

Beiträge zur Politischen Wissenschaft

---

Band 125

# Der Staat der Moderne

Hans Kelsens Pluralismustheorie

Von

Robert Chr. van Ooyen

Zweite, erweiterte Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

ROBERT CHR. VAN OUYEN

Der Staat der Moderne

Beiträge zur Politischen Wissenschaft

Band 125

# Der Staat der Moderne

Hans Kelsens Pluralismustheorie

Von

Robert Chr. van Ooyen

Zweite, erweiterte Auflage



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Auflage 2003

Alle Rechte vorbehalten  
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 0935-6053  
ISBN 978-3-428-18008-0 (Print)  
ISBN 978-3-428-5 8008-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Statt eines Vorworts

Man kann heute nicht mehr modern sein.

*Evelyne Boho*, Politikwissenschaftlerin



Der Staat ist eine Vielheit von Bürgern.  
Das ist die ehrwürdigste und die gültigste Bestimmung des Staates. Sie  
steht am Anfang der europäischen, der okzidentalischen Staatslehre und  
Staatswirklichkeit: Aristoteles hat sie gegeben.

*Dolf Sternberger*, „Ich wünsche ein Bürger zu sein“.  
Neun Versuche über den Staat

Quid est enim civitas nisi iuris societas civium?  
(Was ist denn die Bürgerschaft wenn nicht die Rechtsgemeinschaft  
der Bürger?).

*Marcus Tullius Cicero*, De Re Publica





# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	13
-------------------------	----

## *Erster Teil*

<b>Verfassung und pluralistische Demokratie</b>	24
---	----

### Abschnitt A

<b>Normative Staatstheorie als Pluralismustheorie</b>	24
---	----

§ 1 Einführung: Die Verfassung des Pluralismus .....	24
§ 2 Staat und Recht .....	27
1. Zwei Seiten einer ursprünglichen Macht? Die Kritik an Jellinek .....	28
2. Magd der Theologie: Die Kritik am Naturrecht .....	39
§ 3 Rechtspositivismus als Verfassungstheorie pluralistischer Demokratie .....	45
1. Die Begründung der Gemeinschaft durch das Gesetz .....	45
2. Gemeinwohl, Wettbewerb und Legitimation durch Verfahren .....	51
3. Das Verhältnis von Verfassung, Macht und Demokratie .....	55
a) Identität von Recht und Macht .....	55
b) Relativismus als radikaler Pluralismus .....	63

### Abschnitt B

<b>Eine realistische Theorie pluralistischer Demokratie</b>	70
---	----

§ 4 Politisch-anthropologische Prämissen .....	70
1. Machtrealismus und Pluralismus .....	71
2. Primitive Horde und zivilisierte Moderne .....	79
§ 5 Freiheit und Gleichheit .....	89
1. Selbsttäuschung: Die Kritik an Rousseau .....	89

2. Mehrheitsprinzip und oppositionelle Minderheit .....	96
3. Lob des Kompromisses statt Freund-Feind-Entscheidung .....	100
§ 6 Parteienpluralismus und Parlamentarismus .....	104
1. Parlamentarische Parteiendemokratie .....	104
a) Funktion und rechtliche Verankerung der Parteien .....	107
b) Fiktion der Repräsentation und Funktion des Parlamentarismus .....	112
2. Freiheit für die Feinde der Freiheit: Pluralismus und Extremismus .....	123
§ 7 Pluralismus und Verfassungsgerichtsbarkeit .....	129

### *Zweiter Teil*

#### **Kritik der Pluralismuskritiker** 140

§ 8 Einführung: Antitotalitarismus und Kritik der politischen Theologie .....	140
---	-----

#### Abschnitt C

#### **Linke Pluralismuskritik: Klassengemeinschaft und Geschichtstheologie** 146

§ 9 Eigentum und Herrschaft .....	147
§ 10 Freund-Feind I .....	151

#### Abschnitt D

#### **Rechte Pluralismuskritik: Volksgemeinschaft und Staatstheologie** 157

§ 11 Kritik an Triepels Parteienkritik .....	157
§ 12 Freund-Feind II: Die Kritik an Schmitt .....	161
1. Schmitts Pluralismuskritik .....	163
a) Gott und Teufel: Politische Theologie gegen Positivismus .....	163
b) Politische Einheit, Staat und Verfassung .....	171
c) (Totalitäre) Demokratie gegen (pluralistischen) Parlamentarismus .....	177
2. Verfassungsgericht gegen Präsident: Wer hütet was? .....	181
§ 13 Der Staat als Integration? Die Kritik an Smend .....	192
1. Politische Einheit und Verfassung .....	193
2. Antiparlamentarismus und Antipluralismus .....	197

