


# Warum wir den Begriff der Souveränität (nicht) brauchen

Die Kontroverse um Recht und Politik  
bei Carl Schmitt und Hans Kelsen

PÉTER TECHET 

Der Begriff der »Souveränität« wurde in der Frühen Neuzeit als immanent-voluntaristische Legitimierung der säkularen, staatlichen, absoluten und zeitlich unbegrenzten Macht eingeführt.<sup>1</sup> Seine heutige Verwendung ist höchst fraglich, zumal der Begriff sowohl in den einzelnen Rechtswissenschaften (Staatsrecht, Völkerrecht) als auch in der Tagespublizistik unterschiedliche Anwendungen findet. Begründet die »Souveränität« eine staatliche Entscheidungsmacht jenseits der bestehenden Gesetze? Ist sie »bloß« ein Völkerrechtsprinzip? Sind alle Rechtsordnungen – insofern auch die Europäische Union – »souveräne« Entitäten? Worin unterscheidet sich die »Souveränität« von der Rechtsordnung als Einheit? Können »Souveränitäten« nebeneinander existieren?

Während die Debatte in der Rechtswissenschaft um die Frage verläuft, wie und ob eine ungeteilte, oberste Macht noch besteht bzw. wem sie zusteht, wird auf die »Souveränität« in der rechts- wie links-populistischen Rhetorik als Gegenkonzept zu zwischen- und überstaatlichen Rechtsgemeinschaften wie der Europäischen Union rekuriert. In der französischen Öffentlichkeit wird unter dem politischen Begriff von »*souverainisme*« gegen eine fortschreitende Supranationalisierung oder europäische Föderalisierung mobilisiert.<sup>2</sup> In Deutschland hingegen wird die Debatte um die Möglichkeit überstaatlicher Entitäten rechtswissenschaftlich, aber mit kulturell-historischen Argumenten geführt.<sup>3</sup>

1 Jean Bodin: Les six livres de la République, Paris 1577, S. 125 f.

2 Siehe dazu u. a. Christophe Le Dréau: L'alliance pour la souveraineté de la France et l'émergence du militarisme souverainiste (1997-2002), in: Les Cahiers Iris 4, 2009, S. 129-146.

3 Als Beispiel zu der Meinung, dass der Staat dem Recht vorausgehe bzw. eines vorhandenen Volkes als kultureller Größe bedürfe, siehe u. a. Paul Kirchhof: Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland, in: Europa als politische Idee und als rechtliche Form, hg. von Josef Isensee, Berlin 1993, S. 78 ff.

Die Debatten um die »Souveränität« betreffen eigentlich die Fragen nach dem Wesen der Staatlichkeit oder dem Zweck der Demokratie. Im folgenden Aufsatz werde ich dementsprechend die »Souveränität« mit Hinblick auf zwei Autoren behandeln, deren Staats-, Rechts- und Demokratietheorien *pars pro toto* die schematischen Gegenpole der heutigen Debatten vorwegnahmen: Carl Schmitt (als Vertreter einer metajuristischen Staats- und einer antipluralistischen Demokratielehre) und Hans Kelsen (als Vertreter einer juristischen Staats- und einer pluralistischen Demokratielehre).

Obwohl Schmitt und Kelsen den politischen Charakter des Rechts gleichermaßen erkannten, verorteten sie es unterschiedlich.<sup>4</sup> (1) Schmitt definierte das Recht von der metajuristischen Macht her (2), welche – aufgrund einer vorhandenen Homogenität und/oder infolge einer politischen Entscheidung – Einheit schaffe (3). So verband er letztendlich metajuristische Staats- und antipluralistische Volkssouveränitätslehren. Kelsen dekonstruierte hingegen deren Voraussetzungen: die überrechtliche Macht (4) und das homogene Volk (5). Indem Kelsen die Rechtsordnung als »souverän« bezeichnete, verfehlte er allerdings eine pluralistische Öffnung des Rechts als gesellschaftliches Phänomen (6).

### *1. Recht und Politik bei Hans Kelsen und Carl Schmitt*

Kelsens Rechts- und Staatslehre wird meistens als eindeutiger Gegensatz zur Schmittschen dargestellt: *Recht als Sollen* (statt Sein), *Staat als Rechtsordnung* (statt metajuristischer Macht), *Rechtsanwendung als Rechtskonkretisierung* (statt mechanischer Subsumtion), *Rechtswissenschaft als Beschreibung* (statt Vorschreibung), *Demokratie als pluralistische Methode* (statt homogener Einheit) usw. »Souveränität« spielt hingegen in der Schmittschen Staats- und Rechtslehre eine große Rolle, sie hat nämlich eine ideologische Funktion: die Untermauerung einer als »Ordnung« benannten autoritären Macht.

In einigen Fragen standen aber Kelsen und Schmitt einander näher, als sie und ihre späteren Schüler und Schülerinnen es gerne zugaben und zugeben. Ohne diese Ähnlichkeiten hier detailliert aufführen zu wollen, sei bloß erwähnt, dass beide den strikten Gesetzespositivismus verwar-

4 Zu den unterschiedlichen Verortungsmöglichkeiten der Politik (vor oder im Recht) siehe – am Beispiel der diesbezüglichen französischen Debatten – Arnaud Le Pillouer: »Droit politique« et »Réalisme nanterrois«. *Considérations sur la méthode et l'objet du droit constitutionnel*, in: *Jus Politicum* 24, 2020, S. 93-105; hier S. 104 f.

fen.<sup>5</sup> Weder Schmitt<sup>6</sup> noch Kelsen<sup>7</sup> setzten das Recht nur mit dem Gesetz gleich. Kelsens Rechtslehre kann sogar – auch wenn es sich verblüffend anhören mag – als antiformalistisch bezeichnet werden,<sup>8</sup> welche sich dezisionistischer erweist als jene von Schmitt,<sup>9</sup> der in seinen früheren Schriften den Staat einem »ewigen«, überstaatlichen, eigenwertigen Recht unterordnete<sup>10</sup> bzw. die Rechtsansicht der Richterschaft als Maß der richtigen Rechtsanwendung bestimmte.<sup>11</sup>

Kelsens Rechtspositivismus bettete sich allerdings in die Ideengeschichte des souveränen Staates ein, insofern ist sein Rechtspositivismus doch eine Folge der Bodinschen Lehre (voluntaristische Legitimation, kein Transzendenzbezug, Einheit des Rechts, Effektivität statt Gerechtigkeit, keine vorrechtliche Homogenität usw.). Nach der Kelsenschen Rechtslehre gelte nämlich *nicht die Wahrheit, sondern die Autorität* als Legitimitätsgrundlage des Rechts. Kelsen radikalisierte zugleich diesen Gedanken, indem er gerade die Interpretation des Rechts als die zentrale und wesentliche Macht bestimmte.<sup>12</sup> Weil der Normtext unbestimmt (d. h. politisch zu bestimmen) sei, verzichtet der (kelsenianische) Rechtspositivismus auf *a priori*-Erkenntnisse *in puncto* Rechtsinhalt, womit das Recht vollkommen entsubstantialisiert, d. h. als autoritatives Mittel erfaßt wurde.

