbestimmung und Selbstgesetzgebung meint. Unter den Bedingungen eines gesellschaftlichen Miteinander muß sich indes die vorstaatliche Freiheit von jeder Ordnung zur stets beschränkten Freiheit *in der* staatlichen Ordnung wandeln. So wird – dies der erste Schritt – aus individueller Autonomie eine Form kollektiver Selbstbestimmung. Als frei in einem sozialen Verband wie dem Staat kann gelten, „wer zwar untertan, aber nur seinem eigenen, keinem fremden Willen untertan ist“. Von daher erklärt sich die nähere Bestimmung von Demokratie als Herrschaft des Volkes über das Volk, als Identität von Subjekt und Objekt der Herrschaft.²⁶⁾

2. Majoritätsprinzip

Nun liegt auf der Hand, daß eine vollständige Kongruenz von Heteronomie und Autonomie nur aufrechtzuerhalten wäre, wenn alle staatlichen Entscheidungen einhellig getroffen würden. Ein derartiges Erfordernis der Einstimmigkeit, so *Kelsen* in realistischer Analyse, wäre indes illusorisch und kontraproduktiv: illusorisch, weil praktisch nicht zu erreichen und daher „bei der erfahrungsmäßigen Gegensätzlichkeit der Interessen für das praktische Staatsleben ... indiskutabel“,²⁷⁾ und kontraproduktiv, weil es bei nur einigermaßen komplexen Verhältnissen zur Obstruktion und zur Anomie, also zur Auflösung jeglicher Ordnung

Autarkie des Naturzustandes darstellt“ (*H. Bielefeldt*, *Neuzeitliches Freiheitsrecht und politische Gerechtigkeit* [1990] 86; vgl ebd 72).

²⁵⁾ *Kelsen* spricht des öfteren von Metamorphosen (vgl *Kelsen*, *Wesen* 8, 14, 24); dieser Terminus und mit ihm ein Gutteil der Sache wird aufgenommen von *E.-W. Böckenförde*, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, in *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd I § 22 RN 37 ff.

²⁶⁾ *Kelsen*, *Wesen* 14; allerdings bildet das Subjekt der Herrschaft, die Aktivbürgerschaft, keine homogene Einheit, sondern zerfällt in plurale Meinungs- und Interessengruppen (ebd 16 ff). Dazu sogleich mehr.

²⁷⁾ *Kelsen*, *Wesen* 7. Zur Untauglichkeit des Einstimmigkeitserfordernisses bereits *F. Vitoria*, *Relectio de potestate civili*, in *A. Voigt* (Hrsg), *Der Herrschaftsvertrag* (1965) 86 ff (90). Vgl weiter *U. Scheuner*, *Das Mehrheitsprinzip in der Demokratie* (1973) 43 f; *W. Heun*, *Das Mehrheitsprinzip*

führen würde.²⁸⁾ Es muß daher zur Ablösung des Einstimmigkeitserfordernisses durch das Mehrheitsprinzip kommen, dessen Rechtfertigung *Kelsen* eben darin erblickt, „daß – wenn schon nicht alle – so doch möglichst viele Menschen frei sein, dh möglichst wenige Menschen mit ihrem Willen im Widerspruch zu dem allgemeinen Willen der sozialen Ordnung geraten sollen“. ²⁹⁾ Und da qualifizierte Mehrheitserfordernisse (wie etwa die 2/3-Mehrheit) bereits wieder einer Minderheit eine Sperrminorität verleihen, mit deren Hilfe diese als Verhinderungsminorität die Majorität davon abzuhalten vermag, in Übereinstimmung mit ihrem Willen zu leben, gilt ihm „das Prinzip der absoluten (und nicht das der qualifizierten) Majorität [als] die relativ größte Annäherung an die Idee der Freiheit“. ³⁰⁾

3. Pluralistische Verbandsstruktur

Mit der Anerkennung des Majoritätsgrundsatzes gelangen die Metamorphosen vollkommener „natürlicher“ Autonomie noch nicht an ihr Ende. Denn zu bedenken bleibt, daß die Mehrheitsbeschlüsse sich nicht adäquat als Ergebnis einer Addition vollständig partikularisierter Individuen begreifen lassen. Von erheblicher Bedeutung erweist sich wegen der unvermeidlichen gesellschaftlichen Interessengegensätze³¹⁾ vielmehr der Umstand notwendiger Gruppenbildung. Will der Einzelne im politisch-sozialen Gestaltungsprozeß entwickelter Gesellschaften etwas bewirken, so bedarf es des Zusammenschlusses, der Bildung von Verbänden und Vereinigungen.³²⁾ Bei dieser Aggregation und Vorformung vieler unterschiedlicher Standpunkte und Bestrebungen zu einem einheitlichen Verbands- oder Vereinsstandpunkt ist die Stimme des Einzelnen nur eine unter vielen, die

in der Demokratie (1983) 100 f mwN; *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland²⁰ (1995) RN 140 ff; *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts, Bd I § 22 RN 52 ff.

²⁸⁾ *Kelsen*, Wesen 7, meint bezeichnenderweise, in der Unmöglichkeit der Aufrechterhaltung der Einstimmigkeit zeige sich, daß die soziale Ordnung „ihrem innersten Wesen nach nur in objektiver, d.h. nur in einer, letzten Endes von dem Willen des Normunterworfenen unabhängigen Gültigkeit möglich ist“. Gegenüber dieser weitgehenden Formulierung wären mit Blick auf verschiedene Legitimitätsmodelle staatlicher Ordnung Einschränkungen nötig: vgl *H. Hofmann*, Legitimität und Rechtsgeltung (1977); *H. Dreier*, Staatliche Legitimität, Grundgesetz und neue soziale Bewegungen, in *J. Marko/A. Stolz* (Hrsg), Demokratie und Wirtschaft (1987) 139 ff.

²⁹⁾ *Kelsen*, Wesen 9 f; *ders*, Foundations 25. Die demokratische Mehrheitsregel beruht also ganz zentral auf dem Gedanken gleicher Selbstbestimmung aller (vgl *Heun*, Mehrheitsprinzip 79 ff, 206; *H. Dreier*, Majoritätsprinzip 104 ff). Zu alternativen Rechtfertigungen der Majoritätsregel vgl *H. Hofmann/H. Dreier*, Repräsentation, Mehrheitsprinzip und Minderheitenschutz, in *H.-P. Schneider/W. Zeh* (Hrsg), Parlamentsrecht und Parlamentspraxis (1989) § 5 RN 49 ff.

³⁰⁾ *Kelsen*, Wesen 9. Zu diesem Problem in bezug auf das Zweidrittelersfordernis für Verfassungsänderungen, speziell Art 79 II GG, vgl ausführlicher *H. Dreier*, Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat, JZ 1994, 741 ff.

³¹⁾ *Kelsen*, Wesen 22.

sich gegebenenfalls der Mehrheitsposition beugen muß.³³⁾ Für den im engeren Sinne politischen Bereich und staatlicher Willensbildung kommt hier, wie *Kelsen* hellsichtig vermerkt, den politischen Parteien ausschlaggebende Bedeutung zu.³⁴⁾ Ganz fremd ist ihm also die rousseauistische Perhorreszierung intermediärer Gewalten,³⁵⁾ vorwärtsweisend hingegen die Forderung nach verfassungsmäßiger Verankerung der politischen Parteien und ihre Anerkennung als Organe bzw Faktoren der staatlichen Willensbildung,³⁶⁾ im Kern richtig die prägnante These, daß die Demokratie „notwendig und unvermeidlich ein Parteienstaat“ ist.³⁷⁾ Hochaktuell mutet die Forderung nach einer inneren demokratischen Struktur der gesellschaftlich mächtigen und für die Staatswillensbildung zentralen politischen Parteien an,³⁸⁾ wie sie die bundesdeutsche Verfassung in Art 21 I 3 GG verankert hat.

4. Parlamentarische Repräsentation

a. Als weiterer nicht minder gravierender Wandlungsprozeß schließt sich an, daß die meisten Entscheidungen in modernen Großflächenstaaten nicht von den Bürgern – also den Herrschaftsunterworfenen – selbst, sondern von ihren Repräsentanten getroffen werden.³⁹⁾ Damit wird die politische Selbstbestimmung gewissermaßen aus der Hand gegeben bzw zum Stimmrecht verdünnt. Indem *Kelsen* diesen Vorgang als unausweichlich betrachtet und als Modifikation, nicht aber als Negation des demokratischen Gedankens begreift, stellt er sich neuerlich in schärfsten Gegensatz zur Lehre *Rousseaus*. Hatte dieser doch in seinem Contrat

³²⁾ *Kelsen*, Wesen 20, 23.

³³⁾ *Kelsen*, Wesen 106 Anm 16.

³⁴⁾ *Kelsen*, Wesen 19 ff; vgl *H. Dreier*, Rechtslehre 255 FN 32 mwN; zu ergänzen wäre nunmehr *M. Prisching*, Hans Kelsen und Carl Schmitt. Zur Konfrontation zweier staatsrechtlicher Modelle, in *O. Weinberger/W. Krawietz* (Hrsg), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker (1988) 77 ff (101). Eine anerkennende Würdigung der Aktualität *Kelsens* in diesem Punkt findet sich bei *U. K. Preuß*, in Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz², Bd 1 (1989) Art 21 RN 16 mit FN 28.

