

HANS KELSEN – LEBEN UND WERK GEDANKEN ZU SEINEM 40. TODESTAG

Herbert Schambeck*

Abstract: *Hans Kelsen was born in Prague towards the end of the nineteenth century. He finished high school (gymnasium) in Vienna with the general qualifications for university entrance (Matura). Studied at the University of Vienna, where he obtained his doctor's degree, made his habilitation (qualification for teaching as docent) and later was pointed Professor there.*

He was influential in the constitutional development of Austria from the monarchy to the republic and by his methodology (self-styled "Pure theory of Law") had a strong positivistic impact on the legal thinking in the twentieth century.

Kelsen was a legal scholar who passed from legal philosophy through the doctrine of state and law to international legal doctrine. He laid the basis for the judicial review of laws, regulations and other legal acts by a constitutional court. The political situation of the nineteen thirties and forties caused him to be on a constant move. He taught law consecutively in Vienna, Cologne, Prague, Geneva, Harvard and Berkeley.

Keywords: *constitutional evolution, doctrine of state and law, legal positivism, persecution, emigration, international legal order*

Das Leben eines Menschen wird bestimmt von seiner Herkunft, seinen Fähigkeiten und den Umständen seiner Zeit, in die einer hineingeboren wird und die sich keiner aussuchen kann.

1.

Diese mehr allgemeine Feststellung gilt auch für Hans Kelsen¹, der am 11. Oktober 1881 in Prag geboren wurde und am 19. April 1973 in Berkeley verstarb.

Betrachtet man diese *Lebenszeit* Kelsens, so umspannt diese mehr als neun Jahrzehnte und zwei Weltkriege. Sie begann am 11. Oktober 1881 in Prag, wo er in Prag II (Prag Neustadt) im Haus Nr. 64 (Brennregasse, Spalená ulice), Nr. 46, also im tschechischen Teil des alten Österreichs geboren wurde und in Californien der USA vollendete, nachdem er 61 Jahre, ein selten persönliches Glück, mit seiner Frau Margarete, geborene Bondi, verheiratet war, die nur wenige Monate vor ihm in Berkeley verstorben war, nachdem sie in Wien, Köln, Genf und den USA an seiner Seite war.

* Dr.jur.Dr.jur.h.c.mult., Dr.phil.h.c., Dr. theol. h. c., Herbert Schambeck, emert. o. Univ. Prof. für öffentliches Recht, politische Wissenschaften und Rechtsphilosophie an der Universität Linz, Präsident des Bundesrates der Republik Österreich i.R., Wien. Gastvorlesung, gehalten am 19. April 2013 an der Karlsuniversität in Prag nach der Enthüllung der Gedenktafel am Geburtshaus von Hans Kelsen in Prag.

¹ Siehe MÉTALL, R. A. *Hans Kelsen Leben und Werk*. Wien 1969; Hans Kelsen im Selbstzeugnis, In: JESTAEDT, M. (Hrsg.). *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*: Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstages von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006; Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit, Ergebnisse einer internationalen Tagung, veranstaltet von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs und dem Hans Kelsen-Institut (19.–21. April 2009). In: WALTER, R. – OGRIS, W. – OLECHOWSKI, T. (Hrsg.). *Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit. Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts*. Wien 2009, Band 32.

Den *Prager Wurzeln* Hans Kelsens ist verdienstvoll sehr fundiert Petre Kreuz, der auch am Archiv der Stadt Prag gearbeitet hat, vom Institut für böhmische Geschichte der Karlsuniversität Prag nachgegangen.²

Ich selbst hatte die Ehre, das Ehepaar Kelsen während meiner Gastprofessur an der University of Notre Dame, Indiana in den USA persönlich kennen zu lernen, als sie mich am Karfreitag 1967 einluden, sie mit meiner vor 23 Jahren verstorbenen Frau Elisabeth in ihrem Heim in Berkeley, Los Angeles Avenue 2126 zu besuchen. Im Anschluss an diesen Besuch bin ich mit Hans Kelsen länger postalisch in Kontakt gewesen.

Das Schicksal der Familie Kelsen ist typisch für viele Juden aus dem österreichischen Vielvölkerstaat. Kelsens Vater Adolf wurde *in einer jüdischen Familie* 1850 im galizienischen Brody geboren, seine Mutter Auguste Loewy kam aus einer tschechischen Familie im böhmischen Neuhaus. Sein Vater kam mittellos nach Wien, wo er einen Handel und später auch Erzeugung von Beleuchtungskörpern begann; einige Zeit auch in Prag. Er verstarb bereits 1907, seine Frau hingegen erst 1950 im slowenischen Bled, wohin sie mit ihrer Tochter Gertrude und deren Mann vor dem nationalsozialistischen Regime geflüchtet war. Ihre Ruhestätte konnte auf mein Ersuchen dank Österreichs Botschafter Dr. Erwin Kubesch und Bürgermeister Prof. Janez Fajfar in einem Massengrab am Friedhof in Bled entdeckt und dort auch jetzt eine *Gedenkstätte* geschaffen werden. Es freut mich, dass am Geburtshaus von Hans Kelsen in Prag eine *Gedenktafel* möglich wurde, was aber nicht leicht war, da dieses Haus unter Denkmalschutz steht. Herrn Botschafter Dr. Ferdinand Trauttmansdorff und allen in der österreichischen Botschaft in Prag mit dieser Initiative Befassten danke ich für ihr diesbezügliches Bemühen und Herrn Honorarkonsul Mag. Peter König für seine finanzielle Unterstützung sehr.

2.

Hans Kelsen kam mit seinen Eltern *im vierten Lebensjahr nach Wien*, wo er im 4. Bezirk die evangelische Volksschule und das akademische Gymnasium besuchte. In diesem Zusammenhang seien als ehemalige Schüler dieses Gymnasiums u.a. der Komponist Franz Schubert, der Dichter Arthur Schnitzler und der Physiker Erwin Schrödinger genannt.

Nach eigenen Angaben hatte Kelsen schon damals „*ein zunehmendes Interesse an philosophischen Fragen*“³, entschied sich aber nach der Matura und dem Militärdienst als Einjährig-Freiwilliger Offizier für das Jusstudium in Wien.

Dieser *Militärdienst* ermöglichte Kelsen den Eintritt in die damals besonders angesehene Offizierslaufbahn, die „als Symbol der Aufnahme in die bürgerliche Gesellschaft“⁴ galt. In seiner Dienstbeurteilung wird festgestellt: „Gefestigter Charakter mit dienstlichem Pflichtgefühl, heiteren, offenen Gemüthes, sehr gut begabt, mit rascher Auffassung ... gegen Vorgesetzte sehr achtungsvoll, gehorsam und offen gegen Gleichgestellte, freundlich

² KREUZ, P. Zu den Prager Wurzeln Hans Kelsens. In: WALTER, R. – OGRIS, W. – OLECHOWSKI, T. (Hrsg.). Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit. *Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts*. Wien 2009, Band 32, s. 21 ff.

³ Beachte KELSEN, H. a.a.O., S. 33.

⁴ BUSCH, J. Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg, Achsenzeit einer Weltkarriere. In: WALTER, R. – OGRIS, W. – OLECHOWSKI, T. (Hrsg.). Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit. *Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts*. Wien 2009, Band 32, S. 59.

und zuvorkommend, auf Untergebene günstig einwirkend“⁵. Diesen Feststellungen möchte ich auch hinzufügen, dass ich gegen Ende seines Lebens Kelsen bei meinem Besuch am Karfreitag 1967 in seinem Heim in Berkeley mit seiner Frau Margarete nicht verbittert, sondern mit ausgeglichener Ruhe ohne ein Wort zu Ereignissen und Personen, die ihnen Negatives und Schwierigkeiten bietet haben, erlebt habe!

Nach seiner *Promotion am 18. Mai 1906 an der Universität Wien*, seinem folgenden Gerichtsjahr am Bezirksgericht Leopoldstadt und dem Straflandesgericht Wien sowie einer kurzen Anwaltspraxis begann Kelsen sich auf seine Habilitation vorzubereiten; daher ging Kelsen einige Zeit zu Studien an die Universitäten Heidelberg zu Georg Jellinek sowie zu Gerhard Anschütz und nach Berlin. Am 1. Juli 1908 trat er als Konzeptsbeamter in das k.k. Österreichische Handelsmuseum ein und begann nebenamtlich die Lehrtätigkeit an der dem Handelsmuseum angeschlossenen Exportakademie, der heutigen Wirtschaftsuniversität Wien und zwar im Studienjahr 1909/10 mit einer Lehrveranstaltung über „Verfassung und Verwaltung der Balkanländer“.

Diese Tätigkeit Kelsens erhielt eine Änderung durch den Ersten Weltkrieg 1914, dessen Folgen auch mit ursächlich für den Zweiten Weltkrieg sowie den Tod von Millionen Menschen wurden. Reine imperiale Gründe veranlassten nämlich die Monarchen Kaiser Wilhelm II. in Deutschland und Kaiser Franz Josef I. in Österreich zu diesem Kriegseintritt und führten zu den Katastrophen. Bezüglich Österreich sei erwähnt, dass die Serben das Ultimatum erfüllt hätten, was den damals 84jährigen Monarchen Franz Josef nicht hinderte, trotzdem in diesen Krieg einzutreten. Später erklärte Wiens Erzbischof Christoph Kardinal Schönborn in seiner Predigt beim Requiem für Otto von Habsburg am 16. Juli 2011 im Wiener Stephansdom: „In der langen, prägenden und in vieler Hinsicht reich gesegneten Regierungszeit Kaiser Franz Josefs gab es wohl keinen schwereren, folgenreichen Fehler als den, diesem Krieg zuzustimmen und ihn zu erklären. Er hat zum sinnlosen Blutvergießen geführt, dem auch das Bemühen des Vaters unseres Verstorbenen, des seligen Kaisers Karl, nicht mehr Einhalt gebieten konnte“.⁶

3.

Kelsen ist selbst von diesen militärischen Auseinandersetzungen nicht betroffen gewesen, weil er auf Grund einer schweren Lungenentzündung für den Kriegsdienst untauglich erklärt wurde, zunächst in das k und k Kriegsfürsorgeamt des *Kriegsministerium in Wien* versetzt worden war, später wurde er dem Justizoffizierskorps zugeteilt, wo er verhindern konnte, dass ein tschechischer Offizier, der sich geäußert hat, dass dieser Erste Weltkrieg einer der Germanen gegen die Slawen und deshalb abzulehnen sei, verurteilt wurde.⁷

Später hatte Kelsen Aufgaben mit auch Völkerrechtsbezug, der ihn in *Kontakt zum damaligen Kriegsminister Rudolf Stöger-Steiner*, dessen Referent er wurde, und *über diesen zu Kaiser Karl* brachte.

⁵ Österreichisches Staatsarchiv, Kriegsarchiv QI Hans Kelsen, dazu BUSCH, J. Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg, Achsenzeit einer Weltkarriere. In: WALTER, R. – OGRIS, W. – OLECHOWSKI, T. (Hrsg.). Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit. *Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts*. Wien 2009, Band 32, S. 60.

⁶ KATHPRESS vom 16. Juli 2011, S. 11 f.

⁷ Näher MÉTALL, R. A. *Hans Kelsen Leben und Werk*. Wien 1969, S.18.

Als ich am Karfreitag 1967 bei Kelsen war, fragte er mich, da er wusste, dass ich aus Baden bei Wien komme, wo am Ende des 1. Weltkriegs das Hauptquartier der österreichisch ungarischen Armee war, ob es noch von Wien nach Baden die elektrische Bahn gäbe, die er immer auf der Fahrt zu Gesprächen mit Kaiser Karl benutzte. Dieser *Kontakt* zu Kaiser Karl gab Kelsen die Gelegenheit, eine Denkschrift zur Rettung des damaligen Vielvölkerstaates auszuarbeiten. Diese führte schließlich zum *kaiserlichen Manifest vom 16. Oktober 1918*, in dem Kaiser Karl die nationalen Fraktionen des Reichsrates aufforderte, auf Grund des Selbstbestimmungsrechtes der Völker „Nationalräte“ zu bilden.⁸

Die *Verhandlungen*, die der letzte Ministerpräsident der österreichisch ungarischen Monarchie Prof. Dr. Heinrich Lammasch *mit den Vertretern der einzelnen Nationalitäten*, „anfangs übrigens nicht ungünstig“, wie Kelsen betont, blieben aber *ergebnislos*, weil „der während des Krieges zum Tod verurteilte und später begnadigte Führer der Jungtschechen Karl Kramár, der gerade im Begriffe war, mit einem ihm vom österreichisch ungarischen Außenministerium ausgestellten Pass nach Genf zu ‘seiner Regierung’ (Tomáš Masaryk und Edward Beneš) – wie er sagte – zu fahren, dezidiert erklärte, an keiner derartigen Kombination mitarbeiten zu wollen“.⁹ Kelsen schrieb später in seiner Autobiographie 1947 auch, Lammasch hätte ihm mitgeteilt, „Kramár habe ihm gesagt, er persönlich sei zwar Royalist, könne aber in dieser Hinsicht keine Bindung eingehen. Ohne die Tschechen“ betonte Kelsen, „war natürlich der ganze Plan unmöglich“.¹⁰

4.