Indem sich die »Reine Rechtslehre« nur mit der Rechtsform befasst, gibt sie den Rechtsinhalt frei.<sup>13</sup> Kelsen versprach nicht, durch die Rechts-

- 5 Giuliana Stella: *Crisi della legge e potere del giudice*, Mailand und Udine 2020, S. 149 f.
- 6 Carl Schmitt: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922), Berlin 1996, S. 18 f.
- 7 Hans Kelsen: *Allgemeine Staatslehre*. Studienausgabe der Originalausgabe 1925, hg. von Matthias Jestaedt, Tübingen und Wien 2019, S. 552.
- 8 Filippo Cottone: *La teoria dell'interpretazione di Hans Kelsen. Un'ipotesi di ricostruzione*, in: *Analisi e Diritto* 6, 2006, S. 89-110; hier S. 92 f.
- 9 Ari Marcelo Solon: *Teoria da soberania como problema da norma jurídica e da decisão*, Porto Alegre 1997, S. 134 ff.
- 10 Carl Schmitt: *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914), Berlin 2004, S. 52 f., S. 57 f.
- 11 Carl Schmitt: *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (1912), Berlin 1969, S. 71 f., S. 86.
- 12 Giovanni Bisogni: *Kelsen e l'interpretazione giuridica: Una prospettiva storico-concettuale*, in: *Ars interpretandi* 42, 2012, S. 98 f., S. 101 f., S. 108.
- 13 Olivier Jouanjan: *Faillible droit*, in: *Revue européenne des sciences sociales* 38, 2000, S. 68 und S. 71; Horst Dreier: *Der Preis der Moderne. Hans Kelsens Rechts- und Sozialtheorie*, in: *Hans Kelsens Politische Philosophie*, hg. von Elif Özmen, Tübingen 2017, S. 24 f.; Péter Techet: *Hans Kelsen's Pure Theory of Law as Critique of Authoritarian Understanding of Law and Jurisprudence*, in: *Annals. Belgrade Law Review* 70, 2022, S. 77-99; hier S. 84 ff.

wissenschaft (Methodenlehre, Dogmatik) die richtige Antwort des Rechts festlegen zu können.<sup>14</sup> Somit konnte er implizit den genuin politischen Charakter des Rechts – auf allen Stufen seiner Konkretisierung – aufzeigen.<sup>15</sup> Die »Reine Rechtslehre« betreibt also keine Theorie des »reinen« (a-politischen, lebensfremden, abstrakten) Rechts. Sie internalisiert das politische Moment des Rechts.<sup>16</sup>

Kelsen verwarf alle Ideologien und Mechanismen, die den politischen Charakter des Rechts *außerrechtlich* verschleiern würden. Einerseits zeigte Kelsen auf, dass das Recht auf allen Stufen, in jedem Konkretisierungsmoment politisch – insofern eigentlich »souverän« – gesetzt werde; andererseits verortete er die »Souveränität« als oberste Macht beim Völkerrecht, womit er zwar den klassischen Etatismus, aber nicht die Idee einer zentralisierten, hierarchisierten Rechtsordnung dekonstruierte. Es ist also fraglich – wie es noch zu zeigen sein wird (6) –, ob Kelsens Rechtslehre den modernen »Souveränität«-Gedanken in der Tat überwinden konnte.

Das »Ordnungsdenken« versucht hingegen die Gestaltungsfreiheit der Politik rechtswissenschaftlich zu beschränken, als ob gewisse Themen, Bereiche, Inhalte (als Institutionen) von der Rechtsanwendung notwendig erkannt, d. h. keinesfalls frei abgeändert, neu bestimmt werden könnten. Schmitts Rechtslehre vertrat dieses »konkrete Ordnungsdenken«.<sup>17</sup> In diesem Sinne wies Carl Schmitt der Rechtswissenschaft eine präskriptive, ordnungshütende Rolle zu;<sup>18</sup> d. h. das Recht bestehe *a priori*, und der Jurist vermöge und habe es zu erkennen. Gegen eine solche »wissenschaftliche« Absicherung gewisser Rechtsinstitutionen, Rechtsinhalte richtete sich Kelsens antiideologische Rechtslehre:

14 Hans Kelsen: *Reine Rechtslehre*. Studienausgabe der 1. Auflage 1934, Tübingen 2008, S. 105 ff. Eine noch radikalere Abwertung der Rechtswissenschaft findet sich beim abtrünnigen Kelsen-Schüler Fritz Sander; vgl. Fritz Sander: *Rechtswissenschaft und Materialismus*, in: *Juristische Blätter* 47, 1918, S. 350-352; hier S. 351 f.; ders.: *Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung? Kritische Studie zur Rechtslehre Hans Kelsens*, Wien und Leipzig 1921, S. 10 f.

15 Clemens Jabloner: *Verrechtlichung und Rechtsdynamik*, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 54, 1999, S. 261-278; hier S. 262 f.

16 Péter Techet: »Historical turn« in der Hans Kelsen-Forschung? Wechselwirkungen zwischen Rechtstheorie und Rechtsgeschichte, in: *Zeitschrift für öffentliches Recht* 76, 2021, S. 1329-1369; hier S. 1358 ff.

17 Carl Schmitt: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), Berlin 1993, S. 17.

18 Carl Schmitt: *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen 1950, S. 30.

[Die Reine Rechtslehre] beschränkt sich auf das positive Recht und verhindert so, dass die Rechtswissenschaft es für eine höhere Ordnung ausbebe bzw. aus dieser eine Rechtfertigung des Rechts hole.<sup>19</sup>

Daraus folgt, dass der Rechtsinhalt nicht von der Rechtswissenschaft vorbestimmt sei bzw. keiner »höheren Ordnung« zu entsprechen habe, sondern ausschließlich von der Politik erzeugt werde, d. h. jegliche Inhalte können der Rechtsform teilhaftig werden – oder wie der Kelsen-Schüler Adolf Julius Merkl schrieb: »Die Form ist endlich, der Inhalt ist unendlich.«<sup>20</sup>

Der Unterschied zwischen Schmitt und Kelsen besteht also nicht darin, welcher von ihnen den politischen Charakter des Rechts erkannte, sondern darin, zu welchem Behuf sie diese Erkenntnis weiterdachten bzw. benutzten: zu einer »reinen« Rechtswissenschaft, welche den Vorrang der Politik (unabhängig von ihrem Inhalt) anerkennt (Kelsen), oder zur pseudo-rechtswissenschaftlich, ideologisch verschleierte Durchsetzung bestimmter politischer Ideen und gesellschaftlicher Machtinteressen unter dem ideologischen Begriff der »Ordnung« (Schmitt). Schmitt zeigte zwar die Zusammenhänge zwischen Recht und Politik schonungslos auf. Aber er verortete die Politik außerhalb des Rechts, d. h. er verlagerte sie in eine persönliche, ungebundene Macht, welche demnach einer juristischen Erkenntnis und einer verfassungsrechtlichen Kontrolle entzogen und zugleich als überrechtliche »Ordnung« dargestellt werden konnte.

## 2. *Souveränität als Ausnahmepower (Carl Schmitt)*

Schmitt definierte die Souveränität personenbezogen und in Bezug auf den Ausnahmezustand, d. h. als eine übergesetzliche Macht eines Subjektes, das sich im angeblichen Interesse einer »Ordnung« auch über die bestehende Rechtsordnung hinwegsetzen könne: »Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet.«<sup>21</sup> In dieser Definition wird also die

19 Hans Kelsen: Methode und Grundbegriff der reinen Rechtslehre, in: Annalen der kritische Philosophie 3, 1933, S. 69-90; hier S. 90.

