

Eine vorbestrafte Frauensperson heiraten?

Magdalena Pöschl*

Die Einladung der ZöR, ein bestes oder schlechtestes Erkenntnis des VfGH zu benennen, führt leichthin zu einer ernsten Frage: Wonach bemisst sich eigentlich die Qualität einer gerichtlichen Entscheidung? Zuallererst nach ihrer Übereinstimmung mit dem Recht, werden Staatsrechtslehrende geneigt sein zu antworten, und einige setzen vielleicht noch hinzu, dass es auch nicht angehe, seine Einsicht in das Recht aus „irgendwelchen Menschlichkeitsrücksichten“ zu beschneiden¹ – diesen Maßstab hat *Merkel* formuliert, wohlweislich aber nur für Rechtstheoretiker. Der Rechtspraktiker hingegen, meint *Merkel*, „ist und sei Jurist und Mensch nicht bloß in einer Person, sondern auch *in derselben Handlung!* Sogar etwas unjuristisch zu werden zugunsten des ethischen Postulates, ganzer Mensch zu sein, wird man ihm verzeihen dürfen.“² *Kurt Gottlich*, langjähriges Mitglied des VfGH, hätte das wohl wörtlich unterschrieben. Er war ein glänzender Jurist, ein raffinierter Stratege, ein politischer Kopf und ein großzügiger Mensch – all das hat er in seiner richterlichen Tätigkeit virtuos vereint. Ihm sind die folgenden Zeilen gewidmet; sie reflektieren ein Judikat des VfGH, in dem das Juristische und das Menschliche besonders glücklich verbunden sind.

Das Erkenntnis VfSlg 216/1923 handelt, wie viele Entscheidungen der beginnenden Ersten Republik, von den Nöten eines Beamten, hier Johann Preimehs.³ Als junger Patrouilleleiter rückt er 1919 beim Landesgendarmeriekommando für Salzburg ein und versieht seinen Dienst am Posten Oberndorf. Dort lernt er Anna Furtner kennen und geht mit ihr eine Beziehung ein; nach einiger Zeit kommt sie im doppelten Sinn

* Univ.-Prof. Dr. *Magdalena Pöschl*, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10-16 (Juridicum), 1010 Wien, Österreich, <magdalena.poeschl@univie.ac.at>.

¹ *Adolf Julius Merkel*, Zum Interpretationsproblem, *Grünhut'sche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* (1916) 535 (543), <<https://anno.onb.ac.at/cgi-content/anno-plus?aid=por&datum=1916&size=45&pos=550>> (05.02.2021) und nachgedruckt in Dorothea Mayer-Maly/Herbert Schambeck/Wolf-Dietrich Grussmann (Hg), *Adolf Julius Merkel. Gesammelte Schriften I/1* (1993) 63 (70).

² *Merkel* (Fn 1) 543 (Hervorhebung im Original).

³ Die folgende Fallerzählung ist ausführlicher als im Erkenntnis wiedergegeben; sie wertet aus dem im Österreichischen Staatsarchiv unter der Signatur AdR OBh HG 1Rep VfGH erliegenden Akt des verfassungsgerichtlichen Verfahrens B 24/23 auch die Beschwerde (B 24/23-1) und die Gegenschrift (B 24/23-3) aus. *Herwig Mitter* danke ich herzlich dafür, dass er mir den Akt zu diesem Erkenntnis zur Verfügung gestellt hat.

