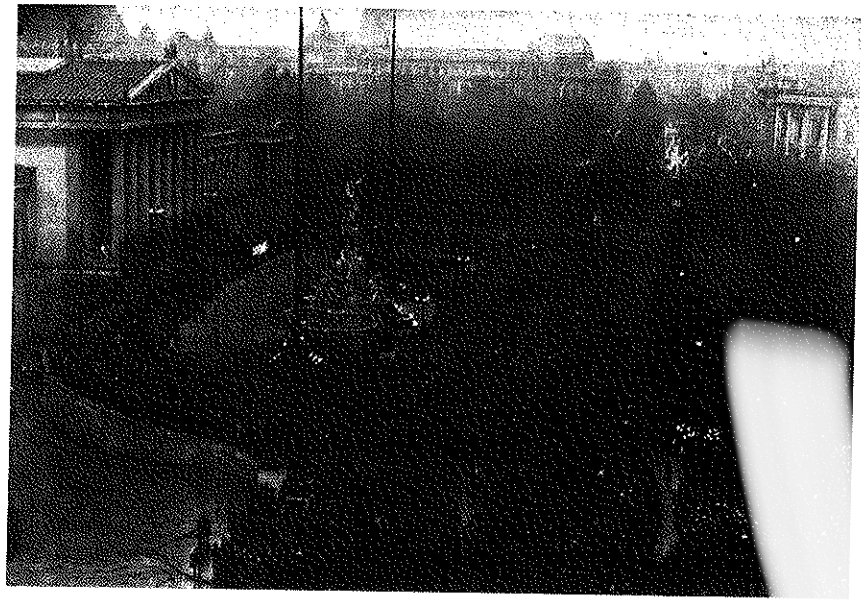

Die Ausrufung der Republik am 12. November 1918

SCHRIFTENREIHE DES HANS KELSEN-INSTITUTS

Band 41

Die Verfassungsentwicklung 1918 – 1920 und Hans Kelsen

Herausgegeben von

Clemens Jabloner
Thomas Olechowski
Klaus Zeleny

Wien 2020
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Inhaltsverzeichnis

Geleitwort V
Vorwort VII

Mario G. Losano:
Krieg und Frieden bei Kelsen – gestern und heute 1

Christoph Schmetterer:
Der cisleithanische Reichsrat als Schule des Parlamentarismus 19

Markus Vašek:
Zwischen Kontinuität und Diskontinuität – Die republikanischen Verfassungen vor dem B-VG 1920 27

Günther Schefbeck:
Das Parlament als Staatsgründer und Verfassungsgeber 47

Sebastian Schmid:
Die Entstehung der Republik aus Sicht der Länder 85

Christoph Bezemek:
Der Rest ist Österreich: Die verfassungsrechtliche Bedeutung des Staatsvertrags von St. Germain 101

Ilse Reiter-Zatloukal:
Staatsbürgerschaft und Heimatrecht in (Deutsch-)Österreich 1918–1920 117

Clemens Jabloner:
Hans Kelsen und die Entwicklung des B-VG 1920 143

Thomas Olechowski:
Hans Kelsens Verfassungsentwürfe 157

Monika Zalęwska:
The Reception of Hans Kelsen's Legal Thought in Poland Before and After World War II. The 100th Centenary of Kazimierz Opałek's Birthday 167

Clemens Jabloner, Wien

Hans Kelsen und die Entwicklung des B-VG 1920

I. Einleitung

Im Jahr 2020 gedenkt Österreich intensiv seiner Verfassung. Es ist die – noch immer rsp. seit 1945 wieder geltende – Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920. Auf dieses Regelwerk nahm Hans Kelsen einen wesentlichen Einfluss, man spricht bis heute gern von der „Kelsen-Verfassung". Auch im Bewusstsein vieler Österreicher und Österreicherinnen ist Hans Kelsens Verbindung zur geltenden Verfassung durchaus präsent, mehr als die Begründung der „Reinen Rechtslehre". Die Bedeutung Kelsens als „Architekt der Bundesverfassung" ist bereits gründlich untersucht worden, namentlich von Thomas Olechowski.[1])

Die folgende kurze Skizze setzt mit den wesentlichen Elementen von Kelsens legistischem Wirken zur österreichischen Bundesverfassung ein. Nachdem Kelsen Österreich 1930 verlassen hatte, erlahmte dieses Engagement, doch gibt es noch zwei legistische Beiträge Kelsens aus der Zweiten Republik zu referieren. Des Weiteren wurde Kelsen 1920 Mitglied in dem von ihm maßgebend konzipierten Verfassungsgerichtshof. Er war also mit der Vollziehung, der „Handhabung", der Bundesverfassung vertraut. Als Professor für „Staats- und Verwaltungsrecht" an der Universität Wien befasste sich Kelsen freilich auch verfassungsdogmatisch mit der Bundesverfassung, hier sind vor allem sein Kommentar zu erwähnen; zudem eine Reihe weiterer Darstellungen, auf die dann später Bezug genommen wird. Schließlich engagierte sich Kelsen verfassungspolitisch, besonders im Vorfeld der Verfassungsnovelle 1929.[2])

II. Verfassungslegistik

A. Architektur der Bundesverfassung

Gegen Ende des ersten Weltkriegs geriet Kelsen – teils wegen seines überragenden juristischen Könnens, teils dank Fortune – in das Zentrum des Zeitgeschehens, nämlich in das Sekretariat des letzten österreichischen Kriegsministers Stöger von Steiner. Nachdem Kelsen auch an den letzten Versuchen zur Rettung der Monarchie beteiligt war, wechselte er Anfang November „geradezu nahtlos" in den Dienst der nun von Karl Renner geleiteten deutsch-österreichischen

---

[1]) *Olechowski*, Beitrag Hans Kelsens. Die gleich folgenden verfassungshistorischen Ausführungen beruhen durchwegs auf dieser Arbeit – s. dort auch alle Belege. Vgl. auch die Darstellung von *Schefbeck* in diesem Sammelband. Zum Ganzen vgl auch *Wiederin*, Kelsen als praktischer Verfassungsrechtler, 109.

