

Kathrin GROH, München

## Grundrechte in Gänsefüßchen

### Kelsens (un-)schlüssige Beziehung zu den „sogenannten Grund- und Freiheitsrechten“

*Fundamental rights in quotation marks. Kelsen's doubtful approach to the „so called fundamental rights“*

*Fundamental rights were not a matter of the heart for the liberal-democratic Kelsen, as they could be used to set substantive limits for the redistributive legislator in shaping the legal order. Kelsen, on the other hand, wanted to protect the maximum legislative power of the parliamentary majority also against an encroaching constitutional court which could have cemented the status quo of the traditional ownership society. To Kelsen, the constitution as a framework protected minorities essentially by setting up only formal hurdles to legislation. The fact that Kelsen – although he became more affirmative to fundamental rights after World War Two – did not develop an adequate legal understanding of those rights for a liberal democracy according to today's comprehension is due not only to the methodological approach of his "Reine Rechtslehre" but also to his political perception of parliamentary democracy.*

**Keywords:** constitutional jurisdiction – fundamental rights – interpretation theory – principle of majority rule – protection of minorities

## I. Einführung: unaufgelöste Paradoxien

Kelsen wird erst seit wenigen Jahrzehnten in der deutschen Staatsrechtslehre wiederentdeckt. Die lange unterbliebene Rezeption wird u.a. darauf geschoben, dass Kelsen zu den Grundrechten, der Heiligen Kuh der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft, nichts zu sagen gehabt habe.<sup>1</sup>

Diese Leerstelle in einer demokratischen Staatstheorie schien bei einem Vordenker des parlamentarischen Regierungssystems umso bedenklicher, als Grundrechte und ihre rechtlichen Garantien zum Set liberalen Staatsdenkens dazugehören. Zu diesem Ergebnis kommt schließlich auch der alte Kelsen in seinem Exil in den Vereinigten Staaten: „Modern democracy cannot be separated from political liberalism“.<sup>2</sup> Und auch der

ganz junge Kelsen hatte sich noch in der ersten Ausgabe seiner „Hauptprobleme“ von 1911 als Neo-Liberaler und seine Staatslehre als liberal bezeichnet.<sup>3</sup> In der zweiten Auflage von 1923 fehlt eine entsprechende Selbstzuschreibung. Im Jahr 1929 heißt es gar: „Darum ist es ein Irrtum, wenn die reine Rechtslehre als Ausläufer der liberal-individualistischen Rechtsstaatstheorie [...] gekennzeichnet wird“.<sup>4</sup>

Nun wird Kelsen zwar zu Recht als Klassiker einer modernen pluralistischen Demokratietheorie und als zumindest kritischer Liberaler stark gemacht.<sup>5</sup> Doch gelingt es auch diesen affirmativen Rezeptionen nicht, die Grundrechtslücken in seinem demokratie- und staatsrechtstheoretischen Werk zu schließen. Liberale Paradoxien rund um die Grundrechte bleiben nämlich von Kelsen selbst ungelöst, weil er sie werkimmanent und

<sup>1</sup> SCHÖNBERGER, Kelsen-Renaissance 215.

<sup>2</sup> KELSEN, Foundations 287.

<sup>3</sup> DERS., Hauptprobleme 1911, XI.

<sup>4</sup> KELSEN, Formalismus 1724.

<sup>5</sup> Ausf. VAN OUYEN, Moderne 1; MOCK Liberalismus 444.

wertrelativistisch nicht hat lösen können. Dass Kelsen in der Zwischenkriegszeit keinen rechtlichen Schutzwall gegen die Selbstzerstörung der Demokratie hat aufrichten können oder wollen, weil sein Verständnis von gleicher Freiheit in einer konsequenten Konstruktion der Demokratie als Herrschaft der parlamentarischen Majorität mündete, die die demokratische Staatsform per Mehrheitsbeschluss auch abschaffen durfte, ist hinlänglich erforscht: Demokratie ist „diejenige Staatsform, die sich am wenigsten gegen ihre Feinde wehrt. [...] Bleibt sie sich selbst treu, muss sie auch eine auf Vernichtung der Demokratie gerichtete Bewegung dulden [...]“.<sup>6</sup> Wer aber die Fundamente der Demokratie nicht schützen kann, ohne sich mit seiner politischen Theorie, seiner Rechtstheorie und seinem Werteverständnis in Widerspruch setzen zu müssen, der kann auch die Fundamente der Freiheit, die fundamental rights, nicht bruchlos integrieren – weder in seine politische Theorie noch in seine Rechtstheorie.

Nur am Rande schreibt der frühe Kelsen deshalb davon, dass eine Demokratie, die diesen Namen auch verdiene, nur dort zu finden sei, wo die „Allgemeinheit und Gleichheit der (scil.: zumindest) politischen Rechte unzweifelhaft besteht“.<sup>7</sup> Öfter lässt sich dagegen auch seinen Schriften der Zwischenkriegszeit entnehmen, dass die politische Freiheit Aller im Staat und die private Freiheit des Einzelnen dort durchaus nicht zwingend zusammenhängen.<sup>8</sup> Die Freiheit von allen fremden, äußeren Zwängen ist zwar der starting point seiner Demokratietheorie, verengt sich im Staat aber auf die politische Selbstbestimmung der größtmöglichen Zahl an Menschen. Parlamentarische Demokratie ist Majoritätsprinzip und Kompromiss. Gesetze werden – inhaltlich nicht vorge-

bunden – durch die Entscheidung der parlamentarischen Mehrheit gemacht, die sich in der Regel aus einer Koalition von Fraktionen aus verschiedenen politischen Richtungen zusammensetzt und deshalb immer Kompromisse schließen muss. Kelsen rechtfertigt die Demokratie nicht, wie unlängst behauptet, aus der „Position und Freiheit von Minderheiten“<sup>9</sup> heraus, sondern gerade aus dieser politischen Selbstbestimmung der Mehrheit. Wenn Kelsen deshalb heute für die „Gleichursprünglichkeit von Demokratie und Menschenrechten“ in Anspruch genommen wird,<sup>10</sup> ist das zumindest kontraintuitiv und bringt auch konstruktiv nichts ein. Die Vereinnahmung Kelsens als Vordenker für eine grundrechtlich gerahmte parlamentarische Demokratie sitzt dabei vielmehr der gelegentlichen politischen Rhetorik in Kelsens demokratietheoretischen Schriften auf, mit der er sein Dilemma mehr andeutet, als dass er es löst.

Kelsen hat nämlich ein gespaltenes Verhältnis zu den Grundrechten. In seinen Schriften widmet er ihnen vergleichsweise wenige Zeilen, eine Monografie zu diesem Überthema liberaler Staatsauffassung fehlt. Zudem setzt Kelsen die Grundrechte in allen seinen Schriften, auch in den politischen, in der Regel in Gänsefüßchen und schreibt von ihnen oftmals nur als „sogenannte Grund- und Freiheitsrechte“. Dass Grundrechte keine Herzensangelegenheit für Kelsen waren, hat sowohl erkenntnistheoretische als auch rechtstheoretische und ideologiekritische Gründe.<sup>11</sup>

Das erhellt vor allem vor dem Hintergrund, dass seine Demokratietheorie und seine positivistische Rechtstheorie in einem untrennbaren Zusammenhang miteinander stehen. Bei den Juristen gilt die Reine Rechtslehre als die der parlamentarischen Demokratie kelsenscher Prägung

<sup>6</sup> KELSEN, Verteidigung 68.

<sup>7</sup> DERS., Wesen und Wert 1929, 13.

<sup>8</sup> Nachweise bei DREIER, Demokratietheorie 93.

<sup>9</sup> So aber MATERN, Liberalismus 227; ebenso VAN OUYEN, Moderne 102f.