in „andere Umstände“. Als Preimehs davon erfährt, trägt er seiner Freundin die Ehe an, doch sie eröffnet ihm, vor einiger Zeit wegen eines Diebstahls verurteilt worden zu sein – eine solche Ehe, glaubt Preimehs nun, dürfte er als Gendarm nicht eingehen. Schließlich erfahren auch Anna Furtners Eltern von der Schwangerschaft; prompt verstoßen sie ihre Tochter aus dem Elternhaus und geben sie – wie es in Preimehs’ Beschwerde später heißt – „dem vollständigen Elende preis“.⁴ In seiner „beiderseitigen Verzweiflung“⁵ wendet sich das junge Paar an den Bundespräsidenten, Michael Hainisch, und bittet ihn, Anna Furtners Strafe gnadenweise zu tilgen. Tatsächlich kommt der Bundespräsident dem nach. Unerbittlich bleiben nur Preimehs’ Vorgesetzte, die weiterhin von ihm verlangen, die Mutter seines Kindes nicht zu ehelichen. Doch Johann Preimehs widersetzt sich, heiratet Anna Furtner und besteht darauf, dass sie „fortan als gerichtlich unbescholten“ zu gelten habe.⁶ Daraufhin spricht ihn die Disziplinarcommission der Bundesgendarmerie schuldig, „trotz Vorstellung und Ermahnung seiner Vorgesetzten eine [...] vorbestrafte Frauensperson geheiratet zu haben“. Zudem habe Preimehs dereinst entgegen dem Auftrag seines Postenkommandanten einen bestimmten Zug benützt und deshalb seinen Dienst eine halbe Stunde zu spät angetreten. Zur Strafe wird Preimehs in den Ruhestand versetzt, was *de facto* einer Entlassung gleichkommt, weil ihm altersbedingt nur eine kleine Abfertigung zusteht, aber kein Ruhegenuss.⁷ Preimehs bekämpft diese Entscheidung bei der Disziplinaroberkommission. Doch auch sie findet, seine Ehe sei „dem Standesehnen abträglich“, den Schuldspruch hält sie ebenso aufrecht wie die harte Strafe. Wenig später bestätigt auch Vizekanzler Felix Frank, seines Zeichens mit den Geschäften des Bundesministers für Inneres betraut, dieses Erkenntnis.

Aus heutiger Sicht verstört diese Entscheidung: Ungerührt setzt sich eine Behörde über eine Begnadigung hinweg, kramt eine winzige Dienstverfehlung hervor, dringt völlig unangemessen in das privateste Leben zweier Menschen ein und stellt sie vor die Wahl, entweder in persönlichem Unglück zu leben oder wirtschaftlich ruiniert zu sein. Doch damals hielten immerhin drei staatliche Stellen – eine Disziplinarcommission, eine Disziplinaroberkommission und ein Bundesminister – dieses Vorgehen für angezeigt. Gegen ihr Verdikt anzukommen, war für Johann Preimehs schon prozessual schwierig: Der Weg zum Verwaltungsgerichtshof schien von vornherein versperrt, weil Disziplinarangelegenheiten von dessen Zuständigkeit ausgenommen waren.⁸ Zum Verfassungsgerichtshof konnte Preimehs nur über ein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht gelangen – doch welches Recht sollte das sein? Im freien Fall stützte Preimehs’ Anwalt seine Beschwerde auf das „politische Recht der freien Eheschließung“ und fügte kühn hinzu, es unterliege „keinem Zweifel“, dass dieses Recht

⁴ Beschwerde B 24/23-1, 2.

⁵ Beschwerde B 24/23-1, 2.

⁶ Beschwerde B 24/23-1, 2 f.

⁷ So die Beschwerde 24/23-1, 3.

⁸ § 3 lit g Gesetz vom 22. October 1875, betreffend die Einrichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, RGBl 36/1876. In VwSlg 13.606 A/1924 hat der VwGH diese einfachgesetzliche Ausnahme, allerdings gestützt auf Art 131 B-VG, einschränkend interpretiert und seine Zuständigkeit just in einem Fall bejaht, in dem ein vom Innenminister bestätigtes Erkenntnis der Disziplinaroberkommission der Bundesgendarmerie angefochten wurde.