[2]) Zur Abrundung ist noch zu erwähnen, dass Kelsen in allgemeinen Zusammenhängen gelegentlich Bezug auf das B-VG nahm, z. B. *Kelsen*, Der Richter und die Verfassung 289.

Staatskanzlei. Dort erhielt Kelsen den Auftrag, die verfassungsrechtlichen Grundlagen der nunmehrigen Republik vorzubereiten. Kelsen, mit dem 1. Oktober 1918 zum a.o. Professor an der Wiener Juridischen Fakultät ernannt, war dabei – anders als etwa Adolf Merkl – nicht unmittelbar in den Geschäftsapparat miteinbezogen, sondern fungierte als attachierter Experte und behielt durchgehend eine gewisse wissenschaftliche Distanz, die sich auch in diversen Publikationen äußerte.

Unter diesen vorbereitenden Arbeiten ragt besonders ein Gutachten hervor, das Kelsen Anfang 1919 über die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs mit besonderer Berücksichtigung des Anschlusses Deutschösterreichs an das Deutsche Reich verfasste. Wie Olechowski herausgearbeitet hat, zeigt sich an dieser Arbeit die damals wichtige Verknüpfung des Anschlussgedankens – Österreich als Teil des Deutschen Reichs – mit den daraus erfließenden Strukturfragen für den Aufbau des österreichischen Bundesstaats.

Als Renner im Frühling 1919 kurzzeitig von den Friedensverhandlungen in Saint Germain zurückkehrte, beauftragte er Kelsen *„im Verein der Verfassungsabteilung der Staatskanzlei den Entwurf einer Bundesstaatsverfassung auszuarbeiten"*. In Erfüllung dieses Auftrags erstellte Kelsen insgesamt sechs Entwürfe, die hinsichtlich des Aufbaus und der Struktur der neuen Verfassung einander ziemlich ähnlich waren. Wie Kelsen selbst schrieb, gab es Unterschiede vor allem in den Bereichen: Bundesrat, Bundespräsident und Grundrechte.

Die Verfassungswerdung war nicht nur eine zentrale Operation der Staatskanzlei, sondern geriet auch zunehmend unter den Einfluss der Bundesländer. Eine Schlüsselrolle nahm dabei der für die Verfassungsreform zuständige Staatssekretär Michael Mayr ein: Gestützt auf die legistischen Arbeiten Kelsens wurde der sogenannte „Privatentwurf Mayr" von großer Bedeutung. Noch wichtiger wurde allerdings ein verschollener Entwurf, den wahrscheinlich Renner am 8. November 1919 an Mayr übermittelte und der die Ergebnisse der Koalitionsvereinbarungen beinhaltete. Wieder unter Berufung auf Olechowski kann gesagt werden, dass sich jener „Privatentwurf Mayr" als ein wesentlich von Kelsen mitgestalteter Entwurf darbietet. Mit seiner Präsentation auf einer Länderkonferenz endete die erste Phase der Verfassungslegistik Kelsens.

Am 8. Juli 1920 wurde im Verfassungsausschuss der konstituierenden Nationalversammlung ein Unterausschuss gebildet, dem Kelsen als unabhängiger Experte zugezogen wurde. In diesen Beratungen nahm Kelsen vor allem Anteil an der Ausarbeitung des Siebenten Hauptstücks der Bundesverfassung über die „Garantien der Verfassung und der Verwaltung".

Betrachtet man die Sache aus einer gewissen Distanz heraus, so erkennt man, dass sich die methodische Grundposition Kelsens und die Lösung praktisch technischer Probleme der Verfassungslegistik wechselseitig beeinflussten: Dabei spielte eine wichtige Rolle, dass die staatsrechtlichen Verhältnisse in der

ausgehenden Doppelmonarchie sehr kompliziert waren. Das Bestreben, sie verfassungsdogmatisch zu klären, förderte die Entwicklung rechtstheoretischer Einsichten und rechtstechnischer Instrumente.[3])

Zweifellos brachte Kelsen das Grundverständnis ein, dass es sich bei einer Verfassung um ein normatives Instrument handelt, das aus Rechtsvorschriften und nicht aus politischen Deklarationen bestehen sollte. Zudem hatten die parlamentarischen Erfahrungen der Monarchie gezeigt, dass es notwendig war, diese Schicht von Rechtsnormen mit unterschiedlichen Erzeugungsbedingungen zu versehen und ihren Charakter als Verfassungsrecht explizit zu machen. Zwar gelang es 1920 nicht, eine vollständig kodifizierte Verfassung zu erarbeiten – besonders die Grundrechte waren ja durch Verweisungen auf die Dezember-Verfassung 1867 hergeleitet –, aber durch die Bezeichnungspflicht des Verfassungsrechts erfolgte eine zumindest formale Kodifikation.

Das dritte Element war die Einsicht in die Notwendigkeit einer Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit auch der Gesetze. In einem funktionellen Sinn gab es eine Verfassungsgerichtsbarkeit nun schon seit dem berühmten Fall Marbury v. Madison 1803 im amerikanischen Recht, freilich als einzelfallbezogene Kompetenz der Gerichte und letztlich des Supreme Courts. Das – höchst innovative – kontinentaleuropäische, „Kelsenianische" System der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze entwickelte sich aus den Koordinationsproblemen des Bundesstaates heraus, die – mutatis mutandis – tief in das 19. Jahrhundert zurückgingen. Auch hier knüpfte Kelsen an frühere Überlegungen an, besonders von Georg Jellinek.[4]) Neu war die Einrichtung eines besonderen Höchstgerichtes, also einer Verfassungsgerichtsbarkeit auch im organisatorischen Sinn, und die Ermächtigung zur „negativen Gesetzgebung" durch die generell wirksame Kassation von Gesetzestexten. Im Übrigen wurde so auch der Weg zu einer sich erst später entfaltenden Möglichkeit geschaffen, die Grundrechtskonformität von Gesetzen zu prüfen.[5])

