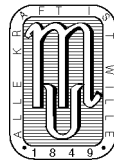


Gedenkschrift
ROBERT WALTER

Herausgegeben von

Clemens Jabloner
Dieter Kolonovits
Gabriele Kucsko-Stadlmayer
Hans René Laurer
Heinz Mayer
Rudolf Thienel



Wien 2013
Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Inhaltsverzeichnis

Geleitworte	V
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren	XVII
Robert Walter – Autobiographie	XXIII

Ludwig Adamovich, Wien

Olympe de Gouges und die Menschenrechte	1
---	---

Walter Barfuß, Wien

Meine erste Begegnung mit Robert Walter	11
---	----

Gerhard Baumgartner, Klagenfurt a. W.

Parlamentarische Interpellation und Datenschutz	15
---	----

Walter Berka, Salzburg

Die grundrechtliche Interessenabwägung im Stufenbau der Rechtsordnung	35
--	----

Nicoletta Bersier Ladavac, Genf

Zur Interpretationstheorie von Hans Kelsen	51
--	----

Wilhelm Brauneder, Wien

Zum Charakter der ersten Grundrechte in Österreich 1848/49	69
--	----

Gabriel Nogueira Dias, São Paulo

“Negative Legislator” in Hans Kelsen’s work: origin, foundations and limits in the light of the Reine Rechtlehre	79
---	----

Gerhard Donhauser, Wien

Freiheit im Rechtsstaat	101
-------------------------------	-----

Horst Dreier, Würzburg

Vom mythologischen Weltbild zur demokratischen Staatsordnung: Hans Kelsen als politischer Soziologe (1988)	123
---	-----

<i>Herbert Haller, Wien</i>	
Erfahrungen und Fragestellungen im gewerblichen Anlagenrecht	145
<i>Meinrad Handstanger, Wien</i>	
Zur Anwendung der Grundrechte des Unionsrechts	153
<i>Johannes Hengstschläger, Linz</i>	
Die Ausweitung der Prüfungskompetenz des Rechnungshofes durch die B-VG-Novelle 2009	171
<i>Clemens Jabloner, Wien</i>	
Richterrecht als Rechtsquelle?	185
<i>Dietmar Jahnel, Salzburg</i>	
Die Gesetzesbeurkundung durch den Bundespräsidenten – der aktuelle Stand der Diskussion.	203
<i>Matthias Jestaedt, Freiburg im Breisgau</i>	
Methoden(r)einheit und Disziplinenvielfalt	219
<i>Jörg Kammerhofer, Freiburg im Breisgau</i>	
Robert Walter, die Normkonflikte und der zweite Stufenbau des Rechts . .	237
<i>Christoph Kletzer, London</i>	
Absoluter Positivismus und Normativer Monismus	257
<i>Benjamin Kneihls, Salzburg</i>	
Sozialversicherungsverfahren und AVG	271
<i>Georg E. Kodek, Wien</i>	
Die vorläufige Suspension von Notariatskandidaten – Voraussetzungen und Rechtsschutz	299
<i>Dieter Kolonovits, Wien</i>	
Die „neuen“ Rechtspfleger bei den Verwaltungsgerichten erster Instanz (Art 135a B-VG) im Lichte des Art 6 EMRK.	321
<i>Werner Krawietz, Münster</i>	
Rechtskommunikation und normativ-soziale Reflexion im sozietalem Rechtssystem und im Rechtswissenschaftssystem	345
<i>Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Wien</i>	
Die „Verwaltungsverordnung“	369

<i>Hans René Laurer, Wien</i> „Verfassung und Gerichtsbarkeit“ – ein halbes Jahrhundert danach	389
<i>David Leeb, Linz</i> Die Bindung an rechtskräftige Bescheide unzuständiger Behörden im Rahmen des AVG im Vorfragenbereich	421
<i>Manfred Claus Lödl, Wien</i> Die Bindungswirkungen des Bundesfinanzgesetzes und ihre Durchbrechungen	441
<i>Tatiana Machalová, Brno</i> Professor Robert Walter und die Brüner rechtstheoretische Schule	463
<i>Heinz Mayer, Wien</i> Das Fehlerkenntnis eines Höchstgerichts – ein „Nichttakt“?	473
<i>Franz Merli, Graz</i> Langsame Demokratie	487
<i>Gerhard Muzak, Wien</i> Gefährdungshaftung im Verkehrsrecht als Beispiel für unterschiedliche methodische Sichtweisen zur Analogie	505
<i>Ryuichi Nagao, Tokyo</i> Hans Kelsen's Normative Principle of Action	525
<i>Thomas Olechowski, Wien</i> Kelsens Debellatio-These	531
<i>Stanley L. Paulson, Kiel</i> Die Funktion der Grundnorm: begründend oder explizierend?	553
<i>Bettina Perthold-Stoitzner, Wien</i> Unbestimmt trotz möglicher verfassungskonformer Interpretation?	575
<i>Christian M. Piska, Wien</i> „Richterrecht“ – Tatsache oder Rechtsquelle?	593
<i>Magdalena Pöschl, Wien</i> Wissenschaftliche Integrität	609

<i>Michael Potacs, Wien</i>	
Zur Logik im Recht	643
<i>Ilse Reiter-Zatloukal, Wien</i>	
Der Bundesgerichtshof 1934–1938.	657
<i>Heinz Peter Rill, Wien</i>	
Internationales, supranationales und nationales Recht – eine Einheit.	679
<i>Gregorio Robles, Palma de Mallorca</i>	
Textperspektivismus und systemisches Relativitätsprinzip in der Kommunikationstheorie des Rechts	701
<i>Peter Schick, Graz</i>	
Art 90a B-VG: Eine verfassungsrechtliche Hybridisierung der Staats- anwaltschaft?	719
<i>Alfred Schramm, Wien</i>	
Robert Walters Beitrag zur Lösung des Syllogismusproblems.	737
<i>Eva Schulev-Steindl, Wien</i>	
Die Fiktion staatlicher Rechtsakte – ein europäischer Trend?.	747
<i>Iain Stewart, Sydney</i>	
Legal Obligation and Exclusion.	761
<i>Karl Stöger, Graz</i>	
Die Geschichte des österreichischen Privatuniversitätenrechts 1999 bis 2012 – Blicke zurück und nach vorne	781
<i>Harald Stolzlechner, Salzburg</i>	
Einheitlicher Ansprechpartner und Vollziehung des gewerblichen Berufsrechts.	801
<i>Rudolf Thienel, Wien</i>	
Die Stellung der Staatsanwälte nach Art 90a B-VG – eine Zwischenbilanz	819
<i>Helmut Tichy / Philip Bittner, Wien</i>	
Aktuelles aus der Staatsvertragspraxis des Völkerrechtsbüros seit der B-VG-Novelle 2008.	843

<i>Ewald Wiederin, Wien</i>	
Münchhausen in der Praxis des Staatsrechts	865
<i>Gerhart Wielinger, Graz</i>	
Die Verfassung ist „Zwangsnormerzeugungsregel“ – was ist in dieser Aussage impliziert?	889
<i>Klaus Zeleny, Wien</i>	
Die Datenbank des Hans Kelsen-Instituts	899
Schriftenverzeichnis von Robert Walter	913

Münchhausen in der Praxis des Staatsrechts*)

Ewald Wiederin, Wien

Übersicht:

- I. Ein Weg aus dem Sumpf?
- II. Volksabstimmungen über Gesetzesbeschlüsse des Steiermärkischen Landtages und ihre Aushebelung
 - A. Die verfassungsrechtliche Ausgangslage und ihre Probleme
 - B. Ausschlussklauseln im Verfassungsrang als Ausweg
 - C. Würdigung
 - D. Folgerungen
- III. Die Normprüfungskompetenzen des Verfassungsgerichtshofes und ihre Ausschaltung
 - A. Der Ablauf der Ereignisse im Jahr 1933
 - B. Rechtliche Bewertung in der Literatur
 - C. Würdigung
 - D. Rechtskontinuität oder juristische Revolution?
- IV. Das *Münchhausen*-Trilemma und *Robert Walter*

I. Ein Weg aus dem Sumpf?

„Ein anderes Mal wollte ich über einen Morast setzen, der mir anfänglich nicht so breit vorkam, als ich ihn fand, da ich mitten im Sprunge war. Schwebend in der Luft wendete ich daher wieder um, wo ich hergekommen war, um einen größeren Anlauf zu nehmen. Gleichwohl sprang ich auch zum zweiten Male noch zu kurz und fiel nicht weit vom andern Ufer bis an den Hals in den Morast. Hier hätte ich unfehlbar umkommen müssen, wenn nicht die Stärke meines eigenen Armes mich an meinem eigenen Haarzopfe, samt dem Pferde, welches ich fest zwischen meine Knie schloss, wieder herausgezogen hätte.“¹⁾

Von allen Geschichten, die von Hieronymus Carl Friedrich Freiherr von *Münchhausen* überliefert sind, ist diese die mit Abstand bekannteste, beliebteste und faszinierendste. Ob wir sie rundweg als Lügengeschichte abtun können, ist bis heute nicht ausgemacht. Wissenschaftler verschiedenster Disziplinen haben sich die Frage gestellt, ob der Griff an den Zopf zu etwas führen kann. *Robert Walter* war einer von ihnen, und die Antwort, die er für das Recht und seine Wis-

*) Dieser Beitrag knüpft an einen Briefwechsel des Autors mit *Robert Walter* an.

1) *Gottfried August Bürger*, *Wunderbare Reisen zu Wasser und Lande, Feldzüge und lustige Abenteuer des Freiherrn von Münchhausen* (2002) 63 f.

senschaft gab, ließ an Entschiedenheit zu wünschen nichts übrig: „Auch aus einem juristischen Sumpf kann man sich am eigenen Schopf nicht herausziehen!“²⁾

Stimmt dieser Satz? In der Welt des Rechts ist manches möglich, was in der Realität schwerlich gelingt. Der Gesetzgeber kann durch die Statuierung einer Rückwirkung die juristischen Uhren zurückdrehen, er kann durch Fiktionen aus Tieren Sachen machen, ja selbst Männer als Frauen behandeln. Wieso soll er, so mag man fragen, sich nicht selber aus misslichen Lagen befreien können?

Die Frage ist weniger akademisch als es scheinen mag, denn es mangelt nicht an Anschauungsmaterial. Wer im Sumpf steckt, dem ist jedes Mittel zur Befreiung recht, der lässt keine Möglichkeit der Rettung ungenutzt. Wer mit einem durch *Robert Walter* geschärften Blick die Staatspraxis betrachtet, dem wird die *Münchhausensche* Taktik des Öfteren begegnen. Ich greife zwei Fallkonstellationen heraus, die beide in der Vergangenheit liegen, und nehme sie zum Anlass, die Frage zu diskutieren, ob und inwieweit eine Rechtsvorschrift auf die Bedingungen ihrer eigenen Erzeugung und Vernichtung Einfluss nehmen kann.

II. Volksabstimmungen über Gesetzesbeschlüsse des Steiermärkischen Landtages und ihre Aushebelung

Das erste Beispiel, das das Problem illustrieren soll, betrifft den Weg der Landesgesetzgebung. Wie andere Bundesländer, so baute auch das Land Steiermark die direkt-demokratischen Elemente in der Landesgesetzgebung aus. Eine 1986 erlassene Landes-Verfassungsgesetznovelle³⁾ fügte in das Landes-Verfassungsgesetz 1960⁴⁾ ein viertes Hauptstück ein, das mit „Volksrechte in Gesetzgebung und Vollziehung des Landes“ überschrieben war und das neben der Bürgerbegutachtung wichtiger Gesetzes- und Verordnungsvorschläge, neben Volksbegehren und Volksbefragungen in Landesangelegenheiten auch die Möglichkeit einer Abstimmung des Landesvolkes über jeden Gesetzesbeschluss des Landtages vorsah.

A. Die verfassungsrechtliche Ausgangslage und ihre Probleme

Die einschlägigen Bestimmungen wiesen der Volksabstimmung einen weiten Anwendungsbereich zu: Gemäß § 41 Abs 1 L-VG konnten mindestens 85.000 Wahlberechtigte zum Landtag, der Landtag selbst oder mindestens 80 Gemeinden mit gleichlautenden Gemeinderatsbeschlüssen binnen dreier Monate nach Fassung des Gesetzesbeschlusses verlangen, dass ein Gesetzesbeschluss des Landtages einer Volksabstimmung unterzogen werde. Eine Ablehnung in der Volksabstimmung hatte nach § 41 Abs 2 L-VG zur Folge, dass die Verlautbarung

2) *Robert Walter*, Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes im Jahre 1933, in: Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich (Hrsg.), Verfassungstag 1997 (1998) 17–34 (24).