<sup>10</sup> MATERN, Liberalismus 225, 231ff.

<sup>11</sup> So zu Recht RÖMER, Kelsen 132.

adäquate Rechtstheorie; in der Politikwissenschaft gilt Kelsens positivistische Rechts- und Staatstheorie als politische Theorie der pluralistischen Demokratie.<sup>12</sup> Bezieht man beide Arten von Schriften richtigerweise aufeinander, dann musste Kelsen bei den Grundrechten eine empfindliche Lücke in seinen streng logisch aufgebauten Theorien hinterlassen. In ihrer liberalen Deutung als vorstaatliche Begrenzungen des Staatswillens passten sie nicht in seinen positivistischen Begründungszusammenhang der Rechtsordnung und vor allem nicht zu seiner Überzeugung, dass alles Recht von Menschen gemacht wird. Als vorgegebene Beschränkungen des Mehrheitswillens passten sie nicht in seinen Begründungszusammenhang der Demokratie aus dem Prinzip der Majorität heraus, die alles regeln darf, was sie regeln möchte.

Kelsens Demokratie- und Rechtstheorie der Zwischenkriegszeit ist vor allem aber auch aus ihrem zeitgenössischen Kontext heraus zu lesen – und nicht nach heutigen Rezeptionsbedürfnissen zu verbiegen. Kelsen stand der Sozialdemokratie nahe. Obwohl er Gerechtigkeitsfragen strikt aus seiner Rechtstheorie ausklammerte, war er persönlich für eine Umgestaltung der Gesellschaftsordnung in Richtung auf ein Mehr an sozialem Ausgleich auf friedlichem Wege. Diesen friedlichen Ausgleich von gegensätzlichen politischen Interessen sah er am besten in der parlamentarisch durch Kompromiss erzeugten Rechtsordnung aufgehoben. Umgestaltung einer Gesellschaftsordnung bedeutet immer aber auch Umverteilung und Verlust des status quo sowie politischer und gesellschaftlicher Macht auf Seiten der Besitzenden. Als Bollwerk der bürgerlichen Eigentümergeellschaft gegen eine schrittweise und friedliche sozial-demokratische Evolution<sup>13</sup> fungierte in der Zwischenkriegszeit das ur-liberale Grundrecht auf Eigentum, das Kelsen so sehr

ein Dorn im Auge war, dass er mit seiner Ideologiekritik an der Eigentümergeellschaft gleich allen Grundrechten als subjektiven Abwehrrechten gegen den umgestaltenden Staat zu Leibe rückte. Deshalb, und vor allem auch, um der in der antidemokratischen Staatsrechtslehre apostrophierten „Tyrannei der Mehrheit“ als Diffamierung der parlamentarischen Demokratie entgegenzutreten, brach er demokratie- und rechtstheoretisch seine Lanze für den grundrechtlich ungebundenen parlamentarischen Gesetzgeber, dessen Omnipotenz allein formal zugunsten von Minderheiten eingehegt und von einer Verfassungsgerichtsbarkeit als liberaler Institution auf Einhaltung dieser formalen Spielregeln bei Erzeugung des Staatswillens kontrolliert werden sollte.

## II. Eine kurze Bestandaufnahme über die Zeit

Ein Streifzug durch die Schriften Kelsens ergibt Folgendes: Die antisoziale Freiheit des einzelnen ist Ausgangspunkt seiner Demokratietheorie.<sup>14</sup> Sie wandelt sich innerhalb eines Staates, der notwendig eine rechtliche Zwangsordnung sein muss, um Ordnung und Frieden in ein ansonsten anarchisches Chaos zu bringen, in politische Selbstbestimmung um. Freiheit im demokratischen Staat ist die gleiche Teilhabe aller Rechtsunterworfenen an der Erzeugung von Rechtsinhalten, also des sie zwingenden Staatswillens.<sup>15</sup> Doch auch innerhalb der rechtlichen Zwangsordnung kann rechtlich ungebundene Freiheit des Einzelnen sein. Kelsen schreibt z.B. in seiner Allgemeinen Staatslehre von 1925, dass der „Bereich rechtlicher Freiheit in eine von vornherein gar nicht erschöpfbare Anzahl von Einzelfreiheiten zerlegt werden kann“,<sup>16</sup> meint damit aber nur die von rechtlicher Regelung mangels Phantasie des

<sup>12</sup> DREIER, Rechtslehre 245, 286; VAN OUYEN, Moderne 18, 68.

<sup>13</sup> Zu diesem Ideal Kelsens LUTHARDT Aspekte 151 ff.

<sup>14</sup> KELSEN, Rechtslehre 1960, 390.

<sup>15</sup> DERS., Staatslehre 321, 325f.

<sup>16</sup> Ebd. 154.

Gesetzgebers oder wegen der fehlenden Durchsetzbarkeit dieser Regelungen frei gebliebenen Winkel der menschlichen Existenz. Rechte im Rechtssinne sind diese Freiheiten, die Kelsen hier benennt, nicht. 1911 bezeichnet er Grundrechte noch als „rechtlich irrelevante Erklärungen“ des Verfassungsgebers, denen „kein rechtlich relevanter Sinn abgewonnen werden“ kann.<sup>17</sup>

Und deshalb betrachtet es Kelsen als eine problematische Praxis der modernen demokratischen Verfassungen, Kataloge von Freiheitsrechten zu normieren.<sup>18</sup> Bestenfalls sind sie überflüssig,<sup>19</sup> schlechtestenfalls gaukeln sie dem Volk vor, es besäße diese Freiheiten tatsächlich als subjektive Rechte, die es gegenüber dem (demokratischen) Gesetzgeber verteidigen könnte.<sup>20</sup> Die klassischen Grundrechte kommen deshalb in seinen Schriften, den rechtstheoretischen ebenso wie den demokratiethoretischen, in der Regel nur in Form von einfachen Aufzählungen, Beschreibungen und Vergleichen mit anderen Verfassungen vor. Erst im Jahre 1933 legt er mehr Emphase an den Tag: „Zum Lebensprinzip jeder Demokratie“ gehören für ihn nun „die geistige Freiheit, die Freiheit der Meinungsäußerung, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, das Prinzip der Toleranz und insbesondere: die Freiheit der Wissenschaft“.<sup>21</sup> Auch die rechtspraktischen Funktionen von Grundrechten im Prozess der Gesetzgebung hebt er erst gegen Ende der Weimarer Republik hervor, als er sich eingehender theoretisch mit der Verfassungsgerichtsbarkeit beschäftigt. Ihr „vornehmster Sinn“ sei es, „dem Gesetzgeber Grundsätze, Richtlinien und Schranken für den Inhalt künftiger Gesetzgebung“ an die Hand zu geben.<sup>22</sup> Aber auch dieser grundrechtstheoreti-

sche Lehrsatz erhebt die Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung größtenteils nicht per se in die Sphäre des Rechts als Beschränkung der parlamentarischen Mehrheit. Je nach positiviertem Wortlaut erschöpft sich ihr Regelungsgehalt für Kelsen – wie für die meisten anderen positivistischen Staatsrechtslehrer der Weimarer Republik auch – in moralischen Appellen an den Gesetzgeber.<sup>23</sup> Die aus heutiger Sicht stiefmütterliche Behandlung von Grundrechten in der Zwischenkriegszeit lässt sich Kelsen allerdings nicht vorwerfen, denn von einer elaborierten Grundrechtsdogmatik kann in der Weimarer Republik insgesamt keine Rede sein. Erst gegen Ende der Republik entspinnt sich in der positivistischen Staatsrechtslehre ein Grundrechtsdiskurs, der vor allem eine formale Schrankendogmatik zum Inhalt hat,<sup>24</sup> der durch die Zerstörung der Republik aber abbricht.

