The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	Hans Kelsen als Praktiker des Verfassungsrechts
Author(s)	Wiederin, Ewald
Citation	Osaka University Law Review. 2023, 70, p. 81-122
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/90183
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

OSAKA UNIVERSITY LAW REVIEW No. 70 (February 2023) 81-122

Hans Kelsen als Praktiker des Verfassungsrechts

Ewald WIEDERIN*

Abstract

Hans Kelsen hat in vielen Wissenschaftsdisziplinen Hervorragendes geleistet, in der Rechtstheorie ebenso wie in der Rechtsphilosophie und in der Rechtssoziologie, im Verfassungsrecht ebenso wie im Völkerrecht. Seine immense Bedeutung als Wissenschaftler hat etwas in Vergessenheit geraten lassen, dass er auch in der Rechtspraxis eine bedeutsame Rolle spielte. Der vorliegende Beitrag nimmt die praktische Tätigkeit Hans Kelsens im Verfassungsrecht in den Blick und zeigt auf, wie er als Legist, als Kommentator und als Richter wirkte. Als Legist (II.) war er bei der Ausarbeitung der österreichischen Bundesverfassung die zentrale Figur, bei der alle Fäden zusammenliefen, der die politischen Entscheidungen in eine adäquate Form brachte und der Konflikte zwischen den politischen Parteien durch Kompromissvorschläge zu lösen vermochte. Als Kommentator (III.) beschränkte er sich in Distanz zur traditionellen Jurisprudenz darauf, die Strukturen der Verfassungsgesetze herauszuarbeiten, die organisatorischen Rahmenbedingungen zu schildern, die verfahrenstechnischen Abläufe auszuleuchten und im Übrigen die verschiedenen Deutungsoptionen aufzuzeigen, ohne sich für eine Lösung zu entscheiden. Seine Rolle als Richter im Verfassungsgerichtshof (IV.) legte er hingegen vollkommen anders an. Er klebte nicht am Wortlaut, sondern argumentierte in erster Linie systematisch und teleologisch, und er verstand seine Richterrolle als politisches Amt, in dem er die junge Demokratie verfassungsrechtlich abzusichern und zu fördern trachtete. Zum Abschluss (V.) reißt der Beitrag an, wie das praktische Wirken Hans Kelsens sein rechtstheoretisches Werk befruchtet hat.

* Professor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Wien

I. Im Schatten des Rechtstheoretikers und des Rechtsdogmatikers: Hans Kelsens Rollen im praktischen Verfassungsrecht

Wenn Hans Kelsen als der führende Rechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts gilt,[1] dann vor allem deshalb, weil er sich als Rechtstheoretiker einen Namen gemacht hat. Er war aber auch als Rechtsdogmatiker aktiv: Gleich zwei Disziplinen, das Völkerrecht wie das Verfassungsrecht, betrachten ihn als einen der ihren, und es ist nicht leicht zu entscheiden, ob er als Völkerrechtler oder als Verfassungsrechtler bedeutsamer war. Hier wie dort gilt aber als ausgemacht, dass er in erster Linie an den Grundlagen interessiert war und sich auf die Verfassungstheorie sowie auf die Völkerrechtstheorie konzentrierte. Zu diesem Eindruck trug mit Sicherheit bei, dass Hans Kelsen zwischen Rechtswissenschaft und Rechtspraxis eine scharfe Grenzlinie zog und auf die Trennung der beiden Felder großen Wert legte.

Die nachstehende Arbeit[2] setzt sich zum Ziel, Hans Kelsens Beiträge zur Praxis des Verfassungsrechts darzustellen, die weniger bekannt sind, weil sie im Schatten liegen. Schon einleitend sei klargestellt, dass es mit einer Rolle wieder nicht getan ist. Wenigstens drei Rollen müssen wir unterscheiden: den Legisten, der als der Schöpfer der Bundesverfassung von 1920 gilt, den Kommentator, dem wir einen Kommentar zur Reichsratswahlordnung 1907 sowie den ersten, bis heute wichtigen Kommentar zur Bundesverfassung 1920 verdanken, und den Richter, der am österreichischen Verfassungsgerichtshof zwölf Jahre lang ständiger Referent war. Diese Rollen hat Kelsen getrennt, wesentlich strikter als andere, so wie er auch die Wissenschaftsdisziplinen strikt getrennt hat, ohne sich auf eine zu beschränken. Sieht man näher hin, springen jedoch Verbindungen und Beeinflussungen ins Auge.

II. Hans Kelsen als Verfassungslegist

Die erste Rolle, die ich skizzieren will, ist jene von Hans Kelsen als Legist. Mit diesem sperrigen Ausdruck werden in Österreich Personen bezeichnet, die

---

1) Charakterisierung als „unquestionably the leading jurist of the time“ bei *Roscoe Pound*, Law and the Science of Law in Recent Theories, in: Yale Law Journal 43 (1934), S. 525–536 (532).

2) Es handelt sich um eine wesentlich erweiterte und aktualisierte Fassung von *Ewald Wiederin*, Hans Kelsen als praktischer Verfassungsrechtler, in: Nikitas Aliprantis/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts, Wien 2014, S. 109–118.

leges – also Gesetze – machen, die mit der Ausarbeitung von Rechtstexten betraut sind. In Deutschland ist dieser Ausdruck ungebräuchlich, dort ist meist von Gesetzesredaktoren die Rede.

Wie allgemein bekannt, spielte Hans Kelsen bei der Ausarbeitung und Beschlussfassung der Bundesverfassung von 1920 eine zentrale Rolle, er war buchstäblich von Anfang bis zum Ende in den Prozess der Verfassunggebung involviert.

A. Seine Berufung zum Verfassungslegisten

Dass Kelsen für die Ausarbeitung der neuen Verfassung herangezogen wurde, lag nicht an seinem Renommee als Rechtswissenschaftler, sondern am Vertrauen, das er bei den maßgeblichen Politikern genoss. Während des Ersten Weltkrieges, noch vor Erhalt einer Professur, wurde er durch eine Verkettung von Zufällen im Jahr 1917 in das Präsidium des Kriegsministeriums berufen und dort zum persönlichen Referenten des k. u. k. Ministers bestellt.[3] Als solcher arbeitete er, nachdem sich im Herbst 1918 die militärische Niederlage abzuzeichnen begann, eine Denkschrift über die Umgestaltung der Monarchie aus, die sein Minister dem Kaiser unterbreitete.[4] Lange Zeit geschah nichts, dann aber erhielt Kelsen den Auftrag, mit Heinrich Lammasch Kontakt aufzunehmen, um zu sondieren, ob dieser zur Umsetzung der Pläne bereit sei.[5] Lammasch nahm an, scheiterte mit seiner Mission, stellte sich aber dem Kaiser als Ministerpräsident zur Verfügung. Der Vorschlag zur Neubildung der Regierung sowie die Erstellung der Ministerliste fand in Kelsens Büro statt, den Bericht an den Kaiser diktierte Kelsen persönlich in den Telegraphen.[6]

Die Regierung Lammasch blieb nur wenige Tage im Amt, denn ihr gelang es außerordentlich rasch, den Krieg zu beenden, den Kaiser zum Rückzug zu bewegen und die staatliche Gewalt an die sich bildenden Nationalstaaten zu übergeben.[7] Vor allem auf dem Gebiet des heutigen Österreichs verlief der

---

3) *Jürgen Busch*, Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg. Achsenzeit einer Weltkarriere, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit, Wien 2009, S. 57–80 (67 ff.); *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), abgedruckt in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke. Bd. 1: Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse, Tübingen 2007, S. 29–94 (48 ff.).

4) Ihr Text ist nicht überliefert: vgl. *Thomas Olechowski*, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers, Tübingen 2020, S. 217 f.

5) *Kelsen*, Autobiographie (1947) (FN 3), S. 51.

6) *Kelsen*, Autobiographie (1947) (FN 3), S. 55.

7) Dazu *Josef Redlich*, Heinrich Lammasch als Ministerpräsident, in: Marga Lammasch/Hans

Übergang dermaßen abgestimmt und harmonisch, dass es nicht übertrieben ist, von einer Staffelübergabe zu sprechen. Ein kleines Detail mag dies illustrieren: Adolf Merkl, ein Schüler Kelsens und damals Beamter im k.k. Ministerratspräsidium, wurde durch Dienstbefehl vom 2. November 1918 – also noch vor der Kapitulation der Monarchie – verpflichtet, sich „dem designierten Kanzler der neuen Deutsch-Österreichischen Regierung Dr. Karl Renner zur Dienstleistung zur Verfügung zu stellen".[8)]

Eben dieser Staatskanzler Dr. Karl Renner, der Kelsen als Demokraten kannte und schätzte, verpflichtete ihn als Konsulenten für die Staatskanzlei und betraute ihn mit der Aufgabe, einen Verfassungsentwurf zu erstellen.[9)] Kelsen hatte für diese Aufgabe weitgehend freie Hand, nur die Leitlinien waren durch Renner vorgegeben.[10)] Von Mai bis Herbst 1919 erstellte er sechs Entwürfe, die einander sehr ähnlich waren,[11)] und er stand sodann Michael Mayr, der ab Oktober 1919 als Staatssekretär für die Verfassungsarbeiten zuständig war, in den Verhandlungen mit den Ländern als Berater zur Seite. Die Konstituierende Nationalversammlung, der zwischen Juli und September 1920 die Einigung auf eine neue Verfassung gelang, zog Kelsen als Experte ihren Beratungen bei.[12)]

B. Sein Einfluss auf die Gestalt der Verfassung

Kelsen war also vom Anfang bis zum Ende in die Redaktion des Textes eingebunden, die Bundesverfassung trägt stark seine Handschrift.

Die Ausarbeitung der Verfassung ist freilich ein Prozess, in dem politische Gegner versuchen, sich auf eine gemeinsame Basis zu verständigen, und deshalb ein eminent politischer Vorgang. Den Einfluss Kelsens dürfen wir daher nicht in

---

Sperl (Hrsg.), Heinrich Lammasch. Seine Aufzeichnungen, sein Wirken und seine Politik, Wien/Leipzig 1922, S. 154–185 (162 ff.); *Wilhelm Brauneder*, Die Republik entsteht. Österreich 1918 – 1925, Graz 2018, S. 29 ff.

8) Vgl. die Autobiographie von *Adolf Julius Merkl*, in: Nikolaus Grass (Hrsg.), Österreichische Rechts- u. Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen, Innsbruck 1952, S. 137–159 (138), der dies als „einzigartige[n] staatsrechtliche[n] Tatbestand" bezeichnet.

9) *Olechowski*, Kelsen. Biographie (FN 4) S. 271 ff.; *Clemens Jabloner*, Hans Kelsen und die Entwicklung des BVG 1920, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen, Wien 2020, S. 143–155 (144 f.).

10) *Kelsen*, Autobiographie (1947) (FN 3), S. 68 f.

11) Zu ihnen näher *Thomas Olechowski*, Hans Kelsens Verfassungsentwürfe, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen, Wien 2020, S. 157–166 (159 ff.).

12) *Olechowski*, Kelsen. Biographie (FN 4), S. 291 ff.

erster Linie im Inhalt der neuen Verfassung suchen, sondern in der Form, bei welcher sein Einfluss groß war.[13)] Das kann hier nicht im Detail belegt werden. Ich greife nur zwei Punkte heraus.

Mit seiner Gliederung, die all seine Entwürfe teilen, legte Kelsen die Struktur der Verfassung fest. Die meisten Gegenentwürfe übernahmen diese Struktur,[14)] Gliederungsalternativen spielten kaum eine Rolle. Für diese notorisch unterschätzte Ebene hat sich sonst niemand interessiert – mit einer Ausnahme: Staatskanzler Karl Renner nahm im Renner-Mayr-Entwurf Ergänzungen vor, die Verbesserungen gebracht hätten.[15)] Nachdem mit dem Linzer Entwurf aber ein Kelsen-Entwurf den parlamentarischen Beratungen als Grundlage diente, hinterließ das in der Verfassung keine Spuren.

Mit den Formulierungen gab Kelsen der Verfassung auch den Grundton, auf den sie gestimmt ist.[16)] Die Textierung ist nüchtern, Beschwörungen des Guten, Wahren und Schönen sind vermieden, die Form folgt der Funktion. Was man aus der Verfassung der Monarchie ohne Änderungen übernehmen konnte, hat er übernommen, ohne sich sklavisch an die Formulierungen zu halten, und die konservative Gliederung sorgt dafür, dass die fundamentalen Schnitte – Trennung zwischen Bund und Ländern, zwischen Gesetzgebung und Vollziehung, zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit – transparent und nachvollziehbar sind.

Seinen Einfluss auf den Inhalt dürfen wir gewiss nicht überbewerten; wir

---

13) *Gerald Stourzh*, Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Wien 1982, S. 7–29 (21); *Theo Öhlinger*, Hans Kelsen – Vater der österreichischen Bundesverfassung? in: Gerald Kohl/Christian Neschwara/Thomas Simon (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Brauneder zum 65. Geburtstag. Rechtsgeschichte mit internationaler Perspektive, Wien 2008, S. 407–424 (408); *Thomas Olechowski*, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit, Wien 2009, S. 211–230 (227 f.); *Josef Pauser*, Hans Kelsen (Hg.) – Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, 1919–1922, in: Parlamentsdirektion (Hrsg.), Zu Wort gemeldet ist … das Buch. 150 Jahre Parlamentsdirektion, Salzburg 2019, S. 151–162 (153).

14) Vgl. namentlich den Entwurf der Sozialdemokraten, 888 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen der Konstituierenden Nationalversammlung.

15) Der Entwurf enthält unter anderem ein eigenes Hauptstück über die Selbstverwaltung, das schlussendlich im Jahr 2008 mit der Novelle Bundesgesetzblatt (BGBl.) I Nr. 2/2008 nachgetragen wurde.

16) *Clemens Jabloner*, Kelsens Prägung der österreichischen Bundesverfassung, in: Lucile Dreidemy u.a. (Hrsg.), Bananen, Cola, Zeitgeschichte. Oliver Rathkolb und das lange 20. Jahrhundert, Wien/Köln/Weimar 2015, S. 165–176 (168).

sollten ihn aber auch nicht unterschätzen.[17] Bei der Bestimmung des Verhältnisses zwischen Gesetzgebung und Verwaltung, seit jeher eines seiner Lieblingsthemen, stellte er die Weichen,[18] und in den Beratungen im Unterausschuss des Verfassungsausschusses war er nicht selten mit Kompromissangeboten zur Stelle, wo die Gräben zwischen den politischen Lagern unüberbrückbar schienen.[19]

C. Sein Beitrag zur Konzeption der Verfassungsgerichtsbarkeit

Besonderen Einfluss hatte Kelsen naturgemäß auf die Ausgestaltung der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit, die er in seiner Autobiographie als sein „persönlichstes Werk"[20] und in Gesprächen als sein „liebstes Kind"[21] bezeichnet hat. Diese Charakterisierung hat mitunter zum Eindruck verleitet, Hans Kelsen habe die Verfassungsgerichtsbarkeit im Alleingang konzipiert. Dieser Eindruck wäre falsch. Um das zu belegen, sei etwas weiter ausgeholt und die Entstehung des österreichischen Modells der Normenkontrolle eingehend geschildert.