3) LGBl 1986/86.

4) LGBl 1960/1.

des Gesetzesbeschlusses – und zuvor wohl schon seine Beurkundung – zu unterbleiben hatte.

Von dieser Regel sah § 42 L-VG indes eine Ausnahme vor: Mit einem Verlangen nach Volksabstimmung konfrontiert, konnte der Landtag den Gesetzesbeschluss, sofern er nicht ein Landesverfassungsgesetz betraf, für dringlich erklären. Eine solche Dringlicherklärung hatte indes nicht den Entfall der Volksabstimmung zur Folge, sie bewirkte nach § 42 Abs 2 L-VG lediglich, dass der für dringlich erklärte Gesetzesbeschluss „unbeschadet der Durchführung einer Volksabstimmung“ zu verlautbaren war. Die Abstimmung war gleichwohl anzuberaumen und durchzuführen, und ihr Ergebnis wirkte sich nicht auf das Inkrafttreten des Gesetzes aus, sondern nur auf seine Geltungsdauer: Lehnte die unbedingte Mehrheit der abgegebenen gültigen Stimmen den Gesetzesbeschluss ab, so trat das dringliche Gesetz zwei Jahre nach Verlautbarung des Volksabstimmungsergebnisses wieder außer Kraft.

Diese Regelungen traten am 1. Jänner 1987 in Kraft. Bald schon zeigte sich, dass sie die Praxis vor Probleme stellten, die absehbar gewesen waren, vor denen man jedoch die Augen verschlossen hatte.

Ein erstes Problem der neuen Regelung bestand in der Dauer der Frist, die für ein Verlangen nach Volksabstimmung eingeräumt war. Drei Monate sind eine lange Zeitspanne, selbst für die Landeslegislative, deren Gesetze das bis zu acht Wochen in Anspruch nehmende Verfahren nach Art 98 B-VG passieren mussten.⁵⁾ Eine Dringlicherklärung des Gesetzesbeschlusses durch den Landtag konnte diese Frist nicht verkürzen, war sie doch erst nach der Äußerung eines Verlangens auf Durchführung einer Volksabstimmung statthaft. Es musste daher abgewartet werden, ob es zu einem solchen Verlangen kam, denn dem Volk, den Gemeinden wie dem Landtag selbst stand die volle Dreimonatsfrist zur Verfügung, um eine entsprechende Äußerung abzugeben oder darauf zu verzichten.

Ein zweites Problem lag in der Konzeption der Dringlicherklärung: Dass nach ihr eine Volksabstimmung gleichwohl durchzuführen war, ein negatives Ergebnis dieser Abstimmung aber erst mit einer Verzögerung von zwei Jahren wirksam werden sollte, das konnte man den Bürgerinnen und Bürgern schlecht erklären.

B. Ausschlussklauseln im Verfassungsrang als Ausweg

Es überrascht daher nicht, dass die Politik nach Wegen suchte, die sowohl das Zeitproblem als auch das Akzeptanzproblem zu lösen versprochen. Am 16. Oktober 1990 beschloss der Landtag ein Gesetz über die Jugendwohlfahrtspflege, das am 1. Jänner 1991 in Kraft treten sollte. Gleichwohl die Dreimonatsfrist des § 41 L-VG zu wahren, die für ein Verlangen nach Volksabstimmung zur Verfügung stand, hätte die Anordnung einer Rückwirkung bedeutet. Man verfiel daher auf den Ausweg, in § 51 Abs 1 eine Verfassungsbestimmung aufzunehmen, deren erster Satz lautete:

5) Mittlerweile wurde Art 98 B-VG durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl I 51, mit Wirkung vom 1. Juli 2012 aufgehoben.

„Dieser Gesetzesbeschluß ist nicht dem Verfahren nach § 41 L-VG zu unterziehen.“

Nach Durchlaufen des Verfahrens gemäß Art 98 B-VG wurde das Gesetz vom Landeshauptmann beurkundet und am 21. Dezember 1990 unter der Nummer 93 des Landesgesetzblattes kundgemacht.

Nach einer Pause von knapp drei Jahren griff der Landtag diese Technik wieder auf: Am 15. Juni 1993 beschloss er sechs Gesetze, die über eine entsprechende Klausel verfügten. Fünf dieser Gesetze wurden am 20. August 1993 im 16. Stück des Landesgesetzblattes verlautbart,⁶⁾ und bei ihnen war sicherlich Zeitknappheit der entscheidende Grund, traten sie doch mit 1. Juli 1993 in Kraft. Anderes gilt wohl für das sechste Gesetz, das erst am 27. September 1993 seinen Weg in das Gesetzblatt fand.⁷⁾ Mit einer Änderung des Landes-Verfassungsgesetzes – konkreter: einer Neuregelung der Verwaltung des Landesvermögens durch die Landesregierung – betraf es außerdem einen Gegenstand, bei dem eine Dringlicherklärung nach § 42 Abs 3 L-VG ausgeschlossen war.⁸⁾

Während der folgenden Jahre bildeten Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen, die den Abschluss des in § 41 L-VG verankerten Volksrechtsverfahrens anordneten, ein Standardinstrument der Legistik: In den Kundmachungen des Jahres 1993 waren weitere drei⁹⁾, 1994 sechs¹⁰⁾, 1995 drei¹¹⁾, 1996 gar elf solcher Klauseln¹²⁾ zu verzeichnen. Nachdem der Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt gegen den Einsatz dieser Technik Bedenken geäußert hatte,¹³⁾ gingen die Anwendungsfälle jedoch 1997 auf drei zurück.¹⁴⁾ Im Jahr 1998 verabschiedete der Landtag nur mehr eine einzige derartige Klausel,¹⁵⁾ und sie sollte die letzte bleiben. Eine seit 1996 vorbereitete¹⁶⁾ und 2005 beschlossene Verfassungsreform beseitigte die Probleme an der Wurzel: Zum einen wurde die Frist für das Verlangen nach Volksabstimmung auf sechs Wochen verkürzt.¹⁷⁾ Zum

6) Vgl Art IV Z 1 LGBL 1993/80; Art V LGBL 1993/81; Art II LGBL 1993/82; § 2 LGBL 1993/83; Art II LGBL 1993/84.

7) Art II LGBL 1993/94.

8) Im selben Stück des LGBL wurde unter Nr 93 eine Änderung des L-VG 1960 kundgemacht, die schon am 25. Mai 1993 beschlossen worden war und über keine das Volksrechtsverfahren ausschließende Klausel verfügte.

9) § 27 Abs 1 LGBL 1993/108; § 59 Abs 1 LGBL 1993/134; Art II LGBL 1993/136.

10) Art IV Abs 1 LGBL 1994/17; Art II Abs 1 LGBL 1994/21; Art II Abs 1 LGBL 1994/29; Art II Abs 1 LGBL 1994/34; Art II LGBL 1994/61; § 19 Abs 1 LGBL 1994/108.

11) § 7 Abs 4 LGBL 1995/22; § 7 Abs 1 LGBL 1995/27; Art III Abs 1 LGBL 1995/71.

12) Art II Abs 1 LGBL 1996/12; Art II Abs 3 LGBL 1996/13; Art II Abs 4 LGBL 1996/14; Art XVIII Abs 4 LGBL 1996/17; Art XI Abs 2 LGBL 1996/18; Art VIII Abs 2 LGBL 1996/43; Art III Abs 2 LGBL 1996/44; Art IV LGBL 1996/46; § 9 LGBL 1996/68; Art IV LGBL 1996/74; Art IV LGBL 1996/77.

13) BKA-VD 27. 6. 1996, GZ 650.056/1-V/2/96, S 7f, 10.

14) Art IV Abs 2 LGBL 1997/2; Art IV LGBL 1997/7; Art II LGBL 1997/13.

15) Vgl Art VI des Gesetzes vom 15. Dezember 1998, mit dem das als Landesgesetz geltende Pensionsgesetz 1965, das Nebengebühreuzulagengesetz, das Steiermärkische Bezügegesetz und das Gesetz über die Ruhebezüge der Bürgermeister der steirischen Gemeinden mit Ausnahme der Städte mit eigenem Statut geändert wird, LGBL 1999/28.

16) Vgl den Begutachtungsentwurf der Abteilung Verfassungsdienst im Amt der Steiermärkischen Landesregierung vom 29. 5. 1996, VD-25.00-1/89-72.

17) § 41 Abs 1 Z 2 L-VG idF LGBL 2005/94.

anderen erhielt der Landtag die Möglichkeit, den Gesetzesbeschluss bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung für dringlich zu erklären mit der Wirkung, dass eine Volksabstimmung hierüber zu unterbleiben hatte.¹⁸⁾

C. Würdigung

Auch wenn die Praxis der Aushebelung der steiermärkischen Volksrechte mittlerweile Geschichte ist, so lohnt sie doch nähere Analyse. Hatten die geschilderten Klauseln die erwünschte Wirkung, vermochten sie die Anwendung des § 41 L-VG als *leges speciales* auszuschließen, oder handelte es sich hiebei um einen untauglichen Versuch?

Aus verfahrensrechtlicher Perspektive ist man um eine Antwort nicht verlegen. Die §§ 41 und 42 L-VG verpflichteten den Landeshauptmann, mit der Verlautbarung des Gesetzesbeschlusses drei Monate lang innezuhalten, weil innerhalb dieser Frist ein Verlangen nach Volksabstimmung gestellt werden konnte – nicht anders, als Art 98 B-VG und § 21 L-VG den Landeshauptmann zwingen, mit der Verlautbarung solange zuzuwarten, bis entweder die Frist von acht Wochen ab Einlangen des Gesetzesbeschlusses beim Bundeskanzleramt abgelaufen war oder die Bundesregierung ihre Zustimmung zur vorzeitigen Kundmachung erteilt hatte. Die Verfassungsbestimmung im betreffenden Gesetzesbeschluss, über ihn sei keine Volksabstimmung abzuführen, vermochte an dieser Rechtslage nicht das Geringste zu ändern, war diese Verfassungsbestimmung doch in Ermangelung einer Kundmachung des Beschlusses kein Bestandteil des geltenden Rechts. Alle Verlautbarungen von Landesgesetzen zwischen 1987 und 2005, die vor Ablauf dreier Monate nach Beschlussfassung im Landtag erfolgten, sind deshalb rechtswidrig erfolgt.

Dagegen liegt ein Einwand auf der Hand: Lässt sich diese rechtliche Einschätzung auch aufrecht erhalten, nachdem – wenngleich nach rechtswidriger vorzeitiger Verlautbarung – mit der Volksrechteausschlussklausel eine Verfassungsbestimmung in die Rechtsordnung Eingang gefunden hat, die den bei ihrer Erzeugung unterlaufenen Fehler saniert? Kann der Landeshauptmann die rechtswidrige Verlautbarung deswegen ungestraft vornehmen, weil er mit ihr die Grundlage für eine andere rechtliche Bewertung seiner Vorgangsweise schafft?

Es wäre vordergründig, diese Frage mit der Begründung zu verneinen, dass die das Volksrechteverfahren ausschließende Verfassungsbestimmung in Ermangelung anderwärtiger Bestimmung gemäß § 21 Abs 7 L-VG erst mit dem Beginn des 15. Tages der Kundmachung in Kraft getreten sei und daher für die Bewertung aller vor diesem Zeitpunkt liegenden Ereignisse nicht herangezogen werden dürfe. Denn es ist mit Händen zu greifen, dass derartige Klauseln, eben

18) § 41 Abs 3 L-VG idF LGBl 2005/94. Weiters wurden nach der Neufassung des § 41 Abs 2 L-VG Gesetzesbeschlüsse, die der Umsetzung gliedstaatsvertraglicher, bundesgrundsatzgesetzlicher oder gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen dienten oder die als Ersatzregelungen für unter Fristsetzung erfolgte Gesetzesaufhebungen durch den VfGH zu erlassen waren, vom Anwendungsbereich des Volksrechteverfahrens ausgenommen.

weil sie sich auf die Erzeugung jenes Gesetzes beziehen, dessen Teil sie bilden, die rechtliche Bewertung von Sachverhalten steuern wollen, die vor ihrer Kundmachung liegen. Ihnen ist folglich eine Rückwirkung immanent, mag sie auch nicht ausdrücklich verfügt worden sein. Aber selbst wenn man dies anders sähe, wäre damit für unser grundsätzliches Problem wenig gewonnen. Denn für den Landtag wäre es ein Leichtes, durch eine Bestimmung des Inkrafttretens der betreffenden Klausel am Tage des von ihm gefassten Gesetzesbeschlusses eine explizite Rückwirkung zu statuieren.