### III. Der rechtlich allmächtige Staat ist eine potentiell totalitäre Demokratie<sup>25</sup>

Da sich in Kelsens Staatslehre sein Verständnis von offener Gesellschaft spiegelt und er dem Mehrheitswillen keine unverfügbaren Werte vorordnet, hält er es für einen Irrglauben, dass Demokratie gleichsam automatisch zu einer Erweiterung von Freiheit führen müsse.<sup>26</sup> Zwar wird in den klassischen normativen Demokratietheorien stets behauptet, dass ein legitimer demokratischer Staat vor allem zum Schutze von individuellen Freiheiten existiere. In seiner juristischen Staatslehre kann Kelsen diesen Freiheitszweck des Staates aber nicht unterbringen. Die

<sup>17</sup> KELSEN, Hauptprobleme 1911, 533.

<sup>18</sup> Ebd. 445; OLECHOWSKI, Kelsen 137.

<sup>19</sup> KELSEN, Staatslehre 155.

<sup>20</sup> DERS., Staatsgerichtsbarkeit 8.

<sup>21</sup> DERS., Wesen und Wert 1929, 20, 24f.; DERS., Staatsform 1930.

<sup>22</sup> DERS., Staatsgerichtsbarkeit 40.

<sup>23</sup> Ebd. 8.

<sup>24</sup> GROH, Grundrechte.

<sup>25</sup> KELSEN, Rechtslehre 1960, 667: „Das Prinzip der majoritären Selbstbestimmung steht einer totalitären Demokratie nicht im Weg“.

<sup>26</sup> DERS., Staatslehre 257; DREIER, Rechtslehre 286; VAN OUYEN, Moderne 68.

Staatslehre, die für Kelsen ja notwendig eine Rechtslehre ist,<sup>27</sup> fragt nämlich nicht nach den Zwecken eines Staates. Staatszwecke sind immer nur Inhalte einer Staatsform. Sie werden durch die Politik, nicht durch die Rechtslehre festgelegt und liegen damit außerhalb des Analysehorizonts einer positivistischen Staatslehre – oder auch einer formalen Demokratietheorie als deren Äquivalent.<sup>28</sup> Kelsen stellt deshalb auch in seiner politischen Philosophie zur Demokratie nicht die Frage nach dem richtigen Inhalt einer demokratischen Staatsordnung. Er fragt nur nach den richtigen Methoden, mit denen ihr Inhalt erzeugt wird.<sup>29</sup> In einem demokratischen Staat wird damit aber nicht automatisch mehr gesellschaftliche Freiheit produziert als in einer anderen Staatsform, denn freiheitliche Methoden der Rechtserzeugung führen nicht zwangsläufig zu freiheitlichen Inhalten des Rechts.

Wenn aber die parlamentarische Mehrheit die Inhalte des Rechts erzeugt, was ist dann mit der klassischen Funktion von Grundrechten als Minderheitenschutzrechten? Kelsen selbst schneidet dieses Thema an: Grundrechte sind „ein Schutzwall gegen den Herrschaftsmisbrauch“ des Gesetzgebers.<sup>30</sup> Die Demokratie als Staatsform soll weder zur Zwangsbeglückung der Staatsangehörigen führen, noch in einem Zwangskonformismus Aller aufgehen.<sup>31</sup> Kelsens Postulat, dass die rechtliche Zwangsordnung nur so beschaffen sein dürfe, „daß auch die Minderheit, weil nicht absolut im Unrecht, nicht absolut rechtlos“ gestellt werden dürfe,<sup>32</sup> ist allerdings politische Rhetorik in seiner Demokratietheorie, die weder eine rechtliche Entsprechung in seinen rechtstheoretischen Schriften findet noch überhaupt lo-

gisch-systematisch von ihm gerechtfertigt werden kann, denn Grundrechte schränken das Majoritätsprinzip ja gerade ein.<sup>33</sup> Sein recht schwaches historisches Argument lautet daher, dass das Majoritätsprinzip „sich in der Erfahrung mit dem Minoritätenschutz vereinbar“ gezeigt habe.<sup>34</sup> Aus der Existenzberechtigung von Minderheiten folgt bei Kelsen zwingend daher nur die Möglichkeit, nicht die Notwendigkeit ihres Schutzes.<sup>35</sup>

Wenn man in politischen Freiheitsrechten denkt, dann läuft Kelsens Demokratietheorie vor allem auf das Verhältniswahlrecht als Grundrecht hinaus, das möglichst viele politische Gruppen ins Parlament bringen muss, damit deren Interessen sich dort in einem Kompromiss verbinden. Das ist allerdings ein recht magerer rechtlicher Schutz der Freiheit von Minderheiten, da das Wahlverhalten der Bürger\*innen durch Gesetze nicht gesteuert werden kann. Andere politische bzw. kommunikative Grundrechte, wie die Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit, die Meinungsfreiheit und die Pressefreiheit, die die Teilnahme am Prozess der gesellschaftlichen Willensbildung und eine für diesen Prozess notwendige demokratische Öffentlichkeit garantieren, benennt Kelsen nur mehr oder weniger affirmativ. Das ist unbefriedigend.<sup>36</sup> Ein Wille der Mehrheit, der demokratisch genannt werden will, muss sich im chancengleichen Wettbewerb aller Meinungen formen können. Demokratie setzt eine Opposition und deren Chance zur Mehrheit zu werden, voraus. Kelsen hält es deshalb auch für das „tiefste“ und „innerste Wesen“ der Demokratie, jede Meinung gleichermaßen zu achten und ihr im politischen Wettbewerb die gleiche Option auf Gehör zu verschaffen.<sup>37</sup> Konsequenzen für die

<sup>27</sup> KELSEN, Staatslehre 78.

<sup>28</sup> Ebd. 39.

<sup>29</sup> Ebd. 321; DERS., Wesen und Wert 1929, 14; HERRERA, Kelsen 95; VAN OUYEN, Moderne 42 ff.

<sup>30</sup> KELSEN, Wesen und Wert 1920, 9.

<sup>31</sup> Ebd. 7.

<sup>32</sup> Ebd. 31f.

<sup>33</sup> Ausf. KOLLER, Demokratie 324ff.; a.A. VAN OUYEN, Moderne 122.

<sup>34</sup> KELSEN, Wesen und Wert 1929, 53

<sup>35</sup> Ebd. 53; weiter KELSEN, Wissenschaft 240.

<sup>36</sup> DREIER, Rechtslehre 264 ff.

<sup>37</sup> KELSEN, Wesen und Wert 1920, 31.

Notwendigkeit des rechtlichen Schutzes von politischen Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaftsordnung zieht er hieraus nicht.