B. Späte Expertisen

In den 1960er-Jahren wurde Kelsen, der zu dieser Zeit schon betagt in Berkeley lebte, vom offiziellen Österreich um seine verfassungstechnische Expertise ersucht. Im Vorfeld der B-VG-Novelle 1964, die der Transformation von Staatsverträgen – einem angestammten Thema Kelsens – gewidmet war, versuchte der Leiter des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst Edwin Loebenstein Kelsen

3) Eine wichtige Diskussion war jene nach dem Verhältnis zwischen Reichsgesetzen und Landesgesetzen nach der Dezember-Verfassung 1867. Vgl. dazu: *Kelsen,* Reichsgesetz und Landesgesetz 202, 390 und *Weyr,* Rahmengesetze (1913). Die zweite Debatte galt der Konstruktion Österreich-Ungarns auf der Ebene des Gesamtstaates. Vgl. dazu: *Weyr,* Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen 387; *Verdross,* Die Neuordnung 121, 134 und *ders.*, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit 479, 483 sowie *Merkl,* Unabänderlichkeit von Gesetzen 97, 111.

4) *Jellinek,* Verfassungsgerichtshof für Österreich.

5) Vgl. etwa *Pöschl,* Gleichheit vor dem Gesetz 133.

zu einer Äußerung zu bewegen, was allerdings fehlschlug.[6]) Denn in seiner Antwort vom 4. Februar 1962 beschränkte sich Kelsen darauf, sein Interesse zu versichern und zu erklären, dass es ihm *„infolge anderer dringender Arbeiten nicht möglich sei, die in dem Program (sic) des Bundeskanzleramtes gestellten Fragen innerhalb der gegebenen Frist zu beantworten"*. In dieser Form wurde das Schreiben auch im Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst empfangen, wie dies dem Verfasser dieses Beitrags erinnerlich ist.[7]) Im Konzept zu diesem Brief findet sich freilich eine fünfseitige eingehende Äußerung Kelsens, mithin doch noch eine verfassungsrechtliche Stellungnahme zum B-VG, die Kelsen freilich verwarf, warum auch immer.[8])

Eine zweite Anfrage erfolgte wenig später: Am 22. Mai 1965 ersuchte der Präsident des Nationalrats Alfred Maleta Kelsen um einen Vorschlag zur Neugestaltung der Vertretung des Bundespräsidenten, wenn dieser verhindert ist, sein Amt auszuüben.[9]) Es handelt sich dabei um eine staatspolitisch höchst wichtige Sache, denn über die Amtsfähigkeit des Bundespräsidenten können dieser selbst und das vertretungsbefugte Organ, damals der Bundeskanzler, unterschiedlicher Meinung sein. Kelsens – nicht publiziertes – ausführliches Gutachten kann hier nicht im Einzelnen referiert werden, im Zentrum seiner Überlegungen stand der Versuch, die Beurteilung, ob der Sachverhalt einer Verhinderung des Bundespräsidenten vorliegt, einer dritten Stelle zu überlassen und damit zu objektivieren. Der Präsident des Nationalrats bedankte sich bei Kelsen höflich, griff seinen Vorschlag aber nicht auf. Erst 1977 kam es aus gegebenem Anlass zu einer Neuregelung, die zwar ausgewogener ausfiel, das Grundproblem aber nicht löst.[10])

III. Mitglied des Verfassungsgerichtshofes

Hans Kelsen wurde zunächst mit Wirkung vom 3. Mai 1919 von der Staatsregierung zum Mitglied des (deutsch)österreichischen Verfassungsgerichtshofes ernannt, und zwar als Nachfolger seines Lehrers Edmund Bernatzik. Nach dem Inkrafttreten des B-VG erfolgte dann Kelsens Ernennung zum Mitglied des nach diesem Verfassungsgesetz eingerichteten Verfassungsgerichtshofes, und zwar vom Nationalrat mit Beschluss vom 15. Juli 1921. Kelsen behielt diese Position bis zum 15. Februar 1930.[11])

Als Mitglied des VfGH, also in richterlicher Funktion, war Kelsen nun unmittelbar in den Prozess der Erzeugung und Vernichtung des Rechts einbezogen. Die quantitativen und qualitativen Aspekte seines Wirkens wurden von Robert

6) Schreiben Edwin *Loebensteins* an Hans *Kelsen* vom 23. Jänner 1962.

7) Der betreffende Akt ist leider einem Wassereinbruch im Bundeskanzleramt zum Opfer gefallen.

8) Vgl. Hans Kelsen-Institut, Nachlass Hans Kelsen, Schachtel 21ag.71.

9) Art 64 B-VG. Vgl. zum Folgenden: *Walter,* Die Vertretung des Bundespräsidenten 165.

10) Die Problematik wurde deutlich, als Bundespräsident Thomas *Klestil* im September 1996 schwer erkrankte.

11) Vgl. *Walter,* Hans Kelsen als Verfassungsrichter 10, 25.