Das führt zurück zur zuvor gestellten Frage: Konnte der Landeshauptmann in Anbetracht der Volksrechteausschlussklausel die Verlautbarung durchführen, weil sie aus einer rechtswidrigen Kundmachung eine rechtmäßige macht? Oder musste er gar vorzeitig verlautbaren, weil ansonsten sein *ex ante* rechtmäßiges Zuwarten *ex post* als rechtswidrig anzusehen gewesen wäre?

Ein Blick auf die Textierung der Volksrechteausschlussklauseln zeigt, dass diese über den Zeitpunkt der Verlautbarung unmittelbar nichts aussagen. Ihre Anordnung beschränkt sich darauf, das Verfahren gemäß § 41 L-VG auszuschließen. Vorzeitige Kundmachung wird also lediglich ermöglicht, nicht verbindlich angeordnet, und die Praxis zeigt, dass die Verlautbarung mitunter erst nach Ablauf dreier Monate erfolgt.¹⁹⁾ Das Dilemma lässt sich daher besser illustrieren, wenn wir die Sache zuspitzen und uns vorstellen, dass sieben Wochen nach der Beschlussfassung im Landtag ein Verlangen nach Volksabstimmung über jenen Gesetzesbeschluss gestellt wird, der sich selber einer Volksabstimmung zu entziehen versucht. Was ist in dieser Situation rechtens? Nachdem die Prüfung der Voraussetzungen für eine Volksabstimmung sowie deren Anordnung in die Zuständigkeit der Landesregierung fällt,²⁰⁾ kommt ein weiterer Akteur ins Spiel. Muss die Landesregierung einen solchen Antrag zulassen, ist ihr das verboten, oder hat sie die Wahl? Kann der Landeshauptmann all diesen Entscheidungen durch Verlautbarung zuvorkommen oder ist er hiezu sogar verpflichtet?

Wenn Landesregierung und Landeshauptmann ihr Verhalten an dem im Zeitpunkt ihres Verhaltens geltenden Recht ausrichten, dann müssen sie eine Volksabstimmung anordnen und mit der Verlautbarung zuwarten.²¹⁾ Ob der Gesetzesbeschluss seinen Weg in das Landesgesetzblatt findet, hängt sodann vom Ergebnis der Volksabstimmung ab: Lehnt das Volk ihn ab, dann unterbleibt die Kundmachung. Die die Durchführung einer Volksabstimmung ausschließende Klausel erlangt keine Gesetzeskraft, Landesregierung und Landeshauptmann können einer staatsrechtlichen Anklage durch den Landtag nach Art 142 Abs 2 lit d B-VG gelassen entgegen sehen, denn ein Volksabstimmungsverbot könnte sich allenfalls aus dieser Klausel ergeben.

Was aber, wenn das Volk den Beschluss gutheißt und dieser Beschluss in der Folge unter Berufung auf das Ergebnis der Volksabstimmung verlautbart

19) LGBl 1993/94.

20) Vgl §§ 58 ff Steiermärkisches Volksrechtgesetz, LGBl 1986/87 idF LGBl 1990/74, 1995/75, 1997/40 und 1999/51.

21) Um die Analyse nicht weiter zu komplizieren, sehe ich in der Folge davon ab, dass nach Zulassung des Antrags auf Volksabstimmung gemäß § 60 Volksrechtgesetz die Landesregierung den Landtag zu informieren hat, der den Gesetzesbeschluss für dringlich erklären kann.

wird? Ist das Gesetz diesfalls vom Verfassungsgerichtshof wegen Verfassungswidrigkeit seines Zustandekommens aufzuheben, weil die Durchführung einer Volksabstimmung verboten war? Für diese Auffassung spricht, dass die nunmehr gesetzeskräftige Ausschlussklausel die Durchführung einer Volksabstimmung untersagt. Der Verfassungsgerichtshof, so mag man folgern, ist zu einer Aufhebung gezwungen, denn andernfalls würde er eine geltende Verfassungsbestimmung um ihre Relevanz bringen.

Zu Zweifeln an der Richtigkeit dieses Ergebnisses gibt jedoch schon die paradoxe Folge Anlass, dass der Verfassungsgerichtshof mit der Aufhebung des vom Volk gutgeheißenen Gesetzes zugleich auch die Ausschlussklausel aus der Rechtsordnung beseitigen würde: Sie wäre ja nicht nur Maßstab, sondern zugleich auch Gegenstand der Prüfung.

Damit ist der Kern des Problems freigelegt: Kann eine Rechtsvorschrift, und sei es eine Verfassungsbestimmung, die Bedingungen ihrer eigenen Erzeugung beeinflussen? Auf diese Frage gibt es keine „logische“ Antwort. Wir gehen gewiss davon aus, dass dort, wo es um die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Zustandekommens eines Gesetzes geht, das im Zeitpunkt seiner Erlassung maßgebliche Recht die Richtschnur bildet, selbst wenn es in der Folge durch das erzeugte neue Recht beseitigt wird. Wenn und weil wir jedoch in der Statuierung von Rückwirkung ein Standardinstrument der Rechtstechnik sehen, verfügen wir über ein Muster, mit dem wir entsprechende Versuche „logisch“ zu deuten vermögen. Sich auch für die Regeln der Rechtserzeugung auf dieses Muster einzulassen, hat jedoch seinen Preis. In letzter Konsequenz kann es das Verfassungsrecht um seine spezifische Funktion bringen. Wenn Verfassungsrecht dem Prozess der Gesetzgebung wirksam Schranken setzen soll, dann dürfen die Bedingungen der Erzeugung von Recht durch das zu erzeugende Produkt nicht manipulierbar sein. Denn ansonsten gäbe es schlechterdings keine Regeln, über die sich die rechtserzeugenden Organe nicht dadurch hinwegsetzen könnten, dass sie diese mit rückwirkender Kraft zu beseitigen oder abzuändern versuchten. Eine einfache Mehrheit im Nationalrat könnte sich zu Verfassungsänderungen ermächtigen, indem sie die Quorenregelung des Art 44 Abs 1 B-VG rückwirkend entsprechend abänderte; sie könnte dem Vorwurf, darin sei eine die Durchführung einer Volksabstimmung bedingende Gesamtänderung gelegen, durch rückwirkende Aufhebung der Art 44 Abs 3 B-VG zuvorkommen;²²⁾ und sie könnte selbst eine verfassungsrechtliche Ewigkeitsklausel à la Art 79 Abs 3 GG durch deren rückwirkende Aufhebung zu einem frommen Wunsch machen.

22) So geschehen, wenngleich ohne Statuierung einer Rückwirkung, im Bundesverfassungsgesetz vom 30. April 1934 über außerordentliche Maßnahmen im Bereich der Verfassung, BGBl 1934 I/255, in dessen Art I der damalige Art 44 Abs 2 B-VG aufgehoben wurde, bevor mit Art II die durch Verordnung der Bundesregierung erlassene, in BGBl 1934 I/239 kundgemachte Verfassungsurkunde über den Bundesstaat Österreich „unter Bekräftigung ihres rechtlichen Bestands als Bundesverfassungsgesetz auch im Sinne der gegenwärtigen geltenden Bundesverfassung erklärt“ wurde.

D. Folgerungen

Was folgt hieraus für unser Beispiel? Zum einen, dass sich die am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe an der im Zeitpunkt ihres Verhaltens geltenden Verfassungsrechtslage orientieren müssen und nicht an den Bestimmungen jener Beschlüsse, die erst auf dem Wege der Gesetzgebung sind.²³⁾ Weder konnte der Landtag durch Inkorporation einer Ausschlussklausel in seine Gesetzesbeschlüsse das verfassungsrechtlich vorgesehene Verfahren verkürzen, noch konnte sich der Landeshauptmann dadurch aus dem Sumpf ziehen, dass er die Verpflichtung zum Zuwarten mit der Verlautbarung des Gesetzesbeschlusses mit der vorzeitigen Kundmachung des Gesetzesbeschlusses samt Ausschlussklausel unterließ. Soweit Kundmachungen vor Ablauf dreier Monate nach Beschlussfassung im Landtag erfolgt sind, sind die betreffenden Gesetze vom Verfassungsgerichtshof wegen Verstoßes gegen § 41 L-VG nach Art 140 Abs 3 B-VG zur Gänze aufzuheben.

Die andere Lehre lautet, dass solche Ausschlussklauseln als normativ unbeachtlich, mithin als absolut nichtig zu qualifizieren sind. Sie ab dem Moment der Kundmachung als zwar verfassungswidrige, aber bis zum Zeitpunkt ihrer Aufhebung wirksame Bestimmungen zu behandeln, würde nicht Rechtsunsicherheit ausräumen, sondern diese befördern. Wenn – wie geboten – der Verfassungsgerichtshof das Gesetz wegen Kundmachung in verfassungswidriger Weise zur Gänze aufzuheben hatte, dann war mit der Kassation des Gesetzes auch der von der Verfassungsbestimmung über den Ausschluss des Volksrechteverfahrens ausgehende Rechtsschein zerstört.²⁴⁾ Der Ausschlussklausel Rechtswirkungen

23) Mitunter ist freilich nicht leicht zu bestimmen, ob Verfassungsbestimmungen das Verfahren der Gesetzgebung betreffen oder den Inhalt der Gesetze steuern wollen. Strittig ist insbesondere die Qualifikation der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung: vgl dazu zuletzt *Sonja Neudorfer*, Kompetenzdeckungsklauseln außerhalb des B-VG. Österreichische Provisorienkultur oder sinnvoller Pragmatismus? in: *Sebastian Schmid* ua (Hrsg), Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat? Tagung der Österreichischen Assistentinnen und Assistenten Öffentliches Recht Bd 1 Obergurgl 2010 (2011) 111–150 (117–120 mwN). Weitere Beispiele für potentielle Münchenhausen-Konstellationen bilden Umgehungen der Einholung der nach Art 102 Abs 4 B-VG erforderlichen Zustimmung der beteiligten Länder zur Errichtung eigener Bundesbehörden zur Vollziehung von in Art 102 Abs 2 B-VG nicht genannten Angelegenheiten durch Hebung der einschlägigen Zuständigkeitsvorschriften in Verfassungsrang (vgl § 19a Behinderteneinstellungsgesetz idF BGBl 2002/150; § 11 Abs 1 Volkszählungsgesetz idF BGBl 1976/398; § 45 Abs 3 Bundesbehindertengesetz idF BGBl 2002/150 sowie die Erläut RV 1141 BlgNR 21. GP 3: „Mit der Schaffung der Bundesberufungskommission sollen auch die Angelegenheiten des BEinstG und des BBG in der zweiten und letzten Instanz in diese einheitliche Berufsbehörde für die Agenden des Behindertenwesens übergeführt werden. Dazu bedarf es nach Art 102 Abs 4 B-VG grundsätzlich der Zustimmung der Länder. Aus Gründen der Zweckmäßigkeit soll anstelle der Einholung der Zustimmung jedes einzelnen Landes die Übertragung der zweitinstanzlichen Vollziehung in die Bundeskompetenz durch Verfassungsbestimmungen erfolgen. Hiefür ist eine Beschlussfassung des Nationalrates gemäß Art 44 Abs 1 B-VG erforderlich. Diese Verfassungsbestimmungen bedürfen der Zustimmung des Bundesrates, womit sichergestellt ist, dass die Interessen der Länder entsprechend gewahrt sind.“).

24) Ich übersehe nicht, dass die verfassungsgerichtliche Aufhebung grundsätzlich nur *pro futuro* wirkt und der mE *ab ovo* absolut nichtigen Ausschlussklausel auch für den Zeitraum zwischen Kundmachung und Aufhebung nicht zu Geltung verhelfen kann.

zumessen, nur um sie isoliert in Prüfung ziehen und aufheben zu können, ist folglich weder zu Gesetzesprüfungs- noch zu Rechtsbereinigungszwecken erforderlich, und es hätte bei den in den Prozess der Gesetzwerdung involvierten Organen Zweifel über die geltende Rechtslage hervorgerufen, anstatt solche Zweifel zu zerstreuen. Wenn Recht die Bedingungen seiner eigenen Erzeugung mangels Geltung nicht beeinflussen kann, dann trägt es nur zur Verwirrung bei, ihm eine nachträgliche Geltung beizumessen, nur um es aufheben zu können.