Neben dieser *beruflichen Tätigkeit* Kelsens, die ihn *sehr nahe zur Politik am Schicksalsweg des alten Vielvölkerstaates Österreichs* brachte, setzte er sein *akademisches Wirken* fort und *habilitierte sich an der Wiener Rechtsfakultät* für Staatsrecht und Rechtsphilosophie 1911, in diesem Jahr veröffentlichte er in Tübingen seine später auch vielzitierten Schriften „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz“ und „Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode“. Seine Vorlesungen begann er im Wintersemester 1911 mit einer solchen über den österreichisch ungarischen Ausgleich und sammelte damals einige jüngere Hörer in seiner Wohnung zu einem Privatseminar; diesem Seminar gehörten damals schon der spätere Staats- und Verwaltungsrechtslehrer Adolf Merkl¹¹ und der spätere Völkerrechtler und Rechtsphilosoph Alfred Verdross-Drossberg¹² an, die in der Folgezeit *das Dreigestirn der Wiener Rechtstheoretischen Schule* bildeten.

Da ich 1959 an der Wiener Rechtsfakultät der letzte Assistent von Merkl und auch Mitarbeiter von Verdross in Rechtsphilosophie wurde, hatte ich während deren letzten Jahre diese Wiener Rechtsschule direkt persönlich und wissenschaftlich erfahren und miterlebt.

⁸ Siehe HELBLING, E.C. *Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte*. 2. Auflage, Wien 1974, S. 400 ff.

⁹ KELSEN, H., a.a.O., S. 53 f.

¹⁰ KELSEN, H., a.a.O., S. 54.

¹¹ Dazu MERKL, A. In: Hans Klecatsky, René Marcic, Herbert Schambeck (Hrsg.). *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. 2. Band, Wien 2010, S. 1968 ff.

¹² Dazu VERDROSS, A. In: Hans Klecatsky, René Marcic, Herbert Schambeck (Hrsg.). *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. 2. Band, Wien 2010, S. 1982 ff.

Von diesen drei Rechtslehrern wurde Kelsen in Wien als Erster *Ordinarius*, nämlich 1919 nach dem Heimgang seines Lehrers Edmund Bernatzik.

In der Folge erweiterte sich der Seminarkreis Kelsens um Fritz Sander, der später Professor an der Deutschen Universität in Prag wurde, Walter Henrich, der hernach an der Deutschen Technischen Hochschule in Brünn Professor war, Fritz Schreier, der sich in Wien habilitierte, Felix Kaufmann, der Professor an der Graduate Faculty of Political and Social Science in New York wurde und Leonidas Pitamic, der Professor in Laibach und Gesandter Jugoslawiens in Washington D.C. geworden war. Es gab daher Grenzen überschreitend *neben der Wiener Rechtstheoretischen Schule auch deren Zweige in Brünn und Laibach!*

5.

Unabhängig von diesem rechtswissenschaftlichen Engagement war Kelsen auch insofern an der Verfassungsrechtsentwicklung Österreichs dadurch wesentlich beteiligt, da er nach Ende seiner Beraterfunktion beim letzten k und k Kriegsminister Rudolf Stöger-Steiner am 31. Oktober 1918 mit November 1918 wissenschaftlicher Mitarbeiter des Staatskanzlers Dr. Karl Renner der neu ausgerufenen Republik Deutsch Österreich wurde. Auf diese Weise wurde Kelsen vom Rechtsberater am Ende der Monarchie zum Rechtsberater der neuen Republik!

In diesem Stadium des Weges Österreichs entwickelte Kelsen die Theorie von der Diskontinuität der beiden Staaten, welche auch für die neue Republik Tschechoslowakei galt.¹³

In der Persönlichkeit Kelsens ergab sich mit seiner Kenntnis des Staatsrechts der Dezemberverfassung des alten Österreichs der Monarchie und der Einsicht in die Erfordernisse des Neustaates der Republik Österreich *eine wahre Brückenfunktion*. Diese drückte sich auch normativ in dem Entwurf zum Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) aus, das 1920 von der konstituierenden Nationalversammlung beschlossen wurde.¹⁴

Vor dieser Beschlussfassung des B-VG hatte Kelsen in mehreren Vorentwürfen auch versucht, möglichst alle Fraktionen der Nationalversammlung anzusprechen.¹⁵

In diesem B-VG, das neben späteren Verfassungsgesetzen des Bundes und der Länder Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen und verfassungsändernden Staatsverträgen, die *Hauptquelle der österreichischen Staatsrechtsordnung* wurde, versuchte Kelsen bei Diskontinuität im völkerrechtlichen Sinn des alten monarchischen zum neuen republikanischen Österreich eine bestimmte Kontinuität im Hinblick auf den Rechtsstaat und die Behördenstruktur zu erreichen. Treffend hat daher Kelsen in der Vorrede seines 1923

¹³ Beachte OLECHOWSKI, T. Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung. In: WALTER, R. – OGRIS, W. – OLECHOWSKI, T. (Hrsg.). Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit. *Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts*. Wien 2009, Band 32., S. 212.

¹⁴ Siehe KELSEN, H. *Österreichisches Staatsrecht, ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt*. Tübingen 1923.

¹⁵ JESTAEDT, M. (Hrsg.). *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*: Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstages von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, S. 69: „Ich arbeitete mehrere Entwürfe aus um verschiedenen politischen Möglichkeiten Rechnung zu tragen“. Dazu SCHMITZ, G. Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die Österreichische Bundesverfassung. *Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts*. Wien 1981, Band 6.

veröffentlichten Grundrisses „Österreichisches Staatsrecht“ erklärt, dass „sehr bedeutende Verfassungsinstitutionen der österreichischen Monarchie in die Republik hineinragen“¹⁶. In diesem Zusammenhang sei neben der Behördenstruktur besonders auf die Grundrechte verwiesen.

6.

Das *B-VG* enthält nämlich *keinen eigenen Grundrechtskatalog*¹⁷, wie er in anderen Staaten selbstverständlich ist, abgesehen von einzelnen Grundrechtsbestimmungen, wie den Gleichheitsgrundsatz (Art. 7 B-VG), das Wahlrecht (Art. 23a, 26, 95 und 117 B-VG), das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art. 83 Abs. 2 B-VG) und das Verbot eines Zwanges zur Selbstbeziehung (Art. 90 Abs. 2 B-VG). *Die Grundrechte* wurden vielmehr *von der Dezemberverfassung 1867 der Monarchie durch Rezeption* im Art. 149 B-VG des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGBl. 142 *in das Verfassungsrecht der Republik Österreich übernommen*. Auf diese Weise gelten noch heute in dem zweiten Dezenium des 21. Jahrhunderts jene Grundrechte in Österreich, welche seinerzeit die Liberalen als es noch keine demokratisch gewählte Volksvertretung gab, dem damals noch absolutistisch denkenden Kaiser Franz Josef abgetrotzt hatten!

Neben dieser Grundrechtssituation Österreichs ist es auch des Hinweises wert, dass *in diesem B-VG nur jene Verfassungsgrundsätze expressis verbis festgehalten* sind, *die neu* in das Staatsrecht Österreichs *aufgenommen wurden*¹⁸, nämlich die Staatsform der Republik im Art. 1 B-VG, da Österreich bis 1918 eine konstitutionelle Monarchie war und jetzt eine demokratische Republik wurde und im Art. 2 der Staatsaufbau als Bundesstaat an Stelle der bisherigen dezentralisierten Einheitsstaatlichkeit. Von Karl Renner bekam Kelsen, wie er in seiner Autobiographie später betonte an „wesentlichen politischen Direktiven“¹⁹: „Bundesstaatliche Struktur und Demokratie soweit dies im Rahmen einer repräsentativen Verfassung irgend möglich war. Dabei sollte die in Vorbereitung befindliche Weimarer Verfassung, soweit dies tunlich schien, als Vorbild benützt werden“.²⁰

In diesem Zusammenhang sei auch darauf verwiesen, dass Kelsen schon anfangs 1919 ein Gutachten verfasst hatte über: „Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs mit besonderer Berücksichtigung des Anschlusses Deutschösterreichs an das Deutsche Reich.“²¹

Der damalige Deutschlandbezug hatte vor allem zwei Gründe, die damals mitbestimmend waren, zum einen bezog sich die Bezeichnung des Neustaates Deutschösterreich auf den deutschsprachigen Rest der Donaumonarchie, nämlich des Staates, der sich „die im

¹⁶ KELSEN, H., a.a.O., S. V.

¹⁷ Beachte HENGSTSCHLÄGER, J. – LEEB, D. *Grundrechte*. Wien 2012.

¹⁸ Dazu SCHAMBECK, H. Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungsinterpretation in Österreich. *Juristische Blätter*. 102. Jg., 1980, S. 225 ff., Neudruck in: derselbe, In: HENGSTSCHLÄGER, J. (Hrsg.). *Der Staat und seine Ordnung, ausgewählte Beiträge zur Staatslehre und zum Staatsrecht*. Wien 2002, S. 73 ff.

¹⁹ KELSEN, H. a.a.O., S. 68.

²⁰ KELSEN, H. a.a.O., S. 68 f.

²¹ Österreichisches Staatsarchiv, AdR, NPA (Karton 106), S. 344 ff.; dazu OLECHOWSKI, T. Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung. In: WALTER, R. – OGRIS, W. – OLECHOWSKI, T. (Hrsg.). *Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit. Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts*. Wien 2009, Band 32., S. 214 f.

Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder“ nannte und in diesem Reichsrat, wie damals die Volksvertretung der Männer hieß, elf Nationalitäten und 1911 auch Tomáš Masaryk und Alcide de Gaspari vertreten waren. Daneben begleitete die Politik zur Zeit der provisorische und konstituierenden Nationalversammlung 1918 bis 1920 fraktionsübergreifend, deutlich auch in der Sozialistischen Partei, die Frage, ob dieser Rest des deutschsprachigen Teils der Donaumonarchie überhaupt lebensfähig ist! Wie auch schon Thomas Olechowski im Anschluss an Robert A. Kann²² hervorgehoben hat, „war der Ausschluss Österreichs an das (damals noch demokratische!) Deutsche Reich ein großes persönliches Anliegen Kelsens, das in auch zahlreichen Veröffentlichungen zum Ausdruck kam.“²³

Kelsen ahnte damals sicher nicht, welche Folgen von Deutschland ausgehend auf Österreich zukommen könnten und ihm selbst in Deutschland bevorstehen werden! Adolf Merkl, ein Hörer und hernach Kollege Kelsens hat später in seinen Lehrveranstaltungen an der Universität Wien, die ich besonders als sein letzter Assistent miterlebt habe, diese Entwicklung des Staatsrechts Österreichs, „als ein nicht akzeptiertes Offert an die Weimarer Republik“ bezeichnet. Nach der Besetzung Österreichs durch das nationalsozialistische Deutschland wurde Merkl übrigens im März 1938 als Erster seiner Fakultät außer Dienst gestellt!

Neben diesem Deutschlandbezug und der bereits erwähnten *völkerrechtlichen formalen Diskontinuität des neuen zum alten Österreich* war Kelsen aber insofern um eine inhaltliche Kontinuität bemüht, als er auch Verfassungseinrichtungen übernommen und weiterentwickelt hat, so besonders die auf die schon in der Dezemberverfassung grundlegende Gerichtsbarkeit öffentlichen Rechts²⁴, vor allem durch die im B-VG eingeführte Normenkontrolle²⁵, die diesen von Kelsen geprägten Gerichtshof öffentlichen Rechts zum ersten derartigen *Verfassungsgerichtshof* mit später beispielgebender Wirkung für die folgende Verfassungsstaatlichkeit *mit weltweiter Anerkennung* werden ließ.

In diesem von Kelsen geprägten *B-VG* ging es ihm um eine *Rechtswegeverfassung*, wie Merkl sie bezeichnete, die, was Wertaussagen betraf, nach René Marcic von einem „beredten Schweigen der Verfassung“²⁶ gekennzeichnet ist. Dieses *Schweigen zeigt* einen *Werteneutralismus*, der aus dem Pluralismus der Gesellschaft in der Zeit der Monarchie mit der Mehrzahl der Nationalitäten und später mit der Vielzahl der politischen Parteien und Interessenvertretungen erklärlich ist.

Dieser Werteneutralismus zeigt sich im Unterschied zu anderen Staatsrechtsordnungen in dem *Fehlen grundlegender Begriffe im B-VG*, wie nur den eigenschaftswörtlichen Gebrauch der Demokratie, weiters im Fehlen u.a. eines eigenen Abschnitts über politische Parteien und Interessenvertretungen, sowie von Begriffen wie Rechts- und Gesetzesstaat sowie Grundrechte.

²² KANN, R. A. Die österreichische Bundes-Verfassung und der Anschluss im Lichte der Anschauungen von Hans Kelsen. In: *Österreichischer November 1918. Die Entstehung der Ersten Republik*. Wien 1986, S. 38.

²³ OLECHOWSKI, S. 215, Anmerkung 32) und KELSEN, Österreichs Staatsrecht, S.238: „Stärker als all dies, stärker als der aller Vernunft und Sittlichkeit hohnsprechende Verlauf der jüngsten Geschichte, deren Produkt das heutige Österreich ist, stärker als Österreich selbst ist sein Wunsch: aufzugehen im deutschen Vaterland“!

²⁴ Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes vom 21. Dezember 1867, RGBl. Nr. 143 und Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt vom 21. Dezember 1867, RGBl. Nr. 144.

²⁵ Art. 137 ff. B-VG.