³⁵⁾ Vgl *Rousseau*, Du Contrat Social, 3. Buch, 15. Kapitel und 4. Buch, 2. Kapitel; dazu eingehend *F. Müller*, Korporation und Assoziation (1965) 61 ff; vgl auch *Scheuner*, Mehrheitsprinzip 43 f. Diese Gruppen- und Verbandsfeindlichkeit strahlte – aus nachvollziehbaren Gründen – auf die Französische Revolution aus: *J.-D. Kühne*, Die französische Menschen- und Bürgerrechtserklärung im Rechtsvergleich mit den Vereinigten Staaten und Deutschland, in *JöR* 39 (1990) 1 ff (21 ff) mwN; *H. Dreier*, in *H. Dreier* (Hrsg), Grundgesetz-Kommentar, Bd 1 (1996) Art 19 III RN 7.

³⁶⁾ *Kelsen*, Wesen 19, 109 Anm 18.

³⁷⁾ *Kelsen*, Wesen 20. So auch *G. Radbruch*, Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts, in *G. Anschütz/R. Thoma* (Hrsg), Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd 1 (1930) 285 ff (287).

³⁸⁾ *Kelsen*, Wesen 23 f.

³⁹⁾ *Kelsen*, Wesen 24 f, 26 ff.

Social⁴⁰) allein die direkte Abstimmung aller (Aktiv-)Bürger über die alle in gleicher Weise betreffenden Angelegenheiten als demokratisch erachtet und im Repräsentativsystem (namentlich dem englischen Parlamentarismus) lediglich eine verkappte Form der Knechtschaft erblickt.⁴¹) Diesem Idealbild einer Versammlungsdemokratie setzt *Kelsen* die nüchterne Beobachtung entgegen, daß in modernen Großflächenstaaten wegen der „Kompliziertheit der sozialen Verhältnisse“⁴²) die unmittelbare Demokratie als Grund- oder Regelform staatlicher Willensbildung „praktisch unmöglich ... [und] der Parlamentarismus die einzige reale Form ist, in der die Idee der Demokratie innerhalb der sozialen Wirklichkeit von heute erfüllt werden kann“.⁴³) Wie der Konstrukteur der französischen Revolutionsverfassung, Abbé *Sieyes*, versteht *Kelsen* parlamentarische Repräsentation als ein Produkt notwendiger Arbeitsteilung.⁴⁴)

b. Wenn *Kelsen* hier wie an anderen Stellen Repräsentation als „Fiktion“ bezeichnet,⁴⁵) so steht dahinter nicht das Ziel einer Abwertung. Abgewehrt werden sollen vielmehr Deutungsversuche, die das spezielle Repräsentationsverhältnis, das gerade auf dem freien Mandat des Abgeordneten beruht,⁴⁶) als tatsächliche Willensidentität ausgeben wollen und ihm so einen falschen Sinn verleihen. Denn der komplexe demokratische Autorisations- und Legitimationszusammenhang ist von anderer Qualität als der einer bloßen Registrierung aktueller Meinungsübereinstimmung von Wählern und Gewählten. Zumindest mißverständlich erscheint aus dem gleichen Grunde allerdings die Bemerkung *Kelsens*, der Parlamentaris-

⁴⁰) Vgl. *Rousseau*, *Du Contrat Social*, 3. Buch, 15. Kapitel und 4. Buch, 2. Kapitel; gewisse Modifikationen dann in den „*Considérations sur le gouvernement de Pologne*“ (1772) ab (vgl. dt. Text in *J.-J. Rousseau*, *Sozialphilosophische und Politische Schriften* [1981] 564 ff [585, 590 ff]).

⁴¹) Dabei bleibt zu beachten, daß *Rousseau* dieses Erfordernis der „Beteiligungsgemeinschaft“ (dazu eingehend *H. Hofmann*, *Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes* [1987], in *H. Hofmann*, *Verfassungsrechtliche Perspektiven: Aufsätze aus den Jahren 1980-1994* [1995] 260 ff [270 ff]) auf die Setzung genereller gesetzlicher Regeln bezogen hat, während er – auf der Grundlage einer solchen demokratischen Ordnung – bei der *Regierungsform* gegenüber monokratischer, aristokratischer oder demokratischer Ausgestaltung prinzipiell offen war. Sein Modell ist also als „demokratischer Gesetzgebungsstaat“ treffend bezeichnet (so *R. Bäuml*, *Art Demokratie*, in *Evangelisches Staatslexikon*³ [1987] Sp 458 ff [459]).

⁴²) *Kelsen*, *Wesen* 30.

⁴³) *Kelsen*, *Wesen* 27 (vgl. auch ebd. 30, 33, 114 Anm 26); *ders.*, *Das Problem des Parlamentarismus* (1925) 5.

⁴⁴) *Kelsen*, *Wesen* 29 f. Zu *Sieyes* vgl. *Hofmann/Dreier*, *Repräsentation* § 5 RN 13 mwN; zu ergänzen ist nunmehr *T. Hafén*, *Staat, Gesellschaft und Bürger im Denken von Emmanuel Joseph Sieyes* (1994) insb. 54 ff.

⁴⁵) *Kelsen*, *Wesen* 30; *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre* 301 ff; dazu auch *W. Mantl*, *Repräsentation und Identität* (1975) 65 ff.

⁴⁶) Zu dessen Funktionen *Hofmann/Dreier*, *Repräsentation* § 5 RN 38 ff. *Kelsen* spricht in zugespitzter Weise von einer „Unabhängigkeitserklärung des Parlamentes gegenüber dem Volke“ (*Kelsen*, *Wesen* 30).

mus lasse sich nicht aus dem Prinzip der Volkssouveränität legitimieren:⁴⁷⁾ gewinnen doch die repräsentativen Strukturen ihre besondere Gestalt und Ausformung in der Demokratie gerade aus der Idee der Volkssouveränität.⁴⁸⁾

c. Allerdings will *Kelsen* mit dem besagten Hinweis in erster Linie in zutreffender Weise dem Vorurteil entgegentreten, daß der Volkswille sich ausschließlich und allein durch die Vertretungskörperschaft bilden könne und für alternative Formen direkter Demokratie im parlamentarischen System kein Platz sei.⁴⁹⁾ Denn obgleich er den Bestand des Parlamentarismus zur „Schicksalsfrage“ der Demokratie erklärt⁵⁰⁾ und an der Unausweichlichkeit repräsentativer Strukturen keinen Zweifel läßt, zeigt er sich für Entscheidungsvarianten plebiszitärer Art durchaus offen. Nicht als Angriff auf das parlamentarische System, sondern als dessen sinnvolle Ergänzung und als prinzipielle Stärkung der demokratischen Idee faßt er Sachentscheidungen durch das (Wahl-)Volk selbst auf, etwa in Gestalt eines Verfassungsreferendums, eines fakultativen Gesetzesreferendums oder der Volksinitiative.⁵¹⁾ Auch diese Vorschläge muten insbesondere aus der Perspektive der Bundesrepublik Deutschland höchst aktuell an: kennen doch mittlerweile alle deutschen Landesverfassungen⁵²⁾ Elemente direkter Demokratie, wie sie etwa in Bayern und Baden-Württemberg schon seit Jahrzehnten praktiziert werden, ohne daß das parlamentarisch-repräsentative System dadurch Schaden genommen hätte. Einzig das Grundgesetz bleibt „prononciert antiplebiszitär“.⁵³⁾

d. Zu weit gehen indes *Kelsens* Zugeständnisse an Einschränkungen des freien Mandats, die er ebenfalls als tendenzielle Stärkungen der unmittelbaren Demokratie durch das Wahlvolk zu erfassen sucht⁵⁴⁾ und die den funktionalen Gesichtspunkten einer Sicherung der Entscheidungsfindung der Parlamentarier auch gegen die eigene Partei (und die eigene Fraktion) nicht hinlänglich Rechnung tragen.⁵⁵⁾ Die Auffassung schließlich, daß das ursprünglich gegen die monarchische Obrigkeit gerichtete Privileg der Immunität überholt und obsolet geworden sei,⁵⁶⁾

⁴⁷⁾ *Kelsen*, Wesen 32.

⁴⁸⁾ Grundlegend *M. Drath*, Die Entwicklung der Volksrepräsentation (1954) 7 ff, 12 ff; vgl. näher *Hofmann/Dreier*, Repräsentation § 5 RN 16 ff, 21 ff.

⁴⁹⁾ Vgl. *Kelsen*, Wesen 30.

⁵⁰⁾ *Kelsen*, Wesen 27.

⁵¹⁾ *Kelsen*, Wesen 38 ff.

⁵²⁾ Selbst die Freie und Hansestadt Hamburg, bis vor kurzem noch die einzige Ausnahme, hat mittlerweile durch Gesetz vom 29. 5. 1996 (Hamb GVBl 77) ihre Verfassung geändert, die nun in Art 50 die gängigen plebiszitären Elemente vorsieht. Vgl. im einzelnen das Hamburgische Gesetz über Volksinitiative, Volksbegehren und Volksentscheid vom 20. 6. 1996 (GVBl 136).