durch die Verfassung garantiert sei,⁹ obwohl dem 1923 zweifellos nicht so war. Mit spitzer Feder bemerkte denn auch das Bundesministerium für Inneres in seiner Gegenschrift, „daß es in den Verfassungsgesetzen keine Bestimmung zu finden vermag, aus der ein solches Recht des Staatsbürgers abgeleitet werden könnte.“¹⁰ Flankierend bestritt die Gegenschrift auch die Zuständigkeit des VfGH: Das bekämpfte Disziplinarerkenntnis stamme von einer Kommission, deren Mitglieder *ex lege* selbständig und unabhängig seien; sie sei daher ein Kameradschaftsgericht, das der Kontrolle des VfGH nicht unterliege – ein fast prophetisches Argument, erklärte sich der VfGH doch wenig später bei einer anderen Disziplinarkommission wegen deren Gerichtsähnlichkeit für unzuständig.¹¹

Paul Vittorelli, der Präsident des VfGH, teilt die nicht sonderlich hoffnungsvolle Beschwerde dem Referenten Hans Kelsen zu. Dieser schlägt dem Gremium zunächst vor, die Beschwerde als zulässig einzustufen: Das angefochtene Erkenntnis stamme zwar von einer unabhängigen Disziplinaroberkommission, unterliege aber der Bestätigung des Innenministers und sei daher als Entscheidung einer Verwaltungsbehörde anzusehen, zu deren Kontrolle der VfGH zuständig sei.¹² In der Sache plädiert Kelsens Entwurf dafür, der Beschwerde stattzugeben.¹³ Über das geltend gemachte „Recht auf freie Eheschließung“ geht er wortlos hinweg und rückt Preimehs’ Fall umstandslos in ein ganz anderes Licht: Nach Art 7 B-VG seien alle Bundesbürger vor dem Gesetz gleich und Vorrechte aufgrund der dort genannten Merkmale ausgeschlossen. Dieser Grundsatz der Gleichheit untersage nicht nur das (in Art 7 B-VG als „Vorrecht“ ausdrücklich erwähnte) *privilegium favorabile*, sondern ebenso das „*privilegium odiosum* aus dem Titel der Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe, insbesondere zu einem bestimmten Stande“. Ob der Gesetzgeber davon Ausnahmen statuieren dürfe, könne offen bleiben; feststehe, dass es ohne gesetzliche Grundlage weder Standesvorrechte noch Standespflichten geben könne, und genau das werde hier schlagend: Das angefochtene Disziplinarerkenntnis habe den Beschwerdeführer nämlich für seine „standeswidrige Ehe“ bestraft, obwohl kein Gesetz ihm eine solche Ehe verbiete; folglich verletze das Erkenntnis das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz.¹⁴

Dass Preimehs’ Anwalt diese Begründung nicht in den Sinn gekommen ist, kann man verstehen: Auf der Hand lag sie nicht, doch sie war fraglos ein raffinierter Weg, um den Beschwerdeführer und seine Frau aus ihrer elenden Lage zu befreien. Das

⁹ So die Beschwerde 24/23-1, 4.

¹⁰ Gegenschrift 24/23-3, 4.

¹¹ VfSlg 211/1923 und ebenso kurz später VfSlg 238/1923.

¹² Der Unterschied zu den in Fn 11 erwähnten Erkenntnissen VfSlg 211/1923 und 238/1923 erschließt sich erst auf den zweiten Blick, zumal in der amtlichen Sammlung nur die Rechtssätze dieser beiden Erkenntnisse abgedruckt sind: Dort ging es um die Disziplinaroberkommission beim Bundesministerium für Inneres, der nach § 101 Dienstpragmatik ebenfalls Selbständigkeit und Unabhängigkeit zukam, deren Entscheidungen aber – anders als jene der hier relevanten Disziplinaroberkommission für die Bundesgendarmerie – nicht der Bestätigung des Bundesministers für Inneres unterlagen.

¹³ Siehe zum Folgenden das Protokoll über die nichtöffentliche Sitzung des Verfassungsgerichtshofes am 19.06.1923, B 24/23-6, 1.

¹⁴ Kelsen stützte die Stattgabe außerdem auf Art 65 B-VG; dieses zweite Standbein kann hier aber beiseite bleiben, weil es im Erkenntnis selbst praktisch keine Rolle mehr spielte.

