

## Hans Kelsen und die Bundesverfassung

Thomas Olechowski,\* Wien

**Abstract:** Der Artikel beschäftigt sich mit der Frage, welchen Anteil der weltberühmte Jurist Hans Kelsen an der Entstehung der österreichischen Bundesverfassung im Jahr 1920 hatte. Er wird oft als „Vater der Verfassung“ bezeichnet. Seine Tätigkeit lässt sich jedoch besser als die eines „Architekten“ beschreiben. Kelsen hatte kein politisches Mandat, aber seine Aufgabe war es, die politischen Vorstellungen der Minister und Abgeordneten in konkrete Gesetzes texte umzusetzen. Dabei konnte er in begrenztem Umfang eigene demokratische Vorstellungen in den Text einfließen lassen.

**Keywords:** Österreichische Bundesverfassung, Hans Kelsen, Demokratie, Räterepublik

### I. Einleitung

Das Erarbeiten eines Gesetzes, gar eines Verfassungsgesetzes, ist niemals das Werk eines Menschen allein. Stets ist ein Gesetz das Produkt eines vielfältigen Prozesses, in den die Ideen vieler Personen und Interessensgruppen einfließen; und der Gesetzgeber ist klug beraten, wenn er möglichst vielen Stimmen Gehör schenkt, damit das Gesetz auf breite Akzeptanz stößt und die Chance auf eine lange Geltung hat. Und doch gibt es bei vielen dieser Gesetze einen *spiritus rector*, eine Person, die bei der Erstellung der ersten Entwürfe und/oder den nachfolgenden Debatten eine dominierende Stellung erlangt und dem Gesetz ihren Stempel aufdrückt, was sich in vielfältiger Weise bemerkbar machen kann. Franz von Zeiller und das ABGB, Franz Klein und die ZPO, Eugen Huber und das Schweizer ZGB sind solche Beispiele. Ja, es ist bedauert worden, dass für das deutsche BGB nicht auch so eine (einige) Zentralfigur namhaft gemacht werden kann, dass die Privatrechtskodifikation der Deutschen nicht in einem Guss entstanden ist und daher Inkonsistenzen aufweist.

In Bezug auf das Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920 kommt die Rolle eines „*spiritus rector*“ Hans Kelsen zu. Zwar war auch die (mit einer Unterbrechung im Zeitraum 1934–1945) bis heute in Österreich geltende Bundesverfassung das Produkt vieler Männer (Frauen hatten, aufgrund der damaligen gesellschaftlichen Situation, keinen direkten Anteil an der

\* Thomas Olechowski ist Universitätsprofessor am Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte der Universität Wien.

Verfassungswerdung): Karl Renner, Michael Mayr, Otto Bauer, Ignaz Seipel und viele andere sind hier zu nennen. Aber Kelsens Beitrag zum B-VG übersteigt den aller anderen Personen beträchtlich. Dies beginnt schon einmal in zeitlicher Hinsicht: Kelsen wurde Anfang Mai 1919 von Staatskanzler Karl Renner mit der Erstellung eines ersten Entwurfs beauftragt,<sup>1</sup> und Ende September 1920 beriet er den Berichter des Verfassungsausschusses Ignaz Seipel, als dieser den fertigen Verfassungstext im Plenum der Nationalversammlung präsentieren sollte.<sup>2</sup> Das Wirken Hans Kelsens umfasst somit eineinhalb Jahre, vom ersten Entwurf bis zum fertigen Gesetz, während alle vorhin genannten Personen nur ein Stück des Weges mit ihm gingen: Seipel etwa stieg erst im Juli 1920 voll in den Gesetzgebungsprozess ein, nachdem Renner bereits aus diesem ausgeschieden war. Noch ein Unterschied zu den vorhin genannten Personen ist bei Kelsen auszumachen: Er war kein Politiker, sondern wurde allen Beratungen als parteiunabhängiger Experte hinzugezogen, er pflegte freundschaftliche Kontakte zu Politikern verschiedener Couleurs und genoss deren Vertrauen, was es ihm ermöglichte, auch in politisch brisanten Fragen vermittelnde Vorschläge zu unterbreiten, die allgemein akzeptiert wurden. Und dies ermöglichte es ihm, dem B-VG seinen „Stempel“ aufzudrücken. Wir sehen dies noch heute etwa an Artikel 1 B-VG, wonach „alles Recht“ vom Volk auszugehen habe (statt „alle Gewalten“, wie es z.B. noch im Gesetz vom 12. November 1918 geheißen hatte), was direkt auf Kelsens Reine Rechtslehre zurückzuführen ist, wonach die Souveränität kein Faktum, sondern ein rechtliches Phänomen sei.<sup>3</sup> Und wir sehen dies an der Gliederung der Bundesverfassung, welche vom üblichen Schema „Gesetzgebung–Verwaltung–Justiz“ abweicht und sowohl auf Bundes- wie auf Landesebene der „Gesetzgebung“ nur eine „Vollziehung“ gegenüberstellt, welche im Bereich des Bundes dann wieder in Verwaltung und Justiz untergliedert ist: Auch in dieser leicht veränderten Anordnung der drei klassischen „Staatsgewalten“ (oder sagen wir besser: Staatsfunktionen) spiegelt sich der Kampf von Kelsens „Reiner Rechtslehre“ gegen das konstitutionelle Staatsrechtsdenken des 19. Jahrhunderts wider.<sup>4</sup>