Inhaltsverzeichnis	11
§ 14 Quadratur des Kreises: Die Parteienstaatslehre von Leibholz	202
Abschnitt E	
<b>Exkurs: Präsidialer Integrator?</b>	211
§ 15 Die Rezeption von Smend – z. B. in der Staatslehre von Herzog	211
<i>Dritter Teil</i>	
<b>Rezeption – Totalitarismustheorie und Neo-Pluralismus</b>	222
Abschnitt F	
<b>Rechte Rezeption: Von Kelsen zu Voegelin</b>	223
§ 16 Voegelin im Kontext der Totalitarismusforschung	223
§ 17 Politische Religion als Kritik an Kelsen und Schmitt	229
1. Volk als politische Religion: Schmitt	231
2. Positivistischer Allmachtswahn: Kelsen	234
Abschnitt G	
<b>Linke Rezeption: Von Kelsen zu Fraenkel</b>	243
§ 18 Klassenkampf nicht Pluralismus: Fraenkels Weimarer Schriften	245
§ 19 Neo-Pluralismus als Kritik an Kelsen und Schmitt	256
<b>Zusammenfassung</b>	269
<b>Literaturverzeichnis</b>	281
<b>Sachverzeichnis</b>	315
<i>Nachtrag</i>	
§ 20 „Weimar“ – ein Paradigmenwechsel	319
§ 21 Staatslehre ohne „Staat“ – Demokratietheorie ohne „Volk“	331
Autorenhinweis	349

## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APSR	American Political Science Review
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BMI	Bundesministerium des Innern
BT-Drcks.	Bundestag-Drucksache
BVerfG/E	Bundesverfassungsgericht / Entscheidung
EJIL	European Journal of International Law
FdGO	Freiheitliche demokratische Grundordnung
FS	Festschrift
GG/K	Grundgesetz / Kommentar
HB	Handbuch
HBdP	Handbuch der Politik (Weimarer Republik)
HBDtStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts (Weimarer Republik)
HBStRBRD	Handbuch des Staatsrechts der BRD
HWBStWiss	Handwörterbuch der Staatswissenschaften (Weimarer Republik)
JB	Jahrbuch
JBöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JW	Juristische Wochenschrift
MEW	Marx Engels Werke
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
ÖZfP	Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft
ÖZöRV	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
PartG	Parteiengesetz
PVS	Politische Vierteljahresschrift
RuP	Recht und Politik, Vierteljahresshefte für Rechts- und Verwaltungspolitik
SRP	Sozialistische Reichspartei
VN	Vereinte Nationen (Zeitschrift)
(V)VdStRL	(Veröffentlichungen) der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZöR	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPol	Zeitschrift für Politikwissenschaft

## Einleitung

„Jurist des Jahrhunderts“<sup>1</sup> – das ist es, was man mit Hans Kelsen, dem Begründer der „Reinen Rechtslehre“<sup>2</sup> und „Wiener Schule“ assoziiert. Die Leistung seiner Rechtslehre sei in einem Atemzug zu nennen mit dem „bahnbrechenden Charakter der Psychoanalyse Sigmund Freuds oder der Relativitätstheorie Albert Einsteins“<sup>3</sup>. Fast kaum noch zu überblickende Arbeiten beschreiben daher sein rechtswissenschaftliches Werk: von der ersten Festschrift noch zur Weimarer Zeit<sup>4</sup> über die Schriftenreihe des Kelsen-Instituts<sup>5</sup> bis hin zu zahlreichen Monografien und Sammelbänden über einzelne Werkabschnitte<sup>6</sup>, rechtstheoretische Grundfragen und

---

<sup>1</sup> Dreier, Horst, Hans Kelsen (1881–1973): „Jurist des Jahrhunderts“?; in: Heinrichs, Helmut / Franzki, Harald / Schmalz, Klaus / Stolleis, Michael (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, München 1993, S. 705 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. (1960), Nachdr. Wien 1992.

