

Stephan G. HINGHOFER-SZALKAY, Graz

## Richterliche Rechtsnormvernichtung im Notstand Verfassungsgerichtsbarkeit und Notverordnung

### *Judicial Review in a State of Emergency: Constitutional Courts and Emergency Decrees*

*Any state of emergency tests the limits of effective constitutional review. However, the undoing of the Austrian constitutional court in 1933 remains of special interest for legal theory and constitutional governance alike. Not only has it demonstrated the limits of this global pioneer of constitutional adjudication while laying bare the Achilles heel of the once and present system of Austrian constitutional law. Even more importantly, it continues to raise fundamental questions as to the role of legal doctrine and the influence of legal theory in such crucial moments for the rule of law which this paper seeks to address.*

**Keywords:** 1933 – Austrian constitutional court – constitutional governance – judicial review – rule of law – state of emergency – Vienna School of Legal Theory

### I. Einleitung

Die Rolle der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit für das Notstandsrecht des 19. und 20. Jahrhunderts legt ein zentrales Paradoxon der österreichischen Staatsrechtslehre offen: Einerseits gelang Letzterer, genauer der Wiener rechtstheoretischen Schule, mit der Einrichtung<sup>1</sup> und rechtstheoretischen Verteidigung<sup>2</sup> des Verfassungsgerichtshofs (VfGH) ihr wichtigster Beitrag zur globalen Verfassungsentwicklung. Andererseits scheiterte eben dieses Organ 1933 an seiner ureigensten Funktion als Hüter der Verfassung. Im entscheidenden Moment konnte es die Rechtsnormvernichtung nicht wahrnehmen, konkret die Vernichtung der im Beitrag

von Polaschek in diesem Band näher ausgeführten Notverordnungen auf Grundlage des KwEG.<sup>3</sup>

Dieser Beitrag nähert sich dieser Problematik in drei Schritten. Zunächst wird der Rolle der Notverordnung zwischen Staatsrechtslehre, Normenlehre und politischer Philosophie nachgegangen. In einem zweiten Schritt werden die Grundlagen der Aushebelung der konzentrierten Normenkontrolle untersucht. Letztlich wird in einem dritten Schritt das konkrete Zusammenspiel von Staatsrechtslehre und Verfassungstreue erörtert. Auch heute noch gilt, was Gustav Kafka in seiner einschlägigen Untersuchung vor einem halben Jahrhundert feststellte: „die ‚Ausschaltung‘ des VfGH [ist] noch immer ein Gegenstand rechtstheoretischen und nicht nur rechtshistorischen Interesses.“<sup>4</sup> Doch ist dies

<sup>1</sup> Von Kelsen häufig als „sein liebstes Kind“ bezeichnet, siehe MARCIC, Verfassungsgerichtsbarkeit 58, kritisch vor dem Hintergrund einer Analyse der konkreten rechtshistorischen Entwicklungspfade WIEDERIN, Verfassungsgerichtshof 283–315. Beachtlich ist die Bedeutung des Föderalismus und das Zusammenreffen mit der reichsgerichtlichen Sondergerichtsbarkeit.

<sup>2</sup> KELSEN, Wesen und Entwicklung 30–84.

<sup>3</sup> Gesetz vom 24. 7. 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. 307/1917.

<sup>4</sup> KAFKA, Richterspruch 13.

ein zweischneidiges Schwert: Die rechtshistorische Perspektive kontextualisiert die rechtstheoretische Betrachtung und legt so den faktischen Konnex zwischen Normentheorie und sozialer Wirklichkeit offen. Die Verbindung der beiden Perspektiven schärft so beide. Die heutige Relevanz liegt offensichtlich nicht mehr im KwEG selbst,<sup>5</sup> wohl aber in der Frage nach einer Wiederholbarkeit durch analoge rechtstechnische Schritte. Auch ist der Frage nachzugehen, ob der Wiener rechtstheoretischen Schule tatsächlich eine Mitverantwortung für die Ereignisse des Jahres 1933 gegeben werden kann oder muss.

## II. Die Notverordnung an den Grenzen originärer Rechtsschöpfung:

### Zwischen Erhalt und Gefährdung der Autopoiesis positiven Rechts

Ausgangspunkt für die Rolle richterlicher Rechtsnormvernichtung im Notstand ist das grundsätzliche Verhältnis zwischen Staat und Recht. Kann der Staat seine Bindung an das Recht im existenziellen Bedrohungsfall abschütten? Dies führt, eine Formulierung Wiederins aufgreifend, zum archimedischen Punkt<sup>6</sup> der Staatsrechtslehre: Schafft der Staat Recht oder schafft Recht überhaupt erst den Staat? Zu erinnern ist an die kelsenianische Sicht von Recht als Normensystem des Staates und damit in letzter Konsequenz aus juristischer Sicht die Identität von Staat und Recht. Für Kelsen war der Dualismus von Staat und Recht „das Ergebnis einer unkritischen Hypostasierung, in der der personifikative Einheitsausdruck des Rechts zu einem metarechtlichen, dem Recht transzendenten Staat wird.“<sup>7</sup> Die Theorie – Kelsen sprach von