20 Adolf Julius Merkl: Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, hg. von Alfred Verdross, Wien 1931, S. 253. Merkl dekonstruierte aber die Rechtswissenschaft nicht so radikal wie Fritz Sander; zu ihrer Debatte siehe Thomas Hochmann: Welche Rolle für die Rechtswissenschaft? Zu einer Debatte innerhalb der Wiener rechtstheoretischen Schule, in: Die Reine Rechtslehre auf dem Prüfstand, hg. von Matthias Jestaedt, Ralf Posner und Jörg Kammerhofer, Stuttgart 2020, S. 161-175.

21 Schmitt: Politische Theologie (Anm. 6), S. 13.

Frage nach der Souveränität mit dem »Ausnahmезustand« in Verbindung gebracht. Die Ausnahme lasse sich aus dem Rechtsleben nicht wegdenken, denn »[z]wischen jedem Konkretum und jedem Abstraktum liegt eine unüberwindliche Kluft, die durch keinen allmählichen Übergang geschlossen wird.«<sup>22</sup> In diesem Moment macht sich die Souveränität wieder sichtbar. Der Schmittsche »Ausnahmезustand« ist weder Recht noch Tatsache – sondern eine *politische Entscheidung*, die Tatsachen schafft, um das Recht als Normsystem abzuschaffen.

Was Schmitt in der Politischen Theologie als »Souverän« beschrieb, kam allerdings bereits in seinem früheren Buch über die Diktatur als »kommissarischer Diktator« vor. Der »kommissarische« Diktator »hebt die Verfassung *in concreto* auf, um dieselbe Verfassung in ihrem konkreten Bestand zu schützen.«<sup>23</sup> Schmitt sprach hier noch von derselben Verfassung, als ob sie gleichzeitig beseitigt und verteidigt werden könne. In seiner Verfassungslehre führte er dann die bekannte Unterscheidung zwischen »Verfassung« und »Verfassungsgesetz« ein, was sowohl eine metajuristische Ordnung als auch eine Ausnahmemacht zu begründen vermag.<sup>24</sup>

Schmitts Versuche, mit immer neuen Begriffen das Recht in Norm und »Ordnung« zu verdoppeln, zielten letztendlich darauf ab, einer Person die oberste Macht und Kontrolle aufzutragen. In seinem Buch über den Hüter der Verfassung wies Schmitt demnach die Aufgabe, die »Ordnung« zu hüten, nicht Normen oder Institutionen, sondern einer konkreten Person zu: Im bekannten Weimarer Methodenstreit<sup>25</sup> vertrat Schmitt deswegen die Meinung, dass der Reichspräsident – d. h. eine demokratisch gewählte Einzelperson – die neutrale Kontrollmacht darstelle.<sup>26</sup> Er lehnte insofern ab, den Verfassungsschutz der Judikative, d. h. der Verfassungsgerichtsbarkeit als Institution anzuvertrauen.<sup>27</sup>

Die anti-normativistische Tendenz zeigte sich im Schmittschen Oeuvre sowohl vor als auch nach der NS-Machtübernahme.<sup>28</sup> 1932 war

22 Schmitt: *Der Wert des Staates* (Anm. 10), S. 80.

23 Carl Schmitt-Dorotić [Carl Schmitt]: *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, München und Leipzig 1921, S. 136.

24 Carl Schmitt: *Verfassungslehre* (1928), Berlin 2017, S. 21 ff.

25 Allgemein und einführend dazu siehe u. a. Manfred Gangl: *Einleitung: Die Weimarer Staatsrechtsdebatte*, in: *Die Weimarer Staatsrechtsdebatte. Diskurs- und Rezeptionsstrategien*, hg. von Manfred Gangl, Baden-Baden 2011, S. 9-40.

26 Carl Schmitt: *Der Hüter der Verfassung* (1931), Berlin 1996, S. 159.

27 Ebd., S. 155.

28 Péter Techet: *Kontinuität im Denken von Carl Schmitt vor und nach 1933*, in: *Myops – Berichte aus der Welt des Rechts* 16, 2022, S. 56-63.

der Souverän für Schmitt noch *in abstracto* der »höchste Gesetzgeber, höchste Richter und höchste Befehlshaber zugleich«. <sup>29</sup> 1934 nannte er schon beim Namen, wen er damit *in concreto* meinte: »Inhalt und Umfang seines Vorgehens bestimmt der Führer selbst«. <sup>30</sup>

### 3. *Souveränität als über-positivrechtliche Macht (Carl Schmitt)*

Um die im Voraus normativ nicht festgelegte Entscheidungsmacht eines »Souveräns« ebenso als Teil des Rechts begreifen zu können, setzte Schmitt eine höhere »Ordnung« über der Rechtsordnung voraus. <sup>31</sup> Obgleich er in seinen Anfangsschriften die Meinung vertrat, dass der Staat einem »ewigen«, überstaatlichen, eigenwertigen Recht unterzuordnen sei, <sup>32</sup> radikalisierte er seine Theorie in der Weimarer Zeit einerseits dezisionistisch, andererseits politisch, indem er die souveräne Macht als Anfangspunkt und Hauptelement des Rechts bestimmte.

Schmitt ging diesmal davon aus, dass das Recht nur ein untergeordnetes Mittel einer vorrechtlichen Macht sei: Die souveräne Macht erzeuge das Recht, sie sei aber nicht immer und nicht vollkommen an das Recht gebunden. Somit konnte Schmitt die politische Einheit als etwas faktisch Bestehendes (»Normalität«) beschreiben. Wenn die Normalität Einheit voraussetze, sei der Pluralismus eine Gefahr, die beseitigt werden müsse, denn »es gibt keine Pluralität der normalen Situationen«. <sup>33</sup> Die Einheitsvorstellung geht also notwendig mit einer antipluralistischen Demokratielehre einher. Indem Schmitt die Demokratie als Gleichartigkeit definierte, <sup>34</sup> konnte er pseudo-demokratisch die Beseitigung des Pluralismus begründen: »Zur Demokratie gehört als notwendig erstens Homogenität und zweitens – nötigenfalls – die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen«. <sup>35</sup> Demnach lehnte er – im Rousseauschen Sinne <sup>36</sup> – den Dissens ab:

29 Carl Schmitt: *Legalität und Legitimität* (1932), Berlin 1988, S. 10.

30 Carl Schmitt: *Der Führer schützt das Recht. Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934*, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 39, 1934, S. 945-950; hier S. 948.