Walter ausführlich dargestellt. Was Kelsens Denkstil betrifft, so hält Walter fest, dass Kelsen in Fragen der Interpretation „eine Offenheit deutlich zum Ausdruck bringt, eine Offenheit, die er später auch theoretisch verfochten hat".[12])

Thematisch setzte sich Kelsen vor allem für die Perfektionierung der parlamentarischen Demokratie ein, besonders wichtig war ihm das aktive Wahlrecht. Die von ihm geprägte Judikatur ist bis heute maßgebend. Sie spielte jüngst 2016 bei der vom VfGH stattgegebenen Anfechtung der Bundespräsidentenstichwahl eine entscheidende Rolle.[13]) Auch dürfte ein wichtiger Leitsatz zur Intensivierung des Legalitätsprinzips auf Kelsen zurückgehen.[14])

Es herrscht also ein eher situativer Auslegungsstil vor, den man bei dem strengen Rechtspositivisten Hans Kelsen vielleicht nicht vermuten würde. Aber seine Praxis hängt doch ganz eng mit der von ihm entwickelten Interpretationslehre zusammen, wie sie dann – nach entsprechenden Vorarbeiten von Merkl – Eingang in die erste Auflage der Reinen Rechtslehre von 1934 gefunden hat. Kelsen vertritt dort – gestützt auf den Stufenbau – die sogenannte „Rahmentheorie".[15]) Demnach wäre es die Aufgabe der Rechtswissenschaft, den Rahmen möglicher Auslegungen abzustecken. Rechtswissenschaft könne aber nicht die in diesem Rahmen gleichwertigen Interpretationen bewerten, also nicht die „richtige" Auslegung anbieten. Gerade diese Auffassung stand diametral zur Praxis und Tradition der kontinentalen Rechtswissenschaft und wohl auch gegen die berufsständischen Interessen. Kelsen meinte weiters, dass die Wahl zwischen diesen Möglichkeiten durch das rechtsanwendende Organ zu entscheiden sei, was er – intuitiv problematisch – als „authentische Interpretation" bezeichnet. Freilich birgt Kelsens Ansatz das Problem, den Interpretationsrahmen abzustecken. Ganz offensichtlich hatte Kelsen aber jene Formen der Interpretation von Rechtsvorschriften vor Augen, wie sie in seiner Zeit – namentlich im Privatrecht – geübt wurden. Kelsen war also kein Kritiker dieser Methoden. Es ist daher nicht überraschend, dass der Verfassungsdogmatiker Kelsen und der Verfassungsrichter Kelsen zu unterschiedlichen Ergebnissen kamen: ersterer beschreibt den Rahmen, den das Verfassungsrecht vorsieht, letzterer entscheidet innerhalb dieses Rahmens einen Fall.[16])

12) Vgl. *Walter,* Kelsen als Verfassungsrichter 93.

13) VfSlg 1927/888: Bei der Beurteilung des Einflusses auf das Wahlergebnis kommt es nicht auf einen strikten Nachweis, sondern auf die Möglichkeit an: „Das zu beurteilen steht allerdings letzten Endes im Ermessen des Verfassungsgerichtshofes. Wenn dieser im vorliegenden Falle einen sehr rigorosen Maßstab angelegt hat, so geschah dies im Interesse der Gesetzmäßigkeit der Wahlen, die in einer demokratischen Republik, in der alle maßgebenden Staatsorgane durch Wahlen berufen werden, eines der Fundamente des Staates bildet". Vgl. VfSlg 20071/16.

14) Vgl. VfSlg 1923/76: „Damit ein Gesetz durch Verordnung überhaupt durchführbar sei, muss es im Sinne der Bundesverfassung inhaltlich hinreichend bestimmt sein, müssen schon aus dem Gesetz allein – und ohne dass der Heranziehung der Durchführungsverordnung bedarf – alle wesentlichen Elemente der beabsichtigten Regelung ersehen werden. Nicht nur das ‚Ob', sondern auch das ‚Wie' der Normierung muss in Gesetzesform bestimmt sein."

15) *Kelsen,* Reine Rechtslehre 90.

16) Vgl. dazu *Jabloner,* Gefühltes Recht? 155 (161).

Das Verhältnis der Reinen Rechtslehre zu Fragen der Interpretation ist zweifellos komplex. Man kann aber sagen, dass die heute innerhalb dieser Schule herrschende Präferenz für die subjektiv historische Methode erst das Ergebnis der späteren Entwicklung der Reinen Rechtslehre ist, die stark auf den Rechtsetzungsakt, den Willen des Normsetzers konzentriert ist. Hier darüber mehr auszuführen, würde den Rahmen aber sprengen.[17])

Gegen Ende seiner Tätigkeit als Verfassungsrichter war Kelsen – als ständiger Referent – an dem aufsehenerregenden Verfahren um die „Sever-Ehen" beteiligt. Rechtspolitisch ging es dabei um die Möglichkeit der Ehescheidung.[18])

Das ABGB sah für Christen ein bestehendes Eheband als Ehehindernis für eine weitere Ehe vor. Eine dennoch eingegangene Ehe war von Amts wegen vom Gericht als ungültig zu erklären, doch konnte die zuständige Verwaltungsbehörde aus wichtigen Gründen eine „Nachsicht" von Ehehindernissen erteilen.

Die Verwaltungsbehörden gaben regelmäßig diesen Dispens vom Ehehindernis des bestehenden Ehebandes, insbesondere der niederösterreichische Landeshauptmann Sever. Die Gerichte reagierten darauf mit der Einleitung von Verfahren zur Ungültigerklärung der Zweitehen. Verfahrenstechnisch war nun entscheidend, inwieweit die Gerichte die vom Landeshauptmann erteilten Dispense als bindende Rechtsakte betrachteten.

Kelsen, der in dieser Sache eine ausgesprochen liberale Position einnahm und ein bei ihm seltenes Engagement zeigte, deutete die Konstellation als eine in die Zuständigkeit des Verfassungsgerichtshofes nach Art. 138 B-VG fallende Sache eines Kompetenzkonflikts zwischen Gericht und Verwaltungsbehörde und löste diesen Konflikt in die Richtung der Bindung des Gerichts. Rechtswissenschaftlich war sein Standpunkt allerdings schwer vertretbar; der prominente österreichische Zivilprozessualist Petschek zeigte nämlich, dass es sich in Wahrheit nicht um einen Kompetenz-, sondern um einen Bindungskonflikt handelte. Die Problematik war jene der Bindung des Gerichts an eine von der Verwaltung entschiedene Vorfrage.[19])

Diese Judikatur des VfGH, an der Kelsen so maßgeblich mitgewirkt hatte, löste politische Turbulenzen aus, die – unter anderen Gründen – letztlich mit der B-VG-Novelle 1929 zur Neukonstituierung des VfGH führten. Kelsen hätte von sozialdemokratischer Seite das Angebot gehabt, auch in diesen „neuen" VfGH wieder bestellt zu werden, lehnte es aber ab, da er sich keiner bestimmten Partei gegenüber verpflichten wollte.[20])

Das allgemeine Klima gegen Kelsen wurde aber immer aggressiver und so verließ Kelsen Ende 1929 endgültig Wien und nahm einen Ruf als Professor an der Universität Köln an.[21])

17) Vgl. grundlegend *Walter*, Das Auslegungsproblem 187.