²⁶ MARCIC, R. Das beredete Schweigen der Verfassung. In: Brughardt, Anton; Karl Lugmayer; Erich Machek; Gerhard Müller; Hans Schmitz (Hrsgs.). *Im Dienste der Sozialreform. Festschrift für Karl Kummer*. Wien 1965, S. 403.

7.

Zu dieser rechtspolitischen Erklärung des *Werteneutralismus* muss im Leben und Werk von Kelsen seine rechtswissenschaftliche Grundhaltung des *Rechtspositivismus* gezählt werden. Sie geht nach seiner eigenen Aussage²⁷ auf den Einfluss der Philosophie von Immanuel Kant und Hermann Cohen zurück.

In seiner ersten noch als Student veröffentlichten Arbeit war Kelsen dogmengeschichtlich orientiert; es war „Die Staatslehre des Dante Alighieri“²⁸ 1905, nach der Kelsen sich gleich rechtstheoretischen Studien zuwandte²⁹; in diesen *geht es nicht um Rechtsinhalte, sondern um die Rechtsform in der Rechtsnorm*. Dies zeigt sich bereits in seiner Habilitationsschrift „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatz“ 1911, setzte sich später in seiner berühmt gewordenen mit ihm überall zitierten sowie vielfach übersetzten „*Reinen Rechtslehre*“ 1934³⁰, 1945 in seiner „General Theory of Law and State“³¹ und schließlich in seiner 1979 von Kurt Ringhofer und Robert Walter aus dem Nachlass herausgegebenen Werk „Allgemeine Theorie der Normen“³² fort.

Kelsen geht in dieser seiner rechtspositivistischen und wertneutralen Rechtslehre³³ von einer Trennung von Sein und Sollen, einer fiktiven und inhaltsleeren Grundnorm aus, welche die Ordnung der Rechtsnormen begründet. Diese ursprünglich statische Rechtsbetrachtung Kelsens wurde durch die *Lehre Merkl's vom Stufenbau der Rechtsordnung*³⁴ dynamisiert und mit der Lehre von den verschiedenen Rechtsatzformen, deren Rang sich nach ihrer derogatorischen Kraft bestimmt und in einem Delegationszusammenhang stehen, die rechtstheoretische Voraussetzung für die Normenkontrolle, die in der Folge durch die Verfassungsgerichtsbarkeit ein weltweites Echo hatte. Merkl selbst wäre gerne in den österreichischen Verfassungsgerichtshof berufen worden, was er mir nach seiner letzten Lehrveranstaltung 1964 im schmerzlichen Ton selbst sagte. Kelsen hingegen war 1921 zum *Mitglied des Verfassungsgerichtshofes* gewählt worden; diesem gehörte er bis zu seiner Auflösung 1929³⁵ durch die Verfassungsreform an; „diese war“ nach Kelsen „der Grund, dass

²⁷ KELSEN, H., a.a.O., S. 23 und 37.

²⁸ KELSEN, H. Die Staatslehre des Dante Alighieri. *Wiener staatswissenschaftliche Studien*. Wien und Leipzig 1905, Band 6, Heft 3.

²⁹ JESTAEDT, M. (Hrsg.). *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*: Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstages von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, S. 22.

³⁰ KELSEN, H. *Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien 1934.

³¹ KELSEN, H. *General Theory of Law and State*. Übersetzt von Anders Wedberg, Cambridge (Massachusetts) 1945.

³² KELSEN, H. *Allgemeine Theorie der Normen*, im Auftrag des Hans Kelsen-Instituts aus dem Nachlass hrsg. von Kurt Ringhofer und Robert Walter, Wien 1979.

³³ Näher SCHAMBECK, H. Möglichkeiten und Grenzen der Rechtslehre Hans Kelsens. *Journal of the Association of Political and Social Science*. Published by Kokka Gakkaihe University of Tokyo, December 1982, S. 729 ff. und *Juristische Blätter*. Wien 1984, Jg. 106, S. 126 ff., Neudruck in: derselbe, *Der Staat und seine Ordnung*, S. 765 ff.

³⁴ Siehe MERKL, A. Das doppelte Rechtsantlitz, eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts. *Juristische Blätter*. 47. Jg., S. 425 ff., 444 ff. und 463 ff., Wien 1918, Neudruck in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, S. 893 ff.; derselbe, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, Deutsche Richterzeitung, Hannover 1917, 9. Jg., S. 3 ff., Neudruck in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, S. 955 ff. und derselbe, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*, in *Gesellschaft, Staat und Recht*, Festschrift für Hans Kelsen, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, Festschrift für Hans Kelsen, hrsg. von Alfred Verdross, Wien 1931, S. 252 ff., Neudruck in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, S. 1071 ff. und derselbe, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien und Berlin 1927, Neudruck Darmstadt 1969, S. 157 ff.

³⁵ Siehe KELSEN, H., a.a.O., S. 70, Anmerkung 195.

er Österreich verließ und eine *Berufung an die Universität Köln* annahm“.³⁶ Wie mir später Merkl erzählte, hätte die damalige Unterrichtsverwaltung, die für die Universitäten zuständig war, kein Bemühen für seinen Verbleib gesetzt.

8.

Im Zusammenhang mit einer *Rechtsfrage* betreffend *der sogenannten Dispensehe beim Verfassungsgerichtshof* war Kelsen in *Konflikt* mit der christlich-sozialen Partei gekommen und wollte nach der Verfassungsreform 1929 sich nicht von der sozialdemokratischen Partei für den Verfassungsgerichtshof vorschlagen lassen. Wie er selbst später feststellte, wollte er „nicht als Vertrauensmann irgendeiner Partei ein richterliches Amt ausüben; solches hielt ich mit der richterlichen Unabhängigkeit gänzlich unvereinbar“.³⁷

Im Gegensatz zu dieser Haltung Kelsens sind aber in der Folgezeit bis heute alle Mitgliedschaften beim österreichischen Verfassungsgerichtshof alle über Vorschläge der politischen Parteien im National- und Bundesrat sowie der Bundesregierung erfolgt!

Diese damaligen *Vorgänge um den Verfassungsgerichtshof* hatten Kelsen, nach seinen eigenen Worten „auf das tiefste erbittert und mir meine Wirksamkeit in Österreich verleidet“. Der Zufall wollte, dass er „gerade damals eine Berufung an die Universität Köln erhielt“.³⁸ Er nahm diese *Berufung* an und wurde mit Wirkung vom 15. Oktober 1930 zum Ordinarius an der *Universität Köln* ernannt und zwar nicht für Staatsrecht und Rechtsphilosophie sondern für Völkerrecht!

Kelsen hatte nämlich 1920 sein Buch „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“³⁹ veröffentlicht und 1926 Vorlesungen an der Academie de Droit International in Haag über „Les Rapports de Systeme entre le Droit interne et le Droit international“⁴⁰ gehalten.

Während dieser Kölner Zeit war Kelsen 1932 zum Dekan seiner Fakultät gewählt, hielt in dieser Zeit auch Gastvorlesungen an dem Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales in Genf und 1932 wieder an der Academie de Droit International in Haag, die sich in sehr ehrender Weise in Haag 1953 wiederholten sollten. Als aber Adolf Hitler 1933 unter Wahrung der Rechtskontinuität in Deutschland Reichskanzler wurde, war Kelsen „unter den ersten Professoren, die von der Naziregierung *abgesetzt* wurden“⁴¹ und zwar auf Grund des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933, RGBl. I, S. 175 mit sofortiger Wirkung bereits am 12. April 1933. Alle Professoren der Kölner Rechtsfakultät mit Ausnahme von Carl Schmitt hatten damals gegen diese Absetzung Kelsens schriftlich protestiert! Mit Kelsen wurden übrigens am gleichen Tag auch die bedeutenden Rechtslehrer Hermann Heller, Hermann Ulrich Kantorowicz, Karl Loebenstein und Hugo Sinzheimer beurlaubt. Kelsen selbst wurde dann am 30. September 1933 in den Ruhestand versetzt.

³⁶ Siehe KELSEN, H., a.a.O., S. 70 f.

³⁷ KELSEN, H., a.a.O., S. 80.

³⁸ KELSEN, H., a.a.O., S. 81.

³⁹ KELSEN, H. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen 1920.

⁴⁰ KELSEN, H. *Les rapports de systeme entre le droit interne et le droit international public. Recueil des Cours*. Tome 14 (1926), S. 227 ff.

⁴¹ KELSEN, H., *Selbstzeugnis*, S. 82.

Von Köln ging Kelsen zunächst *nach Wien*, aber, wie Kelsen selbst in seiner Autobiographie unterstrich, tat „die Wiener Universität nicht das geringste ... um“ ihm „in irgendeiner Form die Fortsetzung seiner akademischen Tätigkeit zu ermöglichen, versteht sich von selbst“. ⁴² Erfreulich war, dass Kelsen in dieser Zeit aber drei *Angebote aus dem Ausland* erhielt, nämlich von der London School of Economics, der New York School of Social Research in New York und dem Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales in Genf. Kelsen entschied sich, das Angebot in Genf anzunehmen, wie er gestand „hauptsächlich darum, weil“ seine „Kenntnis des Französisch, obgleich keineswegs vollkommen, so doch weit besser war als“ sein „Englisch“. ⁴³

Was Kelsens Englisch betraf, haben später Hörer von ihm über ihn in den USA gesagt, um Kelsen zu verstehen, müsste man vorher Deutsch gelernt haben. Trotz dieses Umstandes hat Kelsen auch in Englisch viele Veröffentlichungen publiziert.

9.

Während dieser *Zeit in Genf*, wo am Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales so bedeutende Gelehrte wie Jaques Freymond, Hans Wehberg, Wilhelm Röpke und Paul Guggenheim auch seine Kollegen waren, erhielt Kelsen eine über Vorschlag des Nationalökonomen Franz X. Weiss beschlossene *Berufung auf eine Völkerrechtsprofessur an die Rechtsfakultät der Deutschen Universität in Prag*, die Kelsen annahm. *Präsident Tomáš Masaryk* hatte sich *für seine Berufung besonders eingesetzt* und am 31. August 1935 sein Ernennungsdekret unterschrieben, wozu am 24. März 1936 Kelsen mit Bescheid der Landesbehörde die tschechoslowakische Staatsbürgerschaft erhielt.

Diese Zeit an der Prager Deutschen Universität war für Kelsen aber keine Glückliche geworden, da er als Jude von den nationalsozialistischen Studenten in seinen Vorlesungen gestört und von tschechischen Nationalisten „als ein ‚pangermanischer Agent‘ beschimpft“ wurde, „weil er sich nach dem Ersten Weltkrieg für den Anschluss Österreichs an das damalige Deutschland ausgesprochen hatte“. ⁴⁴

Zu dieser Gegnerschaft von Seiten der Studenten trat gegen Kelsen an seiner Fakultät noch eine solche von seinem früheren Schüler und späteren Kollegen Fritz Sander, der wie Kelsen auch Jude war; seine frühere Verehrung hatte sich in verleumderische Kritik gewandelt!⁴⁵

Kelsen ließ in dieser Zeit seine Familie in Genf und wohnte in Prag in Untermiete, u. a. bei der Schwester von seinem Brünner Kollegen Frantisek Weyr. Es sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass sich im Anschluss an Kelsen auch in Brünn an der 1919 gegründeten Masaryk-Universität eine eigene „Brünner rechtstheoretischen Schule“ gegründet hat, der neben Weyr als ersten Dekan der Rechtsfakultät der Gründungsrektor Karel Englis angehörte.

⁴² KELSEN, H., a.a.O., S. 83.

⁴³ KELSEN, H., a.a.O.

⁴⁴ KLABOUCH, J. Pražský rodák Hans Kelsen. *Právník*. 132 (1993), S. 188 f. und Anm 31 und OSTERKAMP, J. Hans Kelsen in der Tschechoslowakei. In: Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit, S. 310.

⁴⁵ Näher KELSEN, H., a.a.O., S. 64 ff; KORB, J. A. Sander gegen Kelsen. Geschichte einer Feindschaft. In: WALTER, R. – OGRIS, W. – OLECHOWSKI, T. (Hrsg.). Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit. *Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts*. Wien 2009, Band 32.

Kelsens akademische Präsenz in Prag war nicht von langer Dauer, denn nach dem Münchner Abkommen hat Kelsen mit Brief vom 10. Oktober 1938 an Dekan Ernst Hoyer um Entbindung von seiner Lehrverpflichtung ersucht.

Das Wintersemester 1937/38 war das Letzte für Kelsen in Prag, da er für seine Genfer Aufgaben beurlaubt war und im Herbst 1938 in der Tschechoslowakei der Umschwung eintrat.