Die Reine Rechtslehre steht im Mittelpunkt des wissenschaftlichen Schaffens von Hans Kelsen. Mit ihr hat er – was für einen Juristen sehr ungewöhnlich ist – weit über die österreichischen Landesgrenzen hinaus Berühmtheit erlangt, und noch heute werden seine Schriften immer wieder neu aufgelegt und in mehr als 30 Sprachen übersetzt, wird sein rechtstheoretisches Wirken zwischen Buenos Aires und Peking, zwischen Chicago und Jakarta intensiv diskutiert. Wir haben es somit mit dem eigenartigen Phänomen zu tun, dass Kelsen zweifache Berühmtheit erlangt hat: weltweit, aber nur in Juristenkreisen, für seine Rechtslehre, in Österreich dagegen weit über die Grenzen der Juristenwelt hinaus durch seine Mitarbeit am B-VG.

<sup>1</sup> Olechowski, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers<sup>2</sup> (2021) 271. Die nachfolgenden Ausführungen basieren zu einem großen Teil auf diesem Werk, für die vielen Eigenzitate bitte ich um Nachsicht.

<sup>2</sup> Diözesenarchiv Wien, Nachlässe, Seipel, Ignaz, Karton 2, 3. Tagebuch, Eintrag vom 26. 9. 1920.

<sup>3</sup> Kelsen, Das Problem der Souveränität, in Jestaedt (Hrsg), Hans Kelsen Werke (HKW) IV (2013) 263 (282).

<sup>4</sup> Kelsen, Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, in Kant-Festschrift zu Kants 200. Geburtstag (1024) 214.

## II. Anfänge einer Gelehrtenkarriere

Dass es Kelsen einstmals so weit bringen würde, war zu Anfang seiner Karriere alles andere als vorhersehbar: Als Sohn jüdischer Eltern 1881 in Prag geboren und ab seinem vierten Lebensjahr in Wien lebend, hatte er in der Schule und auf der Universität nur mittelmäßige Leistungen vollbringen können.<sup>5</sup> Und als er sich bald nach Studienabschluss erfolgreich um ein Stipendium bewarb, mit dessen Hilfe er sich an der Universität Wien habilitieren wollte, erklärte jener Professor, dessen Unterstützung Kelsen sich vor allem erhoffte, Edmund Bernatzik, „dass es fuer mich besser waere, Rechtsanwalt oder Bankbeamter zu werden.“<sup>6</sup> Trotz dieser deutlichen Warnung verfasste Kelsen die Monographie „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz“, mit der ihm 1911 mühelos die Habilitation gelang; jedoch soll sich Bernatzik „in der entscheidenden Sitzung der Fakultaet dahin geäußert haben, dass er zwar fuer meine Habilitierung sei, dass ich aber fuer eine Professur nicht in Frage komme.“<sup>7</sup> Kelsen konnte sich diese ablehnende Haltung Bernatziks nur damit erklären, dass dieser zwar selbst kein Antisemit gewesen sei, jedoch mit den Antisemiten an der Fakultät nicht in Konflikt geraten wollte – ein beredtes Zeugnis für die Zustände an der Fakultät zu Beginn des 20. Jahrhunderts. 1915 erhielt Kelsen dann, gemeinsam mit einigen anderen Kollegen, den Berufstitel eines Professors, „und diese Position musste ich eigentlich bei meiner jüdischen Abstammung als das aeusserste ansehen das mir unter den gegebenen Verhaeltnissen erreichbar war.“<sup>8</sup>

Dass Kelsens Karriere nicht an diesem Punkt endete, sondern geradezu ihren Ausgang nahm, ist auf zweierlei Faktoren zurückzuschreiben. Der erste lag im Ersten Weltkrieg, der die „gegebenen Verhaeltnisse“ auf den Kopf stellte. Mit Fortune gelang dem als Reserveoffizier eingezogenen Kelsen der Aufstieg innerhalb der Militärverwaltung, vom Kriegsfürsorgeamt über das Divisionsgericht und die Justizabteilung des k.u.k. Kriegsministeriums, bis er 1917 zum persönlichen Berater des – letzten – k.u.k. Kriegsministers Rudolf Freiherr v. Stöger-Steiner avancierte.<sup>9</sup> Es entwickelte sich im letzten Kriegsjahr ein immer engeres Vertrauensverhältnis zwischen den beiden Männern, sodass Kelsen von Stöger-Steiner nicht nur in Fragen der Militärverwaltung, sondern auch in allgemeinen politischen und völkerrechtlichen Fragen zu Rate gezogen wurde. Seine Vorschläge zur Reorganisation der k.u.k. Armee zielten auf eine Totalreform der Doppelmonarchie, die letztlich zu spät kamen, ihn aber in Kontakt mit allen wichtigen Politikern jener Zeit brachten. Schließlich gelang es dem Kriegsminister sogar, den antisemitischen Sperrwall der Fakultät zu durchbrechen und Kelsen mit Wirkung vom 1. Oktober 1918 zum außerordentlichen Professor an der Universität Wien ernennen zu lassen.<sup>10</sup>

Von ebensolcher Bedeutung wie die Kontakte zur Militärverwaltung aber erwiesen sich Kelsens Kontakte zur Sozialdemokratie. Wann genau diese begründet wurden, ist unbekannt; dass Kelsen den gleichaltrigen Otto Bauer noch während ihrer gemeinsamen Studienzeit an der Wiener rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät kennenlernte, ist aber zumindest gut möglich. 1911 hielt Kelsen in der Soziologischen Gesellschaft zu Wien einen Vortrag „Über

<sup>5</sup> Olechowski, Kelsen, 39–59.