<sup>3</sup> So Leser, Norbert, Wertrelativismus, Grundnorm und Demokratie, in: Ders., Sozialismus zwischen Relativismus und Dogmatismus, Aufsätze im Spannungsfeld von Marx und Kelsen, Freiburg 1974, S. 137.

<sup>4</sup> Vgl. *Verdross*, Alfred (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, FS Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet (1931), Nachdr. Frankfurt / M. 1967; zuletzt: *California Law Review* (Hrsg.), Essays in Honor of Hans Kelsen, Celebrating the 90<sup>th</sup> Anniversary of His Birth, South Hackensack 1971 und *Merkl*, Adolf J. u. a. (Hrsg.), FS für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, Wien 1971; zur Person Kelsens vgl. *Métall*, Rudolf Aladár, Hans Kelsen, Leben und Werk, Wien 1969; *Walter*, Robert, Hans Kelsen – Ein Leben im Dienst der Wissenschaft (mit chronologischem und systematischem Werksverzeichnis), Schriftenreihe Hans Kelsen-Institut, Bd. 10, Wien 1985; *Koja*, Friedrich (Hrsg.), Hans Kelsen oder die Reinheit der Rechtslehre, Wien u. a. 1988; *Ladavac*, Nicoletta B., Hans Kelsen (1881–1973), Biographical Note and Bibliography; in: EJIL, 1998, S. 391 ff.

<sup>5</sup> Vgl. z. B. *Paulson*, Stanley / *Walter*, Robert, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars 1985/86, Schriftenreihe Hans Kelsen-Instituts, Bd. 11, Wien 1986; *Walter*, Robert, Rechtstheorie und Erkenntnislehre gegen Reine Rechtslehre, Eine Buchbesprechung und eine Erwiderung, Schriftenreihe Hans Kelsen-Institut, Bd. 15, Wien 1990 (in Erwiderung auf: *Winkler*, Rechtstheorie und Erkenntnislehre, s. Fn 8).

<sup>6</sup> Vgl. z. B. *Schmitz*, Georg, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung, Hans Kelsen – Institut, Schriftenreihe Bd. 6, Wien 1981; allein zu den völkerrechtlichen Arbeiten vgl. aktuell die beiden Monografien: *Rub*, Alfred, Hans Kelsens Völkerrechtslehre, Versuch einer Würdigung, Zürich 1995 und *von Bernstorff*, Jochen, Der Glaube an das universale Recht, Zur Völkerrechtstheorie Hans Kelsens und seiner Schüler, Baden-Baden 2001; zu Aspekten des Spätwerks der Allgemeinen Theorie der Normen vgl. z. B.: *Opalek*, Kazimierz, Überlegungen zu Hans Kelsens „Allgemeiner Theorie der Normen“, Schriftenreihe Hans Kelsen-Institut, Bd. 4, Wien 1980; *Weinberger*, Ota, War Kelsen Antipsycholog?; in: Rechtstheorie, 26 / 1995, S. 563 ff.

Rezeptionslinien – zum Teil vergleichend<sup>7</sup> und bis heute nicht abbreißend<sup>8</sup>. Das legt den Schluss nahe, über die Kelsensche Lehre ließe sich nun wirklich nichts Neues mehr sagen – und das mag auch für die gängigen, ganz überwiegend der juristischen Sicht folgenden Interpretationsmuster zutreffen.

Nur eher vereinzelt finden sich aber Beiträge, die Kelsen überhaupt als politischen Theoretiker thematisieren<sup>9</sup>. Außer Arbeiten aus österreichischer Perspektive im ideengeschichtlichen Kontext<sup>10</sup> von Austromarxismus und Kelsenscher Marxismuskritik<sup>11</sup> sind es vor allem zwei Sammelbände in den 80er Jahren gewesen, die Kelsens ideologiekritische und demokratietheoretische Leistungen endlich breiter analysierten<sup>12</sup>. Zu Beginn der 80er Jahre wurde auch in einem kurzen Beitrag er-

---

<sup>7</sup> Vgl. z. B. *Hans Kelsen-Institut* (Hrsg.), Schriftenreihe Bd. 2, Der Einfluß der Reinen Rechtslehre auf die Rechtstheorie in verschiedenen Ländern, Wien 1978; darin zur schwierigen deutschen Rezeption: *Achterberg*, Norbert, Die Reine Rechtslehre in der Staatstheorie der Bundesrepublik Deutschland, S. 7 ff.; *Hebeisen*, Michael, W., Souveränität in Frage gestellt. Die Souveränitätslehren von Hans Kelsen, Carl Schmitt und Hermann Heller im Vergleich, Baden-Baden 1995.