Und auch private Grundrechte spielen in Kelsens Staats- und Demokratietheorie keine gesonderte Rolle, es sei denn als Beispiele, an denen er liberale Grundrechtslehren dekonstruiert. Kelsen definiert den Gegensatz von individueller Freiheit und staatlicher Ordnung selbst als das „Kernproblem aller sozialen Theorie und Praxis“.<sup>38</sup> Die vom politischen Liberalismus proklamierte naturrechtliche Lösung dieses Konflikts, die zum einen in der Behauptung vorstaatlicher Freiheiten und zum anderen in einer vertragsrechtlichen Geltungs begründung der staatlichen Herrschaftsordnung liegt, lehnt er für eine Grundrechtstheorie aus rechtstheoretischen und ideologiekritischen Gründen allerdings ab. Kelsens Geltungspositivismus erklärt die Struktur des positiven Rechts aus sich selbst heraus: Nach Kelsens Grundnorm kann eine Norm ihre Geltung nur aus einer anderen, höherrangigen Norm der positiven Rechtsordnung ableiten. Eine Rechtsordnung gilt, weil sie in dem dafür vom positiven Recht vorgesehenen Verfahren von den zuständigen Organen gesetzt worden ist. Dürfte nach der vertragsrechtlichen Zustimmungslösung jeder Einzelne selbst entscheiden, welchen Normen er Geltung zuschreiben und folgen wolle und welchen nicht, herrschte Anarchie. Die Grundnorm lautete dann nämlich: Du musst nur das tun, was du tun willst. Dieser liberale Anarchismus ist für Kelsen nur eine bequeme Ideologie, um die Ablehnung von lästigem staatlichem Zwang zu rechtfertigen. Und wer Zwang ablehnt, der lehnt auch den Staat ab, den Kelsen notwendig als Zwangsordnung

definiert.<sup>39</sup> Der Versuch dagegen, den Staat an naturrechtliche Maximen zu binden, ist für Kelsen schlicht Betrug, der die faktischen Machtverhältnisse verschleierte. Jede staatliche Institution – wie z.B. auch die gegen eine Umgestaltung der Eigentumsordnung durch Gesetzgeber und Verwaltung angerufenen Zivil- oder Verfassungsgerichte –, die dann die Definitionshoheit über das Naturrecht in den Händen halten, könnten dieses gegen die geltende Rechtsordnung ausspielen.<sup>40</sup>

Kelsen macht deshalb nicht einmal den Versuch, die brutalen Konsequenzen seiner Staatsrechtslehre zu beschönigen. Für ihn gibt es von vornherein kein menschliches Verhalten, das die Rechtsordnung nicht regeln dürfte. Rechtliche Regelungen müssen dem Bürger nicht einmal irgendeine Restfreiheit lassen.<sup>41</sup> Das heißt im Umkehrschluss: Nur dort, wo die Gesetze schweigen, ist der Einzelne frei:<sup>42</sup> „Die Behauptung aber: ich habe das Recht, zu atmen, zu arbeiten, spazieren zu gehen, zu lieben usw., besagt rechtlich nichts anderes, als daß keine Rechtsnorm besteht, die mich zum Gegenteil verpflichtet“.<sup>43</sup> Damit ist Freiheit in Kelsens Staatsrechtslehre kein Rechts-, sondern ein Tatsachenbegriff und die Leerstelle wird klarer.<sup>44</sup>

Die totale Vernichtung der Freiheit durch körperliche und geistige Versklavung ist rechtlich also auch in einem demokratischen Staat möglich.<sup>45</sup> Kelsen hält es als Ausfluss seines schrankenlosen Majoritätsprinzips für ein „vergebliches Bemühen, [...] der Expansion des Staates gegen das Individuum an irgendeinem Punkte eine absolute Schranke“ zu setzen.<sup>46</sup> Eine freiheitliche Ordnung mag man zwar für eine gerechte Ordnung halten, Gerechtigkeit ist aber nur eine mögliche und

<sup>38</sup> DERS., Staatslehre 15.

<sup>39</sup> KELSEN, Übermensch 1 ff.

<sup>40</sup> DERS., Diskussionsbeitrag.

<sup>41</sup> DERS., Staatslehre 107f.

<sup>42</sup> Ebd. 151 ff.

<sup>43</sup> Ebd. 57.

<sup>44</sup> Ebd. 150.

<sup>45</sup> KELSEN, Wesen und Wert 1929, 10f.: „Auch bei schrankenloser Ausdehnung der Staatsgewalt gegen den Einzelnen, also bei völliger Vernichtung der individuellen Freiheit und Negation des liberalen Ideals, ist Demokratie [...] noch möglich“.

<sup>46</sup> DERS., Staatslehre 41.

keine notwendige Eigenschaft einer demokratischen Rechtsordnung.<sup>47</sup> In einer Kategorie wie dem Staatsunrecht im Rechtssinne denkt Kelsen nicht, weil für ihn auch Unrecht geltendes Recht ist, solange es von den zur Gesetzgebung eingesetzten Organen in den für das Gesetzgebungsverfahren festgelegten Verfahrensschritten zustandekommt.<sup>48</sup>

Nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich ist die totale Regelung des Lebens bis in die Betten der Bürger\*innen hinein aber auch für Kelsen doch eher unmöglich, denn zur positiven Rechtsordnung, als deren Bedingung gleichsam, gehört die Wirksamkeit der Rechtsnormen „im großen und ganzen“.<sup>49</sup> Auch als Zwangsordnung muss die Rechtsordnung im Wesentlichen und ohne massive Widerstände von den ihr Unterworfenen befolgt werden. Abweichendes Verhalten wird zwar sanktioniert, das gebietet der Sanktionscharakter des Rechts; dafür muss es aber entdeckt werden. Das heißt im Umkehrschluss aber nur, dass der Staat nicht alles bis in den hinterletzten Winkel der Privatheit der Einzelnen regeln soll oder kann. Es heißt nicht, dass er nicht alles regeln darf. Freiheit ist auch hier kein eigentliches Rechtsproblem, ihre grenzenlose Beschränkung in einer Demokratie ebenfalls nicht. Deshalb also zwingt Kelsen die „sogenannten Grund- und Freiheitsrechte“ in Gänsefüßchen. Gesetze, egal als wie schreiend ungerecht man sie empfindet, gelten solange, wie der negative Gesetzgeber, also das Verfassungsgericht, oder eine neue Majorität sie nicht aufheben. Eine Radbruchsche Formel hat Kelsen zwar auch nach dem Zweiten Weltkrieg nicht entwickelt, mehr als zuvor dann aber doch die gängige Funktion von Freiheitsrechten (je nach ihrer positivrechtlichen Formulierung) als negative Kompetenzbestimmungen, also als Schranken gegenüber dem Gesetzgeber

betont: Der Gesetzgeber ist „entweder überhaupt nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen ermächtigt [...], Normen zu setzen, die Menschen ein Verhalten bestimmter Art wie Religionsausübung, Meinungsäußerung u. dgl. gebieten oder verbieten“.<sup>50</sup>

#### **IV. Die Probe auf's Exempel: Dekonstruktion des subjektiv- öffentlichen Rechts am Beispiel der Eigentumsordnung**

Den Sinn von Grundrechten und des subjektiven Rechts verortet auch Kelsen also in einer Beschränkung der Gestaltungsmacht des Gesetzgebers.<sup>51</sup> Kann es in einer objektiven Rechtsordnung subjektive Rechte wie die Grundrechte aber überhaupt geben?<sup>52</sup> Kelsen findet hier zu derselben Antwort wie die damals noch herrschende positivistische Staatslehre. Subjektiv-öffentliche Rechte wurzeln weder in der tatsächlichen Willensmacht eines Subjekts noch in seiner vorstaatlichen Freiheit. Sie werden ihm vielmehr – in der Regel als Klagebefugnisse – durch das objektive Recht verliehen.<sup>53</sup> Ob man dieses Konstrukt nun subjektives Recht, Berechtigung, Rechtsmacht oder Reflex von Rechtspflichten nennt, der Effekt bleibt der gleiche: Die Gestaltungsmacht des Gesetzgebers gegenüber dem Einzelnen wird gestärkt.<sup>54</sup> Alle klagbaren Grundrechte, private wie politische, können durch Mehrheitsentscheid des Parlaments (je nach Formulierung restlos) gestrichen werden und setzen den Gesetzgeber nicht unter Zwang, seine Eingriffe mit besseren Gründen rechtfertigen zu müssen.

Orientiert man sich dagegen an der einsetzenden antipositivistischen und rechtsbürgerlichen Grundrechtsdogmatik der Weimarer Zeit, die vor allem

<sup>47</sup> DERS., *Gerechtigkeit* 2ff.

<sup>48</sup> DREIER, *Rechtslehre* 232f.

