

Kelsen Working Papers

Publications of the FWF project P 23747:

“Kelsen’s Life in America (1940–1973) and the diffusion of his legal theory across the Globe”

Thomas Olechowski, Wien:

Kelsens Debellatio-These. Rechtshistorische und rechtstheoretische Überlegungen zur Kontinuität von Staaten

online-version, 29th June 2015

<http://www.univie.ac.at/kelsen/workingpapers/debellatio.pdf>

published in:

Clemens Jabloner u.a. (Hrsg.), Gedenkschrift Robert Walter (Wien 2013) 531–552

Kelsens Debellatio-These

Rechtshistorische und rechtstheoretische Überlegungen zur
Kontinuität von Staaten*)

Thomas Olechowski, Wien

Übersicht:

- I. Zur Staatslehre *Kelsens* vor 1944
 - A. Das Wesen des Staates
 - B. Kontinuität und Diskontinuität des Staates
 1. Das Problem der Kontinuität aus staatsrechtlicher Sicht
 2. Das Problem der Kontinuität aus völkerrechtlicher Sicht
 3. Exkurs: Die Kontinuität der Tschechoslowakei 1938–1945
- II. Die Rechtslage Deutschlands im Jahre 1945
 - A. *Kelsens* Gutachten vom 1. 6. 1944
 - B. Das Kriegsende und die Berliner Erklärung vom 5. 6. 1945
 - C. *Kelsens* Debellatio-These und ihre Bedeutung
 - D. Die Ablehnung von *Kelsens* Lehre
- III. Eigene Überlegungen
 - A. Folgerungen für die Rechtsgeschichte
 - B. Folgerungen für die Rechtstheorie

Robert Walters „System“¹⁾ und der darauf aufbauende, zuletzt in 10. Auflage gemeinsam mit *Heinz Mayer* und *Gabriele Kucsko-Stadlmayer* herausgebrachte „Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts“²⁾ sind die einzigen Lehr- bzw Handbücher im deutschsprachigen Raum, die explizit auf den Lehren *Hans Kelsens* aufbauen. Aber auch die übrigen verfassungsrechtlichen Lehrbücher in Österreich kommen nicht umhin, der Bedeutung *Kelsens* für Entstehung

*) Der Aufsatz enthält Ergebnisse des von mir geleiteten FWF-Projekts P 23747 „Kelsens Leben in Amerika (1940–1973) und die weltweite Verbreitung seiner Rechtslehre“. Gemeinsam mit dem bereits abgeschlossenen FWF-Projekt „Biographische Forschungen zu Hans Kelsen in den Jahren 1881–1940“ (P 19280) soll es die Grundlage für die erste wissenschaftliche Biographie Kelsens sein, zu deren Erstellung mich *Robert Walter* und *Clemens Jabloner* eingeladen haben und die in hoffentlich nicht allzu langer Zeit vollendet sein wird. Prof. *Walter* hat das Projekt stets mit großem Interesse verfolgt und führte mit mir lange, anregende und hilfreiche Gespräche, für die ich ihm großen Dank schulde. Für wertvolle Hilfe bei der Vorbereitung dieses Beitrages danke ich ferner Frau Mag. *Tanja Svjetlanović* und Herrn cand.iur. *Georg Grünstäudl*.

1) *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System (1972).

2) *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007).

und dogmatische Durchdringung des Verfassungsrechts zu gedenken.³⁾ In bundesdeutschen Lehr- und Handbüchern sucht man dagegen heute den Namen *Kelsen* zumeist vergeblich.⁴⁾ Dies, obwohl er 1930–1933 auch in Deutschland lehrte und dort noch bis zuletzt für ein Demokratieverständnis stritt, das auch dem Bonner Grundgesetz zugrunde liegt, sowie das theoretische Modell für eine Verfassungsgerichtsbarkeit lieferte, die 1951 auch in der Bundesrepublik Deutschland eingeführt wurde. Die Gründe für die mangelnde Popularität *Kelsens* mögen vielfältig sein; einer davon ist jedoch sicherlich seine *Debellatio*-These:⁵⁾ 1945 schrieb *Kelsen* in einem US-amerikanischen Journal, dass das Deutsche Reich aufgrund seiner vollständigen militärischen Niederlage (*debellatio*) untergegangen sei und als souveräner Staat zu existieren aufgehört habe,⁶⁾ womit er sich den erbitterten Widerstand des Großteils der deutschen Staatsrechtslehrer zuzog. Dabei handelte es sich freilich nicht bloß um einen akademischen Streit, sondern um ein hochpolitisches Thema, das von zentraler Bedeutung für das Verhältnis zwischen der Bundesrepublik und der DDR sowie auch für jenes zu den ehemals alliierten, mittlerweile verfeindeten Mächten und nicht zuletzt zu Polen war.

Spätestens mit dem Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland vom 12. 9. 1990⁷⁾ hat die Debatte ihre Bedeutung für das geltende Recht verloren und gehört nur mehr der Rechtsgeschichte an. Dies bedeutet zum einen, dass es für den Rechtsdogmatiker sinnlos geworden ist, über „Richtigkeit“ oder „Unrichtigkeit“ von *Kelsens* These zu diskutieren, weil aus ihr keine Folgen für das geltende Recht mehr abgeleitet werden können.⁸⁾ Zum anderen ermöglicht gerade dieser Umstand eine neue, unbefangene Betrachtung der *Debellatio*-These. Es ist zu fragen, wie *Kelsen* zu ihr gekommen ist, ob sie einfach eine notwendige Folgerung aus seiner Reinen Rechtslehre war oder ob *Kelsen* mit ihr (auch) politische Zwecke verfolgte.⁹⁾

3) Vgl etwa *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁸ (2009) 43, 114; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht I² (2011) 172.

4) Vgl etwa *Gröpl*, Staatsrecht I (2008); *Ipsen*, Staatsrecht II² (2000); *Maurer*, Staatsrecht⁵ (2007). Eine Ausnahme bilden *Maunz/Zippelius*, Deutsches Staatsrecht³⁰ (1998) mit der kurzen Erwähnung der Reinen Rechtslehre auf der ersten Seite.

5) Besonders charakteristisch das – nicht mehr aktuelle – Lehrbuch von *Döhring*, in dem *Kelsen* einzig aus diesem Grund erwähnt wird: *Döhring*, Staatsrecht (1976) 51.

6) *Kelsen*, The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin, American Journal of International Law [AJIL] 39, 518; diesem Aufsatz folgten noch einige weitere Beiträge, die diese Theorie bekräftigten, siehe noch unten Anm 75 ff.

7) dRGG II 1990, S. 1317.

8) Wesentlich entschärft wurde das Thema schon zuvor durch den sog Grundlagenvertrag vom 21. 12. 1972, weshalb bereits 1987 *Stolleis* die Debatte als „überholt“ bezeichnete: *Stolleis*, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit, in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland I² (1995 = unveränderter ND von 1987) Rz 40.

9) So fordert schon *Diestelkamp*, Rechtsgeschichte als Zeitgeschichte. Historische Betrachtungen zur Entstehung und Durchsetzung der Theorie vom Fortbestand des Deutschen Reiches als Staat nach 1945, ZNR 1985, 181 (182) eine Beschäftigung mit der Frage, welche Beweggründe die einzelnen Akteure beeinflussten, ihre Thesen zu formulieren und vermutet, dass dies nicht nur rechtliche waren.

I. Zur Staatslehre *Kelsens* vor 1944

A. *Das Wesen des Staates*

Kelsen hat sich vor 1944 niemals explizit mit der Frage nach Untergang oder Kontinuität von Staaten befasst, wohl aber, in jeweils einem Gutachten, 1918 mit der Entstehung der Republik (Deutsch-) Österreich¹⁰⁾ und 1927 mit der Entstehung der Tschechoslowakei.¹¹⁾ Vor allem aber hat er in verschiedenen Schriften der 1920er-Jahre eine eigene allgemeine Staatslehre entwickelt, auf die hier zum Verständnis seiner ab 1944 entwickelten Thesen einzugehen ist.¹²⁾

Kelsen entwickelte diese Staatslehre aufbauend auf und doch in bewusster Abgrenzung von seinem ehemaligen Lehrer *Georg Jellinek*, der versucht hatte, den Staat sowohl als ein rechtliches als auch ein soziales Gebilde zu begreifen („Zwei-Seiten-Theorie“).¹³⁾ Damit verstieß er nach Ansicht *Kelsens* „gegen den Fundamentalsatz aller Erkenntnistheorie, daß der Gegenstand der Erkenntnis durch die Erkenntnisrichtung bestimmt sei.“¹⁴⁾ Dass der Staat nicht anders als mit rechtlichen Mitteln erfasst werden könne, bewies *Kelsen* ua an den drei Staatselementen, die nach Ansicht *Jellineks* jedenfalls gegeben seien müssten: Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt. Alle Versuche, zB das Staatsvolk über ein bestimmtes Nationalgefühl zu definieren, müssen – so *Kelsen* – fehlschlagen, weil es letztlich nur darauf ankäme, dass bestimmte Menschen, sei es von ihnen gewollt oder nicht, der staatlichen Ordnung unterworfen seien; beim Staatsvolk handle es sich nach *Kelsen* um nicht mehr und nicht weniger als um den „personalen Geltungsbereich der Staatsordnung“.¹⁵⁾ Analoges könne für das Staatsgebiet gesagt werden, welches von ihm als der „räumliche Geltungsbereich der Staatsordnung“ definiert wurde.¹⁶⁾ Was aber das dritte Element, die Staatsgewalt, betreffe, so erbrachte *Kelsen* den Beweis, dass es sich dabei nicht um eine natürliche Kausalgewalt handle, sondern dass das Recht bestimmte Menschen zur Ausübung von Gewalt ermächtige; mit der Staatsgewalt könne nur die Geltung der Rechts-

10) *Kelsen*, Die völkerrechtliche Stellung des Staates Deutsch-Österreich, datiert 29. 11. 1918, in *Enderle-Burcel/Haas/Mähner* (Bearb), Der österreichische Staatsrat I (2008) 220; vgl *Olechowski*, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, in *Walter/Ogris/Olechowski* (Hrsg), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (2009) 211 (212).

11) *Kelsen*, Gutachten über die Frage der Entstehung des tschechoslovakischen Staates und der tschechoslovakischen Staatsbürgerschaft, datiert 1. 11. 1927, in Permanent Court of International Justice [PCIJ], Series C, No 68 (1933) 71. Vgl dazu *Olechowski/Busch*, Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag, in *Malyj/Soukup* (Hrsg), Československé právo a právní věda v meziválečném období 1918–1938 a jejich místo v Evropě (2010) 1106.