<sup>8</sup> Vgl. z. B.: *Vonlanthen*, Albert, Zu Hans Kelsens Anschauung über die Rechtsnorm, Berlin 1965; *Weinberger*, Ota, Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, Eine Auseinandersetzung mit Hans Kelsens Theorie der Normen, Berlin 1981; *Winkler*, Günther, Rechtstheorie und Erkenntnislehre, Kritische Anmerkungen zum Dilemma von Sein und Sollen in der Reinen Rechtslehre aus geistesgeschichtlicher und erkenntnistheoretischer Sicht, Wien – New York 1990; *ders.*, Rechtswissenschaft und Rechtfertigung, Methoden- und erkenntnistheoretische Gedanken über Hans Kelsens Lehre und das Verwaltungsrecht, Wien – New York 1994; *Weinberger*, Ota/*Krawietz*, Werner (Hrsg.), Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzer und Kritiker, Wien – New York 1988; *Carrino*, Agostino/*Winkler*, Günther (Hrsg.), Rechtfertigung und Reine Rechtslehre, Wien – New York 1995; *Heidemann*, Carsten, Die Norm als Tatsache, Zur Normentheorie Hans Kelsens, Baden-Baden 1997; aktuell m. w. N.: *Walter*, Robert, Hans Kelsens Rechtslehre, Baden-Baden 1999; *Lippold*, Rainer, Recht und Ordnung, Statik und Dynamik der Rechtsordnung, Wien 2000.

Auf zwei neue Monografien sei zudem wenigstens hingewiesen, auch wenn sie bei der vorliegenden Arbeit wegen Abschlusses des Manuskriptes nicht mehr berücksichtigt werden konnten: *Jablonek*, Clemens/*Stadler*, Friedrich (Hrsg.), Logischer Empirismus und reine Rechtslehre, Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule, Wien 2001; *Somek*, Alexander, Hans Kelsen und die Legitimität demokratischer Herrschaft, 2001.

<sup>9</sup> Die erste Monografie, die sich so mit Kelsen auseinandersetzt, ist die Arbeit von *Reinhold Horneffter* noch aus den 20er Jahren: Hans Kelsens Lehre von der Demokratie, Ein Beitrag zur Kritik der Demokratie, Erfurt 1926.

<sup>10</sup> Hier ist vor allem Norbert Leser zu nennen, der sich in einer ganzen Reihe von Aufsätzen mit Kelsen auseinandergesetzt und auch Arbeiten neu herausgegeben hat; vgl. z. B. *Leser*, Sozialismus zwischen Relativismus und Dogmatismus bzw. *Kelsen*, Demokratie und Sozialismus, Ausgewählte Aufsätze, hrsgg. von N. Leser, Wien 1967.

<sup>11</sup> Vgl. z. B. *Hans Kelsen-Institut* (Hrsg.), Reine Rechtslehre und marxistische Rechtstheorie, Schriftenreihe Band. 3, Wien 1978.

<sup>12</sup> *Krawietz*, Werner/*Topitsch*, Ernst/*Koller*, Peter (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, Reihe Rechtstheorie, Beiheft 4, Berlin 1982 und *Krawietz*, Werner/*Schelsky*, Helmut (Hrsg.), Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen, Reihe Rechtstheorie, Beiheft 5, Berlin 1984; vgl. auch schon zuvor *Topitsch*, Hans Kelsen als