<sup>49</sup> KELSEN, *Rechtslehre* 1960, 218f.; dazu RÖMER, *Kelsen*, 66f.

<sup>50</sup> KELSEN, *Rechtslehre* 1960, 45.

<sup>51</sup> HAMMER, *Rechtstheorie* 178ff.

<sup>52</sup> KELSEN, *Staatslehre* 47.

<sup>53</sup> Ebd. 55–62.

<sup>54</sup> FLECHTHEIM, *Randglossen* 73.

von der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 153 WRV befeuert wurde, dann war die Befugnis des Staates zu Eingriffen in Freiheitsrechte, speziell in das Recht am Eigentum, prinzipiell auf die Regelung der „notwendigsten Belange“,<sup>55</sup> also auf die liberale Rahmengesetzgebung, begrenzt.<sup>56</sup> Die privatrechtliche Eigentumsordnung wurde in den entsprechenden dogmatischen Schriften nicht nur als subjektives Recht, sondern gleich als Institutsgarantie gegen den Gesetzgeber verteidigt.<sup>57</sup> Soziale Zwecke z.B. durfte der Staat dann genauso wenig durch Eingriffe in die bestehende Eigentumsordnung verfolgen wie eine Abmilderung privater Ausbeutung durch Verstaatlichung.<sup>58</sup>

Die Verbissenheit des kelsenschen Kampfes wider die naturrechtliche Begründung subjektiver Rechte des Einzelnen gegen den parlamentarischen Gesetzgeber speist sich deshalb vor allem aus diesem Versuch der Verewigung der privatrechtlichen Eigentumsordnung durch den rechtsbürgerlichen Liberalismus gegen den sozial umgestaltenden parlamentarischen Gesetzgeber der Zwischenkriegszeit.<sup>59</sup>

Kelsen kann trotz seiner Nähe zur Sozialdemokratie zwar nicht als ein Vorreiter für soziale Grundrechte bezeichnet werden. Auf Bitten von Karl Renner nimmt Kelsen in zwei seiner Verfassungsentwürfe für Österreich gleichwohl soziale Grundrechte auf, formuliert sie aber mehr als lustlos.<sup>60</sup> Kelsen glaubt jedoch an eine friedliche Evolution der Gesellschaft durch den Ausgleich

ihrer Konflikte im Kompromiss der Gesetzgebung.<sup>61</sup> Sollen alle Bürger\*innen nicht nur auf dem Papier die gleichen politischen und privaten Rechte haben, also tatsächlich gleich frei sein, muss der Gesetzgeber die massiven wirtschaftlichen Unterschiede zwischen ihnen zumindest ansatzweise aufheben: „Zweifellos ist das Ideal möglicher wirtschaftlicher Gleichheit ein demokratisches. Und daher erst die Sozialdemokratie eine vollkommene Demokratie“.<sup>62</sup> Der reformistische Sozialismus der Zwischenkriegszeit, dem Kelsen mit seinem „Zurück zu Lassalle“ einiges abgewinnen kann, wollte sich dieser, an wohlfahrtsstaatlichen Gerechtigkeitsideen orientieren Umverteilungsaufgabe annehmen.<sup>63</sup> Und davon, dass der parlamentarische Gesetzgeber in der Lage ist, die jeweils soziale Frage der Zeit zu lösen und einen relativen Gleichgewichtszustand in der Gesellschaft herzustellen, hängt für den weitsichtigen Kelsen die Zukunft der Demokratie ab.<sup>64</sup> Kelsen wird deshalb politisch auch als Linksliberaler eingeordnet.<sup>65</sup>

## V. Demokratie als verfassungsgerichtlich garantierte Verfahrensordnung

Die maximale Gestaltungsmacht des demokratischen Gesetzgebers ist also der Dreh- und Angelpunkt in Kelsens Demokratietheorie. Kelsen arbeitet mit einem formalen Demokratiebegriff:

<sup>55</sup> KELSEN, Staatslehre 31.

<sup>56</sup> DERS., Rechtslehre 1960, 141: Die Verleihung subjektiver Rechte „ist eine spezifische Technik der kapitalistischen Rechtsordnung“.

<sup>57</sup> GROH, Grundrechte.

<sup>58</sup> KELSEN, Geschichtsauffassung 105; insg. RÖMER, Kelsen 87 ff.

<sup>59</sup> KELSEN, Sozialismus 106f.: „Der Gedanke eines vom objektiven Recht verschiedenen und in seiner Existenz von ihm unabhängigen Rechtes, das aber nicht weniger, ja vielleicht sogar mehr ‚Recht‘ ist als jenes, soll die Institution des Privateigentums vor seiner Aufhebung durch die Rechtsordnung schützen“.

<sup>60</sup> ERMACORA, Bundesverfassung 35.

<sup>61</sup> KELSEN, Parlamentarismus 43: „Die Freiheit der Demokratie, das ist die Freiheit des Kompromisses, die Freiheit des sozialen Friedens“.

<sup>62</sup> DERS., Wesen und Wert 1920, 30; auch DERS., Wesen und Wert 1929, 93.

<sup>63</sup> Ausf. PRISCHING, Demokratie.

<sup>64</sup> KELSEN, Parlamentarismus 4.

<sup>65</sup> VAN OUYEN, Moderne 94.

Demokratie ist ein Verfahren zur Rechtserzeugung.<sup>66</sup> Die geschriebene Verfassung stellt hierfür die Spielregeln auf, zu denen zwingend formelle Vorgaben und nur fakultativ auch Inhaltsvorgaben für die Staatswillensbildung zählen. Grundrechte – vor allem in ihrer Eigenschaft als negative Kompetenzschränken<sup>67</sup> – beschränken den einfachen Gesetzgeber, um Minoritäten gegen die gesetzgebende Majorität zu schützen. Eine Verfassungsgerichtsbarkeit als Hüterin der Verfassung muss für Kelsen durch die Kontrolle der Einhaltung dieser Spielregeln im Rahmen des Normenkontrollverfahrens deren minderheitenschützende Funktion effektuieren<sup>68</sup> und darf als negative Gesetzgeberin verfassungswidrige Gesetze einkassieren.<sup>69</sup> Der Logik nach erhält die parlamentarische Opposition die Antragsbefugnis, um das Verfassungsgericht hier in Gang zu setzen.<sup>70</sup> Kelsen ist dabei allerdings mehr am Schutz des objektiven Verfassungsrechts gelegen als an einer Verbesserung des Schutzes subjektiver Rechte gegen den Gesetzgeber.<sup>71</sup>

Auch verfassungsrechtlich verbürgte Grundrechte haben allerdings keinen rechtlichen Mehrwert im Vergleich zu einfachen Rechten, wenn ihnen ein einfacher Gesetzesvorbehalt beigegeben wird, wie das zumindest für die Weimarer Reichsverfassung üblich war. Den einfachen Gesetzesvorbehalt kann der einfache Gesetzgeber mit entsprechend einfacher Mehrheit nämlich sogleich nutzen, um die Freiheit, die er eigentlich schützen soll, wieder zu beseitigen.<sup>72</sup> Deshalb plädiert Kelsen für einen verfahrensrechtlichen

Schutz von Grundrechten durch erhöhte Quoren in der Gesetzgebung.<sup>73</sup> Will der Verfassungsgeber darüber hinaus verhindern, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber grundrechtlich geschützte Freiheiten beseitigt, muss er Ewigkeitsklauseln mit Werten, die auch für diesen unantastbar sind, und Quoren, die dieser nicht erreichen kann, in die Verfassung aufnehmen.<sup>74</sup> Das ist vor allem Inhaltsschutz durch Verfahren und insoweit für Kelsens formale Demokratietheorie und Reine Rechtslehre konsequent, als dass Freiheit insbesondere prozedural geschützt wird.