31 Hasso Hofmann: *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlin 2002, S. 15.

32 Schmitt: *Der Wert des Staates* (Anm. 10), S. 52 ff.

33 Carl Schmitt: *Staatsethik und pluralistischer Staat*, in: *Kant-Studien* 35, 1930, S. 28-42; hier S. 37.

34 Schmitt: *Verfassungslehre* (Anm. 24), S. 234.

35 Carl Schmitt: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus* (1926), Berlin 1996, S. 13 f.

36 Daniel Loick: *Kritik der Souveränität*, Frankfurt a. M. und New York 2012, S. 101 f.

Man läßt sich auf das Verfahren der Mehrheitsfeststellung ein, nicht etwa, weil man aus Relativismus oder Agnostizismus darauf verzichtete, das Wahre und Richtige zu finden [...]. Sondern man setzt voraus, daß kraft der gleichen Zugehörigkeit zum gleichen Volk alle in gleicher Weise im Wesentlichen das Gleiche wollen.<sup>37</sup>

Wenn die Demokratie als Gegensatz zum Pluralismus gedeutet wird, können Institutionen, welche die partikularen Interessen zum Ausdruck bringen (Parteien, Parlament) bzw. die Minderheitenpositionen schützen und gewähren (Verfassungsgerichtsbarkeit) als »undemokratisch« verworfen werden:

Da es nun in einer Demokratie legitimerweise überhaupt keine dauernde und organisierte Teilung des Volkes in Mehrheit und Minderheit gibt, so gibt es auch keine gegenüber der Mehrheit dauernd schutzwürdigen und schutzbedürftigen Interessen.<sup>38</sup>

Schmitt konnte somit verhindern, dass andere Gruppen – als die jeweils herrschenden – am demokratischen Willensbildungsprozess teilnehmen.<sup>39</sup> Die Strategie, hinter der Rechtsordnung eine wesentliche »Ordnung« (nämlich »den Staat«) vorzufinden, stellt einen politischen Versuch dar, die bestehenden politischen und wirtschaftlichen Machtverhältnisse mit einer pseudo-juristischen Argumentation abzuschirmen.<sup>40</sup> Schmitts Angst bestand nämlich darin, dass der Pluralismus den Staat den sozialen Interessen ausliefere.

Die Alternative zu diesem pluralistischen Staat bezeichnete Schmitt als *einen qualitativ totalen Staat*, welcher die Souveränität als oberste und politische Entscheidungsmacht zur Geltung bringe. Ein qualitativ totaler Staat sei nämlich imstande, sich über die Partikularinteressen zu erheben: »Der totale Staat in diesem Sinne ist gleichzeitig ein besonders starker Staat. Er ist total im Sinne der Qualität und der Energie [...]. Er kann Freund und Feind unterscheiden.«<sup>41</sup> Die höchste politische Entschei-

37 Schmitt: Legalität und Legitimität (Anm. 29), S. 31.

38 Ebd., S. 43.

39 Über den rechtswissenschaftlichen Versuch, einen starken, aber nicht sozialen Staat im Interesse der herrschenden Klassen zu begründen, siehe kritisch Péter Techet: Das Konzept der »Daseinsvorsorge« bei Ernst Forsthoff als Legitimation des autoritären Staates, in: *Historia Constitucional* 23, 2022, S. 324-362.

40 Carl Schmitt: Die Wendung zum totalen Staat (1931), in ders.: Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles, Hamburg 1940, S. 151 f.

41 Carl Schmitt: Starker Staat und gesunde Wirtschaft (1932), in ders.: Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969, hg. von Günter Maschke, Berlin 1995, S. 74.



dung sei demnach, so Schmitt, diejenige, welche die pluralen Kräfte beseitige, d. h. die Innenpolitik entpolitisiere.<sup>42</sup> Die Schmittsche Pluralismuskritik entzieht also den demokratischen (d. h. pluralistischen) Debatten gewisse politische Inhalte. Schmitts Rechts- und Demokratielehre begründet insofern keine Hegemoniekritik – wie etwa die linke Schmitt-Rezeption sie verstehen will<sup>43</sup> –, sondern sie richtet sich gerade gegen die marginalisierten Gruppen.<sup>44</sup>

Zusammengefasst kann festgestellt werden, dass Schmitt mit der »Souveränität« nicht bloß die Machtaspekte hinter dem Recht aufzeigen, sondern diese ideologisch begründen wollte – seine Souveränitätslehre war insofern *autoritär* (mit Bezug auf die persönliche Macht) und *antipluralistisch* (mit Bezug auf eine »konkrete Ordnung«).

#### 4. *Souveränität als Herrschaftsideologie (Hans Kelsen)*

Schmitts personenbezogene Machtlehre war eigentlich der spätere Ausdruck des konstitutionellen Monarchismus vom deutschen Kaiserreich: Der Monarch verkörpere den Staat und stehe deswegen über dem Recht. Gegen diese Idee richtete sich die Lehre der *Rechtssouveränität* bereits in der Zeit des Kaiserreiches: Hugo Krabbe versuchte 1906 zu beweisen, warum der Staatsgewalt keine höhere, überrechtliche Macht zustehe.<sup>45</sup>

Am radikalsten und konsequentesten dekonstruierte Hans Kelsen »Reine Rechtslehre« den Versuch, der Rechtsordnung einen metajuristischen »Staat« vorzuschieben. Für Kelsen war die Idee einer seinsmäßigen Verfassung ein »*naturrechtliches* Wunschideal«,<sup>46</sup> d. h. die Folge eines metaphysisch-mystischen Denkens, welches hinter jedem Objekt ein tieferes, unsichtbares Wesen – wie Kelsen schrieb: »hinter jeder Quelle

42 Carl Schmitt: Staat, Bewegung, Volk, Hamburg 1933, S. 17.

43 Chantal Mouffe: Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy, in: The Challenge of Carl Schmitt, hg. von Chantal Mouffe, London und New York 1999, S. 46 f.

44 Jeroen Kiewiet: Does Carl Schmitt Defend a Critical Legal Indeterminacy Thesis? in: Law's Environment. Critical Legal Perspectives, hg. von Lyana Francot und Ubaldus de Vries, Den Haag 2011, S. 170.

45 Als Kritik an der metarechtlichen Staatssouveränität siehe Hugo Krabbe: Die Lehre der Rechtssouveränität. Ein Beitrag zur Staatslehre, Groningen 1906, S. 5, S. 43 f., S. 195 f., S. 245 ff. und S. 254.

46 Hans Kelsen: Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (1930), in ders.: Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie, hg. von Robert Christian van Ooyen, Tübingen 2008, S. 103 [Hervorhebung im Original].

einen Quellgott« – zu erkennen glaubte.<sup>47</sup> Kelsen wollte das Denken über das Recht ideologiekritisch demaskieren: Die Masken seien »die spezifischen Ideologien, die sich auf dem Unterbau der realen Tatsachen erheben«. <sup>48</sup> Eine der »Masken« sei die Idee, es gebe einen metajuristischen Staat hinter dem Recht. Kelsen verstand hingegen den Staat als eine Rechtsgemeinschaft,

zu der Menschen verschiedener Sprache, Rasse, Religion, Weltanschauung und insbesondere auch Menschen gehören können, die verschiedenen, einander feindlichen Interessengruppen angehören. Sie alle bilden eine Rechtsgemeinschaft, sofern sie ein und derselben Rechtsordnung unterworfen sind, das heißt: sofern ihr gegenseitiges Verhalten von ein und derselben Rechtsordnung geregelt ist.<sup>49</sup>

Der Staat-Recht-Dualismus ermögliche hingegen – Kelsen zufolge – den herrschenden Machtkreisen, sich und ihre Interessen womöglich *contra legem* durchzusetzen:

