

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:

Hans Kelsen als Mitglied der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung

online-version, 29th June 2015

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

published in:

Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre
(= Recht – Wissenschaft – Theorie 8, Tübingen 2013) 11–27

Hans Kelsen als Mitglied der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung*

Thomas Olechowski

I. Allgemeines	11
II. Das Mitwirken Kelsens bis 1927	12
III. Die Staatsrechtslehrertagung 1928	14
a) „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“	14
b) „Die Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte“	19
IV. Kelsen, Smend und die Staatsrechtslehrervereinigung	21
V. Das Ende der Staatsrechtslehrervereinigung 1933	25

I. Allgemeines

Ein Bericht über die Mitgliedschaft und die Tätigkeit Hans Kelsens in der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer ist aus quellenmäßigen Gründen schwierig. Der Nachlass Hans Kelsens in Wien enthält praktisch nur Archivgut aus seiner Zeit in Berkeley, also ab 1942, seine Korrespondenz aus der Zeit davor ist im Zuge seiner Odyssee quer durch Europa und die Vereinigten Staaten verloren gegangen. Aber auch das Archiv der Staatsrechtslehrervereinigung in Heidelberg enthält nur Material aus der Zeit nach ihrer Wiedererrichtung 1949; wie Michael Stolleis berichtet, sollen alle Akten aus der Zeit der Weimarer Republik von Otto Koellreuters Haushälterin 1938 in den Ofen geworfen worden sein – angeblich aus Ärger über den Herrn Professor.¹ Mag sich dies nun so oder anders zugetragen haben – für unser Thema sind wir weitgehend auf das – großteils bereits ausgiebig erforschte – gedruckte Schrifttum angewiesen, das nur punktuell mit Quellen aus anderen Beständen, wie insbesondere dem Nachlass von Rudolf Smend in Göttingen, ergänzt werden kann. Nichtsdestoweniger will ich das Wagnis auf mich nehmen, zumindest einen Überblick über die Materie zu geben.

* Der Aufsatz enthält Ergebnisse des von mir geleiteten, vom Wissenschaftsfonds FWF geförderten Projektes P 21280: „Die Wiener Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät 1918–1938“. Für ihre tatkräftige Mithilfe bei der Vorbereitung des Beitrages danke ich herzlich meiner Mitarbeiterin Frau Mag. Susanne Gmoser.

¹ Michael Stolleis, Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bemerkungen zu ihrer Geschichte, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 80 (1997) 339–358, hier 345.

Bereits das exakte Datum, wann Kelsen der Staatsrechtslehrervereinigung beitrug, ist nicht mehr feststellbar. Sicher ist nur, dass er nicht zu den Gründungsmitgliedern gehörte. Denn die Frage, ob überhaupt Österreicher und vielleicht auch andere Professoren jenseits der Reichsgrenzen Mitglieder der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung werden könnten, war ein überhaupt heikles Thema, über das bei der „vorbereitenden Versammlung“ 1922 in Berlin, an der nur reichsdeutsche Professoren teilnahmen, intensiv diskutiert wurde.² Man rang sich schließlich zu der Formulierung durch, dass als „deutsche Universitäten“ alle „Universitäten des Deutschen Reichs, Österreichs und die deutsche Universität zu Prag“ zu verstehen seien; die dort lehrenden Staats- und Verwaltungsrechtler seien zum Eintritt aufzufordern. Staats- und Verwaltungsrechtslehrer „an anderen deutschen Universitäten außerhalb des Deutschen Reiches“ hatten dagegen von sich aus einen Antrag auf Aufnahme zu stellen. Eine sonderbare Formulierung, die zunächst an die deutschschweizerischen Universitäten denken lässt, die aus welchen Gründen auch immer ins Abseits gerieten und tatsächlich in der Folge in der Vereinigung unterrepräsentiert waren;³ aber auch die ausdrückliche Nennung der Deutschen Universität zu Prag ist merkwürdig, wenn man bedenkt, dass ja neben dieser auch noch die Deutsche Technische Hochschule zu Prag existierte, an der damals u. a. der ehemalige Kelsen-Schüler Fritz Sander lehrte.⁴ Er wurde zufolge der Satzung nicht zum Eintritt aufgefordert und trat der Vereinigung auch niemals bei.

II. Das Mitwirken Kelsens bis 1927

Schon bei der ersten, auf die Berliner Gründungsversammlung folgenden Tagung, die 1924 in Jena stattfand, taucht Kelsen aber nicht nur im Mitgliederverzeichnis, sondern auch als Diskutant auf. Der Tagungsbericht hält allerdings lediglich fest,

² Vgl. zu dieser Versammlung die Darstellung von *Heinrich Triepel*, Die Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Archiv des öffentlichen Rechts [AöR] 43 (1922) 349–351 samt Teilnehmerliste; *Konrad Hesse*, Zum 50. Jahrestag der Gründung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, AöR 97 (1972) 345–349, hier 345; vgl. allerdings auch *Stolleis*, Vereinigung 341, und *denselben*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland III (München 1999) 187, wonach zu dieser Tagung auch Österreicher geladen (aber nicht gekommen) waren.

³ Laut Mitgliederverzeichnis 1925 (abgedruckt in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [VVDStRL] 2, Berlin/Leipzig 1925, 259–263) kamen 70 Teilnehmer aus dem Deutschen Reich, 11 aus Österreich, einer aus der Schweiz (Erwin Ruck/Basel) und einer aus der Tschechoslowakei (Ludwig Spiegel/Prag).

⁴ Dazu *Axel-Johannes Korb*, Sander gegen Kelsen. Geschichte einer Feindschaft, in: *Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski* (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 32, Wien 2009) 195–208; *Thomas Olechowski/Jürgen Busch*, Hans Kelsen als Professor an der Deutschen Universität Prag. Biographische Aspekte der Kelsen-Sander-Kontroverse, in: *Karel Malý/Ladislav Soukup* (Hrsg.), Československé právo a právní věda v meziválečném období 1918–1938 a jejich místo v Evropě (Praha 2010) 1106–1134.

dass sich Kelsen beim Thema „Föderalismus“ zu Wort meldete, ohne etwas über den Inhalt seiner Wortmeldung zu sagen.⁵

Dagegen wurde der Diskussionsbeitrag, den Kelsen 1926 bei der in Münster abgehaltenen Tagung leistete, sogar zu einem seiner bekanntesten Aussprüche: Verhandlungsthema war hier „Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung“. Die Idee, dass der Gleichheitssatz nicht nur die Verwaltung, sondern auch den Gesetzgeber binden könne, war damals noch relativ neu und umstritten.⁶ Der Referent auf der Staatsrechtslehrertagung 1926, Erich Kaufmann aus Bonn, hielt hingegen fest, dass sich der Gleichheitssatz „vor allem und in erster Linie an die Adresse des Gesetzgebers“ wende; „[b]loß auf die Gesetzesanwendung bezogen, besagt der Satz von der Gleichheit vor dem Gesetze nur etwas Selbstverständliches, [...] ein allgemeines Gesetz anwenden, heißt gar nichts anderes als es gleichmäßig anwenden.“⁷ Dies hätte schon für sich allein mehr als genug Stoff für eine lebhaft Diskussion gegeben. Aber Kelsen ging in seinem Diskussionsbeitrag überhaupt nicht darauf ein. Vielmehr bezog er sich auf die Einleitungsworte Kaufmanns, die geradezu ein Frontalangriff auf den Rechtspositivismus waren.⁸ Dieser sei „erledigt“; ein Zugang zum Problem der Gleichheit vor dem Gesetz sei überhaupt nur vom Standpunkte des Naturrechts aus möglich, wobei Kaufmann gleich hinzufügte, dass er damit nicht irgendein Naturrecht meine, sondern dass er sich konkret auf das rationalistische Naturrecht des 17. und 18. Jh., „die Säkularisierung des christlichen Naturrechts“ beziehe.⁹ Kelsen entgegnete, dass der Positivismus ebenso wenig wie das Naturrecht jemals „erledigt“ sein werde, dass dieser Gegensatz vielmehr „ein ewiger“ und „in jedes Denkers Brust lebendig“ sei. Zwar sei gegenwärtig überall ein „Schrei nach Metaphysik“ zu konstatieren, dieser aber führe zu einem radikalen Subjektivismus und damit nicht zu einem einzigen, sondern zu mehreren Naturrechten. Ein einziges, objektives Naturrecht sei überhaupt nur „auf dem Boden einer positiven Religion möglich“; damit aber setze man nur an die „Stelle des positiven Rechts [...] die positive Religion als höchste Autorität.“ Und er schloss seinen – schon bis dahin sehr farbenreichen – Diskussionsbeitrag wie folgt: „Die Frage, die auf das Naturrecht zielt, ist die ewige Frage, was hinter dem positiven Recht steckt. Und wer die Antwort sucht, der findet, fürchte ich, nicht die absolute Wahrheit einer Metaphysik noch die absolute Gerechtigkeit eines Natur-