Das Recht kann aber auch in einer geltungspositivistischen Staatslehre der Gestaltungsmacht des demokratischen Gesetzgebers im Stufenbau der Rechtsordnung inhaltliche Grenzen in Form von Grundrechten mit der Folge setzen,<sup>75</sup> dass der einfache Gesetzgeber die grundrechtlich geschützte Freiheit dann zwar ausgestalten, nicht aber verletzen oder vernichten darf. Eine methodisch-dogmatische Antwort auf die Frage, wann neben Verfahrensfehlern verfassungswidrige Grundrechtsverletzungen vorliegen können, bleibt Kelsen jedoch schuldig.<sup>76</sup>

<sup>66</sup> KELSEN, *Wesen und Wert* 1929, 99.

<sup>67</sup> DERS., *Rechtslehre* 1960, 45. Die (inhaltliche) Bindungswirkung der Grundrechte gegenüber dem Gesetzgeber wurde in der Weimarer Staatsrechtslehre allerdings mehrheitlich abgelehnt, vgl. GROH, *Staatsrechtslehrer*, 427 ff. Hierzu noch KELSEN, *Hauptprobleme* 1911, 440: Eine Verpflichtung des Staates bestimmte Gesetze zu erlassen oder zu unterlassen ist für die „juristische Konstruktion schlechterdings unmöglich“.

<sup>68</sup> KELSEN, *Wesen und Wert* 1929, 75.

<sup>69</sup> Ebd. 75; KELSEN, *Staatsgerichtsbarkeit* 46.

<sup>70</sup> DERS., *Staatsgerichtsbarkeit* 56; weiter noch DERS., *Österreich* 154f.

<sup>71</sup> STOURZH, *Bundesverfassung* 330.

<sup>72</sup> KELSEN, *Staatslehre* 156.

<sup>73</sup> DERS., *Wesen und Wert* 1929, 54: „[...] daß Maßnahmen, die in gewisse nationale, religiöse, wirtschaftliche oder allgemein geistige Interessenssphären eingreifen, nur mit Zustimmung einer – qualifizierten – Minorität [...] möglich sind“.

<sup>74</sup> Näher HIDALGO, *Paradox* 103; wenig verständlich hier HWANG, *Grundrechtsbindung* 225.

<sup>75</sup> KELSEN, *Staatsgerichtsbarkeit* 3, 7f.; DERS., *Hüter* 70f.; LEPSIUS, *Pfadabhängigkeit* 258f.

<sup>76</sup> SCHÖNBERGER, *Kelsen–Renaissance* 215.

## VI. Methodik: oder der maximale Respekt vor dem demokratischen Gesetzgeber

Kelsen erhält im Frühjahr 1919 von Karl Renner den Auftrag, einen Verfassungsentwurf für Österreich auszuarbeiten. Er soll nach Möglichkeit alles Brauchbare aus der alten Verfassung beibehalten und schauen, wo er aus dem Zweiten Teil der Weimarer Reichsverfassung abkupfern kann.<sup>77</sup> Der Weimarer Grundrechtskatalog beruhte in all seiner bunten Vielfalt auf einem wohlwollenden Kompromiss aller damals an der Verfassunggebung beteiligten Parteien. Zwar wird er bereits in der Nationalversammlung als „salatähnliche Komposition“ madig gemacht, gerade aber die Sozialdemokratie und der politische Katholizismus können gut mit ihm leben. In Österreich erhofft man sich deshalb von einer Anlehnung des B-VG an den deutschen Grundrechtsteil eine schnelle Einigung zwischen Sozialdemokratie und Christlich-Sozialen über die materiellen Werte der österreichischen Demokratie.<sup>78</sup> Natürlich führt aber auch in Österreich die Grundrechtsfrage zu den größten politischen Verwerfungen, bis man sich schließlich auf Altbewährtes besinnt und die Grundrechte des Staatsgrundgesetzes über die „allgemeinen Rechte der Staatsbürger“ von 1867 in die neue Verfassung übernimmt. Man darf wohl sagen, dass Kelsen froh darüber ist, da er die mehr als 50 Jahre alten Landeshüter nicht für das schlechteste Produkt des politischen Liberalismus hält.<sup>79</sup>

Kelsen ist selbst Verfassungsrichter<sup>80</sup> und setzt sich in seiner Amtszeit mit etlichen Normenkontrollanträgen auseinander. Der Respekt des Juristen vor dem demokratischen Gesetzgeber fließt

dabei in seine Methodik der Grundrechtsauslegung hinein. Die Anleitung zur Verfassungsrechtsprechung, die das Amalgamat aus Demokratie- und Rechtslehre dem Verfassungsrichter bietet, lässt sich dabei aber mehr aus Kelsens eigener Spruchrichtertätigkeit ablesen als aus seiner Theorie.

In seiner Reinen Rechtslehre verspricht Kelsen zwar, der Rechtswissenschaft auch eine Interpretationslehre an die Hand zu geben,<sup>81</sup> seine Ausführungen hierzu bleiben allerdings zeitlebens auf dem Stand von 1934 stehen. In einem methodenkritischen Aufsatz aus diesem Jahr nimmt Kelsen zum ersten und letzten Mal die Auslegungsmethoden im Recht auf's Korn.<sup>82</sup>

Nach der Reinen Rechtslehre kann die Interpretation von Normen nur darin bestehen, dass der Inhalt ihres rechtlichen Sollens festgestellt wird.<sup>83</sup> Gerade die Grundrechte lesen sich in der Regel jedoch wie Lapidarformeln, aus denen sich rechtswissenschaftlich abgesicherte, weil methodisch zwingende Aussagen über ihren Inhalt nicht ableiten lassen. Stufenbau der Rechtsordnung und sprachliche Mehrdeutigkeiten allgemeiner Gesetze führen deshalb bei der auf die Verfassung angewandten Interpretationslehre dazu, dass materielles Verfassungsrecht nur als offene Rahmenordnung für die es konkretisierenden Staatsorgane fungieren kann: „So kann das Ergebnis einer Rechtsinterpretation nur die Feststellung des Rahmens sein [...] und damit die Erkenntnis mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens gegeben sind.“<sup>84</sup> Sind aber mehrere Entscheidungen innerhalb der verfassungsrechtlichen Rahmenordnung rechtswissenschaftlich gleichrichtig, stellt sich die Kernfrage nach der Machtverteilung zwischen dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber und dem demo-

<sup>77</sup> KELSEN, Österreichisches Staatsrecht 161; OLECHOWSKI, Kelsen 278.

<sup>78</sup> STOURZH, Bundesverfassung 327.

<sup>79</sup> OLECHOWSKI, Kelsen 290.

<sup>80</sup> JABLONER, Entwicklung 146–148.

<sup>81</sup> KELSEN, Rechtslehre 1960, 1.

<sup>82</sup> DERS., Interpretation 1117.

<sup>83</sup> DERS., Rechtslehre 1960, 346 ff.

<sup>84</sup> Ebd. 349; ausf. RÖMER, Kelsen 87 ff.

kratisch weniger gut legitimierten Verfassungsgericht bei der Verwerfung von Gesetzen. Eine tragfähige rechtstheoretische Antwort auf die Frage, wie sich mit rechtswissenschaftlichen Methoden erkennen lässt, was zum rechtlichen Rahmen des Gesetzgebers gehört, wann dieser also überschritten wird, wer den Vorrang bei der Interpretation mehrdeutiger Verfassungsvorschriften hat, und wann die rechtlich ungebundene Entscheidungspraxis anfängt, hat Kelsen nicht gegeben.