einem Dogma – freiwilliger staatlicher Selbstverpflichtung gegenüber der von ihm geschaffenen Rechtsordnung war hiermit unvereinbar.<sup>8</sup> Dem steht jenes berühmt-berüchtigte Verständnis von Gerichtsbarkeit im Notstand gegenüber, welches Carl Schmitt nach der Ausschaltung der SA 1934 zu einer paradoxalen Behauptung verleitet hatte. Danach schütze „der Führer [...] das Recht vor dem ärgsten Missbrauch“, indem er im Augenblick der Gefahr „kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht“ schaffe.<sup>9</sup> Die absurd anmutende Behauptung, rechtswidriges Handeln und revolutionäre Rechtsschöpfung (kelsenianisch gesprochen)<sup>10</sup> schütze Recht, wird nur aus einer gänzlichen Verschmelzung von politischem Legitimationsdenken und Rechtsbegriff verständlich.<sup>11</sup> Die Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat ist dem diametral entgegengesetzt. Dieser hat gerade das zu erhalten, was Schmitt als lähmendes „positives Zwangsnormengeflecht“<sup>12</sup> herabsetzte. Umgekehrt gilt es die von Schmitt idealisierte Rechtsschöpfung frei von positivierten Verfahren, inhaltlichen Grenzen<sup>13</sup> oder der Kontrolle durch andere Staatsorgane<sup>14</sup> zu vermeiden.

<sup>8</sup> Vgl. ebd. 77f.

<sup>9</sup> SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht* 946.

<sup>10</sup> Demnach also Rechtsetzung ohne Grundlage im bisherigen positiven Recht. Siehe KELSEN, *Reine Rechtslehre*<sup>1</sup> 67f., 71.

<sup>11</sup> „Alles Recht stammt aus dem Lebensrecht des Volkes. Jedes staatliche Gesetz, jedes richterliche Urteil enthält nur soviel Recht, als ihm aus dieser Quelle zufließt. Das Uebrige ist kein Recht, sondern ein ‚positives Zwangsnormengeflecht‘, dessen ein geschickter Verbrecher spottet.“ SCHMITT, *Der Führer schützt das Recht* 947.

<sup>12</sup> Ebd.

<sup>13</sup> „Inhalt und Umfang seines Vorgehens bestimmt der Führer selbst“, ebd. 948.

<sup>14</sup> In ebd. 948 wird der „misstrauisch[en]“ gegenseitigen Kontrolle von Gesetzgebung, Regierung und Justiz im liberalen Rechtsstaat der „Führerstaat“ entgegengestellt, für welchen dies nicht mehr gelte.

<sup>5</sup> Auf Grund der Aufhebung des Gesetzes durch BGBl. 143/1946.

<sup>6</sup> Vgl. WIEDERIN, *Denken vom Recht her*.

<sup>7</sup> KELSEN, *Allgemeine Staatslehre* 76.

Dies setzt eine funktionsfähige Gerichtsbarkeit, insbesondere eine funktionsfähige Verfassungsgerichtsbarkeit voraus. Es schließt jedoch gerade nicht spezielle Rechtssetzungsverfahren wie jenes des KwEG aus:<sup>15</sup> Die Essenz jeden Notstandsrechts liegt in der Rechtssetzung außerhalb normaler Verfahren. Diese sichert dem autopoietischen System<sup>16</sup> auch im Notstand seine soziale Wirksamkeit und beugt so rechtlichen Revolutionen vor. Letzteres in Überwindung des Absolutismus mit dem § 14-Notverordnungsregime erreicht zu haben, wurde in den Diskussionen zur Dezemberverfassung 1867 als Triumph des Konstitutionalismus gedeutet.<sup>17</sup> Dass jedes staatliche Notrecht zu Missbrauch führen kann, war schon 1867 keineswegs neu. So hatte bereits 1860 Bischofs „Nothrecht der Staatsgewalt“ die Frage gestellt, ob der mögliche Missbrauch dessen vernünftigen Gebrauch ausschließen solle. Seine Antwort war deutlich: „Les abus inevitables sont les lois de la nature.“<sup>18</sup> In der Rechtswirklichkeit boten die Gerichte derartigen Missbräuchen wie ge-

---

<sup>15</sup> Beachtlich ist dessen bewusster Ausnahmecharakter gegenüber dem allgemeinen Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Vollziehung in der Stamfassung des B-VG nach KELSEN, Österreichisches Staatsrecht 177.