12) Zu nennen sind hier vor allem zwei seiner Monographien: *Kelsen*, Das Problem der Souveränität (1920); *Kelsen*, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (1922); sowie sein Lehrbuch: *Kelsen*, Allgemeine Staatslehre (1925).

13) *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre⁵ (1914, ND 1929) 11; vgl *Kelsen*, Staatsbegriff 115; vgl dazu künftig *Olechowski*, Von Georg Jellinek zu Hans Kelsen. Ein Beitrag zur Geschichte der Staatsrechtslehre an der Universität Wien um 1900, in *Rathkolb/Röhrlich* (Hrsg), Migration und Innovation in Wien um 1900 (im Druck).

14) *Kelsen*, Souveränität 10.

15) *Kelsen*, Staatslehre 149 ff.

16) *Kelsen*, Staatslehre 137 ff.

ordnung selbst gemeint sein.¹⁷⁾ Die Rechtsordnung selbst aber sei mit dem Staat identisch.¹⁸⁾

Kelsens Bemühungen, den Geltungsgrund der Rechtsordnung zu erkennen, führten ihn zur Frage nach dem Verhältnis zwischen staatlichem Recht und Völkerrecht. Er vertrat hier eine monistische Position, wobei er die Frage, ob der Primat dem staatlichen Recht oder dem Völkerrecht gebühre, offen ließ.¹⁹⁾ Allerdings habe die Theorie vom Primat des Staatsrechts den Nachteil, dass sie das Phänomen der Entstehung und des Untergangs von Staaten nicht zu erfassen vermöge; es würde sich um eine „*petitio principii*“ handeln. „Nur eine über dem Staate stehende Rechtsordnung kann die Normen enthalten, nach denen zu beurteilen ist, ob und in welchem Umfange ein Staat entstanden ist.“²⁰⁾ Daher soll den weiteren Überlegungen nur die Theorie vom Primat des Völkerrechts zugrunde gelegt werden.

Dieser Theorie zufolge müsse es im Völkerrecht eine Norm geben, die das staatliche Recht in Geltung setze. Und *Kelsen* fand eine solche im Völkergewohnheitsrecht, welche lautete: „Ein Staat im Sinne der Völkergemeinschaft ist dann gegeben, wenn sich eine unabhängige Herrschergewalt über Menschen innerhalb eines bestimmten Gebietes etabliert, mit andern Worten: wenn faktisch eine keiner anderen als der Völkerrechtsordnung unterstellte Zwangsordnung menschlichen Verhaltens für einen bestimmten Bereich wirksam wird.“ Damit war für ihn nicht „nur die Existenz des Staates für das Völkerrecht oder nur die rechtliche Existenz des Staates, damit ist – vom Standpunkt des Primats der Völkerrechtsordnung – der Staat überhaupt bestimmt.“²¹⁾

B. Kontinuität und Diskontinuität des Staates

1. Das Problem der Kontinuität aus staatsrechtlicher Sicht

Die soeben beschriebene Norm ist „der letzte, der souveräne Grund des Sollens“; sie wurde von *Kelsen* erstmals 1920 erkannt und damals als „Ursprungsnorm“ bezeichnet, welche Terminologie im Folgenden beibehalten werden soll.²²⁾ Sie ermächtigt ein bestimmtes Regime, dem Staat eine Verfassung zu geben, auf

17) *Kelsen*, Staatslehre 96 f.

18) *Kelsen*, Staatslehre 16.

19) *Kelsen*, Staatslehre 128; vgl auch *Verdross*, Völkerrecht und einheitliches Rechtssystem, in *Klecatsky/Marcic/Schambeck* (Hrsg), Die Wiener Rechtstheoretische Schule² [wird zitiert: WrRThS] (2010) 1659, mit Bezugnahme auf *Kelsen* 1667 ff, während *Verdross* selbst von einem notwendigen Primat des Völkerrechts ausgeht.

20) *Kelsen*, PCIJ, 71; vgl auch *Kelsen*, Staatslehre 128.

21) *Kelsen*, Staatslehre 127.

22) *Kelsen*, Souveränität 53. Bekanntlich wurde diese Lehre von ihm in späteren Arbeiten zur Theorie von der Grundnorm, einer präpositiven, bloß gedachten Norm, weiterentwickelt; vgl dazu *Walter*, Entstehung und Entwicklung des Gedankens der Grundnorm, in *Walter* (Hrsg), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (1992) 47. Eine Gleichsetzung der soeben beschriebenen „Ursprungsnorm“ mit der „Grundnorm“ ist aber nur dann zulässig, wenn man von einem Primat des staatlichen Rechts ausgeht. Im Falle eines Primats des Völkerrechts ist der Ursprung der staatlichen Souveränität keine bloß gedachte Norm, sondern eine positive Norm des Völkerrechts, nämlich die oben Anm 21 genannte Norm, während als „Grundnorm“ jene oberste Norm

die alle weiteren Rechtsakte mittelbar oder unmittelbar zurückgeführt werden können. Dies gilt auch für eine neue Verfassung, sofern sie auf jene Art und Weise zustande gekommen ist, wie es die vorherige, die „Historisch erste Verfassung“ vorgesehen hat. Erst dort, wo Rechtsakte nicht mehr ihre Geltung aus dieser Ursprungsnorm beziehen, „wo ein Riß im Rechtssysteme klafft“,²³⁾ ist die Staatseinheit nicht mehr gegeben. Dies ist zB dann der Fall, wenn in einer demokratischen Republik eine Militärjunta in verfassungswidriger Weise erklärt, die Macht zu übernehmen. Die von ihr etablierte Ordnung basiert nicht mehr auf der alten Ordnung, sondern steht zu dieser im Zustande der (formellen) Diskontinuität; kann sich ihre Ordnung anstelle der alten etablieren, so handelt es sich um eine Revolution im juristischen Sinne. Aus der Sicht der alten Ordnung wird es sich hierbei um rechtswidrige Akte handeln, aus Sicht der neuen, nunmehr effektiv gewordenen Ordnung – und auch aus Sicht des Völkerrechtes – sind die neuen Normen verbindlich.²⁴⁾

Kelsens Schüler *Merkel* hat diese Theorie noch zu Zeiten der österreichischen Monarchie mit einigen Beispielen aus der jüngeren Verfassungsgeschichte illustriert: So waren für ihn die Märzrevolution 1848 und die auf sie folgende Verfassung vom 25. 4. 1848 zwar politisch bedeutsame Ereignisse, aber noch kein juristischer Umbruch, da der bis dahin absolut regierende Kaiser aus eben dieser Machtvollkommenheit heraus einseitig eine Verfassung erlassen hatte. Erst, als er diese mit der Proklamation vom 16. 5. 1848 eigenmächtig abänderte (obwohl er dazu bereits der Mitwirkung des Reichstags nach § 50 der Verfassung 1848 bedurft hätte), wurde die Rechtskontinuität durchbrochen, erfolgte eine Revolution im juristischen Sinne, und damit „trat ein neuer Staat ins Leben“.²⁵⁾ Unzweifelhaft Verfassungsbrüche waren dann die kaiserlichen Patente vom 4. 3. 1849 und vom 31. 12. 1851, mit denen jedes Mal ein neuer Staat im Sinne der Reinen Rechtslehre geschaffen wurde. Da der Kaiser mit den zuletzt genannten sog Silberpatenten wieder absolut regierte, hatte er später auch das Recht, auf diese Regierungsweise wieder zu verzichten; demgemäß war das Diplom vom 20. 10. 1860 trotz des großen politischen Umbruches, den es bewirkte, kein Verfassungsbruch. Wohl aber kam es am 26. 2. 1861 und wieder am 20. 9. 1865 zu derartigen Verfassungsbrüchen, was *Merkel* 1914²⁶⁾ zur Schlussfolgerung veranlasste, „daß der Gegenwartsstaat Österreich, wenn wir ihn als Verfassungsstaat

angesehen werden muss, welche die Geltung des Völkerrechtes begründet. Vgl dazu *Kelsen, Reine Rechtslehre*² (1960) 222.

23) *Merkel*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates, in *WrRthS* 913 (920).

24) *Sander*, Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung, *ZÖR* 1919, 133 (135); *Kelsen*, Staatslehre 249; *Walter*, System 20; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht 5.

25) *Merkel*, Rechtseinheit 936. Vgl zu den verfassungsgeschichtlichen Hintergründen zusammenfassend *Olechowski*, Rechtsgeschichte³ (2010) 51 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht 8 ff.

26) Der 1918 erschienene Aufsatz war, wie aus Anm 46a desselben hervorgeht, bereits 1914 zum Druck eingereicht worden. Hinzuweisen ist an dieser Stelle auch auf *Merkel*, Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung eines einheitlichen rechtlichen Weltbildes, in *WrRthS* 1035 (1055), wo er seine Ausführungen fortsetzt und ua zum Schluss kommt, dass auch die Weimarer Republik im Verhältnis der Diskontinuität zum Deutschen Kaiserreich stehe und insofern ein neuer Staat sei.

uns vorstellen wollen, höchstens bis zum Jahre 1865 zurückreicht, daß also darüber hinaus in die Vergangenheit zurück im Rechtssinn Fremdland, Ausland liegt.“

2. Das Problem der Kontinuität aus völkerrechtlicher Sicht

Das zuletzt erfolgte Zitat *Merkl's* ist von außerordentlicher Schärfe: Die Diskontinuität zwischen altem und neuem Staat hat zur Wirkung, dass der eine Staat dem anderen als Ausland gilt. Zwischen der österreichischen Monarchie vor 1865 und nach 1865 besteht ebenso wenig eine rechtliche Verbindung wie zwischen der österreichischen und der spanischen Monarchie.

Doch war dies offenbar nur die Ansicht *Merkl's*, nicht die Ansicht *Kelsen's*: 1927 schrieb er in seinem Gutachten zur Entstehung der Tschechoslowakei, dass es ein „völkerrechtliche[r] Grundsatz“ sei, dass „ein Staat, wenn Volk und Gebiet im Wesentlichen das Gleiche blieben, auch bei revolutionärer Änderung seiner Verfassung, derselbe bleibt.“²⁷⁾ Wohl sah auch er, dass hier „das Gebiet eines alten Staates – und sohin auch seine Einwohner – zur Gänze zum Gebiete, bezw. Volk eines neuen Staates werden“, sprach also ebenso wie *Merkl* von einem „alten Staat“ und einem „neuen Staat“. Doch trete in diesem Fall keine „Änderung des bisherigen Völkerrechtszustandes“ ein. „Die anderen Staaten verlieren nichts von ihrem bisherigen, völkerrechtlich garantierten Besitzstand, das heisst keinen Teil ihres Staatsgebietes oder Staatsvolkes, und der Staat bleibt, da sich seine Identität nicht geändert hat, Subjekt seiner bisherigen Rechte und Pflichten gegen andere Staaten.“²⁸⁾ Es muss also zwischen einer staatsrechtlichen und einer völkerrechtlichen Kontinuität unterschieden werden! Auch wenn staatsrechtliche Umbrüche erfolgen und somit staatsrechtlich gesehen ein Staat auf den anderen folgt, so handelt es sich doch im völkerrechtlichen Sinne immer um einen und denselben Staat.