<sup>6</sup> Kelsen, Autobiographie, in HKW I (2007), 29 (40).

<sup>7</sup> Kelsen, Autobiographie, 43.

<sup>8</sup> Kelsen, Autobiographie, 54.

<sup>9</sup> Busch, Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg, in Walter/Ogris/Olechowski (Hrsg), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (2009)) 57.

<sup>10</sup> Olechowski, Kelsen 203.

Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode".<sup>11</sup> Gründungsmitglieder dieser Gesellschaft waren u.a. Max Adler und Karl Renner, die er also spätestens damals kennengelernte. Möglicherweise im Kriegsministerium lernte Kelsen den Juristen Ernst Broda kennen, in dessen Haus die führenden Köpfe der Sozialdemokratie aus- und eingingen, und erklärte sich bereit, als Taufpate für dessen Sohn (Hans) Christian Broda, den späteren sozialistischen Justizminister, zu fungieren, so wie auch Viola Broda, die Mutter Christian Brodas, Taufpatin für Kelsens Tochter Anna war.<sup>12</sup> Wie auch immer: spätestens in den Kriegsjahren war Kelsen, obwohl selbst niemals Parteimitglied, mit vielen Austromarxisten eng befreundet und konnte es u.a. beim Kriegsminister erreichen, dass Otto Bauer, der 1918 ebenfalls im Ministerium arbeitete, trotz dessen sozialdemokratischer Agitation nicht an die Front geschickt wurde.<sup>13</sup> 1919 erklärte Kelsen, dass er mit Renner „seit Jahren in freundschaftlichem Gedankenaustausch stehe“.<sup>14</sup>

### III. Kelsen und die Demokratie

Kelsen teilte mit der Sozialdemokratie eine Reihe politischer Ziele, und zwar schon vor 1918. Aus der Zeit der Monarchie gibt es zwar keine direkten politischen Stellungnahmen Kelsens, doch beschäftigte er sich juristisch mit dem Wahlrecht, somit einem Grundpfeiler des demokratischen Staatswesens; er engagierte sich in der Volksbildung, der, wie er rückblickend – und zu Recht – bemerkte, eine zentrale Bedeutung für das Funktionieren einer Demokratie zukomme.<sup>15</sup> Schließlich unterrichtete er 1917 – gemeinsam mit Bernatzik (!) – in der „Rechtsakademie für Frauen“, einer privaten Institution, die Frauen zu einer Zeit, als ihnen der Zugang zu einem Rechtsstudium an der Universität noch versagt war, wenigstens ein Mindestmaß an juristischer Bildung zukommen lassen wollte.<sup>16</sup> Praktisch unmittelbar nach Ausrufung der Republik war Kelsen dann rechtspolitisch tätig und engagierte sich in Vorträgen, Zeitungs- und Zeitschriftenartikeln für ein demokratisches Wahlrechtssystem.<sup>17</sup> Vor allem aber in seiner – 1920 in erster, 1929 in wesentlicher erweiterter zweiter Auflage erschienenen – Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ offenbarte Kelsen Ansichten, die großteils im Einklang mit den Grundwerten der Sozialdemokratie standen: Kelsen trat darin für eine parlamentarische Demokratie ein, in der das Parlament die Interessen der Bevölkerung widerspiegeln soll, wo Parlamentswahlen im Grunde keine Sieger und Besiegte kennen, sondern nur jedem Wahlberechtigten und jeder Wahlberechtigten die Möglichkeit geben, dass seine bzw. ihre Meinung im Parlament auch wirklich gehört wird. Daher war Kelsen stets ein Verfechter eines Proportionalwahlrechts, und aus demselben Grund stand Kelsen dem Gedanken einer plebisitären Führerdemokratie stets ablehnend gegenüber. „Denn wenn dem nach Millionen zählenden Volke der Wähler nur ein einziger als Gewählter gegenübersteht,

<sup>11</sup> Kelsen, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, in HKW III (2010), 22.

<sup>12</sup> Wirth, Christian Broda (2011) 37 f.

<sup>13</sup> Fischer, Überzeugungen (2006) 139.

<sup>14</sup> Kelsen, Der Anschluß, in HKW IV (2013), 99.

<sup>15</sup> Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie<sup>1</sup>, in Jestaedt/Lepsius (Hrsg), Verteidigung der Demokratie (2006) 25. Siehe dazu auch Ehs, Hans Kelsen und politische Bildung (2007) 60.

<sup>16</sup> Holmes, Langeweile ist Gift (2012) 176, 214; Ehs, (Studium der) Rechte für Frauen, in BRGÖ 2012, 250 (257).