<sup>16</sup> Womit keine absolute systemische Geschlossenheit des positiven Rechts ausgedrückt wird, sondern nur, „dass bestimmte, von der Rechtsordnung bestimmte, Menschen in einem von der Rechtsordnung geregelten Verfahren, und daher in ihrer von der Rechtsordnung verliehenen Eigenschaft als Organe der durch die Rechtsordnung konstituierten Gemeinschaft, Rechtsnormen [anwenden und] erzeugen.“ KELSEN, Was ist Reine Rechtslehre? 509.

<sup>17</sup> Aus heutiger Sicht bemerkenswert ist die ausgesprochen positive Stellungnahme des Berichterstatters des Verfassungsausschusses Dr. Sturm in der 32. Sitzung der 4. Session am 8. 10. 1867 zur Ausgestaltung der Grundrechtssuspension, welche jedoch durch die damals neue Rückbindung an die Gesetzgebung der damaligen konstitutionellen Logik entgegenkam. StenProtAH, 4. Sess., 780.

<sup>18</sup> BISCHOF, Nothrecht 6.

schildert<sup>19</sup> keinen Einhalt. Ob sie hierzu überhaupt kompetent waren blieb umstritten. So erlaubte der spezielle Charakter von Notverordnungen die These, diese seien wie gehörig kundgemachte Gesetze<sup>20</sup> von der richterlichen Überprüfung inhaltlicher Verfassungswidrigkeit immunisiert.<sup>21</sup>

Die Frage nach dem Verhältnis von Staat und Rechtsordnung rückt erneut in den Blick, wenn der in Folge entscheidenden Frage der absoluten Nichtigkeit generell-abstrakter Rechtsnormen nachgegangen wird: Letztere liegt vor, wenn eine Notstandsmaßnahme zwar von einem Staatsorgan erlassen wird, jedoch aus Perspektive der Rechtsordnung eine dieser zurechenbare Norm überhaupt nicht existiert. Kann der Staat nur durch seine Rechtsordnung handeln, ist eine solche Maßnahme folglich kein Sollen des Staates. Die Gerichtsbarkeit kann in diesem Fall das rechtliche Nichts nicht vernichten, sondern nur die absolute Nichtigkeit erklären.<sup>22</sup> Für die österreichische Verfassungsordnung von 1920 sollten zwei charakteristische Merkmale hervorstechen: die bloße Vernichtbarkeit gehörig kundgemachter generell-abstrakter Normen und die Konzentration deren gerichtlicher Normvernichtung beim VfGH.<sup>23</sup> In der amtswegigen Verordnungsprüfungskompetenz des VfGH ortete Kelsen eine „radikale Tendenz“ der Verfassung, „gesetzwidrige Verordnungen, soweit als dies praktisch nur irgend möglich [war,] aus der Welt zu schaffen.“<sup>24</sup> Noch bevor die konkreten Ereignisse von 1933 analysiert werden, ist damit

---

<sup>19</sup> Vgl. hierzu die Beiträge zu den § 14 Notverordnungen in diesem Band.

<sup>20</sup> Art. 7 Satz. 1, StGG-RiG.

<sup>21</sup> HASIBA, Notverordnungsrecht 94f.

<sup>22</sup> Vgl. zu dieser Fragestellung allgemein den unlängst in VfGH 28. 6. 2017, V 4/2017 vollzogenen Judikaturwandel. Deutlich wird hierbei das Spannungsfeld zur Rechtssicherheit in Form der beim VfGH konzentrierten Normenkontrolle.

<sup>23</sup> Vgl. Art. 89, 139, 140 B-VG, BGBl. 1/1920.

<sup>24</sup> KELSEN, Österreichisches Staatsrecht 213.

der Frage nachzugehen, warum eine so zentrale rechtsstaatliche Aufgabe nicht allen Gerichten anvertraut, sondern bei einem einzigen Staatsorgan konzentriert und entsprechend exponiert wurde.

### III. Die normtheoretische Dimension:

#### Konzentrierte Normenkontrolle, Normvernichtung und rechtliches Nichts

#### 1. Der Irrweg von Bernatzik und Kelsen zu Hecht

Hinsichtlich der Konzentration der Verordnungskontrolle beim VfGH und der Ereignisse von 1933 spielten drei Personen eine prägende Rolle: Edmund Bernatzik, Hans Kelsen und Robert Hecht.<sup>25</sup> Sie wiesen auch einen personellen Konnex zum VfGH auf. Bernatzik zählte zu jenen sieben Mitgliedern desselben, welche zuvor dem Reichsgericht angehört hatten.<sup>26</sup> Er starb jedoch bereits 1919. An seine Stelle trat Kelsen,<sup>27</sup> welcher dem VfGH bis zu dessen De- oder Umpolitisierung im Jahr 1929 angehörte.<sup>28</sup> Hecht zählte bis zu seiner Rücktrittserklärung 1933 zu den Ersatzmitgliedern des VfGH.<sup>29</sup>