Der Dualismus von Staat und Recht wird zu einem Dualismus zweier verschiedener, miteinander in Widerspruch stehender Normsysteme, von denen man das eine unter dem Namen ›Staat‹, Staatsräson, Staatsinteresse (auch öffentliches Wohl, öffentliches ›Recht‹) immer dann zur Geltung bringt, wenn das andere, das ›positive‹ Recht, zu einer für die Herrschenden, die in Wahrheit mit diesem ›Staat‹ identisch sind, unerwünschten Konsequenz führt.<sup>50</sup>

Die Idee, das Recht sei etwas Reales (*Recht als Sein*) oder Gerechtes (*Recht als Wert*), diene nur denjenigen, die hinter einem »objektiven« Recht ihre speziellen Interessen zu verschleiern versuchen:

Betrachtet man [das Recht] im Verhältnis zu einer ›höheren‹ Ordnung, die den Anspruch erhebt, das ›ideale‹, das ›richtige‹ Recht zu sein, und fordert, daß das positive Recht ihr entsprechen solle, etwa im Verhältnis zum Naturrecht oder einer – sonstwie gedachten – Gerechtigkeit, dann stellt sich das positive, das heißt von menschlichen Akten gesetzte, das geltende, im großen und ganzen angewendete und befolgte Recht

47 Hans Kelsen: Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie, in: Imago. Zeitschrift für Anwendung der Psychoanalyse für die Geisteswissenschaften 8, 1922, S. 97-141; hier S. 138.

48 Hans Kelsen: Gott und Staat (1922), in ders.: Aufsätze zur Ideologiekritik, hg. von Ernst Topitsch, Neuwied am Rhein und Berlin 1964, S. 37.

49 Hans Kelsen: Reine Rechtslehre. Studienausgabe der 2. Auflage 1960, hg. von Matthias Jestaedt, Tübingen und Wien 2017, S. 170.

50 Kelsen: Gott und Staat (Anm. 48), S. 47.

als das ›wirkliche‹ Recht dar, und dann muß eine Theorie des positiven Rechts, die dieses mit einem Naturrecht oder sonst einer Gerechtigkeit vermengt in der Absicht, jenes zu rechtfertigen oder zu disqualifizieren, als ideologisch [...] abgelehnt werden. In diesem Sinne hat die Reine Rechtslehre eine ausgesprochen anti-ideologische Tendenz.<sup>51</sup>

Kelsen vertrat damit keine nihilistische Rechtstheorie, er wollte den politischen Charakter und somit die freie politische Gestaltbarkeit – ähnlich zu den späteren »Critical Law Studies« – aufzeigen. Wenn das Recht nicht mehr als notwendige Ableitung aus einer »höheren Ordnung« betrachtet wird, wird den autonomen Menschen überlassen, die rechtlichen Vorschriften zu befolgen oder zu kritisieren; d. h. der Kelsensche Rechtspositivismus löst die Einzelnen von einem moralisch aufgeladenen Imperativ des Rechtsgehorsams. Die »Beliebigkeit« des Rechts bedeutet nämlich, dass das Recht »nicht notwendig gerecht, sondern möglicherweise auch ungerecht« sei.<sup>52</sup>

### 5. *Souveränität als Antipluralismus (Hans Kelsen)*

Kelsen lehnte bereits in seinen früheren Schriften ab, dass die Demokratie einen homogenen und substantiell vorhandenen Volkswillen voraussetze.<sup>53</sup> Die Idee des »Staatsvolks« sei nur eine »grobe Fiktion«.<sup>54</sup> Dementsprechend betrachtete Kelsen die Demokratie nicht als Substanz, sondern als *Methode*,<sup>55</sup> mit welcher die Inhalte durch Kompromisse bestimmt werden können.<sup>56</sup> Kelsen begriff also die Demokratie nicht als

51 Kelsen: Reine Rechtslehre (Anm. 49), S. 205f.

52 Hans Kelsen: Die Idee des Naturrechts (1927), in ders.: Demokratie und Sozialismus. Ausgewählte Aufsätze, hg. von Norbert Leser, Wien 1967, S. 77.

53 Hans Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (1911), in: Hans Kelsen Werke. Bd. 2: Veröffentlichte Schriften 1911, hg. von Matthias Jestaedt gem. mit dem Hans-Kelsen-Institut Wien, Tübingen 2008, S. 194; ders.: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Ein Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920), in: Hans Kelsen Werke. Bd. 4: Veröffentlichte Schriften 1918-1920, hg. von Matthias Jestaedt gem. mit dem Hans-Kelsen-Institut Wien, Tübingen 2013, S. 495f.

54 Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtlehre (Anm. 53), S. 276.

55 Hans Kelsen: Vom Wesen und Wert der Demokratie. Zweite Auflage (1929), in ders.: Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie, hg. von Matthias Jestaedt und Oliver Lepsius, Tübingen 2006, S. 163f.

56 Hans Kelsen: Die platonische Gerechtigkeit, in: Kant-Studien 1933, 38, S. 91-117; hier S. 117.

Gegenkonzept zum liberalen Parlamentarismus – wie Schmitt –, sondern er zeigte ideologiekritisch auf, dass

das Ideal eines *über* den Gruppeninteressen und jenseits derselben stehenden und sohin »überparteilichen« Gesamtinteresses, einer Interessensolidarität aller Gemeinschaftsmitglieder ohne Unterschied der Konfession, Nation, Klassenlage usw. eine metaphysische, oder besser: eine metapolitische Illusion [ist].<sup>57</sup>

Kelsens Demokratielehre bettet sich in seine Rechtslehre ein; sie lassen sich voneinander nicht trennen, als ob die Rechtslehre reine Wissenschaft und die Demokratielehre lediglich eine politische Position wären.<sup>58</sup> Indem die Rechtsordnung bei Kelsen a) mit dem Staat gleichgesetzt<sup>59</sup> und b) als ein strukturell zwar geschlossenes, aber ergebnisoffenes Verfahren gedeutet wird,<sup>60</sup> kann die Demokratie a) als Ermöglichung jeglicher Interessen und b) als Methode (d. h. als Verfahren) zur Kompromissfindung verstanden werden. Demokratie ist demnach nicht nur ein politisch-philosophisches Prinzip, sie muss auch als (verfassungs-)rechtliches System begründet werden.<sup>61</sup>

Dementsprechend sind die Theorien – von rechts wie links – gefährlich, welche die Demokratie nicht als Verfassungsprinzip, als Methode, sondern als Ausdruck einer gewissen Homogenität verstehen wollen.<sup>62</sup> Sie postulieren einerseits ein homogenes »Volk« (d. h. sie sind gegen jegliche Repräsentationsform),<sup>63</sup> andererseits entziehen sie die nackte, politische Gewalt jeglicher Kontrolle.<sup>64</sup> Deswegen betonte Kelsen, dass

57 Kelsen: Vom Wesen und Wert der Demokratie (Anm. 55), S. 170 [Hervorhebung im Original].

58 Péter Techet: Reine Wissenschaft und politische Bildung. Hans Kelsens unpolitisches Wissenschaftsverständnis als Voraussetzung für eine pluralistisch-demokratische Bildung, in: Bildung und Demokratie in der Weimarer Republik, hg. von Andreas Braune, Sebastian Elsbach und Ronny Noak, Stuttgart 2022, S. 189 ff.