<sup>17</sup> Olechowski, Kelsen, 234 ff.

dann muß der Gedanke einer Repräsentation des Volkes den letzten Schein von Berechtigung verlieren.“<sup>18</sup> Dem 1917 in Russland errichteten Rätesystem stand Kelsen – jedenfalls in der ersten Auflage seiner vorhin genannten Schrift – durchaus aufgeschlossen gegenüber: „Die kurze Mandatsdauer, die Möglichkeit jederzeitiger Abberufung der in die verschiedenen Sowjets vom Volke Abgeordneten und die damit verbundene völlige Abhängigkeit von den Wählern, der innige Kontakt mit dem Urmaterial des Volkswillens – ist echteste Demokratie.“<sup>19</sup>

Als allerdings im Frühjahr 1919 auch in Österreich Urwahlen zu einem „Reichsarbeiterrat“ stattfanden und auch die Universität Wien als ein „Betrieb“ eingestuft wurde, an dem diese Wahlen stattfinden sollten, erhob Kelsen energisch Einspruch. Denn das passive Wahlrecht kam hier nur solchen Personen zu, „die in der Beseitigung der kapitalistischen Produktionsweise das Ziel und im Klassenkampf das Mittel der Emanzipation des arbeitenden Volkes erkennen“<sup>20</sup> – von einer demokratischen Wahl konnte hier keine Rede sein. Kelsen erklärte in der Universitätsversammlung vom 24. April, „dass die Verfassung der Arbeiterraete mit dem Grundsatz der Freiheit der Wissenschaft unvereinbar sei“ und stellte sich damit in Opposition zu seinem Fachkollegen Rudolf (Edlen von) Laun, der sich vehement für eine Beteiligung an den Wahlen ausgesprochen hatte. Laun war zu jener Zeit, neben Kelsen, einer der aussichtsreichsten Kandidaten für die Nachfolge des am 30. März verstorbenen Bernatzik, und er sollte drei Wochen später auch Renner zu den Friedensverhandlungen nach St. Germain begleiten; dass Kelsen also gegen ihn auftrat, war ein durchaus riskantes Unterfangen, und Kelsen befürchtete, dass er sich seine „Chancen“ auf die Nachfolge Bernatzik mit seiner Wortmeldung „verdorben“ habe.<sup>21</sup>

Dies war jedoch nicht der Fall. Auch die Führer der Sozialdemokratischen Partei zeigten kein echtes Interesse an einem Rätesystem, sondern waren Befürworter eines parlamentarischen Systems, wie es auch Kelsen propagierte. Am 19. Juli 1919, fast auf den Tag genau ein Jahr nach Kelsens Ernennung zum außerordentlichen Professor, wurde er zum ordentlichen Professor an der Universität Wien ernannt.<sup>22</sup> Hatte ein Jahr zuvor noch Kaiser Karl I. die erforderliche Unterschrift geleistet, so signierte nunmehr der Präsident der Konstituierenden Nationalversammlung, Karl Seitz, in seiner Funktion als Staatsoberhaupt der jungen Republik, das Ernennungsdekret. Wie ein Spiegel der großen politischen Entwicklungen Europas liest sich das berufliche curriculum vitae Kelsens.

#### IV. Kelsen und Renner

Dass Kelsen sich in der steten Gunst Renners befand, daran konnte kein Zweifel bestehen. Schon im November 1918, wenige Tage, nachdem Renner selbst die Leitung der Staatskanzlei übernommen hatte, hatte er Kelsen zu seinem Berater gemacht,<sup>23</sup> und dieser hatte bereits eine Reihe von Gutachten und Memoranden verfasst, so namentlich zur völkerrechtlichen

<sup>18</sup> Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*<sup>1</sup>, 16.

<sup>19</sup> Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*<sup>1</sup>, 13.

<sup>20</sup> Hautmann, *Geschichte der Rätebewegung in Österreich 1918–1924* (1987) 296.

<sup>21</sup> Kelsen, *Autobiographie*, 57.

<sup>22</sup> Olechowski, Kelsen, 260.

<sup>23</sup> Schmitz, *Karl Renners Briefe* (1991) 20; Olechowski, Kelsen 229 f.

Stellung Deutschösterreichs,<sup>24</sup> zur Abgrenzung der Kompetenzen von Staatsrat und Staatsregierung,<sup>25</sup> zum Gesetz über den Verfassungsgerichtshof,<sup>26</sup> sowie zur Stellung der Länder unter besonderer Berücksichtigung eines allfälligen „Anschlusses“ Deutschösterreichs an das Deutsche Reich.<sup>27</sup> Darüber hinaus hatte Kelsen damit begonnen, die verfassungsrechtlich relevanten Gesetze Deutschösterreichs in einer kleinformatigen Buchreihe zu edieren und zu kommentieren.<sup>28</sup> Renner selbst hatte das Vorwort zum ersten Band verfasst, was auf der Tittelei in einer Weise vermerkt worden war, die einen kritischen Rezessenten zu der Bemerkung veranlasste, dass aus den „umständlichen Angaben des Titelblattes die beruhigende Gewissheit [geschöpft werden könne], daß Byzanz auch in der Republik Deutschösterreich noch fortlebt.“<sup>29</sup>