⁵³⁾ *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd I² (1984) 608. Zur Diskussion um Möglichkeiten und Grenzen einer entsprechenden Änderung des Grundgesetzes vgl. *H. Dreier*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, Jura 1997, Heft 5.

⁵⁴⁾ *Kelsen*, Wesen 40 ff.

⁵⁵⁾ Dazu näher *Hofmann/Dreier*, Repräsentation § 5 RN 38 ff mwN; siehe nunmehr auch *W. Demmler*, Der Abgeordnete im Parlament der Fraktionen (1994) 56 ff.

verkennt die Möglichkeit eines Funktionswandels dieses Instituts: heute dürfte – anders vielleicht als noch in Weimar – das Sicherungsinstrument der Immunität im Verhältnis zu einem enthemmten Sensations- und „investigativen“ Kampagnenjournalismus neue Bedeutung gewonnen haben.⁵⁷⁾

5. Zwischenbilanz

Die Rekonstruktion der zentralen Bausteine der Demokratietheorie *Kelsens* kann an dieser Stelle beendet und ein erstes Zwischenresümee gezogen werden. Abgesehen von den beiden zuletzt genannten Punkten (imperatives Mandat, Immunität bzw. Indemnität) präsentiert sich diese als eine in jeder Beziehung moderne Konzeption,⁵⁸⁾ die die Unausweichlichkeit repräsentativer Strukturen in modernen Großflächenstaaten anerkennt, für direktdemokratische Elemente indes offen bleibt. Demokratie wird begriffen als eine bestimmte Form staatlicher Herrschaftsorganisation, die stets auf das normative Grundprinzip kollektiver Selbstbestimmung bezogen bleibt und deren Befestigung und Realisierung zu dienen hat. Diese Konzeption ist – folgt man der analytischen Unterscheidung von *Fritz Scharpf* – „input-orientiert“,⁵⁹⁾ da sie ihr entscheidendes Ziel darin sieht, für die Ausgestaltung der gesellschaftlichen (Rechts-)Ordnung in möglichst hohem Grad den Willen des Volkes ausschlaggebend werden zu lassen: nicht (nur) government for the people, sondern government by the people.⁶⁰⁾ Indem er gesellschaftliche Interessengegensätze und deren Verfolgung in Gestalt von Verbänden und Gruppenbildungen nicht ignoriert oder perhorresziert, sondern der Konstruktion zugrundelegt, gelangt *Kelsen* zur Bestätigung einer parlamentarisch-repräsentativen Grundstruktur auf der Basis eines gesellschaftlichen Interessenpluralismus einschließlich des besonders wichtigen Mehrparteiensystems. Durch diese Art der Verarbeitung gesellschaftlicher Gegensätze mit der inhärenten Tendenz zur Kompromißbildung ergibt sich *Kelsen* zufolge die Möglichkeit, bestehende Differenzen „nicht auf blutig revolutionärem Wege zu überwinden, sondern friedlich und allmählich auszugleichen“.⁶¹⁾

Kelsens Sicht erscheint heute im großen und ganzen vertraut, unspektakulär, alternativenarm: sie spiegelt einen gewissen Grundbestand an Institutionen und

⁵⁶⁾ *Kelsen*, Wesen 41 f, wo es an einer klaren Unterscheidung zwischen Immunität und Indemnität (vgl etwa *H.H. Klein*, Indemnität und Immunität, in *Schneider/Zeh*, Parlamentsrecht § 17 RN 19 ff, 38 ff) fehlt.

⁵⁷⁾ In diese Richtung etwa *Klein*, Indemnität § 17 RN 68.

⁵⁸⁾ Vgl statt aller *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts, Bd I § 22 RN 35 ff, 52 ff, 87 ff.

⁵⁹⁾ *F. Scharpf*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung (1970) 21 ff.

⁶⁰⁾ So ausdrücklich *Kelsen*, Foundations 1 ff; dazu *H. Dreier*, Rechtslehre 251 ff. Ähnlich auch BVerfGE 5, 85 (204).

⁶¹⁾ *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre 361.

Überzeugungen des Modells „westlicher Demokratien“⁶²) wider, dessen internationaler Siegeszug seit dem Fall der Mauer und dem zuvor einsetzenden Zerfall der Sowjetunion jedenfalls in Europa kräftig voranschreitet. Man muß indes – ganz abgesehen von aktuellen Krisenerscheinungen – nur einmal die politische Geschichte des 20. Jahrhunderts kurz vor seinem geistigen Auge Revue passieren lassen (Faschismus und Nationalsozialismus, Sowjetdiktatur, Militärregierungen), um zu erkennen, daß die Existenz auch nur annähernd demokratischer Verhältnisse selbst in den europäischen Nationalstaaten eine ebenso wertvolle wie stets gefährdete Errungenschaft darstellt.

In ein noch klareres Licht rückt die Demokratietheorie *Kelsens* vielleicht, wenn man sie nicht mit der historischen Realität, sondern mit einer alternativen theoretischen Konzeption vergleicht. Daher soll sie im folgenden in der gebotenen Kürze mit den Lehren *Carl Schmitts* konfrontiert werden⁶³) (dazu IV.), bevor wir uns einigen gewissermaßen theorieinternen Aspekten von *Kelsens* Demokratieschrift(en) widmen (dazu V).

IV. Ein Gegenmodell: Carl Schmitts Lehren über die Demokratie

Mit *Carl Schmitt* wenden wir uns dem wohl schillerndsten und umstrittensten, sicher aber auch einem der anregendsten Staatstheoretiker des 20. Jahrhunderts zu.⁶⁴) Bereits zur Weimarer Zeit war er ein exponierter Vertreter seiner Zunft und wenn nicht *der*, so doch *einer der* wichtigsten Opponenten *Kelsens*, ja sein Antipode⁶⁵) – und zwar nicht nur in bezug auf rechtstheoretische Grundsatzfra-

⁶²) Siehe ausführlich *E. Fraenkel*, Deutschland und die westlichen Demokratien⁷ (1979) insb 32 ff, 113 ff. Verwendung des Terminus zB auch bei *Bäumlin*, Demokratie Sp 458; *Zippelius*, Staatslehre 424 f. Zum Gegenbegriff *K. Löw*, Art Volksdemokratie, in Staatslexikon der Görres-Gesellschaft⁷, Bd 5 (1989) Sp 794 f.

⁶³) *K. Günther*, Hans Kelsen (1881-1973): Das nüchterne Pathos der Demokratie, in Kritische Justiz (Hrsg), Streitbare Juristen (1988) 367 ff (373) beschreibt zutreffend den „Eindruck einer unausgesprochenen Kontroverse mit Carl Schmitt“.

⁶⁴) Die *Schmitt*-Literatur schwillt in den letzten Jahren stark an. Exemplarisch seien genannt: *H. Hofmann*, Legitimität gegen Legalität¹(1964) ²(1992) (mit einer neuen Vorbemerkung I – XXVIII, die auch über die zwischenzeitliche Diskussion unterrichtet); *H. Quaritsch*, Positionen und Begriffe Carl Schmitts² (1991); *R. Mehring*, Carl Schmitt zur Einführung (1992); *Heinrich Meier*, Die Lehre Carl Schmitts (1994); *A. Koenen*, Der Fall Carl Schmitt (1995).

⁶⁵) Einschlägige Schriften zum Verhältnis beider: *E. Sterling*, Studie über Hans Kelsen und Carl Schmitt, in ARSP 47 (1961), 569 ff; *W. Mantl*, Hans Kelsen und Carl Schmitt, in *Krawietz/Topitsch/Koller*, Demokratietheorie 189 ff; *A. Somek*, Politischer Monismus versus formalistische Aufklärung. Zur Kontroverse zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen, in *S.L. Paulson/R. Walter* (Hrsg), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre (1986) 109 ff; *R. Mehring*, Staatsrechtslehre, Rechtslehre, Verfassungslehre: Carl Schmitts Auseinandersetzung mit Hans Kelsen, in ARSP 80

gen, sondern eben auch in bezug auf die Analyse und Erfassung des Demokratieprinzips, wie im folgenden exemplarisch dargelegt werden soll.

1. Demokratie als Identität

Schon im Ansatz zeigen sich fundamentale Unterschiede. Zwar verwenden beide bei der Begriffsbestimmung der Demokratie ähnliche Formeln von der „Identität von Führern und Geführten, von Subjekt und Objekt der Herrschaft“⁶⁶) bzw von der „Identität von Regierenden und Regierten“.⁶⁷) Doch während *Kelsen* ausdrücklich die reale Gespaltenheit und Verschiedenheit des Subjekts „Volk“ betont und Demokratie gerade als Verfahren kennzeichnet, auf der Grundlage vielfältiger politischer, sozialer, religiöser ua Differenzen eine für alle geltende Rechtsordnung zu erzeugen,⁶⁸) kommt für *Schmitt* entscheidende Bedeutung der substantiellen Homogenität des Volkes zu,⁶⁹) also der Gleichartigkeit der zu diesem Volk Gehörigen. Das nennt er „wirklich konsequente Demokratie“ und „demokratische Identität von Regierenden und Regierten“.⁷⁰) Staatliche Einheit wird bei ihm nicht hergestellt, sondern ohne Vermittlung „durch soziale Gruppenorganisationen“⁷¹) vorausgesetzt oder durchgesetzt.