III. Die Normprüfungs Kompetenzen des Verfassungsgerichtshofes und ihre Ausschaltung

Kann Recht, wenn es schon nicht die Bedingungen der eigenen Erzeugung verändern kann, wenigstens über die Bedingungen seiner eigenen Vernichtung disponieren? Dass diese Frage grundsätzlich zu bejahen ist, steht außer Zweifel, sind doch Novellierungen der Verfahrensgesetze an der Tagesordnung und machen doch Verfassungsreformen vor der Gesetzgebung und vor der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht halt. Wenn jedoch die vorgenommenen Veränderungen zum einen rechtswidrig sind und sich zum anderen gegen eine verfassungsgerichtliche Prüfung und Aufhebung immunisieren, dann wird die Selbstverständlichkeit zum Problem. Das lässt sich gut anhand eines zweiten Falles illustrieren, der ebenfalls in der Vergangenheit liegt, aber die österreichische Staatsrechtslehre wie ein traumatisierendes Ereignis anhaltend beschäftigt. So wie Schachspieler klassische Partien nachspielen, um aus ihnen zu lernen, so werden Verfassungsrechtslehrer bis heute nicht müde, die zur Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes im Jahre 1933 führenden Ereignisse zu analysieren – und diese Ereignisse haben mit einem Schachspiel gemein, dass weit mehr Züge erwogen als realisiert wurden.

A. Der Ablauf der Ereignisse im Jahr 1933

Über den äußeren Ablauf sind wir durch historische Untersuchungen bestens unterrichtet. Nachdem am 4. März 1933 alle drei Präsidenten des Nationalrats zurückgetreten waren, erklärte die Bundesregierung den Nationalrat für aufgelöst und verhinderte Versuche, ihn wieder einzuberufen. Sodann übernahm sie der Sache nach seine Hauptaufgabe, die Gesetzgebung, indem sie von 7. März 1933 an unter Berufung auf das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz²⁵⁾ Verordnungen erließ, die bestehende Gesetze abänderten und ergänzten.²⁶⁾ Dass es nur eine Frage der Zeit war, bis diese Verordnungen auf den verfas-

25) Gesetz vom 24. Juli 1917, mit welchem die Regierung ermächtigt wird, aus Anlaß der durch den Kriegszustand verursachten außerordentlichen Verhältnisse die notwendigen Verfügungen auf wirtschaftlichem Gebiete zu treffen, RGBl 1917/307.

26) Zur Verordnungspraxis und zu den Diskussionen über ihre Rechtmäßigkeit näher Peter Huemer, Sektionschef Robert Hecht und die Zerstörung der Demokratie in Österreich. Eine historisch-politische Studie (1975) 173–192; Thomas Zavadil, Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes 1933. Diplomarbeit an der Geisteswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien (1997) 17–29, 258–260.

sungsgerichtlichen Prüfstand kamen, war allen Beteiligten ebenso klar, wie der Ausgang solcher Verfahren absehbar war.²⁷⁾ Man erwog daher eine Reihe von Optionen²⁸⁾ und verfiel letztlich auf den Plan, den Verfassungsgerichtshof entweder unter Kontrolle zu bringen oder ihn wenigstens zu lähmen.²⁹⁾ Dabei ging die Bundesregierung in mehreren Schritten vor.³⁰⁾

Mit dem ersten Schritt wurden zwei Mitglieder und ein Ersatzmitglied, die auf Vorschlag des Nationalrates bzw. des Bundesrates ernannt worden waren, unter Zusicherung ihrer Wiederernennung bewogen, auf ihr Amt zu verzichten.³¹⁾

In einem zweiten Schritt erließ die Bundesregierung durch Umlaufbeschluss, auf dem die Unterschrift des sich außerhalb Wiens befindlichen Vizekanzlers fehlt, am 23. Mai 1933 eine Verordnung und machte sie am selben Tage kund. Diese Verordnung stützte sich wiederum auf das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz und ergänzte mit ihrer Z 2 den § 6 des Verfassungsgerichtshofgesetzes 1930³²⁾ um einen unscheinbaren Absatz 3 folgenden Wortlauts:

„Die auf Vorschlag des Nationalrates oder auf Vorschlag des Bundesrates ernannten Mitglieder und Ersatzmitglieder dürfen nur dann an Sitzungen und Verhandlungen teilnehmen und hiezu eingeladen werden, wenn und solange dem Verfassungsgerichtshof sämtliche Mitglieder und Ersatzmitglieder angehören, die auf Grund solcher Vorschläge ernannt worden sind.“

-
- 27) Vielsagend ein ausdrücklich als privat bezeichneter Brief von *Hugo Jäckl*, der als Leiter der Verfassungsabteilung im Bundeskanzleramt Gegenäußerungen der Bundesregierung zur Anfechtung solcher Verordnungen durch die Wiener Landesregierung vorzubereiten hatte, an *Robert Hecht* vom 13. Juli 1933 (zitiert nach *Huemer*, Sektionschef Hecht [FN 26] 188f): „Da ich nun als die Persönlichkeit, welche die Erlassung der gegenständlichen Verordnung der Bundesregierung empfohlen hat, nach den mir bekanntgewordenen Umständen wohl Sie, hochgeehrter Herr Sektionschef, ansehen muß – mir selbst wurde leider unter Berufung auf die im Prinzip bereits beschlossene Sache jede Möglichkeit genommen, die gegen die Erlassung dieser Verordnung sprechenden schwerstwiegenden Gründe vorzubringen und eventuell einen anderen Weg zu empfehlen –, beehre ich mich, das Ersuchen zu stellen, mir gefälligst mitzuteilen, welche Darlegungen Ihrer Ansicht nach geeignet wären, den Ausführungen des Punktes 2 der Anfechtungsschrift zu begegnen.“
- 28) Sie schlossen das Stellen eines Vertagungsantrages, die Zurückziehung der Anfechtungen und Klagen durch einen für die Stadt Wien eingesetzten Regierungskommissär und die Herbeiführung der Beschlussunfähigkeit, nicht aber die gewaltsame Störung der Tätigkeit des Gerichtshofs mit ein: vgl *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 34–57 mwN.
- 29) *Spiritus rector* dieser Aktion war Sektionschef *Robert Hecht*: vgl *Huemer*, Sektionschef Hecht (FN 26), 181; *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 83–85 mwN.
- 30) Eingehend *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 58–81, dessen Arbeit im Anhang Kopien der relevanten Originaldokumente, insbesondere des Verordnungsakts samt Entwürfen, der Rücktrittschreiben, des Beratungsprotokolls vom 22. Juni 1933 und der daraufhin erlassenen Erledigungen enthält (275–317); weiters *Neda Bei*, Die Zerstückelung des Verfassungsgerichtshofes vor der Junisession 1933, in: *juridikum* 2009, 32–36 (33–35).
- 31) Die Verzichtserklärung des Mitglieds *Adolf Wanschura* datiert vom 18. Mai, jene des Ersatzmitglieds *Ludwig Praxmarer* vom 20. Mai und jene des Mitglieds *Friedrich Mathias* vom 22. Mai 1933.
- 32) BGBl 1930/127 (Wiederverlautbarung).

Wie ein durch Z 1 der Verordnung bewirkter Einschub in den Absatz 1 des § 6 VfGG³³⁾ klarstellt, war diese Bestimmung als *lex specialis* zur dort verankerten Regel konzipiert, dass zu jeder Verhandlung des Verfassungsgerichtshofes der Vizepräsident sowie die sämtlichen übrigen Mitglieder einzuladen waren.

Als weitere Schritte folgten bis zum 28. Mai 1933 die Verzichtserklärungen eines weiteren Mitglieds und dreier Ersatzmitglieder, die allesamt auf Vorschlag der Bundesregierung ernannt worden waren.³⁴⁾

Vor dem Hintergrund des § 7 Abs 1 VfGG, dem zufolge der Verfassungsgerichtshof bei Anwesenheit des Vorsitzenden und wenigstens acht Stimmführer beschlussfähig war, verfehlten diese Maßnahme nicht ihre Wirkung. Nachdem die Rücktrittserklärungen der drei Ersatzmitglieder am 30. Mai 1933 beim Verfassungsgerichtshof eingelangt waren, sah Präsident *Durig* davon ab, die im Konzept bereits vorliegende Tagesordnung der (für 16. bis 24. angesetzten) Junisession der „Wiener Zeitung“ zur Verlautbarung zu übermitteln und informierte umgehend den Bundeskanzler über die Erledigung der Stellen.³⁵⁾ Am 6. Juni 1933 verfügte er schließlich eine revidierte Tagesordnung, die mit einem Sitzungstag auskam und in acht Punkten ausschließlich Angelegenheiten enthielt, deren Entscheidung nach § 7 Abs 2 VfGG bei Anwesenheit des Vorsitzenden und vier Stimmführern möglich war.³⁶⁾ Zu der für 22. Juni 1933 anberaumten Sitzung lud er Vizepräsident *Froehlich* sowie die Mitglieder *Adamovich*, *Engel*, *Kulich*, *Pockels* und *Walker* ein, nicht hingegen die verbliebenen sechs auf Parlamentsvorschlag ernannten Mitglieder und Ersatzmitglieder.³⁷⁾

Am 22. Juni 1933 traten die Geladenen unter Vorsitz des Präsidenten *Durig* zur Verhandlung über die Klage der Stadt Wien gegen den Bund zusammen. Nach dem Bericht des Referenten *Engel* und den Ausführungen der Parteienvertreter traten sie in die nichtöffentliche Beratung ein. Dort war freilich nicht der Anspruch der Klägerin, sondern allein die Zusammensetzung des Gerichtshofes Thema.³⁸⁾ *Durig* eröffnete mit der Bemerkung, dass der Gerichtshof die Besetzungsverordnung anzuwenden habe, weil es Sache jedes Spruchkörpers sei, sich zunächst mit der eigenen gesetzmäßigen Zusammensetzung zu befassen, und

33) Diese Z 1 lautete: „In Absatz 1 ist nach dem Wort ‚und‘ einzuschalten ‚– sofern in Absatz 3 nicht anderes bestimmt ist –‘.“

34) Die Verzichtserklärung des Mitglieds *Matthias Bernegger* ist mit „Mai“ datiert, jene der Ersatzmitglieder *Ernst Ganzwohl*, *Adolf Pilz* und *Robert Hecht* wurden am 25., 27. und 28. Mai abgegeben. Tabellarische Übersichten über den Zeitpunkt der Rücktritte sowie über die verbleibenden Richter in den drei Phasen bei *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 72, 87.

35) *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 104–106.

36) Vgl die Kundmachung in der Wiener Zeitung vom 7. Juni 1933, Seite 2, womit unter 1 für 10 Uhr die Verhandlung über eine „Klage des Landes und der Gemeinde Wien gegen den Bund wegen einer Ergänzungszahlung auf die Abgabenertragsanteile für das Jahr 1932 im Betrage von 19.644.046 S“ sowie für 13 Uhr unter Z 2 bis 8 „Anträge auf Entscheidung von Kompetenzkonflikten in Dispensesachen“ namentlich genannter Dispenseheute anberaumt wurden. Für Verhandlung über die Klage genügte nach § 7 Abs 2 lit a, für jene über die Kompetenzkonflikt nach § 7 Abs 2 lit b VfGG ein „kleiner Senat“.

37) Es handelte sich um die Mitglieder *Eckel*, *Freundlich*, *Lenhof* und *Prey* sowie um die Ersatzmitglieder *Berger* und *Palla*.