Buchstäblich von Beginn seiner Tätigkeit als Legist an war Hans Kelsen mit der Verfassungsgerichtsbarkeit befasst. Seine allererste Arbeit für die Staatskanzlei war das Verfassungsgerichtshofgesetz vom 25. Jänner 1919[22] samt Erläuterungen,[23] die er im Auftrag von Karl Renner verfasste. Dieses Gesetz ist indessen wenig spektakulär, um nicht zu sagen ein wenig enttäuschend, in

17) Vgl. näher *Öhlinger*, Vater (FN 13), S. 408 ff.

18) Die klassische Formulierung in Art. 18 Abs. 1 B-VG („Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden") geht auf seinen Antrag zurück: vgl. *Felix Ermacora*, Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1920), Wien 1967, S. 477.

19) *Clemens Jabloner*, Rechtstheorie und Verfassungslegistik, in: Clemens Jabloner/Jan Kuklik/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen in der tschechischen und internationalen Rechtslehre, Wien 2018, 49–60 (51). – Ein Beispiel ist sein Vorschlag für die Beschickung des Bundesrats: vgl. *Ermacora*, Quellen (FN 18), S. 308.

20) *Kelsen*, Autobiographie (1947) (FN 3), S. 70.

21) Überliefert von *René Marcic*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre, Wien 1966, S. 58, der auf einen Trinkspruch Kelsen bei einem zu seinen Ehren vom österreichischen Bundeskanzler Dr. Klaus gegebenen Frühstück verweist, und von *Hans Klecatsky* in einer Sendung des Österreichischen Rundfunks Ö 1 vom 8. Mai 1973, 20 Uhr, abgedruckt in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), 30 Jahre Hans Kelsen-Institut. Dokumentation eines Festaktes am 30. September 2002 in den Räumlichkeiten des Verwaltungsgerichtshofes in Wien, Wien 2003, S. 87–104 (102).

22) Gesetz vom 25. Jänner 1919 über die Errichtung eines deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofes, Staatsgesetzblatt (StGBl.) Nr. 48/1919.

23) Motivenbericht zur Vorlage 141 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung, S. 3 f.

handwerklicher[24] wie in konzeptueller Hinsicht. Das vormalige Reichsgericht wurde in einen Verfassungsgerichtshof umgewandelt mit der Maßgabe, dass seine Mitglieder von der Staatsregierung bestellt wurden, um eine gewisse Distanz zur Politik zu gewährleisten.[25] Die Kompetenzen blieben gleich, und gleich blieb auch das Verfahren, denn hier wie dort wurde das Reichsgerichtsgesetz für sinngemäß anwendbar erklärt. Eine Kompetenz zur Prüfung von Gesetzen und Verordnungen sucht man vergeblich, sie wurde bewusst nicht einmal erwogen, denn in dieser Phase ging es ausschließlich darum, die bewährten Institutionen der Monarchie, an denen man festhalten wollte, in solche der Republik überzuführen.[26]

Kurze Zeit später, im März 1919 schon, wurde jedoch eine Gesetzesprüfung eingeführt,[27] dies freilich mit vierfacher Beschränkung: Nur Landesgesetze, nicht auch Bundesgesetze standen zur Prüfung; Maßstab waren allein die Bestimmungen über die Verteilung der Kompetenzen zwischen Staat und Ländern; der Verfassungsgerichtshof sollte bloß auf Antrag der Staatskanzlei, also der Regierung, entscheiden dürfen, und dies nur vor der Kundmachung, mit der bis zur Entscheidung zuzuwarten war. Diese Ausgestaltung ging auf eine Idee von Karl Renner zurück, dem es gelang, durch die Betrauung eines Gerichts mit der Entscheidung über die Zuständigkeitsfrage einen politischen Streit mit den Ländern, der zu eskalieren drohte, aus der Welt zu schaffen. Um die Jahreswende 1918/1919 waren Staatsregierung und Landeshauptleute heftig aneinandergeraten, weil die Staatsregierung mit Karl Renner an der Spitze sich auf den Standpunkt stellte, dass sie als juristischer Nachfolgerin des Monarchen befugt sei, die Landesgesetze zu sanktionieren.[28]

---

24) In der Vorlage der Staatsregierung war das Gericht bald als Verfassungsgerichtshof, bald als Verfassungsgericht bezeichnet, sodass der Text noch im Plenum vereinheitlicht werden musste: vgl. den Antrag von Kofler als Berichterstatter, 15. Sitzung vom 25. Jänner 1919, Stenographische Protokolle der Provisorischen Nationalversammlung, S. 537. Zum Hintergrund *Stourzh*, Hans Kelsen (FN 13), S. 11, der auch über Kritik Renners an Kelsens Legistik berichtet.

25) Näher *Herbert Haller*, Die Prüfung von Gesetzen. Ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, Wien/New York 1979, S. 39 ff. mit FN 125: Die vom Justizamt erwogene Wahl durch die Nationalversammlung wurde abgelehnt, weil unter ihr die Wiederbestellung der bisherigen Mitglieder deutscher Nationalität nicht gesichert gewesen wäre.

26) Vgl. den Motivenbericht zur Vorlage 141 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung, S. 3.

27) Vgl. Art. 14 des Gesetzes vom 14. März 1919 über die Volksvertretung, StGBl. Nr. 179/1919.

28) Vgl. die Auseinandersetzungen zwischen Staatskanzlei und Ländern auf der 3. Länderkonferenz vom 31. Jänner und 1. Februar 1919, auf der Landeshauptmann Ender

Diese von Karl Renner entrierte Gesetzesprüfungskompetenz baute Kelsen in seinen sechs Verfassungsentwürfen, die er im Laufe des Sommers 1919 erarbeitete, aus – indes nicht in Richtung einer Prüfung sämtlicher Gesetze auf Verfassungskonformität, sondern durch eine Erweiterung des Prüfungsmaßstabs. Gegenstand der Prüfung sollten weiterhin allein die Landesgesetze bleiben, diese sollten jedoch nicht bloß auf Kompetenzkonformität geprüft werden, sondern auf Bundesrechtskonformität schlechthin.[29)] Denn Kelsen hatte in all seinen Entwürfen eine Bestimmung verankert, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht,[30)] und die Gesetzesprüfungskompetenz des Verfassungsgerichtshofs sollte diesen Vorrang effektuieren.[31)] Diese Lösung war dem Art. 13 der Weimarer Reichsverfassung nachempfunden, der eine Entscheidung durch ein oberstes Reichsgericht vorsah. In politischer Hinsicht erwies sie sich als Sackgasse, weil der Vorrang des Bundesrechts bei den Ländern nicht konsensfähig war.

Karl Renner, ausgestattet mit einem ausgeprägten Sinn für das Machbare wie für das Zumutbare, hatte dies längst vorausgesehen: Hinter den Kulissen hatte er schon im Mai 1919 erwogen, die Gesetzesprüfung symmetrisch zu konzipieren, also Bundes- wie Landesgesetze auf den Prüfstand zu stellen und die Antragsbefugnis der jeweils anderen Regierung zu reservieren.[32)] Im Oktober 1919 stellte er diese Lösung innerhalb der Staatsregierung in Aussicht, ohne sie den Ländern gegenüber zu erwähnen.[33)] Es kam, wie er es vorausgesehen hatte: Nachdem die Länder auf Parität beharrten, gab man schlussendlich im Jahre 1920

Staatskanzler Renner als „imperator redivivus“ bezeichnete und sich gegen die Sanktionierung von Landesgesetzen durch die Zentrale verwahrte: vgl. *Felix Ermacora*, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Bd. 1: Die Länderkonferenzen und die 1919/20 und die Verfassungsfrage, Wien 1989, S. 22 ff.

29) Vgl. die Synopse der sechs Kelsen-Entwürfe bei *Felix Ermacora*, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Bd. 4: Die Sammlung der Entwürfe zur Staats- bzw. Bundesverfassung, Wien 1990, S. 236 ff.

30) *Ermacora*, Sammlung (FN 29), S. 68 f.

31) Vgl. auch seine Forderung nach einer „Garantie gegen staatsgesetzwidrige Landesgesetze“ in *Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/20), S. 98–122 (113) = Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke. Bd. 4: Veröffentlichte Schriften 1918–1920, Tübingen 2013, S. 115–146 (135).

32) Vgl. seine „Leitsätze für ein politisch-ökonomisches Programm der Koalition“, abgedruckt in: *Georg Schmitz*, Karl Renners Briefe aus Saint Germain und ihre rechtspolitischen Folgen, Wien 1991, S. 195–205 (197).

33) *Felix Ermacora*, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Bd. 2: Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform, Wien 1989, S. 74.

nach. Die Entwürfe der Staatskanzlei, von Hans Kelsen verfasst, sahen jedoch bis zum Schluss einen Vorrang des Bundesrechts und lange eine Exemption der Bundesgesetze von der verfassungsgerichtlichen Prüfung vor. Das ist gewiss auch dem Umstand geschuldet, dass die Zentrale ihre Positionen nicht frühzeitig preisgeben wollte. Dennoch kann man sagen, dass niemand gegen die verfassungsgerichtliche Prüfung der Bundesgesetze länger Widerstand leistete als Hans Kelsen. Im Februar 1920, als in Prag eine allgemeine Gesetzesprüfungskompetenz des Verfassungsgerichts beschlossen wurde,[34] hielt er in dem der Salzburger Länderkonferenz unterbreiteten Entwurf noch am Vorrang des Bundesrechts sowie an der Prüfung der Landesgesetze auf Bundesrechtskonformität fest.[35]

Entscheidenden Anteil an der Ausgestaltung der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit hat Hans Kelsen aber gleichwohl.[36] Zum einen plädierte er in den parlamentarischen Beratungen für eine Befugnis des Verfassungsgerichtshofs, Gesetze von Amts wegen in Prüfung zu ziehen, die der Unterausschuss am 23. September 1920 in seiner letzten Sitzung – also buchstäblich in letzter Minute – auch beschloss.[37] Zum anderen legte er in seinen Entwürfen eine neuartige Konzeption der Verordnungsprüfung vor, die in meinen Augen den Schlüssel zum Verständnis des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit darstellt.[38] In der Monarchie war den Gerichten die

---

34) Vgl. das Gesetz vom 29. Februar 1920, womit die Verfassungsurkunde der tschechoslowakischen Republik eingeführt wird, Sammlung der Gesetze und Verordnungen Nr. 121/1920, sowie das Gesetz vom 9. März 1920 über das Verfassungsgericht, ebendort Nr. 162/1920.

35) Vgl. Art. 13 Abs. 4 und Art. 150 Abs. 1 Privatentwurf Mayr (1. Fassung), abgedruckt bei *Ermacora*, Sammlung (FN 29), S. 308, 408.

36) Wie hier schon *Theo Öhlinger*, Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bernd-Christian Funk u.a. (Hrsg.), Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag, Wien 2002, S. 581–600 (592); *Thomas Olechowski*, The beginnings of constitutional justice in Europe, in: Mikael Rask Madsen/Chris Thornhill (Hrsg.), Law and the Formation of Modern Europe: Perspectives from the Historical Sociology of Law, Cambridge 2014, S. 77–95 (86 f.).

37) *Ermacora*, Quellen (FN 18), S. 495 ff.

38) Näher *Ewald Wiederin*, Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsgericht, in: Thomas Simon/Johannes Kalwoda (Hrsg.), Schutz der Verfassung. Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 12. bis 14. März 2012, Berlin 2014, S. 283–315 (298 ff.).

Prüfung der Gesetze durch Art. 7 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt[39)] explizit untersagt. In Bezug auf Verordnung ordnete dieser Artikel hingegen an, dass sie über deren Gültigkeit im gesetzlichen Instanzenzuge zu entscheiden hatten. Nachdem die Frage der Gesetzmäßigkeit einer Verordnung aber für die richterliche Entscheidung regelmäßig bloß Vorfrage war, wurde sie bloß von Fall zu Fall beurteilt, nicht mit Wirkung *erga omnes* entschieden. Das nächste Gericht konnte die Konformitätsfrage anders beurteilen, die Verwaltung konnte trotz abweichender Gerichtseinschätzung an der Gültigkeit der Verordnung festhalten, die Höchstgerichte konnten sich in der Einschätzung uneins sein. Edmund Bernatzik hatte diese Unzulänglichkeiten in seiner Habilitationsschrift aus dem Jahr 1886 eingehend aufgearbeitet,[40)] und in einem Gesetzesentwurf aus dem Jahre 1913, der lange Zeit verschollen war,[41)] hatte er als Lösung vorgeschlagen, über die Gültigkeit von Verordnungen ein spezielles Verordnungsgericht entscheiden zu lassen. An diese Vorarbeit knüpfte Kelsen sichtlich an. Im Unterschied zu Bernatzik, der die Feststellung der Ungültigkeit der Verordnung mit allgemein verbindlicher Wirkung präferierte,[42)] entschied er sich jedoch für ein Kassationsmodell.[43)] Maßgeblich dafür war wohl zum einen, dass die Kassation es erlaubte, die Wirkungen der Entscheidung auf die Zukunft zu begrenzen. Zum anderen hatte sich die Kassation beim Verwaltungsgerichtshof bewährt, während die beim Reichsgericht vorgesehene Beschränkung der Urteilswirkungen auf die Feststellung einer Verletzung in Grundrechten als wenig effektiv empfunden wurde.[44)]

Kurzum: Hans Kelsen behandelte die Verordnung wie einen Verwaltungsakt, der im Falle seiner Rechtswidrigkeit aufzuheben war, und er modellierte in weiterer Folge auch die Gesetzesprüfung nach diesem Muster. Die Konsequenz

---

39) Reichsgesetzblatt (RGBl.) Nr. 144/1867.

40) *Edmund Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886, S. 290 ff.

41) Entwurf eines Gesetzes über die Einsetzung eines Verordnungsgerichtes. (Vorgelegt vom Mitgliede E. Bernatzik.), 13 Seiten, abgedruckt in: *Ewald Wiederin*, Vergessene Wurzeln der konzentrierten Normenkontrolle in Österreich, Wien 2021, S. 127 ff.

42) Vgl. § 41 des Entwurfs (FN 41).

43) Vgl. die Synopse in *Ermacora*, Sammlung (FN 29), S. 236 ff.