Gremium nahm ihn gespalten auf:¹⁵ Austerlitz und Ofner unterstützten Kelsens Vorschlag. Neumann-Ettenreich gestand zu, dass die angefochtene Disziplinierung „ungerecht“ sei, fand aber, dass sie kein verfassungsgesetzlich gewährleistetes Recht verletze: Von Gendarmen ein besonderes Standesansetzen zu fordern, widerspreche nicht dem Gleichheitssatz. Engel pflichtete dem bei und verwies auf den Wortlaut des Art 7 B-VG: Er verbiete eben nur „Vorrechte“ des Standes; Standespflichten seien hingegen nicht von ungefähr für viele Berufe normiert. In der Abstimmung blieb Kelsens Entwurf mit sechs Stimmen in der Minderheit.¹⁶ Darauf beantragte er, die Beschwerde abzuweisen, und erhielt dafür eine Mehrheit, allerdings auch nur von sieben Stimmen.¹⁷ Wie den Mitgliedern des Gremiums wohl zumute war?

Zumindest einem Mitglied dürfte die Abstimmung eine schlaflose Nacht bereitet haben, jedenfalls beantragte Ofner am nächsten Tag, die Beratung wieder aufzunehmen:¹⁸ Kelsens ursprünglicher Antrag könne bei geänderter Begründung vielleicht ein anderes Abstimmungsergebnis erzielen; diese Begründung liege nun vor. Mit deutlicher Mehrheit ließ sich das Gremium auf die Wiederaufnahme ein, auch Neumann-Ettenreich und Engel zogen mit.¹⁹ In der Folge verlas Ofner eine dreiseitige, handschriftliche Begründung.²⁰ Dass sie wirklich aus seiner Feder stammt, muss bezweifelt werden, denn der im Akt erliegende Text zeigt (nicht nur inhaltlich) deutlich Kelsens Handschrift.²¹ Vielleicht hatte er Ofner nur gebeten, die Sache neu aufzurollen, da er selbst ja schwer seinen zweiten, mehrheitlich angenommenen Antrag revidieren konnte?²² Nach der Verlesung der neuen Begründung erklärte Kelsen jedenfalls, er sehe darin eine Verbesserung seines ersten Antrages, weil nun zum Ausdruck komme, dass der VfGH (wie Neumann-Ettenreich und Engel am Tag davor gefordert hatten) nicht jeder Standespflicht entgegentritt. Genau das machte nun aber Austerlitz zu schaffen: Die neue Begründung erkläre die Grenzen der Standespflichten zur Ermessenssache und gebe damit den Grundsatz völliger Gleichheit vor dem Gesetz auf. Dem könne er „nur schwer zustimmen“, auch wenn er die Disziplinaentscheidung für „offenbar ungerecht und ihre Aufhebung für eine sittliche Pflicht“ halte.²³ Letztlich wurde die von Ofner verlesene Begründung mit acht Stimmen zum Beschluss erhoben; eine davon war Austerlitz'. Unter den vier Gegenstimmen fand sich,

¹⁵ Zum Folgenden Protokoll B 24/23-6, 2 f.

¹⁶ Laut Protokoll B 24/23-6, 3: Austerlitz, Harpner, Hartl, Jaeger, Kelsen und Ofner.

¹⁷ Laut Protokoll B 24/23-6, 3: Falser, Engel, Kelsen, Menzel, Neumann-Ettenreich, Pawelka und Sylvester. Weder dem ersten noch dem zweiten Antrag zugestimmt hat offenbar Ramek.

¹⁸ Protokoll B 24/23-6, 3.

¹⁹ Laut Protokoll B 24/23-6, 3 stimmten nur Pawelka, Ramek und Sylvester dagegen.

²⁰ Protokoll B 24/23-6, 3.

²¹ Das Protokoll B 24/23-6, 3 verweist dazu auf die „Entscheidungsgründe des endgiltigen Erkenntnisses“, das im Akt B 24/23-7 erliegt, teils bereits maschinengeschrieben, im Kern der Begründung aber als handschriftliches Manuskript. Für die klare Zuordnung dieser Handschrift zu *Hans Kelsen* danke ich *Thomas Olechowski*.