38) Faksimile des Protokolls bei *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 306–310.

dass der Gerichtshof sie als bedenklich in Prüfung ziehen müsse. Die Auffassung, es handle sich um einen absolut nichtigen Individualakt (*Engel*), wurde verworfen, weil die Anordnung auch künftige Fälle erfasse (*Durig*) und weil die Art 139 und 140 B-VG zum Schluss zwängen, dass es absolut nichtige Gesetze und Verordnungen nicht gebe (*Froehlich*). Darauf wurde auf Antrag von *Adamovich* einhellig beschlossen, „das Verfahren zur Ueberprüfung der Gesetzmässigkeit der Verordnung vom 23. Mai 1933, BGBl. Nr. 191, einzuleiten und das Verfahren über die gegenständliche Klage gemäß § 32 der Gesch.O. des Verfassungsgerichtshofes zu unterbrechen.“

Daran anknüpfend führte *Adamovich* aus, dieser Beschluss sei einer Exekution zugänglich. Weil der Gerichtshof ihn nur nach Ergänzung um zwei weitere Stimmführer durchzuführen vermöge, müsse er gemäß Art 146 Abs 2 B-VG unmittelbar beim Bundespräsidenten den Antrag stellen, er möge ihm durch Ernennung mindestens zweier Mitglieder oder Ersatzmitglieder Geltung verschaffen, wofür es keines Vorschlags der Bundesregierung bedürfe. Während *Engel* ihm beipflichtete, widersprachen *Froehlich* und *Durig*, die weder den Beschluss für exekutionsfähig noch eine Ernennung von VfGH-Mitgliedern ohne Vorschlag der Bundesregierung für zulässig hielten. Am Ende stand ein Kompromiss: Der Antrag *Adamovichs*, „eine Note an den Herrn Bundespräsidenten mit dem aus der ausgefertigten Note ersichtlichen Inhalt zu verfassen und diesen Schritt des Verfassungsgerichtshofes am Schluss des Unterbrechungsbeschlusses zu erwähnen“, wurde einhellig zum Beschluss erhoben, und *Durig* erklärte sich abschließend bereit, diese Note dem Bundespräsidenten am folgenden Tag persönlich zu überreichen.³⁹⁾

Der ausgefertigte Prüfungsbeschluss nimmt, wie in der Beratung beschlossen, auf dieses „Ersuchen“ ausdrücklich Bezug.⁴⁰⁾ Mit seinem Spruch wird die Verordnung BGBl 1933/191 zur Gänze in Prüfung gezogen, und in der Begründung wird ausgeführt, dass die ordnungsgemäße Zusammensetzung des Gerichtshofs „eine, und zwar in allererster Linie zu prüfende Voraussetzung für seine Entscheidungsbefugnis“ bilde, dass aufgrund der Verordnung eine Ladung der dem Verfassungsgerichtshof noch angehörenden sechs weiteren Mitglieder und Ersatzmitglieder entgegen § 6 Abs 1 VfGG unterbleiben musste, was die Frage aufwerfe, ob eine solche Anordnung nach dem Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetz getroffen werden konnte. „Da in dieser Hinsicht Bedenken bestehen“, die im Beschluss nicht näher spezifiziert werden, habe der Gerichtshof von

39) Zu den Reaktionen des Bundespräsidenten auf diese Note vgl. *Erich Raffetseder*, Bundespräsident *Miklas'* wiederholter Versuch einer staatlichen und politischen Konsolidierung in Krisen der Ersten Republik, Diplomarbeit der Kultur- und Geisteswissenschaftlichen Fakultät der Universität Salzburg, Salzburg 2007, 97–100.

40) Die entsprechende, den Wortlaut der Note teilweise aufnehmende Passage im Beschluss A 1/33-10 lautet (*Zavadil*, Ausschaltung [FN 26], 313 f): „Da der Verfassungsgerichtshof zur Überprüfung der Gesetzmässigkeit von Verordnungen nur in Anwesenheit des Vorsitzenden und von mindestens acht Stimmführern beschlussfähig ist (§ 7, Abs 1 Verf.G.G. 1930), hat der Verfassungsgerichtshof gleichzeitig beschlossen, an den Herrn Bundespräsidenten mit dem Ersuchen heranzutreten, darauf hinzuwirken, dass der Verfassungsgerichtshof ehestens in die Lage versetzt wird, die ihm nach der Verfassung obliegenden Pflichten im vollen Umfang zu erfüllen.“

Amts wegen in die Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Verordnung einzugehen und das Verfahren in der vorliegenden Rechtssache zu unterbrechen gehabt.

B. Rechtliche Bewertung in der Literatur

Die rechtliche Bewertung dieses Sachverhalts polarisiert bis heute. So wenig bestritten ist, dass das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz die Erlassung der Besetzungsverordnung nicht zuließ, so sehr gehen die Auffassungen über das Vorgehen des Verfassungsgerichtshofes und seines Präsidenten auseinander – und schon der Umstand, dass nahezu das gesamte Spektrum der vorstellbaren Auffassungen vertreten ist, deutet auf eine ungelöste Grundsatzfrage hin:

Nach *Hans Spanner* hatte der Gerichtshof keine andere Wahl: Weil die Besetzungsverordnung den Präsidenten wie den Gerichtshof band, solange sie nicht als gesetzwidrig aufgehoben war, war seine Vorgangsweise zwingend. Der Verfassungsgerichtshof musste von einer Ladung seiner auf Vorschlag von Nationalrat und Bundesrat ernannten Mitglieder und Ersatzmitglieder absehen, und er konnte daher die Verordnung auf ihre Gesetzmäßigkeit nicht prüfen und aufheben.⁴¹⁾ Diese offene Flanke der Verfassungsgerichtsbarkeit könne nur der Verfassungsgesetzgeber selber schützen – etwa durch die Einführung einer Verfassungsbestimmung, wonach dann, wenn ein Gesetz oder eine Verordnung die Organisation, Zuständigkeit oder Tätigkeit des Verfassungsgerichtshofes betrifft, der Verfassungsgerichtshof ohne Rücksichtnahme auf diese neuen Vorschriften verfährt und erkennt, sie aber unverzüglich in Prüfung zu ziehen und aufzuheben hat.⁴²⁾

Gustav Kafka sah die Besetzungsverordnung als absolut nichtig an.⁴³⁾ Er stützte diese schon von *Engel* in der Beratung vertretene Auffassung jedoch nicht auf ihren individuellen Charakter,⁴⁴⁾ sondern auf ihre Rechtswidrigkeit, die in Ermangelung einer „rechtsgnoseologischen Beschränkung“ Unbeachtlichkeit bedeute.⁴⁵⁾ Der Präsident hätte deshalb die Besetzungsverordnung zu ignorieren und alle noch im Amt befindlichen Mitglieder einzuladen gehabt, und das daraufhin geschöpfte Erkenntnis wäre als Akt des zuständigen Grenzorgans keinesfalls nichtig, ja für eine positivistische Rechtswissenschaft nicht einmal kritisierbar gewesen.⁴⁶⁾ Dem Verfassungsgerichtshof attestierte er Widersprüchlichkeit des Vor-

41) *Hans Spanner*, Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnung. Eine rechtsvergleichende Untersuchung über die Hauptaufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit (1951) 14 f.

42) *Spanner*, Prüfung (FN 41), 105.

43) *Gustav Kafka*, Der gesetzgebende Richterspruch (1967) insb 5 f, 20 f, 25–43, 67. Seine Auffassung wird freilich infolge eines mäandernden Argumentationsganges nicht ganz klar: Mitunter klingt auch an, dass der Gerichtshof die Besetzungsverordnung aufzuheben gehabt hätte (20).

44) Eine verschleierte Verfügung in Ordnungsform hatte auch *Hans Frisch*, Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes, in: Verwaltungsarchiv 38 (1933), 232–242 (240), erwogen. Dagegen eingehend *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 99 f.

45) *Kafka*, Richterspruch (FN 43), 25–43. Ebenso *Manfried Welan/Heinrich Neisser*, Der Bundeskanzler im österreichischen Verfassungsgefüge (1971) 45.

46) *Kafka*, Richterspruch (FN 43), 20 f.

gehens, weil unter der Prämisse der Wirksamkeit der Besetzungsverordnung am 22. Juni 1933 gar kein Verfassungsgerichtshof, sondern allenfalls ein privater „Diskussionszirkel verhinderter Verfassungsrichter“ getagt habe.⁴⁷⁾

Herbert Haller widersprach beiden Auffassungen: Obschon die Verordnung nicht absolut nichtig war, hätte der Gerichtshof sie unter Außerachtlassung ihrer inhaltlichen Vorgaben zu prüfen und aufzuheben gehabt, weil seine Bedenken gegen die Norm ihre Anwendung ausschlossen.⁴⁸⁾

Georg Graf ging von einem Versagen des Gerichtshofes aus: „So wie Baron Münchhausen sich einst am eigenen Schopf aus dem Sumpf zog, rettete sich die Bundesregierung mittels der verfassungswidrigen, aber vorläufig rechtsgültigen Verordnung aus dem Sumpf der Illegalität“.⁴⁹⁾ Die Verantwortung dafür schob er der Reinen Rechtslehre zu, die nicht nur keinen Weg aus dem Dilemma aufzeige, sondern die Position des Putschisten dadurch stärke, dass sie ihm in Form der *Kelsenschen* Alternativermächtigungsthese alles biete, was er sich wünsche, und die zwischen einem Staatsstreich und einer verfassungsmäßigen Änderung der Rechtsordnung nicht zu unterscheiden vermöge.⁵⁰⁾ Nur durch Abkehr von diesem Dezisionismus und „durch strikte Trennung von Rechtskraft und Rechtmäßigkeit“ sei es möglich, „aus diesem circulus vituosus auszubrechen“.⁵¹⁾ Was der Verfassungsgerichtshof konkret zu tun gehabt hätte, ließ *Graf* indes offen.

Robert Walter übte in seinem Vortrag zum Verfassungstag 1997 an der damaligen Vorgangsweise des Verfassungsgerichtshofes ebenfalls juristische Kritik.⁵²⁾ Einerseits wandte er sich gegen die These, der Verfassungsgerichtshof habe die Besetzungsverordnung anzuwenden gehabt. Der durch sie ins VfGG eingefügte § 6 Abs 3 richte sich hinsichtlich des in ihm enthaltenen Verbots der Ladung zu Sitzungen ausschließlich an den Präsidenten, hinsichtlich des Verbots der Teilnahme hieran ausschließlich an die Mitglieder. Die vordergründig plausible Auffassung, jeder Spruchkörper habe vor Einlassung in eine Verhandlung zunächst seine ordnungsgemäße Zusammensetzung zu prüfen, hielt er in Wahrheit für falsch, weil diese Prüfung entweder überflüssig oder unmöglich sei, sie

47) *Kafka*, Richterspruch (FN 43), 20 f (Zitat: 21).

48) *Herbert Haller*, Die Prüfung von Gesetzen. Ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle (1979) 130 FN 174: „Das Institut der absoluten Nichtigkeit ist jedoch für diesen Fall nicht zu bemühen. Wie bei jeder anderen Norm, die hinsichtlich derer der VfGH Bedenken hat, hätte er sie auch hier nicht anzuwenden, dh sieht nicht an die seine Zusammensetzung reglementierende Verordnung halten müssen. Er hätte sie vielmehr – nach der bisherigen Regelung zusammengesetzt – in Prüfung ziehen und aufheben müssen.“ Sich dieser Auffassung anschließend: *Manfried Welan*, Wer wird die Wächter bewachen?, in: *Nikolaus Dimmel/Alfred-Johannes Noll* (Hrsg), Verfassung. Juristisch-politische und sozialwissenschaftliche Beiträge anlässlich des 70-Jahr-Jubiläums des Bundes-Verfassungsgesetzes (1990) 291–313 (300).

49) *Georg Graf*, Reine Rechtslehre und schmutzige Verfassungstricks. Rechtstheoretische Überlegungen zu einigen Verordnungen des Jahres 1933, in: *Kurt R. Fischer/Franz M. Wimmer* (Hrsg), Der geistige Anschluß. Philosophie und Politik an der Universität Wien 1930–1950 (1993) 59–68 (62)

50) *Graf*, Verfassungstricks (FN 49), 62–65.

51) *Graf*, Verfassungstricks (FN 49), 67.

52) *Robert Walter*, Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes im Jahre 1933, in: Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich (Hrsg), Verfassungstag 1997 (1998) 17–34 (22–25).

daher notwendigerweise nicht dem entscheidenden, sondern einem anderen Organ obliegen müsse.⁵³) Im konkreten Fall sei die Prüfung allein Aufgabe des Präsidenten gewesen, der im Falle von Bedenken ein Verordnungsprüfungsverfahren hätte einleiten müssen.⁵⁴) Das versammelte Gremium konnte deshalb „nicht seine gehörige Zusammenfassung verneinen oder als bedenklich erachten und gleichzeitig Beschlüsse fassen. Der Gerichtshof befand sich in einem *Münchhausenschen* Dilemma: Auch aus einem juristischen Sumpf kann man sich am eigenen Zopf nicht herausziehen!“⁵⁵) Dass der Gerichtshof dies dennoch versucht habe, sei nicht rechtsdogmatisch zu erklären, sondern allein durch die – verständliche und moralisch zu billigende – Absicht motiviert gewesen, den Gerichtshof zu retten.⁵⁶)

C. Würdigung

Wer diesen Knoten an Meinungen entwirren will, tut gut daran, mit den klaren und scharfsinnigen Thesen von *Robert Walter* zu beginnen.