⁵ VVDStRL 1 (Berlin/Leipzig 1924) 60, 137.

⁶ Siehe für den österreichischen VfGH insbesondere *Robert Walter*, Hans Kelsen als Verfassungsrichter (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts [HKI] 27, Wien 2005) 32: Kelsen war Anhänger einer „traditionellen Gleichheitsprüfung“, wonach eine Benachteiligung von Bundesbürgern aus den in Art 7 B-VG genannten Gründen (Geburt, Geschlecht, Stand etc) unzulässig war, er aus dem Gleichheitssatz aber kein allgemeines Sachlichkeitsgebot herauslesen wollte, wie dies die Rechtsprechung erst nach seinem Weggang aus Wien tat.

⁷ *Erich Kaufmann*, Bericht, in: VVDStRL 3 (Berlin/Leipzig 1927) 5 f.

⁸ Nach *Stolleis*, Geschichte III, 189 war die Tagung 1926 die erste, bei der Positivisten und Anti-Positivisten „in aller Schärfe aufeinander“ trafen.

⁹ *Kaufmann*, VVDStRL 3 (1927) 3 f.

rechts. Wer den Schleier hebt und sein Auge nicht schließt, dem starrt das Gorgonenhaupt der Macht entgegen.“¹⁰

III. Die Staatsrechtslehrertagung 1928

a) „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“

Der bedeutendste Auftritt Kelsens im Rahmen der Staatsrechtslehrervereinigung war zweifellos jener, den er 1928 in seiner Heimatstadt Wien hatte. Es soll im gegebenen Zusammenhang auf diese Tagung etwas näher eingegangen werden, dies auch deshalb, weil sie uns allgemein ein gutes Bild vom Ablauf der Tagungen in der Zwischenkriegszeit liefert. Der Vorstand bestand zu jener Zeit aus Richard Thoma, Rudolf Smend und Hans Nawiasky, welche mit den vier Referenten – Heinrich Triepel, Max Layer, Ernst von Hippel und Hans Kelsen selbst – zur Jahreswende 1927/28 die Themen ihrer Referate vereinbart hatten; die Details des Programmablaufes wurden dann vor allem zwischen Nawiasky und Kelsen abgesprochen – Nawiasky v.a. deshalb, weil er 1910–14 in Wien als Privatdozent gelehrt hatte und ihm daher, wie es Thoma ausdrückte, „die Wiener Verhältnisse vertraut“ waren.¹¹ Kelsen war der unbestrittene alleinige Gastgeber; der zweite Wiener Ordinarius für Staatsrecht, Adolf Menzel, stand kurz vor seiner Emeritierung. Zu seinem Nachfolger wurde erst im Juli, also drei Monate nach der Tagung, Max Layer aus Graz ernannt. Dass Layer auf der Wiener Tagung einen Vortrag halten durfte, war für seine Berufung nach Wien sicherlich von Bedeutung.¹²

Aus der Korrespondenz zwischen Kelsen und den Vorstandsmitgliedern ist zu erkennen, dass Kelsen um einen besonders prächtigen Rahmen bemüht war, während insbesondere Thoma die Veranstaltung schlicht halten wollte, damit nicht der wissenschaftliche Teil zu kurz komme. So stießen etwa die Vorschläge Kelsens, die Tagung von Bundeskanzler und Unterrichtsminister gemeinsam eröffnen zu lassen, am ersten Tag einen Nachmittagsempfang beim Bundespräsidenten und am zweiten Tag einen Abendempfang beim Bürgermeister zu organisieren, auf wenig Gegenliebe: Kostbare Verhandlungszeit gehe so verloren.¹³ Der Auftakt der Tagung sollte nach Wunsch Thomas, wie üblich, ein zwangloses Abendessen am Sonntag-

¹⁰ Hans Kelsen, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 3 (Berlin/Leipzig 1927) 53–55. Vgl. Ulrich Scheuner, Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in der Zeit der Weimarer Republik, AöR 97 (1972) 349–374, hier 368.

¹¹ Richard Thoma, Schreiben an Hans Nawiasky v. 19.1.1928, Abschrift im Nachlass Smend, UB Göttingen, Cod. Ms. R. Smend C 2, Pag. 70.

¹² Entschließung des Bundespräsidenten vom 10.7.1928 Z 4787, mitgeteilt durch BMfU 21.7.1928 Z 22069, AVA Unterricht Allg (Karton 611) Layer Max. Aus den Akten ist leider nicht erkennbar, wann der Berufungsvorschlag der Fakultät zustande kam.

¹³ Hans Kelsen, Schreiben an Richard Thoma v. 27.2.1928 und Antwortschreiben v. 29.2.1928, beide in Abschrift im Nachlass Smend, UB Göttingen, Cod. Ms. R. Smend C 2, Pag. 71 f.

abend in einem Gasthaus sein; Kelsen schlug hier den Gasthof „Deutsches Haus“ am Stephansplatz vor, was auch angenommen wurde. Doch ließ es sich Kelsen nicht nehmen, den Wiener Dekan, seinen Schul- und Studienkollegen Hans Mayer, zu bitten, bei diesem Treffen zumindest einige Worte zu sprechen. Auch lud Kelsen noch vorher einige Teilnehmer der Tagung in das wesentlich elegantere „Hotel Imperial“ zu einem Lunch.¹⁴

Am Montag, den 23. April 1928, wurde dann die Tagung offiziell eröffnet, zwar ganz ohne Politiker, aber dafür in dem wohl prächtigsten Vortragsraum Wiens: im Festsaal der Akademie der Wissenschaften. Auch diese Idee stammte von Kelsen, der gemeint hatte, dass der Festsaal „für diese Zwecke besonders geeignet“ sei. „Auch lernen die Mitglieder der Tagung auf diese Weise nicht nur die Universität, sondern das sehr schöne Gebäude der Akademie der Wissenschaften kennen.“¹⁵ Die Tatsache allein, dass der zweite Verhandlungstag im Kleinen Festsaal der Universität Wien stattfand, zeigt jedoch, dass Kelsen sich für jenen Tag, an dem er selbst sprechen sollte, einen viel zu großen Saal ausgesucht hatte.

Der Ablauf der eigentlichen Tagung ist in den „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer“ genau dokumentiert: Der Vorsitzende, Thoma, gedachte zunächst der Verstorbenen und begrüßte die neuen Mitglieder; Nawiasky erstattete in seiner Funktion als Schriftführer und Kassier den Geschäfts- und Kassenbericht, sodann wurde zum ersten Beratungsgegenstand übergeleitet: Heinrich Triepel und Hans Kelsen wurden aufgefordert, über „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“ zu referieren.