18) Vgl. zum Folgenden *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter 57 und *Neschwara*, Hans Kelsen und das Problem der Dispensehen 249.

19) *Petschek*, Indirekter Kompetenzkonflikt und Bindungskonflikt 349.

20) Vgl. *Métall*, Hans Kelsen 55.

21) Vgl. *Métall*, Hans Kelsen 57.

IV. Verfassungsdogmatik

Die von Kelsen mitkonzipierte Verfassung hatte nur 13 Jahre Bestand, von 1920 bis zur Ausschaltung des VfGH 1933.[22]) In dieser kurzen Zeit konnte sich eine ausdifferenzierte Verfassungsdogmatik wie in der Monarchie oder nach 1945 – das B-VG gilt ja wieder seit 73 Jahren! – kaum entfalten. Kelsens wichtigste Leistung auf diesem Gebiet ist der von ihm „in Verbindung mit Georg Froehlich und Adolf Merkl" herausgegebene Kommentar zum B-VG 1920.[23]) Wegen seiner Nähe zur Verfassungsentstehung gilt dieses Werk geradezu als „authentisch". Charakteristisch für Kelsens wissenschaftliche Methode ist es, dass in manchen Fällen mehrere Auslegungen in Betracht gezogen werden, worauf Kelsen im Vorwort sogar ausdrücklich hinweist.[24]) Ein bekanntes Beispiel ist die Auslegung des Begriffs „Gesamtänderung der Bundesverfassung" in Art. 44 Abs. 2, wo die Kommentatoren sowohl eine formelle als auch eine inhaltliche Deutung für zulässig erachten.[25])

Welcher Autor welche Bestimmungen kommentiert hat, ist nur in einigen Bereichen deutlich. Von Kelsen stammt mit Sicherheit der Kommentar zum Siebenten Hauptstück, also zur Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, und wohl zu den Art. 1 bis 9.

In den folgenden Jahren verfasste Kelsen eine ganze Reihe von Abhandlungen zur Bundesverfassung, zuweilen in ausländischen Zeitschriften.[26]) Diese Arbeiten sind im Wesentlichen deskriptiver Natur. Eine Ausnahme bildet die schon skizzierte Frage der „Dispens-Ehen".

Freilich blieb Kelsen auch in jenen Schriften, die in abstrakterer Form Fragen der „allgemeinen Staatslehre" behandeln, dem B-VG insoweit verbunden,

22) Das B-VG 1920 wurde – abgesehen von den Art. 44 Abs. 2 und 50 (BGBl 1934/255) – nicht formell aufgehoben, vielmehr wurde anscheinend von seiner materiellen Derogation durch die neuen verfassungsgesetzlichen Akte oder von seinem schon erfolgten Geltungsverlust ausgegangen. In verfassungsdogmatischer Hinsicht hatte das B-VG gewiss schon mit der Ausschaltung des VfGH durch VO der BReg vom 23. Mai 1933, BGBl 1933/191, seine Geltung verloren, da damit der Fehlerkalkül der VO der BReg wegfiel. In der Formulierung von *Berchtold*, Verfassungsgeschichte der Republik Österreich 755, brachte es die Ausschaltung des VfGH mit sich, „dass die Verfassungsordnung nicht mehr länger wirksamer Maßstab für die Ausübung politischer Macht war". Die verfassungsändernden „Rechtakte" der BReg können daher ab dann nur mehr – je nach Standpunkt – entweder als absolut nichtig oder als auf einer neuen Verfassung beruhend gedeutet werden. Diese wurde allerdings nicht sogleich explizit erlassen, sondern bis zur autoritären „Mai-Verfassung" 1934 folgten Monate einer „autoritären Habdiktatur" so treffend *Botz*, Faschismus und „Ständestaat" 311 (321).

23) „Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Mit historischen Einleitungen und kritischen Erläuterungen hrsg. von Dr. Hans Kelsen. Fünfter Teil: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920. Hrsg. in Verbindung mit Dr. Georg Froehlich und Dr. Adolf Merkl von Dr. Hans Kelsen" (1922) (Neudruck 2003).

24) *Kelsen*, Vorwort, in: *Kelsen / Froehlich / Merkl*, VI.

25) *Kelsen / Froehlich / Merkl*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich 124.

26) Beispielsweise: *Kelsen*, Österreich als Bundesstaat 421; ders., Die Verfassung Österreichs, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1923/24, 126 und 1927/28, 51 oder ders., Die Entwicklung des Staatsrechts 147.

als dessen Lösungen gewissenmaßen paradigmatisch erscheinen: So erfolgte seine theoretische Beschäftigung mit der Verfassungsgerichtsbarkeit eigentlich erst nach seiner rechtstechnischen Tätigkeit. Sein – die Verfassungsgerichtsbarkeit vehement verteidigendes – Gutachten auf der Staatsrechtslehrertagung in Wien 1928 ist im Grunde eine theoretische Überhöhung des österreichischen Modells.[27]) Auch in einem anderen Bereich, nämlich bei der Entwicklung der Bundesstaatstheorie, beobachten wir einen ähnlichen Zusammenhang. Erst die Konstruktion von Bund und Ländern im B-VG 1920 mit ihrer formalen Gleichrangigkeit eröffnete den Blick für die rechtstheoretische Bewältigung dieses Phänomens, und zwar in der Form der „Drei-Kreise-Theorie", die später als Kelsens Bundesstaatstheorie berühmt wurde.[28]) Und selbst die Demokratietheorie – „Vom Wesen und Wert der Demokratie 1929" – lässt das B-VG durchschimmern, bei der Bedeutung des Legalitätsprinzips etwa oder bei der Frage der Unabänderlichkeit der Verfassung.[29])