²² Dazu würde passen, dass Kelsen zu Ofner, obwohl die beiden rechtsphilosophisch sehr viel trennte, ein besonders gutes, wohl fast freundschaftliches Verhältnis hatte: *Thomas Olechowski*, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers* (2020) 430 f.

²³ Protokoll B 24/23-6, 3 f.

unerklärt, Neumann-Ettenreich,²⁴ der die Disziplinierung am Tag davor wie Austerlitz noch als „ungerecht“ bezeichnet hatte. Anders als Austerlitz dürfte Neumann-Ettenreich die Gleichheit in der neuen Begründung aber nicht zu kurz gekommen, sondern zu weit getrieben zu sein, weil sie Standespflichten zwar zuließ, aber zugleich begrenzte. Offenbar kam er, abermals anders als Austerlitz, über diese Hürde nicht hinweg.

Das fühlbare Ringen der Mitglieder um eine „richtige“ und „gerechte“ Entscheidung hat sich gelohnt, denn dieses kurze, im Druck knapp dreiseitige Erkenntnis gab nicht nur Johann und Anna Preimehs ihre bürgerliche und ökonomische Existenz zurück. Fast nebenher trifft dieses Judikat auch zentrale Aussagen zum Gleichheitssatz, die bis heute Bestand haben. Wörtlich führt der Verfassungsgerichtshof aus:

„Für den gegenständlichen Fall kommt Artikel 7 des Bundesverfassungsgesetzes in Betracht, der erklärt, daß alle Bundesbürger vor dem Gesetze gleich sind. Der Nachsatz, daß Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse und des Bekenntnisses ausgeschlossen sind, enthält nur *eine* Folge des Grundsatzes, eine andere aber, die sich mit derselben Folgerichtigkeit ergibt, ist der Ausschluß rechtlicher Zurücksetzungen gleicher Art.“²⁵

Diese Passage stellt eine erste wichtige Weiche für die Auslegung des Art 7 B-VG, die übrigens den Ausführungen im B-VG-Kommentar von *Kelsen/Froehlich/Merkel* entspricht:²⁶ Der zweite Satz des Art 7 führt den ersten nur näher aus. Dass sich Art 7 B-VG nicht in einem Vorrechteverbot erschöpft, ist eine weitere Weichenstellung, mit der sich Kelsen im ersten Anlauf noch nicht durchgesetzt hatte. Doch sie überzeugt, denn Vorrecht und Zurücksetzung sind meist nur zwei Seiten einer Medaille. Besonders deutlich wird das, wenn die bevorrechtete und die zurückgesetzte Gruppe in etwa gleich groß sind: So schlägt sich etwa jedes Vorrecht von Männern zwangsläufig in einer Zurücksetzung von Frauen nieder und umgekehrt – wer das eine untersagt, kann das andere nicht billigen. Aus gutem Grund kehrte daher Engels Argument, Art 7 B-VG spreche nur von Vorrechten, in der letzten Beratungsrunde nicht wieder. In der Sache zielte Engels Einwand ohnedies nur darauf, Sonderpflichten nicht *per se* auszuschließen – das lässt sich aber auch anders erreichen, wie die weitere Begründung zeigt:

„Die verfassungsmäßige Gewährleistung eines Rechtes hindert allerdings nicht, daß aus wichtigen Gründen des Gemeinwohls einzelne Klassen der Bevölkerung oder selbst zeitweilig einzelne Gebiete, ausnahmsweise ungleich behandelt werden [...]. Es bedarf dies aber stets eines Bundesgesetzes und auch dieses muß die durch seinen Zweck gebotenen Grenzen einhalten; werden diese Grenzen überschritten, so wird das verfassungsmäßig gewährleistete Recht verletzt.“

²⁴ Dagegen stimmten laut Protokoll B 24/23-6, 4 sonst nur mehr Pawelka, Ramek und Sylvester, die schon gegen die Wiederaufnahme der Beratung waren.

²⁵ Hervorhebung im Original.