Es war also in keiner Weise überraschend, dass Renner den Auftrag an Kelsen erteilte, einen Entwurf für eine „Bundesstaatsverfassung“ zu erstellen. Bemerkenswert ist allerdings der Zeitpunkt, nämlich wenige Tage vor seiner Abreise zu den Friedensverhandlungen in St. Germain. Der Hauptgrund dafür dürfte bei den Friedensverhandlungen selbst gelegen haben. Seit Ausrufung der Republik am 12. November 1918 war es das erklärte Ziel Deutschösterreichs, ein Teil des Deutschen Reiches zu werden.<sup>30</sup> In seinem vorhin erwähnten Gutachten zum „Anschluß“ vom Jänner/Februar 1919 hatte Kelsen allerdings erklärt, dass es unmöglich sei, (Deutsch-)Österreich als Bundesstaat einzurichten und zugleich einem größeren Bundesstaat, dem Deutschen Reich, beizutreten; er hatte für diesen Fall einen einheitsstaatlichen Aufbau Deutschösterreichs, allenfalls mit Selbstverwaltung nach englischem Vorbild, propagiert. Nur falls der „Anschluß“ nicht zustandekäme, wäre eine Föderalisierung Österreichs nach dem Muster der Schweiz möglich, ja wünschenswert.<sup>31</sup>

Am 7. Mai 1919 diktirten die Alliierten und Assoziierten Mächte zu Versailles dem Deutschen Reich ihre Friedensbedingungen, darunter die Forderung, dass Deutschland die Unabhängigkeit Österreichs anerkennen müsste.<sup>32</sup> Spätestens zu diesem Zeitpunkt waren alle „Anschlußwünsche“ illusorisch geworden – und zugleich war dies der Startschuss für einen bundesstaatlichen Aufbau Österreichs (die Bezeichnung „Deutschösterreich“ musste bekanntlich ebenfalls infolge der Friedensverhandlungen aufgegeben werden).<sup>33</sup>

<sup>24</sup> Abgedruckt in *Enderle-Burcel* ua (Hrsg), Staatsratsprotokolle I (2008) Nr. 21; der Text wurde von Kelsen auch im Rahmen seines Verfassungskommentars publiziert: HKW V (2011), 61–64.

<sup>25</sup> Olechowski, Staatsrat und Staatsregierung in der provisorischen Verfassung Deutschösterreichs, in FS Thomas Simon (2020) 221, das Gutachten im Anhang, 229–232.

<sup>26</sup> Schmitz, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung (1981) 308 f.

<sup>27</sup> Das Gutachten (ÖStA, AdR, NPA, Karton 106, Fasz 344–363) ist bei *Ermacora*, Die Entstehung der Bundesverfassung II (1989), 3–17, nur auszugsweise abgedruckt, wurde aber in leicht überarbeiteter Form auch von Kelsen selbst als Aufsatz publiziert: Kelsen, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in HKW IV, 115–146.

<sup>28</sup> Die Bände I–IV sind nun neu herausgegeben in HKW V (2011), der abschließende, von Kelsen mit Merkl und Froehlich gemeinsam herausgegebene Band V, der das Bundes-Verfassungsgesetz enthält, in HKW VIII (2020).

<sup>29</sup> Anonymer Artikel, betitelt „Der Anschluß“, in Neues Wiener Tagblatt Nr. 10 v. 11. 1. 1919, 1–2.

<sup>30</sup> Gesetz vom 12. 11. 1918 StGBI 5, Art 2: „Deutschösterreich ist ein Bestandteil der Deutschen Republik [...].“

<sup>31</sup> Kelsen, Die Stellung der Länder, 137.

<sup>32</sup> Kalb, Der Vertrag von Versailles, in Kalb/Olechowski/Ziegerhofer (Hrsg), Der Vertrag von St. Germain (2021) 14 (17, 19).

<sup>33</sup> Gesetz vom 21. 10. 1919 StGBI 484.

## V. Die Verfassungsentwürfe

Innerhalb von rund sechs Wochen fertigte Kelsen einen ersten Verfassungsentwurf an und übersandte ihn am 4. Juli nach St. Germain an Renner. Kelsen hatte sich selbst vorgenommen, „alles Brauchbare aus der bisherigen Verfassung beizubehalten“,<sup>34</sup> womit er nicht nur die seit Oktober 1918 erlassenen Verfassungsgesetze der Republik, sondern insbesondere auch die Dezemberverfassung 1867 meinte, von denen zahlreiche Bestimmungen wörtlich oder nahezu wörtlich übernommen wurden. Neu war das föderalistische Grundprinzip, bei dem sich Kelsen vorgenommen hatte, hier dem Schweizer Vorbild, vor allem aber auch dem Vorbild der gleichzeitig entstehenden Weimarer Reichsverfassung zu folgen. Tatsächlich aber war auch bei diesen Punkten das Vorbild der Dezemberverfassung erkennbar, dies, obwohl Cisleithanien kein Bundesstaat, sondern lediglich ein dezentralisierter Einheitsstaat gewesen war, der zwar Landtage und Landeshauptleute gekannt, diesen aber nur ein höchst bescheidenes politisches Gewicht gegeben hatte. Und so war auch Kelsens Verfassungsentwurf zwar ein bundesstaatlicher Entwurf, jedoch mit sehr schwach ausgeprägtem Föderalismus.<sup>35</sup> Der Entwurf enthielt äußerst detaillierte Bestimmungen, wie die noch zu erlassenden Landesverfassungen auszusehen hätten, und insbesondere die aus der Weimarer Verfassung übernommene Bestimmung, dass Bundesrecht Landesrecht breche. Dementsprechend sollte die Bundesregierung das Recht haben, Landesgesetze wegen „Bundesgesetzwidrigkeit“ beim Verfassungsgerichtshof anzufechten. Eine vergleichbare Bestimmung in der Weimarer Verfassung existierte nicht; vielmehr hatte Kelsen eine ähnliche Bestimmung der provisorischen Verfassung<sup>36</sup> erheblich ausgebaut und damit einen wichtigen Schritt hin zur modernen Normenkontrolle geleistet.