Die Verfassung 1934 kommentierte Kelsen nicht mehr, und auch nach 1945 trug er nichts mehr zur österreichischen Verfassungsdogmatik bei. Ein Vorgang ist der bloßen Kuriosität halber zu erwähnen und weil er eine gewisse Popularität Kelsens zeigt:

1962 wandte sich der „Verband österreichischer Fußpfleger" an Kelsen wie folgt: *„Der Vorstand ... ruft Sie hochgeschätzter Herr Professor, als den Schöpfer unserer Verfassung, an, Ihre Meinung über den Paragraphen 1a Abs. 3 der Gewerbeordnung bekanntzugeben. Unser aller Berufsexistenz ist in Gefahr. Das Handelsministerium ignoriert den Gleichheitsgrundsatz der Staatsbürger vor dem Gesetz, es raubt uns durch seine Haltung unser demokratisches Grundrecht."* In der Sache ging es um die sachliche Rechtfertigung für die Einschränkung des Berufsschutzes der Fußpfleger.

Kelsen antwortete kurz, doch höflich, dass er keine Frage des österreichischen Rechts mehr beantworten wolle.[30])

V. Verfassungspolitik

Zwischen 1920 und 1929 trat Kelsen wiederholt verfassungspolitisch in Erscheinung, nicht selten auch mit profilierten Äußerungen in der Tagespresse. So nahm er – in eher rechtstechnischer Manier – zu einem Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich Stellung,[31]) trat für eine Reform des Wahlrechts in die Richtung

27) *Kelsens* Gutachten zur Verfassungsgerichtsbarkeit „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit" – VVDtSTRL 1929, 30 – ist in vielen Aspekten eine Abstraktion der Art. 137 ff. B-VG.

28) Vgl. *Kelsen,* Die Bundesexekution 127.

29) Vgl. *Vašek,* Unabänderliches Verfassungsrecht 94.

30) Die zit. Unterlagen, insbesondere der handschriftliche Entwurf des Schreibens Kelsens an den Verband österreichischer Fußpfleger vom 4. Februar 1962, vgl. bei: Hans Kelsen-Institut, Schachtel 16c12.61.

31) *Kelsen,* Die staatsrechtliche Durchführung 329.

eines stärkeren Persönlichkeitswahlrechts ein[32]) oder wandte sich gegen die Geschworenengerichte.[33])

Das B-VG 1920 wurde in der Ersten Republik mehrfach geändert, wobei zwei Novellen einen größeren Umfang hatten: Die B-VG-Novelle 1925 betraf im Wesentlichen organisatorische Aspekte, insbesondere die Realisierung der „mittelbaren Bundesverwaltung".

Verfassungspolitisch ungleich brisanter war die B-VG-Novelle 1929. Sie stellte einen mühsamen Kompromiss dar, der nach schweren „Verfassungskämpfen" gewonnen wurde.[34]) Sie vermochte jedoch die politischen Spannungen nicht zu lösen. Nur wenige Jahre darauf – 1933/34 – kam es zum offenen Verfassungsbruch und zur Begründung eines autoritären Systems, das aber seinerseits nur bis zur Okkupation Österreichs durch das Deutsche Reich im März 1938 Bestand hatte. Immerhin war die B-VG-Novelle 1929 der letzte verfassungsrechtliche Akt, auf den sich die beiden großen Lager geeinigt hatten und so konnte bei der Wiedererrichtung der Republik Österreich 1945 genau auf diese Fassung des B-VG zurückgegriffen werden.

Der Kompromiss des Jahres 1920 war vor dem Hintergrund eines relativen „Gleichgewichtes der Klassen" erreicht worden. Die Sozialdemokratie, die sich gegen weiterreichende kommunistische Bestrebungen in die Richtung einer „Räterepublik" versperrte, hatte zu diesem Zeitpunkt eine relativ starke Stellung. Im Laufe der 1920er Jahre wuchs der Widerstand gegen die politischen Parteien und man beschwor eine „wahre Demokratie". Dabei ging es um ständestaatliche Vorstellungen; nicht mehr das Parlament mit seinen politischen Parteien, sondern nach Berufsständen geordnete Vertretungskörper sollten das politische Sagen haben. Zudem sollte – dies durchaus unter dem Eindruck autoritärer Systeme in Europa – der Bundespräsident als Gegenmacht zum Parlament aufgebaut werden. Da die bürgerliche Regierung aber den für Verfassungsänderungen vorgegebenen Weg nicht verlassen wollte – jedenfalls zu diesem Zeitpunkt – brauchte sie eine Zweidrittelmehrheit und suchte den Kompromiss mit den Sozialdemokraten. Entsprechend hielten sich die Änderungen der Verfassung durch die B-VG-Novelle 1929 in gewissen Grenzen. Immerhin wurde das Amt des Bundespräsidenten aufgewertet, es erfolgte eine gewisse Zentralisierung und es wurde anstelle des Bundesrates eine berufsständische Parlamentskammer vorgesehen, die allerdings nicht aktiviert wurde. Auch die ursprünglich vorgesehene Volkswahl des Bundespräsidenten wurde suspendiert und fand erst nach 1945 statt.