59 Kelsen: Das Problem der Souveränität (Anm. 53), S. 280 ff., 286.

60 Kelsen: Allgemeine Staatslehre (Anm. 7), S. 243, 552.

61 Olivier Jouanjan: Demokratietheorie als Verfassungslehre, in: Der Staat 58, 2019, S. 223-241; hier S. 230.

62 Als linke Rechtsstaat-Kritik siehe u. a. David Kairys: Searching for the Rule of Law, in: Suffolk University Law Review 36, 2003, S. 307-330; hier S. 320, S. 329.

63 Als Meinung darüber, dass Demokratie eben nicht (nur) Partizipation, sondern vordergründig unterschiedliche Interessenartikulation ermöglichen sollte, siehe (bezüglich der altösterreichischen Wahlrechtsreform) Hans Kelsen: Wählerlisten und Reklamationsrecht. Unter Berücksichtigung der jüngsten Regierungsvorlage, betreffend die Wahlreform, in: Juristische Blätter 35, 1906, S. 301-304; hier S. 304.

64 Benjamin Gregg: Possibility of Social Critique in an Indeterminate World, in: Theory and Society 23, 1994, S. 327-366; hier S. 332; John P. McCormick: Three

die Idee des »einheitlichen Volkes« eigentlich nur den herrschenden Klassen diene, weil sie ihre *partikularen* Interessen hinter dem Begriff eines einheitlichen »Volkes« verstecken können.<sup>65</sup>

Das Volk müsse Kelsen zufolge kulturell, national, sprachlich, religiös (usw.) nicht einheitlich sein;<sup>66</sup> nur im normativen Sinne könne die Rede von der Einheit des Volkes sein.<sup>67</sup> Der Staat sei demnach nichts anderes als die *Rechtsordnung* bzw. das Volk sei nichts anderes als alle Menschen, die *derselben Rechtsordnung unterworfen* sind:

Das Staatsvolk sind die zu einem Staate gehörigen Menschen. Fragt man, warum ein Mensch zusammen mit anderen Menschen zu einem bestimmten Staat gehört, läßt sich kein anderes Kriterium finden, als daß er mit den anderen einer bestimmten, relativ zentralisierten Zwangsordnung unterworfen sind.<sup>68</sup>

Indem Kelsen das Volk als normative Kategorie – praktisch als Zu-rechnungsobjekt bzw. Rechtsorgan – bestimmte,<sup>69</sup> konnte er Staat (als Sollen) und Nation (als Sein) voneinander trennen und somit eine Rechtsordnung (in diesem Sinne: einen Staat) jenseits einer fingierten »Nationseinheit« begründen. Die demokratische Weltanschauung »löst den Begriff der Souveränität als Ideologie bestimmter Herrschaftsansprüche auf.«<sup>70</sup>

Das Volk geht der Rechtsordnung nicht voraus, es wird erst dadurch konstruiert; deswegen seien Rechtsordnungen (Staaten), in denen historisch-soziologisch gesehen unterschiedliche Nationen oder Völker zusammenleben, nach der »Reinen Rechtslehre« durchaus möglich. Zwar hat das deutsche Bundesverfassungsgericht festgehalten, dass die Europäische Union ohne kulturelle, religiöse oder sprachliche Einheit ein Defizit habe.<sup>71</sup> Dennoch kann man im Gefolge von Kelsen behaupten, dass die EU durchaus ein Staat (ein neuer »Souverän«) ist:<sup>72</sup> Weil eine

Ways of Thinking »Critically« about the Law, in: American Political Science Review 93, 1999, S. 413-428; hier S. 417.

65 Kelsen: Vom Wesen und Wert der Demokratie (Anm. 55), S. 172.

66 Auch bei Bodin gehen dem konstruierten Ganzen die Teile des Ganzen nicht voraus; siehe Bodin: Les six livres (Anm. 1), S. 9.

67 Kelsen: Vom Wesen und Wert der Demokratie (Anm. 55), S. 163.

68 Kelsen: Reine Rechtslehre (Anm. 49), S. 504.

69 Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtlehre (Anm. 53), S. 194, 284f.

70 Hans Kelsen: Staatsform und Weltanschauung (1933), in: ders.: Demokratie und Sozialismus (Anm. 52), S. 53f.

71 BVerfGE 89, 155; BVerfGE 123, 267.

72 András Jakab: European Constitutional Language, Cambridge und New York 2016, S. 104.

Rechtsordnung auf der europäischen Ebene bereits vorliegt,<sup>73</sup> besteht auch ein europäisches Volk – im Sinne von (derselben europäischen Rechtsordnung unterworfenen) Rechtssubjekten. Mit der Auflösung des Dualismus von Staat und Recht bzw. mit der rein normativen Bestimmung des Volkes lassen sich also Staaten auch jenseits historisch gewachsener oder ethnisch-sprachlich homogener Einheitsräume begründen und erfassen.<sup>74</sup>

Kelsens diesbezügliche Lehre erklärt sich sehr wohl aus den Erfahrungen sowohl im habsburgischen Vielvölkerstaat als auch in der parteipolitisch extrem gespaltenen Ersten österreichischen Republik der Zwischenkriegszeit.<sup>75</sup> Wie Eric Voegelin kritisierte, fand das Beispiel der Habsburgermonarchie gerade in der Kelsenschen »Reinen Rechtslehre« seinen theoretischen Ausdruck.<sup>76</sup> Voegelin machte einerseits das habsburgische Staats- und Rechtsdenken für das Fehlen einer österreichischen Nation(alstaatlichkeit),<sup>77</sup> andererseits die »Reine Rechtslehre« für das Weiterwirken dieser mentalen Erbschaft in der Ersten Republik verantwortlich.<sup>78</sup>

Kelsen meinte selbst, dass seine Rechtslehre »eine spezifisch österreichische Theorie« sei.<sup>79</sup> Das habsburgische Österreich wurde nämlich – wie Kelsen in seiner Autobiographie schrieb – durch das Recht – d. h. als eine »Rechtseinheit« – zusammengehalten.<sup>80</sup> Im Gegensatz zur ungarischen Reichshälfte der Donaumonarchie war die österreichische kein nationalisierendes Imperium, geschweige denn ein Nationalstaat, sondern eine »Rechtsordnung«. Mangels einer einheitlichen, substantiellen

73 Das Europäische Gerichtshof (EuGH) versteht die Unionsrechtsordnung seit 1963 als »neue Rechtsordnung des Völkerrechts«, was die Souveränität der Mitgliedstaaten einschränke (EuGH Rs. C-26/62) bzw. »eine eigene Rechtsordnung« etabliere (EuGH Rs. C-6/64).

74 Jürgen Busch: Hans Kelsens Lehre von der Rechtsgemeinschaft. Über die Notwendigkeit einer Veränderung im Denken über die Staatlichkeit der EU, in: *Proměny evropského právního myšlení. K odkazu profesora Vladimíra Kubeše*, hg. von Tatiana Machalová, Brno 2009, S. 112-127.

75 Péter Techet: *Vers une lecture historique de la »Théorie Pure du Droit«*. Contextes et pratiques de la juridiction constitutionnelle autrichienne, in: *Analisi e Diritto* 21, 2021, S. 121-144; hier S. 124 ff.

76 Eric Voegelin: *Der autoritäre Staat. Versuch über das österreichische Staatsproblem*, Wien 1936, S. 102.

77 Eric Voegelin: *Die österreichische Verfassungsreform von 1929*, in: *Zeitschrift für Politik* 19, 1930, S. 585-615; hier S. 585.