Es entspann sich nun eine rege Korrespondenz zwischen Kelsen in Wien und Renner in St. Germain;<sup>37</sup> leider sind von dieser nur Bruchstücke erhalten. Jedenfalls entschloss sich Kelsen, seinen Entwurf noch mehrfach zu variieren, insbesondere was die Fragen des Staatsoberhauptes, der Funktion und Zusammensetzung der Länderkammer in der Bundesgesetzgebung sowie die Grundrechte betraf. Bis Oktober 1919 hatte Kelsen so insgesamt sechs Entwürfe ausgearbeitet, die aber nur punktuell voneinander abwichen, ansonsten aber – also in Aufbau und Stil sowie auch in vielen Formulierungen – einander glichen. Generell kann gesagt werden, dass diese weiteren Entwürfe noch zentralistischer waren als Entwurf I; am stärksten aus der Reihe tanzte der Entwurf V, der am stärksten das Weimarer Vorbild erkennen ließ.<sup>38</sup>

Bereits jetzt wird deutlich, worin die Bedeutung von Kelsens Entwürfen lag: Ob der Bundesrat nach dem Vorbild des deutschen Reichsrates in der Weimarer Verfassung 1919 aus Vertretern der Landesregierungen (so im Entwurf V) oder nach dem Vorbild des österreichischen Abgeordnetenhauses in der Dezemberverfassung 1867 aus Vertretern der Landtage bestehen sollte (so in den übrigen Entwürfen), also die eigentlich politische Frage, war für Kelsen von untergeordneter Bedeutung. Es war die Anordnung der Materien, die Auswahl und die

<sup>34</sup> Kelsen, Österreichisches Staatsrecht (1923) 161.

<sup>35</sup> Schmitz, Vorentwürfe, 49.

<sup>36</sup> Gesetz vom 14. 3. 1919 StGBI 179, Art 15 Abs 1: „Gesetzesbeschlüsse einer Landesversammlung können wegen Verfassungswidrigkeit [...] beim Verfassungsgerichtshofe angefochten werden. Diese Anfechtung ist der Landesregierung unverzüglich mitzuteilen.“

<sup>37</sup> Schmitz, Karl Renners Briefe.

<sup>38</sup> Vgl die Analysen bei Schmitz, Vorentwürfe, 53 ff. und bei Olechowski; Kelsen 275 ff.

Harmonisierung der aus verschiedenen Quellen übernommenen Bestimmungen, worin Kelsens Hauptleistung in diesem Stadium der Verfassungswerdung bestand.

## VI. Die Verfassungsdebatten

Am 17. Oktober 1919 wurde das im März zwischen Sozialdemokraten und Christlichsozialen geschlossene Koalitionsabkommen erneuert und der Christlichsoziale Michael Mayr zum Staatssekretär ernannt, „mit dem persönlichen Auftrag, die Verfassungs- und Verwaltungsreform vorzubereiten“.<sup>39</sup> Insbesondere beschloss Mayr, zu einer von den Ländern organisierten Konferenz, die Anfang 1920 in Salzburg stattfinden sollte, einen eigenen Verfassungsentwurf mitzubringen. Zu diesem Zwecke wählte er einen der Kelsen-Entwürfe aus und machte ihn zur Grundlage der weiteren Arbeiten. Bei diesem Entwurf handelte es sich um den Entwurf II, der somit als der Ur-Entwurf des heutigen B-VG anzusehen ist.<sup>40</sup>

Kelsen war selbst daran beteiligt, als dieser Entwurf überarbeitet wurde, damit er der Salzburger Länderkonferenz vorgelegt werden könnte und verfasste nunmehr z.B., auf ausdrücklichen Wunsch Mayrs, eine Präambel zur Verfassung, die bis dahin gefehlt hatte. Der Entwurf wurde als bloßer „Privatentwurf“ bezeichnet, da nur Mayr persönlich, nicht die Staatsregierung, zur Länderkonferenz eingeladen worden war und die Staatsregierung daher auch keinen gemeinsamen Beschluss gefasst hatte.<sup>41</sup>

Der Salzburger Länderkonferenz (15.–17. Februar 1920) folgte in Linz eine weitere (20.–23. April), doch konnte kein Konsens gefunden werden; zu tief waren die ideologischen Gegensätze und machtpolitischen Interessen der beiden großen Parteien.<sup>42</sup> Immerhin machten sowohl die Sozialdemokraten als auch die Christlichsozialen die Kelsen-Entwürfe zur Grundlage ihrer Verhandlungen, sodass die Differenzen sehr deutlich zum Vorschein kamen. Neben den vorhin genannten Problemfeldern – Bundespräsident, Bundesrat, Grundrechte – war es insbesondere die Frage der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern, die heftig umstritten war.