Schon die Wahl der Referenten für dieses Thema ließ einiges erwarten. Der 60-jährige Triepel, der seit 1913 Professor des Staatsrechts an der Humboldt-Universität zu Berlin war, gilt als der eigentliche Begründer der Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung, besaß also schon aus diesem Grund in diesem Gremium besonderes Gewicht.¹⁶ Er war aber auch sonst für dieses Thema geeignet wie nur wenig andere, zumal er sich schon seit vielen Jahren für ein richterliches Prüfungsrecht, also für eine Verfassungsgerichtsbarkeit nach amerikanischem Vorbild, stark gemacht hatte und insbesondere auf dem 32. und 33. Deutschen Juristentag (Bamberg 1922, Heidelberg 1924) damit hervorgetreten war.¹⁷ Sein um 14 Jahre jüngerer Koreferent galt dagegen schon seinen Zeitgenossen als Vater der österreichischen Bundesverfassung und ihrer besonderen, vom amerikanischen Modell so stark ab-

¹⁴ Tagungsprogramm im Nachlass Smend, UB Göttingen, Cod. Ms. R. Smend C 2, Pag. 75. Die persönliche Einladung zum Lunch (in Form einer handschriftlichen Notiz auf einer Visitenkarte Kelsens) ebenda, Cod. Ms. R. Smend A 432.

¹⁵ *Hans Kelsen*, Schreiben an Richard Thoma v. 27.2.1928, Abschrift im Nachlass Smend, UB Göttingen, Cod. Ms. R. Smend C 2, Pag. 71.

¹⁶ *Stolleis*, Geschichte III, 186. Ausführlich nunmehr *Ulrich M. Gassner*, Heinrich Triepel. Leben und Werk (Berlin 1999) 133 ff.

¹⁷ *Gassner*, Triepel 128 f, 377; *Scheuner*, Vereinigung 365.

weichenden Verfassungsgerichtsbarkeit, die die Normenkontrolle einem einzigen Gericht anvertraut und alle übrigen Gerichte davon exkludiert hatte.¹⁸

Die Schriftfassung von Kelsens Vortrag, abgedruckt zunächst in Heft 5 der „VVDStRL“, vielfach nachgedruckt und in das Französische, Spanische und Portugiesische übersetzt,¹⁹ gehört zu den bedeutendsten verfassungsrechtlichen Arbeiten Kelsens überhaupt; es lohnt, sie im Kontext mit dem Referat Triepels und der nachfolgenden Diskussion zu lesen, auch wenn es zuweilen den Anschein hat, Triepel und Kelsen referierten zu zwei völlig verschiedenen Themen. Dies wurde von Thoma in der Diskussion mit dem Bild von zwei Schneisen versinnbildlicht, die Triepel und Kelsen in einen Wald geschnitten hätten, um sich in der Mitte zu treffen. Triepel widersprach: „Ich glaube, wir sind uns nicht begegnet“ – das Protokoll vermerkt an dieser Stelle: „lebhaftes Heiterkeit“ – „und ich fürchte, wir werden uns auch niemals begegnen.“²⁰

Die völlig verschiedenartigen Herangehensweisen der beiden Juristen an ihr Thema waren zu einem guten Teil in ihren unterschiedlichen methodologischen Standpunkten begründet, aber auch darin, dass beide von der Verfassungsrechtslage ihres jeweiligen Heimatlandes ausgegangen waren. Auch wenn sich beide bemühten, zu generellen Formulierungen zu kommen – Triepel im Wege eines historischen und internationalen Rechtsvergleiches, Kelsen im Wege der Abstraktion –, so wurde doch deutlich, dass der Deutsche Triepel bei der Themenstellung stets an den Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich dachte, während der Österreicher Kelsen gleich in seinen Anfangsworten das Wort „Staatsgerichtsbarkeit“ durch „Verfassungsgerichtsbarkeit“ ersetzte und in seinen weiteren Ausführungen unzweifelhaft vom österreichischen Verfassungsgerichtshof und dessen wich-

¹⁸ Aus der Fülle der zu diesem Thema vorhandenen Literatur seien hervorgehoben: *Herbert Haller*, Die Prüfung von Gesetzen (= Forschungen aus Staat und Recht 47, Wien/New York 1979) 39 ff; *Gerald Stourzh*, Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie, in: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion* (= Schriftenreihe des HKI 7, Wien 1982) 7–29; *Theo Öhlinger*, The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation, *Ratio Juris* 2003, 206–222; *Stanley L. Paulson*, Constitutional Review in the United States and Austria: Notes on the Beginnings, ebenda 223–239; *Thomas Olechowski*, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, in: *Walter/Ogris/Olechowski*, Hans Kelsen, 211–230, hier 227; *Kurt Heller*, Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart (Wien 2010) 162 ff; siehe künftig auch *Thomas Olechowski*, Judicial Review and the Juridification of Politics: The Kelsenian Revolution, in: *Mikael Rask Madsen/Christopher Thornhill* (Hrsg.), *The Formation of Modern Europe: Perspectives from the Historical Sociology of Law* (in Vorbereitung).

¹⁹ *Hans Kelsen*, Bericht, in: VVDStRL 5 (Berlin/Leipzig 1929) 30–88; vgl die bis 2003 erfolgten Nachdrucke und Übersetzungen bei *Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny* (Hrsg.), *Hans Kelsens stete Aktualität* (= Schriftenreihe des HKI 25, Wien 2003) 156 sowie *Robert Chr. van Ooyen*, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (Tübingen 2008) 1–57.

²⁰ *Richard Thoma*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 5 (Berlin/Leipzig 1929); *Heinrich Triepel*, Diskussionsbeitrag ebd 116. Vgl auch *Scheuner*, *Vereinigung* 350.

tigster Kompetenz, der Normprüfungscompetenz, ausging.²¹ – Auch Triepel hielt den Ausdruck „Verfassungsgerichtsbarkeit“ für einen sehr treffenden, aber er fügte doch gleich hinzu, dass es ihm nicht um die Verfassung im formellen, sondern um die Verfassung im materiellen Sinne gehe; für ihn war Staatsgerichtsbarkeit notwendigerweise eine politische Gerichtsbarkeit.²² Dies musste ihn in eine nähere Auseinandersetzung mit dem Begriff des Politischen bringen, wobei er den Standpunkt Schmitts (der bei der Tagung nicht anwesend war²³) eher ablehnte und mehr dem Smends zuneigte, wonach zumindest „in einem engeren und spezifischen Sinne politisch nur das ist, was mit den höchsten, obersten, entscheidendsten Staatszwecken, was mit der staatlichen ‚Integration‘ in Verbindung steht“.²⁴ Einen Gegensatz zwischen Politischem und Rationalem behauptend, kam Triepel zur Ansicht, dass es im Bereich des Politischen besonders schwierig sei, Entscheidungen einem Gericht zu überlassen: „Politische Gegensätze werden, auch wenn sie auf einen rechtlichen Nenner gebracht werden können, lieber unüberbrückt gelassen, als der Entscheidung eines Dritten unterworfen“, und er zitierte Bismarck, der sich 1863 einmal dahin geäußert hatte, dass man die politische Zukunft eines Landes nicht vom „Urteilsspruche eines Gerichts“ abhängig machen könne.²⁵ Dennoch verteidigte Triepel die Idee einer Verfassungsgerichtsbarkeit, sah „die richterliche Gewalt als solche schon von Haus aus dazu bestimmt [...], ein Gegengewicht sowohl gegen Legislative wie gegen Exekutive zu bilden.“²⁶ Er bewies das mit der langen Tradition der Staatsgerichtsbarkeit, d. h. der Verfahren wegen Ministeranklagen, die allerdings von ihrer Wurzel her mehr straf- als verfassungsrechtlicher Natur waren und erst allmählich ihren kriminellen Charakter abgestreift hatten. Nichtsdestoweniger hielt Triepel auch die gerichtliche Kontrolle der Legislative für durchaus sinnvoll, doch sollte ein derartiges Verfahren möglichst objektiv und einem gewöhnlichen Gerichtsprozess möglichst unähnlich sein, wofür er das amerikanische Modell als vorbildlich anpries.²⁷

Der nun folgende „Mitbericht“ Hans Kelsens ging das Thema von einer völlig anderen Seite an: In aller gebotenen Kürze skizzierte er seinen Kollegen das Modell des rechtlichen Stufenbaus, das er gemeinsam mit Adolf J. Merkl entwickelt hatte und sah in der Verfassungsgerichtsbarkeit eine Garantie dafür, dass die „unmittelbar unter der Verfassung stehenden Rechtsstufen“, also die Gesetze, rechtmäßig

²¹ Kelsen, VVDStRL 5 (1929) 30.