78 Voegelin: *Der autoritäre Staat* (Anm. 76), S. 128.

79 Hans Kelsen: *Autobiographie* (1947), in: *Hans Kelsen Werke. Bd. 1: Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse*, hg. von Matthias Jestaedt gem. mit dem Hans Kelsen-Institut, Tübingen 2007, S. 60.

80 Ebd.

Identität wurde vor allem dem Recht eine wichtige Legitimierungsfunktion beigemessen. Der gesellschaftlichen Plurikulturalität und der imperial-supranationalen Struktur entsprach nämlich ein formalistisch-legalistisches Rechtsverständnis,<sup>81</sup> das die dynamische Prozesshaftigkeit und die positivistische Formalität des Rechtssystems in den Vordergrund rückte.<sup>82</sup> Das Fehlen eines einheitlichen Volkes – und selbst das Fehlen einer entsprechenden Staatsidee<sup>83</sup> – begünstigte also ein Modell, in dem der Pluralismus nicht in einem metajuristischen Staat aufgehoben, sondern durch juristische Kompromisse – ab 1907 sogar demokratisch – aufrechterhalten, praktiziert werden konnte.

### *6. Souveränität als Rechtsordnung (Hans Kelsen)*

Wenn die »Souveränität« keine persönliche Macht oder keine metajuristische Entität bezeichnet, ist sie – betont rein rechtswissenschaftlich, also nicht historisch gesehen – nichts anderes als das Recht (die Rechtsordnung).<sup>84</sup> Wie Hugo Krabbe bereits 1906 schrieb: »[Ü]ber eine andre Gewalt als die des Rechts verfügt der Staat nicht.«<sup>85</sup> Die Souveränität kommt demnach der Verfassung – als dem »Brennpunkt«, in dem »alles Recht eines Staates erscheint« – zu, ansonsten wäre die Souveränität eine temporäre Macht- und keine allgemeine Rechtsfrage.<sup>86</sup> In diesem Sinne verstand Kelsen die »Souveränität« als die Positivität – d. h. Gültigkeit – des Rechts.<sup>87</sup> Die »Souveränität« bedeute demnach die weitere Unableitbarkeit, d. h. die Autonomie der Rechtsordnung.<sup>88</sup> Alfred Verdross meinte dadurch den Begriff der »Souveränität« gerettet zu haben:

81 Johann Dvořák: Politik und Kultur der Moderne in der späten Habsburgermonarchie, Innsbruck und Wien 1997, S. 196 f.

82 Peter Urbanitsch: Pluralist Myth and Nationalist Realities: The Dynastic Myth of the Habsburg Monarchy. A Futile Exercise in the Creation of Identity? in: Austrian History Yearbook 35, 2004, S. 101-141; hier S. 140.

83 In den meisten europäischen Imperien der damaligen Zeit – vom Deutschen Reich über die ungarische Reichshälfte bis hin zum Russländischen Reich – war ebenso keine ethnische Homogenität vorhanden, aber eine solche Homogenität wurde staatspolitisch imaginiert und mit staatlichen Mitteln angestrebt.

84 Hans Kelsen: Das Problem der Souveränität (Anm. 53), S. 280 ff.

85 Krabbe: Die Lehre der Rechtssouveränität (Anm. 45), S. 247.

86 Alfred Verdross: Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, in: Juristische Blätter 45, 1916, S. 483-486; hier S. 485.

87 Hans Kelsen: Das Problem der Souveränität (Anm. 53), S. 353.

88 Fritz Schreier: Die Wiener rechtsphilosophische Schule, in: Logos 11, 1923, S. 309-328; hier S. 316 f.

In seiner Verfassung ist der Staat aber ganz frei, d.h. *autonom im wahrsten Sinne des Wortes*. Denn als Verfassung empfängt der Staat von niemandem als von sich selbst rechtliche Gebote. [...] Dies hebt aber die Souveränität des Staates nicht nur nicht auf, sondern bringt sie *erst recht zur Geltung*. Denn nur der Staat als Verfassung kann souverän sein, niemals der Staat in seiner momentanen empirischen Erscheinung.<sup>89</sup>

Kelsen erkannte aber das Problem, dass auch die so gefasste »Souveränität« des Staates (als Rechtsordnung) – wenn sie zu Ende gedacht wird – eine absolutistische Sichtweise fördern könne, nach der keine anderen »Souveränitäten« möglich wären. Weil die Souveränität – auch im Sinne der Positivität der Rechtsordnung – die höchste Macht und die weitere Unableitbarkeit der Gültigkeit postuliert, sei die Koexistenz mehrerer »souveräner« Rechtsordnungen nicht möglich.<sup>90</sup>

Kelsens diesbezügliche Meinung ist vor dem Hintergrund verständlich, dass er ein einheitliches Rechtsbild hatte: Das Recht gestalte und konkretisiere sich stufenweise, die Rechtsordnung stelle demnach einen Stufenbau dar,<sup>91</sup> in dem das einzelstaatliche Recht letztendlich dem Völkerrecht untergeordnet sei.<sup>92</sup> Kelsen rechtfertigte den Monismus – d.h. die These, dass das Recht nur *als Einheit erkannt* werden kann/soll – als epistemologische Notwendigkeit.<sup>93</sup> Die Frage, ob dem Völker- oder dem Staatsrecht das Primat in der monistischen Rechtseinheit gebühre, lässt sich jedoch nicht eindeutig aufgrund der »Reinen Rechtslehre« entscheiden.<sup>94</sup> Kelsen verwies darauf, dass beide Optionen (das Primat des Völker- wie jenes des Staatsrechts) wissenschaftlich trag- und vertretbar seien, weswegen das Primat des Völkerrechts nur politisch postuliert werden könne. Während das Primat des Staatsrechtes – laut Kelsen – den Imperialismus fördere, sei die Idee des Völkerrechtsprimates eine pazifistische.<sup>95</sup>

89 Verdross: Zum Problem der Rechtsunterworfenheit (Anm. 86), S. 485. [Hervorhebungen von mir – P.T.]

90 Kelsen: Das Problem der Souveränität (Anm. 53), S. 367.

91 Kelsen: Reine Rechtslehre (Anm. 14), S. 84 ff.

92 Ebd., S. 158 ff.

93 Hans Kelsen: Das Problem der Souveränität (Anm. 53), S. 385.

94 Besonders der Kelsen-Schüler Alfred Verdross vertrat die Theorie vom Primat des Völkerrechts, indem er die Existenz völkerrechtlicher Rechtsnormen bewies, deren Ursprung außerhalb (oberhalb) des staatlichen Rechts liegen; vgl. Alfred Verdross: Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung, Tübingen 1923, S. 119 f. und S. 126 ff.