2. Ende des Parlamentarismus

Vollständig verschieden fällt sodann die Einschätzung des Parlamentarismus aus. Für *Schmitt* ist dieser aufgrund einer hochgradig stilisierten Analyse, in der er eine kurze Phase des französischen Parlamentarismus zu Zeiten der Julimonarchie für maßgeblich erachtet,⁷²) seiner geistigen Substanz vollständig beraubt und damit historisch überholt.⁷³) Von daher stellen sich ihm die komplexen Vorgänge

(1994), 191 ff.

⁶⁶) So *Kelsen*, Wesen 14.

⁶⁷) *C. Schmitt*, Verfassungslehre (1928) 234 ff: „Demokratie (...) ist Identität von Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden“ (234); „Das Wort ‚Identität‘ ist für die Definition der Demokratie deshalb brauchbar, weil es die umfassende, dh Regierende wie Regierte einschließende Identität des homogenen Volkes bezeichnet und die in andern Staatsformen bestehende Verschiedenheit zwischen Regierenden und Regierten verneint“ (235).

⁶⁸) Richtig hervorgehoben bei *Günther*, Hans Kelsen 373. Siehe oben 84 f.

⁶⁹) *Schmitt*, Verfassungslehre 228 ff zur „substantiellen Gleichheit“; ebd 234: „Die demokratische Gleichheit ist wesentlich Gleichartigkeit, und zwar Gleichartigkeit des Volkes“; ebd 237: „Die demokratische Identität beruht auf der Vorstellung, daß alles, was es innerhalb des Staates an Betätigung staatlicher Macht und an Regierung gibt, innerhalb der substantiellen Gleichartigkeit bleibt.“ Dazu *Hofmann*, Legitimität 138 ff.

⁷⁰) *C. Schmitt*, Zur geistesgeschichtlichen Lage des heutigen Parlamentarismus ¹(1923) ²(1925) 20; ebd 14 heißt es: „Die politische Kraft einer Demokratie zeigt sich darin, daß sie das Fremde und Ungleiche, die Homogenität Bedrohende zu beseitigen oder fernzuhalten weiß.“

⁷¹) *C. Schmitt*, Der Hüter der Verfassung ¹(1931) ³(1985) 159.

der Parteikoalitionen, des Interessenausgleichs und der politischen Kompromisse als „künstliche Maschinerie“⁷⁴⁾ dar, die den wahren Willen des Volkes eher zu verdecken als zu realisieren geeignet ist.

3. Akklamation

Einer ähnlich negativen Bewertung sieht sich der Wahlakt ausgesetzt. Während *Kelsen* sich eher für konkrete Fragen eines vom demokratischen Standpunkt aus gebotenen Wahlrechtssystems interessiert,⁷⁵⁾ spricht *Schmitt* der geheimen Stimmabgabe des einzelnen Bürgers rundweg jedwede Qualität als demokratische Handlung ab. Denn abgegeben „in tiefstem Geheimnis und völliger Isoliertheit, also ohne aus der Sphäre des Privaten und Unverantwortlichen herauszutreten“, könnten die Wählerstimmen eben nur als zu registrierende und in einen mathematischen Rechengang Eingang findende Meinungen von Privatleuten gelten; und selbst die „einstimmige Meinung von 100 Millionen Privatleuten ist weder Wille des Volkes, noch öffentliche Meinung“.⁷⁶⁾ Der einzelne, so eine andere spitze Bemerkung, werde bei der Stimmabgabe – sei es beim Volksentscheid oder bei der Parlamentswahl – in ein Wahlkabinett gesperrt.⁷⁷⁾ Als höchster und wahrhaftiger Ausdruck demokratischer Entscheidung gilt *Schmitt* denn auch die Akklamation des öffentlich versammelten Volkes,⁷⁸⁾ also die unmittelbare und ungeteilte Zustimmung: „Der Wille des Volkes kann durch Zuruf, durch *acclamatio*, durch selbstverständliches, unwidersprochenes Dasein ebensogut und noch besser demokratisch geäußert werden als durch den statistischen Apparat, den man seit einem halben Jahrhundert mit einer so minutiösen Sorgfalt ausgebildet hat. Je stärker die Kraft des demokratischen Gefühls, um so sicherer die Erkenntnis, daß Demokratie etwas anderes ist als ein Registriersystem geheimer Abstimmungen.“⁷⁹⁾

⁷²⁾ Dazu *H. Hofmann*, Repräsentation² (1990) 440 ff, 445; *Hofmann/Dreier*, Repräsentation § 5 RN 30 f; *Prisching*, Hans Kelsen 97 ff.

⁷³⁾ *Schmitt*, Parlamentarismus; treffliche zeitgenössische Kritik bei *R. Thoma*, Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, Bd 53 (1925), 212 ff.

⁷⁴⁾ *Schmitt*, Parlamentarismus 23.

⁷⁵⁾ *Kelsen*, Wesen 58 ff.

⁷⁶⁾ *Schmitt*, Parlamentarismus 22 (beide Zitate); vgl *ders.*, Verfassungslehre 280 f.

⁷⁷⁾ *C. Schmitt*, Der bürgerliche Rechtsstaat (1928), in *G. Maschke* (Hrsg), Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969 (1995) 44 ff (48); *C. Schmitt*, Verfassungslehre 245.

⁷⁸⁾ *C. Schmitt*, Volksentscheid und Volksbegehren (1927) 34; *ders.*, Verfassungslehre 83 f, 243 f, 278 f; *ders.*, Rechtsstaat 48. Näher zu seinem Akklamationsbegriff *Hofmann*, Legitimität 157 f.

⁷⁹⁾ *Schmitt*, Parlamentarismus 22; *ders.*, Verfassungslehre 243: „Als anwesendes, wirklich ver-

4. Parlamentarismus und Demokratie als Gegensätze

Hier zeigt sich bereits die für *Schmitts* Position typische Entkoppelung, ja Entgegensetzung von Demokratie und parlamentarischer Repräsentation.⁸⁰⁾ War für *Kelsen* der Parlamentarismus (ungeachtet möglicher Ergänzungen plebiszitärer Art) noch die „Schicksalsfrage“ der Demokratie,⁸¹⁾ zerreißt *Schmitt* das Band zwischen demokratischer Ordnung und dem Repräsentationscharakter gewählter Vertretungskörperschaften. In der Repräsentation erblickt er gerade ein elitäres, nichtdemokratisches Element;⁸²⁾ eine „kraftvolle Repräsentation“ kann er sich nur gegen das Parlament vorstellen.⁸³⁾ Andererseits gestattet es seine spezifische Fassung des Demokratiebegriffs als „Identität des wirklich anwesenden Volkes mit sich selbst“,⁸⁴⁾ die unter der Voraussetzung substantieller Homogenität steht, in geradezu verblüffender Weise und „in merkwürdiger Verkehrung der üblichen Fronten“⁸⁵⁾ auch und gerade solche Akte und Herrschaftsformen als spezifisch demokratisch zu etikettieren, die gemeinhin als das strikte Gegenteil, nämlich als autokratisch, gelten. Und seine mehrmaligen Hinweise darauf, daß Diktatur keineswegs den Gegensatz zur Demokratie bilde,⁸⁶⁾ daß „Bolschewismus und Fascismus ... wie jede Diktatur zwar antiliberal, aber nicht notwendig antidemokratisch“ seien,⁸⁷⁾ bereiten den Höhepunkt dieser Uminterpretationen vor – den Satz nämlich, daß Diktatur nur auf demokratischer Grundlage möglich sei.⁸⁸⁾

In einem Wort: Wenn *Schmitt* also nach demokratischer Öffentlichkeit ruft, dann meint er nicht einen offenen Markt der Meinungen mit dem kritischen Austausch von Positionen und Ansichten, sondern kollektive Akklamation einer Volksmenge, die „Ja“ oder „Nein“, „Hoch“ oder „Nieder“ ruft,⁸⁹⁾ wenn er die Bedeutungslosigkeit des Wahlaktes kritisiert, dann schwebt ihm nicht die direkt-

sammeltes Volk ist es in der reinen Demokratie mit dem möglichen Höchstmaß von Identität vorhanden“.

⁸⁰⁾ Ganz plakativ die Überschrift zu der „Vorbemerkung“, die er der zweiten Auflage der *Parlamentarismusschrift* vorangestellt hat: „über den Gegensatz von Parlamentarismus und Demokratie“ (*Schmitt*, *Parlamentarismus* 5 ff). Zu diesem Punkt ausführlicher *J. Habermas*, *Die Schrecken der Autonomie*, in *J. Habermas*, *Eine Art Schadensabwicklung* (1987) 103 ff (112 ff); *M. Kaufmann*, *Recht ohne Regel? Die philosophischen Prinzipien in Carl Schmitts Staats- und Rechtslehre* (1988) 132 ff; *Mehring*, *Einführung* 78 ff.

⁸¹⁾ Siehe oben unter III 4 c.