²² Triepel, VVDStRL 5 (1929) 4, 6.

²³ Reinhard Mehring, Carl Schmitt. Aufstieg und Fall (München 2009) 223.

²⁴ Triepel, VVDStRL 5 (1929) 7.

²⁵ Triepel, VVDStRL 5 (1929) 9. Vgl. dazu auch Scheuner, *Vereinigung 360*; Stolleis, *Geschichte III*, 194; Kathrin Groh, *Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik. Von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats* (= *Jus publicum* 197, Tübingen 2010) 561.

²⁶ Triepel, VVDStRL 5 (1929) 14.

²⁷ Triepel, VVDStRL 5 (1929) 26.

sein.²⁸ Anders als Triepel, der Verfassung nur in einem materiellen Sinne verstanden wissen wollte, ging Kelsen dabei von einem Verfassungsrecht im formellen Sinne aus²⁹ – wobei freilich hinzugefügt werden muss, dass Kelsens Vorstellungen von einem materiellen Verfassungsbegriff wesentlich von dem Triepels divergierten, dass also z. B. Triepel die Grundrechte zur Verfassung im materiellen Sinne, Kelsen dagegen zur Verfassung im formellen Sinne zählte; ihre Absicherung durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit wurde von beiden bejaht. Nach Erörterung der allgemeinen Grundlagen ging Kelsen daran, die verschiedenen Möglichkeiten einer Verfassungsgerichtsbarkeit auszuloten, wobei er überall seine Präferenz für das österreichische System erkennen ließ: So sah er es als selbstverständlich an, dass die Befugnis, Gesetze nicht nur für einen Einzelfall, sondern allgemein aufzuheben, „nur einer höchsten Zentralinstanz“ zukommen könne.³⁰

Das Dogma der Gewaltenteilung, das Triepel als förderlich für die Entstehung einer Verfassungsgerichtsbarkeit dargestellt hatte, wurde von Kelsen als ein großes Hindernis gesehen: Denn die traditionelle Lehre sehe in der Rechtsprechung eine Funktion, die individuelle Normen erzeuge; die Aufhebung von Gesetzen würde jedoch der Setzung genereller Normen gleichkommen. Er selbst sah die Frage, „ob das zur Aufhebung verfassungswidriger Gesetze berufene Organ ein ‚Gericht‘ sein kann“, als „ganz belanglos“ an; wesentlich sei nur die Unabhängigkeit dieses Organs sowohl gegenüber dem Parlament als auch gegenüber der Regierung und die Zusammensetzung des Organs aus „juristischen Fachmännern“.³¹ Und nach eingehender Beschäftigung mit Prüfungsgegenstand und Prüfungsmaßstab des Verfassungsgerichts hob Kelsen zum grandiosen Finale an: „Die größte Bedeutung aber erlangt die Verfassungsgerichtsbarkeit im Bundesstaat“.³² – Es sei daran erinnert, dass der Übergang zum bundesstaatlichen Prinzip in Österreich überhaupt erst

²⁸ Kelsen, VVDStRL 5 (1929) 32 f. Vgl. dazu auch Stanley L. Paulson, Zur Stufenbaulehre Merkl's in ihrer Bedeutung für die Allgemeine Rechtslehre, in: Robert Walter (Hrsg), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit (= Schriftenreihe des HKI 14, Wien 1990) 93–105; Jürgen Behrend, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Adolf Merkl's und Hans Kelsens (= Schriften zur Rechtslehre 65, Berlin 1977). Die Behauptung von Martin Borowski, Die Lehre vom Stufenbau des Rechts nach Adolf Julius Merkl, in: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (Hrsg), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts (= Grundlagen der Rechtswissenschaft 3, Tübingen 2005) 122–159, hier 157, dass Kelsen die Stufenbaulehre Merkl's ohne „nennenswerte Veränderungen“ übernommen habe, ist unrichtig, vgl. dazu schon Thomas Olechowski, Kelsens Rechtslehre im Überblick, in: Tamara Ehs (Hrsg), Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung (Wien 2009) 47–65, hier 57.

²⁹ Dazu van Ooyen, Hüter der Verfassung X; Groh, Staatsrechtslehrer 489.

³⁰ Kelsen, VVDStRL 5 (1929) 48. Vgl. dazu auch Groh, Staatsrechtslehrer 538; ihre Aussage, Kelsen habe das richterliche Prüfungsrecht bereits „de lege lata“ gesehen, ist allerdings missverständlich, weil Kelsen von der Existenz des Art 89 Abs 1 B-VG (und damit von der Unzulässigkeit eines richterlichen Prüfungsrechts in Österreich) ausging.

³¹ Kelsen, VVDStRL 5 (1929) 55 f. Nach van Ooyen, Hüter der Verfassung XIV, kam Kelsen auf diese Weise zu einem neuen, „richtigen“ Verständnis von Gewaltenteilung, die durch eine Verfassungsgerichtsbarkeit sogar noch „vertieft“ werde.

³² Kelsen, VVDStRL 5 (1929) 81.

den Anstoß zur Schaffung der Verfassungsgerichtsbarkeit gegeben hatte.³³ Kelsen sah im Bundesstaat „kein staatsmetaphysisches, sondern ganz realistisch ein organisationstechnisches Problem“,³⁴ in dem eine Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur zweckmäßig, sondern geradezu notwendig sei. Und dieselben „Aufgaben, die sich einem Verfassungsgerichte im Rahmen eines Bundesstaates bieten, lassen besonders deutlich die Verwandtschaft hervortreten, die zwischen der Verfassungsgerichtsbarkeit und einer zwischenstaatlichen, der Wahrung des Völkerrechts dienenden Gerichtsbarkeit [...] besteht, um deren Garantien es sich handelt. Und so, wie die eine den Krieg zwischen den Völkern überflüssig machen will, bewährt sich die andere – in ihrem letzten Sinne – innerhalb des Einzelstaates als eine Garantie des politischen Friedens.“³⁵

b) „Die Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte“

Den beiden Referaten folgte eine rege Diskussion, an der sich Rudolf Laun (Hamburg), Edgar Tatarin-Tarnheyden (Rostock), Walter Jellinek (Kiel), Adolf J. Merkl (Wien), Richard Thoma (Heidelberg), Heinrich Herrfahrdt (Greifswald), Hermann Heller (Berlin) und Walter Schoenborn (Kiel) beteiligten. Dabei wurden die Begriffe des „Politischen“ und der „Verfassung“ erörtert, aber auch vor einer „grenzenlosen Ausdehnung der Verfassungsgerichtsbarkeit“ gewarnt.³⁶ So nahm etwa Jellinek auf Kelsens Behauptung Bezug, wie „man denn überhaupt von der Verfassung als der obersten Norm sprechen“ könne, „wenn nicht das ganze Verfassungswerk gekrönt“ werde durch ein Verfassungsgericht, wenn also ein oberstes Staatsorgan verfassungswidrig handeln könne, ohne dass dies Konsequenzen habe: Dies müsse aber doch auch für das Verfassungsgericht gelten, welches sich ja ebenfalls verfassungswidrig verhalten könne. „Wer wird die Wächter bewachen?“³⁷ Vielfach wurde auch Skepsis an Kelsens Rechtsbegriff und seiner Gleichstellung von Recht und Staat laut; Tatarin warf Kelsen vor, von der „Illusion“ auszugehen, „daß wir den Rechtsstaat haben und daß dieser Rechtsstaat restlos verwirklicht werden kann, das heißt mit andern Worten, daß der Staat sich völlig deckt mit der Rechtsordnung.“³⁸

Am Abend fand ein Empfang im Bundeskanzleramt statt, bei dem zwar nicht der Bundeskanzler, wohl aber der – damals noch im selben Gebäude amtierende – Bundespräsident, Michael Hainisch, ferner die Präsidenten des Verfassungs- und des Verwaltungsgerichtshofes, Paul Vitorelli und Max Schuster, zahlreiche wei-

³³ *Stourzh*, Kelsen 332; *Olechowski*, Beitrag Kelsens 227.