Die besondere Rolle dieser drei Personen für die hier untersuchte Thematik ergibt sich jedoch aus jenem rechtshistorischen Entwicklungspfad, der zur genannten Konzentration beim VfGH führen sollte: Ausgangspunkt war Art. 7 StGG über die richterliche Gewalt, welcher die gerichtliche Entscheidung über die Gültigkeit von Verordnungen „in gesetzlichem Instanzenzuge“ vorsah.<sup>30</sup> Entsprechend bestimmte § 30 des Reichs-

gerichtsorganisationsgesetzes von 1869<sup>31</sup>, dass dieses „wie jedes andere Gericht“ berufen sei, die Gültigkeit von Verordnungen zu prüfen und darüber zu entscheiden. Dies bedeutete ein Modell diffuser Normenkontrolle, welches in eine uneinheitliche Rechtsprechung mündete. Bernatzik reagierte hierauf in seiner Abhandlung „Rechtsprechung und materielle Rechtskraft“ von 1886 mit scharfer Kritik,<sup>32</sup> die den entscheidenden Paradigmenwechsel bewirkte.<sup>33</sup> Letzteres wird durch die Einschätzung Merkls aus 1921 gestützt, welcher von einem „von Edmund Bernatzik propagierte[n] Gedanke[n] eines Verordnungsgerichtshofs“<sup>34</sup> schrieb.

Diese Entwicklungen erklären noch nicht die letztlich erfolgte Ansiedlung der konzentrierten Verordnungskontrolle beim VfGH. Der VwGH wäre auf den ersten Blick durch den primären Schutz der einfachgesetzlichen Normenebene gegenüber der Verwaltung die näher liegende Wahl gewesen. Erst der Einfluss der frühen Wiener<sup>35</sup> Schule verschob den Fokus von staatsphilosophischen und legitimatorischen Erwägungen auf die Natur von Normen. Diese Perspektive vereinte die generell-abstrakte Natur von Verordnungen und Gesetzen in einer Kategorie, welche der konzentrierten Kontrolle durch ein Organ unterliegen sollte. Folgerichtig bezeichnete Merkl die Rollen des „Gesetzeskontrollors“ und des „Verordnungskontrollors“ als „nächstverwandt.“<sup>36</sup> Dies entspricht einer normlogikzentrierten Betrachtung, nicht aber der

<sup>25</sup> Zu diesem näher HUEMER, Sektionschef Hecht.

<sup>26</sup> Vgl. HELLER, Verfassungsgerichtshof 102.

<sup>27</sup> Vgl. ebd. 157.

<sup>28</sup> Vgl. MERKL, Verfassungsgerichtshof II/2, 25.

<sup>29</sup> Dieses ist abgedruckt in ZAVADIL, Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofs 296.

<sup>30</sup> Vgl. StGG-RiG.

<sup>31</sup> Vgl. Gesetz vom 18. April 1869 betreffend die Organisation des Reichsgerichtes, das Verfahren vor demselben und die Vollziehung seiner Erkenntnisse, RGBl. 44/1869.

<sup>32</sup> Vgl. BERNATZIK, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft 292.

<sup>33</sup> Vgl. GRABENWARTER, Verfassungsgerichtshof VI, 426.

<sup>34</sup> MERKL, Gerichtliche Prüfung II/I, 405.

<sup>35</sup> Damals noch „jungösterreichisch“, vgl. MERKL, Doppeltes Rechtsantlitz 1, 908.

<sup>36</sup> MERKL, Verfassungsgerichtsbarkeit II/2, 224.

sehr verschiedenen politischen Legitimation der beiden Normenkategorien. Die Rechtsordnung enthielt nun ein „Verfahren, welche[s] die Vernichtung von Rechtsakten, die unter Missachtung der vor ihr aufgestellten Normen gesetzt worden sind, ermöglichten“ und diese Rechtsakte zu einem „unangreifbare[n] Bestandteil der Rechtsordnung“ machte, „wenn die von der Rechtsordnung für ihre Vernichtung zur Verfügung gestellten Möglichkeiten nicht ausgeschöpft werden.“<sup>37</sup> Zugleich hing die erfolgreiche Ausschöpfung dieses Verfahrens somit an der Funktionsfähigkeit eines einzigen Organs, des VfGH.

Dies rief angesichts der drohenden Vernichtung der vom vorangehenden Beitrag geschilderten Rechtsakte auf Grundlage des KwEG<sup>38</sup> Sektionschef Hecht auf den Plan. Er erkannte die Schwachstelle im System und ersann ein subtiles Vorgehen. Die auf das KwEG gestützte Verordnung der Bundesregierung vom 23. Mai 1933, betreffend Abänderungen des Verfassungsgerichtshofgesetzes 1930 (fortan BesetzungsVO) war nicht gegen die Existenz des VfGH gerichtet und negierte für sich genommen noch nicht dessen Handlungsfähigkeit.<sup>39</sup> Sie fügte vielmehr dem § 6 des genannten Gesetzes einen Abs. 3 hinzu, wonach „[d]ie auf Vorschlag des Nationalrates oder auf Vorschlag des Bundesrates ernannten Mitglieder und Ersatzmitglieder [...] nur dann an Sitzungen und Verhandlungen teilnehmen und hiezu eingeladen werden“ dürfen, „wenn und solange dem Verfassungsgerichtshof sämtliche Mitglieder und Ersatzmitglieder angehören, die auf Grund solcher Vorschläge ernannt worden sind.“<sup>40</sup> Die Stoßrich-