⁸²⁾ *Schmitt*, *Verfassungslehre* 204 ff, 214 f, 218; vgl auch *ders*, *Parlamentarismus* 44. Dazu *Hofmann*, *Legitimität XVI: Schmitts Begriff der Repräsentation „ist abgezogen von der Papstkirche und der absoluten Monarchie“*.

⁸³⁾ *Schmitt*, *Verfassungslehre* 315.

⁸⁴⁾ *Schmitt*, *Verfassungslehre* 235.

⁸⁵⁾ *Hofmann*, *Legitimität* 149; vgl *Prisching*, *Hans Kelsen* 102: „Vertauschung der Begriffe“.

⁸⁶⁾ *Schmitt*, *Parlamentarismus* 22, 37, 41.

⁸⁷⁾ *Schmitt*, *Parlamentarismus* 22.

⁸⁸⁾ *Schmitt*, *Verfassungslehre* 237.

demokratische Abstimmung als Alternative vor (denn dort sieht er den Bürger in gleicher Weise als Privatmann isoliert wie beim Wahlakt), sondern die Suspension von individuell zu zählenden Stimmen überhaupt; wenn er echte und wahre Demokratie fordert, schließt das zwar das parlamentarische System aus, nicht aber eine Diktatur.

V. Drei Nachfragen zu Kelsens Demokratietheorie

Wir wenden uns nun wieder unserem Autor zu, an den im folgenden drei Nachfragen zu richten sind, die besonders wichtige und zugleich diskussionsbedürftige Teile seiner Demokratietheorie betreffen.

Demokratie und Grundrechte

a. Die erste Betrachtung gilt dem Verhältnis von demokratischer Ordnung und individuellen Grundrechtsgewährleistungen oder – allgemeiner gesprochen – dem von *Kelsen* selbst apostrophierten Gegensatz von Liberalismus und Demokratie (welcher nicht verwechselt werden darf mit *Schmitts* konstruiertem Gegensatz von Parlamentarismus und Demokratie).

An mehr als einer Stelle der Schrift von 1929 läßt *Kelsen* erkennen, daß demokratische und liberale Elemente, Selbstbestimmung des demokratischen Kollektivs und individuelle Freiheit in einem (auch demokratischen) Kollektiv unterschiedliche und nicht zwingend zusammenhängende Dinge sind. So heißt es gleich im ersten Abschnitt, Demokratie sei auch „bei schrankenloser Ausdehnung der Staatsgewalt gegen das Individuum, also bei völliger Vernichtung der individuellen ‚Freiheit‘ und Negation des liberalen Ideals ... noch möglich“.⁸⁹⁾ Die Stilisierung der Freiheit des Einzelnen zur Freiheit des Staates⁹¹⁾ deutet in die gleiche Richtung. Und einen kräftigen Akzent setzt schließlich die Bemerkung, es sei geradezu ein „Sinnbild der Demokratie, wenn in der genuesischen Republik über den Gefängnistüren und auf den Ketten der Galeerensklaven das Wort

⁸⁹⁾ Deutlich *Schmitt*, Verfassungslehre 243 f: „Erst das wirklich versammelte Volk ist Volk und nur das wirklich versammelte Volk kann das tun, was spezifisch zur Tätigkeit dieses Volkes gehört: es kann akklamieren, dh durch einfachen Zuruf seine Zustimmung oder Ablehnung ausdrücken, Hoch oder Nieder rufen, einem Führer oder einem Vorschlag zujubeln, den König oder irgendeinen anderen hochleben lassen, oder durch Schweigen oder Murren die Akklamation verweigern.“ Vgl *ders*, Parlamentarismus 22 f. Zur Kritik *Kaufmann*, Recht 165 ff.

⁹⁰⁾ *Kelsen*, Wesen 10 f. Vgl als aktuelle Bestandsaufnahme *K. Graf Ballestrem*, Liberalismus und Demokratie, in Theorie und Praxis. FS *Nikolaus Lobkowitz* (1996) 179 ff.

⁹¹⁾ *Kelsen*, Wesen 12 f.

„Libertas“ zu lesen war.⁹²⁾ Andererseits betont *Kelsen* des öfteren Zusammenhänge zwischen demokratischer Staatsorganisation und bestimmten freiheitlichen Strukturen:⁹³⁾ der Minderheitenschutz zeige sich mit dem Mehrheitsprinzip durchaus vereinbar, und dieser Minoritätsschutz sei „die wesentliche Funktion der sogenannten Grund- und Freiheits- oder Menschen- und Bürgerrechte“.⁹⁴⁾ Eher beiläufig spricht er des weiteren davon, daß echte Demokratie nur dort herrsche, wo die „Allgemeinheit und Gleichheit der politischen Rechte unzweifelhaft besteht“.⁹⁵⁾

Beide Argumentationsrichtungen stehen in der Schrift von 1929 etwas unverbunden nebeneinander: einerseits volle Verfügungsgewalt demokratischer Entscheidungen, andererseits die Anerkennung einer gewissen Konnexität von Demokratie und Freiheitsrechten, wobei die Darstellung insofern zwischen empirischer Beobachtung regelmäßig anzutreffender Befunde und der Inkorporation in das normative Grundgerüst des Demokratieprinzips schwankt.

b. Hier bringt der Beitrag über „Foundations of Democracy“ aus dem Jahr 1955 wichtige Ergänzungen und Präzisierungen. An mehreren Stellen bezieht er dort Freiheitsrechte in die Begriffsbestimmung der Demokratie ausdrücklich mit ein. Als charakteristisch für die Demokratie und als ihre Wesensmerkmale werden nun zB Meinungs-, Rede- und Gedankenfreiheit bezeichnet und Religions-, Wissenschafts- und Pressefreiheit als „essential to democracy“ angeführt.⁹⁶⁾ „Modern democracy cannot be separated from political liberalism“⁹⁷⁾ heißt es jetzt, und der in Weimar noch statuierte prinzipielle Gegensatz von Demokratismus und Liberalismus wird in der Wendung von der *liberal democracy*⁹⁸⁾ gewissermaßen terminologisch verschmolzen. Werkgeschichtlich interessant dürfte insofern sein, daß *Kelsen* schon in der 1933 erschienenen Schrift über Staatsform und Weltanschauung deutlich formuliert hatte, zum „Lebensprinzip jeder Demokratie“ gehöre „die geistige Freiheit, die Freiheit der Meinungsäußerung, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, das Prinzip der Toleranz und insbesondere: die Freiheit der Wissenschaft“.⁹⁹⁾

Prinzipiell ist mit dieser Verdeutlichung richtig betont, daß von Demokratie ohne einen Prozeß freier, offener und von daher stets kontroverser Meinungsbil-

⁹²⁾ *Kelsen*, Wesen 13.

⁹³⁾ Zum folgenden ausführlicher *H. Dreier*, Rechtslehre 262 ff.

⁹⁴⁾ *Kelsen*, Wesen 53. Kritisch zur fehlenden plausiblen Einfügung dieser Rechte in seine Demokratietheorie *P. Koller*, Zu einigen Problemen der Rechtfertigung der Demokratie, in *Krawietz/Topitsch/Koller*, Demokratietheorie 319 ff (323 ff); *Prisching*, Hans Kelsen 87 f.

⁹⁵⁾ *Kelsen*, Wesen 95 f.

⁹⁶⁾ *Kelsen*, Foundations 31, 39, 81, 83.

⁹⁷⁾ *Kelsen*, Foundations 27.

⁹⁸⁾ *Kelsen*, Foundations 4.

⁹⁹⁾ *H. Kelsen*, Staatsform und Weltanschauung, in *N. Leser*, Demokratie und Sozialismus 40 ff (47).

dung nicht gesprochen werden kann. Wahlen ohne vorherige Präsentation und Diskussion der Kandidaten, Abstimmungen ohne Erörterungen des Für und Wider und der Vorstellung sachlicher Alternativen sind bloße Farce und Fassade. Überhaupt ist zu bedenken, daß sich Demokratie nicht in einem bestimmten Arrangement formaler Rechtsprozeduren erschöpft.¹⁰⁰⁾ Die Vorstellung, daß die Aktivbürgerschaft in regelmäßigen Abständen eine Vertretungskörperschaft kreiert, um danach in politische Bedeutungslosigkeit zurückzufallen, verfehlt die Realität des demokratischen Verfassungsstaates ebenso wie seine Normativität. Demokratische Repräsentation bezeichnet einen vielfältigen, prozeßhaften und parlamentsübergreifenden Gestaltungsprozeß mit einem beständigen Rückkopplungsverhältnis zwischen Wählern und Gewählten. Eine wirksame demokratische Öffentlichkeit erweist sich von daher als mindestens genauso wichtig für das Funktionieren demokratischer Ordnungen wie der Wahlakt selbst. Indem die einschlägigen Grund- und Freiheitsrechte die Bildung und Artikulation von Meinungen, den Austausch unterschiedlicher Positionen, Aktion und Demonstration normativ absichern, bilden sie das „Fundament und sozusagen die Infrastruktur aller demokratischen Prozesse“.¹⁰¹⁾ Wenn *Kelsen* also einer stärkeren Integration bestimmter Freiheitsgarantien in das Demokratiekonzept das Wort redet, liegt darin keine wesensfremde oder dem relativistischen Grundansatz zuwiderlaufende Substantialisierung eines vordem rein formalen Konzepts, sondern die richtige Einsicht in bestimmte Wesenselemente, konstituierende Prinzipien und integrale Bestandteile demokratischer Ordnung.

c. Ein schwieriges Problem verbleibt indes. Es betrifft die Frage nach der genaueren Bestimmung derjenigen Grund- und Freiheitsrechte, die mit einem demokratischen Staatswesen in einem unauflöselichen funktionalen Zusammenhang stehen.¹⁰²⁾ Für die Kommunikationsgrundrechte einschließlich der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit, namentlich natürlich für die Meinungsfreiheit, läßt sich dieser Nexus vergleichsweise leicht aufzeigen.¹⁰³⁾ Nahe liegt ferner die Einbeziehung des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses, gerade wenn man die korporative Seite in Rechnung stellt.¹⁰⁴⁾ Auch erscheint plausibel, daß

¹⁰⁰⁾ Zum folgenden näher *Hofmann/Dreier*, Repräsentation § 5 RN 16 ff, 22 f; siehe auch *D. Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung? (1995) 37 f.