³⁴ *Kelsen*, VVDStRL 5 (1929) 81.

³⁵ *Kelsen*, VVDStRL 5 (1929) 84.

³⁶ *Hermann Heller*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 5 (Berlin/Leipzig 1929) 112; vgl dazu auch *Stolleis*, Geschichte III, 194.

³⁷ *Walter Jellinek*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 5 (Berlin/Leipzig 1929) 96.

³⁸ *Edgar Tatarin-Tarnheyden*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 5 (Berlin/Leipzig 1929) 91.

tere staatliche Funktionäre sowie Universitätsprofessoren anwesend waren.³⁹ Der Gastgeber wurde vom Bundesminister für Justiz, Franz Dinghofer von der Großdeutschen Volkspartei, vertreten, der die Teilnehmer begrüßte und seiner „Genugtuung“ darüber Ausdruck verlieh, dass die Staatsrechtslehrervereinigung mit ihrer Entscheidung, in Wien eine Tagung abzuhalten, gezeigt habe, „daß Oesterreich und Deutschland in kultureller Beziehung eine untrennbare Einheit bilden, [...] deren wir uns ganz besonders auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft bewusst sein sollen und bewusst sind.“ Er mutmaßte, dass der Tagungsort Wien auch bei der Wahl des Verhandlungsgegenstandes „Verfassungsgerichtsbarkeit“ ausschlaggebend gewesen war.⁴⁰

Aber genauso hätte sich Dinghofer mit seiner Äußerung auf den zweiten Verhandlungsgegenstand beziehen können, der am Folgetag im Kleinen Festsaal der Universität Wien erörtert wurde: Der Grazer Professor Max Layer – er erhielt eben in jenen Tagen einen Ruf nach Wien als Nachfolger Menzels – und Ernst von Hippel aus Heidelberg referierten zum Thema „Die Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte“. Dieses Thema war in jener Zeit nicht nur Gegenstand wissenschaftlicher Kontroversen, sondern füllte auch die Tageszeitungen.⁴¹ Grund dafür war der Streit um die sog. Dispensehen, der erst wenige Monate vor der Tagung durch zwei verfassungsgerichtliche Erkenntnisse einen neuen Höhepunkt erlangt hatte. Es handelte sich hier um das Problem der Wiederverheiratung von bereits einmal verheiratet gewesenen Personen noch zu Lebzeiten des ersten Ehepartners. Zufolge des Prinzips der Einehe stand einer solchen Wiederverheiratung das Ehehindernis des bestehenden Ehebandes entgegen, doch waren einige – v.a. sozialdemokratische – Verwaltungsbehörden in etwas gewagter Interpretation des § 83 ABGB zu der Praxis übergegangen, Ehemülligen eine Dispens vom „Ehehindernis des bestehenden Ehebandes“ zu erteilen, ihnen also die Wiederverheiratung zu ermöglichen. Die Zivilgerichte bestritten die Gültigkeit derartiger Ehen und erklärten sie für nichtig – freilich immer nur dann, wenn sie von einem solchen Fall (etwa durch Klage einer der drei beteiligten Personen) Kenntnis erlangten – was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führte.

In seinem Referat, das – zumindest in der Schriftfassung – gespickt mit Fällen aus dem deutschen und dem österreichischen Recht war, konstruierte Layer alle nur denkbaren Fallkonstellationen, in denen Verwaltungsbehörden und Gerichte über dieselbe Sache zu entscheiden hätten und kam zu immer schwierigeren und

³⁹ Neue Freie Presse Nr 22847 v. 24.4.1928, 6; Reichspost Nr 114 v. 24.4.1928, 4.

⁴⁰ Ob sich darauf die Charakterisierung Wiens als „Höhle des Löwen“ durch *Stolleis*, Geschichte III, 193 bezieht, bleibt unklar.

⁴¹ Umfassend *Ulrike Harmat*, Ehe auf Widerruf? Der Konflikt um das Eherecht in Österreich 1918–1938 (= Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte 121, Frankfurt 1999); siehe auch *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter 57 ff; *Christian Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter, in: *Paulson/Stolleis*, Hans Kelsen 353–384, hier 361 ff; *derselbe*, Hans Kelsen und das Problem der Dispensehen, in: *Walter/Ogris/Olechowski*, Hans Kelsen 249–267.

stärker verwickelten Fällen, bis er schließlich bei der Problematik anlangte, „ob und welche Abhilfe möglich ist, wenn das Gericht entgegen den hier entwickelten Grundsätzen die Verbindlichkeit eines präjudiziellen Verwaltungsaktes nicht anerkennt und demgemäß eine Entscheidung fällt, die in ihren Konsequenzen mit den Wirkungen des Verwaltungsaktes in Widerstreit kommen muß.“⁴² Und er gab dem Verfassungsgerichtshof recht, der in den beiden zuvor genannten Erkenntnissen (am 5. November 1927 und am 27. Februar 1928⁴³) entschieden hatte, dass es sich hier um einen positiven Kompetenzkonflikt handle und dass die Gerichte nicht befugt seien, über die Gültigkeit der Dispenserteilungen zu entscheiden.⁴⁴ In der auf die Referate folgenden Diskussion ergriff nun Kelsen das Wort und erklärte ganz freimütig, dass er für dieses Erkenntnis „persönlich [...] gerne die Verantwortung übernehme“⁴⁵ – tatsächlich hatte er in den genannten Fällen als Referent maßgeblich zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes beigetragen! Ausführlich schilderte er nun auf der Tagung die chaotischen Zustände, die der Streit zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden ausgelöst hatte und die menschlichen Abgründe, die sich gerade in dieser Materie auftraten, sah aber als Wurzel des Übels die traditionelle „Vorstellung von der Höherwertigkeit von Zivilrecht und Zivilprozeßrecht gegenüber dem Verwaltungsrecht, das eigentlich kein Recht oder doch nur in einer sehr zweideutigen Weise Recht sei.“⁴⁶ Kelsens Handeln im Verfassungsgerichtshof war also kein parteipolitisches Handeln – Kelsen war niemals Mitglied einer politischen Partei – sondern die Konsequenz aus der rechtstheoretischen Einsicht von der Einheit allen Rechts sowie von der Identität von Staat und Recht.

IV. Kelsen, Smend und die Staatsrechtslehrervereinigung

Wir dürfen annehmen, dass Kelsens Auftreten auf der Wiener Tagung 1928 bei seinen Fachkollegen großen Eindruck hinterließ. Denn als am Schluss der Tagung satzungsgemäß der Vorstand neu gewählt wurde, fiel die Wahl auch auf Kelsen, und er behielt diese Funktion bis zur NS-Machtergreifung 1933 bei. In der Fachwelt stand Kelsen nunmehr somit auf dem Zenit seines Ruhmes. Er wird den Dienstagabend – man ging noch ins Deutsche Volkstheater, wo man Nestroys „Talisman“ gab und anschließend ins Rathaus zu einem Empfang des Bürgermeisters – sicherlich genossen haben.