44) Eingehende Analyse der faktischen Befolgung seiner Erkenntnisse bei *Werner R. Svoboda*, Die tatsächliche Wirkung der Erkenntnisse des österreichischen Reichsgerichtes (1869–1918), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 21 (1971), S. 183–196, der zum Ergebnis gelangt, dass die Verwaltung sich den Rechtsanschauungen des Gerichtes in aller Regel anschloss (191).

war hier wie dort, dass Gesetze und Verordnungen ungeachtet ihrer Rechtswidrigkeit galten, solange sie nicht vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben wurden. Nach seinen Entwürfen sollte das Erkenntnis zwar im Gesetzblatt verlautbart werden müssen, aber schon zuvor die Aufhebung bewirken, und zwar mit Wirkung vom Entscheidungstag.[45)]

Der schlussendlich beschlossene Verfassungstext, der auf einen buchstäblich in letzter Minute vorgelegten Gesamtvorschlag der Staatskanzlei zurückging, mit dem sämtliche Bestimmungen über den Verfassungsgerichtshof neu gefasst wurden,[46)] kehrte das Verhältnis zwischen Aufhebung und Kundmachung um: Nicht schon das aufhebende Erkenntnis, sondern erst die Kundmachung durch den Bundeskanzler sollte die Aufhebung bewirken. Außerdem wurde dem Verfassungsgerichtshof die Möglichkeit eingeräumt, für das Außerkrafttreten eines als verfassungswidrig erkannten Gesetzes eine Frist zu bestimmen, die sechs Monate nicht überschreiten durfte.[47)]

D. Charakterisierung

Das Beispiel der Verfassungsgerichtsbarkeit steht für viele und erlaubt es, den Legisten abschließend zu charakterisieren. Hans Kelsen stand bei der Entstehung der Bundesverfassung von 1920 im Zentrum, alle Fäden liefen bei ihm zusammen. Er gab durch seine Gliederung die Struktur der Verfassung vor, hielt sich aber mit Inhalten zurück und setzte die Wünsche der maßgeblichen politischen Kräfte sensibel um. Im Unterschied zu älteren Einschätzungen, die in Kelsen den Schöpfer der österreichischen Bundesverfassung sahen, ist es deshalb in jüngerer Zeit im Anschluss an Thomas Olechowski[48)] üblich geworden, ihn als Architekten der Verfassung zu charakterisieren.[49)] Wie ein guter Architekt gab Kelsen keine Nutzungen vor, sondern ging auf die Wünsche der Bauherren sensibel ein. Seine Verfassungsräume sind gut geschnitten und großzügig angelegt, sie verzichten jedoch auf jede Dekoration und lassen viele Nutzungsprofile und Möblierungsstile zu. Sein Stil als Legist ist minimalistisch und nüchtern, er ist dem Bauhausstil in

45) Vgl. *Ermacora*, Sammlung (FN 29), S. 236 ff.

46) *Ermacora*, Quellen (FN 18), S. 494 ff.

47) Vgl Art. 140 Abs. 3 B-VG 1920. Anders für Verordnungen Art. 139 Abs. 2 B-VG, der den Tag der Kundmachung der Aufhebung als Tag des Außerkrafttretens bestimmte.

48) *Olechowski*, Beitrag (FN 13), S. 228.

49) Sich dieser Charakterisierung anschließend *Jabloner*, Entwicklung (FN 9), S. 143; *Pauser*, Verfassungsgesetze (FN 13), S. 153; *Günther Schefbeck*, Die Entstehung der österreichischen Bundesverfassung 1918–1920: Voraussetzungen – Akteure – Prozess, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans

der Architektur vergleichbar und passt daher gut in die Zeit, ist aber im Grunde modern und zeitlos.

III. Hans Kelsen als Verfassungskommentator

Mit der Rolle des Legisten ist jene des Kommentators eng verbunden, weil Hans Kelsen die von ihm redigierte Bundesverfassung 1920 anschließend auch kommentierte. Dem literarischen Genre des Kommentars hatte er sich jedoch bereits zuvor gewidmet.

Dieses Genre ist für die deutschsprachige Rechtswissenschaft typisch, und es hat heute einen schlechten Ruf, auch in Deutschland selber, weil es als anspruchslose, wenn nicht als unwissenschaftliche Literaturgattung gilt.[50] Der Autor muss keine Gliederungsleistung erbringen, weil mit der Abfolge der Paragraphen und der Absätze alles schon vorgegeben ist, und er muss auch keine Systematisierungsleistung erbringen, weil es mit Anmerkungen getan ist, die sich mit wenig Aufwand aus anderen Kommentaren und mit ein wenig Aufwand aus Entscheidungen, Aufsätzen und Monographien gewinnen lassen. Der Kommentar steht für Nachschreiben statt Nachdenken, für Kompilation statt Innovation, für Breite statt Tiefe, für Plagiat statt Kreation, kurz: für biederes Handwerk statt echter Wissenschaft.[51]

Der schlechte Ruf liegt aber auch daran, dass gute Kommentare selten sind, viel seltener als gute Aufsätze und Bücher. Denn dieses literarische Genre fordert dem Autor vieles ab. Er muss, dem Leser dienend und sich selbst zurücknehmend, alle relevanten Probleme aufzeigen, darf keinem ausweichen; er muss Stimmen und Argumente in objektiver Weise zu Linien bündeln, darf aber am Ende mit seiner subjektiven Meinung doch nicht hinter dem Berg halten; er muss eine Summe bilden, die die gesamte Diskussion erschließt und selbst deren blinde Flecken noch ausleuchtet. Der Kommentar verlangt Problemselektion, Verdichtung, Bündelung und Selbstlosigkeit, kurz: Dienst am fremden Text statt Selbstverwirklichung im eigenen.[52]

Kelsen, Wien 2020, S. 47–83 (77 FN 129); *Wiederin*, Kelsen als praktischer Verfassungsrechtler (FN 2), S. 117.

50) Vgl. die Aufzählung der gängigen Vorbehalte bei *Andreas Funke*, Der blinde Fleck des Kommentars, in: Andreas Funke / Konrad Lachmayer (Hrsg.), Formate der Rechtswissenschaft, Weilerswist 2017, S. 61–75 (62).

51) So schon *Ewald Wiederin*, In aller Nüchternheit: Österreichs erster Verfassungskommentar, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke. Bd. 8: Veröffentlichte Schriften 1922, Tübingen 2020 S. 27–37 (30 f.).

52) Vgl. einmal mehr *Wiederin*, Verfassungskommentar (FN 51), S. 31.

A. Reichsratswahlordnung

Schon ganz zu Beginn seiner wissenschaftlichen Laufbahn hatte sich Kelsen auf die Kommentarform eingelassen.

Im Jahr 1907 wurde die Reichsratswahlordnung erlassen,[53] die erstmals ein allgemeines und gleiches, wenn auch auf die männlichen Staatsbürger beschränktes Wahlrecht zum Parlament einführte, und noch im gleichen Jahr legte Hans Kelsen einen Kommentar zu dieser Wahlordnung vor.[54] Der Erscheinungstermin war so gelegt, dass das Werk noch vor dem ersten Wahlgang, der nach den neuen Regelungen erfolgte, am Markt war. Kelsen bediente sich also einer Methode, zu der junge Leute gerne greifen, wenn sie ihren Namen bekannt machen wollen: Man suche ein junges Gesetz, an dem niemand vorbeigehen kann, und verfasse zu ihm einen Kommentar, der vor allen anderen Arbeiten verfügbar ist. Diese Rechnung geht in aller Regel auf; sie war aber damals nicht weniger riskant als heute, weil es vom Inhalt abhängt, ob der Name des Autors in positiver oder negativer Erinnerung bleibt, die Produktionsbedingungen solcher Werke ihrer Qualität jedoch abträglich sind. Den Zeitdruck sieht man auch dem Kelsen-Kommentar an: Die Bearbeitungstiefe ist wenig homogen, und die rechtsvergleichende Dimension ist, wofür sich der Autor entschuldigt,[55] komplett entfallen. Dennoch markiert der Kommentar in der damaligen wahlrechtlichen Literatur einen Meilenstein. Zwei Eigenschaften zeichnen ihn aus: Zum einen hält sich Kelsen mit politischen Bewertungen sehr zurück; zum anderen fällt ein Interesse für wahltechnische Fragestellungen auf, das auf die Einsicht zurückgeht, dass hinter jeder Wahl eine Infrastruktur steht, dass das Volk ein Verfahren braucht, um sich zu artikulieren, dass mit anderen Worten die Demokratie eine sehr technische Angelegenheit darstellt, zu deren Verständnis die Staatsphilosophie allein nicht genügt.

Die Beschäftigung mit dem Wahlrecht war für Kelsen eine glückliche Fügung, weil er dabei mit grundlegenden Problemen konfrontiert war: Schon im ersten Aufsatz[56] hatte ihn die Doppelstellung des Wählers als Bürger und als Staatsorgan

---

53) Gesetz vom 26. Jänner 1907, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrates, RGBl. Nr. 17/1907.

54) *Hans Kelsen*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung, Wien 1907, Nachdruck Wien 2007.

55) *Kelsen*, Reichsratswahlordnung (FN 54), S. V.

56) *Hans Kelsen*, Wählerlisten und Reklamationsrecht, in: Juristische Blätter 1906, S. 289–290, 301–304, 316–318, 327–329 = Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke. Bd. 1:

fasziniert, hatte ihn das Nebeneinander von Wahlrecht und Wahlpflicht gestört, hatte ihn der Dualismus von subjektivem und objektivem Recht irritiert, hat er die Verfahrensabhängigkeit aller staatlichen Entscheidungen erkannt. Die Idee, sich den Hauptproblemen der Staatsrechtslehre zu stellen, ist wohl aus den wahlrechtlichen Forschungen heraus entstanden.

B. Provisorische Verfassung

Im Jahr 1919 wandte sich Hans Kelsen neuerlich der Kommentarform zu. Im Zentrum des Geschehens stehend und der jungen Republik verbunden, entschied er sich sogleich, eine Sammlung der neuen Verfassungsgesetze herauszugeben, die zunächst von der provisorischen und sodann von der konstituierenden Nationalversammlung beschlossen worden waren. Karl Renner, der zum ersten Teil der Sammlung ein Geleitwort beisteuerte, dürfte ihn dazu ermutigt haben.

Die Sammlung erschien in vier Teilen[57)] und schwankte zwischen annotierter Gesetzesausgabe und echtem Kommentar. Die Erläuterungen waren der Sache nach ein Zwiegespräch mit Renner, der die provisorische Verfassung nahezu im Alleingang konzipiert hatte.[58)] Kelsen war bemüht, historische Anschlüsse herzustellen, die neuen Weichenstellungen zu erläutern, aber auch, Brüche und Inkonsequenzen aufzuzeigen. Die Bearbeitungstiefe schwankt von Gesetz zu Gesetz, sie hält sich aber immer in Grenzen. Am dichtesten und intensivsten setzte sich Kelsen mit dem Wahlrecht auseinander, mit dem er eng vertraut war.[59)]

C. Bundesverfassung

Nach Verabschiedung des BVG 1920 war Kelsen naturgemäß der Mann, der für die Verfassung stand und der sie wohl am besten kannte. Diesmal traute sich Kelsen die Aufgabe aber alleine nicht zu. Seine Kommentierung der Bundesverfassung ist eine Gemeinschaftsarbeit – *nota bene* die einzige, auf die

---

Veröffentlichte Schriften 1905-1910 und Selbstzeugnisse, Tübingen 2007, 301–331.

57) *Hans Kelsen*, Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. 1. Teil, Wien/Leipzig 1919; 2. Teil: Wahlordnung, Verfassungsnovelle, Wien/Leipzig 1919; 3. Teil, Wien/Leipzig 1919; 4. Teil, Wien/Leipzig 1920. Diese vier Teile sind abgedruckt in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke. Bd. 5: Veröffentlichte Schriften 1919 – 1920, Tübingen 2011.

58) *Josef Pauser*, Hans Kelsen (Hg.) – Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, 1919–1922, in: Parlamentsdirektion (Hrsg.), Zu Wort gemeldet ist … das Buch. 150 Jahre Parlamentsdirektion, Salzburg 2019, S. 151–162 (152).

59) Es ist deshalb mehr als Zufall, dass der 2. Teil als einziger einen Stücktitel aufweist: siehe *Pauser*, Verfassungsgesetze (FN 13), S. 155, 158.

Kelsen sich Zeit seines Lebens eingelassen hat.[60] Mitherausgeber waren einerseits Georg Froehlich, neun Jahre älter als Kelsen, der mit dem Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt jene Abteilung leitete, die für die Verfassungslegistik der Republik zuständig war,[61] und andererseits Adolf Merkl, der um neun Jahre jüngere Schüler Kelsens, der als Mitbegründer der Wiener rechtstheoretischen Schule bestens bekannt ist.[62]

Folgt man dem Vorwort,[63] so hatten Kelsen zwei Gründe bewogen, Froehlich und Merkl als Mitarbeiter zu gewinnen: das Bedürfnis nach Distanz zum eigenen Werk und das Bedürfnis, sich der Mithilfe zweier hervorragender Kenner der Praxis zu versichern. Zweiteres Motiv ist glaubwürdiger als das erste, denn über Distanz zum B-VG verfügten Froehlich und Merkl ebenso wenig wie Kelsen. Beide hatten von Seiten der Staatskanzlei den Unterausschuss des Verfassungsausschusses betreut und während des langen Sommers 1920 gemeinsam mit Kelsen das Bundes-Verfassungsgesetz 1920 redigiert. Nachdem schon die Redaktionsarbeit in der Konstituierenden Nationalversammlung intensive Arbeit im Team gewesen war, entschloss sich Kelsen, auch die Kommentierung gemeinsam in Angriff zu nehmen.

Schon an seinem Erscheinungsjahr 1922 ist der Kelsen/Froehlich/Merkl als Kommentar der ersten Stunde zu erkennen. Am Treffendsten ist er als Referentenkommentar charakterisiert, da er Hintergründe ausleuchtet und Vorarbeiten zugänglich macht.[64] Vom Professoren- wie vom Richterkommentar ist er gleichermaßen weit entfernt. Sieht man von einer einzigen Ausnahme ab, ist das Schrifttum souverän ignoriert, und die Rechtsprechungshinweise lassen sich an den Fingern einer Hand abzählen.[65] Dabei hätte es von beidem genug gegeben, mit dem eine Auseinandersetzung der Mühe wert gewesen wäre. Für den Verzicht auf Literatur- und Judikaturverarbeitung sprachen zum einen sicherlich

---

60) *Hans Kelsen/Georg Froehlich/Adolf Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, Wien/Leipzig 1922, Neudruck Wien 2003.

61) Für eine biographische Skizze vgl. *Clemens Jabloner*, Im Dienste der Bundesverfassung: Georg Froehlich, in: Clemens Jabloner, Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, Wien 2013, S. 391–413.

62) Zu ihm *Wolf-Dietrich Grussmann*, Adolf Julius Merkl. Leben und Werk, Wien 1989.

63) *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung (FN 60), S. VI.

64) So ist etwa in Anhang II ein Vorentwurf zur Bundesverfassung erstmals öffentlich zugänglich gemacht: *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung (FN 60), S. 465 ff. Es handelt sich um jenen Entwurf, der der Linzer Länderkonferenz zugrunde lag.

65) Näher *Wiederin*, Verfassungskommentar (FN 51), S. 33, dem die nachstehende Darstellung folgt.

arbeitsökonomische Gründe. Zum anderen mag auch die Absicht mitgespielt haben, die Traditionsstränge abzuschneiden und die monarchisch befangene Staatsrechtslehre ebenso dem Vergessen anheimzugeben wie die Praxis des Reichsgerichts.

Ein Charakteristikum von Kommentaren der ersten Stunde geht dem Kelsen/Froehlich/Merkl hingegen weitgehend ab: Das Bedürfnis, Pflöcke einzuschlagen, Linien zu ziehen und die künftige Praxis zu prägen, spricht selten aus den Zeilen, die Möglichkeiten, durch authentische Erläuterungen aus der Schöpferfeder die weitere Diskussion zu bestimmen, bleiben ungenutzt.