Gedanken über Kelsens Präsenz in Prag sollen aber nicht abgeschlossen sein, ohne darauf hinzuweisen, dass er aus Anlass seines Amtseintritts *mit Präsident Edward Beneš* eine *Unterredung* hatte und bei dieser Gelegenheit ihm die Umwandlung des tschechoslowakischen Einheitsstaates in einen Bundesstaat vorschlug. Kelsen meinte, „dies sei der beste Weg, um der immer stärker werdenden Bewegung für eine Loslösung der Sudetendeutschen zu begegnen und dem Wunsche der Slowaken nach Autonomie zu entsprechen. Beneš lehnte diese Idee entschieden ab. Eine slowakische Frage sagte er, gäbe es überhaupt nicht und die Sudetendeutschen könne man beruhigen indem man ihnen gewisse höhere Stellen in der Zentralverwaltung einräume. „Dies schien mir“, stellte Kelsen in seiner Autobiographie fest, „eine verhängnisvolle Unterschätzung der Gefahr“.⁴⁶

Als die Situation in der Tschechoslowakei immer kritischer wurde, erhielt Kelsen später im Sommer 1938 in Genf den Besuch eines hohen Funktionärs des Tschechoslowakischen Außenministeriums, der ihn im Auftrag des Präsidenten Beneš ersuchte, die Grundlinien der von ihm angeregten Verfassungsreform auszuarbeiten. Kelsen schrieb hernach: „Das tat ich auch. Aber es war zu spät. England hatte bereits beschlossen, die Tschechoslowakei zu zwingen, das sudetendeutsche Gebiet Nazideutschland zu überlassen“.⁴⁷

10.

Als 1939 dann *der Zweite Weltkrieg* ausbrach, sah Kelsen sich mit seiner Familie in seiner Sicherheit gefährdet und entschloss sich, ohne eine feste Stellung in den USA zu haben, Europa zu verlassen. In seiner Autobiographie stellte er dazu fest: „Nur schweren Herzens verließ ich mit meiner Frau im Juni 1940 Genf, wo ich sieben Jahre befriedigende Arbeit in einer idealen Umgebung verbracht hatte, um im Alter von beinahe 60 Jahren in einem Land, dessen Sprache ich nur sehr unvollkommen beherrschte, meine akademische Laufbahn wieder von vorne zu beginnen“.⁴⁸ Er schiffte sich mit seiner Frau Margarete am 10. Juni 1944 auf der „S.S. Washington“ in *Lissabon* ein und erreichte am 21. Juni 1944 *New York*. 1978 erzählte mir in der Brasilianischen Akademie der Wissenschaften in Rio de Janeiro der im Exil lebende letzte Ministerpräsident der Ära Salazar, der Verwaltungsrechtsprofessor an der Universität Coimbra Marcello Caetano, er hätte dem Ehepaar Kelsen auf dem damals letzten Schiff diese Überfahrt ermöglicht.

⁴⁶ KELSEN, H., a.a.O., S. 90 f.

⁴⁷ KELSEN, H., a.a.O., S. 91.

⁴⁸ KELSEN, H., a.a.O., S. 92.

Hätte Kelsen nicht das NS-Regime auch in der Schweiz befürchtet⁴⁹ und wäre er in Genf geblieben, hätte er ruhig sein Leben in bester akademischer Umgebung fortsetzen können; so stand er vor Schwierigkeiten: zum einen, weil es ihm „nicht leicht“ war, sich auf Englisch umzustellen, das er „zwar lesen, aber kaum sprechen und nicht schreiben konnte“;⁵⁰ zum anderen war es für ihn nicht leicht, eine dauernde Stellung zu finden. Eine bescheidene akademische Position erlangte er im Studienjahr 1940/41 durch seine Ernennung zum Oliver Wendell Holms-Lecturer an der *Harvard Law School*, an deren Universität er am 18. September 1936 das Ehrendoktorat erhalten hatte; trotzdem wurde er in Harvard nicht verlängert. Später wurde er vermittelt von Roscoe Pound Lecturer in political science am *College Berkeley der Universität of California*.

Wie Kelsen selbst in seiner Autobiographie hervorhob, war er in Berkeley *am Department für politische Wissenschaften und nicht an der Law School* und bemerkte dazu selbst: „Mit meiner Reinen Rechtslehre würde ich zwar besser an eine juristische Fakultät passen. Aber amerikanische Law Schools haben kein besonderes Interesse an einer wissenschaftlichen Theorie des Rechts“.⁵¹

Als 1945 zur Gründung der UNO Politiker, Diplomaten und Juristen nach San Francisco kamen und sich nach Kelsen erkundigten, merkte seine Universität seine Bedeutung und ernannte ihn noch *als Vierundsechzigjährigen* zum *fullprofessor* 1945; in dem Jahr erhielt er mit seiner Frau auch die amerikanische Staatsbürgerschaft. 1952 wurde er in Berkeley, wo er auch in der Folge seinen Lebensabend mit seiner Frau verbrachte, *emeritiert*.

Wie sehr Kelsen an diesem seinen letzten Lebensabend die akademische Anerkennung an seiner Universität viel bedeutete, konnte ich ersehen, als ich 1967 die Initiative mit meinen Innsbrucker Kollegen und damaligen Justizminister Hans Klecatsky und den Salzburger Rektor, René Marcic zur Herausgabe des Sammelwerkes der Wiener Rechtstheoretischen Schule ergriff sowie Kelsen meinen Vorschlag seines Lebenslaufes sendete und er mich ersuchte, in diesem festzuhalten, dass in Berkeley an seiner Universität eine Bibliothek nach ihm benannt sei. Als nach seinem Tod ein Rektor dieser Universität diese Namensbezeichnung in Berkeley beseitigen wollte, ersuchte mich eine seiner Töchter, Frau Maria Feder für die Beibehaltung in diesem Rektorat in Berkeley zu intervenieren, was mir erfolgreich gelang.

11.

Betrachtet man nach diesem Lebensweg Kelsens sein *wissenschaftliches literarisches Lebenswerk*, wie es mit 549 Publikationen⁵² vorliegt, so war dieses ausgehend *von der Rechtsphilosophie über die Staatslehre auf das Verfassungsrecht sowie später immer mehr auf das Völkerrecht gerichtet*. Das Miteinander der Menschen durch die Geltung von innerstaatlichen sowie später völkerrechtlichen Normen wollte er zur Herbeiführung und Sicherung des Friedens nutzen.

⁴⁹ KELSEN, H., a.a.O.

⁵⁰ KELSEN, H., a.a.O.

⁵¹ KELSEN, H., a.a.O., S. 93.

⁵² Siehe die Wiener Rechtstheoretische Schule, S. 1933 ff.

Kelsen war in der Zeit des alten österreichischen Vielvölkerstaates geboren, aufgewachsen und erzogen. In diesem bis 1918 bestandenen Multinationalismus suchte er mit seiner Reinen Rechtslehre, die nur auf die Form und nicht auf den Inhalt der Rechtssätze abgestellt war, einen wertneutralen Staat zu ermöglichen, um dadurch Konflikte zu vermeiden. Als ich ihm 1967 bei unserem Gespräch in Berkeley fragte, warum er die später so dominant gewordenen politischen Parteien in dem österreichischen B-VG nicht verankert hat, erklärte er mir, er hätte diese „stillschweigend vorausgesetzt“.

Kelsen vertrat, besonders in seiner 1925 veröffentlichten Allgemeinen Staatslehre⁵³ eine Staatslehre als Staatsrechtslehre⁵⁴, die für ihn eine Lehre vom objektiven Recht⁵⁵ ist. Auf diese Weise war Kelsen ein Monist in der Staatsrechtslehre.

Georg Jellinek, dem Kelsen in Heidelberg während seines Gaststudiums erlebt hatte, verfasste seine Staatslehre⁵⁶ 1900 dualistisch, nämlich als Staatsrechts- und Staatsgesellschaftslehre, dazu mit vielen historischen Bezügen. Nach dem Zweiten Weltkrieg ging der Münchner Staatsrechtslehrer Hans Nawiasky einen Schritt weiter und stellte 1945, 1955 und 1956 seine Staatslehre trialistisch, nämlich als Staatsrechts-, Staatsgesellschafts- und Staatsideenlehre dar.⁵⁷

Kelsen setzte diese seine monistische Einstellung in der Staatslehre 1934 besonders deutlich in seinem in der Folge berühmt gewordenen viel übersetzten Werk, „Reine Rechtslehre“ fort. Sie ist „eine Theorie des positiven Rechts“.⁵⁸ Im Vorwort zu diesem weltweit viel zitierten Werk erklärte Kelsen, dass er es unternommen habe, „eine reine, das heißt: von aller politischen Ideologie und allen naturwissenschaftlichen Elementen gereinigte, ihrer Eigenart weil der Eigengesetzlichkeit ihres Gegenstandes bewusste Rechtslehre zu entwickeln. Von allen Anfang war dabei mein Ziel: Die Jurisprudenz, die – offen oder versteckt – in rechtspolitischen Rasonnement fast völlig aufging, auf die Höhe einer echten Wissenschaft zu heben“.⁵⁹

Diese monistische und positivistische Rechts- und Staatslehre, mit der Kelsen der vielfachen Pluralität im öffentlichen Leben seiner Zeit begegnen wollte, war ein *Ausdruck des Friedensbemühens* Kelsens, das sich im zunehmenden Maß in seiner wissenschaftlichen Hinwendung neben der Rechtsphilosophie und der Staatsrechtswissenschaft auch auf die Völkerrechtslehre bezog. Nicoletta Bersier Ladavac hat bereits in diesem Zusammenhang darauf verwiesen, dass Kelsen das *Primat des Völkerrechts* behauptete und die Schaffung eines Weltstaates verfolgte. Bereits in seinem Werk „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz“ hat er 1910 die Ansicht vertreten, dass die Souveränität als Attribut ein abzulehnender Begriff sei, weil man die Möglichkeit leugne, dass es etwas über dem Nationalstaat geben könne. Kelsen sprach sich für das Primat des Völkerrechts gegenüber dem staatlichen Recht aus, in dem er auch auf die Friedensfunktion

⁵³ KELSEN, H. *Allgemeine Staatslehre*. Berlin 1925.

⁵⁴ KELSEN, H., a.a.O., S. 47 ff.

⁵⁵ KELSEN, H., a.a.O., S. 47.

⁵⁶ JELLINEK, G. *Allgemeine Staatslehre*. 3. Aufl., Berlin 1922, 6. Neudruck, Darmstadt 1959.

⁵⁷ NAWIASKY, H. *Allgemeine Staatslehre*. Einsiedeln-Köln 1945, 1955, 1956; Siehe dazu auch BADURA, P. *Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre*. 2. Aufl., Goldbach 1998.

⁵⁸ KELSEN, H. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien 1934, S. 1.

⁵⁹ KELSEN, H., a.a.O., S. III.

des Föderalismus verwies. Es sollten die verschiedenen Rechtsordnungen einheitlich zusammengefasst werden und eine einzige Ordnung bilden⁶⁰. Sein Ziel war eine Staatenentwicklung, die zu einem Weltstaat führt, den er *civitas maxima* 1920 in seiner Schrift „Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts“ nennt.⁶¹

Besonders auch später in seiner Zeit in Genf und in all den Jahren in den USA beschäftigte Kelsen⁶² *das Problem des Friedens und die Organisation der Staaten zu einer Gemeinschaft*, wie es der Völkerbund war und die UNO wurde; für die UNO hatte er ja 1950 einen eigenen Kommentar zu ihrer Charta veröffentlicht und auf die Notwendigkeit und Bedeutung internationaler Gerichtshöfe hingewiesen, so als einer der Ersten schon 1944 in seiner Schrift „Peace through Law“. Kelsen geht es auch um *die Erkenntnis der Bedeutung der Gerichte für das Verhältnis von Recht und Macht sowie von Frieden und Gerechtigkeit*.

12.

Auch wenn Kelsen mit seiner „Reinen Rechtslehre“ sich um eine positivistische Rechtslehre bemühte und in dieser *nicht* den *Inhalt, sondern die Form und den Weg des Rechts als Hauptaufgabe* betonte, konnte er doch nicht umhin, als Rechtsdenker die Beziehung von Politik, Staat und Mensch, auch im Hinblick auf die Rechte des Menschen im Auge zu haben und das, obgleich mit seinem *Rechtspositivismus* ein *Werteneutralismus und Gesinnungsindifferentismus* einherging.

Trotz dieser rechtspositivistischen und zur Politik distanzierenden Haltung stand Kelsen mit seiner Rechtslehre von Anbeginn in der politischen Auseinandersetzung. So wies er schon im Vorwort zur ersten Auflage seines Werkes „Reine Rechtslehre“ 1934 darauf hin: „Faschisten erklären sie für demokratischen Liberalismus, liberale oder sozialistische Demokraten halten sie für einen Schrittmacher des Faschismus. Von kommunistischer Seite wird sie als Ideologie eines kapitalistischen Etatismus, von nationalistisch-kapitalistischer Seite bald als krasser Bolschewismus, bald als versteckter Anarchismus disqualifiziert“.⁶³

Diese *unterschiedliche Aufnahme Kelsens und seiner Lehre* habe ich selbst bei verschiedenen Gelegenheiten erlebt, so als ein kommunistisch orientierter Professor aus einer früheren osteuropäischen Volksdemokratie mir sagte, er würde Kelsens Kritik am Marxismus nicht teilen, aber seine Reine Rechtslehre sei für das Herrschaftssystem des Kommunismus beachtenswert. 1978 entgegnete mir in der Zeit der argentinischen Junta in Buenos Aires der Großadmiral Emilio Massera auf meine Intervention für den verhafteten Österreicher Wolfgang Achtig mit den Worten: „Mit der Reinen Rechtslehre Kelsens werden Sie

⁶⁰ LADAVAC, N., B. Hans Kelsen in Genf: Die Friedensproblematik zwischen Wissenschaft und Politik. In: WALTER, R. – OGRIS, W. – OLECHOWSKI, T. (Hrsg.). Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit. *Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts*. Wien 2009, Band 32, S. 292 f.