²⁶ Vgl. *Hans Kelsen/Georg Froehlich/Adolf Julius Merkel*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 74, wonach der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz durch den zweiten Satz des (nunmehr) Art 7 Abs 1 B-VG „näher interpretiert wird, und zwar dahin, daß die Gleichheit in der Ausschließung von ‚Vorrechten‘ besteht.“

Mit dem ersten Satz dieser Begründung haderte Austerlitz, dem eine absolute Gleichheit vorschwebte; der zweite Satz war offenbar eine unüberwindbare Hürde für Neumann-Ettenreich, der Standespflichten wohl unbegrenzt zulassen wollte. Austerlitz tat allerdings gut daran, sich einen Ruck zu geben und zuzustimmen, nicht nur – im *Merkl'schen* Sinn – als „ganzer Mensch“. Auch als Jurist (wäre er einer gewesen) hätte er reinen Gewissens so entscheiden können. Eine absolute Gleichheit lässt sich nämlich nicht einmal bei Diskriminierungsverboten mit ganz engem Schutzbereich durchhalten: Selbst ein Verbot, aufgrund der ethnischen Herkunft zu differenzieren, kann aus guten Gründen durchbrochen werden, etwa um eine gesellschaftlich benachteiligte Ethnie zu fördern oder gar zu schützen. Daraus folgt aber – entgegen Neumann-Ettenreich – gerade nicht, dass Benachteiligungen aufgrund verpönter Merkmale unbeschränkt zuzulassen sind: Das würde den Schutzzweck des Gleichheitssatzes klar verfehlen. Die plausibelste Lösung ist der Weg, den der VfGH letztlich einschlägt: Eine Ungleichbehandlung nach verpönten Merkmalen bedarf einer gesetzlichen Grundlage und zudem triftiger, verallgemeinerungsfähiger Gründe, die die Ungleichbehandlung zugleich begrenzen. Im Kern ist hier eine Verhältnismäßigkeitsprüfung angelegt. Implizit anerkennt der VfGH in dieser Passage außerdem, dass der Gleichheitssatz auch den Gesetzgeber bindet – eine Frage, die Kelsen im ersten Anlauf noch offenlassen wollte. Die neue Begründung setzt hingegen fort:

„Es ist nun zweifellos, daß Beamte ein gewisses Ansehen bei der Bevölkerung genießen sollen, um ihre Pflicht angemessen erfüllen zu können, und daß ein Verhalten, das dieses Ansehen untergräbt, unstatthaft ist. In den Grenzen dieser Notwendigkeit sind Disziplinarvorschriften, auch die für Gendarmen, gedeckt; aber nur innerhalb dieser Grenzen. Wenngleich diese Vorschriften den Dienstbehörden für die Beurteilung freies Ermessen geben, so ist dieses Ermessen für den Verfassungsgerichtshof keine Schranke für die Prüfung, ob diese Grenzen für eine ausnahmsweise ungleiche Behandlung von Bundesbürgern eingehalten oder nicht offenbar, überschritten sind.“

Wer die Vorgeschichte nicht kennt, mag sich wundern, dass das Erkenntnis gar keine gesetzliche Grundlage für Preimehs Disziplinierung nennt. Tatsächlich existierte ja auch kein Gesetz, das Gendarmen eine standeswidrige Ehe untersagt, wie Kelsen zunächst beanstandete. Im zweiten Anlauf gab er sich damit zufrieden, dass eine Disziplinarvorschrift den Angehörigen der Bundesgendarmerie nur allgemein aufträgt, auf das Ansehen ihres Standes zu achten. Bleibt ein Gesetz so vage, erwächst der Behörde aber zwangsläufig die Pflicht, bei dessen Handhabung die dem Gesetzgeber gezogenen Grenzen zu beachten, kurzum: das Gesetz gleichheitskonform auszulegen. Genau das hat die Behörde aber unterlassen, und nicht nur das:

„Der Frau des Klägers war wegen des von ihr begangenen Delikts die Tilgung der Verurteilung durch die Gnade des Bundespräsidenten gewährt worden, [...] diese Handlung durfte daher bei der disziplinären Beurteilung des Falles nicht mehr in Betracht gezogen werden. Die Frau des Klägers ist im übrigen gut beleumundet, er selbst ist belobt und seine Eheschließung war nach Ausweis der Akten durch seine Ehrenpflicht gegenüber seiner Braut von der Sitte geradezu gefordert.