¹⁰¹⁾ *R. Wahl*, Art Demokratie, Demokratieprinzip, in *Ergänzbare Lexikon des Rechts*, Nr 5/170 (1990), 4; vgl zur Bedeutung der demokratischen bzw politischen Mitwirkungsrechte auch *E.-W. Böckenförde*, Demokratie, in *J. Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch, Bd I § 22 RN 41, 54, 86; *J. P. Müller*, Demokratische Gerechtigkeit (1993) 175 ff; *K. Hesse*, Bedeutung der Grundrechte, in *E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel* (Hrsg), Handbuch des Verfassungsrechts² (1994) § 5 RN 20.

¹⁰²⁾ Eingehender zu diesem Zusammenhang *H. Dreier*, Dimensionen der Grundrechte (1993) 38 ff; *ders.*, in *Dreier*, Grundgesetz-Kommentar, Bd 1, Vorbemerkung RN 41 und 47.

¹⁰³⁾ Vgl BVerfGE 7, 198 (208), wonach die Meinungsäußerungsfreiheit für die Demokratie „schlechthin konstituierend“ ist; ähnlich für andere Kommunikationsgrundrechte BVerfGE 77, 65 (74); für die Versammlungsfreiheit BVerfGE 69, 315 (347). Vgl aus der Literatur statt aller *H. Schulze-Fielitz*, in *Dreier*, Grundgesetz-Kommentar, Bd 1, Art 5 I, II RN 31 ff; *ders.*, ebd Art 8

fy

eine freie und offene politische Diskussion der Garantie freier Persönlichkeitsentfaltung im privaten Bereich als ihres Fundamentes bedarf.¹⁰⁵⁾ Doch ob und inwieweit auch die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit, die Gewährleistung von Eigentum und Erbrecht, freie Berufswahl und Freizügigkeit gewissermaßen mit abgedeckt sind, erscheint durchaus fraglich und hat bis heute keine allgemein überzeugende Antwort gefunden.¹⁰⁶⁾ Auch hier kann eine solche nicht gegeben werden. Wichtig ist im hiesigen Kontext allein, daß *Kelsens* ursprünglich postulierte Antithese von Liberalismus und Demokratie jedenfalls dann ihre Berechtigung noch nicht verloren zu haben scheint, wenn man Liberalismus als Wirtschaftsliberalismus ausbuchstabiert.¹⁰⁷⁾ Deshalb kann *Kelsen* im Foundations-Aufsatz unter der Rubrik „Democracy and Economic Freedom“ im wesentlichen die Möglichkeit der Garantie bestimmter nicht-ökonomischer Freiheitsrechte in einer sozialistischen Gesellschaftsordnung diskutieren.¹⁰⁸⁾

2. Zur Bedeutung des Wertrelativismus

Während *Kelsen* also den integralen Zusammenhang von Demokratieprinzip und (bestimmten) Freiheitsrechten jedenfalls in der Schrift von 1929 eher etwas zu schwach konturiert, scheint seine These vom Wertrelativismus als einer notwendigen geistigen Grundhaltung zu stark formuliert zu sein. Bekanntlich wirft *Kelsen* im Schlußkapitel noch einmal die zentrale Frage auf, worauf die demokratische Mehrheitsentscheidung ihre Legitimität und ihren Befolgungsanspruch im letzten gründen kann. Materielle Konzepte lehnt er ab. Wahrheit und Mehrheit, so seine Überzeugung, können auseinanderfallen. An die automatische Richtigkeit demokratischer Mehrheitsentscheidungen zu glauben hieße daher „an ein Gottesgnadentum des Volkes glauben, eine Zumutung, ebenso unmöglich wie jene, die

RN 9; *H. Bauer*, ebd Art 9 RN 18.

¹⁰⁴⁾ *M. Morlok*, in *Dreier*, Grundgesetz-Kommentar, Bd 1, Art 4 RN 25; *A. Hollerbach*, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts, Bd V, § 138 RN 96 ff.

¹⁰⁵⁾ Vgl mwN *H. Dreier*, Dimensionen 33 f mit FN 116.

¹⁰⁶⁾ Man kann das Problem auch dahingehend formulieren, daß erstens der Kreis der sog „politischen“ oder „demokratischen“ Grundrechte (vgl *Hesse*, Verfassungsrecht RN 288; *E.-W. Böckenförde*, Demokratie, in *J. Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch, Bd I § 22 RN 37, 86; *Badura*, Demokratie, in *J. Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch, Bd I § 23 RN 32) nicht ohne weiteres präzise zu bestimmen ist und sich zweitens die Frage stellt, ob nicht auch eher apolitisch scheinende Grundrechte (zB: Privatsphäre, Kunst, Beruf, Eigentum) zumindest in einem mittelbaren Zusammenhang mit der notwendigen Infrastruktur eines freien demokratischen Gemeinwesens stehen.

¹⁰⁷⁾ Vgl eingehender *H. Dreier*, Rechtslehre 266 ff; zum Problem auch *E.-W. Böckenförde*, Demokratie, in *J. Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch, Bd I § 22 RN 36 ff; *ders.*, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in *J. Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch, Bd II § 30 RN 27 ff.

¹⁰⁸⁾ *Kelsen*, Foundations 80 ff.

das Gottesgnadentum eines Fürsten proklamiert“.¹⁰⁹⁾ Gerade deshalb kann in der Minderheitenposition nicht etwa – wie bei *Rousseau* – ein Irrtum, sondern lediglich die temporär unterlegene, morgen vielleicht die Majorität für sich gewinnende Position gesehen werden, woraus sich die hohe Bedeutung des Revisibilitätsgrundsatzes für das demokratische Mehrheitsprinzip ergibt.¹¹⁰⁾ Aus dieser (scheinbaren) Schwäche der Demokratie, sich nicht auf die Kraft unhinterfragter Tradition, charismatisches Führertum oder eine „wahre“ Lehre stützen zu können,¹¹¹⁾ sondern ganz auf sich selbst zurückgeworfen zu sein, sucht *Kelsen* abschließend eines seiner stärksten Argumente für die Demokratie zu gewinnen. Denn eine absolute Wahrheit, so eine hier wie an zahllosen anderen Stellen von ihm wiederholte Grundüberzeugung, gibt es nicht; dem Menschen seien nur relative Wahrheiten und relative Werte zugänglich.¹¹²⁾ Dem damit vorgezeichneten prinzipiellen Gegensatz von religiös-metaphysischer und kritisch-relativistischer Welt- und Wertanschauung ordnet er nun die politischen Grundeinstellungen Autokratie und Demokratie zu¹¹³⁾ und gelangt dann zu der berühmten Aussage über den Relativismus als Voraussetzung der Demokratie.

„Wer absolute Wahrheit und absolute Werte menschlicher Erkenntnis für verschlossen hält, muß nicht nur die eigene, muß auch die fremde, gegenteilige Meinung zumindest für möglich halten. Darum ist der Relativismus die Weltanschauung, die der demokratische Gedanke voraussetzt.“¹¹⁴⁾

Fraglos hat diese schöne Sentenz einen zutreffenden Kern. Zurecht betont wird damit, daß die Demokratie keine gewissermaßen automatisch selbsttragende Ordnung ist, sondern bestimmter sozio-kultureller Voraussetzungen bedarf.¹¹⁵⁾ In

¹⁰⁹⁾ *Kelsen*, Wesen 99.

¹¹⁰⁾ Siehe dazu *Hofmann/Dreier*, Repräsentation § 5 RN 58 mwN.

¹¹¹⁾ *Kelsen*, Wesen 102 spricht vom (politischen) „Absolutismus eines Monarchen, einer Priester-, Adels-, Kriegerkaste, einer Klasse oder sonst privilegierten Gruppe“.

¹¹²⁾ *Kelsen*, Wesen 100 f.

¹¹³⁾ Dazu genauer *H. Dreier*, Rechtslehre 273 ff.