⁶¹ KELSEN, H. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*. Tübingen 1920, S. 241 ff.

⁶² Siehe u.a. KELSEN, H. Rechtstechnik und Abrüstung. *Der deutsche Volkswirt*. 6. Jg., 1932, S. 877 ff.; Derselbe, *The Legal Process and International Order*. London 1934; Derselbe, *International Peace – by Court or Government? The American Journal of Sociology*. 46. Band, 1941, S. 571 ff., derselbe, *Peace through Law*, Chapel Hill: The University of North Carolina, Press 1944; derselbe, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems*, New York 1950 und derselbe, *Collective Security under International Law*, Washington 1957.

⁶³ KELSEN, H. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien 1934, S. VI f.

jetzt hier nicht weit kommen“. Als ich ihn hernach fragte, wieso er Kelsen kenne, antwortete er mir, er wäre seinerzeitig in seinen Vorlesungen in Buenos Aires gewesen. Ein Jahr später 1979 war ich in New Delhi im indischen Parlament, wo mir einer seiner Repräsentanten sagte, dass er mit Österreich durch Kelsen in Verbindung gekommen ist, weil er seinen Kommentar zur UNO-Charta immer verwendet hat, wenn er in der Delegation Indiens an der Generalversammlung der UNO teilnimmt.

Man kann sehen, dass Kelsen ein weltweites Echo auch im öffentlichen Leben hatte; er selbst hielt sich persönlich zur Politik auf Distanz; in seiner Autobiographie erklärte er 1947, dass er für sich „die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei; die er für sich persönlich ablehnte, kein Grund sein darf, jemand im akademischen Beruf grundsätzlich auszuschließen, vorausgesetzt dass seine Arbeiten die nötige wissenschaftliche Qualifikation haben“.⁶⁴

Wenngleich Kelsen sich *persönlich zur Politik und Politikern auf Distanz* setzte, hatte er doch auf seinem Lebens- und Berufsweg mit ihnen Kontakt, wie mit Renner in Österreich sowie mit Masaryk und Benés in der Tschechoslowakei. Was Kelsens wissenschaftliche Einstellung zum Marxismus betraf⁶⁵, so hielt er die Vorstellung von einem Absterben des Staates für geradezu naiv⁶⁶, gab gleichzeitig nach dem Ersten Weltkrieg einer Planwirtschaft deutlich den Vorzug vor einer kapitalistischen Wirtschaftsordnung; auch wusste er zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht zu unterscheiden⁶⁷.

In diesem Zusammenhang sei nicht unerwähnt, dass Kelsen im B-VG nicht ausdrücklich Staatszwecke angab; diese sind als bloße Blankoermächtigungen in den Kompetenzbestimmungen enthalten, er hat aber im Entwurf II zum B-VG auf Ersuchen eines anderen Mitarbeiters Renners die Bestimmung aufgenommen: „Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Bundes. Der Bund schafft ein einheitliches Arbeitsrecht“. Wie schon Oleschowski feststellte, verstand Kelsen natürlich „kein subjektives Recht“ mit dieser Formulierung, „wir dürfen annehmen, dass Kelsen diese auch nicht beabsichtigt hatte“.⁶⁸

13.

Diese Distanz Kelsens zu Parteien und zur Politik darf aber nicht gleichgesetzt werden mit einer solchen zu Demokratie. Dies zeigt seine später viel zitierte und auch viel übersetzte Schrift „*Vom Wesen und Wert der Demokratie*“⁶⁹. In ihr geht Kelsen auf die wichtigsten Aufgaben der Demokratie, besonders im Hinblick auf die Verfassungsstaatlichkeit, ein.

⁶⁴ JESTAEDT, M. (Hrsg.). *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*: Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstages von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, S. 64.

⁶⁵ Näher POTACS, M. Hans Kelsen und der Marxismus. In: WALTER, R. – OGRIS, W. – OLECHOWSKI, T. (Hrsg.). *Hans Kelsen: Leben-Werk-Wirksamkeit. Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts*. Wien 2009, Band 32, S. 183 ff.

⁶⁶ POTACS, M., a.a.O., S. 189.

⁶⁷ KELSEN, H. *Sozialismus und Staat*. 2. Aufl., Leipzig 1923, S. V und S. 125; Sowie derselbe. *Reine Rechtslehre, mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*. 2. Auflage, Wien 1980, S. 284 ff.; Siehe auch POTACS, M., a.a.O., S. 185 ff.

⁶⁸ OLECHOWSKI, T., a.a.O., S. 220.

⁶⁹ KELSEN, H. *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen 1920, 2. unbearbeitete Auflage, Tübingen 1929, Neudruck Aalen 1963.

Viele seiner damals getroffenen Feststellungen, wie etwa über den Parlamentarismus, die politische Parteien und das Verhältnis von repräsentativer und plebiszitärer Demokratie sind auch heute noch aktuell. Auf eine Aussage von Kelsen sei besonders verwiesen, nämlich dass „*der Relativismus die Weltanschauung*“ ist, „*die der demokratische Gedanke voraussetzt*“.⁷⁰ In diesem Zusammenhang verweist er auf das 18. Kapitel des Johannes-Evangeliums, nachdem die Volksabstimmung gegen Jesus ausfällt, denn als Pilatus das Volk fragte, wen er freilassen solle, schrien sie Barabas und, wie Kelsen schrieb, fügt der Chronist hinzu: „Barabas war ein Räuber“.⁷¹

Diese „eine Begebenheit aus dem Leben Jesu“⁷² gehört nach Kelsen „zu den großartigsten, was die Weltliteratur hervorgebracht hat; und, ohne es zu beabsichtigen, wächst sie zu einem tragischen Symbol des Relativismus und der – Demokratie“⁷³.

In der Literatur ist Kelsen mit seinem Hinweis auf den *Bezug von Relativismus und Demokratie* später nicht allein geblieben. Als ein anderer Professor, nämlich Joseph Kardinal Ratzinger als Dekan des Kardinalskollegiums am 18. April 2005 vor St. Peter die Heilige Messe „Pro eligendo Romano Pontifice“ las; - ich habe sie im Vatikan damals miterlebt – sagte er: „Wie viele Glaubensmeinungen haben wir in diesen letzten Jahrzehnten kennen gelernt, wie viele ideologische Strömungen, wie viele Denkweisen ... Das kleine Boot des Denkens vieler Christen ist nicht selten von diesen Wogen zum Schwanken gebracht, von einem Extrem ins andere geworfen worden: vom Marxismus zum Liberalismus bis hin zum Libertinismus; vom Kollektivismus zum radikalen Individualismus; vom Atheismus zu einem vagen religiösen Mystizismus; vom Agnostizismus zum Synkretismus, und so weiter ... Es entsteht eine *Diktatur des Relativismus*, die nichts als endgültig anerkennt und als letztes Maß nur das eigene Ich und seine Gelüste gelten lässt“⁷⁴.

Vergleicht man diese beiden Zitate, so enthalten beide, obgleich mit der Rechtswissenschaft und der Theologie von verschiedenen Gebieten kommend, die gleiche Aussage, nämlich den Hinweis auf den Relativismus im öffentlichen Leben.

Kelsen hat die *Folgen dieses Relativismus auf seinem Lebens- und Berufsweg* selbst mit seiner Familie zu verkraften gehabt. In diesem Zusammenhang ist es beachtenswert, dass er 1960 in der zweiten, vollständig neu bearbeiteten und erweiterten Auflage seines Werkes „*Reine Rechtslehre*“, einen „Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit“ aufnahm, nachdem er schon 1927 über „*Naturrecht und positives Recht*“⁷⁵ und „*Die Idee des Naturrechts*“⁷⁶,

⁷⁰ KELSEN, H., a.a.O., S. 101.

⁷¹ KELSEN, H., a.a.O., S. 104.

⁷² KELSEN, H., o.a.O., S. 103.

⁷³ KELSEN, H., a.a.O.

⁷⁴ Predigt von Kardinaldekan Joseph Ratzinger, Heilige Messe „Pro eligendo Romano“, Sonderausgabe in deutscher Sprache, 2005, S. 20; Siehe dazu SCHAMBECK, H. *Fede, Stato e Democrazia: Un contributo sul confronto tra il cardinale Joseph Ratzinger e Hans Kelsen*. In: *Alla scuola della Verità, I settanta anni di Joseph Clemens e Antonio Tarzia*. Milano 1997, S. 319 ff. und derselbe, *Die Möglichkeiten der Demokratie und die Diktatur des Relativismus – ein Beitrag zur Zeitverantwortung in der Lehre Papst Benedikt XVI.*, *L'Osservatore Romano*, Wochenausgabe in deutscher Sprache vom 12. Mai 2006, Nr. 19, S. 10 f. und 19. Mai 2006, Nr. 20, S. 9 f.

⁷⁵ KELSEN, H. *Internationale Festschrift für Theorie des Rechts*. 2. Jg., 1927/28, S. 71 ff., Neudruck in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. S. 177 ff.

⁷⁶ KELSEN, H. *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 7. Bd., 1927/28, S. 221 ff., Neudruck in: *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, S. 201 ff.

sowie die „Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus“⁷⁷ veröffentlicht hatte.

In diesem Anhang zu seiner „Reinen Rechtslehre“ „*Das Problem der Gerechtigkeit*“ gibt er selbst einen Bezug zum Relativismus, wenn der gleich zu Beginn über „Die Normen der Gerechtigkeit“ feststellt: „Gerechtigkeit ist eine Eigenschaft, die von verschiedenen Gegenständen ausgesagt wird“⁷⁸ und erklärt: „eine Norm des positiven Rechts ist gerecht oder ungerecht“, kann nur bedeuten: „Wenn man eine bestimmte Gerechtigkeitsnorm als gültig voraussetzt“⁷⁹. Für Kelsen muss „der Begriff der Gerechtigkeit ... von dem des Rechtes unterschieden werden ... Gerechtigkeit kann daher mit Recht nicht identisch sein“⁸⁰.

In geradezu gleicher Weise findet Kelsen auch *keine Verbindung vom positiven Recht zur Naturrechtslehre*, von ihr bemerkt er: „Die sogenannte Naturrechtslehre ist eine idealistisch – dualistische Rechtslehre. Sie unterscheidet neben dem realen, das heißt positiven, vom Menschen gesetzten und daher veränderlichen, ein unveränderliches Recht, das sie mit der Gerechtigkeit identifiziert“⁸¹.

Wenngleich Kelsen *keinen Kontakt von präpositivem und positivem Recht* herzustellen vermag, erkennt er wohl: „Dass die Naturrechtslehre, die im 17. und 18. Jahrhundert herrschend war und, nach einem Rückfall während des 19. Jahrhunderts, im 20. Jahrhundert im Gefolge der zwei Weltkriege und der Reaktion gegen Nationalsozialismus, Faschismus und insbesondere Kommunismus zugleich mit religiös-metaphysischer Spekulation wieder in den Vordergrund der Sozial- und Rechtsphilosophie getreten ist, dass diese Naturrechtslehre religiös-metaphysischen Ursprungs ist, steht außer Frage.“⁸²

In diesem Anhang zu dieser zweiten erweiterten Auflage der Reinen Rechtslehre erfährt man, dass Kelsen die abendländische Rechtsphilosophie, der auch sein Wiener Hörer und spätere Kollege Alfred Verdross ein eigenes Werk „Abendländische Rechtsphilosophie“⁸³ 1958 gewidmet hatte, genau kannte, auch das katholische Schrifttum!

14.

Trotz dieser umfassenden Kenntnisse und eigenen Lebenserfahrungen *blieb* Kelsen *zeitlebens bei seiner rechtspositivistischen Grundhaltung*. Sie hätte er aber modifizieren können, zumal nämlich Kelsen die Seinstatsache der *Wirksamkeit* als Bedingung für die Sollenstatsache der *Geltung* erkannt hat, diese aber nur *für die Begründung der Rechtsordnung*, nicht aber für ihre Vollzugsakte anerkannte! So schrieb er in der ersten Auflage seiner Reinen Rechtslehre: „Das völkerrechtliche Prinzip der Effektivität bezieht sich ...

⁷⁷ KELSEN, H. „Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus“, Philosophische Vorträge, veröffentlicht von der Kant-Gesellschaft. Charlottenburg 1928, Heft 31, Neudruck in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*. S. 231 ff.

⁷⁸ KELSEN, H. *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Leipzig und Wien 1934, S. 357.

⁷⁹ KELSEN, H., a.a.O., S. 362.

⁸⁰ KELSEN, H., a.a.O., S. 402.

⁸¹ KELSEN, H., a.a.O., S. 404.

⁸² KELSEN, H. a.a.O., S. 406.