In den Erläuterungen gilt alles Augenmerk der Organisation der Macht sowie der Organisation ihrer Kontrolle, mithin der technischen Seite der Verfassung. Zuständigkeiten und Verfahren stehen im Zentrum, das Zusammenspiel der staatlichen Organe, der Verkehr zwischen ihnen, aber auch die zu erwartenden Friktionen werden mit stupenden Gespür für Abläufe und klarem Blick auf die politischen Konsequenzen analysiert, nüchtern im Stil, im Ton fast schon unterkühlt.

Den in der Bundesverfassung positivierten Werten begegnet die Kommentierung mit Skepsis, die von Argwohn bis zu unverhohlener Ablehnung reicht. *Pars pro toto* sei auf die Erläuterungen zum Eingangsartikel verwiesen, der die demokratische Republik proklamiert. Dort heißt es: „Art. 1 hat keinen relevanten Rechtsinhalt. Ob die Verfassung tatsächlich eine demokratische Republik darstellt, ergibt sich aus ihren organisationstechnischen, materiellrechtlichen Bestimmungen.“[66] Demgegenüber hatten die von Karl Renner formulierten Erläuterungen zum selben Eingangsartikel im gescheiterten Regierungsentwurf explizit den normativen Charakter der Demokratieproklamation betont und deren Tragweite folgendermaßen bestimmt: „Der Satz ist nicht bloß beschreibend, sondern auch Rechtssatz, es gibt in der Verfassung keine Gewalt, und es darf keine geben, die nicht vom Volke eingesetzt ist, sei es direkt durch Volkswahl oder indirekt im Wege der Bestellung durch gewählte Volksvertreter.“[67]

Jene kritische Note, die schon die ersten vier Teile der Serie auszeichnete, ist beibehalten, unbekümmert darum, dass die Kritik nunmehr zu einem guten Teil der eigenen Arbeit gilt. Redaktionsversehen werden offengelegt, rechtstechnische Fehlkonstruktionen aufgezeigt, Brüche freigelegt. Fallweise hält Kelsen auch mit rechtspolitischer Kritik nicht hinter dem Berg.

---

66) *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung (FN 60), S. 65.
67) *Ermacora*, Quellen (FN 18), S. 245.

D. Charakterisierung

Auch diese kursorischen Beobachtungen mögen genügen, um ein kurzes Resümee zu ziehen. Als Kommentator beschränkt sich Hans Kelsen darauf, die Strukturen herauszuarbeiten, die organisatorischen Rahmenbedingungen zu schildern, die verfahrenstechnischen Abläufe auszuleuchten und die Deutungsoptionen aufzuzeigen. Sein positivistisches Programm hat zur paradoxen Folge, dass er zum positiven Recht wenig zu sagen weiß. Daher läuft er Gefahr, in jene Gesetzeskunde zurückzufallen, die Paul Laband und Otto Mayer eben erst überwunden hatten.

IV. Hans Kelsen als Verfassungsrichter

Hier der nüchterne Verfassungslegist, dort der zurückhaltende Verfassungskommentator: Im Vergleich zum rechtstheoretischen Oeuvre bleibt das verfassungsrechtliche Werk ziemlich blass. Seit der Zwischenkriegszeit ist deshalb der Vorwurf zu hören, dass es bei Kelsen dort, wo Verfassungsdogmatik zu erwarten gewesen wäre, eine Leerstelle gibt. Sein Auslegungsagnostizismus und seine Wissenschaftsethik hätten ihn dazu bewogen, mit dem Kommentieren dort aufzuhören, wo die Probleme beginnen.

Das ist richtig und falsch zugleich. Denn wir können einen völlig anderen Umgang mit dem Verfassungsrecht beobachten, wenn wir Kelsen in seiner Rolle als Verfassungsrichter beobachten. Über die Art und Weise, wie er sein Richteramt ausgeübt hat, wissen wir aufgrund einer Monographie Robert Walters aus dem Jahr 2005[68] gut Bescheid. Die Ergebnisse sind überraschend: Der Verfassungskommentator und der Verfassungsrichter unterscheiden sich wie Tag und Nacht.

A. Berufung in den Gerichtshof

Kelsen gehörte dem österreichischen Verfassungsgerichtshof zwischen 1919 und 1930 als Mitglied an. Bei seiner Ernennung war er also gerade einmal 37 Jahre alt, bei seinem Ausscheiden noch keine 49 Jahre.

Bei seiner Bestellung war Zufall mit im Spiel. Unmittelbar nach Inkrafttreten des von Kelsen konzipierten Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof wurden dessen erste Mitglieder bestellt,[69] unter denen sich auch Edmund Bernatzik

---

68) *Robert Walter*, Hans Kelsen als Verfassungsrichter, Wien 2005.

69) *Kurt Heller*, Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in

befand, der am 30. März 1919 unerwartet verstarb.[70] Präsident Vittorelli zeigte dessen Tod der Staatskanzlei an und schlug gleichzeitig Hans Kelsen als „besonders qualifizierten Fachmanne“ zu dessen Nachfolger vor.[71] Die Staatskanzlei folgte dieser Empfehlung und bestellte Kelsen am 3. Mai 1919 zum Mitglied.[72] Zeitgleich kamen, nachdem mit Gesetz vom 3. April 1919 die Zahl der Mitglieder von acht auf zwölf erhöht worden war, vier weitere Kollegen in den Gerichtshof.[73]

Mit Inkrafttreten der neuen Bundesverfassung im November 1920 war dessen Ära zu Ende. Seine Mitglieder blieben jedoch gemäß Art. 29 Abs. 2 Übergangsgesetz 1920[74] weiterhin im Amt.

Die Kundmachung des Verfassungsgerichtshofgesetzes vom 13. Juli 1921 machte den Weg für die definitive Bestellung der Mitglieder frei, die gemäß Art. 147 Abs. 3 B-VG zur Hälfte durch den Nationalrat und zur Hälfte durch den Bundesrat vorzunehmen war. Kelsen wurde am 15. Juli vom Nationalrat in den Gerichtshof gewählt,[75] und diese Wahl erfolgte auf Lebensdauer.

Als Verfassungsrichter war Kelsen von Anfang an mit der Funktion eines ständigen Referenten betraut.[76] Nachdem die Aufgabe der ständigen Referenten darin bestand, die Entscheidungsentwürfe vorzubereiten, und nachdem insgesamt nur drei oder vier Personen als ständige Referenten gewählt wurden,[77] hatte er im Gerichtshof schon formal eine herausgehobene Stellung. Durch sein Wissen aus den Verfassungsberatungen, durch seine analytische Brillanz und durch seine Diskussionslust avancierte er bald zu einer der zentralen Figuren des Gerichts. Mit Fug und Recht kann man den Verfassungsgerichtshof der Jahre 1919 bis 1929

Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart, Wien 2010, S. 156 ff.; *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 6 ff.

70) Zu Bernatziks Leben und Werk vgl. *Herbert Kalb*, Edmund Bernatzik (1854–1919), in: Peter Häberle/Michael Kilian/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Deutschland – Österreich – Schweiz, 2. Aufl. Berlin/Boston 2018, S. 89–105.

71) *Thomas Zavadil*, Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofs 1933, Diplomarbeit Universität Wien 1997, S. 174.

72) *Jabloner*, Entwicklung (FN 9), S. 146.

73) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 9 f.

74) StGBl. Nr. 451/1920 = BGBl. Nr. 2/1920.

75) Vgl. Stenographische Protokolle des Nationalrats 1. Gesetzgebungsperiode, 50. Sitzung am 15. Juli 1921, S. 1961.

76) Die ständigen Referenten wurden gemäß § 2 Verfassungsgerichtsgesetz 1921, BGBl. Nr. 364/1921, vom Gerichtshof aus der Mitte seiner Mitglieder gewählt. Für ihre Tätigkeit erhielten sie gemäß § 4 eine Geldentschädigung wie ein Mitglied des Nationalrats, wohingegen einfache Mitglieder gemäß § 5 nur Anspruch auf ein Sitzungsgeld hatten.

deshalb als „Kelsen Court“ charakterisieren.

B. Positionen in der Rechtsprechung

Die Zurückhaltung, die ihn als Kommentator kennzeichnet, lag ihm als Richter fern. In den Erkenntnissen, die er verfasste, gibt es auf jedes Problem eine Lösung, und aufs Ganze gesehen verfolgte er als Richter auch eine klare Agenda. Diese vielleicht überraschende These sei in der Folge für die Bundesstaatlichkeit, die Demokratie, die Grundrechte, den Rechtsschutz und die Gewaltenteilung zu erhärten versucht. Dabei gehe ich so vor, dass ich jeweils die verfassungsrechtliche Ausgangslage in Erinnerung rufe und sodann einige zentrale Fälle vor Ihnen ausbreite.

1. Bundesstaat

Im Hinblick auf den Bundesstaat ist die Ausgangslage rasch geschildert. Wie schon dargelegt, war der Hauptgrund für die Einführung einer spezialgerichtlichen Gesetzesprüfung ein föderativer. Der Verfassungsgerichtshof war als Schiedsinstanz konzipiert, die im neu eingerichteten Bundesstaat die absehbaren Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Ländern entscheiden sollte.[78] Wiewohl Bundesorgan, sollte und musste er auch für die Länder akzeptabel sein. Die nötige Neutralität wurde einerseits dadurch sichergestellt, dass die Mitglieder und Ersatzmitglieder je zur Hälfte von Nationalrat und Bundesrat gekürt wurden;[79] anderseits waren die Regierungen legitimiert, die Gesetze des föderalen Gegenübers vor dem Verfassungsgerichtshof anzufechten.[80] Parität bestand auch insofern, als Bundesgesetze und Landesgesetze denselben Rang einnahmen und einander wechselseitig nach der lex posterior-Regel zu derogieren vermochten.[81] Die bundesstaatliche Kompetenzverteilung der neuen Verfassung blieb anfangs noch in der Schwebe; bis zu ihrem Inkrafttreten galt die Kompetenzverteilung der Dezemberverfassung 1867 einstweilen fort.[82]

---

77) Vgl. *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 21.

78) *Heller*, Verfassungsgerichtshof (FN 69), S. 183 f. mwN.

79) Vgl. Art. 147 Abs. 3 B-VG 1920.

80) Vgl. Art. 140 Abs. 1 B-VG 1920.

81) *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung (FN 60), S. 184; *Ludwig Adamovich*, Die Prüfung von Gesetzen und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof, Leipzig/Wien 1923, S. 311 f.; *Hans Mokre*, Das Verfassungsrecht der österreichischen Länder, Wien 1929, S. 72.

82) Vgl. § 42 Abs. 1 und 2 lit. a Übergangsgesetz 1920, StGBl. Nr. 451/1920 = BGBl. Nr. 2/1920.

Von Beginn an nahm der Verfassungsgerichtshof seine Aufgabe ernst. Diese Einschätzung mag ein Erkenntnis – mit diesem Begriff werden in Österreich die Urteile der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts bis heute bezeichnet – aus dem Jahr 1922 erhärten. Es betraf ein Wiener Landesgesetz, das die Mieter zur Zahlung eines Reinigungsgeldes an den Hausbesorger verpflichtete und auf dessen Grundlage der Wiener Magistrat durch Verordnung Mindesttarife erlassen hatte.[83)] Das Bezirksgericht Wien-Josefstadt focht diese Verordnung an, weil es die Gesetzmäßigkeit der Tarifsätze bezweifelte, ohne gegen das Gesetz Bedenken zu äußern. Dennoch prüfte der Verfassungsgerichtshof das Gesetz, indem er von Amts wegen ein Verfahren einleitete, und hob es am Ende als verfassungswidrig auf, weil es Zivilrecht regle.[84)] Das Dienstverhältnis des Hausbesorgers werde durch privatrechtlichen Vertrag mit dem Eigentümer begründet, die Verpflichtung des Mieters zur Zahlung eines Reinigungsgeldes stelle einen Bestandteil des Mietvertrags dar, die in Art. 15 Abs. 5 B-VG vorgesehene Möglichkeit der Länder, ausnahmsweise Gesetze auf zivilrechtlichem Gebiet zu erlassen, sei im konkreten Fall nicht einschlägig. Das Argument der Wiener Landesregierung, dass das Hausbesorgerrecht zum Gesinderecht zähle, das seit jeher durch Landesgesetz geregelt worden sei, wischte der Gerichtshof ebenfalls vom Tisch: Dass die Landtage unter der Dezemberverfassung eine Kompetenz des Reiches in Anspruch genommen hatten, vermöge den Gerichtshof nicht zu präjudizieren. Das Gesinderecht zähle unzweifelhaft zum Zivilrecht, seine Überantwortung an die Landesgesetzgesetzgebung erscheine wegen der damit verbundenen Zerreißung eines besonders wichtigen Bestandteils des Zivilrechts, des einheitlichen Arbeiterrechtes, bedenklich.[85)]

Eine zweite Entscheidung betraf das Krankenversicherungsgesetz 1888, genauer: eine Novelle aus dem Jahr 1921, die die Versicherungspflicht auf Land- und Forstarbeiter ausdehnte.[86)] Die Salzburger Landesregierung focht dieses Bundesgesetz mit der Begründung an, dass es für Landes- und Forstarbeiter seit 1874 Krankenkassen eingerichtet habe, die aufzulösen der Bund nicht befugt sei. Der Verfassungsgerichtshof hielt in seinem Erkenntnis[87)] einleitend fest, dass der im B-VG vorgesehene Tatbestand über die Sozialversicherung noch nicht in Kraft

83) Vgl. das Hausbesorgergesetz, Landesgesetzblatt (LGBl.) Nr. 78/1921, und die Reinigungsgeldverordnung, LGBl. Nr. 80/1921.

84) VfSlg. 90/1922.

85) VfSlg. 90/1922.

86) BGBl. Nr. 581/1921.