Schon die These, die Besetzungsverordnung sei ausschließlich an den Präsidenten und die Mitglieder, nicht aber an den Gerichtshof adressiert gewesen, scheint mir über das Ziel hinauszuschießen. Träfe sie zu, dann wäre dem Präsidenten zwar die Ladung und den auf parlamentarischen Vorschlag Ernannten das Erscheinen verwehrt gewesen – Verstöße gegen diese Verbote hätten sich jedoch auf die Beschlussfähigkeit gar nicht ausgewirkt, das für eine Verordnungsprüfung nötige Quorum hätte sich also erreichen lassen, ohne gegen die Besetzungsverordnung zu verstoßen. Diese Auffassung ist nach dem Wortlaut möglich, aber weder zwingend noch überzeugend: Die Besetzungsverordnung wollte nicht nur Ladung und Teilnahme bestimmter Mitglieder verhindern, sondern auch einen gemeinsam mit diesen Mitgliedern gefassten Beschluss unzulässig machen.⁵⁷)

Nicht minder fragwürdig ist *Walters* Prämisse, dass die Prüfung der ordnungsgemäßen Zusammensetzung niemals vom betreffenden Organ, sondern nur von Dritten vorgenommen werden könne. Erstens impliziert sie mE zu Unrecht, dass Kollegialorgane die Entscheidungen ihrer Vorsitzenden über das Vorliegen der Beschlussfähigkeit nach jeder Richtung hin akzeptieren müssen: Nach Eröffnung der Sitzung durch den Vorsitzenden bleibt es dem Gremium grund-

53) *Walter*, Ausschaltung (FN 52), 23 (ohne die Hervorhebungen des Originals).

54) *Walter*, Ausschaltung (FN 52), 23 mit FN 18.

55) *Walter*, Ausschaltung (FN 52), 24 (ohne die Hervorhebungen des Originals).

56) *Walter*, Ausschaltung (FN 52), 25, 29 f. Ähnlich zuvor *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 144-146.

57) Die Einleitung eines Prüfungsverfahrens gegen die Bestimmungsverordnung durch den an der Ladung gehinderten Präsidenten (*Walter*, Ausschaltung [FN 52], 23 FN 18) hätte ebenfalls keine Lösung gebracht: Selbst wenn man den Präsidenten hiezu als legitimiert erachten und verneinen wollte, dass alle Mitglieder des Verfassungsgerichts nach § 12 Abs 5 VfGG ausgeschlossen gewesen wären, hätte dieser Weg in einen unendlichen Regress geführt, weil der mit seinem eigenen Prüfungsantrag befasste Präsident vor der Entscheidung über die Ladung der Mitglieder zur Verhandlung über die Verordnungsprüfung abermals die Besetzungsverordnung in Prüfung zu ziehen gehabt hätte usw bis ans Ende der Tage.

sätzlich unbenommen, diese Frage mit Anträgen zu thematisieren und sie mit Beschluss zu verneinen, weil sie eine Vorfrage der Entscheidungen in der Sache ist. Der Verfassungsgerichtshof teilte diese Meinung und ging mE zu Recht von der Präjudizialität der Besetzungsverordnung aus.⁵⁸⁾

Zweitens blendet sie im vorliegenden Fall den Umstand aus, dass das VfGG für verschiedene Verhandlungsgegenstände des Verfassungsgerichtshofes verschiedene Beschlusserfordernisse aufstellt. Das am 22. Juni 1933 versammelte Gremium war in Bezug auf bestimmte Angelegenheiten beschlussfähig, in Bezug auf andere nicht beschlussfähig, und es war alles andere als klar, wo die Grenze zwischen diesen Feldern verlief. Wegen dieser differenzierenden Quorenregelung liegt auch keine Widersprüchlichkeit der vom Gerichtshof schlussendlich getroffenen Entscheidung vor. Der in einer Rumpfbesetzung tagende Gerichtshof war offensichtlich der Auffassung, dass der Beschluss, ein Verfahren zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Verordnung einzuleiten und das Verfahren über die Klage der Stadt Wien zu unterbrechen, nach § 7 Abs 2 lit a VfGG – weil noch zum Verfahren nach Art 137 B-VG und nicht schon zum Verordnungsprüfungsverfahren nach Art 139 B-VG gehörig – in kleiner Besetzung zulässig war. Mit dieser Auffassung war er ebenso im Recht wie mit der weiteren These, dass Verhandlungen über die Gesetzmäßigkeit der Verordnung nur in Anwesenheit des Vorsitzenden und von acht Stimmführern vorgenommen werden konnten. Problematisch war und ist einzig der Hinweis im Prüfungsbeschluss auf die Notwendigkeit einer Verstärkung mit weiteren Stimmführern und über das Ersuchen an den Bundespräsidenten. Dieser Hinweis stellt jedoch keinen tragenden Begründungsbestandteil, sondern bloß ein an die Öffentlichkeit adressiertes *obiter dictum* dar.⁵⁹⁾ Über die Gesetzmäßigkeit der Verordnung hat der Gerichtshof am 22. Juni 1933 de facto nicht verhandelt, und er durfte dies auch nicht tun, weil er zuvor ein Verfahren durchzuführen hatte, in dem die Bundesregierung sich als verordnungserlassende Stelle zum Prüfungsbeschluss äußern konnte.

58) Überschießend – und Grund für Verwirrungen bei *Spanner*, Prüfung (FN 41), 15, wie bei *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 144f – war hingegen die Aussage im Prüfungsbeschluss, dass die Ladung aller Mitglieder zur Verhandlung ohne Rücksicht auf die Frage der Beschlussfähigkeit nach § 6 Abs 1 VfGG Voraussetzung für ein dem Gesetz entsprechendes Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes sei. Diese Regel war weder vom Präsidenten angewendet worden noch stellte sie den Maßstab der Prüfung dar: Der Verfassungsgerichtshof erachtete die Besetzungsverordnung nicht wegen Widerspruchs zu § 6 Abs 1 VfGG, sondern wegen Fehlens der nach dem Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetz notwendigen Voraussetzungen für eine gesetzesändernde Verordnung als bedenklich. Wären in der Folge zwei weitere Mitglieder ernannt worden und hätte im Herbst 1933 ein aus neun Personen bestehender Verfassungsgerichtshof auf Gesetzwidrigkeit der Besetzungsverordnung erkannt, so hätte diese Entscheidung dem Prüfungsbeschluss nicht seine Grundlage entzogen. Denn die Aufhebung wäre mit Wirkung *ex nunc* erfolgt, der zuvor gefasste Prüfungsbeschluss also nicht wegen unterbliebener Ladung der auf parlamentarischen Vorschlag ernannten Mitglieder rückwirkend rechtswidrig gewesen.

59) Vgl das Votum *Engels* in der Beratung, das an den Bundespräsidenten gerichtete Ersuchen unbedingt im Prüfungsbeschluss zu erwähnen (*Zavadil*, Ausschaltung [FN 26] 309): „Wenn davon die Öffentlichkeit nichts erfährt, so würde es heißen, der grosse Moment habe nur einen sehr kleinen Verfassungsgerichtshof gefunden.“

Entgegen *Walter* war die Vorgangsweise des Verfassungsgerichtshofes also durchaus konsistent. War sie indes auch zwingend? *Herbert Haller* hat dies mit der Begründung verneint, dass es genügt hätte, wenn der Verfassungsgerichtshof gegen sie vorgegangen wäre wie gegen jede andere Norm, hinsichtlich derer er Bedenken hegt. Seine Folgerung, der Verfassungsgerichtshof hätte die Besetzungsverordnung in seiner bisherigen Zusammensetzung in Prüfung zu ziehen und aufzuheben gehabt, zeigt jedoch zum einen, dass es sich um einen Ausnahmefall handelt, der das übliche Schema verfassungsgerichtlicher Normprüfung sprengt. Im Normalfall hält das vor eine rechtswidrige generelle Norm gestellte Gericht zwar mit der Anwendung inne und initiiert die verfassungsgerichtliche Prüfung, es setzt sich aber gerade nicht vor Abschluss dieser Prüfung über die als bedenklich erachtete Vorschrift hinweg. Zum anderen leidet sie an einer Inkonsistenz: Wenn der Verfassungsgerichtshof, wie von *Haller* angenommen, die Besetzungsverordnung nicht anzuwenden hatte, dann mangelte es mit ihrer Präjudizialität auch an jener Voraussetzung, mit der die Einleitung eines Prüfungsverfahrens steht und fällt. Der Vorschlag *Hallers* ist deshalb eher eine Verlegenheitslösung denn ein juristisch gangbarer Weg.⁶⁰⁾

Hat das österreichische System der Verfassungsgerichtsbarkeit, nach dem Gesetze und Verordnungen trotz ihrer Verfassungs- oder Gesetzwidrigkeit solange gelten als sie nicht vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben worden sind, in den verfassungsprozessualen Regelungen über das Zusammentreten und die Beschlussfassung des Verfassungsgerichtshofes eine Achillesferse, die jede verordnungserlassende Stelle ausnützen kann?⁶¹⁾ Aus Anlass der Besetzungsverordnung hat *Adolf Merkl*, diese Frage bejahend, die Verordnungsprüfung unter der Dezemberverfassung 1867 der Verordnungsprüfung unter dem B-VG 1920 gegenübergestellt und sie „mit dem Unterschied zwischen dem Dampfbetrieb und dem elektrischen Betrieb der Eisenbahnen“ verglichen: „Ein Bombenabwurf auf die Elektrizitätszentrale kann den ganzen Eisenbahnverkehr mit einem Schlag zum Stillstand bringen, was selbstverständlich beim Dampfbetrieb nicht möglich ist. In ähnlicher Weise hat der Schlag gegen den Verfassungsgerichtshof – als die zentrale Verordnungs-kontrollstelle – jede behördliche Verordnungs-kontrolle lahmgelegt.“⁶²⁾ Wenn dieser Vergleich zutrifft, dann ist eine zentralisierte Verfassungsgerichtsbarkeit dem amerikanischen System der Normenprüfung in einem wichtigen Aspekt unterlegen.

Hans Spanner hat *de constitutione ferenda* vorgeschlagen, diese offene Flanke des österreichischen Systems durch Erlassung einer Verfassungsbestimmung abzusichern, die dem Verfassungsgerichtshof die Befugnis zuspricht, Anschläge auf seine Funktionsfähigkeit insoweit unbeachtet zu lassen, als sie die Prüfung auszuschließen trachten.⁶³⁾ In ähnlicher Weise hatten bereits die Autoren der Verfassung 1934 die Normprüfungskompetenz des Bundesgerichtshofes zu ga-

60) Ebenso *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 227 f.

61) Eindringlich *Anton Mahnig*, Die Rechtsstellung der österreichischen Sozialversicherungsträger, in: Juristische Blätter 1952, 25–29, 53–55 (55).

62) *Adolf Merkl*, Selbstausschaltung des Verfassungsgerichtshofes, in: Der Österreichische Volkswirt 25/2 (1933), 949–950 (950).

63) *Spanner*, Prüfung (FN 41), 105; ähnlich zuvor *G. F.* [Georg Fleischer], Verfassung 1934, in: Wiener Politische Blätter 2 (1934), 48–107 (106).

rantieren versucht, indem sie in Art 148 Abs 2 festlegten, dass die vom Bundespräsidenten erlassenen Notverordnungen unter anderem keine Bestimmungen enthalten durften, „die den Bestand des Bundesgerichtshofes und dessen Zuständigkeit zur Prüfung von Gesetzen und Verordnungen berühren oder ihn in dieser Prüfung behindern.“ Schon der Umstand, dass diese Kautel von *Robert Hecht* textiert wurde,⁶⁴⁾ mahnt indes zur Vorsicht. Unter den Prämissen, dass gesetzwidrige Verordnungen einerseits lediglich vernichtbar sind und andererseits während der Dauer ihrer Geltung Anwendungsvorrang vor Gesetzen beanspruchen, selbst wenn sie gegen diese verstoßen, war mit derartigen Schutzklauseln nichts gewonnen.⁶⁵⁾ Sie boten entweder wie Art 148 Abs 2 der Verfassung 1934 für das eigentliche Problem rechtswidrigen Verhaltens des Ordnungsgebers keine Lösung, oder sie zwangen wie der Vorschlag *Spanners* einen dolos agierenden Normsetzer bloß dazu, seinen Angriff (auch) an der die Prüfungsbefugnis sichernden Verfassungsbestimmung anzusetzen und deren Nichtanwendbarkeit zu verfügen. Eine wirksame Schrankenziehung setzt hingegen voraus, dass es beim Versuch ihrer Missachtung bleibt, oder mit anderen – wiederum von *Merkel* stammenden – Worten, „daß eine diese Schranke durchbrechende Verordnung als absolut nichtig erachtet und behandelt wird“.⁶⁶⁾

Dem Verfassungsgesetzgeber sind gegenüber einem böswilligen Ordnungs- oder Gesetzgeber gewiss nicht die Hände gebunden. So, wie er das amerikanische System der Inzidentkontrolle der Verfassungsmäßigkeit durch Gerichte oder durch sämtliche Behörden entscheiden kann, so kann er auch im Rahmen einer bei einem Verfassungsgericht konzentrierten Normenprüfung bestimmte Garantien der Verfassung derart bewehren, dass Verstöße gegen sie die absolute Nichtigkeit des Normerzeugungsversuchs zur Folge haben. Weil jedoch nichts ihn zwingt, eine solche Entscheidung explizit zu fällen, indem er sich rechtswissenschaftlicher Begriffe bedient, hängt die Deutung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgewährleistungen zu einem guten Teil vom Vorverständnis ab, mit dem die Interpreten an den Text herangehen. Könnte es nicht sein, dass das B-VG 1920 manchen seiner Gewährleistungen dermaßen großes Gewicht beimisst, dass es gegen sie verstoßende Rechtsvorschriften nicht einmal vorläufig toleriert?