⁴² Max Layer, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 5 (Berlin/Leipzig 1929) 168.

⁴³ VfSlg 878 und 951. Vgl dazu Walter, Kelsen als Verfassungsrichter 60 ff.

⁴⁴ Layer, VVDStRL 5 (1929) 172.

⁴⁵ Kelsen, VVDStRL 5 (1929) 222.

⁴⁶ Kelsen, VVDStRL 5 (1929) 225.

In seiner Heimat Österreich aber wurde Kelsen, vor allem wegen seines Engagements in der Dispensehenproblematik, in den nun folgenden Wochen und Monaten immer mehr zum Ziel heftiger, auch persönlicher und antisemitischer Anfeindungen. Vor allem christlichsoziale Politiker machten Kelsen dafür verantwortlich, dass der Verfassungsgerichtshof die „Vielweiberei“ wiedereingeführt hätte, und 1929 kam es zu einer Verfassungsänderung, die dazu führte, das sämtliche Verfassungsrichter ihrer Ämter enthoben und der Verfassungsgerichtshof nach einem neuen Bestellmodus zusammen gesetzt wurde, wobei nur mehr die Hälfte der bisherigen Mitglieder neuerlich bestellt wurden.⁴⁷ Auch Kelsen schied auf diese Weise aus dem Verfassungsgerichtshof aus, obwohl ihm die Sozialdemokratische Partei angeboten hatte, ihn für einen der wenigen Plätze, über die sie noch verfügen konnten, zu nominieren: Kelsen aber war 1919 von allen Parteien einvernehmlich zum Verfassungsrichter nominiert worden und weigerte sich nunmehr, als Kandidat einer einzigen Partei aufzutreten.

Zu diesen Konflikten kamen heftige Kontroversen an der Wiener Juristenfakultät: 1926 hatte der Wiener Völkerrechtler Alexander Hold-Ferneck die Schrift „Der Staat als Übermensch“ publiziert, auf die Kelsen noch im selben Jahr mit einer gleichnamigen Schrift geantwortet hatte, die aber 1927 von Hold-Ferneck mit einer neuen Streitschrift, „Ein Kampf ums Recht“, gekontert wurde,⁴⁸ worauf Kelsen nicht mehr antwortete, nicht zuletzt, da er sich gegen den nächsten Fakultätskollegen, den Rechtshistoriker Ernst Schwind, wenden musste, der 1928 das Buch „Grundlagen und Grundfragen des Rechts“ schrieb, auf das Kelsen mit seiner Schrift „Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie?“ antwortete.⁴⁹ Es ist dem Rechtshistoriker Axel-Johannes Korb, der jüngst eine Monographie über „Kelsens Kritiker“ verfasst hat, zuzustimmen, dass Kelsens Arbeiten „zum Großteil [...] aus der Beschäftigung mit Fremdmeinungen“ bestand und dass er gerade „über sie zu seiner eigenen neuen Konstruktion“ gelangte.⁵⁰ Aber es ist nicht zu verkennen, dass die Schriften auch Kelsen persönlich zu schaffen machten; die antisemitische

⁴⁷ Vgl. *Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter 353 f.

⁴⁸ Dazu *Jürgen Busch/Kamila Staudigl-Ciechowicz*, „Ein Kampf ums Recht“? Bruchlinien in Recht, Kultur und Tradition in der Kontroverse zwischen Kelsen und Hold-Ferneck an der Wiener Juristenfakultät, in: *Szabolcs Hornyák/Botond Juhász/Krisztina Korsósne Delacasse/Zuszsanna Peres* (Hrsg), *Turning Points and Breaklines* (= Jahrbuch Junge Rechtsgeschichte 4, München 2009) 110–138; *Axel-Johannes Korb*, *Kelsens Kritiker*. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (= *Grundlagen der Rechtswissenschaft* 13, Tübingen 2010) 92 ff und passim.

⁴⁹ *Thomas Olechowski*, *Rechtsphilosophie gegen Rechtsgeschichte? Ein Juristenstreit aus der Zwischenkriegszeit an der Wiener Rechtsfakultät*, in: *Gerald Kohl/Christian Neschwara/Thomas Simon* (Hrsg), *Festschrift für Wilhelm Brauneder zum 65. Geburtstag*. Rechtsgeschichte mit internationaler Perspektive (Wien 2008) 425–442; *Korb*, *Kelsens Kritiker* 77 ff und passim.

⁵⁰ *Korb*, *Kelsens Kritiker* 2. In diesem Sinne hatte auch Kelsen am 26.3.1928 an Smend geschrieben, dass er sich „über die großen Gegensätze, die zwischen Ihrer und meiner Grundfassung bestehen [...] nie getäuscht“ habe, aber „solch fachliche Gegensätze erfreulich und fruchtbar“ sehe: UB Göttingen Cod. Ms. R. Smend A 432.

Grundhaltung Schwinds kam auch in seiner Monographie zu tragen, wodurch Kelsen auch persönlich getroffen war. Kelsens Biograph Métall schreibt, dass ihn die „Vorgänge [...] auf das tiefste erbittert und ihm sein weiteres Wirken in Österreich verleidet“ hatten;⁵¹ 1930 nahm Kelsen einen Ruf an die Universität Köln an.

Diese Hintergründe sind wichtig, um die Tragweite der Kontroverse zu verstehen, die sich zur gleichen Zeit zwischen Kelsen und dem Berliner Professor Rudolf Smend abspielte: Smend, bis zur Wiener Tagung 1928 Vorstandsmitglied der Staatsrechtslehrervereinigung, veröffentlichte im selben Jahr sein Hauptwerk „Verfassung und Verfassungsrecht“, in der er seine Vorstellungen von Staat und Verfassung breit darlegte und vehement gegen Kelsens Lehre auftrat, wonach der Staat nichts Reales, sondern mit dem Recht identisch sei.⁵² Die „Richtigkeit der herrschenden Annahme, d. h. die Wirklichkeit des ‚soziologischen‘ Staats und seine Identität mit dem Gegenstande des Staatsrechts“, erklärte Smend daher geradezu zu der „wesentlichen Voraussetzung“ seiner Untersuchung.⁵³ Insofern darf die Arbeit Smends auch in die lange Reihe der Kampfschriften gegen Kelsen eingeordnet werden, und sie zählt wie die von Hold und Schwind auch zu jenen Arbeiten, auf die Kelsen mit einem ganzen Buch reagierte: „Der Staat als Integration“, erschienen 1930, wenige Monate vor Kelsens Immigration nach Deutschland.⁵⁴ Smends Arbeit, und dies muss betont werden, zählt aber auch zu jenen vielen Schriften, die recht eindeutig die antisemitische Karte ausspielten und daher Kelsen gerade zu jener Zeit tief und persönlich verletzen: So behauptete Smend, Max Weber hätte „Ostjuden als unmögliche Führer deutschen Staatslebens“ empfunden, und dies, kurz nachdem Smend die Theorien Kelsens über den Führerwechsel als „liberal-individualistisch“ und „schief“ kritisiert hatte.⁵⁵

Auch wenn Kelsen schwerlich als „Ostjude“ bezeichnet werden kann, so ist es doch nicht verwunderlich, dass Kelsen in seiner Gegenschrift teilweise recht scharf reagierte, zwar auf die antisemitischen Behauptungen nicht einging, wohl aber konstatierte, dass es offenbar zur Mode geworden sei, „die Reine Rechtslehre der Wiener Schule weidlich auszuschroten, ihrer aber nur dann Erwähnung zu tun, wenn man glaubt gegen sie polemisieren zu können [...] Wenn das jüngere, kar-

⁵¹ Rudolf A. Métall, Hans Kelsen. Leben und Werk (Wien 1969) 56.