⁸³ VERDROSS, A. *Abendländische Rechtsphilosophie. Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*. Wien 1958, 2. Aufl., Wien 1963.

nur auf die erste Verfassung der einzelstaatlichen Rechtsordnung und sohin nur auf diese als Ganzes, nicht auf jede ihre einzelnen Rechtsnormen.“⁸⁴

Noch in meinem zweiten Jahr als noch nicht habilitierter Assistent bei Adolf Merkl habe ich in meinem Beitrag über „Ordnung und Geltung“⁸⁵ in der Kelsen-Festnummer der Österreichischen Zeitschrift für öffentliches Recht 1961 darauf verwiesen, dass die Trennung von Sein und Sollen sich bei *Anerkennung der Bedeutung der Wirksamkeit für den Bestand der Geltung* nicht aufrecht halten lässt, zumal alle Rechtsnormen zu ihrer Geltung der Wirksamkeit⁸⁶ bedürfen und das Motivieren mit dem Normieren von Bedeutung ist. Merkl, der ebenso ein Hörer von Kelsen war wie ich von Merkl, hat selbst in seinem Beitrag zu dieser Festnummer aus Anlass des 80. Geburtstages KELSENS über „Reine Rechtslehre und Moralordnung“ erklärt: „Die Reine Rechtslehre ist gerade in ihrem Verdammungsurteil gegen Einmengungen aus anderen normativen und explikativen Wissenschaften eine theoretische Notwendigkeit, ein Durchbruch zum Recht. Weil dieses aber als allzu menschliche Einrichtung zwischen dem Versuch und der Karikatur der Gerechtigkeit schwankt, bedarf die Rechtstheorie der Ergänzung durch eine Rechtsethik“.⁸⁷

Adolf Merkl hat mit diesen Feststellungen die *Grenzen der Reinen Rechtslehre* und damit den Auftrag an die verdeutlicht, welche die Verantwortung für die Rechtssetzung haben, damit *in einer Demokratie das Recht nicht am sondern vom Volk ausgeht* und dieses sich seiner Verantwortung bewusst ist.

Der 40. Todestag von Hans Kelsen erinnert uns an diese Verantwortung, auf die gerade in seiner *Geburtsstadt Prag auf diesem akademischen Boden der Karlsuniversität*, in der Geschichtsbewusstsein, Gegenwartsverantwortung und Zukunftserwartung eins sind, hinweisen zu können, mir eine Ehre ist.

Diesen *Respekt vor der Universitas Carolina Pragensis* verbinde ich als einer ihrer Ehrendoktoren mit dem *Respekt vor Hans Kelsen*; mit ihm sollen auch meine Gedanken zu seinem 40. Todestag enden, der nämlich schon im Oktober 1947 am Ende seiner Autobiographie in Berkeley fern seiner Heimat schrieb und mit ihm lassen sie mich schließen: „Durch das breite Fenster, an dem mein Schreibtisch steht, blicke ich über Gärten hinweg auf die Bay von San Francisco und die Golden Gate Brücke hinter der der Pazifische Ozean glänzt.“

Hier wird wohl des ‚Wandermueden letzte Ruhestätte‘ sein“;⁸⁸ dieser Wunsch war ihm nach seinem *Heimgang vor 40 Jahren am 19. April 1973* im Pazifik erfüllt worden, in dem seine Asche seinem Wunsch folgend ausgestreut worden war.⁸⁹

⁸⁴ KELSEN, H. *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., S. 73; siehe dazu auch derselbe, a.a.O., S. 68 ff. und 2. Aufl., S. 10 ff. und 215 ff.

⁸⁵ SCHAMBECK, H. *Ordnung und Geltung*, Österr. Zeitschrift für öffentliches Recht. *Neue Folge*. Bd. XI., Heft 3-4, Hans Kelsen zum 80. Geburtstag, Wien 1961, X. 470 ff.

⁸⁶ Näher SCHAMBECK, H. *Ethik und Staat, Schriften zum öffentlichen Recht*. Berlin 1986, S. 64 ff. und S. 83 ff.

⁸⁷ MERKL, A. Zum 80. Geburtstag Hans Kelsens *Reine Rechtslehre und Moralordnung*, Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht. *Neue Folge*. Band XI, Heft 3-4, Hans Kelsen zum 80. Geburtstag, Wien 1961, S. 313.

⁸⁸ JESTAEDT, M. (Hrsg.). *Hans Kelsen im Selbstzeugnis*: Sonderpublikation anlässlich des 125. Geburtstages von Hans Kelsen am 11. Oktober 2006, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, S. 94.

⁸⁹ Anmerkung 306 zu KELSEN, H. a.a.O., S. 94.

INDEPENDENT REGULATORY AND ADMINISTRATIVE AUTHORITIES IN THE REPUBLIC OF LITHUANIA

Aurelija Pūraitė*, Ieva Deviantikovaitė**

Abstract: *The aim of this research is to identify the independent regulatory authorities in the Republic of Lithuania. Western scholars use a lot of terms in defining this type of institutions, i.e. in Great Britain they are called QUANGOs (quasi-autonomous non governmental organizations), in the U.S.A. – IRAs (independent regulatory agencies), in France – les autorités administratives indépendantes, in Italy – autorità indipendenti, in Germany – Ministerialfreie Verwaltung, in Czech Republic – nezávislé správní úřady. Obviously, in these categories dominates the term “independent”. There are regulatory and administrative institutions in Lithuania which are never called independent. The scientists, politicians, and practitioners entitle them as institutions accountable to the Seimas (parliament), President or Government. We presume that these entities correspond to the features which Western scholars consider as characteristic to independent state authorities. Let us assume that namely these entities cover the niche in Lithuania of so called independent regulatory and administrative authorities. The article discusses characteristic of independent state authorities, the convergence of “administrative” and “regulatory” categories. The analysis also deals with the aspects of their institutional structure, activity, and their place in the public administration entities’ system.*

Keywords: *administrative, regulatory, independent regulatory authorities, independent administrative authorities*

1. INTRODUCTION

Scholars regularly try to explain the essence and the need of so called independent administrative authorities. One theory proposes the idea that international dynamics matter: they diffused internationally as decisions to create them have been influenced by previous decisions in other countries¹. Moreover, it happened because of the processes of liberalization and privatization, which began in Europe in the 80s of 20th century. Others predicate that it is important to demarcate regulation from the politics in order to develop political continuity, to increase the credibility of the regulatory commitments made by the policy makers, to prove abilities of expertise². Other scholars suppose that the spread of independent agencies is connected with the changing role of the state. Nowadays the state operates like an arbitrator and regulator, but not like an entrepreneur or market player³.

There are a huge variety of definitions of independent regulatory bodies. Scholars of different countries define them diversely. The U. S. scholars determine them as entities with the regulatory powers, separated from the executive entities and that are not subordinated to the President⁴. French scholars define them as administrative entities that dis-

* Associate Professor Ph.D. Aurelija Pūraitė, Mykolas Romeris University, Faculty of Public Security, Lithuania

** Lect. Ieva Deviantikovaitė, Mykolas Romeris University, Faculty of Law, Lithuania

¹ GILARDI, F. *Delegation in the Regulatory State*. MPG Books Ltd, Bodmin, Cornwall, 2008, pp. 21–22.

² *The Public Administrations Dictionary*. Chandler R. C., Plano J. C. Santa Barbara, California, Oxford, England. 1988, p. 198.

³ DEMARIGNY, F. *Independent administrative authorities in France and the case of the French Council for Competition, in Regulating Europe*. European Public Policy Series, edited by J. Richardson. London - New York: Routledge, 1996, p. 157, p. 162.

pose of certain degree of independency or that are separated from hierarchical structure of central administration⁵. British scholars perceive them as “any body that spends public money to fulfill a public task but with some degree of independence from elected representative”⁶. Australian scientists determine them as collegial non-departmental public bodies that are established by laws; that are not ministries, nor local bodies⁷. Czech scholars perceive them as independent administrative organs or state institutions that implement public administration aside its’ organizational structure⁸.

Notwithstanding the variety of perception of that kind of entities some common features are crystallized in the scientific literature (Bougrab, J., Flinders, M., Handrlica, J., Kenneth, W., E., Wettenhall, R.). First and foremost, they are organizationally separated from the executive power institutions. Second, they are public organizations with regulatory powers – quasi-legislative, executive and quasi-judicial. Third, the leadership of these institutions are neither elected by the people, nor directly managed by the politicians. Fourth, the powers and responsibilities of these institutions are given under the public law. Fifth, Parliament and President usually participate in the composing of leadership.

We presume that there are such authorities that correspond to the above mentioned characteristic in Lithuania. For example, the Competition Council, the Communications Regulatory Authority, National Bank, State Audit Office, Central Electoral Committee, Public Procurement Office, the National Control Commission for Prices and Energy, Chief Official Ethics Commission, State Nuclear Power Safety Inspectorate, Board of the Research Council, the Radio and Television Commission of Lithuania. In order to analyze independent regulatory and administrative authorities’ role in the process of legal regulation we separate two concepts, i.e. institutional structure and the content of regulation. Institutional structure would let us reveal the legal norms, which determine the place of these entities in the system of public administration authorities, their relationship with the other state authorities, and the aspect of their independency. The content of regulation is connected with the legal norms, which establish the functions of these institutions, namely quasi-legislative and quasi-judicial powers. We would like to emphasize that this analysis grounds on the research of legal acts, but not on the empirical investigation of what above mentioned authorities do.

⁴ KENNETH, W. F. *Administrative Law in the Political System*. USA: West Publishing Company, 1988, p. 31.

⁵ BOUGRAB, J. Independent Administrative Authorities in France in Independent administrative authorities. Edited by Caranta, R., Andenas, M., Fairgrieve, D. London: British Institute of International and Comparative Law, 2004, p. 57.

⁶ FLINDERS, M., V. *Setting the Scene: Quangos in Context, in Quangos, accountability and reform: the politics of quasi-government*. Edited by Mathew V. Flinders and M. J. Smith. New York: St. Martin's Press in association with Political Economy Research Centre, University of Sheffield, 1999, pp. 3–4.

⁷ WETTENHALL, R. Exploring Types of Public Sector Organizations: Pas Exercises and Current Issues. *Public Organization Review: A Global Journal*. 2003, p. 229.

⁸ HANDRLICA, J. *Nezávislé správní orgány*. Praha: Studie Národohospodářského Ústavu Josefa Hlávky, 2009, pp. 129–161; VOPÁLKA, V. *Nezávislé správní orgány*. In: *Ve službách práva*. Praha: C. H. Beck, 2003, pp. 87–97; MIKULE, V. *Nezávislé správní urady?* Praha: Nakl. Karolinum, 2002, pp. 251–255; PELIKÁNOVÁ, I. *Komise pro cenné papíry a nezávislé správní orgány*. In: *IX. Karlovarské právnícké dny. Společnost německých, českých a slovenských právníků*. Mnichov – Praha, 1999; JEŽEK, T. *Nezávislé správní orgány – žádoucí směr inovace Ústavu ČR*. In: Kysela, J. (ed.). *Deset let Ústavy České Republiky*. Praha: Eurolex Bohemia, 2003, pp. 347–351; SLÁDEČEK, V. *Obecné správní právo*. Praha: ASPI, 2004, pp. 227–234.

2. THE CONVERGENCE OF ADMINISTRATION AND REGULATION, DEFINITION OF INDEPENDENT REGULATORY BODY AND OF INDEPENDENT ADMINISTRATIVE BODY

Public administration concept is given in the Law on Public Administration of the Republic of Lithuania⁹. It has two meanings: functional and institutional.

According to the Law public administration functionally means activities of entities of public administration regulated by laws and other legal acts, which are intended: a) for adoption of administrative decisions, b) control of the implementation of laws and administrative decisions, c) provision of administrative services established by laws, d) administration of the provision of public services and e) internal administration of an entity of public administration. These five activities are called main spheres of public administration. Thus the entity which operates at least in one of these spheres usually is called public administration entity.

Public administration has its institutional construction, i.e. system of entities of public administration. This system is divided into two major groups of public administration entities: 1) state administration, 2) entities of municipal administration. Moreover, state administration is subdivided into two types of entities: a) central entities of state administration (whose activity is performed in the whole territory of the state) and b) territorial entities of state administration (whose activity is performed in the established area of the territory of the state). Moreover, we presume that the state administration is constructed from the three types of groups: 1) executive branch entities (ministries, Government committees, commissions, Government agencies, and agencies under ministries), 2) independent regulatory and administrative entities; 3) state enterprises, public establishments whose owner or stakeholder is the State, associations whose performance of public administration is authorised (appendix 1). Our attention in this article is mainly concentrated on the state administration, precisely on independent regulatory and administrative agencies, not on the executive bodies notwithstanding with the fact that state administration includes them.

As we separate administrative bodies and regulatory bodies the difference between these terms must be clarified. First of all, we understand regulatory body as an organization whose main mission is to regulate industrial branches of markets. Industrial here means telecommunication, electricity, gas, postal, railways markets, i.e. where circulates big amounts of money and where market players have to dispose of gigantic material facilities. Furthermore, regulation here means three main functions – rule-making, enforcement and adjudication, or quasi-legislative, executive and quasi-judicial powers, whereas administration means fulfilling one of the five main spheres entitled in the Law on Public Administration. It has to be said that all regulatory bodies are administrative bodies because they adopt administrative decisions (including binding rules). But not all administrative bodies are regulatory bodies, because not all of them issue binding rules and dispose of adjudicatory powers, or realize their responsibilities in regard to the industrial branches of market. Most of administrative bodies are involved in health care, welfare, so-

⁹The Republic of Lithuania Law on Public Administration. *Official Gazette*. 1999, No. VIII-1234.

cial well-being of citizens; while regulatory bodies are aimed to control markets where usually dominate monopolies or government properties.