Verfassungshistorisch ist es interessant, dass am Anfang dieses Prozesses im bürgerlichen Lager durchaus Bestrebungen bestanden, die erforderliche Zweidrittelmehrheit im Parlament zu umgehen. Zu diesem Zweck versuchte man die plebiszitäre Willensbildung zu forcieren. In diesem Punkt kam nun

32) Etwa: *Kelsen,* Die Unzufriedenheit mit dem Wahlrecht, Neue Freie Presse vom 12. März 1926 – vgl. dazu *Olechowski,* Kelsens Unzufriedenheit mit dem Wahlrecht, Die Presse vom 11. März 2012.

33) *Kelsen,* Geschworenengerichte und Demokratie. Das Prinzip der Legalität, Neue Freie Presse vom 3. Februar 1929.

34) Vgl. im Einzelnen *Berchtold,* Verfassungsgeschichte 463, besonders 569.

Hans Kelsen ins Spiel: Das B-VG richtet Österreich als parlamentarische, also repräsentative Demokratie ein. Die Instrumente der unmittelbaren Demokratie – Volksabstimmung, Volksbegehren, Volksbefragung – haben deutlich ergänzenden Charakter.[35]) In Bezug auf das Referendum (Art. 43 B-VG) bestand ein klarer politischer Wille, den die Kommentatoren so zum Ausdruck brachten: *„Die außerordentliche Einschränkung des obligatorischen Referendums und damit die Zurückdrängung des Referendums überhaupt hat in den Erfahrungen ihren Grund, die man in der Schweiz mit diesem Institut gemacht hat. Insbesondere die konservative Tendenz der Volksabstimmung hat den Ausschuss diesem Institut nicht allzu geeignet gemacht. Dazu kam noch die Rücksicht auf das Bedürfnis einer raschen Gesetzgebung, wie sie die gegenwärtige Zeit braucht. Man wollte dem retardierenden Element, das mit der Volksabstimmung notwendigerweise verbunden ist, keinen allzu großen Raum gewähren.“*[36]) Es waren also die Sozialdemokraten, die nicht mehr wollten.

Kelsen, der die parlamentarische Demokratie theoretisch analysierte und verfassungspolitisch vertrat,[37]) war keineswegs ein Gegner plebiszitärer Elemente, schon im Hinblick auf den von ihm ja herausgearbeiteten fiktiven Charakter der parlamentarischen Repräsentation. So war es auch nicht überraschend, dass er jenen Teil der Regierungsvorlage zur B-VG-Novelle 1929 „sehr zu begrüßen“ fand, der bei der Erlassung von einfachen Bundesgesetzen vorsehen wollte, dass über ein von 200.000 Stimmberechtigten unterstütztes Volksbegehren – wenn ihm der Nationalrat nicht Rechnung trägt – eine Volksabstimmung stattzufinden habe.[38]) Für das Misstrauen der Sozialdemokratie hatte er wenig Verständnis. Rückblickend auf 1920 schreibt er sogar, dass sich die Sozialdemokraten seltsamerweise zugunsten der mittelbaren Demokratie und somit gegen die unmittelbare entschieden hätten.[39])

Allerdings enthielt die Regierungsvorlage zur B-VG-Novelle 1929 noch eine zweite plebiszitäre Neuerung von ungleich größerer Brisanz. Art. 44 Abs. 2 B-VG sollte dergestalt geändert werden, dass Gesetzesvorschläge auf Änderung der Bundesverfassung, die keine Zweidrittelmehrheit im Nationalrat erlangen, einer Volksabstimmung zuzuführen wären. Falls diese eine unbedingte Mehrheit ergebe, sollte der Gesetzesvorschlag als Bundesverfassungsgesetz kundgemacht werden.[40]) Tendenziell richtete sich dieser Plan gegen die verfassungsrechtliche

35) Vgl. nur *Kelsen / Froehlich / Merkl,* Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, 5. Teil: Volksbegehren sind Mittel, durch die die parlamentarische Demokratie „an die Formen der unmittelbaren Demokratie angenähert zu werden pflegt“.

36) Vgl. *Kelsen / Froehlich / Merkl,* Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, 5. Teil, 121.

37) Vgl. nur *Kelsen,* Vom Wesen und Wert der Demokratie.

38) § 23 der RV 382 der Blg. Sten.Prot. NR, III. GP (abgedruckt bei *Berchtold,* Verfassungsgeschichte 285 und dazu *Kelsen,* Die Verfassungsreform, JBl. 1929, 446 [448]).

39) Vgl. *Kelsen,* Die Verfassungskrisis in Österreich, Frankfurter Zeitung vom 6. Oktober 1929.

40) § 23 der RV (bei *Berchtold,* Verfassungsgeschichte 287).

Sperrminorität der Sozialdemokraten. Inhaltlich ging es vor allem um die Eigenständigkeit Wiens als Bundesland.[41]) Dieses Konzept lehnte Kelsen vehement ab.[42]) Mehrfach spielt Kelsen darauf an, dass die Sozialdemokraten – im Lichte der politischen Verhältnisse um 1920 – in der Lage gewesen wären, etwa das Privateigentum abzuschaffen. Dies gibt Kelsen der bürgerlichen Seite mahnend zu bedenken: Das Konzept der Bundesregierung hätte auch eine „Gesamtänderung der Bundesverfassung (Art. 44 Abs. 2 [heute: Abs. 3] B-VG) bedeutet.“ Letztlich wurde keine der beiden Änderungen positives Verfassungsrecht.

VI. Zum Abschluss

Nach 1945 verabsäumte man, Kelsen nach Österreich zurückzuholen, seine Besuche in der alten Heimat erfolgten nur mehr sporadisch. Die von ihm so maßgeblich gestaltete Verfassung erwies sich aber als ungemein belastbar und zweckmäßig. Nach einem gescheiterten Verfassungskonvent 2003 bis 2005 sieht es nicht danach aus, dass unser Land eine neue Verfassung erhalten könnte. Nach Ansicht des Verfassers ist das auch gut so; zudem sind die Zeiten leicht erreichbarer Verfassungsmehrheiten vorbei.