tung der BesetzungsVO wird klarer, wenn die vorangehenden konzertierten Rücktrittserklärungen von zwei Mitgliedern und einem Ersatzmitglied dieser Bestellungskategorie bedacht werden.<sup>41</sup> Beschlussfähig war der VfGH nach § 7 Abs. 1 VfGG bei Anwesenheit des Vorsitzenden und von acht Stimmführern. Zwar sah Abs. 2 *leg.cit.* ein reduziertes Beschlussquorum von vier Stimmführern vor, die Aufhebung der Verordnungen auf Grundlage des KwEG fiel jedoch nicht in dessen Anwendungsbereich.<sup>42</sup> Der Erlassung der BesetzungsVO folgte der Rücktritt eines weiteren Mitglieds und dreier Ersatzmitglieder des VfGH, welche auf Vorschlag der BReg ernannt worden waren.<sup>43</sup> Damit war bei Anwendung der BesetzungsVO die Zahl der verbleibenden Stimmführer unter jene gefallen, welche für die Beschlussfähigkeit zur Aufhebung dieser und anderer Verordnungen auf Grundlage des KwEG erforderlich war.<sup>44</sup> Dieses Zusammenspiel der Besetzungsverordnung und der genannten Rücktritte war kein Zufall. Vielmehr hatte Hecht mit den (anderen) betroffenen Mitgliedern im Auftrag des Bundeskanzlers im Vorfeld über deren mögliche Verzichtserklärungen verhandelt. Sie sollten hierfür das (letztlich nicht eingelöste)<sup>45</sup> Versprechen erhalten, einem

<sup>41</sup> Vgl. WALTER, Ausschaltung 19.

<sup>42</sup> Vgl. *ebd.* 18.

<sup>43</sup> Vgl. *ebd.* 19; WIEDERIN, Münchenhausen 875. Sämtliche Rücktrittschreiben finden sich gesammelt bei ZAVADIL, Ausschaltung 288–296.

<sup>44</sup> Was exakt jenem ursprünglichen Plan Hechts zur „Lahmlegung“ des VfGH entspricht, den er Bundeskanzler Dollfuß in einem Brief vom 28. 4. 1933 vorge schlagen hatte, auch wenn er das Erreichen dieses Ziels über eine Verordnung auf Grund des KwEG erst später ersann. Vgl. ZAVADIL, Ausschaltung 33, 85.

<sup>45</sup> Tatsächlich wurde dieses Versprechen nur gegenüber Adolf Wanschura eingelöst, während die „aus harrenden“ Mitglieder in größerer Zahl übernommen und Präsident Durig zum Präsidenten des Verfassungsgerichtshofes ernannt wurde; WALTER, Ausschaltung 33. Dieser sollte hierzu (*ebd.* 34) prägnant anmerken: „Man liebt eben allenfalls den Verrat, aber nicht den Verräter!“

<sup>37</sup> VfSlg 7607/1975.

<sup>38</sup> Dazu näher Polaschek in diesem Band.

<sup>39</sup> Vgl. WIEDERIN, Münchenhausen 884. Beachtlich hierzu das Memorandum „Zur vorübergehenden Verhandlungsunfähigkeit des Verfassungsgerichtshofes“ abgedruckt bei ZAVADIL, Ausschaltung 298–301.

<sup>40</sup> BGBl. 191/1933.

künftigen, personell verkleinerten VfGH anzugehören.<sup>46</sup> Auch dies entbehrt nicht der Ironie: Das Versprechen, als Hüter einer künftigen Verfassung dienen zu können, bewegte Verfassungshüter zur aktiven Untergrabung der Invalidationskraft der geltenden Verfassung.<sup>47</sup>

## 2. Die Sitzung des VfGH vom 22. Juni 1933 und die rechtstheoretische Kernfrage

Am 22. Juni 1933 trat der VfGH in einer Sache zusammen, in der er auch bei Anwendung der BesetzungsVO nach § 7 Abs. 2 noch beschlussfähig war.<sup>48</sup> VfGH-Präsident Ernst Durig<sup>49</sup> war zuvor bei seiner Ladung zur Sitzung von der Anwendbarkeit der BesetzungsVO ausgegangen. Dies war nicht selbstverständlich. Die folgende Beratung beschränkte sich nicht auf die dem Verfahren zu Grunde liegende Sache, sondern konzentrierte sich auf das Problem der ordnungsgemäßen Besetzung des VfGH.<sup>50</sup> Dabei stellte sich die grundsätzliche rechtstheoretische Frage: Konnte eine rechtswidrige, aber vernichtbare Norm rechtswidrig ihren Vernichtungsmechanismus beseitigen? Hob dies das Fehlerkalkül auf und machte die BesetzungsVO somit absolut nichtig?<sup>51</sup> Besteht mit anderen Worten

ein untrennbarer Zusammenhang zwischen der Entstehung einer rechtswidrigen, aber vernichtbaren Norm als Teil der Rechtsordnung und der Funktionsfähigkeit des Vernichtungsmechanismus?