Hence the authors of the article distinguish two types of the state bodies: administrative bodies (independent and executive bodies) and independent regulatory bodies. As we are concentrated on independent administrative and independent regulatory bodies it is possible to give such definitions:

- *independent administrative body* is a central state entity, separated from the traditional hierarchy of the executive entities' system, with the quasi-legislative, executive and quasi-judicial powers, in the composition of which participate Parliament, President, Government, and established to form and implement politics in the exceptional spheres of national importance.

- *independent regulatory body* is a central state entity, separated from the traditional hierarchy of

- the executive entities' system, with the quasi-legislative, executive and quasi-judicial powers, in the composition of which participate Parliament, President, and Government, established to regulate industrial branches of market, and possessing dual-degree of independence, i.e. relatively independent (related to the decisions of Government and its' responsibility to control entity's activity) and fully independent.

As we have mentioned above this article concentrates on the state bodies which can be called independent administrative and regulatory bodies. These bodies are known as institutions accountable to the Parliament in Lithuania.

In order to analyze the independent regulatory and administrative authorities' role in the process of legal regulation it is important to separate two concepts, i.e. institutional structure and the content of regulation¹⁰. The understanding of institutional structure would let us reveal the legal norms, which determine the place of these entities in the system of public administration authorities, their relationship with the other state authorities, and different aspects of their independency. The content of regulation is connected with the legal norms, which establish the functions of these institutions, namely quasi-legislative and quasi-judicial powers. Hence the purpose of this analysis is to estimate, whether Lithuanian entities correspond to the criteria structured for so called independent administrative bodies in Western countries. This analysis includes: first, the estimation if the functions and activities of these entities are fixed by the laws; second, examination of the order of formation of the leaderships; third, exploration of the financial sources of the institutions; fourth, determination of the disposition of quasi-legislative and quasi-judicial powers; fifth, evaluation of the aspects of accountability and control; sixth, research of criteria of independency fixed in the laws.

3. INDEPENDENT REGULATORY BODIES

We presume that independent regulatory bodies in Lithuania are the Bank of Lithuania, the Competition council, the State Control Commission for Prices and Energy, the Radio

¹⁰ MILČIUVIENĖ, S. *Kainų teisinis reguliavimas elektros energijos rinkoje*. Vilnius: Mykolo Romerio universitetas, 2009, p. 62.

and Television Commission of Lithuania, the Public Procurement Office, the Communications Regulatory Authority, the State Nuclear Power Safety Inspectorate.

One way or another all independent regulatory bodies are structured by the several state government authorities, usually by the President and the Parliament. For example, chairperson of the Board of the Bank of Lithuania shall be appointed and dismissed prior to the expiration of the term of office by the Seimas on the recommendation of the President. Deputy Chairpersons and members of the Board shall be appointed and dismissed prior to the expiration of their term of office by the President on the recommendation of the Chairperson of the Board of the Bank of Lithuania¹¹. Chairman and four members of the Control Commission for Prices and Energy shall be appointed by the Seimas on the recommendation of the president¹². One member of the Radio and Television Commission shall be appointed by the President, three members shall be appointed by the Seimas on the recommendation of the Seimas Committee of Education, Science and Culture and Seimas Committee on the Development of Information Society¹³. In the structuring of leadership of these authorities Prime Minister also participates. For instance, the Chairperson and four members of Competition Council shall be appointed by the President on the recommendation of the Prime Minister¹⁴. It is worth mentioning that other subjects can participate in the formation of the leadership as well. For example, other members of the Radio and Television Commission shall be appointed by the Lithuanian Artists' Association, the Lithuanian Filmmakers' Union, the Lithuanian Composers' Union, the Lithuanian Writers' Union, the Lithuanian Theatres' Union, the Lithuanian Journalists' Union, the Lithuanian Journalists' Society, the Lithuanian Bishops' Conference and the Lithuanian Periodical Press Publishers' Association. Similarly here we can observe that the terms of tenure are fixed in the Laws. For example, Deputy Chairpersons and members of the Board of the Bank of Lithuania shall be appointed for a term of six years, Chairperson of the Board of the Bank of Lithuania shall be appointed for a term of five years, Chairperson and members of the Competition Council shall be appointed for a term of six years, Chairman and four members of the Control Commission for Prices and Energy are appointed for a term of five years, Chairperson of Radio and Television Commission is elected by the members of the Commission for a term of two years.

The common feature which unites these authorities is that they are not subordinated to the bodies of the executive branch. However, this proposition is not unconditional. Government approves regulations of Competition Council and State Control Commission for Prices and Energy after all. We would like to emphasize that according to the Law on the Government¹⁵ it shall approve regulations of the Ministries, the Office of the Prime Minister, government agencies, and agencies under the Ministries. Hence the Board of the Bank of Lithuania and the Radio and Television Commission approve their regulations by themselves. It has to be mentioned that the composition and formation of these authorities are regulated by the laws. It is obvious that the procedure of formation of above mentioned authorities is not unified.

¹¹ Republic of Lithuania Law on the Bank of Lithuania. *Official Gazette*. 1994, No. I-678.

¹² Republic of Lithuania Law on Energy. *Official Gazette*. 2002, No. IX-884.

¹³ Republic of Lithuania Law on the Provision of Information to the Public. *Official Gazette*. 1996, No. I-1418.

¹⁴ Republic of Lithuania Law on Competition. *Official Gazette*. 1999, No. VIII-1099.

¹⁵ Republic of Lithuania Law on Government. *Official Gazette*. 1994, No. I-464.

Moreover, there are some other differences. For example, the members of the Board of the Bank of Lithuania, of the Control Commission for Prices and Energy, of the Radio and Television Commission, and of the Competition Council are not public servants and the Law on Public Service cannot be applied to them. They are called state officers and the amounts of their salaries are declared in the different law – Law on Remuneration of State Politicians and State Officers, except the salary of the Board of the Bank of Lithuania, which is fixed in the Law on the Bank of Lithuania and except the salaries of the members of Radio and Television Commission as they approve it by their order. That way or another, members of leaderships of these authorities have the status of state officers, not civil servants. There are some difficulties due to this fact. The authorities face a situation where the salaries of members are lower than the civil servants' who serve in the administrations of these bodies. Such situation can be observed in the Competition Council and the Control Commission for Prices and Energy.

Sources of funding of these bodies are also different. Competition council is financed from the state budget. The capital of Central bank is comprised of its authorized capital (it is accumulated from the funds of the state and profit of the Bank) and reserve capital (it is accumulated from the profit of the Bank). Commission for Prices and Energy is financed from the state budget and its' activity profit. Radio and Television Commission is financed only from its' activity profit.

It has to be stated that the above mentioned authorities issue binding rules and implement quasi-judicial functions. All of them issue binding orders and have the right to impose fines and penalties on economic entities.

The question of accountability and control of these bodies is rather delicate or maybe even tricky. As we have mentioned before, independent regulatory bodies are called authorities accountable to the Seimas in Lithuania. But again – this proposition is not absolute. According to the laws the Bank of Lithuania and Radio and Television Commission are accountable to the Parliament. The chairpersons have to present reports (twice a year Bank's Board Chairperson, once a year Commission's chairperson) to the Seimas on the implementation of their primary objectives, performance of their functions. Competition Council's chairperson has to submit annual reports on authority's activities to the Seimas and the Government. The chairperson of the Commission for Prices and Energy submits annual reports to the President, Seimas, and Government. In regard to the independent regulatory authorities we can subdivide forms of the control into parliamentary control, President's control, Government's control, financial audit, and judicial control.

Parliamentary control has to be performed by the Committees of Seimas. For example, the Bank of Lithuania – controlled by the Budget and Finance Committee, the Competition Council, Commission for Prices and Energy – controlled by the Economics Committee, Radio and Television Commission – controlled by the Education, Science and Culture Committee and the Development of Information Society Committee. According to 49 article 9 c., 56 article 1 s. of the the Seimas Statute¹⁶ the committees of Seimas on their own initiative or upon the instruction of the Seimas consider annual reports on the activities of the State institutions accountable to the Seimas and present their conclusions to the Seimas. Con-

¹⁶ Seimas of the Republic of Lithuania Statute. *Official Gazette*. 1994, No. I-399.

sidering article 206 of the Statute heads of the State institutions, who are appointed by the Seimas or the appointment whereof requires Seimas approval, render an annual accounting of the institution's annual activity. Upon receipt of such accounting, the Speaker of the Seimas advises the Seimas of this and the latter shall decide, which committee should be tasked with analysing the submitted report. Upon analysing, the committee prepares a conclusion and draft of a decision, which will be considered at the Seimas sitting along with the report by the head of the State institution. The Seimas adopts a resolution regarding the head's accounting and institution's activity. Reality is different though. Over the last four years annual reports are rarely considered at the Seimas' sitting. For example, the last Seimas order on the report of the Bank of Lithuania was issued in 2001, on the report of Commission for Prices and Energy – in 2007, on the report of Radio and Television Commission – in 2008. There are no any Seimas resolutions on the reports of Competition Council. But even if the Seimas considers annual reports it can only approve or disapprove the report and give some suggestions to the authority and the Government. There are no other legal outcomes. The Seimas also has the right to submit in advance written questions to the heads of the state institutions appointed by the Seimas or whose appointment requires Seimas' approval. For the purpose of the control how the decisions of Seimas are being implemented, the Seimas has the right to form ad hoc control or investigation commissions.

President disposes limited mechanisms of control. It could be said that the main instrument is appointment or dismissal of members. And even if the chairperson has to submit the annual report to the President, the President does not issue any decision on the annual report. Members can be dismissed only for cause (usually set in the Law) but not on the ground of the President's discretionary power.

In regard to the control of Competition Council, Commission for Prices and Energy Government has some role as well. It considers annual reports during its sittings or meetings. However, there is no uniform practice, although according to the Law on the Government¹⁷ reports submitted to the Government may be discussed at the meetings. The result of these discussions usually is the adoption of the resolution "to take into account the annual report". There were no situations when Government disapproves the annual report.

In regard to all above mentioned regulatory bodies National Audit Office supervises the lawfulness and effectiveness of their management and how they use the state property and execute the state budget. Moreover, according to the Law on National Audit Office¹⁸ the Seimas may assign the State Control to perform public audit within the competence of the State Control by its resolution.

Administrative courts usually execute judicial control of the decisions of the independent regulatory bodies.

¹⁷ Republic of Lithuania Law on the Government. *Official Gazette*. 1994, No. I-464: art. 3: "When implementing the objectives and performing its functions as well as pursuing the activities necessary for that, neither the Bank of Lithuania, nor the Chairperson of the Board of the Bank of Lithuania, the Deputy Chairpersons, the Members of the Board, nor other members of the staff of the Bank of Lithuania must seek and take instructions from the institutions and bodies of the European Union, the governments of the Member States of the European Union or any other institutions or bodies. The Government of the Republic of Lithuania and State institutions must respect the independence of the Bank of Lithuania and must not seek to influence the Bank of Lithuania and its staff in discharge of their duties".

¹⁸ Republic of Lithuania Law on National Audit Office. *Official Gazette*. 1995, No. I-907.

Independence requirements of regulatory bodies are set by laws. This arose from the experience of different countries and from the European Union's secondary law. These requirements are established in a broad way only in some of the enactments, for example, in the Law on the Bank of Lithuania¹⁹, and in the Law of Energy²⁰. Requirements of independence due to other authorities are expressed in more restrained form, for example, in the Law on the Provision of Information to the Public²¹ or in the Law on Competition²². It may be explained by the impact of the secondary European law and the institutional structure examples (there is no separate European Competition Agency and the liberal expression due to the national regulatory bodies in the Directive 2010/13/EU²³).

Here we would like to crystallize some features of independent regulatory authorities. It is not very easy because there are no unified criteria of formation, accountability, and independency, still:

1. the Bank of Lithuania is an entity of constitutional level, because its' status is clarified in the Constitution of the Republic of Lithuania. However it is possible to find the origins of other authorities in the main act of the state as well. According to the article 46 of the Constitution "the law shall prohibit monopolization of production and the market and shall protect freedom of fair competition" (Competition Council), article 44 estimates that "the State, political parties, political and public organizations, and other institutions and persons may not monopolize the mass media" (Radio and Television Commission), there is defined that "the State shall regulate economic activity so that it serves the general welfare of the Nation" in the article 46 (Control Commission for Prices and Energy);

2. all these authorities are collegial, their status, functions and activities are established by laws;

3. all of them are structured by several state government authorities, usually by the President, and the Parliament. In some cases Prime Minister and professional associations participate in their activities;

4. all the leaders are state officers (tenure term is from 2 to 6 years);

5. they are financed from the state budget or state budget and their activity profit;

6. they issue binding rules and implement quasi-judicial functions;

7. all the chairpersons of above mentioned authorities have to submit annual reports to the Seimas (the Bank of Lithuania, Radio and Television Commission) or to the Seimas and Government (Competition Council), or to the Seimas, President and Government (Control Commission for Prices and Energy); in regard to all the authorities we subdivide

¹⁹ Republic of Lithuania Law on the Bank of Lithuania. *Official Gazette*, 1994, No. I-678.

²⁰ Republic of Lithuania Law on Energy. *Official Gazette*. 2002, No. IX-884: art. 8: "Commission is legally distinct from and functionally independent of all public or private subjects".

²¹ Republic of Lithuania Law on the Provision of Information to the Public. *Official Gazette*. 1996, No. I-1418: art. 47: "The Commission shall be an independent body accountable to the Seimas which regulates and controls the activities of broadcasters and re-broadcasters of radio and/or television programmes and providers of on-demand audiovisual media services falling under the jurisdiction of the Republic of Lithuania".