Im Ansatz sind sich im Grunde alle einig: Wenn die Verfassung zur Erzeugung von Gesetzen und Verordnungen ermächtigt, dann muss sie notwendiger Weise Bedingungen aufstellen, die erfüllt sein müssen, damit in dem durch sie konstituierten Rechtssystem neue Rechtsnormen in Geltung treten. Wäre es anders, dann könnten wir in Ermangelung von Kriterien weder ausmachen noch angeben, ob eine bestimmte Vorschrift im betreffenden Rechtssystem gilt. Wer-

64) Auf dem Manuskript zu einem der Verfassung 1934 gewidmeten Vortrag findet sich zu Art 148 Abs 2 die Randbemerkung: „Pikanterie, diese Bestimmung von mir!“ (*Zavadil*, Ausschaltung [FN 26] 83). Vgl auch *Otto Ender*, Der Werdegang der neuen Verfassung, Reichspost vom 1. Mai 1934, 2–3 (2): „Diese Partie ist im wesentlichen vom Herrn Sektionschef Dr. Hecht gründlich gearbeitet worden.“

65) Vgl schon *Kafka*, Richterspruch (FN 43), 18 f; nunmehr eingehend *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 245–251.

66) *Adolf Merkel*, Die ständisch-autoritäre Verfassung Österreichs. Ein kritisch-systematischer Grundriß (1935) 110.

den diese Bedingungen – und sei es bloß teilweise – nicht erfüllt, so sind jene Voraussetzungen verfehlt, die erfüllt sein müssen, damit eine neue Rechtsnorm entsteht: Der auf Normerlassung gerichtete Akt bleibt im Stadium eines Rechts-erzeugungsversuches stecken.

In komplexen Rechtsordnungen sind die einzelnen Merkmale der Tatbestände von Ermächtigungsnormen regelmäßig stärker ausdifferenziert. Die Rechtsordnung kann explizit oder implizit statuieren, dass das Verfehlen bestimmter Elemente des Tatbestandes die Rechtmäßigkeit der erzeugten Norm nicht berührt, sondern andere Rechtsfolgen wie etwa die rechtliche Verantwortlichkeit des normerzeugenden Organs auslöst; sie kann zu erkennen geben, dass das Verfehlen anderer Elemente die erlassene Rechtsnorm anfechtbar und aufhebbar macht, und sie kann hier wie dort Fristen vorsehen und bestimmte Organe zur Vernichtung der rechtswidrigen Norm berufen. Als Sammelbegriffe für die einschlägigen Rechtsinstitute hat sich im Anschluss an *Merkl*⁶⁷⁾ der Begriff Fehlerkalkül eingebürgert. Soweit der Fehlerkalkül reicht, gibt die Ermächtigungsnorm zu erkennen, dass die in ihr enthaltenen Tatbestandselemente keine Bedingungen der Rechtserzeugung im engsten Sinne des Wortes sind.

Dieser Fehlerkalkül kann freilich schon deshalb niemals umfassend sein, weil wir ansonsten jedweden Sachverhalt als Erlassung jedweder Rechtsnorm deuten müssten. Wie immer die Ermächtigungsnorm im Übrigen auch strukturiert sein mag, sie kann niemals darauf verzichten, bestimmte Tatbestandsmerkmale zu statuieren, mit deren Erfüllung die Normerzeugung steht und fällt. Erst diese Bedingungen ermöglichen es, Ereignisse in der Außenwelt wie den Flügel-schlag eines Tagpfaueauges oder den das Format des Gesetzblattes imitierenden Ausdruck am häuslichen Computer als rechtlich irrelevant zu qualifizieren, andere Fakten wie die Verlautbarung eines Textes durch Megaphon durch ein Amtsorgan hingegen als Erlassung einer Verordnung zu deuten. Wo die Grenze zwischen dem Fehlerkalkül und den Bedingungen im Vollsinn des Wortes verläuft, ist regelmäßig äußerst schwer zu ermitteln, weil sich die Ermächtigungsnormen darüber regelmäßig ausschweigen. Dass es sie geben muss, wenn es dynamische Rechtssysteme geben soll, steht gleichwohl außer Frage. Und desgleichen steht außer Zweifel, dass jene Tatbestandsmerkmale der Ermächtigungsnorm, für welche kein Fehlerkalkül greift, Bedingungen im engeren Sinn darstellen, die zu verfehlen das Misslingen des Normerzeugungsversuchs bedeutet.

Die Grenze zwischen Mindest- und Meistbedingungen ist nicht starr ein für alle Male festgelegt, sie kann durch Änderungen der Ermächtigungsnorm verschoben werden, und derartige Änderungen können ebenfalls rechtswidrig sein. Dies wirft die Frage nach dem Fehlerkalkül für Änderungen des Fehlerkalküls auf. Wie sind Rechtsnormen zu beurteilen, die den Fehlerkalkül auf eine Art und Weise verändern, dass die bei ihrer Erlassung unterlaufenen Rechtswidrigkeiten, die nach bisherigen Regeln lediglich ihre Vernichtbarkeit bewirkt hätten, nach Inkrafttreten der Änderung nicht mehr aufgegriffen werden können? Können sie am ursprünglichen Fehlerkalkül gemessen werden oder müssen sie als absolut nichtig betrachtet werden?

67) *Adolf Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927) 191–201.

Mit *Johannes Hengstschläger*⁶⁸⁾ halte ich die Annahme absoluter Nichtigkeit für die näher liegende, überzeugendere Lösung.⁶⁹⁾ Eine Rechtsvorschrift, die die Rechtsfolgen ihrer eigenen Fehlerhaftigkeit zu beseitigen sucht, unterliegt eben deshalb, weil sie den Fehlerkalkül veränderte, selber keinem Fehlerkalkül mehr und muss im Falle ihrer Rechtswidrigkeit als absolut nichtig betrachtet werden. Die Bindung der Rechtserzeugung an verfassungsrechtliche Regeln und die Institutionalisierung von Rechtsschutzeinrichtungen verlören ihren Sinn, wenn sich fehlerhafte Normerzeugung den rechtlich statuierten Folgen ihrer Fehlerhaftigkeit entziehen könnte.

Was daraus für die Besetzungsverordnung folgt, bedarf freilich näherer Betrachtung. Im Zeitpunkt ihrer Erlassung war nämlich – einem verbreiteten Vorurteil zuwider⁷⁰⁾ – alles andere als ausgemacht, dass ihre Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof nicht möglich sein werde, betraf sie doch nur die auf Parlamentsvorschlag ernannten Mitglieder und Ersatzmitglieder. Die von *Robert Hecht* verfasste Begründung zur Verordnung hielt sogar explizit fest, dass die Plätze der an der fernerer Amtsausübung inhibierten Mitglieder durch Ersatzmitglieder ausgefüllt werden konnten, die auf Vorschlag der Bundesregierung ernannt worden waren.⁷¹⁾ Das war ein strategisch geschickter Schachzug: Hätte bereits die Besetzungsverordnung den Verfassungsgerichtshof endgültig matt gesetzt, so wäre evident gewesen, dass es nicht um die Beseitigung „politischer Einseitigkeit“ des Verfassungsgerichtshofs, sondern um seine Ausschaltung ging, und sie hätte vielleicht die in der Bundesregierung nötige Einstimmigkeit gar nicht gefunden.⁷²⁾

Mit der zweiten Rücktrittswelle änderte sich jedoch das Bild: Am 30. Mai 1933, dem Tag des Einlangens der Rücktrittserklärungen im Präsidium,⁷³⁾ stand fest, dass der Verfassungsgerichtshof – die Geltung der Besetzungsverordnung vorausgesetzt – mangels Beschlussfähigkeit bis auf Weiteres keine Normprüfungssachen mehr verhandeln und die Prüfung der Besetzungsverordnung wohl noch beschließen, aber nicht mehr durchführen konnte. Irreversibel war diese Lähmung allerdings nicht, oblag es doch dem Bundespräsidenten, durch Ernennung von Mitgliedern und Ersatzmitgliedern den Gerichtshof wieder funktions-

68) *Johannes Hengstschläger*, Diskussionsbemerkung, in: *Robert Walter* (Hrsg), *Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit*, (1990) 89 (89): „Wenn der Fehlerkalkül durch Ausschaltung des Normprüfungsorganes beseitigt wird, dann unterliegt die Ausschaltungsnorm keinem Fehlerkalkül mehr. Ist diese Norm fehlerhaft, dann wäre sie absolut nichtig; der Verfassungsgerichtshof wäre dann aber nicht ausgeschaltet, sondern wieder eingesetzt.“

69) Vgl *Ewald Wiederin*, März 1938 – staatsrechtlich betrachtet, in: *Ulrike Davy* ua (Hrsg), *Nationalsozialismus und Recht. Rechtssetzung und Rechtswissenschaft in Österreich unter der Herrschaft des Nationalsozialismus* (1990) 226–265 (257–259).

70) *Kafka*, Richterspruch (FN 43), 14; *Graf*, Verfassungstricks (FN 49), 61. Diese Auffassung war im Zuge der Ereignisse von einem anonymen „führenden Verfassungsjuristen“ in der Wiener Zeitung vom 25. Mai 1933, 3, vertreten worden, war aber damals überwiegend auf Ablehnung gestoßen.

71) Vgl den Abdruck des Entwurfs bei *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 279 f, und *Bei*, Zerstückelung (FN 30), 34.

72) *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 80 f.

73) *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 102.

fähig zu machen. Hiefür bedurfte es allerdings eines Vorschlages der Bundesregierung, und die Wahrscheinlichkeit, dass sie einen solchen Vorschlag erstatten werde, war Ende Mai 1933 verschwindend gering und die Absichten der Bundesregierung der Öffentlichkeit klar.⁷⁴⁾ Die Besetzungsverordnung in diesem Zeitpunkt als geltendes Recht zu behandeln, bedeutete folglich, sich in die Stilllegung der Normprüfungskompetenzen des Gerichtshofs zu fügen. Juristisch überzeugender wäre es gewesen, die Besetzungsverordnung in diesem Zeitpunkt als absolut nichtig zu betrachten. Faktisch hätte dies am Ergebnis wohl wenig geändert: Selbst wenn Präsident *Durig*, wie meiner Auffassung nach geboten, den Ausschaltungsakt als absolut nichtig betrachtet⁷⁵⁾ und alle nicht zurückgetretenen Mitglieder sowie an Stelle der zurückgetretenen Ersatzmitglieder geladen hätte, wäre in keiner Weise gesichert gewesen, dass die Geladenen – zum einen seine Rechtsauffassung teilend, zum anderen die im Raum stehenden Sanktionen von Regierungsseite in Kauf nehmend – sich am 22. Juni 1933 im Verfassungsgerichtshof eingefunden hätten. Der Fall zeigt aber gut, dass die Entscheidung, ob eine Rechtsvorschrift gilt oder als absolut nichtig unbeachtet bleiben kann, letzten Endes bei jedem einzelnen ihrer Adressaten liegt.⁷⁶⁾ Am Beginn der Verhandlung des 22. Juni 1933, als der Verfassungsgerichtshof in einer Rumpfbesetzung versammelt war, hatte die Besetzungsverordnung ihre Wirksamkeit bereits entfaltet, der Präsident sowie ein Stück weit auch die auf Parlamentsvorschlag ernannten Mitglieder und Ersatzmitglieder hatten sich ihr gefügt.⁷⁷⁾ Hätte das Rumpfgremium sich der *Engelschen* Auffassung angeschlossen und die Besetzungsverordnung als absolut nichtig erachtet, so hätte es ohne weitere Beschlüsse auseinandergehen müssen, weil unter dieser Prämisse zur Sitzung nicht korrekt geladen worden war.