Es wird also wohl noch länger so bleiben: Wer in Österreich von der Verfassung spricht, denkt an Kelsen und wer von Kelsen spricht, gedenkt der „Kelsen-Verfassung“.

Literatur

Klaus *Berchtold,* Verfassungsgeschichte der Republik Österreich I: 1918–1933. Fünfzehn Jahre Verfassungskampf (Wien/New York 1998).

Gerhard *Botz,* Faschismus und „Ständestaat“ vor und nach dem „12. Februar 1934“, in: Erich *Fröschl* / Helge *Zoitl* (Hrsg.), Februar 1934 (1984) 311 (321).

Hans Kelsen-Institut, Nachlass Hans Kelsen, Schachtel 21ag.71.

Hans Kelsen-Institut, Schachtel 16c12.61.

Clemens *Jabloner,* Gefühltes Recht? in FS 150 Jahre Wiener Juristische Gesellschaft (2017) 155 (161).

Georg *Jellinek,* Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich (Wien 1885).

Hans *Kelsen* / Georg *Froehlich* / Adolf *Merkl,* Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, 5. Teil: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (Wien/Leipzig 1922)

Hans *Kelsen,* Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914) 202–254, 390–438.

Hans *Kelsen,* Österreich als Bundesstaat, in: Österreichische Rundschau 18 (1922) 421–430.

41) Vgl. näher *Berchtold,* Verfassungsgeschichte 537.

42) *Kelsen,* Verfassungsreform, 447: „Diktatur der Majorität!“ und *Kelsen,* Der Drang zur Verfassungsreform, Neue Freie Presse vom 6. Oktober 1929.

Hans *Kelsen*, Vorwort, in: Hans *Kelsen* / Georg *Froehlich* / Adolf *Merkl*, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, 5. Teil (1922) VI.
Hans *Kelsen*, Die Verfassung Österreichs, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1923/24, 126 und 1927/28, 51
Hans *Kelsen*, Die Unzufriedenheit mit dem Wahlrecht, in: NFP Nr. 22088 v. 12. 3. 1926, 1–2.
Hans *Kelsen*, Die Bundesexekution, in: Festgabe für Fritz Fleiner (1927) 127–187.
Hans *Kelsen*, Die staatsrechtliche Durchführung des Anschlusses Österreichs an das Deutsche Reich, ZÖR 6 (1927) 329–352.
Hans *Kelsen*, Die Entwicklung des Staatsrechts in Oesterreich seit dem Jahre 1918, in: Gerhard Anschütz / Richard Thoma (Hgg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts (Tübingen 1929) 147–165.
Hans *Kelsen*, Die Verfassungsreform, JBl 58 (1929) 445–457.
Hans *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie (1920, zweite Auflage 1929).
Hans *Kelsen*, Der Drang zur Verfassungsreform. Eine Folge der politischen Machtverschiebung, NFP Nr. 23370 v. 6. 10. 1929, 6–7.
Hans *Kelsen*, Die Verfassungskrisis in Österreich, Frankfurter Zeitung vom 6. Oktober 1929.
Hans *Kelsen*, Die Verfassungsreform, JBl 58 (1929) 445–457.
Hans *Kelsens* Gutachten zur Verfassungsgerichtsbarkeit „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit" – VVDtSTRL 1929, 30.
Hans *Kelsen*, Geschworenengerichte und Demokratie. Das Prinzip der Legalität, Neue Freie Presse vom 3. Februar 1929.
Hans *Kelsen*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Leipzig/Wien 1934).
Hans *Kelsen*, Der Richter und die Verfassung, in: Das Recht der Arbeit 12 (1962) 289–294.
Adolf *Merkl*, Die Unabänderlichkeit von Gesetzen – ein normlogisches Prinzip. Eine Erwiderung an Herrn Prof. Dr. Weyr, JBl (1917) 97, 111.
Rudolf A. *Métall*, Hans Kelsen. Leben und Werk (Wien 1969).
Christian *Neschwara*, Hans Kelsen und das Problem der Dispensehen, in: Robert *Walter* / Werner *Ogris* / Thomas *Olechowski* (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (= Schriftenreihe des HKI 31, Wien 2009) 249.
Thomas *Olechowski*, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundes-Verfassung, in: Robert *Walter* / Werner *Ogris* / Thomas *Olechowski* (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (= Schriftenreihe des HKI 31, Wien 2009) 211.
Thomas *Olechowski*, Kelsens Unzufriedenheit mit dem Wahlrecht, Die Presse vom 11. März 2012.
Georg *Petschek*, Indirekter Kompetenzkonflikt und Bindungskonflikt, in: Zentralblatt für die juristische Praxis 47 (1929), 349.
Magdalena *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008).

Markus *Vašek*, Unabänderliches Verfassungsrecht und Revisionsschranken in der österreichischen Bundesverfassung (2013).
Alfred *Verdross*, Die Neuordnung der gemeinsamen Waffen und Fahnen in ihrer Bedeutung für die rechtliche Gestalt der österreichisch-ungarischen Monarchie, JBl 45 (1916) 121–123, 134–137.
Alfred *Verdross*, Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers, JBl 45 (1916) 479, 483.
Robert *Walter*, Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in: FS Klug (1983) 187.
Robert *Walter*, Die Vertretung des Bundespräsidenten im Lichte eines Vorschlags Kelsens zur Novellierung des Bundes-Verfassungsgesetzes, in: FS Loebenstein (1991) 165.
Robert *Walter*, Hans Kelsen als Verfassungsrichter (2005).
Franz *Weyr*, Rahmengesetze (1913).
Franz *Weyr*, Zur Frage der Unabänderlichkeit von Rechtssätzen, JBl (1916), 387.
Ewald *Wiederin*, Kelsen als praktischer Verfassungsrechtler, in: Nikita *Aliprantis* / Thomas *Olechowski* (Hrsg.), Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologen des 20. Jahrhunderts, Schriftenreihe des HKI 36, Wien 2014, 109.