Rechtspolitisch fällt ihm dazu nur ein, den Text von Grundrechten weniger poetisch und mehr prosaisch-technisch zu formulieren, damit er eindeutiger ist. Die juristisch vertretbaren Auslegungsmethoden reduziert er auf zwei: den Wortlaut einer Norm und den historischen Willen des (Verfassungs-)Gesetzgebers.<sup>85</sup> Werkimmanent und aus heutiger Sicht kann man diese Auswahl kritisieren, in der Zwischenkriegszeit bedeutete die Kombination beider Auslegungsmethoden dagegen den Schutz der parlamentarischen Mehrheitsentscheidung gegen eine antisoziale, antidemokratische und antiparlamentarische Klassenjustiz. Allein auf den Wortlaut einer Norm und den *original intent* des Verfassungsgebers bei ihrer Auslegung zu setzen, widerspricht zwar nicht nur Kelsens eigenem Norm- und Sprachverständnis, sondern richtet sich auch gegen die Machbarkeit der Rechtsordnung, für die Kelsen sich sonst so stark macht.<sup>86</sup> Hier liegt ein potentieller Bruch zwischen politischem Anspruch und juristischer Theorie. Beides, Kleben an Wortlaut und Willen des Verfassungsgebers wie auch die Forderung, Grundrechte präzise abzufassen, ist aber gerade der rechtsbürgerlichen Richterherrschaft des Reichsgerichts der Weimarer Republik über Verfassungs- und Gesetzgeber geschuldet. Gegen den Willen des Verfassungsge-

bers und auch gegen den Wortlaut von Grundrechten haben Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen die soziale Gesetzgebung in Weimar ausgehebelt,<sup>87</sup> seine Entscheidungen in Strafsachen haben die republikanische Zivilgesellschaft mundtot gemacht.<sup>88</sup>

Für das Verhältnis von Gesetzgeber und Verfassungsgericht ergibt sich also zumindest implizit folgende Rangfolge: Bei der äquivoken Verfassungskonkretisierung geht der Gesetzgeber in Vorlage. Das Verfassungsgericht prüft, ob der Gesetzesbeschluss falsch ist, weil er gegen den rechtlichen Rahmen, den die Verfassung ihm aufspannt, verstößt. Ohne dass Kelsen dies selbst schreibt – im Gegenteil<sup>89</sup> – weist sein Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung und seine Beschränkung juristisch abgesicherter Interpretation von Rechtsbegriffen auf den Wortlaut und den historischen Willen des Verfassungsgebers ein auch aus seiner Demokratietheorie ableitbares Resultat auf: Der Gesetzgeber, der die offene Verfassung konkretisiert, hat einen weiten inhaltlichen Spielraum, um das soziale Leben nach dem Willen der Mehrheit und ihren Vorstellungen von sozialer Gerechtigkeit zu gestalten.<sup>90</sup> Diesen Spielraum muss das Verfassungsgericht achten. Es darf in die Verfassung nichts hineinlesen, was nicht in ihr steht.<sup>91</sup> Wird die Frage, ob ein Gesetz, das innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens bleibt, gut oder gerecht ist, aber gleichwohl zum Maßstab für eine normverwendende Entscheidung des Gerichts, lässt sich diese Entscheidung nicht mit dem höheren Willen des Verfassungsgebers legitimieren, sondern ist Politik des Gerichts.<sup>92</sup>

Kelsen hat das in einem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs in der Nachkriegszeit vorexerziert, in dem seine Demokratietheorie und seine Rechtslehre in Form von Grundrechtsverständ-

<sup>85</sup> Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit 40; Ders., Hüter 76.

<sup>86</sup> Ders., Staatslehre 151; Ders., Wesen und Wert 1929, 101.

<sup>87</sup> Groh, Grundrechte.

<sup>88</sup> Hannover, Hannover-Drück, Politische Justiz.

<sup>89</sup> Kelsen, Hüter 80; Grimm, Interpretationslehre 155 ff.

<sup>90</sup> Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit 3.

<sup>91</sup> Öhlinger, Kelsen 417.

<sup>92</sup> Kelsen, Hüter 67.

nis und Interpretationslehre kulminieren. Er beharrt auf dem Vorrang des Gesetzgebers vor der Verfassungsgerichtsbarkeit bereits bei der Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Rahmens: Mit einer Art Mietpreisbremse wollte der Gesetzgeber Mieter vor Kündigung schützen, die durch den Krieg und die anschließende Inflation in finanzielle Schwierigkeiten und mit ihren Mieten in Rückstand geraten waren. Gegenstand der Verfassungsklage war eine als verfassungswidrig behauptete Enteignung von Vermietern, die die vertraglichen Mietschulden ihrer Mieter nicht mehr mit einer Wohnraumkündigung kontern durften, sondern diese Mieter weiter bei sich wohnen lassen mussten. Da der Gebrauch des grundrechtsgleichen Eigentums gemäß §§ 364 f. ABGB dem Allgemeinwohl verpflichtet ist und dementsprechend auch eingeschränkt werden kann, heißt es in dem Erkenntnis: „[Es] muß auf das nachdrücklichste betont werden, daß sich der Verfassungsgerichtshof auf eine Erörterung dieser Frage [was nämlich das Allgemeinwohl ist, Anm. Verf.] nicht einlassen kann. Das allgemeine Wohl [...] ist ein juristisch gar nicht faßbarer Begriff, es ist ausschließlich Sache des Gesetzgebers, das Vorhandensein dieser Voraussetzung festzustellen“.<sup>93</sup>

## VII. Fazit: später liberaler Turn ohne rechtstheoretisches Ergebnis

Die Grundrechte als Symbole des Freiheitskampfes für eine bürgerlich-liberale Demokratie beschäftigen Kelsen zwar, in ihrer freiheitverheißenden Wirkung lassen sie sich aber weder in seine Rechts- noch in seine Demokratietheorie ohne logische Brüche integrieren. Doch wird sein

Ton im Laufe der Zeit immer affirmativer, wenn er von Grundrechten und Liberalismus spricht.<sup>94</sup> Bereits kurz nach der Zerstörung der Weimarer Republik gehören die „geistigen Freiheiten“ für ihn zum „Lebensprinzip der Demokratie“.<sup>95</sup> Nach dem Zweiten Weltkrieg bezeichnet er die Demokratie als gerechte Staatsform, weil sie die Freiheit der Menschen sichert.<sup>96</sup> Mit den Foundations von 1955 reichert Kelsen dann seinen vorher fast schroff formalen Demokratiebegriff inhaltlich offensiv mit liberalen Maximen an: „Modern democracy cannot be separated from political liberalism“.<sup>97</sup> Die liberale Demokratie wird auch bei Kelsen selbst zu einem Gerechtigkeitsideal und begrifflich mit der formalen Demokratie verschmolzen.<sup>98</sup> Der Perspektivwechsel lässt sich leicht erklären. Nach 15 Jahren im kalifornischen Exil sind die Maximen des amerikanischen Liberalismus in Kelsens politische Theorie eingedrungen, den konstruierten deutschen Gegensatz von Liberalismus und Demokratie schwächt er ab, den Kapitalismus verteufelt er nicht mehr.<sup>99</sup> Auch die Abschaffung seiner Freiheit durch das deutsche Volk 1933 und die totale Herrschaft der Nationalsozialisten haben in Kelsens Sinneswandel mit hineingespielt. Das Freiheitsideal der Demokratie bedeutet nun Restriction of governmental Power,<sup>100</sup> also Beschränkung des Staatswillens im Interesse einer hier nun doch offenbar vorstaatlich gedachten Freiheit.<sup>101</sup> Rechtstheoretische Konsequenzen hat sein Sinneswandel nicht mehr gehabt.

<sup>93</sup> VfGH E 4/28 VfSlg. 1123.

<sup>94</sup> MATERN, Liberalismus 229f.

<sup>95</sup> KELSEN, Wissenschaft 241.