²² Republic of Lithuania Law on Competition. *Official Gazette*. 1999, No. VIII-1099: art. 17: "the Council shall be independent, accountable to the Seimas. The decisions of Council shall be issued self-sufficiently and independently".

²³ "Member States are free to choose the appropriate instruments according to their legal traditions and established structures, and the form of their competent regulatory bodies..." Directive 2010/13/EU of the European Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services (Audiovisual Media Services Directive). [2010] OJ, L 95/1.

forms of the control into parliamentary control, President's control, Government's control, financial audit, and judicial control.

8. the level of the requirements of independency are differently established in the laws. The broadest level of independency belongs to the Bank of Lithuania, Control Commission for Prices and Energy, and Radio and Television Commission; Competition Council dispose of more restraint level of independency.

There are some entities which are not entitled as institutions accountable to the Seimas, but institutions accountable to the Government. This term exists in the official website of the Government²⁴ notwithstanding with the fact that according to the Law on the Government there could be such executive entities as ministries, Government committees, commissions, Government agencies, agencies under ministries, but there is no such a term as institutions accountable to the Government, i.e. State Nuclear Power Safety Inspectorate (SNPSI), the Communications Regulatory Authority (CRA), Public Procurement Office (PPO). We presume that these entities also correspond to the features characteristic to so called independent regulatory bodies.

We will try here to crystallize some peculiarities of these three entities:

1. all of them are established on the ground of the order of the Government; functions and activities are fixed in the laws;

2. the heads of such institutions are appointed by the President on the recommendation of the Prime Minister; all of them are state officers (tenure term is from 4 to 6 years), except deputies of CRA director and PPO director as they are civil servants;

3. SNPSI leadership's amounts of salaries are declared in different law (Law on the Nuclear Energy), whereas amounts of salaries of CRA and PPO directors are declared in the Law on Remuneration of State Politicians and State Officers;

4. these entities are not collegial, but they have councils as advisory organs;

5. SNPSI and PPO are financed from the state budget or state budget and their separate budget;

6. they issue binding rules and implement quasi-judicial functions;

7. annual reports must be submitted to the President and Government (SNPSI) or to the Seimas and Government (CRA, PPO); that is one of the issue why it is not correct to entitle them as accountable to Government;

8. the level of independency requirements is differently established in the laws. The broadest sense of independency is expressed in the laws due to SNPSI and CRA²⁵. Obviously, it is connected with the requirements expressed in the European secondary laws²⁶.

²⁴ Vyriausybės įstaigos ir Vyriausybei atskaitingos institucijos ir įstaigos [interaktyvus] [žiūrėta 2012-04-01] <<http://www.lrv.lt/lt/vyriausybe/institucijos-istaigos-prie-lrv/>>.

²⁵ Republic of Lithuania Law on Nuclear Energy and Law on Electronic Communication. *Official Gazette*. 1996, No. I-1613.

²⁶ Council Directive 2009/71 EURATOM of 25 June 2009 establishing a Community framework for the nuclear installations. [2009] OJ, L 172/18. Council Directive 2011/70 EURATOM of 19 July 2011 establishing a Community framework for the responsible and safe management of spent fuel and radioactive waste. [2011] OJ, L 199/48. Directive 97/51/EC of the European Parliament and of the Council of 6 October 1997 amending Council Directives 90/387/EEC and 92/44/EEC for the purpose of adaptation to a competitive environment in telecommunications. [1997] OJ, L 295. Directive 2009/140/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 amending Directives 2002/21/EC on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, 2002/19/EC on access to, and interconnection of, electronic communications networks and associated facilities, and 2002/20/EC on the authorization of electronic communications networks and services. [2009] OJ, L 337/37.

Independent administrative authorities

We presume that there are four independent administrative bodies in Lithuania, i.e. National Audit Office, the Central Electoral Committee (CEC), Chief Official Ethics Commission (COEC), and the Research Council of Lithuania (RCL). We will crystallize here the main features characteristic to them.

Parliament, President, Prime Minister, ministers, judges, the Lithuanian Bar Association participate in the establishing of the leaderships of the independent administrative authorities. For instance, the Auditor General shall be appointed by the Seimas on the recommendation of President, deputies of Auditor General shall be appointed by the President on the proposal of Auditor General; the President, the Speaker of the Seimas, the Prime Minister, the President of the Supreme Court of Lithuania and the President of the Association of Local Authorities in Lithuania shall each propose one member of the COEC to the Seimas. Minister of justice, Lithuanian Bar Association, and political parties participate in the formation of CEC members. The Seimas appoints the members of CEC. Minister of education and science, Prime Minister, Government participate in the formation of RCL. The Seimas appoints the members of RCL. Tenure terms are also fixed in the laws. For example, Chairmen of RCL, his deputies scientific secretary, and the members of Committee of Humanities and Social sciences, the members of Committee of Natural and Technical Sciences are appointed for a term of five years, Auditor General – for a term of five years, CEC members – for a term of four years, COEC – for a term of five years.

The Seimas confirms regulations of these entities, except CEC as it issues its regulation by itself. National Audit Office follows Auditor General's orders. It is worth mentioning that the formation of leadership and the status of above mentioned entities is regulated by the laws (National audit office's by the Law on National Audit Office²⁷, CEC's by the Law on the Central Electoral Committee²⁸, COEC's by the Law on the Chief Official Ethics Commission²⁹), except RCL's as it is regulated by the order of the Seimas.

The amounts of salaries are established by the Law on Remuneration of State Politicians and State Officers. Hence all the heads of entities are state officers. Independent administrative authorities are financed from the state budget (COEC, National Audit Office, CEC), or from the state budget and European structural funds (RCL).

All of them issue binding rules and execute quasi-judicial functions. But there are some differences from independent regulatory authorities, i.e. their binding rules are dedicated to specific set of addressees. For example, RCL rules – for scientists, academic communities, COEC rules – for representatives of public sector, Audit General – for the municipalities' audit offices, CEC rules – for political parties. These entities are accountable to the Seimas (National Audit Office, CEC, COEC), or to the Seimas and Government (RCL).

The question of accountability and control of independent administrative bodies is rather complicated and very similar to the issue of accountability and control of independent regulatory authorities. In regard to these authorities we can subdivide forms of the control into parliamentary control, Government's control, financial audit, and judicial control.

²⁷ Republic of Lithuania Law on National Audit Office. *Official Gazette*. 1995, No. I-907.

²⁸ Republic of Lithuania Law on the Central Electoral Committee. *Official Gazette*. 2009, No. IX-985.

²⁹ Republic of Lithuania Law on the Chief Official Ethics Commission. *Official Gazette*. 2008, No. X-1666.

Parliamentary control has to be performed by the Committees of Seimas. For example, the National Audit Office's – the Audit Committee, RCL's – Committee of education, science and culture, COEC's and CEC's – State Administration and Local Authorities. These committees usually consider annual reports and later Seimas issues orders and approves or disapproves with the submitted reports. In any case there is no any legal impact on the entity. The Seimas usually gives some suggestions to the entity and the Government. The Seimas' committees can require giving any information about how entities followed the suggestions of Seimas. But it happens very rarely. Seimas also has the right to submit in advance written questions to the heads of the state institutions appointed by the Seimas or whose appointment requires Seimas approval. Also the Seimas has the right to form ad hoc control or investigation commissions.

In regard with RCL Government as well as the Seimas has the right to control its activity during the sittings of the Cabinet of ministers. The result of these discussions usually is the adoption of the resolution "to take into account the annual report".

In regard to all above mentioned administrative bodies (except National Audit Office) National Audit Office supervises the lawfulness and effectiveness of their management and how they use the state property and execute the state budget. Financial audit of National Audit Office is performed by an audit body appointed by the resolution of the Seimas.

Administrative courts usually execute judicial control of the decisions of the independent regulatory bodies.

The requirements of independence of the administrative bodies are set in the laws very differently. These requirements are established broadly in regard to COEC³⁰ and CEC³¹. The term of independence is mentioned in the Law on the National Audit Office alongside with the principles of the activities of State Control on which it must be based³². In regard with the RCL there are no any references to the independency of this entity.

4. THE TYPOLOGY OF INDEPENDENT REGULATORY AND ADMINISTRATIVE BODIES

Taking into account the formation of the authorities, aspects of accountability, the authors of this article disagree with the opinion to perceive these entities as accountable to

³⁰ Republic of Lithuania Law on the Chief Official Ethics Commission. *Official Gazette*. 2008, No. X-1666: art. 9: "1. While performing its duties, implementing its rights and taking decisions on the issues within its competence, the COEC shall be independent. None of state institutions or state officials may give binding instructions concerning the solution of issues within the competence of the COEC. 2. When performing his official duties, a member of the COEC shall be independent and adhere only to the laws".

³¹ Republic of Lithuania Law on the Central Electoral Committee. *Official Gazette*. 2009, No. IX-985: art. 5: "1. When discharging its functions and making decisions on issues within its competence, the Central Electoral Commission shall be independent. No institution or officer may issue mandatory instructions regarding the making of the decision that is within the competence of the Central Electoral Commission. 2. It shall be prohibited for state institutions, Seimas members and other officers, the parties, non-governmental organisations or citizens to interfere in the activities of the Central Electoral Commission when organising and conducting elections or referendums".

³² Republic of Lithuania Law on National Audit Office. *Official Gazette*. 1995, No. I-907: art. 5: "Activities of the State Control shall be based on principles of independence, lawfulness, publicity, neutrality, and professionalism."

the Seimas. Moreover, the research of the legal acts reveals that these entities are not accountable only to the Seimas, but to the President, and to the Government as well. Hence the authors suggest the system of these entities as follows:

I level – constitutionally established independent authorities: the Bank of Lithuania, National Audit Office

II level – independent regulatory and administrative authorities:

1. independent regulatory authorities:

- those who operate in the sector of industrial markets: National Control Commission for Prices and Energy, Communications Regulatory Authority, State Nuclear Power Safety Inspectorate, Radio and Television Commission of Lithuania

- those who operate in the sector of competition supervision: Competition Council, Public Procurement Office

2. independent administrative authorities: Board of the Research Council, Chief Official Ethics Commission.

The system of independent authorities was subdivided into two major levels. First level includes constitutionally established authorities. Entities established by the laws and the resolutions of the Government, and those whose legal status differs from the status of Government committees, commissions, Government agencies, and agencies under ministries belong to the second level. It is possible to group independent regulatory authorities according to the degree of their independency. The highest level of independency has the Bank of Lithuania. Competition Council, the National Control Commission for Prices and Energy, the Radio and Television Commission dispose of median degree of independency. The Communications Regulatory Authority, Public Procurement Office, State Nuclear Power Safety Inspectorate dispose of the lowest degree of independency as they cover the niche between executive branch entities' system and so called entities accountable to the Seimas.

5. CONCLUSIONS

1. Although the Law on Public Administration does not use the term “regulatory”, but uses the term “administrative” we subdivide so called authorities accountable to the Seimas into independent regulatory and independent administrative authorities. Moreover, all independent regulatory bodies are administrative, because all of them adopt administrative decisions (including binding rules). However we separate these terms because of the specificity and difference of the activity scope of the said entities. Regulatory bodies usually operate in the sector of industrial markets. Administrative entities are involved in social welfare. We define these bodies as follows: they are state entities with the quasi-legislative, executive and quasi-judicial powers, separated from the traditional hierarchy of the executive entities' system, in the composition of which participate Parliament, President, and Government.

2. There is no clear model of independent regulatory and administrative authorities in Lithuania.

There exist different criteria of the formation of the leaderships of these bodies, different rules of their accountability and control, different regulation of the status of the heads and of their salary, different ways of fixation of their independency in the laws. Furthermore,

we have a lot of different status institutions: entities accountable to the Seimas, entities accountable to the Government, Government agencies, agencies under ministries. Question is weather we need so broad spectrum of entities.

3. The modification of so called institutions accountable to the Seimas or the Government is strongly influenced by the requirements of the secondary European law.

4. The system of so called entities of state administration was grouped into three categories. One of these groups covers independent regulatory and administrative authorities. The latter was subdivided into two major levels. First level includes constitutionally established authorities. Second level includes entities established by the laws and the entities that cover the niche between executive branch entities' system and so called entities accountable to the Seimas.

Legislative Power

Executive Power

Judicial Power

STATE ADMINISTRATION OF THE REPUBLIC OF LITHUANIA

Independent Administrative and Regulatory Authorities

I. Constitutionally established entities: Central Bank of the Republic of Lithuania, State Audit Office
 II. Independent regulatory and administrative entities:
 1. independent regulatory entities:
 • those who operate in the sector of industrial markets: National Control Commission for Prices and Energy, Communications Regulatory Authority, State Nuclear Power Safety Inspectorate, Radio and Television Commission of Lithuania
 • those who operate in the sector of competition supervision: Competition Council, Public Procurement Office
 2. independent administrative entities:
 Board of the Research Council, Chief Official Ethics Commission.

The system of entities of executive power

I. The highest level – Government as cabinet of ministers
 II. The central level – ministries, government agencies, agencies under the ministries
 III. The territorial level – territorial agencies of government agencies, territorial agencies of agencies under the ministries

State enterprises, public establishments, whose owner or stakeholder is the State associations whose performance of public administration is authorised