Georg Froehlich, der an der Entstehung des B-VG als Experte beteiligt war,<sup>52</sup> negierte als Vizepräsident des VfGH die Existenz absolut nichtiger Gesetze und Verordnungen auf Grund der Systematik des B-VG.<sup>53</sup> Zudem ist daran zu erinnern, dass die BesetzungsVO die grundsätzliche Möglichkeit der Vernichtbarkeit generell-abstrakter Normen nicht antastete. Die Konsequenz absoluter Nichtigkeit bleibt jedoch unter Voraussetzung der genannten Untrennbarkeitsthese aufrecht, wenn man dem unlängst von Vašek erörterten Ansatz folgt, wonach die absolute Nichtigkeit einer die verfassungsgerichtliche Gesetzesprüfungskompetenz ausschaltenden generellen Norm<sup>54</sup> „nicht aus deren Inhalt, sondern aus deren Wirkung folgt.“<sup>55</sup>

Gegen die Untrennbarkeitsthese spricht der historische Entwicklungspfad der gerichtlichen Vernichtbarkeit generell-abstrakter Normen: Nach der Dezemberverfassung waren gehörig kundgemachte Gesetze ungeachtet ihren Inhalts nicht nur Recht, die Prüfung ihrer Gültigkeit war den Gerichten nach Art. 7 des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt explizit

<sup>46</sup> Wie aus einem Brief von Hecht an Otto Ender unzweifelhaft hervorgeht, vgl. WALTER, Ausschaltung 61–63; eine Kopie dieses Briefs findet sich ebd. im Annex (319f., keine Seitenzahlen angegeben) abgedruckt.

<sup>47</sup> Beachtlich ist, dass diese Rechnung für die Hälfte der betroffenen Richter nicht aufgehen sollte, vgl. ebd. 66.

<sup>48</sup> Vgl. WALTER, Ausschaltung 20f., für das Protokoll der Beratung des VfGH vom 22. 6. 1933 siehe ZAVADIL, Ausschaltung 306–310.

<sup>49</sup> Beachtlich ist, dass Durig in Folge zum Präsidenten des BGH ernannt wurde und als Vorsitzender des Verfassungssenats wirken sollte; vgl. ZAVADIL, Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofs 65.

<sup>50</sup> Vgl. WALTER, Ausschaltung 21.

<sup>51</sup> Dieser Ansatz wurde von Hengstschläger mit der folgenden Formulierung auf den Punkt gebracht:

„Wenn der Fehlerkalkül durch Ausschaltung des Normprüfungsorgans beseitigt ist, dann unterliegt die Ausschaltungsnorm keinem Fehlerkalkül mehr. Ist diese Norm fehlerhaft, wäre sie absolut nichtig.“ Diskussion zu den Vorträgen von Walter, Jabloner, Dreier 89.

<sup>52</sup> Vgl. JABLONER, Georg Froehlich 393, 398ff.

<sup>53</sup> Siehe dazu das Protokoll der Beratung des VfGH vom 22. 6. 1933 abgedruckt in ZAVADIL, Ausschaltung 307, vgl. auch WIEDERIN, Münchenhausen 876.

<sup>54</sup> Die Unterscheidung zu Vašek ergibt sich daraus, dass letzterer die aktuelle Rechtslage und damit eine mögliche Wiederholung einer Ausschaltung in Form einfacher Gesetze vor Augen hatte.

<sup>55</sup> VAŠEK, Gesetzesprüfungskompetenz 219.

untersagt.<sup>56</sup> 1920 war zwar der Zugang zur verfassungsgerichtlichen Prüfung von Gesetzen zum Durchbruch gelangt, doch erfolgte dies in Reaktion auf Herausforderungen des Föderalismus. Die sehr beschränkte amtswegige Prüfungskompetenz kann primär als glücklicher Zufall des Zusammentreffens mit dem Erbe der reichsgerichtlichen Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit bezeichnet werden.<sup>57</sup> Hieraus kann geschlossen werden, dass die grundlegende Normenlogik der Dezemberverfassung nicht verlassen, sondern lediglich einer gerichtlichen Vernichtbarkeit von Gesetzen ein später wachsender Spalt geöffnet wurde.<sup>58</sup> Die Vernichtung rechtswidriger genereller Normen war somit in der Stammfassung des B-VG keineswegs durch den VfGH allgemein gesichert. Dies stellt die Untrennbarkeit ihrer rechtlichen Existenz und der Handlungsfähigkeit des VfGH in Frage.