<sup>96</sup> DERS., Gerechtigkeit 16.

<sup>97</sup> DERS., Foundations 287.

<sup>98</sup> DERS., Rechtslehre 1960, 667.

<sup>99</sup> DERS., Foundations 253, 287.

<sup>100</sup> Ebd. 253.

<sup>101</sup> Ebd. 287.

## Korrespondenz:

Prof. Dr. Kathrin GROH  
 Universität der Bundeswehr München  
 Institut für öffentliches Recht und Völkerrecht  
 Werner-Heisenberg-Weg 39  
 D-85579 Neubiberg  
 kathrin.groh@unibw.de  
 ORCID-Nr. 0009-0008-7526-5843

## Abkürzungen:

Siehe das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
[\[http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf\]](http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf)

## Literatur:

Horst DREIER, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (Baden-Baden 1990).

DERS., Kelsens Demokratietheorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme, in: Robert WALTER, Clemens JABLONER (Hgg.), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung (Wien 1997) 79–102.

Felix ERMACORA, Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen (Wien 1982).

Ossip K. FLECHTHEIM, Recht und Gesellschaft: Einige pluralistisch-soziologische Randglossen zur Reinen Rechtslehre, in: Salo ENGEL (Hg.), Law, State and the International Legal Order (Knoxville 1964) 71–83.

Kathrin GROH, Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik (Tübingen 2010).

DIES., Zu den Grundrechten der Weimarer Reichsverfassung, in: Die öffentliche Verwaltung 72 (2019) 598–609.

Stefan HAMMER, Braucht die Rechtstheorie einen Begriff vom subjektiven Recht? Zur objektivistischen Auflösung des subjektiven Rechts bei Kelsen, in: Stanley L. PAULSON (Hg.), Hans Kelsen (Tübingen 2005) 176–190.

Heinrich HANNOVER, Elisabeth HANNOVER-DRÜCK, Politische Justiz 1918–1933 (Berlin 2019).

Carlos Miguel HERRERA, Kelsen als Demokrat und Freiheitsdenker, in: Niketas ALIPRANTES (Hg.), Hans Kelsen (Wien 2014) 95–107.

Oliver HIDALGO, Hans Kelsen und das Paradox der wehrhaften Demokratie, in: Elif ÖZMEN (Hg.), Hans Kelsens politische Philosophie (Tübingen 2017) 95–111.

Shu-Perng HWANG, Die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers aus der Sicht Hans Kelsens, in: Der Staat 54 (2015) 213–229.

Clemens JABLONER, Hans Kelsen und die Entwicklung des B-VG 1920, in: DERS. (Hg.), Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen (Wien 2020) 143–155.

Hans KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (Tübingen <sup>1</sup>1911).

DERS., Vom Wesen und Wert der Demokratie (<sup>1</sup>1920), in: Matthias JESTAEDT, Oliver LEPSIUS (Hgg.), Verteidigung der Demokratie: Aufsätze zur Demokratietheorie von Hans Kelsen (Tübingen 2006) 1–33

DERS., Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Tübingen <sup>2</sup>1923, ND Aalen 1960).

DERS., Österreichisches Staatsrecht (Tübingen 1923, ND Aalen 1970).

DERS., Allgemeine Staatslehre (Wien 1925).

DERS., Probleme des Parlamentarismus (Wien 1925).

DERS., Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung (Wien 1926).

DERS., Das Wesen des Staates, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit 1 (1926) 5–17.

DERS., Diskussionsbeitrag, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Staatsrechtslehrer 3 (1927) 53–55.

DERS., Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (Berlin 1928).

DERS., Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: Juristische Wochenschrift 58 (1929) 1723–1726.

DERS., Die Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (1929), in: Robert Chr. VAN OUYEN (Hg.), Hans Kelsen. Wer soll Hüter der Verfassung sein? (Tübingen <sup>2</sup>2019) 1–57.

DERS., Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen <sup>2</sup>1929 (ND Aalen 1963).

DERS., Wer soll Hüter der Verfassung sein? (1930/31), in: Robert Chr. VAN OUYEN (Hg.), Hans Kelsen. Wer soll Hüter der Verfassung sein? (Tübingen <sup>2</sup>2019) 58–105.

DERS., Die Entwicklung des Staatsrechts in Österreich seit dem Jahre 1918, in: Gerhard ANSCHÜTZ, Richard THOMA (Hgg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 1 (Tübingen 1930) 147–165.

DERS., Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung (1931), in: Demokratie und Sozialismus: ausgewählte Aufsätze, hg. v. Norbert LESER (Wien 1967) 69–136.

DERS., Verteidigung der Demokratie (1932), in: Demokratie und Sozialismus: ausgewählte Aufsätze, hg. v. Norbert LESER (Wien 1967) 60–68.

DERS., Staatsform und Weltanschauung (1933), in: Hans KLECATSKY u.a. (Hgg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Bd. 2 (Wien 2010) 1923–1943.

- DERS., Zur Theorie der Interpretation (1934), in: Hans R. KLECATSKY u.a. (Hgg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross, Bd. 2 (Wien 2010) 1113–1121.
- DERS., Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Leipzig-Wien <sup>1</sup>1934, ND Tübingen 2008).
- DERS., Wissenschaft und Demokratie (1937), in: Matthias JESTAEDT u.a. (Hgg.), Verteidigung der Demokratie: Aufsätze zur Demokratietheorie von Hans Kelsen (Tübingen 2006) 238–247.
- DERS., Was ist Gerechtigkeit? (Wien 1953).
- DERS., Demokratie und Sozialismus, in: Norbert LESER (Hg.), Demokratie und Sozialismus: ausgewählte Aufsätze (Wien 1967) 170–201.
- DERS., Foundations of Democracy (1955), in: Matthias JESTAEDT u.a. (Hgg.), Verteidigung der Demokratie: Aufsätze zur Demokratietheorie von Hans Kelsen (Tübingen 2006) 248–385.
- DERS., Reine Rechtslehre (Wien <sup>2</sup>1960, ND Tübingen 2017).
- Oliver LEPSIUS, Hans Kelsen und die Pfadabhängigkeit in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Matthias JESTAEDT (Hg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses (Tübingen 2013) 241–266.
- Wolfgang LUTHARDT, Politiktheoretische Aspekte im „Werk“ von Hans Kelsen, in: Richard SAAGE (Hg.), Solidargemeinschaft und Klassenkampf (Frankfurt am Main 1986) 149–166.
- Stefan MATERN, Hans Kelsens kritischer Liberalismus. Freiheit, Rechtsstaatlichkeit und Volkssouveränität, in: Zeitschrift für Politische Theorie 11 (2020) 225–239.
- Erhard MOCK, Hans Kelsens Verhältnis zum Liberalismus, in: Werner KRAWIETZ u.a. (Hgg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (Berlin 1982) 439–444.
- Theo ÖHLINGER, Hans Kelsen. Vater der österreichischen Bundesverfassung, in: Gerald KOHL u.a. (Hgg.), FS für Wilhelm Brauner (Wien 2008) 407–424.
- Thomas OLECHOWSKI, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers (Tübingen 2020).
- Robert Chr. VAN OUYEN, Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie (Berlin 2003).
- Manfred PRISCHING, Formale und soziale Demokratie, in: Werner KRAWIETZ u.a. (Hgg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (Berlin 1982) 459–481.
- Christoph SCHÖNBERGER, Kelsen–Renaissance? Ein Versuch über die Bedingungen ihrer Möglichkeit im deutschen öffentlichen Recht der Gegenwart, in: Matthias JESTAEDT (Hg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses (Tübingen 2013) 207–222.
- Gerald STOURZH, Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie, in: DERS., Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates (Wien 1989) 309–334.