¹¹⁴⁾ *Kelsen*, Wesen 101. Noch berühmter ist vielleicht der Schluß seiner Abhandlung (103 f) geworden, wo er sich auf die biblische Episode aus dem Johannes-Evangelium bezieht, wonach Pontius Pilatus eine Abstimmung des (jüdischen) Volkes über die Frage herbeigeführt haben soll, ob er Jesus Christus oder den Räuber Barabbas freilassen solle, woraufhin das Volk für den letztgenannten votierte. Daraus einen Einwand gegen die Demokratie zu schmieden, so *Kelsen*, ginge durchaus an, „freilich nur unter einer Bedingung: Wenn die Gläubigen ihrer politischen Wahrheit, die, wenn nötig, auch mit blutiger Gewalt durchgesetzt werden muß, so gewiß sind wie – der Sohn Gottes.“ Zur (zuweilen überschätzten) Bedeutung dieser Passage siehe *R. Gross*, Jesus oder Christus? Überlegungen zur „Judenfrage“ in der politischen Theologie Carl Schmitts, in *A. Göbel* ua (Hrsg), *Metamorphosen des Politischen* (1995) 74 ff; *M. Pawlik*, Rechtsstaat und Demokratie in der Perspektive der Reinen Rechtslehre, in *W. Brugger* (Hrsg), *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie* (1996) 167 ff (182 f).

¹¹⁵⁾ Dazu eingehend *E.-W. Böckenförde*, Demokratie, in *J. Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch, Bd I § 22 RN 58 ff; *J. Isensee*, Staat und Verfassung, in *J. Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch, Bd I

einem Staat, dessen Bürger verschiedenen Lagern fanatischer Fundamentalisten angehören, die ihren jeweiligen Glauben zur Richtschnur der Gestaltung der politischen und gesellschaftlichen Ordnung machen wollen, werden die Mechanismen demokratischer Mehrheits Herrschaft auf Dauer keine Stütze finden. Ideologischer Absolutheitsanspruch und plurale Demokratie mit Mehrparteiensystem, Rechten der Opposition, parlamentarischem Minderheitenschutz und realer Machtwechselchance schließen sich wechselseitig aus. Hingegen bilden Bereitschaft zu Diskussion und Kompromiß, Fähigkeit zur kritischen Überprüfung der eigenen Überzeugung und prinzipielle Anerkennung der Auffassungen anderer als gleichberechtigte Standpunkte¹¹⁶⁾ zweifelsohne wichtige Grundlagen für die Stabilisierung demokratischer Ordnungen.¹¹⁷⁾

Fraglich ist allein, ob all' dies die von *Kelsen* angedeutete starke These trägt, daß hierfür ein weltanschaulicher (ethischer, philosophischer) Relativismus die (notwendige und alternativenlose) Voraussetzung bildet.¹¹⁸⁾ Hier ist ja zum einen schlicht zu konstatieren, daß jedenfalls gemäß den Prämissen einer wertrelativistischen Demokratietheorie nicht nur überzeugte Demokraten, sondern auch Verfechter autokratischer Ordnungen und ausgewiesene Wertabsolutisten an der politischen Willensbildung teilnehmen dürfen.¹¹⁹⁾ Zum anderen – und wichtiger – sprechen gute Gründe dafür, daß sich auch Anhänger „absolutistischer“ Welt- und Wertanschauungen¹²⁰⁾ in eine demokratische Staatsordnung einfügen und diese in konstruktiver Weise mittragen können: denn „auch Menschen, die feste Wertüberzeugungen besitzen, können demokratiebewußt für die Verbreitung ihrer

§ 13 RN 46 ff; *ders*, Am Ende der Demokratie – oder am Anfang? (1995) 51 ff. *Kelsen* hat die Unentbehrlichkeit einer gesellschaftlichen Verankerung und politischen Kultur der Demokratie stets betont: vgl *H. Dreier*, Rechtslehre 271 ff, 283 ff, 289, 293.

¹¹⁶⁾ Vgl *Kelsen*, Foundations 4 (ebd 28, 61); dazu *H. Dreier*, Rechtslehre 271 ff.

¹¹⁷⁾ *E.-W. Böckenförde*, Demokratie, in *J. Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch, Bd I § 22 RN 56; *J. Isensee*, Staat, in *J. Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch, Bd I § 13 RN 47 ff.

¹¹⁸⁾ Vgl *Kelsen*, Foundations 39.

¹¹⁹⁾ Vgl *A. Brecht*, Politische Theorie (1961) 158 ff, 191 ff, 406 ff; *N. Leser*, Wertrelativismus, Grundnorm und Demokratie, in Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit – Fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich (1968) 225 ff (228 ff). Die im deutschen Grundgesetz vorgesehenen Instrumente der sog „wehrhaften“ (streitbaren, militanten) Demokratie, mit denen hier qua Vereinigungsverbot (Art 9 II GG), Parteiverbot (Art 21 II GG) und der Grundrechtsverwirkung (Art 18 GG) bereits im Vorfeld gegen Feinde der Demokratie eingeschritten werden kann, sind im internationalen Vergleich zumindest unüblich, zum Teil solitär; außerdem fügen sie sich weder in der Theorie noch in der Praxis bruchlos in die Logik freiheitlicher Verfassungsstaatlichkeit ein (näher *H. Dreier*, Grenzen 750 ff). Zum davon zu unterscheidenden Problem des Art 79 III GG sogleich mehr.

¹²⁰⁾ So *Kelsens* Terminologie: *Kelsen*, Wesen 100 f. Seine Parallelisierungen, die er ausführlicher in der 1933 erschienenen Studie über „Staatsform und Weltanschauung“ entfaltet hat, erstrecken sich von der philosophischen Erkenntnistheorie über die Wertlehre bis hin zu den politischen Gestaltungsprinzipien; zu den teilweise etwas gewagten und letztlich auf einen demokratischen Charaktertypus hinauslaufenden Konstruktionen *H. Dreier*, Rechtslehre 272 ff.

Auffassungen ‚werben‘¹²¹⁾ Im Grunde beruht die plural-demokratische Diskussion darauf, daß man an die Richtigkeit der eigenen Position glaubt, sich aber dennoch einer im Ergebnis anderslautenden Mehrheitsentscheidung unterwirft. Und die Motivation dafür muß nicht einem erkenntnistheoretischen oder weltanschaulichen Relativismus entspringen, sondern kann im Vertrauen auf den Revisibilitätsgrundsatz oder in pragmatischen Erwägungen begründet sein.¹²²⁾ Umgekehrt gilt, daß ein überzeugter Wertrelativist keineswegs zwingend ein besonders guter Demokrat sein muß: die Überzeugung von der Relativität und Anfechtbarkeit aller ethischen, sozialen und politischen Werte kann sich gerade im (verzweifelten) Ruf nach einem Führer, einer absoluten Hoheitsgewalt und damit einer autokratischen Ordnung Bahn brechen.¹²³⁾ Letztendlich kann der Wertrelativist den zynischen Machtwillen eines autoritären Alleinherrschers ebenso goutieren wie die vielfältigen Abstimmungs- und Kompromißstrukturen einer ausgeprägten Konsens- oder Konkordanzdemokratie.

Aus den dargelegten Gründen scheint es geboten zu sein, *Kelsens* hochgezontes Wertrelativismusargument gewissermaßen auf die niedere Ebene des politischen Pragmatismus zu transformieren.¹²⁴⁾ Konkret bedeutet dies, daß Klugheitsregeln bei der Organisation des kollektiven Miteinander den Vorrang vor der Durchsetzung letzter Prinzipien haben, auch wenn an diese „geglaubt“ wird. Eine derartige Trennung letzter und vorletzter Fragen läßt sich aus der Sicht des einzelnen naturgemäß umso besser durchhalten, je mehr der Staat selbst darauf verzichtet, jene Sphären regeln zu wollen. Namentlich die Gewährleistung einer (nicht auf den Minderheitenschutz zu verkürzenden) weiten Sphäre freier und umfassender Persönlichkeitsentfaltung, individuell wie kollektiv, vermag die Bereitschaft zu fördern, in einem Staat zu leben und an seiner politischen Gestaltung aktiv mitzuwirken, auch wenn dieser in grundlegenden ökonomischen, sozialen, religiösen, politischen und anderen Fragen nach Prinzipien organisiert ist, die der Einzelne für verfehlt hält. Auch insofern stützen sich liberale Freiheitsrechte, politische Mitwirkungsrechte und demokratische Ordnung wechselseitig. Einem unbelehr- und unbeirraren Fundamentalismus,¹²⁵⁾ Rassen- oder Klassenwahn gegenüber werden indes auch politisch-pragmatische Überlegungen wirkungslos

¹²¹⁾ *Prisching*, Hans Kelsen 114.

¹²²⁾ Auch *M. Kriele*, Einführung in die Staatslehre⁵ (1994) 258 hat betont, daß man zugleich relativistisch und autoritär denken könne. Vgl näher *H. Dreier*, Rechtslehre 288 mit FN 155 mwN.