Neben der Nichtigkeit einer solchen Norm wurde später auch für deren Nichtanwendbarkeit argumentiert.<sup>59</sup> Jedenfalls nach dem damals vorherrschenden Rechtsnormendenken handelt es sich dabei „eher [um] eine Verlegenheitslösung denn [um] ein[en] juristisch gangbare[n] Weg.“<sup>60</sup> Lag darin mehr als eine Antwort auf eine dringende verfassungsrechtspolitische Herausforderung in rechtsdogmatischer Sprache? Oder ist aus der Normenlogik des B-VG abzuleiten, dass der BesetzungsVO zwar Rechtscharakter zukam, jedoch Verordnungen nach Aichlrei-

ter gegenüber dem VfGH nur eine „spezifische institutionell-bedingte suspensive Wirkung“?<sup>61</sup>

Die speziellen Umstände des Jahres 1933 verwandelten die Antwort auf diese rechtstheoretischen Fragen<sup>62</sup> zu einer Überlebensfrage für den demokratischen Rechtsstaat. Insgesamt zeigt sich nicht nur, dass diese umstritten war und bleibt,<sup>63</sup> sondern auch, dass die BesetzungsVO nur auf Grund flankierender Maßnahmen durch Verfassungshüter<sup>64</sup> ihre eigene Vernichtbarkeit vernichten konnte. Auch diese VO konnte ohne handlungsfähigen VfGH weiterhin aus dem Normenbestand beseitigt werden – durch eine verfassungstreue Bundesregierung. Die Bundesregierung stand zudem verfassungsrechtlich in doppelter Abhängigkeit nicht nur vom Nationalrat, sondern auch vom Bundespräsidenten als Hüter der Verfassung.<sup>65</sup> Dabei ist zu erinnern, dass die Kompetenzen des Bundespräsidenten 1929 in bewusster Anlehnung an den

<sup>56</sup> Vgl. RGB. 144/1867.

<sup>57</sup> Vgl. WIEDERIN, Verfassungsgerichtshof 283–315.

<sup>58</sup> Vgl. KELSEN, Österreichisches Staatsrecht 208, wonach die Ausgestaltung der Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit als gerichtliche Rechtskontrolle über Gesetzgebung und Vollziehung im B-VG „an die schon aus der altösterreichischen Verfassung stammenden Institutionen“ anknüpfe, auch wenn sie „insbesondere hinsichtlich der Verfassungsgerichtsbarkeit [...] über sie hinaus“ gehe.

<sup>59</sup> Vgl. HALLER, Prüfung 130, Anm. 174.

<sup>60</sup> WIEDERIN, Münchenhausen 881.

<sup>61</sup> Aichlreiter zit. nach VAŠEK, Gesetzesprüfungskompetenz 218.

<sup>62</sup> Zu den diskutierten rechtstheoretischen Fragen tritt eine weitere hinzu, welche hier nicht näher ausgeführt wurde. So warf Engel in der genannten Sitzung des VfGH die Frage auf, ob nicht deshalb ein absolut nichtiger Verwaltungsakt vorliege, da dieser „unter der Maske einer generellen Norm einen ganz bestimmt abgegrenzten Personenkreis betreffe.“ Siehe dazu das Protokoll der Beratung des VfGH vom 22. 6. 1933, abgedruckt in ZAVADIL, Ausschaltung 307.

<sup>63</sup> Dies kam auch unlängst in den nuancierten Ausführungen in VAŠEK, Gesetzesprüfungskompetenz 213–224, zum Ausdruck, welche diesen zu Überlegungen de constitutionis ferenda veranlassten (ebd. 221ff.). Die Kontinuität vieler Problemstellungen und de lege ferenda Überlegungen wird dabei auch an der Reflexion jenen Diskurses deutlich, welcher unmittelbar nach Ausschaltung des VfGH erfolgte (ebd. Anm. 75).

<sup>64</sup> Zum Begriff vgl. KELSEN, Hüter der Verfassung 2, 1533–1573, eine Abhandlung, die er 1931 in Reaktion auf Carl Schmitt verfasste.

<sup>65</sup> Auch wenn ersteres Organ 1933 „ausgeschaltet“ war und das zweite seiner Rolle als Hüter der Verfassung bereits im Kontext der Vorsitzendenkrise nicht nachgekommen war.

deutschen Reichspräsidenten<sup>66</sup> erweitert wurden, um die Entlassung der Bundesregierung sowie die Ernennung eines verfassungstreuen Bundeskanzlers zu ermöglichen. Tatsächlich endete die Sitzung des VfGH damit, dass beschlossen wurde, an den Bundespräsidenten heranzutreten und ihn zu ersuchen, „darauf hinzuwirken, dass der VfGH ehestens in die Lage versetzt wird, die ihm nach der Verfassung obliegenden Pflichten in vollem Umfang zu erfüllen.“<sup>67</sup> Dies wiederum wirft die Frage auf, ob staatliche Organe zur Hütung des verfassungsbasierten Normensystems oder der in der Verfassung positivierten politischen Philosophie berufen sind – und welche Rolle hierbei der Staatsrechtslehre zukommt und historisch der Reinen Rechtslehre zukam.