Spätestens hier muss innegehalten und überlegt werden, was der Ausdruck „Identität“ bei einem Staat überhaupt bedeuten kann. Ist der Staat eine Rechtsordnung, so muss es sich um Identität der Normen handeln. Dies ist aber nach dem bisher Gesagten ausgeschlossen: Zwar können die Inhalte der Normen des alten Staates mittels Rezeptionsklausel in die des neuen Staates übertragen werden; die Normen selbst sind in ihrer Geltung abhängig von der Ursprungsnorm – die sich aber nach jeder Revolution ändert. Worauf es *Kelsen* offensichtlich ankommt, ist, zu betonen, dass die Rechte und Pflichten des (alten/neuen) Staates gegenüber Dritten dieselben bleiben.²⁹⁾ Dies wird auch in seinem 1918 geschriebenen Gutachten zur Entstehung der Republik Deutschösterreich deutlich: „Eine ... Auffassung, die an der unmittelbaren Kontinuität zwischen Alt-Österreich und Deutsch-Österreich festhält, bedeutete vor allem, daß die ganzen Kriegskosten und eventuellen Kriegsschädigungen ausschließlich auf die Schultern Deutsch-Österreichs gewälzt würden.“³⁰⁾ Allerdings ist festzuhalten, dass *Kelsen*

27) *Kelsen*, PCIJ, 73.

28) *Kelsen*, PCIJ, 77.

29) Dies ist auch die Ansicht von *Merkl*, Rechtskontinuität 1061.

30) *Kelsen*, in Staatsratsprotokolle I, 222.

die (völkerrechtliche) Diskontinuität Deutschösterreichs zu Altösterreich nicht mit dessen revolutionärer Entstehung, sondern mit dem Zerfall der Monarchie begründet: „Bei der Zerspaltung eines Staates in mehrere neue Staaten findet nach völkerrechtlichen Prinzipien eine allgemeine Rechtsnachfolge der neuen Staaten in die Rechte und Pflichten des alten Staates grundsätzlich nicht statt.“³¹⁾

3. Exkurs: Die Kontinuität der Tschechoslowakei 1938–1945

Die zahlreichen staats- und völkerrechtlichen Umbrüche der 1930er- und 1940er-Jahre haben den oben skizzierten Theorien vielfach neues Material gegeben. Im gegenständlichen Fall besonders bedeutsam ist die von *Edvard Beneš* 1940 entwickelte These von der Kontinuität der Tschechoslowakei:

Beneš, seit 1935 Staatspräsident der ČSR, war am 5. 10. 1938 von diesem Amt zurückgetreten, nachdem sich die europäischen Großmächte am 29. 9. in München auf die Abtretung weiter tschechoslowakischer Gebietsteile an seine Nachbarländer geeinigt hatten.³²⁾ Unter *Beneš'* Nachfolger *Emil Hácha* beschloss die tschechoslowakische Nationalversammlung eine weitgehende Verfassungsänderung, doch wurde diese sog Zweite Republik am 14./15. 3. 1939 von *Hitler* vollständig zerschlagen. *Beneš* bemühte sich vergeblich, mit Hilfe eines von *Kelsen* verfassten Gutachtens beim Völkerbund Protest gegen die Zerschlagung der ČSR einzulegen, wobei er sich ua auf die in München abgegebenen Garantieerklärungen zugunsten der Rest-Tschechoslowakei berief, implizit also von der Gültigkeit des Münchner Abkommens ausging.³³⁾ 1940 rückte *Beneš* von dieser Ansicht jedoch wieder ab und verkündete am 26. 6. im englischen Radio: „Für uns existiert rechtlich mein Abgang vom Amt und aus der Heimat nicht, rechtlich gibt es für uns keine Zerschlagung der Republik. [...] Ich erkläre alles für nicht-existent und rechtswidrig, wozu wir seit September 1938 rechts- und verfassungswidrig gezwungen worden sind.“³⁴⁾ Als immer noch im Amt befindlicher Präsident ernannte er am 21. 7. 1940 einen Staatsrat sowie eine Exilregierung. Nachdem die Rote Armee die Ostslowakei erobert hatte, ernannte *Beneš* am 5. 4. 1945 in Košice eine neue Regierung, die sukzessive die Gewalt über das gesamte Territorium der Tschechoslowakei vor 1938 (mit Ausnahme der an die

31) *Kelsen*, in Staatsratsprotokolle I, 220f. Die revolutionäre Entstehung wird aber insb von *Merkel*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich (1919 1 ff betont; vgl auch *Merkel*, Rechtskontinuität 1048 sowie *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht 26.

32) Vgl zu diesem Abkommen und seiner Vorgeschichte *Schelle/Tauchen*, Grundriss der Tschechoslowakischen Rechtsgeschichte (2009) 34 ff.

33) Dazu *Olechowski/Busch*, Kelsen an der Universität Prag.

34) Zit n *Brandes*, Der Weg zur Vertreibung 1938–1945² (2005) 84. Zu den Hintergründen vgl *Abrams*, Alliierte Planungen und Entscheidungen, in *Coudenove-Kalergi/Rathkolb* (Hrsg), Die Beneš-Dekrete (2002) 118 (119); *Brenner*, „Zwischen Ost und West“ (2009) 64. Vgl auch *Kuklík*, Dekrety prezidenta republiky – výraz kontinuity Československého řádu nebo jeho revoluční změny? [= Die Dekrete des Präsidenten der Republik – Ausdruck der Kontinuität der tschechoslowakischen Rechtsordnung oder seiner revolutionären Änderung?], in *Malý/Soukup* (Hrsg), Vývoj práva v Československu v letech 1945–1989 (2004) 134 (mit engl Summary).

UdSSR abgetretenen Karpatho-Ukraine) erlangte. *Beneš* selbst wurde als Staatspräsident „bestätigt“ und blieb noch bis 1948 im Amt.

Die besondere Bedeutung von *Beneš'* Kontinuitätsthese im gegenständlichen Zusammenhang liegt darin, dass sie die Grenzen zwischen staats- und völkerrechtlicher Kontinuität verwischt: *Beneš'* Hauptanliegen war es, die völkerrechtliche Fortexistenz der ČSR zu beweisen; diese habe infolge der deutschen Okkupation nur ihre Handlungsfähigkeit verloren, bestünde aber als Völkerrechtssubjekt weiter. Zugleich aber musste er rechtfertigen, dass er selbst (und nicht etwa *Hácha*, der zum selben Zeitpunkt in Prag eine Marionettenregierung von *Hitlers* Gnaden leitete) der Inhaber der höchsten staatlichen Gewalt der ČSR sei. Damit setzte er sich über den Grundsatz der Effektivität hinweg, den ua *Kelsen* 1927 in seinem Gutachten – damals noch zugunsten der ČSR – so sehr betont hatte. Gewissermaßen saniert wurde dies aber dadurch, dass die von *Beneš* bis dahin erlassenen Dekrete diese Effektivität letztlich doch noch gewinnen konnten.

II. Die Rechtslage Deutschlands im Jahre 1945

A. *Kelsens* Gutachten vom 1. 6. 1944

Hans Kelsen, der 1936–1945 tschechoslowakischer Staatsbürger war (und dies auch in offiziellen Dokumenten, wie etwa bei seiner Einwanderung in die USA 1940 stets angab) hat sich zu *Beneš'* These niemals öffentlich geäußert, doch können wir davon ausgehen, dass er von ihr beeindruckt war und sich wohl auch davon beeinflussen ließ. Denn die Arbeiten und Gutachten, die er ab 1944 verfasste, lassen ebenfalls die bisherige so strikte Trennung von staats- und völkerrechtlicher Perspektive verschwinden – aber im Gegensatz zu der von *Beneš* auf die Spitze getriebenen Fiktion der Rechtskontinuität setzte *Kelsen* aufgrund der faktisch eingetretenen Situation auf Diskontinuität im Staats- und Völkerrecht.

Kelsens Biograph *Métall* berichtet, dass *Kelsen* im Frühjahr 1944 seine (1942 aufgenommene) Lehrtätigkeit in Berkeley unterbrach und „als wissenschaftlicher Berater in das ‚Bureau of Areas, Liberated Areas Branch, Economic Institutions Staff‘“ nach Washington berufen wurde, „wo er an den Vorbereitungen für die Verwaltung der von den Alliierten aus der deutschen Besetzung noch zu befreienden Gebiete, insb auch Österreichs, mitarbeitete.“³⁵⁾ Ein halbes Jahr zuvor, am 30. 10. 1943, hatten die Alliierten in der „Moskauer Erklärung“ den „Anschluss“ von 1938 als „null and void“ bezeichnet und die Befreiung Österreichs zu einem ihrer Kriegsziele erklärt.³⁶⁾ Und offensichtlich in diesem Zusammenhang verfasste *Kelsen* am 1. 6. 1944 ein Gutachten über den aktuellen Rechtsstatus

35) *Métall*, Hans Kelsen (1969) 79f. Vgl dazu *Römer*, Die Demokratietheorie Hans Kelsens und das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in FS Welan (2002) 271 (272).

36) *Stourzh*, Um Einheit und Freiheit⁵ (2005) 11, der Text ebd 607.

Österreichs und die Möglichkeit seiner Wiedererrichtung als unabhängiger Staat.³⁷⁾

Kelsen stellte gleich zu Beginn seines Gutachtens fest, dass die Annexion 1938 „from the point of view of international law, an illegal act“ gewesen sei, zumal sie eine Verletzung von Art 80 des Vertrags von Versailles und Art 88 des Vertrags von St. Germain darstellte. Schwieriger sei es zu beweisen, dass die Annexion auch aus österreichisch-staatsrechtlicher Sicht rechtswidrig gewesen sei.³⁸⁾ Doch sei diese Frage letztlich von untergeordneter Bedeutung, da der „Anschluss“ effektiv geworden sei, und eine neue staatliche Ordnung müsse als gültig angesehen werden, sobald sie effektiv sei, auch wenn sie in rechtswidriger, revolutionärer Art und Weise zustande gekommen sei. Daher müsse das Territorium und die Bevölkerung des ehemaligen österreichischen Staates nunmehr als Bestandteil des Deutschen Reiches angesehen werden.