¹²³⁾ Vgl *H. Dreier*, Rechtslehre 287 f mit FN 154; zu ergänzen ist *G. Harrison*, Relativism and Tolerance, in *Ethics* 86 (1976) 122 ff; *Koller*, Zu einigen Problemen 325 f; *Prisching*, Hans Kelsen 114: „Aus der allseitigen Relativierung entsteht weniger die Kompromißbereitschaft, sondern der Drang nach Gewißheit und Sicherheit.“ Ähnlich jetzt *Pawlik*, Rechtsstaat 184: „Aus dem philosophischen Wertrelativismus folgt deshalb nicht nur keine Legitimation der Demokratie, sondern überhaupt keine intersubjektiv verbindliche Begründung irgendeiner Staatsform.“

¹²⁴⁾ Vgl auch *E.-W. Böckenförde*, Demokratie, in *J. Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch, Bd I § 22 RN 56, der darin den richtigen Kern der Auffassung *Kelsens* (und *Radbruchs*) sieht. In vergleichbarer Weise spricht *Pawlik*, Rechtsstaat 184 von einem „pragmatischen Wertrelativismus“.

verpuffen oder bestenfalls zu strategischer Scheinanpassung nach dem bezeichnenden Diktum führen: „Wenn wir in der Minderheit sind, fordern wir Freiheit nach euren Grundsätzen, wenn wir in der Mehrheit sind, verweigern wir sie euch nach den unseren.“¹²⁶⁾

3. Selbstpreisgabe der Demokratie?

Damit sind wir bei der letzten und vielleicht schwierigsten Frage angelangt. Wie soll sich die Demokratie verhalten, wenn ihre Gegner übermächtig werden? Hier müssen – was bei der Diskussion dieses Punktes nicht immer deutlich genug geschieht – meines Erachtens zwei Aspekte unterschieden werden.

a. Man kann zum einen fragen, was die in die Minderheit geratenen Demokraten praktisch tun sollen, ob sie sich gegen die Majorität, die sich der Demokratie entledigen will, stemmen und etwa eine Art von kommissarischer Diktatur anstreben sollen. Diese Frage beantwortet *Kelsen* mit großer Eindeutigkeit. In seiner im Angesicht des nahen Untergangs der Weimarer Republik verfaßten Streitschrift „Verteidigung der Demokratie“¹²⁷⁾ heißt es:

„Aber angesichts dieser Situation erhebt sich auch die Frage, ob man es dabei sein Bewenden lassen sollte, die Demokratie theoretisch zu verteidigen. 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.“

Das hier aufgezeigte Dilemma begegnet schon in strukturgleicher Weise bei *Rousseau*,¹²⁸⁾ auch bei ihm, wo es als Auseinanderfallen von *volonté générale* und *volonté de tous* erscheint, gibt es keine konstruktive Lösung. Denn hält man an der demokratischen Staatsform (bei *Rousseau*: am Gemeinwohlkonzept der *volonté générale*) auch gegen die verblendete, egoistische, verführte empirische Mehrheit (*volonté de tous*) fest und etabliert eine notwendig elitäre Minderheitenherrschaft, verletzt man das tragende Prinzip der Demokratie, Herrschaft der

¹²⁵⁾ Zu diesbezüglichen Problemen und den begrenzten Mitteln des Verfassungsstaates vgl. *F. Hufen*, Fundamentalismus als Herausforderung des Verfassungsrechts und der Rechtsphilosophie, in *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 3 (1992) 455 ff (463 ff, 473 ff).

¹²⁶⁾ Vgl. dazu die Hinweise bei *H. Dreier*, Rechtslehre 272 FN 98.

¹²⁷⁾ *H. Kelsen*, Verteidigung der Demokratie, in *N. Leser*, Demokratie und Sozialismus 60 ff (Zitat 68).

¹²⁸⁾ Vgl. *Rousseau*, *Du Contrat Social*, 4. Buch, 1. und 2. Kapitel (reclam-Ausgabe 113, 115, 117).

Mehrheit zu sein. Also bleibt nur der Sieg der Demokratiegegner. Im einen wie im anderen Fall löst sich *Rousseau* zufolge der politische Verband als ein freiheitlicher auf und zerfällt.

b. Daneben aber steht eine weitere, eher theoretische Frage, die noch einmal auf die interne Grundstruktur des Demokratieprinzips zurückführt. Denn wenn *Kelsen* davon spricht, es sei das „paradoxe Vorrecht, das die Demokratie gegenüber der Autokratie“¹²⁹⁾ habe, sich selbst abzuschaffen, so ist damit nicht nur die ausweglose Lage ihren an Zahl überlegenen Gegnern gegenüber umschrieben. Vielmehr klingt dies so, als ob in der freien Selbstpreisgabe gewissermaßen die letzte, über sich hinausweisende Konsequenz des obersten Gebots freier Selbstbestimmung des politischen Verbandes zu erblicken sei. Der Gang in die Diktatur wäre dann nicht nur ein faktischer Sieg der Gegner der Demokratie, sondern Ergebnis ihres zum äußersten getriebenen internen Funktionsmodus und paradoxe Bestätigung ihrer Entscheidungsmechanismen.

Diese frappant anmutende Sichtweise der Selbstabschaffung der Demokratie als integrales Element muß allerdings nicht unwidersprochen bleiben. Denn mit diesem Gedankengang wird das zentrale Entscheidungsverfahren der Demokratie, die Mehrheitsregel, gegenüber dem Grundprinzip der Demokratie, der Freiheit des einzelnen, in unzulässiger Weise verabsolutiert.¹³⁰⁾ Wie wir eingangs gesehen haben (vgl. unten II. 1), beruht Demokratie auf dem Gedanken individueller Autonomie, also freier Selbstbestimmung.¹³¹⁾ Diese Freiheitsidee ist der zentrale geistige Grund, von dem aus sich alle anderen Formen und Ausgestaltungen ableiten. Zu diesen abgeleiteten Formen zählt auch das Majoritätsprinzip, dessen Notwendigkeit aus dem Zwang zur Entscheidungsfindung in sozialen Verbänden folgt und bewirkt, daß wenigstens die Mehrheit der (Aktiv-) Bürger ihrem eigenen Willen unterworfen ist. Der Mehrheitsentscheid ist also nicht der zentrale Inhalt der Demokratie, sondern ein Behelf zur Umsetzung der demokratischen Freiheitsidee in der sozialen Wirklichkeit. Er darf sich nicht gegen seinen generierenden Grund, die Freiheit, kehren, ohne daß hier ein Widerspruch offensichtlich würde. Anders gesagt: die Methode der Entscheidungsfindung kann sich als abgeleitete Form nicht im Verhältnis zu ihrem tragenden Grund verselbständigen. Eine Mehrheitsentscheidung, die ihre eigene Basis beseitigt, kann nicht ihrerseits als Konsequenz oder Ausdruck des Demokratieprinzips gewertet werden: sie ist dessen Zerstörung.

Diese Erwägungen mögen zunächst rein akademisch anmuten. Gleichwohl sind sie keineswegs folgenlos. Denn in ihrem Licht erscheint es als durchaus

¹²⁹⁾ *H. Kelsen*, *Staatsform und Weltanschauung* (1933) 20; *ders.*, *Foundations* 31.

¹³⁰⁾ Ähnlich wie im folgenden *Boldt*, *Demokratietheorie* 325 f., dessen Terminologie (Majoritätsherrschaft als „Begriff“ der Demokratie, individuelle Freiheit als ihre „Idee“) mir allerdings nicht recht glücklich erscheint. Siehe auch *Zippelius*, *Staatslehre* 256.

¹³¹⁾ Vgl. oben 80 ff. Das ist auch deutlich herausgestellt bei *E.-W. Böckenförde*, *Demokratie*, in *J. Isensee/P. Kirchhof*, *Handbuch*, Bd I § 22 RN 35 ff.

möglich und den Grundprinzipien der Demokratie nicht widerstreitend, wenn etwa Verfassungsordnungen einer derartigen Selbstpreisgabe der Demokratie normative Grenzen setzen. Einer in manchem problematischen Norm wie der sog „Ewigkeitsklausel“ des Grundgesetzes (Art 79 III GG)¹³²⁾ kann, insofern sie das Demokratieprinzip auch gegen eine verfassungsändernde Zwei-Drittel-Mehrheit sichert, nicht Inkonsequenz bescheinigt werden. Sie erinnert vielmehr daran, daß es für eine freiheitliche demokratische Grundordnung gewisse unantastbare Grundprinzipien gibt, deren Beseitigung nur im Wege eines offenen Verfassungsbruches möglich ist.

Gleichwohl vermögen natürlich auch noch so hoch angesiedelte Verfassungsbestimmungen nur dünne juristische Zwirnsfäden zu spinnen, wenn sich eine übermächtige Koalition von Demokratiegegnern gebildet hat. Wichtiger und wirksamer ist es, die Überzeugung vom hohen Wert einer freiheitlichen Demokratie aufrechtzuerhalten und in breiten Schichten der Bevölkerung, vor allem aber auch in den politisch und kulturell führenden Kreisen zu verankern.¹³³⁾ *Hans Kelsen* hat das Seine dazu getan.

¹³²⁾ Vgl näher *H. Dreier*, Grenzen 746 ff.

¹³³⁾ *E.-W. Böckenförde*, Demokratie, in *J. Isensee/P. Kirchhof*, Handbuch, Bd I § 22 RN 80.