neut auf die oft unterschlagene Modernität Kelsens aufmerksam gemacht<sup>13</sup>. Diese liege nicht nur in der Abgrenzung von „Teilsystemen“<sup>14</sup> der Gesellschaft wie Recht, Politik und Moral, sondern gerade auch in ihrer individualistischen Konzeption. Kelsen habe damit etwas radikal infrage gestellt, was gerade in der Tradition der deutschen Staatslehre undenkbar schien zu hinterfragen: nämlich den „Staat“ als existierend vorausgesetzte, als eine überindividuelle „apriori vorhandene Wesensheit“<sup>15</sup>. Einige weitere Beiträge stellen bis zur aktuellen Rezeption immer wieder heraus, Kelsen überhaupt als bahnbrechenden politischen Denken der Moderne des 20. Jahrhunderts zu begreifen<sup>16</sup>. So sieht man ihn im Kontext einer demokratiethoretischen Moderne, die nicht zufällig in Wien entsteht<sup>17</sup>. In der Tat, selten bündelt sich der „Geist“ einer Epoche wie durch ein „Brennglas“ an einem Punkt. Es ist das Wien des beginnenden 20. Jahrhunderts als einer der zentralen Orte, an dem die „Moderne“ sich einerseits neuerlich Bahn bricht: von der Begründung der Psychoanalyse durch Freud über den neopositivistischen „Wiener Kreis“ und Ludwig Wittgenstein, vom radikalen Umbruch in der Architektur noch vor dem Bauhaus durch – „Ornament und Verbrechen“ – Adolf Loos über die neue Musik Arnold Schönbergs, von der liberalen Nationalökonomie des mit Kelsen befreundeten Ludwig von Mises schließlich bis zur „Reinen Rechtslehre“ der „Wiener Schule“ selbst<sup>18</sup>. Es ist aber andererseits auch das Wien der Jahrhundertwende, in dem der

---

Ideologiekritiker; in: Engel, Salo / Métall, Rudolf A. (Hrsg.), *Law, State and International Legal Order, Essays in Honor of Hans Kelsen*, Knoxville 1964, S. 330 ff.

<sup>13</sup> *Roehrsen*, Carlo, Die Kelsensche Auffassung vom Recht als ein Ausdruck der modernen sozio-politischen Struktur; in: *Der Staat*, 1982, S. 231 ff.; auf den modernen, rationalistischen Impetus des älteren, „konservativen“ Positivismus von Carl Friedrich von Gerber hatte schon aufmerksam gemacht: *von Oertzen*, Peter, Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus, Frankfurt / M. 1974.

<sup>14</sup> So auch aktuell beiläufig *Pauly*, Walter: „Stark an das, was Luhmann später ausarbeiten wird, erinnert an das Konzept ausdifferenzierter sozialer Systeme, das Kelsen in diesem Zusammenhang ausgehend von der Scheidung bestimmter geistiger Sphären entwirft“; Die Identifizierbarkeit des Staates in den Sozialwissenschaften, Ein Beitrag zur Kritik der Staatssoziologie bei Hans Kelsen und Niklas Luhmann; in: *ARSP*, 4 / 1999, S. 117.

<sup>15</sup> *Roehrsen*, S. 232.

<sup>16</sup> *Horneffer* hat dies – wenn auch eher beiläufig – schon in seiner gegen Kelsen gerichteten Schrift 1926 thematisiert. Kelsens Relativismus sei typisch für den „modernen Sophismus“ (S. 80) und „Subjektivismus“, dessen Folgen „Zerstörung, Zersetzung, Auflösung“ bedeuteten (S. 79). Am weitesten in dieser Richtung ist aktuell sicherlich Agostino Carrino vorgedrungen. In seiner kritischen Analyse stehen die für die Moderne typischen Ambivalenzen im Vordergrund, nicht aber die hier akzentuierten pluralismustheoretischen Implikationen; vgl. *Carrino*, Die Normenordnung, Staat und Recht in der Lehre Kelsens, 2. Aufl., Wien – New York 1998.

<sup>17</sup> So *Günther*; Klaus, Hans Kelsen (1881 – 1973), Das nüchterne Pathos der Demokratie; in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Streitbare Juristen, Eine andere Tradition*, Baden-Baden 1988, S. 367 ff.; vgl. zu den Verbindungen zum Wiener Kreis und Freud auch *Jabloner*, Kelsen and his Circle: The Viennese Years; in: *EJIL*, 1998, S. 368 ff.

<sup>18</sup> Daher zu weitgehend die Einschätzung Kelsens als juristischer „Dekonstruktivist“ in der Denkrichtung von Derrida bei *Winkler*, Die Reine Rechtslehre als Dekonstruktionismus?