87) VfSlg. 328/1924.

getreten sei und dass er daher an der Dezemberverfassung Maß nehmen müsse. Die geprüfte Regelung falle nicht unter das Zivilrecht, weil sie eine Zwangsversicherung schaffe, die mit der Errichtung öffentlich-rechtlicher Anstalten verbunden sei. Eine solche öffentlich-rechtliche Krankenversicherung lasse sich unter keinen der in § 11 des Staatsgrundgesetzes über die Reichsvertretung taxativ aufgezählten Reichsangelegenheiten subsumieren, was verständlich erscheine, habe man doch 1867 eine Vorsorge gegen Krankheit noch gar nicht als Staatsaufgabe betrachtet. Die entgegenstehende Verfassungspraxis unter der Monarchie tat er ausdrücklich als irrelevant ab, weil sie nur wegen fehlender Kontrolle möglich war. Der Gerichtshof schließt mit folgenden Worten:

„In vollem Bewußtsein der höchst bedenklichen Konsequenzen, die es hätte, wenn ein wichtiges, einen großen sozialpolitischen Fortschritt bedeutendes Gesetz wegen seiner Unvereinbarkeit mit alten Kompetenzbestimmungen dauernd aufgehoben würde, hat der Verfassungsgerichtshof, dem für seine Tätigkeit keine andere Richtschnur als die strenge Beobachtung der Verfassung gegeben ist, für das Außerkrafttreten […] die längste […] vorgesehene Frist von sechs Monaten gesetzt, damit die von der Verfassung hiezu berufenen Organe Gelegenheit haben, die Bedürfnisse moderner Sozialpolitik mit der unnachgiebigen Forderung der Verfassungsmäßigkeit in Einklang zu bringen.“[88)]

Ein drittes Beispiel betrifft das Wiener Kinogesetz. Dieses 1926 erlassene Landesgesetz[89)] sah davon ab, die Bundespolizeibehörden mit Vollzugsaufgaben zu betrauen. Die Bundesregierung focht das Gesetz als verfassungswidrig an, weil es ihrer Auffassung nach gegen § 10 des Übergangsgesetzes 1920 verstieß, nach dem die staatlichen Polizeibehörden Bundesbehörde werden und ihre bisherigen Geschäfte als Bundesgeschäfte fortführen. Der Verfassungsgerichtshof hielt einleitend fest, dass das Kinowesen in Gesetzgebung und Vollziehung Landessache ist, und stellte sodann klar, dass § 10 eng interpretiert werden müsse, weil er ansonsten einen fünften Kompetenztyp konstituiere, eine Dauerausnahme zu den allgemeinen Regeln – „eine äußerst einschneidende und überaus komplizierte Modifikation der für die ganze Struktur des Bundesstaates entscheidenden Kompetenzaufteilung“ –, die auch die Gesetzgebungsbefugnis der Länder minderte.[90)] Dies aber stünde im Widerspruch zu der dem Bundesstaatsprinzip entsprechenden Gleichberechtigung aller Gliedstaaten. Der Akzent des § 10 liege

88) VfSlg. 328/1924, S. 96.
89) Wiener LGBl. Nr. 35/1926.
90) VfSlg. 720/1926, S. 162 (Zitat).
91) VfSlg. 720/1926.

also in der Qualifikation der Polizeibehörden als Bundesbehörden.[91] Der Passus „ ihre bisherigen Geschäfte als Bundesgeschäfte fortführen“ wurde elegant weginterpretiert und im Ergebnis um jede Bedeutung gebracht. Die Bundesregierung versuchte in der Folge mehrfach, den Verfassungsgerichtshof zur Revision seiner Position zu bewegen, hatte damit aber keinen Erfolg.[92]

Diese drei Erkenntnisse, die alle von Hans Kelsen konzipiert wurden,[93] mögen genügen, um die Rechtsprechung zur Bundesstaatlichkeit zu charakterisieren. Der Gerichtshof setzte sich von Beginn an in Szene: Er leitete von Amts wegen Prüfungsverfahren ein und ließ sich weder von historischen Besitzständen noch von politischen Konsequenzen beeindrucken. Was zählte, waren der Wortlaut, die Systematik und vor allem die Teleologie der Verfassung. Vor den Folgen seiner Entscheidungen verschloss der Gerichtshof die Augen. Insoweit vertraute er auf den demokratischen Prozess und setzte diesen damit aber auch unter massiven Druck. Im Kern hatte er mit dieser Strategie Erfolg: 1925 wurde die zunächst in der Schwebe belassene Kompetenzverteilung der Bundesverfassung endlich in Kraft gesetzt.[94]

Als Leitlinien dienten dem Gerichtshof hier die trennscharfe Abgrenzung der Kompetenzen, dort die tunlichste Entflechtung der Kompetenzräume. Das ist bis heute so geblieben. Es wird jedoch zunehmend zum Problem, dass die Grenzen zwischen den Zuständigkeiten des Bundes und der Länder nach hundert Jahren Rechtsprechung klar sind, allzu klar.

2. Demokratie

In Bezug auf die Demokratie war 1920 die Ausgangslage eine andere als heute. Das Bundes-Verfassungsgesetz verwirklichte in seiner Stammfassung eine parlamentarische Demokratie in Reinkultur, wenn nicht in Extremform. Auf allen Ebenen der politischen Willensbildung, vom Bund über die Länder bis zu den Gemeinden, waren die allgemeinen Vertretungskörper nach dem Grundsatz der Verhältniswahl zu wählen.[95] Der jeweilige Vertretungskörper bestellte in der Folge die Regierung und konnte deren Mandat durch ein Misstrauensvotum auch jederzeit wieder beenden.[96] Als Staatsoberhaupt fungierte ein vom Nationalrat und

92) VfSlg. 1119/1928, 1208/1929.
93) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), 27, 29, 30.
94) Vgl. Art. I § 9 der Übergangsgesetz-Novelle BGBl. Nr. 269/1925.
95) Vgl. Art. 26 Abs. 1, 95 Abs. 1, 119 Abs. 2 B-VG 1920.
96) Art. 70, 74, 101 B-VG 1920.

Bundesrat in gemeinsamer Sitzung gewählter Bundespräsident mit notariellen Befugnissen.[97] Innenpolitisch war die Lage ab 1926 extrem angespannt, und wirtschaftlich waren die Zwischenkriegsjahre eine Krisenzeit, in der Österreich unter alliierter Wirtschaftsdiktatur stand. In den Genfer Protokollen verpflichtete sich die Republik, die Regierung zu Sanierungsmaßnahmen zu ermächtigen, die sie ohne Befassung des Parlaments treffen konnte. Konflikte zwischen bürgerlicher Regierung und sozialdemokratischer Opposition waren die Folge.

Um die Genfer Protokolle umzusetzen, brachte die Regierung gleichzeitig mit ihnen in den Nationalrat die Vorlage eines Wiederaufbaugesetzes ein, das nach harten parlamentarischen Auseinandersetzungen beschlossen wurde.[98] Inhaltlich änderte es einerseits das Finanzzolltarifgesetz dahingegen ab, dass der Gesamtjahresertrag aus den Zöllen von 80 auf 100 Millionen Goldkronen erhöht wird; andererseits ermächtigte es die Bundesregierung, „die materiellrechtlichen Bestimmungen“ mit Verordnung zu treffen.

In der Folge veränderte die Bundesregierung durch Verordnung den Zolltarif,[99] und die Wiener Landesregierung focht diese Verordnung vor dem Verfassungsgerichtshof an.

Dieser schälte im Erkenntnis[100] als seine wesentliche Aufgabe heraus, die Tragweite der Einschränkungen auf die „materiellrechtlichen Bestimmungen“ zu entscheiden und dabei die von der Verfassung gezogenen Grenze zwischen Gesetzgebung und Verordnungsgebung zu wahren. Verordnungen dürften nur auf Grund der Gesetze ergehen, sie dürften Gesetze also nur durchführen, nicht abändern:

„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 es der Heranziehung der Durchführungsverordnung bedarf – alle wesentlichen Momente der beabsichtigten Regelung ersehen werden. Nicht nur das ‚Ob‘, sondern auch das ‚Wie‘ der Normierung muß in Gesetzesform bestimmt sein.“[101]

Mit Blick auf den zu entscheidenden Fall hielt der Gerichtshof fest, dass aus

---

97) Art. 38 und 60 B-VG 1920.

98) BGBl. Nr. 843/1922. Dazu näher *Gerald Kohl*, Die außerordentliche Gesetzgebung im Rahmen der Genfer Protokolle, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2018, S. 318–343.

99) BGBl. Nr. 900/1922.

100) VfSlg. 176/1923.

101) VfSlg. 176/1923, S. 14.

dem Gesamtergebnis nicht zu ersehen sei, wie der Zolltarif abgeändert werden solle. Geregelt sei nur der Endeffekt, nicht die spezifischen Mittel. Durch die Bestimmung eines anzustrebenden Endeffekts werde freilich den verschiedensten Möglichkeiten der Zollpolitik freie Bahn gegeben, und damit die materielle Zollgesetzgebung vom Parlament auf die Regierung übertragen. Im Ergebnis hob der Gerichtshof die Verordnung auf, weil die Ermächtigung des Wiederaufbaugesetzes, verfassungskonform interpretiert, diese nicht abzudecken vermochte.[102)] Seine Wesentlichkeitstheorie, die er rein staatsorganisationsrechtlich fundierte, erschien vor dem Hintergrund des Verfassungstextes jedoch einigermaßen kühn:[103)] Gemäß Art. 18 Abs. 2 B-VG durften die Verwaltungsbehörden im Rahmen der Gesetze Verordnungen erlassen. Eine Verfassungsänderung aus dem Jahr 1925[104)] verankerte die Lesart des Verfassungsgerichtshofes jedoch in Art. 18 Abs. 2 B-VG.

Eine zweite Entscheidung aus 1924 betraf die Gemeindewahlordnung des Landes Niederösterreich.[105)] Sie bestimmte erstens, dass die Wähler am Wahltag sowie am 1. Jänner des Wahljahres ihren ordentlichen Wohnsitz in der Gemeinde hatten mussten, und sie besagte zweitens, dass die Heranziehung zum Militärdienst und die Unterbringung in einer Armenversorgungsanstalt keinen ordentlichen Wohnsitz begründeten. Beide Festlegungen erachtete der Gerichtshof als verfassungswidrig.[106)] Erstens kenne die Verfassung nur ein Wahlalter und ein Wohnsitzerfordernis; der Zeitpunkt der Wohnsitznahme dürfe wohl vor dem Wahltag liegen, weil diese vorab beurteilt werden müsse, aber (auch) dem 1. Jänner Relevanz zuzumessen, gehe zu weit, sei doch das Schweigen der Verfassung als Absage an ein Sesshaftigkeitserfordernis zu deuten. Zweitens lege die Verfassung abschließend fest, was ein ordentlicher Wohnsitz bedeutet, indem sie den Begriffsinhalt des § 66 der Jurisdiktionsnorm rezipiere.[107)] Dem Landesgesetzgeber wie dem Bundesgesetzgeber gehe deshalb jede Definitionsmacht über das Erfordernis eines ordentlichen Wohnsitzes ab.

Eine weitere Entscheidung aus 1927 betraf die Wahl zur Bezirksvorstehung des 18. Wiener Gemeindebezirks. Die Sprengelwahlbehörde hatte ein Ergebnis

102) VfSlg. 176/1923.

103) Eingehender *Öhlinger*, Vater (FN 13), S. 409 f.

104) BGBl. Nr. 268/1925.

105) LGBl. Nr. 85/1919.

106) VfSlg. 299/1924.

107) VfSlg. 299/1924. Hier begegnet erstmals eine Anknüpfung an die vorgefundene einfachgesetzliche Rechtslage, die später unter dem Stichwort „Versteinerungstheorie“ zu einem wichtigen Topos der Verfassungsauslegung werden sollte.

festgestellt, ihr Leiter aber in der Folge – eine Differenz konstatierend – die Wahlakten geöffnet, diese geprüft und das Ergebnis korrigiert, indem er 100 Stimmen abzog. Die Bezirkswahlbehörde führte darauf eine neuerliche Stimmzählung durch mit einem wiederum anderen Ergebnis, bis am Ende die abermalige Prüfung und Korrektur durch die Stadtwahlbehörde im Wesentlichen das Ergebnis der Sprengelwahlbehörde bestätigte.

Im Gerichtshof hatte Kelsen die Ermittlungen geführt;[108] auf seinen Entwurf hin stellte der Gerichtshof eine Rechtswidrigkeit der Wahl fest und ordnete deren Wiederholung an.[109] Zur Öffnung der Versiegelung, zur neuerlichen Prüfung und zur Korrektur der Ergebnisse fehlte dem Leiter der Sprengelwahlbehörde jede Berechtigung, wie auch der Bezirkswahlbehörde jede Befugnis für eine Prüfung und Korrektur der Ergebnisse abgehe. Die Überprüfung des Wahlaktes durch die Stadtwahlbehörde wiederum sei zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem keine Gewähr für seine Integrität mehr bestand, da durch die zweimaligen rechtswidrigen Manipulationen Änderungen des Inhalts nicht auszuschließen waren. Zwar habe nicht festgestellt werden können, dass es zu Änderungen gekommen sei, und es erscheine namentlich wenig wahrscheinlich, dass hundert Stimmzettel abhanden gekommen seien. Doch das seien bloße Vermutungen. Der Gerichtshof habe sich am Ende „an die Tatsache gehalten, daß Rechtswidrigkeiten des Wahlverfahrens unterlaufen sind, die einer Veränderung des Wahlergebnisses zumindest die größte Möglichkeit bieten.“ Da die Differenz im Ergebnis bloß 36 Stimmen betrage, könnten die potentiell rechtswidrigen 184 Stimmen auf das Ergebnis durchaus von Einfluss sein. Dabei sei der Gerichtshof von der Annahme ausgegangen, dass es für die Aufhebung einer Wahl genüge, dass die erwiesene Rechtswidrigkeit auf das Ergebnis von Einfluss sein konnte. Das zu beurteilen stehe letzten Endes im Ermessen des Verfassungsgerichtshofes. „Wenn dieser im vorliegenden Falle einen sehr rigorosen Maßstab angelegt hat, dann geschah dies im Interesse der Gesetzmäßigkeit der Wahlen, die in einer demokratischen Republik, in der alle maßgebenden Staatsorgane durch Wahl berufen werden, eines der Fundamente des Staates bildet.“[110]

All diese Festlegungen sind prägend bis heute. Das Legalitätsprinzip wird in Österreich groß geschrieben, den gesetzlichen Regelungen wird ein im internationalen Vergleich außergewöhnlich hohes Maß an Bestimmtheit abverlangt. Dies hat zur Folge, dass alle wesentlichen Entscheidungen im Parlament fallen

108) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), 87.
109) VfSlg. 888/1927.
110) VfSlg. 888/1927, S. 219.

müssen und dass geschätzte 80 % aller transformationsbedürftigen Rechtsakte der Europäischen Union in Form eines Gesetzes umgesetzt werden müssen. Wie strikt die Prüfung der Wahlen im internationalen Vergleich erfolgt, hat sich zuletzt im Jahr 2016 bei der Prüfung der Stichwahl zum österreichischen Bundespräsidenten gezeigt. Der Gerichtshof kam zum Ergebnis, dass 77.769 Briefwahlstimmen von Rechtswidrigkeit behaftet waren, weil die Wahlkuverts, in denen sie sich befanden, zum falschen Zeitpunkt durch die falschen Personen geöffnet worden waren, ohne dass der Verdacht oder auch nur der Vorwurf der Ergebnisverfälschung dabei im Raum stand. Nachdem der Abstand zwischen den Kandidaten bloß 31.000 Stimmen betrug, hob er die Wahl mit der Begründung auf, dass die abstrakte Möglichkeit der Ergebnisrelevanz bereits genüge.[111)] Die Wahl musste in ganz Österreich wiederholt werden.