Im weiteren Kontext war *Kelsen* extrem bemüht, die rechtliche Bedeutung der Moskauer Erklärung herunterzuspielen: „The principle of effectiveness is in international law no less important than in constitutional law.“³⁹⁾ Die Nicht-Anerkennung einer Annexion habe eher politische als rechtliche Bedeutung; der nicht anerkennende Drittstaat könne nicht an der Tatsache vorbeigehen, dass im fraglichen Territorium eine neue Macht die effektive Herrschaft errungen habe.⁴⁰⁾ Aber in eben diese Richtung schien die Moskauer Erklärung zu gehen, wenn die Alliierten erklärten, dass sie sich an keine rechtliche Regelung gebunden erachteten, die seit dem Datum der Annexion⁴¹⁾ in Österreich ergangen sei. Dagegen betonte *Kelsen*, dass ja auch die Erklärung von einem „re-establishment“ des österreichischen Staates spreche, was ja nur dann einen Sinn ergebe, wenn dieser Staat untergegangen sei, und von einer Teilnahme Österreichs an der Seite Hitlerdeutschlands, was unvereinbar sei mit der Vorstellung einer Fortexistenz dieses Staates, zumal Österreich niemals den Alliierten den Krieg erklärt habe. Dies alles zeige, dass die Alliierten selbst die „non-recognition doctrine“ nur soweit aufgreifen, als es in ihrem eigenen Interesse liege. Genau dieses Interesse der Alliierten aber müsse gegen die Theorie einer Fortexistenz des österreichischen Staates sprechen; denn in diesem Falle müsse in Österreich jener „legal status“

37) Es handelt sich um ein 15-seitiges Typoskript, betitelt: „Austria: Her actual legal status and re-establishment as an independent state“, von dem sich eine Kopie im Hans Kelsen-Institut in Wien befindet; dieses stammt aus dem Nachlass von *Rudolf A. Metall*. Der Verbleib des Originals ist unbekannt. Das Gutachten ist in sieben, mit römischen Ziffern betitelte Abschnitte gegliedert; die Teile III-VI wurden in leicht veränderter Fassung publiziert (worauf weiter unten noch besonders einzugehen ist): *Kelsen*, *The International Legal Status of Germany to be established immediately upon termination of the war*, *AJIL* 1944, 689–694. Im Folgenden wird das Gutachten als *Kelsen*, *Austria*, der gedruckte Text als *Kelsen*, *AJIL* 1944, zitiert.

38) *Kelsen*, *Austria* 2, verwies hier auf das formal gültige (wenn auch unter Zwang erfolgte) Zustandekommen des „Anschlussgesetzes“ (G 13. 3. 1938 BGBl 75) und darauf, dass allein ein verfassungsgerichtliches Erkenntnis die Nichtigkeit dieses Aktes feststellen könne.

39) *Kelsen*, *Austria* 3.

40) *Kelsen*, *Austria* 4.

41) Bekanntlich nannte die Moskauer Erklärung ein falsches Datum, nämlich den 15. 3. (statt 13. 3.) 1938, worauf *Kelsen*, *Austria* 5, hinwies und dies als „dangerous mistake“ bezeichnete.

wiederhergestellt werden, „which prevailed in Austria at the moment of the annexation.“ Das aber war das austrofaschistische Regime des „Frontführers und Bundeskanzlers“ Kurt Schuschnigg.⁴²⁾ „It is evident that the three Powers do not intend to establish a fascistic State.“⁴³⁾ Besonders dieser Teil von *Kelsens* Gutachten zeigt deutlich den Einfluss von *Beneš'* Kontinuitätsthese. *Kelsen* war überzeugt, dass eine völkerrechtliche Kontinuität eine staatsrechtliche Kontinuität bedinge und plädierte aus diesem Grund vehement dafür, dass Österreich im Moment als ein Teil Deutschlands angesehen werden müsse. Dies aber brachte ihn zur Frage nach dem künftigen Schicksal Deutschlands nach seiner militärischen Besiegung, mit dem er sich im weiteren Verlauf seines Gutachtens auseinandersetzte.

Dieser zweite Teil von *Kelsens* Gutachten, der – ohne auf den ersten Bezug zu nehmen – auch im „American Journal of International Law“ veröffentlicht wurde,⁴⁴⁾ nannte drei⁴⁵⁾ verschiedene Möglichkeiten für das zukünftige Schicksal Deutschlands:

Als erste Alternative nannte *Kelsen* den Status einer militärischen Okkupation feindlichen Territoriums (*occupatio bellica*, *belligerent occupation*). In diesem Fall fände die IV. Haager Konvention von 1907 (sog Haager Landkriegsordnung, HLKO) Anwendung, die in ihren Art 42–56 die „militärische Gewalt auf besetztem feindlichen Gebiet“ regelte. Demnach durften Besatzungsmächte nur insoweit in die Rechtslage des besetzten Landes eingreifen, als es die militärische Situation erforderte. „If a fundamental reform of the political structure of Germany, a complete change of her political system and re-education of the German people, is intended by the victorious Powers, the status of belligerent occupation is by no means an adequate basis.“⁴⁶⁾

Eine andere Möglichkeit wäre, dass die Alliierten einen völkerrechtlichen Vertrag, womöglich einen Friedensvertrag mit Deutschland schließen, und dieser Vertrag ihnen „all the rights they need“ gebe.⁴⁷⁾ Doch hielt es *Kelsen* für zweifelhaft, dass irgendeine deutsche Regierung jemals ihre freiwillige Einwilligung in einen solchen Vertrag geben würde, und wenn, dann wären die deutschen Regierungsmitglieder ihres Lebens nicht mehr sicher!⁴⁸⁾ Jeder Vertrag, der mit

42) Vgl zu diesem Regime *Olechowski*, *Rechtsgeschichte* 106ff u 223ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, *Bundesverfassungsrecht* 30ff.

43) *Kelsen*, *Austria* 6.

44) *Kelsen*, *AJIL* 1944; vgl oben Anm 37. Das Journal, in dem *Kelsen* schon zuvor mehrfach publiziert hatte, wird von der angesehenen American Society of International Law herausgegeben, der *Kelsen* seit 1938 als Ehrenmitglied angehörte. Siehe dazu *Kirgis*, *The American Society of International Law's First Century* (2006) 130.

45) Dies, obwohl *Kelsen* eingangs nur von „two different kinds“ sprach.

46) *Kelsen*, *Austria* 8 = *Kelsen*, *AJIL* 1944, 689; vgl dazu und zum Folgenden auch *Diestelkamp*, *Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, *JuS* 1980, 401 (481).

47) *Kelsen*, *Austria* 9 = *Kelsen*, *AJIL* 1944, 691.

48) *Kelsen* sprach hier von der Gefahr von „murder by partisans“, die den deutschen Regierungsmitgliedern im Fall einer Unterzeichnung drohe: *Kelsen*, *Austria* 9 = *Kelsen*, *AJIL* 1944, 691. 1945 sollte er dann ausdrücklich auf *Matthias Erzberger* hinweisen, der am 11. 11. 1918 als Vertreter Deutschlands den Waffenstillstand mit den Entente-Mächten unterzeichnet hatte und am 26. 8. 1921 von Rechtsradikalen ermordet wurde. Vgl *Epstein*, *Erzberger*, *Matthias*, in *Neue Deutsche Biographie* 4 (1959) 638.

Deutschland nach einer bedingungslosen Kapitulation geschlossen würde, wäre ein Diktat der Sieger. Dies sollte die Erfahrung des Ersten Weltkrieges gezeigt haben.⁴⁹⁾

So blieb nur die dritte Möglichkeit „to terminate the war without such a peace treaty“: Deutschland inklusive Österreich solle unmittelbar nach dem Krieg zu einem „Kondominium“ der drei Alliierten Mächte gemacht werden. Dies würde bedeuten, dass die USA, das UK und die UdSSR eine gemeinsame Souveränität über das besetzte Gebiet und seine Einwohner ausüben. *Kelsen* nannte als Beispiel aus der Geschichte das Kondominium, das Österreich und Preußen 1864–66 über Schleswig, Holstein und Lauenburg ausübten,⁵⁰⁾ das Kondominium von Großbritannien und Ägypten über den Sudan ab 1896⁵¹⁾ und jenes von Großbritannien und Frankreich über die Neuen Hebriden ab 1914,⁵²⁾ zuletzt das Kondominium von Österreich und Ungarn über Bosnien 1908–1918.⁵³⁾ Das Kondominium würde nur eine gewisse Zeit lang existieren, dann würde der deutsche Staat wiederhergestellt („restored“) werden. „Division of Germany into two or three states would in any case exclude legal continuity between Nazi Germany and the new states.“⁵⁴⁾

Eine derartige Lösung, so *Kelsen*, böte viele Vorteile: Eine politische Neuordnung Deutschlands könnte ohne Bruch des internationalen Rechts vorgenommen, Kriegsverbrecher vor Gericht gestellt werden, man könnte einen Friedensvertrag ebenso wie eine Marionettenregierung vermeiden, vor allem aber: Es existiere keinerlei Rechtskontinuität zwischen der Naziregierung und der neuen, von den Alliierten eingesetzten demokratischen Regierung, und diese könne nicht für die Handlungen der vorherigen verantwortlich gemacht werden.⁵⁵⁾

Doch könne ein solches Kondominium nur unter einer Bedingung errichtet werden: der *debellatio*, „the complete destruction of the military power of the enemy, the elimination of any possible resistance on the part of the defeated state, so that wartime precariousness has ceased to exist and the conquest of the territory is firmly established.“⁵⁶⁾

49) *Kelsen*, Austria 10 = *Kelsen*, AJIL 1944, 691 f.

50) *Huber*, Deutsche Verfassungsgeschichte III³ (1988) 488 ff.

51) *Lufti Al-Sayyid-Marsot*, The British Occupation of Egypt from 1882, in *Porter* (Hrsg.), The Oxford History of the British Empire III (1999) 651 (655).

52) *Hyam*, Bureaucracy and ‚Trusteeship‘ in the Colonial Empire, in *Brown/Louis*, The Oxford History of the British Empire IV (1999) 255 (261).

53) *Heuberger*, Politische Institutionen und Verwaltung in Bosnien und der Hercegovina 1878 bis 1918, in *Rumpler/Urbanitsch* (Hrsg.), Die Habsburgermonarchie VII (2000) 2383–2425. Besonders dieses Kondominium war *Kelsen* wohlbekannt, zumal er zwischen 1909 und 1914 an der Exportakademie mehrmals Vorlesungen zur Verfassung der Balkanländer gehalten hatte: *Métall*, *Kelsen* 114.

54) *Kelsen*, AJIL 1944, 693. Im Gutachten fehlt diese Passage; die ausdrückliche Erwähnung der Möglichkeit von drei Staaten zeigt, dass *Kelsen* nicht nur an eine Abspaltung Österreichs vom übrigen Deutschland dachte.