95 Hans Kelsen: Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 19, 1958, S. 248.



Das Primat des Staatsrechts würde nach der Logik der »Reinen Rechtslehre« zu absurden Ergebnissen führen. Das Völkerrecht wäre den einzelnen Staatsrechtsordnungen unterstellt, was praktisch der Hegelschen Idee entspräche, das Völkerrecht sei bloß »das äußere Staatsrecht«, d. h. es ergebe sich aus dem absoluten Willen des Staates.<sup>96</sup> Um diese staatsabsolutistische Perspektive zu vermeiden, bejahte Kelsen – schon in der Zwischenkriegszeit – das Primat des Völkerrechts,<sup>97</sup> indem er die staatliche Souveränität – als mit dem Völkerrechtsprimat unvereinbare Eigenschaft – dekonstruierte.<sup>98</sup> In diesem Sinne bezeichnete er das staatliche Recht als »eine völkerrechtsunmittelbare, relativ zentralisierte Teilrechtsordnung«.<sup>99</sup>

Es ist allerdings fraglich, ob sich die »Souveränität« nach dem monistischen Rechterkenntnismodell der »Reinen Rechtslehre« vollkommen dekonstruieren lässt. Indem Kelsen die Idee vertrat, dass das Recht nur als Einheit (entweder unter Völkerrechts- oder Staatsrechtsprimat) gedacht werden könne, begriff er die »Souveränität« – *denkstrukturell* ähnlich zu Schmitt, wenn auch mit einem anderen *rechtspolitischen* Ergebnis – als Nullsummenspiel: Entweder Völkerrechts- oder Staatseinheit; entweder besteht sie ganz oder gar nicht.

Kelsen konnte insofern die klassische Souveränitätslehre nicht richtig überwinden, er stellte diese bloß »auf den Kopf«, indem er die »Souveränität« mit der obersten Rechtsordnung, d. h. dem Völkerrecht verband und die Staaten als dessen Teilrechtsordnungen konzeptualisierte. Wegen der Vorstellung, dass das Recht *nur als Einheit* gedacht werden könne, war Kelsen nicht fähig, etwa den Rechtspluralismus zu erfassen. Er lehnte etwa die rechtssoziologischen, rechtspluralistischen Ansätze von Eugen Ehrlich ab.<sup>100</sup> Kelsen konnte zwar den Staat als oberste Macht dekonstruieren. Aber er dachte das Recht aus einem einzigen, zentralen Hauptpunkt heraus, womit das Wesensmerkmal der »Souveränität«, d. h. die hierarchische Einheitsstruktur, beibehalten wurde.<sup>101</sup> Gerade in der »habsburgischen« Rechtstradition wäre allerdings eine Synthese zwischen dem Staat als Rechtseinheit und dem Recht als Pluralismus möglich ge-

96 Georg Wilhelm Friedrich Hegel: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse (1820), Frankfurt a. M. 1970, S. 497 ff. (§ 330 ff.)

97 Kelsen: Das Problem der Souveränität (Anm. 53), S. 567.

98 Ebd., S. 367.

99 Kelsen: Reine Rechtslehre (Anm. 14), S. 158.

100 Nachgedruckt in Hans Kelsen und Eugen Ehrlich: Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft, Baden-Baden 2003.

101 Thibault Reichelt: Was bleibt von Kelsens Souveränitätsbegriff?, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 61, 2006, S. 527-552; hier S. 544.

wesen:<sup>102</sup> Das Imperium war zwar eine Rechtsgemeinschaft, aber das Recht war – infolge der unterschiedlichen Rechtstraditionen, der protoföderalen Struktur bzw. der lokalen, gebrauchtsrechtlichen Praxen (des »lebenden Rechts«) – keinesfalls statisch und einheitlich.<sup>103</sup>

Indem aber Kelsen die Rechtseinheitlichkeit – negativ mit der Dekonstruktion des metajuristischen Staates, positiv mit der Herausarbeitung der stufenweisen strukturierten, systematisch geschlossenen Rechtskonkretisierung – in den Vordergrund seiner Rechtserkenntnis stellte, konnte er die Dynamik des Rechts »nur« monistisch und reduktionistisch erfassen. Die Dekonstruktion des Staates eröffnet zwar den Weg zur supra- und internationalen Rechtseinheitlichkeit ohne soziale Homogenität,<sup>104</sup> aber sie überwindet nicht den Einheitsgedanken, sie begründet keine Pluralität des Rechts oder im Recht.

### 7. Konklusion

Wenn mit der »Souveränität« – wie seit Bodin bis heute – *eine konzentrierte Macht über eine bestimmte Personengruppe* – kurz: die Staatsgewalt – gemeint ist,<sup>105</sup> ist der Begriff *rein rechtswissenschaftlich gesehen überflüssig*, weil er einfach ein Synonym für die Rechtsordnung ist.<sup>106</sup> Wenn aber damit – wie in der anti- oder metapositivistischen Rechtsliteratur – *eine persönliche, überrechtliche, womöglich absolute Gewalt* oder – wie in der radikaldemokratischen oder völkischen Kritik an der Internationalisierung und Europäisierung des Rechts – *eine substantiell begriffene, metaphysisch (kulturell usw.) aufgeladene Entität* gemeint sind, ist die »Souveränität« schlechthin gefährlich, weil sie mit einem *scheinbar* juristischen Vokabular (»Staat«, »Staatszweck«, »Staatsouveränität«,

102 Franz Fillafer: Imperial Diversity, Fractured Sovereignty, and Legal Universals. Hans Kelsen and Eugen Ehrlich in their Habsburg Context, in: *Modern Intellectual History* 19, 2022, S. 421-443.

103 Jana Osterkamp: Vielfalt ordnen. Das föderale Europa der Habsburgermonarchie (Vormärz bis 1918), Göttingen 2020, S. 3 f., 15, 44 f., 413.

104 Johannes Feichtinger: Wissenschaft als reflexives Projekt. Von Bolzano über Freud zu Kelsen: Österreichische Wissenschaftsgeschichte 1848-1938, Bielefeld 2010, S. 542 ff.

105 Völkerrechtlich wird (originäre) Souveränität einigen nicht-territorialen, nicht-staatlichen Entitäten wie dem Heiligen Stuhl oder dem Malteserorden ebenfalls zuerkannt.

106 Es heißt freilich nicht, dass der Begriff soziologisch oder historisch keinen Sinn hätte. In diesem Aufsatz stand aber die Frage im Vordergrund, ob und wie die »Souveränität« rechtlich und rechtswissenschaftlich zu verstehen ist.

»Volkssouveränität«) auch Handlungen *contra legem* begründen bzw. das positive Recht mit metaphysischen Inhalten (»Volk«, »Homogenität«, »Kultur«) aufladen kann.

Kelsens Kritik ist aber wegen der normativistischen Einseitigkeit und der erkenntnistheoretischen Eindimensionalität ebenso problematisch: Das Recht wird bei ihm *weiterhin als eine zentralisierte Struktur* konzeptualisiert. Die »Souveränität« lässt sich demnach mit der »Reinen Rechtslehre« zwar als Eigenschaft der höchsten Rechtsordnung (und als nichts mehr), womöglich als Eigenschaft einer überstaatlichen Rechtseinheit erkennen, d. h. rein normativ erfassen und von der Staatlichkeit loslösen – aber nicht in einem zentrumlosen, netzwerkartigen, kasuistischen Rechtspluralismus *vollkommen* auflösen.<sup>107</sup>

107 Als Versuche, die Souveränität in einem netzwerkartigen Rechtssystem oder in einer Föderation aufzulösen, siehe François Ost und Michel van de Kerchove: *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles 2002, S. 78 ff., sowie Olivier Beaud: *Théorie de la fédération*, Paris 2009, S. 58 ff.