Die in seiner Versetzung in den Ruhestand gelegene rechtliche Zurücksetzung stellt eine Verweigerung der bürgerlichen Gleichheit vor dem Gesetze dar. Sie war aus seiner amtlichen Stellung offenbar nicht zu begründen und der Mangel eines solchen Grundes kann durch die von der Disziplinaroberkommission gebrauchte unbestimmte Redensart ‚dem Standesansehn abträglicher Ehe‘ nicht verdeckt werden. Die offenbare Überschreitung des der Disziplinarbehörde gezogenen Prüfungsrechtes begründet aber nicht bloß eine große Härte und Unbilligkeit, sondern es liegt in ihr zugleich eine Verletzung des verfassungsmäßig gewährleisteten Rechtes des Klägers und seiner Frau auf Rechtsgleichheit aller Bundesbürger nach Artikel 7 B.V.G.“

In der Sache wirft der VfGH der Behörde hier zwei verschiedene Dinge vor: zum einen, dass sie sich leichtfertig über den Akteninhalt hinwegsetzt, indem sie Anna Preimehs' Begnadigung ebenso ignoriert wie Johann Preimehs' Verdienste. Zum zweiten beanstandet der VfGH, dass die Behörde die Rechtslage grob verkennt und eine Disziplinarstrafe verhängt, die durch das Standesansehn nicht geboten ist. Hier liegt der Grundstein für die später sogenannte „Willkür“, die ein nichtkomparatives Unrecht ist: Der VfGH beanstandet nicht, dass die Behörde andere Gendarmen grundlos besser behandelt hat als Preimehs oder dass sie Preimehs schlechter behandelt als Nichtgendarmen. Er beanstandet, dass die Behörde gerade im Fall Preimehs Sachverhalt und Gesetz völlig außer Acht lässt. Kelsens Rekurs auf den „Stand“ erweist sich damit als ein geschickt gesetzter Hebel, um in das gleichheitsrechtliche Spiel und das heißt: in den Schutzbereich eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts zu kommen. Das eigentliche Problem des behördlichen Vorgehens hatte aber mit dem Stand nichts zu tun; denn der Fall wäre doch genauso stoßend, hätte eine Behörde nicht einen Gendarm, sondern eine beliebige andere Person in dieser Weise bestraft. Tatsächlich war im konkreten Fall ja auch eine Person betroffen, die keinem besonderen Stand angehörte – das war Anna Preimehs, und auch sie wurde, wie der VfGH feststellt, im Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz verletzt.²⁷ In der Sache entnimmt der VfGH dem Gleichheitssatz hier also neben den geläufigen komparativen Rechten eine nichtkomparative Bedeutungsschicht – bei ihr kann man getrost darauf verzichten, artifizielle Ungleichbehandlungen herbeizureden, um den Gleichheitssatz zu aktivieren, was beim Willkürverbot heute auch niemand mehr tut.²⁸

Keine Erwähnung findet im Beratungsprotokoll das zweite Standbein, auf das die Behörde die Disziplinarstrafe zu stützen versucht: die Tatsache, dass Johann Preimehs dereinst eine halbe Stunde zu spät zum Dienst erschienen ist. Diese winzige Verfehlung schien dem Referenten wohl so entlegen, dass er vergaß, in seinem Entwurf darauf einzugehen, und offenbar hat dies auch bei der Beratung des Falles im Plenum niemand vermisst. Vielleicht wurde diese offene Flanke auch erst bei der Ausfertigung

²⁷ Anders hätte der VfGH rechtlich auch kaum fassen können, dass die Behörde Anna Preimehs ungeachtet ihrer Begnadigung als „vorbestrafte Frauensperson“ abgekanzelt hat. Das mag vielleicht auch erklären, warum der VfGH die Beschwerde nicht bloß als überschießenden Eingriff in die Erwerbsfreiheit des Johann Preimehs behandelt hat, was aus heutiger Sicht ebenso denkbar wäre.