55) *Kelsen*, Österreich 12 = *Kelsen*, AJIL 1944, 693 f.; vgl. *Diestelkamp*, JuS 1980, 481; *Perels*, Das juristische Erbe des „Dritten Reiches“ (1999) 76.

56) *Kelsen*, Österreich 11 = *Kelsen*, AJIL 1944, 692.

B. Das Kriegsende und die Berliner Erklärung vom 5. 6. 1945

Das Staatsrecht des Großdeutschen Reiches besaß keine Regeln über die Nachfolge des „Führers und Reichskanzlers“.⁵⁷⁾ Kurz vor seinem Selbstmord (30. 4. 1945) verfügte *Hitler* eine Wiederaufteilung der von ihm 1934 vereinten Funktionen und ernannte *Joseph Goebbels* zum neuen Reichskanzler sowie *Karl Dönitz* zum neuen Reichspräsidenten, welcher letzterer nach dem Suizid *Goebbels'* den Reichsfinanzminister *Lutz Graf Schwerin* zum Vorsitzenden der letzten geschäftsführenden Reichsregierung ernannte. Ob sich diese Regierung rechtmäßig im Amt befand, war und ist umstritten.⁵⁸⁾ Angesichts der militärischen Situation besaß sie kaum noch Macht; allerdings war sie mangels Alternativen der einzige in Frage kommende Verhandlungspartner für eine allfällige völkerrechtliche Vereinbarung mit den Alliierten.

In den ursprünglichen Entwürfen für eine Kapitulationserklärung war vorgesehen, dass die Kapitulation der deutschen Wehrmacht auch im Namen der Regierung *Dönitz/Schwerin* erfolgen sollte, was dann jedoch im endgültigen Text gestrichen wurde, dort wurde lediglich von einem „acting by authority of the German High Command“ gesprochen. Allerdings war der Unterzeichner, Generaloberst *Alfred Jodl*, auch von *Dönitz* per Funk zur Unterzeichnung ermächtigt worden. Dass *Jodls* Erklärung nicht als eine solche der Regierung, sondern lediglich der Wehrmacht gewertet wurde, lag nicht an der deutschen, sondern an der alliierten Seite.⁵⁹⁾ Dennoch wurde später insb von deutscher Seite vorgebracht, dass es sich bei der Kapitulation um eine rein militärische Maßnahme gehandelt habe und keine staatsrechtliche *subiugatio* gewesen sei.⁶⁰⁾ Andererseits ist mit *Diestelkamp* zu konstatieren, dass die Nichtmitwirkung der deutschen geschäftsführenden Reichsregierung „ganz auf der Linie *Kelsens'*“ lag, zumal damit der Anschein eines Vertrages zwischen Deutschland und den Alliierten vermieden wurde. Ob sein Gutachten hier direkt einen Einfluss auf die Entscheidung der Alliierten gehabt hatte, ist allerdings nicht nachweisbar.⁶¹⁾

Die Unterzeichnung erfolgte am 7. 5. 1945 in Reims und trat am folgenden Tag in Kraft.⁶²⁾ Am selben Tag hieß es in einer britischen Erläuterung der Kapitulationsurkunde: „Juristisch besteht das Deutsche Reich nicht mehr.“⁶³⁾ Die geschäftsführende Reichsregierung trat dem entgegen und ließ ein Gutachten ausarbeiten, das zum Schluss kam, dass Deutschland weiter existiere. Einen Tag nach Erstattung des Gutachtens, am 23. 5. 1945, wurden die Mitglieder des Kabinetts *Dönitz/Schwerin* verhaftet.⁶⁴⁾

57) *Huber*, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches² (1939) 222.

58) Siehe dazu insb das Urteil des dt BVerfG 23. 10. 1952, BVerfGE 2, 1 sowie *Nolte*, Das Problem der Rechtmäßigkeit der Nachfolge Hitlers durch die „Regierung Dönitz“, JuS 1989, 440.

59) *Diestelkamp*, JuS 1980, 402; *Stolleis*, Besatzungsherrschaft Rz 23.

60) *Sandrisser*, Deutschland als Rechtsproblem (1990) 30; *Diestelkamp*, ZNR 1985, 185.

61) *Diestelkamp*, JuS 1980, 481.

62) Eine zweite Unterzeichnung fand durch *Wilhelm Keitel* am 9. 5. 1945 in Berlin-Karlsborst statt. Auf sie braucht im gegenständlichen Zusammenhang nicht näher eingegangen zu werden.

63) Zit n *Diestelkamp*, ZNR 1985, 186.

64) *Diestelkamp*, ZNR 1985, 186; *Stolleis*, Besatzungsherrschaft Rz 23.

Zwei Wochen später, am 5. 6. 1945, erklärten die Vertreter der obersten Kommandobehörden des UK, der USA, der UdSSR und Frankreichs bei ihrem Zusammentreffen in Berlin, dass „no central Government or authority in Germany“ existiere und verkündeten nicht nur den vollständigen Sieg über die deutschen Streitkräfte, sondern auch „the unconditional surrender of Germany“ (*Berliner Erklärung*). Sie beanspruchten für sich „the supreme authority and powers“, was jedoch nicht „the annexation of Germany“ bewirken sollte und verfügten als erste Amtshandlung die vollständige Einstellung aller Feindseligkeiten und Entwaffnung aller deutschen Streitkräfte, Vereinigungen und Verbände.⁶⁵⁾

Mit dem Potsdamer Abkommen vom 2. 8. 1945 wurde ua bestimmt, dass die „supreme authority in Germany“ teils von jedem der vier Oberbefehlshaber in seiner Besatzungszone, teils gemeinsam in ihrer Eigenschaft als Mitglieder eines Alliierten Kontrollrates ausgeübt werden sollte. Zugleich wurde bestimmt, dass die Gebiete östlich der Oder-Neiße-Linie unter polnische Verwaltung, das nördliche Ostpreußen unter sowjetische Verwaltung kommen sollten.⁶⁶⁾ Der Alliierte Kontrollrat nahm am 30. 8. seine Tätigkeit auf und erließ zwischen dem 20. 9. 1945 und 20. 3. 1948 eine Reihe von Gesetzen, die „Deutschland als Ganzes“ betreffen sollten; wirksam wurden sie innerhalb der Grenzen Deutschlands vom 31. 12. 1937 abzüglich der Gebiete östlich der Oder-Neiße-Linie, also etwa im heutigen Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Diese Gesetze gingen wesentlich weiter, als es nach den Art 42–56 HLKO zulässig gewesen wäre und griffen tief in die deutsche Rechtsordnung ein, zB mit der Auflösung des Staates Preußen⁶⁷⁾ oder der Neukodifikation des Eherechts.⁶⁸⁾

C. Kelsens Debellatio-These und ihre Bedeutung

Kurz nach der Berliner Erklärung veröffentlichte *Kelsen* erneut im „American Journal of International Law“ einen Beitrag, in dem er die Rechtslage Deutschlands erörterte; es ist zu vermuten, dass auch dieser Aufsatz aus einem entsprechenden Rechtsgutachten hervorgegangen ist.⁶⁹⁾

Kelsen sah die „Declaration of Berlin“ als die vollkommene Entsprechung seiner 1944 erhobenen Forderungen. Mit der Übernahme der „supreme authority“ hätten die Alliierten gemeinsam die Souveränität über Deutschland erworben. Die Wendung der Berliner Erklärung, dass die deutschen Streitkräfte zu Lande, zur See und in der Luft „completely defeated“ seien, interpretierte *Kelsen* als eine „debellatio“. Die Übernahme der „supreme authority“ hätte daher nicht den Zweck, weitere Feindseligkeiten zu verhindern, sondern die Ordnung und die Administration des Landes (wieder-) herzustellen. „These are the normal

65) [<http://avalon.law.yale.edu/wwii/ger01.asp>] (21. 4. 2012); vgl *Diestelkamp*, JuS 1980, 405; *Stolleis*, Besatzungsherrschaft Rz 25.

66) [http://avalon.law.yale.edu/20th_century/decade17.asp] (21. 4. 2012).

67) Kontrollratsgesetz Nr 46, 25. 2. 1947, Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland S. 262.

68) Kontrollratsgesetz Nr 16, 1. 3. 1946, Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland S. 77.

69) *Kelsen*, The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin, AJIL 39 (1945) 518–526. Vgl *Römer*, Demokratietheorie 274.

functions of a government.“⁷⁰) Es handle sich nicht um eine „belligerent occupation“, zumal dies die Fortexistenz Deutschlands voraussetzen würde. „Since her unconditional surrender, at least since the abolishment of the Doenitz Government, Germany has ceased to exist as a state in the sense of international law.“⁷¹) Problematisch sei freilich, dass die Alliierten ausdrücklich erklärt hätten, keine Annexion Deutschlands zu beabsichtigen. Nach traditioneller Völkerrechtslehre käme eine „subjugation“ nur in Frage, wenn der Sieger das Territorium des Besiegten annektierte. Da dies nicht der Fall sei, Deutschland aber jedenfalls als Staat zu existieren aufgehört habe, würde es sich um ein „no state’s land“ handeln, was „simply absurd“ wäre.⁷²) Zur Lösung des Problems schlug *Kelsen* (neuerlich) vor, ein condominium der vier alliierten Mächte anzunehmen.⁷³) Zu den schon 1944 genannten Beispielen fügte er nun auch noch die mit den Pariser Vorortverträgen geschaffenen Kondominien der damals alliierten und assoziierten Mächte über das Memelgebiet und Fiume [Rijeka] als rechtshistorische Vorbilder hinzu.⁷⁴)

Im übrigen wiederholte *Kelsen* seine 1944 geäußerten Überlegungen und erklärte erneut, dass die Annahme, Deutschland würde fortexistieren und nur iSd Art 42 ff HLKO okkupiert werden, nicht nur eine Fiktion sei, sondern auch zu politisch unliebsamen Ergebnissen führen würde – ein Gedanke, den er 1947 erneut, und diesmal in der Zeitschrift „The American Political Science Review“ ausführte: „Legal fictions should be avoided in clear juristic thinking.“⁷⁵) Sie hätten nur eine Berechtigung, wenn sie einen Vorteil brächten; dies sei hier jedoch nicht der Fall. Schon im Hinblick des begonnenen Kalten Krieges hielt *Kelsen* aber auch fest, dass im Falle einer Teilung Deutschlands entlang des Eisernen Vorhanges „certainly“ keiner der beiden deutschen Staaten eine Identität mit dem vormaligen Staat behaupten könne.⁷⁶)

Eine derartige Teilung schien im Laufe der folgenden Monate immer wahrscheinlicher zu werden, insb. als klar wurde, dass die Sowjetisch Besetzte Zone nicht am *Marshall-Plan* teilnehmen würde. Die Außenminister der USA, des UK und Frankreichs kamen vom 22.–24. 8. 1947 in London zusammen und beschlossen, den wirtschaftlichen Wiederaufbau Deutschlands notfalls auch alleine voranzutreiben, womit eine Spaltung Deutschlands bewusst in Kauf genommen wurde.⁷⁷) Dies veranlasste *Kelsen*, am 27. 8. 1947 einen Leserbrief für die *New York Times* zu verfassen, in dem er seine bisherigen Überlegungen bündig zusammenfasste und noch einmal die Forderung erhob, dass die Alliierten einen neuen deutschen Staat – oder die Westalliierten einen westdeutschen Staat –

70) *Kelsen*, AJIL 1945, 518 u 520.