3. Grundrechte

Bei der Einschätzung der Grundrechte dominierte in der zeitgenössischen Rechtswissenschaft die Skepsis. Die Freiheitsrechte erschienen als überholt, soweit sie über einen Gesetzesvorbehalt verfügten, weil der allgemeine Gesetzesvorbehalt sie leerlaufen lasse.[112)] Im Hinblick auf die Gleichheitsverbürgungen gab es sogar starke Vorbehalte, ob sie realisierbar und wünschenswert seien. Auch Kelsen bildet insoweit keine Ausnahme.[113)] Zum Gleichheitssatz merkte er etwa an: „Dieser Gemeinplatz des politischen Liberalismus ist vom verfassungsrechtlichen Standpunkte aus außerordentlich unklar.“[114)]

Wegen dieser Mischung aus Skepsis und Ablehnung der zeitgenössischen Rechtswissenschaft ist es bis heute in Österreich herrschende Auffassung, die Grundrechte hätten in der Rechtsprechung der Zwischenkriegszeit keine oder eine nur marginale Rolle gespielt.[115)] Das ist freilich ein Vorurteil. Der Gerichtshof nahm die Grundrechte ernst, und Kelsen war dabei meist die treibende Kraft.

---

111) VfSlg. 20.071/2016.

112) *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 155; ferner *Hans Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß, entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923, S. 59, wenn er zu Art. 13 StGG festhält, dass eine unter Gesetzesvorbehalt stehende grundrechtliche Gewährleistung „eigentlich in demselben Satz, in dem sie ausgesprochen wird, wieder aufgehoben“ sei.

113) *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung (FN 60), S. 74; *Kelsen*, Staatsrecht (FN 112), S. 50 f.

114) *Kelsen*, Staatsrecht (FN 112), S. 50.

115) Vgl. *Ludwig K. Adamovich/Bernd-Christian Funk/Gerhart Holzinger/Stefan Leo Frank*, Österreichisches Staatsrecht. Bd. 3: Grundrechte, 3. Aufl. Wien 2019, Rz. 41.050; *Walter*

Besonders deutlich wird bei Auslegung des Zensurverbots, das 1918 erlassen[116] und in der Folge mit Verfassungsrang ausgestattet worden war.[117] 1919 beschwerte sich ein Theaterdirektor, der ein Stück aufgeführt hatte, ohne es vorher der Zensur vorgelegt zu haben. In der internen Beratung des Gerichtshofes äußerte der Referent die Meinung, die Theaterzensur sei damit nicht gemeint gewesen. Kelsen opponierte, in dem er auf den Text verwies, der „jede" Zensur ächtete.[118] Vier Richter waren seiner Meinung, vier folgten dem Referenten, dessen Meinung der dirimierende Präsident zum Beschluss erhob.[119]

1926 stand neuerlich die Theaterzensur zur Prüfung. Der Freidenkerbund hatte beantragt, das Stück „Das Weib des Proletariers" aufzuführen, und die nötige Bewilligung war erteilt worden, wenn auch mit Bedingungen und Einschränkungen, die die Streichung mancher Passagen verlangten. Diesmal war Kelsen Referent.[120] Er verwies wieder auf den klaren Text des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung,[121] der im Jahr 1920 durch die Bundesverfassung zu ihrem Bestandteil erklärt worden war,[122] und er drang diesmal durch.[123] Ergebnis war ein absolutes Verbot jeglicher Vorzensur, an dem der Gerichtshof später auch in Konstellationen festhielt, in denen die Zensur mit Erfordernissen des Jugendschutzes gerechtfertigt wurde.[124]

Vergleichbar strikt verstand der Gerichtshof den Beschluss, soweit er die volle Vereins- und Versammlungsfreiheit herstellte.[125] In ständiger Rechtsprechung hielt er fest, dass sämtliche Bewilligungserfordernisse im Vereins- und Versammlungsrecht außer Kraft getreten waren und nicht wiedereingeführt werden durften.[126] Anzeigepflichten erschienen ihm zulässig, mehr jedoch nicht.

Ähnlich erstaunlich ist die Rechtsprechung zum Gleichheitssatz. Eine

---

Berka/Christina Binder/Benjamin Kneihs, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich, 2. Aufl. Wien 2019, S. 187 f.; *Johannes Hengstschläger/David Leeb*, Grundrechte, 3. Aufl. Wien 2019, Rz. 1/52; *Theo Öhlinger/Harald Eberhard*, Verfassungsrecht, 12. Aufl. Wien 2019, Rz. 686.

116) StGBl. Nr. 3/1918.

117) Art. 149 Abs. 1 B-VG 1920.

118) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 15.

119) Vgl. VfSlg. 32/1919.

120) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 50.

121) StGBl. Nr. 3/1918.

122) Vgl. Art. 149 B-VG 1920.

123) VfSlg. 552/1926.

124) VfSlg. 1846/1949.

125) StGBl. Nr. 3/1918.

126) VfSlg. 254/1923, 774/1927.

Entscheidung aus 1923 betraf die standeswidrige Ehe eines Gendarmeriebeamten, der deswegen diszipliniert worden war. Nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofs hinderte der Gleichheitssatz nicht, aus wichtigen Gründen des Gemeinwohls einzelne Klassen ausnahmsweise ungleich zu behandeln; es brauche aber ein Gesetz, und, damit nicht genug, „auch dieses muss die durch seinen Zweck gebotenen Grenzen einhalten".[127] Damit ist bereits ein dichtes Prüfprogramm formuliert: die Ungleichbehandlung muss im öffentlichen Interesse liegen, und es braucht eine gesetzliche Grundlage für sie, die sich im Hinblick auf das öffentliche Interesse als verhältnismäßig erweisen muss.

Grund für die Disziplinierung war im Anlassfall eine strafrechtliche Verurteilung der Frau, die in der Folge vom Bundespräsidenten begnadigt worden war. Der Gerichtshof sah darin nicht bloß eine große Härte und Unbilligkeit, sondern auch eine Verletzung des Rechts auf Rechtsgleichheit und des Ausschlusses von Vorrechten des Standes, und dies nicht bloß hinsichtlich des Beschwerdeführers, sondern auch seiner Frau.[128] Kelsen war in den Beratungen zunächst noch einen Schritt weitergegangen und hatte dafür plädiert, das Disziplinarrecht per se als Diskriminierung aufgrund des Standes für gleichheitswidrig zu erklären. In der Debatte ließ er sich aber davon überzeugen, dass nicht jede Standespflicht die Verfassung verletze, und trat in der Endabstimmung dem Entwurf von Ofner bei.[129]

Ein weiterer Fall aus dem Jahr 1924 betraf die Beschwerde eines Lehrers evangelischer Konfession, der in Wien Schulleiter werden wollte, aber schon an der Ausschreibung scheiterte. Diese verlangte von ihm die Befähigung zur Erteilung des katholischen Religionsunterrichts, und sie konnte sich auf das Reichsvolksschulgesetz stützen, nach dem als verantwortliche Leiter einer Schule nur Lehrpersonen bestellt werden konnten, die die Befähigung zum Religionsunterricht jenes Glaubensbekenntnisses nachweisen, der die Mehrheit der Schüler angehört.[130]

Diesmal setzte der Gerichtshof beim Staatsvertrag von St. Germain an. Er enthalte eine „präzise und eindeutige Definition der Gleichheit", und er verbiete Benachteiligungen infolge der Religionsangehörigkeit bei der Zulassung zu öffentlichen Stellungen.[131] Das Reichsvolksschulgesetz führe nun zu einer solchen

127) VfSlg. 216/1923, S. 54.
128) VfSlg. 216/1923.
129) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 47.
130) Vgl. § 48 Abs. 2 Reichsvolksschulgesetz, RGBl. Nr. 53/1883.
131) VfSlg. 449/1925.

Benachteiligung, und seine konfessionsneutrale Formulierung ändere daran nichts, weil der Staatsvertrag von St. Germain nicht bloß rechtliche, sondern auch faktische Gleichheit verbürge. Die Befähigung zur Schulleitung könne nicht unabhängig vom Religionsbekenntnis erworben werden, der dies statuierende § 48 sei daher durch die spätere Verfassungsbestimmung im Staatsvertrag von St. Germain außer Kraft getreten. Das Referat hatte noch auf Abweisung der Beschwerde gelautet. Kelsen gelang es, die Diskussion zu wenden, und er gab für die schlussendlich getroffene Entscheidung die Begründung vor.[132)]

Im nächsten exemplarischen Grundrechtsfall beschwerte sich eine Frau, die Taxilenkerin werden wollte, aber an einer Verordnung aus 1913 scheiterte, die diese Tätigkeit den Männern vorbehielt. Der Gerichtshof sah darin einen Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Gewährleistung der Gleichheit der Geschlechter, die er folgendermaßen verstand. „Art. 7 hindert allerdings nicht, daß die Geschlechter ausnahmsweise ungleich behandelt werden, jedoch darf dies nur geschehen, wenn diese ungleiche Behandlung ihre Rechtfertigung in der Natur des Geschlechtes findet.“[133)]

Dieses Kriterium, von Kelsen in die Debatte eingebracht,[134)] ist gewiss nicht der Weisheit letzter Schluss. Es ist aber strikter als die biologisch-funktionalen Differenzierungen, auf die das Bundesverfassungsgericht noch 50 Jahre später abstellen sollte.[135)] Vor allem aber wurde der Beschwerde stattgegeben, sogar mit Stimmeneinhelligkeit. Mir erscheint zweifelhaft, ob der Fall in den 1950er- oder 1960er Jahren ebenso ausgegangen wäre.

Beim Eigentumsgrundrecht nahm sich der Gerichtshof hingegen extrem zurück. Die Landesregierungen von Vorarlberg und Steiermark fochten das Mietengesetz[136)] an, dass den Eigentümern Beschränkungen auferlegte, und monierten, diese liefen auf eine Sozialisierung und Kommunisierung des Hausbesitzes hinaus, für die eine angemessene Entschädigung fehle, und sie bewirkten eine ungleiche Behandlung der Staatsbürger, indem sie die Mieter und deren Interessen gegenüber den Hauseigentümern einseitig begünstigten.[137)] Der VfGH wies den Antrag ab und weigerte sich in seiner Begründung, die

---

132) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 49.
133) VfSlg. 651/1926, S. 123.
134) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 52.
135) BVerfGE 6, 389 (422).
136) BGBl. Nr. 872/1922.
137) VfSlg. 1123/1928, S. 365 ff.
138) VfSlg. 1123/1928. Als Referent fungierte Menzel, Kelsen stimmte für seinen Entwurf:

Beschränkungen auf ihre Verhältnismäßigkeit zu prüfen.[138] Die einschlägige Passage wird bis heute oft zitiert:

„Das allgemeine Wohl oder das allgemeine Beste ist ein juristisch gar nicht faßbarer Begriff, es ist ausschließlich Sache des Gesetzgebers, das Vorhandensein dieser Voraussetzung festzustellen […]. Es besteht geradezu die Hauptaufgabe der gesetzgebenden Körperschaften darin, sich über den Wert der vielfach entgegenstehenden Interessen eine Meinung zu bilden, das nach ihrer Ansicht höhere Interesse zu begünstigen oder zwischen widerstreitenden Interessen ein Kompromiß zu schließen. Der Verfassungsgerichtshof muß es aber entschieden ablehnen, in einer solchen Frage eine Meinung zu äußern.“[139]

Diese Passage mag heute verstören; vor dem Hintergrund der ideologischen und weltanschaulichen Gegensätze der Zwischenkriegszeit ist sie hingegen gut nachvollziehbar. Die Bereitschaft, die Demokratie als gemeinsame Basis und das Parlament als Ort der Entscheidung ideologischer Konflikte zu akzeptieren, war auf beiden Seiten des politischen Spektrums nicht groß. Der Gerichtshof hatte wohl Sorge, sie ohne Not zu schwächen, und verhielt sich deshalb wirtschaftspolitisch neutral.

Insgesamt hinterlässt die Rechtsprechung zu den Grundrechten gewiss ein gemischtes Bild. Manches wie die Ansätze zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung, die Einbeziehung mittelbarer Diskriminierungen in den Verbotsgehalt der Gleichheitsverbürgungen oder die strenge Lesart der Geschlechtergleichheit mutet jedoch erstaunlich modern an, und wo dies der Fall ist, kommt gerichtsintern so gut wie immer Hans Kelsen die entscheidende Rolle zu. Die von ihm propagierten Deutungen des Zensurverbots sowie der Vereins- und Versammlungsfreiheit haben sich bis heute erhalten. Von der strikten Auslegung des Gleichheitssatzes ist der Gerichtshof hingegen kurz nach Kelsens Ausscheiden wieder abgerückt,[140] und es hat sehr lange gedauert, bis die Standards der 1920er-Jahre wieder erreicht wurden.

4. Rechtsschutz

Beim Rechtsschutz brachte die Bundesverfassung 1920 punktuelle

---

Walter, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 32.

139) VfSlg. 1123/1928, S. 370.

140) Ein Beispiel ist das Erkenntnis VfSlg. 1397/1931 zur antisemitischen Studentenordnung der Universität Wien vom 8. April 1930, in dem der Gerichtshof die Ungleichbehandlung der jüdischen Studierenden unter dem Aspekt des Gleichheitssatzes für unproblematisch erachtete.

Verschlechterungen. Seit 1876 konnte sich jedermann vor dem Verwaltungsgerichtshof beschweren, wenn er sich durch einen Verwaltungsakt in seinen Rechten als verletzt erachtete. Überdies gab es seit 1869 die Möglichkeit, wegen Verletzung in politischen Rechten das Reichsgericht anzurufen. Für diesen Beschwerdeweg existierten hingegen keine formellen Prozessvoraussetzungen: Nicht nur Verwaltungsakte, sondern auch faktische Eingriffe wurden als bekämpfbar erachtet, weil das Reichsgericht sich in ständiger Judikatur auf den Standpunkt stellte, dass Rechtsschutz vor ihm wegen Verletzung politischer Rechte dort umso mehr möglich sein müsse, wo administrative Rechtsbehelfe und eine Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof fehlten.[141)]

Der Verwaltung war das ein Dorn im Auge, und in der Bundesverfassung von 1920 drang sie mit einem restriktiven Zuschnitt des Zugangs zu den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts durch. Art. 144 B-VG statuierte auch für die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, was zuvor nur beim Verwaltungsgerichtshof Prozessvoraussetzung war: Neben der Möglichkeit der Verletzung in Grundrechten war verlangt, dass die Beschwerde gegen einen Bescheid, also einen förmlichen Verwaltungsakt, gerichtet war. Die Zuständigkeiten des Verfassungsgerichtshofes zur Prüfung von Gesetzen und Verordnungen knüpfte ebenfalls an die Rechtsform an. Die Rechtsform präjudizierte den Rechtsweg, der aktionenrechtliche Aufbau des Rechtsschutzsystems setzte einem flächendeckenden Gerichtszugang Grenzen. Der Verfassungsgerichtshof fand jedoch Mittel und Wege, diese Beschränkungen zu überwinden, und dabei war Hans Kelsen regelmäßig die treibende Kraft.