⁵² Scheuner, Vereinigung 352, sieht im Jahr 1928, als sowohl Smends „Verfassung und Verfassungsrecht“ als auch Schmitts „Verfassungslehre“ erschienen, „eine entscheidende Wende“ in der Entwicklung der Staatsrechtslehre.

⁵³ Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (München/Leipzig 1928) 14; vgl auch Stolleis, Geschichte III, 174.

⁵⁴ Zur Kontroverse selbst vgl Korb, Kelsens Kritiker 123 ff und passim.

⁵⁵ Smend, Verfassung und Verfassungsrecht 27, 29. Er bezieht sich dabei auf Marianne Weber, Max Weber. Ein Lebensbild (Tübingen 1926) 672, die im Zusammenhang mit Kurt Eisner über eine angebliche „Erbitterung der Bevölkerung über die Revolutionäre und ihre fremdländischen jüdischen Anführer“ schreibt. Der antisemitische Schluss, den Smend hieraus zieht, ist m. E. nicht nachvollziehbar. Der zweite Hinweis von Smend – er bezieht sich auf „feine Bemerkungen“, die Thomas Mann in seinem Roman „Königliche Hoheit“ gemacht haben soll – bleibt völlig nebulos.

rierebeflissene Autoren tun, so kann man darüber mit einem Lächeln [...] hinweggehen [...] Bei einem Gelehrten von der Bedeutung Smends aber muß man seiner Verwunderung darüber Ausdruck geben, daß er eine theoretische Arbeit, der er sein ganzes kritisches Rüstzeug entnimmt, als eine ‚Sackgasse ohne Zweck und Ziel‘ (S. 4) bezeichnet[...].⁵⁶

Smend beschloss hierauf, im „Archiv des öffentlichen Rechts“ eine „Antikritik“ zu schreiben. In dem – niemals veröffentlichten – Text wollte er aber gerade „Nicht in eigener Sache“ schreiben, sondern die „Beschimpfung deutscher akademischer Zustände im allgemeinen und einzelner deutscher Gelehrter im besonderen“ zurückweisen. „Wer aus ‚Karrierebeflissenheit‘ die wissenschaftliche Wahrheit, die er zu suchen vorgibt, verdreht und verfälscht, ist ein Lump, dessen sich deutsche Wissenschaft aus einfachsten Gründen der Reinlichkeit mit den dafür glücklicherweise noch vorhandenen Mitteln zu erwehren hat. Hat Herr Kelsen den Mut, Namen zu nennen? Dann möge er es tun und sich mit den Beschuldigten vor der Öffentlichkeit der Fachgenossen im In- und Auslande auseinandersetzen, vor der er die Ehre der deutschen Universitäten und der deutschen Staatsrechtslehrer (die er als Mitvorsitzender der deutschen Staatsrechtslehrervereinigung pflichtmässig wahren und rein erhalten sollte) so schwer angegriffen hat.“⁵⁷

Damit war die Staatsrechtslehrervereinigung direkt angesprochen; kämpfte hier doch Vorstandsmitglied gegen Vorstandsmitglied. Triepel, der als Mitherausgeber des „Archivs“ von der drohenden Eskalation der Kontroverse erfahren hatte, befürchtete, dass dies dem Ruf der Vereinigung schweren Schaden zufügen könnte. Gemeinsam mit dem amtierenden Vorsitzenden Sartorius bemühte er sich um Vermittlung zwischen den Kontrahenten, und Sartorius schrieb an Kelsen, dass man aus Kelsens Ausführungen den „Vorwurf“ herauslesen könne, „dass Smend im letzten Grund einen politischen Zweck verfolge und im Gewande wissenschaftlicher Erörterungen einen Kampf gegen die Demokratie und die Weimarer Verfassung führe. Ein Vorwurf also, der die wissenschaftliche Ehrlichkeit in Frage stellt. [...] Nach den mir bekannt gewordenen Äusserungen von Mitgliedern der Vereinigung muss ich fürchten, dass das vertrauensvolle Zusammenarbeiten der deutschen Staatsrechtslehrer schwer gefährdet ist. Bei allen tiefgehenden Verschiedenheiten des Temperaments, der wissenschaftlichen Methode und der politischen Einstellung ihrer Mitglieder, hat bis jetzt die Arbeitsgemeinschaft der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer in voller Harmonie ihre Wirksamkeit entfaltet. Es wäre doch ausserordentlich bedauerlich, wenn nun ein Riss in diese Geschlossenheit der Vereinigung gebracht würde und wir müssen, wie ich glaube, alles tun, um diese Gefahr zu beschwören.“ Sartorius richtete daher die Bitte an Kelsen, eine

⁵⁶ Hans Kelsen, *Der Staat als Integration. Eine prinzipielle Auseinandersetzung* (Wien 1930) 3.

⁵⁷ Rudolf Smend, *Nicht in eigener Sache*; Typoskript und Satz in UB Göttingen, Cod. Ms. R. Smend C 10.

Erklärung gegenüber Smend abzugeben, die durchaus nicht in der Öffentlichkeit erfolgen müsse, aber die doch geeignet sei, die „Angelegenheit“ zu bereinigen.⁵⁸

Es war dies ein Vorschlag, den Kelsen gerne aufgriff, zumal er Smend, wie er nun erklärte, „sowohl als Gelehrten, wie als Mensch und Charakter besonders hoch schätze“ und dessen wissenschaftliche Ehrlichkeit für Kelsen „über alle Zweifel erhaben“ war. Er konnte freilich nicht umhin, weiterhin festzustellen, dass Smends Integrationslehre geradezu notwendigerweise „politische Konsequenzen“ habe, gehöre doch Smend jenen Staatsrechtslehrern an, die meinen, dass sich auf dem Gebiet der Staatsrechtslehre „das politische von dem wissenschaftlichen gar nicht trennen lasse“ und dass ja auch Smend ihm gegenüber vorgeworfen habe, dass seine Rechtstheorie „wesentlich demokratischer Liberalismus“ sei. Er selbst fühle sich durch solche Äußerungen nicht gekränkt und hatte auch nicht vor, andere Personen zu kränken. „Aber ich muss heute zugeben, dass die von mir gewählte Formulierung vielleicht zu Missverständnissen Anlass geben konnte, was ich aufrichtig bedauere!“ Kelsen richtete diese Worte nicht direkt an Smend, sondern an Sartorius, ermächtigte ihn aber, „dieses Schreiben Herrn Smend sowohl als auch anderen Mitgliedern der Vereinigung zur Kenntnis zu bringen.“⁵⁹ Damit war die Angelegenheit allem Anschein nach bereinigt; Smend zog seine bereits im Satz befindliche „Antikritik“ für das AöR zurück.⁶⁰

V. Das Ende der Staatsrechtslehrervereinigung 1933

Es ist diese Episode vor allem deshalb bemerkenswert, weil hier deutlich wird, wie sehr sich einzelne Staatsrechtler noch 1930 bemühten, die immer tiefer gehenden Risse zu glätten und an die Möglichkeit von parteiübergreifenden Plattformen, an einen gesellschaftlichen Grundkonsens glaubten. Zweieinhalb Jahre später war alles anders, und das Ende der Staatsrechtslehrervereinigung war gekommen, als im März 1933 die Professoren Gerhard Anschütz, Carl Schmitt, Carl Bilfinger und Edgar Tatarin-Tarnheyden sowie auch das Vorstandsmitglied Otto Koellreuter ihren Austritt aus der Vereinigung erklärten.⁶¹ Mit Ausnahme von Anschütz handelte es sich um rechtsgerichtete bzw. nationalsozialistische Professoren, die mit

⁵⁸ Eine maschinenschriftliche Abschrift des Briefes Sartorius' an Kelsen wurde vom Verfasser an Smend mitgeteilt und befindet sich in UB Göttingen, Cod. Ms. R. Smend C 10.