D. Rechtskontinuität oder juristische Revolution?

Wer die Besetzungsverordnung als absolut nichtig betrachtet, kann nicht vor der Tatsache die Augen verschließen, dass sie faktisch wirksam geworden ist. Dies wirft eine weitere Frage auf: Hat dadurch, dass – wie intendiert – der Verfassungsgerichtshof am 22. Juni 1933 seine Ausschaltung als Normprüfungsinstantz besiegelt hat, eine juristische Revolution stattgefunden, bedeutete das Effektivwerden der Besetzungsverordnung einen Bruch der Rechtskontinuität? Es mag überraschen, dass im zeitgenössischen Kontext viele Abgeordnete in Nationalrat und Bundesrat mit einem realistischen Blick auf die Ereignisse exakt dieser Auffassung waren. Der Verband der sozialdemokratischen Abgeordneten und Bundesräte vertrat in einer Aussendung vom 24. Mai 1933 die Auffassung, mit

74) Zum zeitgenössischen Medienecho vgl *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 95–98, 127 f.

75) Für die Annahme absoluter Nichtigkeit, freilich mit der Begründung, es handle sich um eine verschleierte Verfügung in Verordnungsform, traten in den Verhandlungen am 22. Juni 1933 Verfassungsrichter *Engel* und – in Bezug auf die Verordnung BGBl 1933/239 – der Prozessvertreter der Stadt Wien *Rudolf Neumayer* ein: vgl *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 98 f, 110.

76) Die nach der Maxime „*divide et impera*“ vorgehende Bundesregierung hatte dies in ihr Kalkül aufgenommen.

77) *Merkel* sah darin eine Selbstausschaltung: vgl *dens*, Selbstausschaltung (FN 62), 949.

der Besetzungsverordnung „werde tatsächlich die österreichische Bundesverfassung unwirksam gemacht und jedem Staatsstreich Tür und Tor geöffnet“,⁷⁸⁾ und für *Felix Kanitz* war sie „nichts anderes als ein papierner Staatsstreich“, „der erste Schritt zum wirklichen Staatsstreich“. ⁷⁹⁾ *Erich Voegelin* hat sich dieser Bewertung angeschlossen und den Tag der Erlassung der Besetzungsverordnung als kritisches Datum angesehen, ab welchem selbstständige Verordnungen ihre Grundlage nicht mehr im Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetz hatten, sondern „Ausfluß einer originären Gesetzgebungsgewalt der Bundesregierung“ war: „Die Republik Österreich hatte von diesem Tag an eine autoritäre Verfassung.“⁸⁰⁾

Man mag darüber streiten, ob wirklich der 23. Mai 1933 das entscheidende Datum bedeutete oder nicht ein späterer Tag, und man mag bezweifeln, ob *Voegelins* Begründung trägt, dass rechtsdogmatische Urteile nur in Normalsituationen möglich sind.⁸¹⁾ Auf grundsätzlicher Ebene ist ihm jedoch zuzustimmen: Dass die Besetzungsverordnung wirksam wurde, bedeutete eine juristische Revolution.

Die herrschende Auffassung sieht dies anders und setzt die Zäsur bei der Verfassung 1934 an.⁸²⁾ Einen Bruch der Rechtskontinuität konnte diese neue Verfassung jedoch nur bedeuten, wenn ihre Erlassung gemessen am B-VG von 1920 absolut nichtig war. Wer nun die Besetzungsverordnung für eine gültige Rechtsnorm hält, der hat Schwierigkeiten, für die Verfassung 1934 zu anderer Einschätzung zu gelangen. Die Verfassung 1934 wurde bekanntlich in zwei Verfahren erlassen und auf zwei rechtliche Grundlagen gestützt: zum einen auf das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz, auf welches sich der Ordnungsbeschluss der Bundesregierung vom 24. April 1934 berief,⁸³⁾ zum anderen auf das Bundesverfassungsgesetz vom 30. April 1934 über außerordentliche Maßnahmen im Bereich der Verfassung,⁸⁴⁾ dessen Art II in der Kundmachung der Bundesregierung vom 1. Mai 1934⁸⁵⁾ als Rechtsgrundlage angegeben ist. Um Rechtskontinuität zu wahren, genügte es, dass einer dieser Wege auf dem Boden der Verfassung 1920 gangbar war.

Die Verordnung der Bundesregierung vom 24. April 1934 über die Verfassung des Bundesstaates Österreich gründete sich wie die Besetzungsverordnung auf das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz. Wieso sollte sie dann absolut nichtig sein, wenn jene es nicht war? Ein Unterschied lag gewiss darin, dass die Absicht, über das B-VG 1920 hinaus zu einer neuen Verfassung zu kommen, nunmehr offen ausgesprochen wurde. Eine Verfassungsablösung muss freilich

78) Arbeiter-Zeitung vom 25. Mai 1933, 1 (zitiert ohne die Hervorhebungen des Originals), wiedergegeben bei *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 253 f.

79) StProtBR 197. Sitzung, 2230.

80) *Erich Voegelin*, Der autoritäre Staat. Ein Versuch über das österreichische Staatsproblem (1936) 169.

81) So *Voegelin*, Staat (FN 80), 168 f mit FN 1. Dagegen zu Recht *Zavadil*, Ausschaltung (FN 26), 255.

82) Vgl statt vieler *Robert Walter/Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz 64.

83) Vgl die am 30. April 1934 erfolgte Kundmachung BGBl 1934 I/239.

84) BGBl 1934 I/255, kundgemacht am 30. April 1934.

85) BGBl 1934 II/1.

keine juristische Revolution bedeuten, sie kann auch auf dem Boden der bisherigen Verfassung erfolgen, und wenn kriegswirtschaftliche Verordnungen ungeachtet ihrer Verfassungswidrigkeit bis zu ihrer Kassation durch den Verfassungsgerichtshof geltendes Recht waren, dann war die Rechtskontinuität eben gewahrt.⁸⁶⁾ Einen revolutionären Akt kann folglich in der Verfassung 1934 nur sehen, wer sich der hier entwickelten Sichtweise anschließt, dass es für Änderungen des Fehlerkalküls keinen Fehlerkalkül gibt.

Legt man an das Bundesverfassungsgesetz über außerordentliche Maßnahmen im Bereich der Verfassung, kurz „Ermächtigungsgesetz 1934“ genannt, die allgemeinen Regeln an, so ist absolute Nichtigkeit der erfolgten Verfassungskundmachung ebenfalls nicht zu erzielen. Die Wiedereinberufung des Nationalrats war ebenso wie die Betätigungsverbote für die politischen Gegner und die Aberkennung ihrer Mandate durch Verordnungen erfolgt, die auf Grundlage des Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetzes ergangen waren,⁸⁷⁾ und bei der Abstimmung wurden die nötigen Quoren erreicht. Dass die Abhaltung der Art 44 Abs 2 B-VG nötigen Volksabstimmung unterblieb, stellte einen Verfassungsverstoß dar,⁸⁸⁾ bildet aber grundsätzlich keinen Grund für absolute Nichtigkeit.⁸⁹⁾ Doch selbst wenn der Nationalrat niemals befasst worden wäre und Bundesregierung und Bundespräsident in kollusivem Zusammenwirken den Text des Ermächtigungsgesetzes beurkundet, gegengezeichnet und kundgemacht hätten, wäre nach herrschender Auffassung⁹⁰⁾ das Ermächtigungsgesetz gehörig kundgemacht und deshalb nicht absolut nichtig gewesen. Von gebrochener Rechtskontinuität kann deshalb wieder nur ausgehen, wer das Ermächtigungsgesetz als absolut nichtig erachtet, weil es seine eigene verfassungsgerichtliche Prüfung dadurch ausschloss, dass es die hierfür vorgesehenen Institutionen beseitigte.

86) Anders möglicherweise *Wilhelm Brauneder*, *Österreichische Verfassungsgeschichte*¹¹ (2009) 234, wenn er neben der Überschreitung des Ermächtigungsrahmens des KWEG das Fehlen einer Volksabstimmung bemängelt. Eine solche war indes mE gar nicht möglich, weil nach Art 44 Abs 2 B-VG nur die Bundesverfassung ändernde Bundesgesetze einer Volksabstimmung unterzogen werden konnten. Das positive Ergebnis einer dennoch durchgeführten Volksabstimmung hätte außerdem an der Rechtswidrigkeit nichts geändert.

87) Vgl zur Einberufung des Nationalrats BGBl 1934 I/238, zu Betätigungsverböten BGBl 1933/200 (KP), BGBl 1933/240 (NSDAP/Führung *Kammerhofer*), BGBl 1934 I/78 (SDAP), zu Mandatsaberkennungen BGBl 1934 I/100 (SDAP).

88) Die mit Art I des Ermächtigungsgesetzes erfolgte Aufhebung des Art 44 Abs 2 B-VG vermochte das Erfordernis einer Volksabstimmung nicht auszuschließen (vgl oben FN 22) sondern stellte im Gegenteil einen weiteren Grund für die Notwendigkeit ihrer Abhaltung.

89) Vgl nur VfSlg 16.327/2001. Anders wohl *Ludwig K. Adamovich/Bernd-Christian Funk/Gerhart Holzinger/Stefan L. Frank*, *Österreichisches Staatsrecht Bd 1: Grundlagen*, 2. Aufl (2011) Rz 08.004, die in der Unterlassung einer Volksabstimmung einen Bruch der verfassungsrechtlichen Kontinuität sehen.

90) Vgl *Hans Kelsen/Georg Froehlich/Adolf Merkl*, *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920* (1922) 183.

IV. Das M \ddot{u} nchhausen-Trilemma und *Robert Walter*

Die L \ddot{u} gengeschichte, die am Beginn meines Beitrages steht, hat nicht nur *Robert Walter* inspiriert. *Hans Albert* sah sich durch sie dazu stimuliert, das Grundproblem jeglichen Begr \ddot{u} ndungsverfahrens mit einem Sumpf zu vergleichen, aus dem kein Weg herausf \ddot{u} hrt, weil s \ddot{a} mtliche m \ddot{o} glichen Strategien von vornherein zum Scheitern verurteilt sind. Wenn und weil wir auf der Suche nach Erkenntnis f \ddot{u} r alles eine Begr \ddot{u} ndung ben \ddot{o} tigen, ben \ddot{o} tigen wir sie auch f \ddot{u} r die Pr \ddot{a} missen, auf die wir unsere Folgerungen gr \ddot{u} nden. Das f \ddot{u} hrt in eine unakzeptable Situation, M \ddot{u} nchhausen-Trilemma genannt, weil wir entweder

- in einen infiniten Regress gelangen, der praktisch nicht durchf \ddot{u} hrbar ist,
- in einen logischen Zirkel geraten, indem wir zur Begr \ddot{u} ndung einer Aussage, die wir zuvor als begr \ddot{u} ndungsbed \ddot{u} rftig identifiziert hatten, auf eben diese Aussage zur \ddot{u} ckgreifen, oder
- das Begr \ddot{u} ndungsverfahren an einem bestimmten Punkt willk \ddot{u} rlich abbrechen, indem wir bestimmte Aussagen dogmatisieren.⁹¹⁾

Vor diesem Trilemma steht jede Erkenntnis, kein Wissenschaftler kann ihm entgehen. Und eben weil der infinite Regress als rein theoretische Option nicht praktisch ist, bleibt nur die Alternative \ddot{u} brig, entweder die Begr \ddot{u} ndung abbrechen oder sie als Scheinbegr \ddot{u} ndung in Form einer Tautologie zu geben. F \ddot{u} r letztere Option hat die Jurisprudenz seit jeher einen gewissen Hang. Wenige Rechtswissenschaftler haben sie konsequenter vermieden als *Robert Walter*. Den Preis der Dogmatisierung in Kauf nehmend, hat er wie kaum ein anderer auf eine Art und Weise argumentiert, die dem Gegner Angriffsfl \ddot{a} chen bot. Nach Lekt \ddot{u} re seiner Beitr \ddot{a} ge wusste man deshalb stets besser, wo man selber stand. Statt unsere Formulierungen nach allen Seiten wasserdicht und unsere Aussagen nach allen Richtungen unangreifbar zu machen, k \ddot{o} nnten wir von ihm lernen: Was nicht falsch sein kann, das kann auch nicht wahr sein.

91) *Hans Albert*, Traktat \ddot{u} ber kritische Vernunft⁵ (1991) 15.