Eine erste Strategie des Gerichtshofs bestand darin, die zuständigkeitsbegründenden Artikel weit zu interpretieren. Im Jahre 1921 führte das Land Tirol den Reisescheckverkehr für die Fremdenverpflegung ein. Personen ohne Wohnsitz in Tirol durften Auslagen für Unterkunft und Verpflegung in Tirol nur mehr mit Reiseschecks begleichen, die auf Kronen lauteten, aber gegen Reichsmark erworben werden mussten. Die Bundesregierung focht diese Anordnung an, wiewohl sie in Form eines Beschlusses des Landtages erfolgt war. Der Referent Neumann-Ettenreich schlug die Zurückweisung des Antrags vor, da es an einem Gesetz mangle und da keine Kundmachung erfolgt war.[142)] Kelsen konterte und gab zu bedenken, dass die Bundesverfassung in ihren Grundfesten erschüttert würde, wenn es möglich wäre, die Prüfungsmöglichkeit des Verfassungsgerichtshofs zu unterlaufen. Der Gerichtshof folgte ihm, und im Erkenntnis war zu lesen, dass auch parlamentarische Beschlüsse der

141) Vgl. Hye 162/1878, 235/1881, 305/1885.

142) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 26.

Gesetzesprüfung unterliegen, sofern sie nicht bloß als interne Akte im Schoße des Landtags bleiben, sondern praktische Wirksamkeit entfalten.[143)] Der Beschluss wurde als verfassungswidrig aufgehoben, weil sein Inhalt die Gesetzesform erheischte, und der Gerichtshof stellte überdies klar, dass er auch die Kompetenzverteilung verletzte, weil das Geldwesen der Bundesgesetzgebung vorbehalten und nicht in die Landesangelegenheiten eingereiht war.[144)]

Eine andere Strategie nutzte der Gerichtshof, indem er bestimmten Akten eine Doppelnatur zuschrieb. Schulbeispiel ist die Entscheidung über eine Verordnung des Finanzministeriums, die das Verbot enthielt, zwei individuell bestimmte hypothekarische Forderungen zu zahlen oder für sie Zahlungen anzunehmen, und die die Unterbrechung aller gerichtlichen Verfahren hierüber verfügte.[145)] Die Forderungen waren indes schon Gegenstand von Prozessen gewesen, und die Versicherungsgesellschaft Anker rechtskräftig verurteilt worden, den Klägern eine Löschungsquittung über eine Hypothekarforderung, besichert mit einem Triestiner Grundstück, zu übergeben. Die Verordnung veranlasste jedoch das Exekutionsgericht, die Exekution aufzuschieben. Der dagegen erhobene Rekurs blieb erfolglos, und die Gerichte sahen sich auch nicht veranlasst, die Verordnung vor dem Verfassungsgerichtshof anzufechten. Daraufhin beschwerten sich die beiden Schuldner vor dem Verfassungsgerichtshof und brachten dort vor, dass die Verordnung in Wahrheit eine individuelle Verwaltungsverfügung treffe und daher als Bescheid bekämpfbar sei. Der Gerichtshof stieg auf ihre Beschwerde ein, indem er die Verordnung als Bescheid qualifizierte; sodann zog er sie aber als Verordnung in Prüfung und hob sie als gesetzwidrig auf, weil das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz, auf das die Verordnung gestützt war, nur zu generellen Maßnahmen ermächtige.[146)] Der Begriff der Verordnung als einer nicht in Gesetzesform ergehender generellen Norm sei der österreichischen Rechtsordnung immanent, und die Unterscheidung zwischen generellen Normen und individuellen Akten der Vollziehung zähle seit jeher zu den fundamentalen Grundsätzen der demokratischen Verfassungen. Überdies stelle die Verordnung einen unzulässigen Eingriff der Verwaltung in die Justiz dar und entziehe die Inhaber der beiden Hypothekarforderungen ihrem gesetzlichen Richter. Abschließend hielt der Gerichtshof fest, dass der Aufhebung des angefochtenen

143) VfSlg. 31/1921,

144) VfSlg. 31/1921.

145) BGBl. Nr. 628/1923.

146) VfSlg. 313/1924. Als Referent fungierte Hans Kelsen, dessen Entwurf mit allen gegen eine Stimme gebilligt wurde: vgl. *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 37.

Aktes dieselbe Doppelnatur innewohne wie dem Akt selbst. Sie vernichte die individuelle Anordnung ebenso wie die Gesetz und Verfassung mehrfach verletzende Verordnung.[147)]

Ein drittes Beispiel betraf einen Autofahrer, der auf der Straße an der Weiterfahrt gehindert worden war, indem der Mautschranken herabgelassen und ihm die Festnahme angedroht wurde. Der Autofahrer bekämpfte diese faktische Behinderung vor dem Verfassungsgerichtshof. Die belangte Stadtgemeinde beantragte die Zurückweisung der Beschwerde, weil sie nicht gegen einen Bescheid gerichtet sei. Der Gerichtshof verwarf diesen Einwand und hielt fest, dass jeder individuelle hoheitliche Akt der Verwaltung, der eine Person in ihren subjektiven Rechten berühre, vor ihm als Bescheid bekämpft werden könne.[148)] Diese Rechtsprechung hatte zum Ergebnis, dass sämtliche hoheitlichen Eingriffe in subjektive Rechte vor dem Verfassungsgerichtshof bekämpft werden konnten: Die generellen als Verordnungen, die individuellen als Bescheide. Die formalen Begrenzungen seiner Kompetenz hatte der Gerichtshof elegant weginterpretiert.

Der Verwaltungsgerichtshof hielt hingegen daran fest, dass vor ihm nur förmliche Verwaltungsakte als Bescheid bekämpfbar waren;[149)] faktischen Polizeizwang und schlicht-hoheitliche Handlungen sah er nicht als beschwerdefähig an.[150)] Ein gespaltener Bescheidbegriff war die Folge, und der Konflikt zwischen den beiden Höchstgerichten wurde erst im Jahre 1975 durch den Verfassungsgesetzgeber beigelegt.[151)]

5. Gewaltenteilung

Bei der Gewaltenteilung ist die Ausgangslage wieder rasch geschildert. Die Dezemberverfassung 1867 hatte die Rechtsprechung von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.[152)] Diese Klausel war gegen die gemischten Bezirksämter gerichtet, die Funktionen beider Gewalten vereinten, und sie war durch eine Kompetenz des Reichsgerichtes abgesichert, das über Kompetenzkonflikte

147) VfSlg. 313/1924.

148) VfSlg. 1037/1928.

149) VwSlg. 706 A/1949, 1174 A/1950.

150) VwSlg. 716 A/1949, 780 A/1949, 1773 A/1950.

151) Vgl. die Neufassung der Art. 130 und 144 B-VG sowie die Einfügung eines Art. 131a durch die Novelle BGBl. Nr. 302/1975.

152) Art. 14 Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt, RGBl. Nr. 144/1867: „Die Rechtspflege wird von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“

153) Art. 2 lit. a Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, RGBl. Nr. 143/1867.

zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden zu entscheiden hatte.[153)] Nach der Bundesverfassung 1920 bezog sich die Trennung auf die Justiz statt auf die Rechtsprechung,[154)] und an die Stelle des Reichsgerichts war der Verfassungsgerichtshof getreten.[155)] Ansonsten blieb alles beim Alten: Jede Staatsfunktion war vor Übergriffen der anderen geschützt, und als Kompetenzgericht hatte der Verfassungsgerichtshof darüber zu wachen, dass beide Zweige der Vollziehung in ihrer Sphäre verblieben und nicht in die des anderen Zweiges übergriffen.

Diese Kompetenz des Gerichtshofs wurde beansprucht, um einen politisch-weltanschaulichen, um nicht zu sagen religiösen Konflikt zu entscheiden. Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch kannte in der Zwischenkriegszeit zwischen Katholiken noch keine Ehescheidung, sondern bloß eine Trennung von Tisch und Bett, die das Eheband fortbestehen ließ und eine Wiederverheiratung ausschloss.[156)] Das Gesetzbuch sah aber an anderer Stelle vor, dass die Verwaltungsbehörde von Ehehindernissen dispensieren konnte, sofern ein wichtiger Grund vorlag.[157)] Diese Möglichkeit war nicht für das Eheband gedacht,[158)] aber so unscharf textiert, dass auch das Hindernis des Ehebands unter den Text subsumiert werden konnte, und bereits in der Monarchie war dies vereinzelt geschehen. Nachdem der Sozialist Sever Landeshauptmann von Niederösterreich geworden war, wurde daraus bald ein Massenphänomen, das Konflikte nach sich zog. Die Verwaltungsbehörden dispensierten und trauten, die Gerichte erkannten die neu geschlossenen Ehen teilweise nicht an. Denn der Oberste Gerichtshof erachtete die Dispensehen für ungültig und gestand es den Gerichten zu, die Gültigkeit der von Verwaltungsbehörden erteilten Dispense zu überprüfen.[159)] Bis 1927 gab es bereits 50000 Dispensehen, und mehr als 1000 davon wurden von den Gerichten wieder für ungültig erklärt.[160)]

Der Verfassungsgerichtshof hatte sich mit diesen Sever-Ehen erstmals im Jahr

154) Art. 94 Abs. 1 B-VG 1920: „Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt."

155) Vgl. Art. 138 lit. a B-VG 1920.

156) § 111 ABGB.

157) § 83 ABGB.

158) VwSlg. 12.783 A/1921.

159) OGHSlg. Bd. 4 Nr. 18/1922, Nr. 155/1922 (Gutachten).

160) Eingehend *Ulrike Harmat*, Ehe auf Widerruf? Der Konflikt um das Eherecht in Österreich 1918–1938 Frankfurt a. M. 1999, S. 290 ff., 403 ff., 534; *Christian Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter. Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse, in: Stanley L. Paulson/ Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 353–384 (361 ff.).

1926 zu befassen, als vor ihm ein Ehebandverteidiger zu entscheiden beantragte, dass das Gericht wegen des Grundsatzes der Trennung von Justiz und Verwaltung nicht zuständig sei, die Gültigkeit der Dispens zu überprüfen. Gegen die Stimme Kelsens[161)] wies er den Antrag zurück, weil gar keine Entscheidung in derselben Sache vorliege. Das Gericht entscheide allein über die Ehe, wofür es zuständig sei, nicht über die Dispens. Schon der Antrag selbst zeige, dass ihm kein Kompetenzkonflikt zugrunde liege, weil er kein Begehren enthalte, eine Sache entweder dem Gericht oder der Verwaltungsbehörde in die Zuständigkeit zu überweisen. Dem Antragsteller gehe es um die Überprüfung der Richtigkeit des Urteils, wozu der Verfassungsgerichtshof in keiner Weise berufen sei.[162)]

1927 war der Verfassungsgerichtshof abermals befasst, und diesmal war Kelsen Referent.[163)] Wieder war es ein Ehebandverteidiger, der den Gerichtshof anrief, und diesmal hatte den Antrag auf Ungültigerklärung der Dispensehe die dispensierte Gattin gestellt, die ihre zweite Ehe wieder beenden wollte. Nunmehr bejahte der Gerichtshof den Kompetenzkonflikt:[164)] Die Erteilung der Dispens obliege dem Landeshauptmann, die Ungültigkeitserklärung der Ehe dem Zivilgericht, dem jedoch die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Dispens als Vorfrage verwehrt sei, weil es nach der Entscheidung der Verwaltungsbehörde hierüber zur Vorfragebeurteilung gar nicht mehr zuständig sei. Andernfalls würde sich das Gericht in offenem Widerspruch zu § 68 AVG setzen und einen Bescheid, wenn auch indirekt, aufheben, zumal die gerichtliche Entscheidung über die Hauptfrage gänzlich durch die verwaltungsbehördliche Entscheidung über die Vorfrage bestimmt sei. Das Erkenntnis schloss mit der Bemerkung, dass es irrelevant sei, ob das Gericht mit der Behauptung recht habe, dass dem Landeshauptmann eine Überschreitung seines Wirkungskreises vorzuwerfen sei.[165)] Das Vorerkenntnis aus 1926 und die Judikaturänderung erwähnte es mit keinem Wort.

Der Konflikt wurde dadurch freilich nicht entschieden, sondern nur verlagert und weiter zugespitzt. Der Oberste Gerichtshof hielt 1928 an seiner Auffassung

---

161) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 60; *Olechowski*, Kelsen. Biographie (FN 4), S. 444.

162) VfSlg. 726/1926.

163) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 60; *Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 160), S. 366 f.

164) VfSlg. 878/1927.

165) VfSlg. 878/1927, S. 198.

166) OGHSlg. Bd. 10 Nr. 51/1928.

fest,[166] und auch der Verfassungsgerichtshof rückte von der seinen nicht mehr ab.[167]

C. Charakterisierung

Diese Fälle mögen genügen – sie erlauben es, Hans Kelsen als Verfassungsrichter näher zu charakterisieren.[168]

Dabei springt an erster Stelle ins Auge, dass Kelsen seine Richterrolle völlig anders anlegte als seine Rolle als Wissenschaftler. Als Richter hatte er keine Scheu vor unreiner Rechtslehre, er liebte sie geradezu. Das gesamte Instrumentarium traditioneller Jurisprudenz, das er als Rechtswissenschaftler als unwissenschaftlich vor die Türe wies, setzte er gezielt ein, und er stellte dabei unter Beweis, dass er auch diese Instrumente noch besser beherrschte als seine Kollegen. Handwerklich war er, Vorurteile Lügen strafend, alles andere als zimperlich: Er klebte nicht am Wortlaut, er argumentierte primär systematisch und teleologisch, nur sehr selten historisch, er nahm für den Gerichtshof rechtsschöpferische Kompetenzen in Anspruch und verteidigte dies gegenüber seinen Richterkollegen.[169] Von einem zurückhaltenden Auslegungsstil oder gar von einem „radikalen judicial restraint“[170] kann keine Rede sein.

Zweitens begriff Kelsen seine Mitgliedschaft im Verfassungsgerichtshof sichtlich als politisches Amt, zu dem er sich durch Wahl legitimiert sah und das ihm die Möglichkeit bot, seine verfassungspolitische Agenda durchzusetzen. Ganz oben auf dieser Agenda stand die Demokratie: Wahlen wollte er strikt prüfen, das Parlament dazu zwingen, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen, und den Grundrechten maß er umso mehr Stellenwert bei, je wichtiger sie ihm für den demokratischen Prozess erschienen. Doch auch die Bundesstaatlichkeit und die Gewährleistung eines lückenlosen Zugangs zum Verfassungsgerichtshof waren ihm wichtig.

Drittens war Kelsen primär am Maßstab interessiert, nicht am Gegenstand der Prüfung. Subsumtionen hielt er für beliebig,[171] und er sprach sich in den

167) VfSlg. 951/1928, 1001/1928, 1059/1928, 1135/1929, 1201/1929, 1236/1929, 1272a/1929, 1303/1930.

168) Vgl. schon *Wiederin*, Verfassungsgerichtshof (FN 38), S. 304 ff.

169) Anschauungsmaterial bei *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 19, 26 f., 38, 44.

170) So *Öhlinger*, Vater (FN 13), S. 417.

171) Vgl. seine Äußerung im Verfahren G 92/22, zitiert nach *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 27: „Die jetzt vorliegende Frage ist im Wesentlichen eine Subsumtionsfrage. Man könnte natürlich auch anders subsumieren.“

Beratungen mitunter dagegen aus, gesetzliche Bestimmungen durch eine verfassungskonforme Deutung vor der Aufhebung zu retten, weil das den Gerichtshof auf Konfrontationskurs mit den Behörden gebracht hätte, die zuvor anders interpretierten.[172)]

Viertens war Kelsen als Richter um Neutralität und Distanz bemüht. In Kompetenzfragen agierte er neutral und unparteiisch, ohne auf das Ergebnis zu achten, und er nahm dabei sogar grundstürzende Folgen in Kauf, weil er auf die Korrektur durch das Parlament vertraute.