71) *Kelsen*, AJIL 1945, 519.

72) *Kelsen*, AJIL 1945, 521; vgl *Diestelkamp*, JuS 1980, 481 f.

73) *Kelsen*, AJIL 1945, 523.

74) *Kelsen*, AJIL 1945, 524; vgl Vertrag von Versailles, Art 99; Vertrag von Trianon, Art 53 und Art 74.

75) *Kelsen*, Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable? The American Political Science Review (APSR) 1947, 1188 (1189).

76) *Kelsen*, APSR 1947, 1190.

77) The New York Times Nr 32720 v. 25. 8. 1947, 4.

schaffen sollten, der mit dem vormaligen Deutschen Reich in keiner „legal continuity“ stehen würde.⁷⁸⁾

Das letzte Mal, dass sich *Kelsen* zu diesem Problemkreis äußerte, war 1948, als er in den „Berliner Heften für geistiges Leben“ (einer vom ostdeutschen Schriftsteller *Wolfgang Goetz* herausgegebenen Zeitschrift) den Aufsatz „Ein Friedensvertrag oder ein neues Deutschland“ veröffentlichte.⁷⁹⁾ Hier führte er insb seine Gedanken zur Zukunft Deutschlands näher aus: Ein neu zu schaffender deutscher Staat wäre nicht identisch mit dem alten Staat, weil er eine völlig andere Rechtsordnung hätte und eine zeitliche Lücke zwischen beiden bestehe. Auch müsse berücksichtigt werden, dass „wesentliche Teile“ Deutschlands von Polen und der UdSSR annektiert worden seien und daher das Staatsgebiet verschieden sein werde. Die alliierten Mächte können mit diesem Staat daher keinen Friedensvertrag abschließen, aber dennoch können sie ihn zu Reparationszahlungen, Gebietsabtretungen etc zwingen. Wünschenswert wäre das freilich nicht. Die Alliierten sollten nicht in den Fehler von 1919 verfallen, und es sei zweifelhaft, „ob es möglich sein wird, einen aufrichtigen deutschen Staatsmann zu finden, der einen Vertrag zu unterschreiben bereit ist durch den lebenswichtige Teile deutschen Gebiets an Polen und die Sowjetunion abgetreten werden und die zwangsweise Umsiedlung vieler Millionen Deutscher von ihrer Heimat in das überbevölkerte Restgebiet anerkannt wird. Ein deutscher Staatsmann, der seinen Namen unter solch einen Vertrag setzte, würde bestimmt das Schicksal *Erzbergers* erleiden.“⁸⁰⁾ Der deutsche Staat solle daher durch einen Vertrag zwischen den alliierten Mächten gegründet werden, bei dem Deutschland nicht Vertragspartei sei. Vergleichbar wäre die Gründung Danzigs durch den Versailler Vertrag oder die Schaffung des Vatikanstaates durch den Vertrag von 1929. In diesen Vertrag könne dann alles politisch Wünschenswerte aufgenommen werden. „Das hier vorgeschlagene rechtliche Verfahren hat ... den Vorteil, daß es mit der politischen Wirklichkeit übereinstimmt, und besonders, daß ein Konflikt vermieden bliebe zwischen der Idee eines von einem besiegten Staat freiwillig eingegangenen Vertrages und der Tatsache, daß dieser neue Staat gezwungen ist, die vertraglich festgelegten Bedingungen anzunehmen“.⁸¹⁾

D. Die Ablehnung von Kelsens Lehre

Über die Reaktion der US-Behörden auf die Thesen *Kelsens* ist nur wenig bekannt. *Eberhard Menzel* berichtet – leider ohne Angabe von Quellen – dass ein-

78) Dieser wurde eine Woche später abgedruckt: *Kelsen*, German Peace Terms, The New York Times Nr 32733 v. 7. 9. 1947, 10E („Letters to The Times“). Weshalb er dieses Medium gewählt hatte, ist unklar, möglich könnte aber die einschlägige Berichterstattung gewesen sein, siehe zB den Beitrag von *Callender*, Paris Broadens View of German Problems, The New York Times Nr 32719 v. 24. 8. 1947, E1.

79) *Kelsen*, Ein Friedensvertrag oder ein neues Deutschland, Berliner Hefte für geistiges Leben 1948, 193.

80) *Kelsen*, Friedensvertrag 196. Vgl zu *Erzberger* schon oben Anm 48.

81) *Kelsen*, Friedensvertrag 197. Wie *Kelsen* schon 1927 betont hatte, ist es unmöglich, einen Vertrag mit einem Staat abzuschließen, der erst durch diesen Vertrag geschaffen werden soll: *Kelsen*, PCIJ, 91.

zelle Angehörige des Office of Military Government for Germany (OMGUS) von *Kelsens* Thesen „beeindruckt“ waren, schreibt dies aber vor allem dem Umstand zu, dass *Kelsen* die HLKO für nicht anwendbar erklärt hatte. Eine offizielle Äußerung erfolgte nicht, ja, der amerikanische Militärgouverneur *Lucius D. Clay* erklärte im Gegenteil, dass Deutschland als Staat noch bestehe.⁸²⁾ Die unter Aufsicht der US-Besatzungsmacht erscheinende Berliner Zeitung „Der Tagesspiegel“ brachte Anfang 1947 eine Artikelserie, die augenscheinlich den Thesen *Kelsens* folgte.⁸³⁾ Ansonsten aber hat es den Anschein, als wollten die Amerikaner zwar alle Rechte für sich in Anspruch nehmen, sich jedoch nicht verbindlich und unmissverständlich zur Rechtslage äußern. So wiederholte ein Gutachten der Rechtsabteilung der US-Militärregierung vom 17. 3. 1947 nur die wesentlichen Passagen der Berliner Erklärung, ohne daraus die notwendigen Schlüsse zu ziehen. Es wurde lediglich ein Vergleich mit der Besetzung Kubas durch die Vereinigten Staaten nach dem Krieg gegen Spanien gezogen.⁸⁴⁾ Dagegen erklärte der US-Supreme Court 1948, dass sich die USA weiterhin im Kriegszustand mit Deutschland befänden.⁸⁵⁾

Unter deutschen Juristen brauchte es aus praktischen Gründen – amerikanische Fachjournale waren nur schwer erhältlich – einige Zeit, bis *Kelsens* Aufsätze allgemein bekannt waren.⁸⁶⁾ Dann aber nahm die Menge an Literatur zur Frage der Rechtsstellung Deutschlands geradezu abundante Ausmaße an. Nur wenige folgten *Kelsen*; die überwiegende Mehrheit lehnte die *Debellatio*-These – mit unterschiedlichen Argumentationen – ab.⁸⁷⁾ Schon 1947 veranstaltete *Kelsens* alter

82) *Menzel*, Zur völkerrechtlichen Lage Deutschlands, Europa-Archiv 1947, 1015; *Diestelkamp*, JuS 1980, 482.

83) *Menzel*, Europa-Archiv 1947, 1011.

84) Zitiert nach *Meister*, Stimmen des Auslandes zur Rechtslage Deutschlands, ZaöRV 13 (1950) 175f; vgl zur amerikanischen Besetzung Kubas (1898–1902) *Zeuske*, Kleine Geschichte Kubas (2000) 147ff. *Blumenwitz*, Was ist Deutschland? (1982) 23 betont, dass sich die Alliierten v.a. darum bemühten, „endgültige Entscheidungen aufzuschieben“.

85) *Wallner vs United States*, zit n *Meister*, ZaöRV 174.

86) Nach *Diestelkamp*, ZNR 1985, 187, erfolgte die Rezeption von *Kelsens* Thesen zunächst hauptsächlich indirekt über den Aufsatz von *Cornides*, Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands nach seiner bedingungslosen Kapitulation, Europa-Archiv 1946, 209. Dieser besteht aus einer – korrekten – Wiedergabe der Ansichten *Kelsens* und einem Dokumentenanhang, ohne eigene Wertungen zu enthalten.

87) Hervorzuheben ist, dass nicht einmal alle Schüler *Kelsens* dessen Ansicht teilten: Während *Kunz*, The Status of occupied Germany und International Law: A legal dilemma, The Western Political Quarterly 1950, 538, die Fortexistenz Deutschlands als Völkerrechtssubjekt bestritt, wurde sie von *Verdross*, Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands von 1945 bis zur Bildung der westdeutschen Regierung, Archiv des Völkerrechts 1951/52, 129 bejaht. Von den sonstigen Arbeiten, auf die hier nicht eingegangen werden kann, seien ferner genannt: *Kempski*, Deutschland als Völkerrechtsproblem, Merkur 1947, 188; *Kaufmann*, Deutschlands Rechtslage unter der Besatzung (1948); *Bindschedler*, Die völkerrechtliche Stellung Deutschlands, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht 1949, 37; *Arndt*, Der deutsche Staat als Rechtsproblem (1960). Auch die Gerichte hatten sich vielfach mit der Frage der Fortexistenz Deutschlands zu beschäftigen und bestätigten diese zumeist; vgl die bei *Dörr*, Die Inkorporation als Tatbestand der Staatensukzession (1995) 99 angeführten Beispiele. Vgl ferner die zusammenfassende Bewertung durch *Diestelkamp*, ZNR 1985, 186ff; *Stolleis*, Besatzungsherrschaft Rz 35.