⁵⁹ *Hans Kelsen*, Schreiben an Carl Sartorius, 3.8.1930, UB Göttingen, Cod. Ms. R. Smend C 10.

⁶⁰ *Paul Siebeck*, Schreiben an Rudolf Smend, 18.6.1930, UB Göttingen, Cod. Ms. R. Smend C 10.

⁶¹ So nach einer offenbar von *Rudolf Smend* selbst oder aufgrund seiner Notizen von unbekannter Hand erstellten, undatierten Aufzeichnung „Die Stillegung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer im April 1933“, UB Göttingen, Cod. Ms. R. Smend C 2, 119 f. Demnach hielt sich Koellreuter noch die Geschäftsführung des Vorstandes vor, „wohl in Erwartung baldiger Liquidation“.

ihrer Aktion die Fortexistenz der Staatsrechtslehrervereinigung in Frage stellten, und eine nicht unbeträchtliche Rolle dürfte dabei der Umstand gespielt haben, dass im Vorstand der Vereinigung ein Jude, Kelsen, saß. Der Austritt Anschütz' zeigt jedoch, dass auch demokratische Staatsrechtslehrer zu diesem Zeitpunkt nicht mehr an eine Zukunft der Staatsrechtslehrervereinigung glaubten.⁶²

Smend berichtet, dass damals der Marburger Professor Hans Gerber – wohl auf eigene Initiative – eine neue Satzung für die Vereinigung entwarf, die „für akademische Lehrstellen nicht geeignete Fachgenossen“ ausschließen sollte; Triepel lehnte eine derartige Änderung ab und sprach sich dafür aus, die für 1933 in Marburg angesetzte Tagung wie geplant abzuhalten. Aber weder Gerber noch Triepel waren Mitglieder des Vorstandes, und bei den verbliebenen beiden Vorstandsmitgliedern, Sartorius und Kelsen, herrschte offenbar große Verunsicherung, was in dieser Situation getan oder was nicht getan werden solle. Die Entscheidung fiel, als Erich Kaufmann, der damals für das Auswärtige Amt in Berlin arbeitete, Smend anrief und ihm berichtete, dass die „hohe Bürokratie“ befürchte, es werde bei der nächsten Tagung zu unabsehbaren Folgen – Loyalitätserklärungen zum neuen Regime einerseits, Bekenntnissen zum Rechtsstaat andererseits – kommen; man wünsche die „Vertagung auf unbestimmte Zeit“. ⁶³ Smend gab diese Mitteilung an den Vorstandsvorsitzenden Sartorius weiter, und dem Wunsch aus Berlin wurde schließlich entsprochen; Anfang April schickte ausgerechnet Koellreuter, der nun sozusagen zum Nachlassverwalter der verstorbenen Staatsrechtslehrervereinigung wurde, ein entsprechendes Rundschreiben an alle Mitglieder.⁶⁴

Nach Ansicht Smends und auch Koellreuters war diese Vorgangsweise nicht zuletzt deswegen gewählt worden, um Kelsen einen ehrenvollen Abgang zu ermöglichen bzw. hatten sie Skrupel, ihn direkt abzusetzen.⁶⁵ Im April 1933 – somit etwa um dieselbe Zeit, zu der Kelsen als Dekan der Juristischen Fakultät Köln abgesetzt und als Professor beurlaubt wurde⁶⁶ – endete Kelsens Mitgliedschaft im Vorstand der Staatsrechtslehrervereinigung; das genaue Datum und die juristische Vorgangsweise⁶⁷ sind ebenso unbekannt wie die Frage, ob er noch einfaches Vereins-

⁶² *Stolleis*, Geschichte III, 311. Vgl zu Anschütz auch *Groh*, Staatsrechtslehrer 42 ff.

⁶³ *Smend*, Stillelegung.

⁶⁴ *Hesse*, Zum 50. Jahrestag, 346.

⁶⁵ *Smend*, Stillelegung; *Stolleis*, Geschichte III, 311 f. Vgl ebd ein Schreiben Koellreuters an Arnold Köttgen vom 21. 4. 1933, wonach er ihn „nur“ (!) „als Staatsrechtler kaltgestellt“ (!) haben wollte.

⁶⁶ Zur Zwangsbeurlaubung (13. 4. 1933) siehe *Oliver Lepsius*, Hans Kelsen und der Nationalsozialismus, in: *Walter/Ogris/Olechowski*, Hans Kelsen 271–287; die Vorgänge rund um die Absetzung Kelsens als Dekan (11. 4. 1933) bei *Bernd Heimbüchel*, Die Neue Universität. Selbstverständnis – Idee und Verwirklichung, in: Senatskommission für die Geschichte der Universität zu Köln (Hrsg.), *Kölner Universitätsgeschichte II* (Köln/Wien 1988) 101–692, hier 589 ff.

⁶⁷ *Stolleis*, Geschichte III, 311 schreibt, dass Kelsen „automatisch“ ausfiel, was wohl den historischen Gegebenheiten entsprach, aber juristisch wohl kaum zutraf. Die Satzung kannte immerhin ein vorzeitiges Ausscheiden eines Vorstandsmitglieds (§ 4), ohne dass nähere Regelungen getroffen wurden.

mitglied blieb, was aber keine praktische Bedeutung mehr hatte, zumal die Vereinigung mit der Vertagungserklärung faktisch und 1938 auch rechtlich zu bestehen aufgehört hatte.⁶⁸ Als sie 1949 neu gegründet wurde, war Kelsen kein deutscher Staatsrechtslehrer mehr, und er trat ihr auch später, als er 1953 in Köln rehabilitiert wurde, nicht wieder bei. Der in den USA lebende Jahrhundertjurist hatte sich mittlerweile in Deutschland alle Sympathien verscherzt, seitdem er 1945 in einer amerikanischen Zeitschrift die *debellatio*-These verkündet hatte, wonach Deutschland infolge der bedingungslosen Kapitulation der Wehrmacht als Staat untergegangen sei.⁶⁹ Sie war immerhin der Grund dafür, dass Kelsen auf der Tübinger Tagung 1954 wenigstens noch Erwähnung fand, und zwar durch den Referenten Friedrich von der Heydte, welcher aber natürlich Kelsens *debellatio*-These vehement abstritt und die Fortexistenz des deutschen Staates zu beweisen suchte.⁷⁰ Dass es sich bei von der Heydte um den einzigen ehemaligen Kelsen-Assistenten handelte, der in der NS-Zeit Mitglied von SA und NSDAP gewesen war,⁷¹ ist nur ein Detail am Rande einer Kontroverse, die aber bereits zu einem anderen Kapitel in der bewegten Lebensgeschichte Hans Kelsens zählt.

⁶⁸ *Stolleis*, Geschichte III, 313.

⁶⁹ *Hans Kelsen*, The International Status of Germany according to the Declaration of Berlin, in: *The American Journal of International Law* 1945, 518–526; vgl auch *denselben*, Is a Peace Treaty with Germany Legally Possible and Politically Desirable?, ebenda 1947, 1188–1193. Die Zahl der Gegenstimmen ist Legion; vgl etwa die zusammenfassenden Darstellungen bei *Otto Kimminich*, Die Souveränität der Bundesrepublik Deutschland (Hamburg 1970) und *Dieter Blumenwitz*, Was ist Deutschland? (Bonn 1982), jeweils mit reichen Literaturangaben, sowie auch die gängigen Lehr- und Handbücher.

⁷⁰ *Friedrich von der Heydte*, Diskussionsbeitrag, in: *VVDStRL* 13 (Berlin 1955) 10.

⁷¹ Besonders aufschlussreich ist in diesem Zusammenhang der Brief, den *von der Heydte* am 24.4.1933 an das Dekanat der juristischen Fakultät Köln schrieb, um seine Stelle als Assistent auch nach dem Weggang Kelsens zu behalten: Universitätsarchiv Köln, Zug 42/3973 I.