Unmittelbar nach Beendigung der Linzer Länderkonferenz kamen Renner und Mayr mit Kelsen und dem Vizekanzler Jodok Fink zusammen, um im kleinen Kreis einen Entwurf zustande zu bringen, doch scheiterte auch dieser Versuch. Und als am 11. Juni die Große Koalition auseinanderbrach, schien der Verfassungskonsens in weite Ferne gerückt.<sup>43</sup>

Vier Wochen später jedoch, am 8. Juli 1920, beschloss der Verfassungsausschuss der Konstituierenden Nationalversammlung, noch vor den Neuwahlen, die für Oktober geplant waren

<sup>39</sup> Neue Freie Presse Nr. 19809 v. 18. 10. 1919; vgl. Olechowski, Kelsen 283.

<sup>40</sup> Olechowski, Kelsen, 284.

<sup>41</sup> Der Entwurf ist in der synoptischen Darstellung von Schmitz, Vorentwürfe, 115 ff, in der zweiten Spalte von rechts abgedruckt, in jener von Ermacora, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920, IV: Die Sammlung der Entwürfe zur Staats- bzw. Bundesverfassung (1990), in der ersten Spalte von links.

<sup>42</sup> Die Protokolle in Ermacora, Materialien zur österreichischen Bundesverfassung I: Die Länderkonferenzen 1919/20 und die Verfassungsfrage (1989); siehe auch Olechowski, Die Diskussion um die Kompetenzverteilung bei der Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes, BRGÖ 2021, 271.

<sup>43</sup> Kelsen, Staatsrecht, 154, 163.

– und damit mitten im Wahlkampf! –, eine Verfassung beschließen zu wollen. Wie Kelsen später berichtete, wurde befürchtet, dass im Falle eines Scheiterns die Länder erneut die Initiative übernehmen und eine „staatenbündische, d.h. radikal föderalistische Verfassung“ beschließen würden.<sup>44</sup> Ein Unterausschuss wurde gebildet, in den der Obmann des Verfassungsausschuss, der Sozialdemokrat Otto Bauer, und sein Stellvertreter, der Christlichsoziale Ignaz Seipel, sowie fünf weitere Ausschussmitglieder gewählt wurden; Hans Kelsen gehörte dem Ausschuss als parteiunabhängiger Experte an.<sup>45</sup> Hier, in diesem Unterausschuss, schlug zum zweiten Mal die Stunde Kelsens: Da er sowohl das Vertrauen von Bauer als auch von Seipel genoss, gelang es ihm immer wieder, auch in sehr strittigen Fragen, wie eben in der Frage der Zusammensetzung des Bundesrats, konsensfähige Vorschläge zu machen. Für das spezielle Verhältnis zwischen Wien und Niederösterreich arbeitete er erst jetzt einen eigenen Unterabschnitt aus, der mit wenigen Veränderungen Eingang in den endgültigen Verfassungstext fand.<sup>46</sup>

Dennoch gelangten auch die Arbeiten im Unterausschuss Mitte September an einen toten Punkt. Seipel erklärte im Unterausschuss, dass seine Partei gewisse Punkte, wie etwa die Zuweisung des gesamten Schulrechts an den Bund oder die Bildung von Kreisgemeinden, keinesfalls akzeptieren könne.<sup>47</sup> Damit drohten die Verfassungsarbeiten erneut, und diesmal endgültig, zu scheitern.

Drei Tage später, am 18. September, konnten sich jedoch die Parteivorstände der Sozialdemokraten und der Christlichsozialen auf einen Kompromiss einigen. Dieser Kompromiss aber bestand darin, dass man in all jenen Punkten, in denen keine Einigung erzielt hatte werden können, die Rechtslage der Monarchie vorläufig beibehielt.<sup>48</sup> Dies betraf insbesondere die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern, die weiterhin nach den Regelungen von 1861 und 1867 erfolgen sollte, aber auch die Grundrechte, für die weiterhin das Staatsgrundgesetz von 1867 maßgeblich war. Mit diesen wesentlichen Einschränkungen konnten die Verfassungsberatungen zügig zum Abschluss gebracht werden, und am 1. Oktober 1920 beschloss die Konstituierende Nationalversammlung das „Bundes-Verfassungsgesetz“<sup>49</sup>

In diesen wenigen Tagen, zwischen 18. September und 1. Oktober, konkret in der allerletzten Sitzung des Unterausschusses, die am 23. September abgehalten wurde, gelang es Kelsen, einen Halbsatz in den Verfassungstext zu schieben. Seine ursprünglichen Vorschläge zu einer verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle waren in der Zwischenzeit vielfach abgeändert worden; die Verfassung sah keinen Vorrang von Bundesgesetzen vor Landesgesetzen, sondern deren Gleichrangigkeit vor. Und dementsprechend sollte nicht nur die Bundesregierung Landesgesetze, sondern auch jede Landesregierung Bundesgesetze vor dem Bund anfechten können. Kelsen aber erreichte es, dass der Verfassungsgerichtshof auch „von Amts wegen“ Bundes- oder Landesgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit prüfen können sollte, wenn dieses Gesetz „die Voraussetzung eines Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes bilden

<sup>44</sup> Kelsen, Staatsrecht, 163.