Widersacher⁸⁸⁾ *Rudolf v. Laun* die erste Nachkriegstagung der deutschen Völkerrechtslehrer, in der er selbst die Theorie von der Fortexistenz Deutschlands verfocht,⁸⁹⁾ was von den Tagungsteilnehmern einstimmig angenommen wurde.⁹⁰⁾ Als sich die Vereinigung der deutschen Staatsrechtler bei ihrer Tagung in Tübingen 1954 des Problems annahm, wurde die These vom „Fortbestand Deutschlands als Staat über das Jahr 1945 hinaus“ bereits als „die herrschende Meinung“ bezeichnet⁹¹⁾ und sowohl von beiden Referenten, *August von der Heydte* und *Günter Dürig*, wie auch von der Mehrzahl der Diskutanten geteilt. In der Mindermeinung blieben *Wolfgang Abendroth*, der selbst 1947 eine völkerrechtliche Diskontinuität bei staatsrechtlicher Kontinuität behauptet hatte,⁹²⁾ und *Hans Nawiasky*, der auf der Tagung seine schon vorher schriftlich geäußerte Ansicht wiederholte, dass „wenn diese Staatsgewalt verschwunden [sei], auch der Staat verschwunden [sei].“⁹³⁾

Zu diesem Zeitpunkt waren die Bundesrepublik Deutschland und die Deutsche Demokratische Republik bereits entstanden, und die Frage einer Fortexistenz Gesamtdeutschlands hatte eine neue Dimension erreicht, auf die *Kelsen* – aus welchen Gründen immer – nicht mehr Bezug nehmen wollte oder konnte, sondern schwieg. Das 1951 geschaffene BVerfG hatte sich von Anbeginn an der These einer Fortexistenz Deutschlands angeschlossen⁹⁴⁾ und erklärte 1973, anlässlich des sog Grundlagenvertrags mit der DDR, dass „nicht nur eine These der Völkerrechtslehre und der Staatsrechtslehre“, sondern das Grundgesetz selbst in seiner Präambel und in zahlreichen seiner Bestimmungen (Art 16, 23, 116, 146) davon ausgehe, „daß das Deutsche Reich den Zusammenbruch 1945 überdauert hat.“⁹⁵⁾ Damit war die Diskussion bis 1990 nach Ansicht vieler zu ihrem Abschluss gekommen.

88) Vgl zum Verhältnis zwischen *Kelsen* und *Laun* bereits *Olechowski*, Hans Kelsen und die Universität Wien, in Hans Kelsen und die Bundesverfassung (2010) 33 (36).

89) *R. v. Laun*, Der gegenwärtige Rechtszustand Deutschlands, Jahrbuch für Internationales Recht 1948, 9. Vgl ferner *Kurt v. Laun*, The Legal Status of Germany, AJIL 1951, 267. Ob der zweite Autor mit dem gleichnamigen Sohn des ersten Autors identisch ist, oder ob es sich gar um einen Schreibfehler handelt, konnte nicht festgestellt werden.

90) *Diestelkamp*, ZNR 1985, 190.

91) *Dürig*, VVdStRL 13 (1955) 31.

92) *Abendroth*, Die Haftung des Reiches, Preußens, der Mark Brandenburg und der Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts für Verbindlichkeiten, die vor der Kapitulation vom 8. 5. 1945 entstanden sind, Neue Justiz 1947, 73.

93) *Nawiasky*, VVdStRL 13 (1955) 66. Vgl fast wortgleich *Nawiasky*, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland (1950) 7.

94) Vgl zB BVerfGE 2, 266; BVerfGE 3, 288. Im sog Beamtenurteil (BVerfGE 3, 58) wurde auch auf *Kelsen* Bezug genommen, zumal das BVerfG selbst eine Begründung suchte, weshalb alle Beamtenverhältnisse mit dem 8. 5. 1945 erloschen seien; *Kelsens* debellatio-These wurde jedoch nicht aufgegriffen, sondern argumentiert, dass die Beamtenverhältnisse im NS-Staat eine wesentliche Umgestaltung erhalten hätten. Wohl nicht zufällig war dies der 2. Beratungsgegenstand bei der genannten Tübinger Staatsrechtslehrertagung.

95) Urteil des BVerfG 31. 7. 1973, BVerfGE 36, 1.

III. Eigene Überlegungen

A. Folgerungen für die Rechtsgeschichte

Kelsens Stellungnahmen waren „wie Fanfarenstöße“, zumal „sie zum erstenmal die Auseinandersetzungen [rund um die Frage der Fortexistenz Deutschlands] auf die juristisch-fachwissenschaftliche Ebene hoben, ohne dabei den politischen Hintergrund zu verleugnen.“⁹⁶⁾ Sie waren auch ausgesprochen pointiert formuliert und provozierten damit geradezu Gegenstimmen. Dabei ist zu unterscheiden, ob diese rechtstheoretisch begründet waren (dazu unten B), bestimmte politische Zwecke verfolgten oder einfach von persönlichen Motiven getragen waren. Wenn zB behauptet wurde, „nur Emigranten oder solche Juristen, deren Spezialgebiet nicht das Öffentliche Recht“ sei,⁹⁷⁾ würden die Fortexistenz Deutschlands leugnen, so liegt sicherlich eine unsachliche, emigrantenfeindliche, wohl auch antisemitische Polemik vor. Dass sich unter den Vortragenden und Diskutanten der genannten Staatsrechtslehrertagung auch ehemalige NS-Parteigenossen befanden, sollte in diesem Zusammenhang auch nicht unerwähnt bleiben.

Es ist aber auch zu fragen, inwieweit *Kelsen* von seinen Kollegen richtig oder falsch verstanden wurde. So stellte etwa die 1950 von *Ulrich Meister* erstellte Zusammenschau der „Stimmen des Auslandes zur Rechtslage Deutschlands“ die Meinung *Kelsens* in einen bewussten Gegensatz zu jenem des oben erwähnten US-Gutachtens von 1947.⁹⁸⁾ Demnach würde dieses die Existenz eines deutschen Staates bejahen, *Kelsen* jedoch nicht. *Kelsens* Äußerungen wurden demnach so interpretiert, dass das Deutsche Reich 1945 untergegangen, aber kein neuer Staat an seine Stelle getreten sei. Es handelt sich dabei mE um eine Fehlinterpretation; vielmehr war *Kelsen* der Ansicht, dass mit der Deklaration von Berlin ein neuer deutscher Staat geschaffen worden sei, der unter der „joined sovereignty of the occupant powers“ stehe.⁹⁹⁾ Doch brachte er dies zugegebenermaßen nicht deutlich genug zum Ausdruck. Entscheidend ist, dass seine Stellungnahmen in Deutschland nicht so gesehen wurden, sondern *Kelsen* als Vertreter einer These angesehen wurde, wonach überhaupt kein Deutschland existiere – ein „no state's land“ also, was nach *Kelsens* eigenen Worten „absurd“ wäre.¹⁰⁰⁾

96) *Menzel*, Europa-Archiv 1947, 1009.

97) So die pointierte Zusammenfassung von *Abendroth*, VVdStRL 13 (1955) 59 f, der diese Auffassung selbst nicht teilt. Er nimmt offenbar Bezug auf *Krauss*, Die Verfassung Deutschlands 1945–1954, DÖV 579 (580), der von einer „moralischen Einstimmigkeit“ der deutschen Staatsrechtslehrer zur These vom Fortbestand des deutschen Staates spricht; nur wenige Gegner, darunter jene, die sich „nicht in Deutschland befanden“ und daher „in der Frage der moralischen Einstimmigkeit der deutschen Staatsrechtslehre nicht mitgezählt werden“ können, stellen sich nach Ansicht *Krauss'* dieser These entgegen.

98) *Meister*, ZaöRV 13 (1950).

99) *Kelsen*, AJIL 1945, 523.

100) Diese Interpretation der These *Kelsens* ist bis heute geläufig; so schreiben etwa *Maunz/Zippelius*, Deutsches Staatsrecht³⁰ (1998) 10, dass zufolge dieser These „ein staatsleerer Raum“ entstanden sei. Tatsächlich taucht auch diese Theorie in der Diskussion auf, so zB in einem bereits am 15. 9. 1945 von *Erich Pollack* erstellten Gutachten (zit n *Abendroth*, Neue Justiz 1947, 75), wird jedoch von *Kelsen* niemals vertreten.

Missverständnisse einerseits, eine gewisse Furcht vor Emigranten, wie sie von der sog *Morgenthau-Legende*¹⁰¹⁾ her bekannt ist, andererseits, werden das ihre dazu beigetragen haben, dass *Kelsens* These als ein direkter publizistischer Angriff auf Deutschland gewertet wurde, als der Versuch eines emigrierten Juden, den Deutschen ihren Staat abzusprechen, sie einem staatenlosen Zustand preiszugeben.

Aber bei genauerer Betrachtung zeigen *Kelsens* Schriften ganz andere Intentionen: Seine Forderungen gingen zum einen dahin, dass mit Unterstützung der Alliierten ein „movement of the Austrian people“ (eine Revolution im politologischen Sinne?) stattfinden solle, mit dem Österreich seine Unabhängigkeit erkläre.¹⁰²⁾ In Deutschland sollten die Alliierten selbst „direkt oder indirekt eine deutsche Zentralregierung ernennen oder allgemeine Wahlen für die Bildung einer solchen Regierung oder einer zu ihrer Schaffung bevollmächtigten konstituierenden Versammlung anordnen.“¹⁰³⁾ Auf jeweils unterschiedlichem Weg sollte die Grundlage dafür geschaffen werden, dass sowohl in Deutschland als auch in Österreich demokratische Regierungen die Macht übernehmen konnten, die weder mit der Aufgabe belastet waren, NS-Verbrechen zu ahnden noch selbst für diese Verbrechen zur Verantwortung gezogen zu werden. Wege, die dann letztlich, wenn auch nicht ganz in der Art und Weise, wie sie *Kelsen* vorgeschlagen hatte, beschritten wurden.

Der Preis, den *Kelsen* dafür zu geben bereit war, war allerdings hoch: Mit der Nichtanerkennung der Anwendbarkeit der HLKO sprach er den Deutschen jeglichen völkerrechtlichen Schutz ab und überantwortete sie der Gnade ihrer (ehemaligen) Kriegsgegner. Das bedeutete sogar eine Verschlechterung gegenüber der Rechtslage während des Krieges in den von den Alliierten besetzten Gebieten, als die HLKO unbestrittenermaßen galt. Ob dieser Schutz effektiv gewesen wäre, ist eine andere Frage, aber seine Leugnung macht den erbitterten Widerstand gegen *Kelsens* Thesen zumindest insoweit verständlich.

B. Folgerungen für die Rechtstheorie

Eine rechtstheoretische Auseinandersetzung mit *Kelsens* Thesen kann, wie stets, auf zwei verschiedene Arten erfolgen: einerseits in Form einer allgemeinen Systemkritik an der Reinen Rechtslehre, andererseits als eine systemimmanente Kritik innerhalb der Reinen Rechtslehre.