Einmal fiel er jedoch aus der Rolle. In den Konflikten zwischen der Verwaltung und der Gerichtsbarkeit rund um die Sever-Ehen ergriff er für die liberalere Verwaltung Partei, und er verteidigte in der Folge die Auffassung des Verfassungsgerichtshofs sowohl in der Tagespresse[173)] als auch in zwei rechtswissenschaftlichen Aufsätzen.[174)] Eine solche Rollenkonfusion hatte er zuvor penibel vermieden. Menschlich ist sie nur allzu verständlich. Nachdem Kelsens Rolle als Referent öffentlich bekannt geworden war, wurde er in der Presse als Bigamist diffamiert, er erhielt Drohungen, seine Wohnung wurde beschmiert.[175)]

D. Abberufung aus dem Gerichtshof

Die Sache hatte für Hans Kelsen aber noch weitere massive Konsequenzen. Dass der Verfassungsgerichtshof in der Sever-Ehen-Causa bei seiner Auffassung blieb, führten die Christlichsozialen auf die Dominanz der Sozialdemokraten im Gerichtshof zurück, und sie fanden damit in der Öffentlichkeit Gehör.[176)] Im Zuge der Verfassungsreform 1929 wurde eine Reorganisation des Verfassungsgerichtshofes beschlossen,[177)] die als Entpolitisierung verkauft wurde,

---

172) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 29 f.

173) Vgl den anonym erschienenen Artikel „Soll der Dispensehewirrwarr noch gesteigert werden?“, in: Neue Freie Presse Nr. 22698 vom 25. November 1927, S. 2–3, der allgemein Kelsen zugeschrieben wird (*Olechowski*, Kelsen. Biographie [FN 4], S. 447), sowie das Interview unter dem Titel „Das Ergänzungsgutachten des Obersten Gerichtshofes“ in der Neuen Freien Presse Nr. 22860 vom 27. April 1928, S. 4.

174) *Hans Kelsen*, Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht, in: Juristische Blätter 57 (1928), S. 105–110; *derselbe*, Zum Begriff des Kompetenzkonfliktes, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1928), S. 583–599.

175) *Olechowski*, Kelsen. Biographie (FN 4), S. 453 f.; *Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 160), S. 368, 382.

176) *Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 160), S. 374 ff.; *Olechowski*, Kelsen. Biographie (FN 4), S. 472 ff.

177) Art. 147 B-VG i.d.F. der Zweiten Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. Nr. 392/1929.

und als Begleitmaßnahme wurde verfügt, dass die Amtsdauer aller Mitglieder am 15. Februar 1930 endete.[178)]

Hans Kelsen schlug ein Angebot der Sozialdemokraten aus, ihn nach den neuen Regeln wieder in den Gerichtshof zu nominieren, und verließ noch im selben Jahr 1930 Österreich, um in Köln einen Lehrstuhl anzunehmen.[179)] Fortan hat er nie mehr in Österreich gelebt, und in Österreich hat sich nach 1945 auch niemand bemüht, ihn aus dem kalifornischen Exil zurückzuholen.[180)]

V. Rückwirkungen auf die Rechtstheorie und die Verfassungstheorie

Abschließend mag es reizvoll sein, die praktische Tätigkeit Hans Kelsens im Verfassungsrecht mit seiner Theorie in Beziehung zu setzen. Gemeinhin neigen wir der Annahme zu, dass gedankliche Modelle zuerst theoretisch entworfen und dann in der Praxis erprobt werden. Mitunter verhält es sich umgekehrt, mitunter werden Theorien entworfen, um praktische Probleme zu meistern. Das sei in weiterer Folge zumindest angedeutet.

A. Bundesstaatstheorie

Für den Bundesstaat bietet Hans Kelsen mit seiner Drei-Kreise-Theorie eine originelle Erklärung an: Nach ihr stehen sich im Bundesstaat ein Bundesrechtskreis und ein Landesrechtskreis gleichberechtigt gegenüber, die durch eine übergeordnete Gesamtrechtsordnung als dritten Rechtskreis koordiniert werden.[181)] Diese Konstruktion bietet vor allem eine passende Deutungsfolie für den österreichischen Bundesstaat, in dem Bundes- und Landesgesetze gleichen Rang haben und einander wechselseitig zu derogieren vermögen.[182)] Sie scheint durch Kelsens Tätigkeit als Verfassungslegist inspiriert worden zu sein, der zum einen mitansehen musste, wie der von ihm propagierte Vorrang des Bundesrechts vor dem Landesrecht auf Ablehnung stieß, und der zum anderen für eine Verrechtlichung der Bund-Länder-Konflikte eingetreten war. Außerdem dürfte sie

178) Vgl. Art. II § 25 des Bundesverfassungsgesetzes betreffend Übergangsbestimmungen zur Zweiten Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. Nr. 393/1929.

179) *Kelsen*, Autobiographie (1947) (FN 3), S. 79 ff.; *Olechowski*, Kelsen. Biographie (FN 4), S. 473 ff., 485 ff.

180) *Olechowski*, Kelsen. Biographie (FN 4), S. 770 ff.

181) *Hans Kelsen*, Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung, in: Z. Giacometti/D. Schindler (Hrsg.), Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, Tübingen 1927, 127–187 (131 ff.); *Kelsen*, Staatslehre (FN 112), S. 199 f.

182) *Jabloner*, Rechtstheorie (FN 19), S. 56.

auch durch den Verfassungsrichter Kelsen beeinflusst worden sein, der im Rahmen der Entscheidung von Fragen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung den Bund und die Länder als gleichberechtigte Partner auf Augenhöhe betrachtete.

B. Demokratietheorie

Bei der Demokratietheorie Hans Kelsens fällt auf, dass sie sich signifikant verändert hat. In der ersten Auflage seiner Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie", die 1920 erschien, steht die Mehrheitsregel im Zentrum.[183)] Die Grundrechte sind zwar als Instrument des Minderheitenschutzes erwähnt, sie stehen aber hinter dem Verhältniswahlrecht im zweiten Rang,[184)] und es fehlt der Platz für eine Verfassungsgerichtsbarkeit, die fernab von der Schlichtung föderaler Streitigkeiten den politischen Prozess in die Schranken weist. In der zweiten Auflage aus dem Jahr 1929 wird demgegenüber die Mehrheitsregel relativiert und differenziert.[185)] Das Recht der Majorität setzt Existenz wie Existenzberechtigung einer Minorität voraus. Diese muss institutionell abgesichert werden über Grund- und Freiheitsrechte, die in spezifischer Verfassungsform zu gewährleisten sind, also durch „erhöhtes Quorum und besondere, etwa eine Zweidrittel- oder Dreiviertel-Majorität", damit sie dem Zugriff der einfachen Mehrheit entzogen sind.[186)] Aus dem gleichen Grund sind nicht bloß individuelle Verwaltungsakte, sondern

„auch die generellen Normen der Verordnungen und insbesondere der Gesetze […] einer gerichtsmäßigen Kontrolle fähig und bedürftig, die ersteren auf ihre Gesetzmäßigkeit, die letzteren auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin. Diese Kontrolle ist die Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit. Und deren Funktion ist für die Demokratie um so bedeutsamer, als die Wahrung der Verfassung im Gesetzgebungsverfahren ein eminentes Interesse der Minorität darstellt, als deren Schutz – wie wir gesehen haben – die Vorschriften über Quorum, qualifizierte Majorität, usw. fungieren. Die Minorität muß daher, soll sie in ihrer für das Wesen der Demokratie so bedeutungsvollen politischen Existenz und Wirksamkeit gesichert, soll sie nicht der Willkür der Majorität ausgesetzt sein und die Verfassung nicht eine lex imperfecta bedeuten, die Möglichkeit haben, das Verfassungsgericht sei es direkt, sei es indirekt anzurufen. An einer systematischen Ausgestaltung aller Kontrollinstitutionen hängt in hohem Maße das Schicksal der

183) *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1. Aufl. Tübingen 1920, S. 9 ff., 36 f.
184) *Kelsen*, Demokratie1 (FN 183), S. 12 ff., 36.
185) *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. Tübingen 1929, S. 53 ff.
186) *Kelsen*, Demokratie2 (FN 185), S. 54.
187) *Kelsen*, Demokratie2 (FN 185), S. 75 f.

modernen Demokratie."[187)]

Deshalb erschien Kelsen nunmehr auch die in der 1. Auflage noch kritisch beurteilte Gewaltenteilung in anderem Licht.[188)] Mir will scheinen, dass diese Weiterentwicklungen seiner Demokratietheorie die eigenen Erfahrungen, als Staatsbürger wie als Richter, reflektieren.

C. Stufenbaulehre

Als 1919 und 1920 der österreichische Verfassungsgerichtshof mit der Befugnis zur Prüfung von Gesetzen ausgestattet wurde, lag dem kein rechtstheoretischer Masterplan zugrunde, und am allerwenigsten war damals Hans Kelsen in der Lage, diese Institution einzuordnen und theoretisch zu erklären. In dieser Phase seines Denkens war Gesetzgebung für ihn noch ein Mysterium, das rechtswissenschaftlicher Erfassung gar nicht zugänglich erschien.[189)] Folgt man den „Hauptproblemen der Staatsrechtslehre", seiner Habilitationsschrift, so liegt alles Recht im Gesetz.[190)] Alles Weitere, die Verordnung, das Urteil, der Verwaltungsakt bis hin zum Vollstreckungsakt, war in nuce bereits im Gesetz angelegt, spielte sich also im Bereich des Faktischen ab, das die Normativität des Gesetzes aktualisierte und konkretisierte.[191)] Einen Pluralismus an Rechtsquellen lehnte Kelsen als verzichtbare und daher tunlichst zu vermeidende Annahme ab.[192)]

Von der Stufenbaulehre, die die Verfassungsgerichtsbarkeit sowohl rechtstheoretisch fundiert als auch verfassungstheoretisch postuliert,[193)] waren im Jahre 1920 bloß erste Ideen vorhanden, die zudem nicht von Kelsen stammten, sondern auf Adolf Merkl zurückgingen.[194)] Sowohl die systematische Ausarbeitung

188) *Kelsen*, Demokratie2 (FN 185), S. 81.

189) *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatze, 1. Aufl. Tübingen 1911, S. 411 = Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke. Bd. 2: Veröffentlichte Schriften 1911, Tübingen 2008, 547.

190) *Kelsen*, Hauptprobleme (FN 189), S. 289, 555 = HKW 2, 410, 707.

191) *Kelsen*, Hauptprobleme (FN 189), S. 288 f., 540, 555 ff. = HKW 2, 409 f., 707 ff.

192) Als Argument führt er die Notwendigkeit der Einheitlichkeit des Staatswillens ins Treffen: *Kelsen*, Hauptprobleme (FN 189), S. 555 = HKW 2, 707.

193) *Hans Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 5 (1929), S. 30–88 (31 ff.).

194) Vgl. vor allem *Adolf Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz, in: Juristische Blätter 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–465.

195) Vgl. *Adolf Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft, Leipzig/Wien 1923., S. 217 ff.; *derselbe*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in Alfred Verdroß (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift für Hans Kelsen, Wien 1931, S. 252–294.

der Stufentheorie durch Merkl[195)] als auch die Übernahme seiner Theorie durch Kelsen[196)] können wir durch den Umstand erklären, dass diese Theorie Antworten auf Fragen ermöglichte, die durch die Bundesverfassung von 1920 und das in ihr verwirklichte, durch den Verfassungslegisten Kelsen mitgeprägte Modell der Normenkontrolle aufgeworfen wurden. Die neuartigen positivrechtlichen Phänomene haben die Entwicklung eines theoretischen Rahmens stimuliert, der ihre adäquate dogmatische Behandlung erlaubte,[197)] und nicht umgekehrt die Stufenbaulehre die Einführung der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle.

D. Interpretationslehre

Weitere Wechselwirkungen dürften zwischen der praktischen Tätigkeit Kelsens und seiner Interpretationslehre bestehen. Auch hier ist es gängige Auffassung, dass der Auslegungsagnostizismus Kelsens seine Zurückhaltung als Kommentator und sein Zupacken als Richter erklärt.[198)] Der Umstand, dass die Interpretationslehre erst 1934, in der ersten Auflage der Reinen Rechtslehre,[199)] formuliert wurde, legt es hingegen nahe, dass die Einflüsse in umgekehrter Richtung verliefen.

Im Kommentar zur Reichsratswahlordnung von 1907 ist Kelsen der traditionellen Dogmatik noch recht nahe. Im Verfassungskommentar von 1922 ist schon wesentlich mehr an Zurückhaltung zu verspüren. Für diese Zurückhaltung hatte Kelsen aber in diesem Zeitpunkt ganz handfeste pragmatische Gründe. Einerseits brauchte er als Verfassungskommentator schon deshalb keine Linien zu prägen, weil er dies als Mitglied und ständiger Referent des Verfassungsgerichtshofs weit wirksamer vermochte. Andererseits hätte es seinen Einfluss im Gerichtshof eher gemindert als verstärkt, wenn er seine Kollegen mit eigenen Lehrmeinungen zu beeindrucken versucht hätte, statt sie mit Argumenten zu überzeugen. Zudem hatte er das Ausloten des Rahmens an Interpretationsmöglichkeiten, die er in der „Reinen Rechtslehre“ als die eigentliche Aufgabe der Rechtswissenschaft betrachtet, im Vorwort zum Kommentar noch mit mangelnder Übereinstimmung unter seinen Autoren über die richtige Auslegung

---

196) *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatze, 2. Aufl. Tübingen 1923, S. XII ff.; *derselbe*, Staatslehre (FN 112), S. 231 ff., 248 ff.; *derselbe*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 1. Aufl. Wien 1934, S. 62 ff.

197) Beispielhaft *Kelsen*, Staatsgerichtsbarkeit (FN 193), S. 51 ff.

198) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 91.

199) *Kelsen*, Reine Rechtslehre1 (FN 196), S. 90 ff.

200) *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung (FN 60), S. VI.

erklärt[200]. Dieser Dissens zwischen Subjekten über das rechte Rechtsverständnis wurde in der Folge zur Forderung wissenschaftlicher Intersubjektivität überhöht.[201]

Schließlich ist Kelsens fast schon agnostische Auslegungslehre auch Widerschein wie Legitimation des Umstands, dass er als Verfassungsrichter oft an die Grenze ging – und einmal darüber hinaus.[202]

---

201) *Kelsen*, Reine Rechtslehre[1] (FN 196), S. 96 ff.; *derselbe*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl. Wien 1960, S. 352 ff.

202) Heute ist es allgemeine Einschätzung, dass das von Kelsen vertretene weite Verständnis von Kompetenzkonflikten falsch war: statt vieler *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 65 ff., und *Ulrich Zellenberg*, Hans Kelsen und die Deutung des Bindungskonflikts als Kompetenzkonflikt, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), S. 685–714 (696 ff.), mit eingehender Aufarbeitung des zeitgenössischen wie des aktuellen Schrifttums.