<sup>45</sup> Die Protokolle des Unterausschusses sind abgedruckt in *Ermacora* (Hrsg), Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1967) 268–499.

<sup>46</sup> Olechowski, Das Ringen um die Stellung Wiens in der Diskussion um die Bundesverfassung, in Hachleitner/Mertens (Hrsg), Wien wird Bundesland (2020) 47.

<sup>47</sup> Seipel in der 16. Sitzung des Unterausschusses vom 15. 9. 1920, in *Ermacora*, Quellen, 446.

<sup>48</sup> Olechowski, Kelsen, 290.

<sup>49</sup> Staatsgesetzblatt 1920 Nr. 450 = Bundesgesetzblatt 1920 Nr. 1.

soll".<sup>50</sup> Es war dies die Geburtsstunde der sog. konkreten Normenkontrolle, und wenn auch zugegeben werden muss, dass die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit viele Väter hat – die Einführung der konkreten Normenkontrolle, bis heute die in der Praxis weitaus bedeutendste Form der verfassungsgerichtlichen Prüfung von Gesetzen, ist eindeutig das Verdienst Hans Kelsens.

## VII. Schluss

Österreich ist reich an erfolglosen Erfindern. Joseph Madersperger erfand um 1825 die Nähmaschine, vermochte es jedoch nicht, seine Erfindung zu vermarkten und starb im Armenhaus, während es dem US-Amerikaner Isaak Singer einige Jahre später gelang, mit seiner Nähmaschine die gesamte Textilindustrie zu revolutionieren. Ähnlich erging es Joseph Ressel mit der Erfindung der Schiffsschraube oder Siegfried Marcus mit der Erfindung des benzinetriebenen Automobils. Oft scheitert der Erfolg einer Erfindung an kleinen Details – was wären Fahrrad oder Automobil ohne luftbefüllte Gummireifen? So zeigt die Geschichte der Technik immer wieder, dass es nicht eine, sondern eine Vielzahl an Personen ist, die zum Gelingen einer Innovation beigetragen haben, auch wenn letztlich nur wenige den Ruhm davontragen. Bei Kelsen liegt der Fall andersherum: Er wurde, vor allem in nichtjuristischen Kreisen, als „Vater der Bundesverfassung“ angesehen, und weltweit kamen und kommen Juristen nach Wien um das österreichische Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit kennenzulernen, welches gleichfalls Hans Kelsen – und niemand sonst – zugeschrieben wird.

Zuviel der Ehre? Ich glaube nicht. Wie schon zu Beginn betont: Das Erarbeiten eines Gesetzes, gar eines Verfassungsgesetzes, ist niemals das Werk eines Menschen allein. Wie der vorliegende Aufsatz gezeigt hat, übertrifft aber Kelsens Anteil an der Entstehung der Bundesverfassung und an der Verfassungsgerichtsbarkeit jenen aller anderen daran beteiligten Personen bei weitem. Schon bei anderer Gelegenheit<sup>51</sup> habe ich Kelsens Funktion bei der Entstehung der Bundesverfassung mit der eines Architekten verglichen, der von seinem Bauherrn nur vage Vorgaben erhält und nun die Aufgabe hat, konkrete Pläne zu zeichnen, die allen rechtlichen, technischen und ästhetischen Anforderungen genügen müssen. Dabei musste er sich immer dem Willen seines „Bauherren“, d.h. der Politiker verschiedener Couleurs beugen und von ihm ausgearbeitete „Baupläne“, d.h. Textentwürfe wieder verwerfen, und doch floss viel von Kelsens eigenen demokratietheoretischen und rechtstheoretischen Vorstellungen in den endgültigen Verfassungstext ein, sodass dieser bis heute den Geist Kelsens „atmet“. Auch war es an Kelsen, durch zahlreiche andere Schriften die Bundesverfassung dogmatisch zu entschließen,<sup>52</sup> die Verfassungsgerichtsbarkeit theoretisch zu untermauern<sup>53</sup> und

<sup>50</sup> Kelsen in der 18. Sitzung des Unterausschusses vom 23. 9. 1920, in *Ermacora*, Quellen, 494; vgl. *Wiederin*, Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsgericht, in *Simon/Kalwoda* (Hrsg), Schutz der Verfassung (2014) 283; *Olechowski*, Kelsen 295.

<sup>51</sup> *Olechowski*, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, in *Walter/Ogris/Olechowski* (Hrsg), Hans Kelsen, 211.

<sup>52</sup> Vor allem durch seinen erwähnten Verfassungskommentar, HKW VIII, sowie durch sein ebenfalls schon mehrfach zitiertes Lehrbuch: *Kelsen*, Staatsrecht (1923).

<sup>53</sup> Vor allem mit seinem 1928 gehaltenen Referat: *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtler V (1929) 30.

nicht zuletzt den Wesen und den Wert der Demokratie auch in verfassungspolitisch schwierigen Zeiten zu betonen.<sup>54</sup> Und dafür gebührt ihm bis heute Anerkennung.

---

<sup>54</sup> Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie<sup>2</sup> (1929), wiederabgedruckt in *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg), *Verteidigung der Demokratie* (2006) 149.