Wer, wie etwa *von der Heydte*, „den Staat nicht bloß mit *Kelsen* als ein Normengerüst“ erfasst,¹⁰⁴⁾ sondern eine andere, zB soziologische Definition wählt, der wird – je nach Definition – auch zu einem anderen Ergebnis als *Kelsen* kommen. Wie bereits eingangs betont, ist es sinnlos, hier eine „richtige“ oder „falsche“ Antwort erzwingen zu wollen; mit etwas Geschick lassen alle staatsrechtlichen

101) Auch als „Kaufman-Plan“ bekannt. Vgl dazu *Benz*, Judenvernichtung aus Notwehr? Die Legenden um Theodore N. Kaufman, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1981, 615.

102) *Kelsen*, Austria 9 = *Kelsen*, AJIL 1944, 690.

103) *Kelsen*, Friedensvertrag 196.

104) *Heydte*, VVdStRL 13 (1955) 10f.

Akte zwischen 1945 und 1990 eine Interpretation in die eine oder andere Richtung zu.¹⁰⁵⁾ Selbst der „2+4-Vertrag“ vom 12. 9. 1990 kann entweder als ein – um 45 Jahre verspäteter – Friedensvertrag mit Deutschland gesehen werden, oder aber – wofür etwa der Wortlaut der Unterzeichnungserklärungen spricht – als ein Vertrag, an dem zwar der westdeutsche und der ostdeutsche Staat beteiligt waren, nicht aber das vereinte Deutschland als solches, somit als eben jener Vertrag über Deutschland, den *Kelsen* 1945 gefordert hatte.¹⁰⁶⁾

Wichtiger erscheint die Frage, ob die „jeweils besondere Begriffsbestimmung des Staates durch *Hans Kelsen* ... eine andere Deutung der Rechtslage Deutschlands nach dem Zusammenbruch der rechtlich-politischen Ordnung des Nationalsozialismus [als es *Kelsen* getan hat] noch zu[ließ].“¹⁰⁷⁾ Anders formuliert: Ist die *Debello*-These eine notwendige Folgerung aus den allgemeinen Prinzipien der Reinen Rechtslehre?

Hier ist zunächst auf den schon hervorgehobenen Umstand zurückzukommen, dass *Kelsens* *Debello*-These die staats- mit der völkerrechtlichen Kontinuitätsfrage kombinierte, während dies in seinen Schriften vor 1944 noch streng getrennt wurde. Doch ist diese Änderung aus Sicht der Reinen Rechtslehre kein Fehler, im Gegenteil: *Kelsen* folgt damit dem von ihm selbst aufgestellten „Postulat der Einheit des rechtlichen Weltbildes.“¹⁰⁸⁾ Dass bei ein und demselben Sachverhalt die Völkerrechtslehre davon ausgeht, dass der Staat derselbe geblieben ist, die Staatsrechtslehre dagegen von einem neuen Staat ausgeht, ist ein – zumindest terminologischer – Widerspruch, der von der Rechtstheorie zu lösen ist.¹⁰⁹⁾ Dazu abschließend einige eigene Überlegungen:

Wie bereits hervorgehoben, sieht die Reine Rechtslehre im Staat kein anthropomorphes Gebilde, sondern die Gesamtheit jener Normen, die ihre Geltung mittelbar oder unmittelbar von der oben beschriebenen Ursprungsnorm, die die Einheit des Staats konstituiert, ableiten. Von einer Identität des Staates kann daher nur gesprochen werden, wenn die Ursprungsnorm dieselbe ist. Davon ist die – für die Praxis bedeutsamere – Frage zu unterscheiden, ob bestimmte Rechtsbeziehungen über einen Umbruch hinweg noch aufrecht geblieben sind, so zB die Dienstverhältnisse der Beamten oder vertragliche Beziehungen mit einem anderen Staat. Eine derartige Kontinuität muss nicht unbedingt die Identität des Staates voraussetzen, sie kann auch bestehen, wenn der Staat ein anderer gewor-

105) So wurde von *Kelsens* Gegnern vorgebracht, dass die Staatsgewalt nie ganz erloschen sei, sondern auf unteren Ebenen noch weiter fortbestanden hatte; dem kann entgegenhalten werden, dass diese Staatsgewalt (nach *Kelsenianischer* Terminologie: die Geltung dieser Rechtsordnung) nicht mehr ihren alten, nationalsozialistischen Ursprung hatte, sondern ihre Geltung stets einer Ermächtigung durch die Alliierten bedurfte. Vgl dazu wiederum *Diestelkamp*, JuS 1980, 405; *Stollers*, Besatzungsherrschaft Rz 22, Rz 24.

106) *Blumenwitz*, Der Vertrag vom 12. 9. 1990 über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland, NJW 1990, 3041.

107) *Heydte*, VVStL 13 (1955) 10.

108) *Kelsen*, Was ist die Reine Rechtslehre? in *WrRThS* 499 (503); *Verdross*, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung (1923).

109) *Fiedler*, Staatskontinuität und Verfassungsrechtsprechung (1970) 93; vgl dazu aber auch die Kritik von *Walter*, System 21.

den, aber in die Rolle des alten Staates geschlüpft ist, wie wir es zB von der Universalsukzession im Erbrecht kennen.¹¹⁰⁾

Wenn die Völkerrechtslehre¹¹¹⁾ davon spricht, dass ein Staat trotz (juristischer) Revolution im Inneren derselbe geblieben ist, so kann dies auch dahin gedeutet werden, dass zwar die Ursprungsnorm eine neue ist, dass aber der durch sie zur Einheit geformte Normenkomplex dieselben völkerrechtlichen Rechte und Pflichten hat wie der alte, dass eine Universalsukzession eingetreten ist. Von einer derartigen Universalsukzession ist idR dann auszugehen, wenn Staatsgebiet und Staatsvolk annähernd gleich geblieben sind, nicht hingegen zB im Falle einer Annexion durch einen anderen Staat. Bricht ein Staat entzwei, so kann nur jener Teilstaat Identität mit dem alten Staat behaupten, dessen Normen ihre Geltung immer noch auf die alte Ursprungsnorm zurückführen. Ist jeder der neuen Teilstaaten in revolutionärer Weise entstanden, so liegt *dismembratio* und damit der vollständige Untergang des alten Staates vor. So etwa Österreich-Ungarn 1918.

Eine derartige Lösung steht zwar im Widerspruch zur herrschenden Terminologie des Völkerrechts,¹¹²⁾ sie bietet dafür den Vorteil einer widerspruchsfreien Terminologie für die staats- und völkerrechtliche Deutung der Ereignisse zB in Österreich, der Tschechoslowakei und Deutschland 1945. Das eine oder das andere muss in Kauf genommen werden.¹¹³⁾

Die sog Zweite österreichische Republik kann nach dem Gesagten keine Identität mit der Ersten Republik behaupten: Ihre „Historisch erste Verfassung“ ist die Unabhängigkeitserklärung vom 27. 4. 1945, die auf revolutionäre Art und Weise entstanden ist, womit Österreich als neuer Staat entstand.¹¹⁴⁾ Wohl aber konnte dieser aufgrund des identischen Volkes und Territoriums in die völkerrechtliche Position der Ersten Republik schlüpfen und damit zB die Fortgeltung des Konkordats 1933 behaupten.

Gleiches gilt für die sog Dritte Tschechoslowakische Republik. Eine Identität mit der Ersten Republik kann nicht einmal dann angenommen werden, wenn tatsächlich der Rücktritt *Beneš* 1938 für rechtsunwirksam (und damit die Zweite Republik als illegitim) angesehen wird. Denn nach § 58 Verfassungsurkunde

110) *Merkel*, Rechtskontinuität 1060: „Der falsch ausgedrückte Völkerrechtssatz besagt in Wirklichkeit, daß gewisse Berechtigungen und Verpflichtungen des revolutionär de-thronisierten Kompetenzträgers auf den revolutionär inthronisierten Kompetenzträger übergehen.“

111) Zur staatsrechtlichen Kontinuität vgl etwa *Abendroth*, Neue Justiz 1947, 75 ff.

112) Vgl etwa *Verdross*, Archiv des Völkerrechts 1951/52, 131.

113) Vgl dazu insb *Merkel*, Rechtskontinuität 1062, der hier von einem „Wortstreit“ spricht, sowie *Verdross*, Völkerrecht 191, der erklärt, dass *Kelsen* und *Merkel* „auf Grund einer verschiedenen Konstruktion zum selben Ergebnis wie die herrschende Lehre“ kommen. Die vorliegende Untersuchung beabsichtigt also nicht, den Anwendungsbereich völkerrechtlicher Normen, wie insb die UN-Konvention über Staatensukzession bei Verträgen vom 23. 8. 1978, zu verändern. Wie aus der Entstehungsgeschichte dieser Konvention hervorgeht, hatten einige sozialistische Staaten beantragt, dass die Konvention auch im Falle eines bloßen Verfassungsumbruchs innerhalb eines Staates Anwendung finden sollte, was jedoch abgelehnt wurde; vgl dazu *Treviranus*, Die Konvention der Vereinten Nationen über Staatensukzession bei Verträgen, ZaöRV 1979, 259 (263).

114) *Walter*, System 23; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht 35.

dauerte seine Amtsperiode maximal sechs Jahre, ging also jedenfalls 1941 zu Ende; dass er auch darüber hinaus die Stellung eines Präsidenten der ČSR beanspruchte, muss als revolutionärer Umbruch angesehen werden. Als „Historisch erste Verfassung“ der Dritten Republik ist das Dekret Nr 1 vom 21. 7. 1940, mit dem ein Staatsrat errichtet wurde, anzusehen.

Was Deutschland betrifft, so ist aus Sicht der Reinen Rechtslehre das Großdeutsche Reich 1945 untergegangen. Doch trat mit der Berliner Erklärung vom 5. 6. 1945 eine neue, effektive Gewalt über großteils dasselbe Staatsgebiet und großteils dasselbe Staatsvolk, sodass von einer Universalsukzession zu sprechen ist. Träger dieser neuen Gewalt waren die vier alliierten Mächte, die ein Kondominium errichteten. Die von ihnen geschaffenen Staaten BRD und DDR konnten bis 1990 nicht als unumschränkt souverän angesehen werden, zumal sich die vier alliierten Mächte noch gewisse Rechte „in Bezug auf Deutschland als Ganzes“ vorbehielten, die sie erst 1990 an das vereinte Deutschland übertrugen. Dieser souveräne Staat ist völkerrechtlich an die Stelle des Deutschen Reiches getreten, welches – unter der Bezeichnung „Norddeutscher Bund“ – am 1. 7. 1867 gegründet wurde, infolge der Novemberrevolution, am 9. 11. 1918, von der Weimarer Republik abgelöst wurde, auf welche schließlich, infolge des Verfassungsbruchs vom 24. 3. 1933, die NS-Diktatur folgte. „Historisch erste Verfassung“ Deutschlands im Sinne der Reinen Rechtslehre ist aber heute die Berliner Erklärung vom 5. 6. 1945.