²⁸ Interessanterweise wird die Judikatur zur Willkür auch von jenen nicht kritisiert, die darauf bestehen, dass der Gleichheitssatz nur komparative Rechte enthält, zuletzt zB *Walter Berka/Christina Binder/Benjamin Kneihls*, *Die Grundrechte*² (2019) 520 ff, 533 ff, 563 ff.

bemerkt? Das könnte erklären, warum sich in der im Akt erliegenden Erledigung in der Handschrift des Präsidenten noch folgende abschließende Passage findet:

„Die zweite in dem Erkenntnis der Disziplinaroberkommission dem Beschwerdeführer zur Last gelegte Verfehlung ist bei seiner sonst untadeligen, ja belobten Dienstleistung von so untergeordneter Bedeutung, daß es auf der Hand liegt, daß diese Verfehlung allein eine Disziplinarstrafe wie die vorliegende unmöglich hätte veranlassen können. Dieser Teil des Erkenntnisses mußte daher als für die Beurteilung völlig belanglos übergangen werden.“

Die Bilanz des Erkenntnisses VfSlg 216/1923 kann sich sehen lassen: Es anerkennt die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz; stellt klar, dass Vorrechte und Benachteiligungen nur zwei Seiten einer Medaille sind; etabliert einen strengen Prüfungsmaßstab für gesetzliche Differenzierungen aufgrund verpönter Merkmale, und entnimmt dem Gleichheitssatz für die Vollziehung eine Pflicht, Gesetze gleichheitskonform zu interpretieren, und ein nichtkomparatives Willkürverbot. Jede dieser Feststellungen hat bis heute Bestand. So hatte das kleine Erkenntnis VfSlg 216/1923 eine große Wirkung, zum einen für die zwei konkret betroffenen Menschen. Zum anderen haben danach noch ungezählte Bürger*innen von der Gleichheitsjudikatur profitiert, deren Grundstein der VfGH hier legt. Ein solcher Doppelgewinn ist keine Selbstverständlichkeit.²⁹ Dass der – zunächst hoffnungslose – Fall Preimehs so wegweisend entschieden wurde, ist nicht zuletzt einem Referenten zu verdanken, der allen Legenden zum Trotz³⁰ als Richter „Jurist und Mensch nicht bloß in einer Person, sondern auch in derselben Handlung“ war.

²⁹ Ein herbes Gegenbeispiel ist das Charta-Erkenntnis VfSlg 19.632/2012, in dem der VfGH seine Zuständigkeit mit einer aufwendigen, aber juristisch schwer nachvollziehbaren Begründung auch für bestimmte GRC-Rechte bejaht, um die Beschwerde sodann mit einer ebenso aufwendigen, juristisch aber nicht mehr nachvollziehbaren Begründung *abzuweisen*. Bis heute ist auch nicht erkennbar, dass die in diesem Erkenntnis vorgenommene Zuständigkeiterweiterung des VfGH in der Folge anderen Bürger*innen etwas gebracht hätte.

³⁰ Zuletzt wieder *Alexander Somek*, der es für ein Erbe *Kelsens* hält, dass österreichische „Verfassungsrechtler“ ausgezeichnet darin seien, sich „mit der Kompetenzverteilung zu beschäftigen, insbesondere im Bundesstaat“, während die Grundrechte als etwas „gefährlich Nebulöses“ betrachtet würden (*ars boni*, Von Souveränität, Legitimität und Rechtsstaatlichkeit im Ausnahmezustand, 13.05.2020 <<https://www.youtube.com/watch?v=kpc5UV3U4u4>> [22.01.2021] ab Minute 31). Tatsächlich ist dies weder *Kelsens* Erbe noch die Haltung der gegenwärtigen Staatsrechtslehre in Österreich, wie allein die Literatur der letzten 20 Jahre allen zeigt, die sie zur Kenntnis nehmen.