<sup>66</sup> Für eine deutsche Perspektive jener Zeit vgl. SCHEUNER, Reform 238.

<sup>67</sup> WALTER, Ausschaltung 22. Dies richtete sich in erster Linie auf die Exekution des Beschlusses des VfGH zur Überprüfung der Gesetzmäßigkeit der Besetzungsverordnung. Adamovic (Sr.) hatte dabei argumentiert, dieser sei wie der Beschluss eines ordentlichen Gerichts exekutionsfähig. Seine Auslegung des Art. 146 Abs. 2 B-VG führte ihn zur Schlussfolgerung, der Bundespräsident sei im Rahmen einer solchen Maßnahme nicht verpflichtet, einen Vorschlag der Bundesregierung einzuholen. Diese Rechtsansicht konnte sich in Folge nicht durchsetzen, die Diskussion mündete in die genannte Note an den Bundespräsidenten. Siehe dazu das Protokoll der Beratung des VfGH vom 22. 6. 1933, abgedruckt in ZAVADIL, Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofs 307–310; der Beschluss des VfGH vom 22. 6. 1933 über die amtswegige Einleitung eines Prüfungsverfahrens über die Verordnung vom 23. 5. 1933, abgedruckt in ebd. 312–314, sowie den Appell des VfGH an den Bundespräsidenten vom 22. 6. 1933, abgedruckt in ebd. 316f.

## IV. Staatslehre und

### Verfassungstreue:

#### Treue zu positiver politischer Philosophie oder zur Autopoiesis des Rechtssystems

### 1. Staatslehre und die Bedeutung stabilisierender Metaphysik

Stellten die Ereignisse des Jahres 1933 im Ergebnis ein Versagen des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit sowie darüber hinaus der Wiener Schule dar? Hierbei ist zu erinnern, dass zwar offensichtlicher Missbrauch der Eigenlogik positiven Rechts vorlag, diese Eigenlogik jedoch bei Einhaltung des korrekten Verfahrens auch eine legale Errichtung eines autoritären Staatswesens erlaubt hätte. Führte der Einfluss der Wiener Schule zu einem – in der Außenperspektive oft als exzessiv empfundenen – Fokus auf die Normenlehre?

Ermöglichte dies, was vor dem Hintergrund einer von demokratischen Wertungen durchdrungenen Rechtslehre undenkbar gewesen wäre? Eine demokratische Staatslehre mit dem Pathos eines Rotteck-Welckerschen Staatslexikons<sup>68</sup> hätte möglicherweise tatsächlich durch eine Verschmelzung von Rechtsanalyse und liberaldemokratischer Gesinnung zu einem anderen rechtstatsächlichen, wenn schon nicht rechtslogischen, Ergebnis geführt. Doch existierte 1933 gerade kein Grundkonsens zum demokratischen Rechtsstaat, ein teilweise radikaler Paradigmenwechsel im politischen Denken machte sich neben der zunehmenden Radikalisierung von Flügeln der Großparteien in der ebenfalls zunehmenden Verbreitung nationalsozialistischen Gedankenguts bemerkbar. Das positive Recht wirkte soweit wie eine staatsorganisatorische Zeitkapsel für einen demokratischen Konsens, der verloren gegangen war, und für dessen rechtskonformen Ersatz doch die verfassungsrechtlich verankerten Quoren fehl-

<sup>68</sup> ROTTECK, WELCKER, Staats-Lexikon.

ten. Mit einer antipositivistischen Rechtsphilosophie wäre somit selbst aus rechtspolitischer Perspektive wenig gewonnen gewesen. Festzustellen ist jedoch ein faktisches Zusammengreifen mit vorherrschendem positivistischen Legitimationsempfinden, welches genauer betrachtet nicht Ausdruck, sondern geradezu Antipode von rechtswissenschaftlichem Positivismus ist:<sup>69</sup> Die Idee, dass positives Recht aus moralischer Normativität heraus unabhängig von seinem konkreten Inhalt zu befolgen ist.

## 2. Andauernde Missverständnisse zur Wiener Schule und Probleme einer „reinen“ Staatsrechtslehre aus verfassungspolitischer Perspektive

Beachtlich ist vor diesem Hintergrund, dass Georg Graf in seinen Überlegungen zu den Ereignissen von 1933 zu einem radikalen Schluss kam: die Reine Rechtslehre sei „das, was sich jeder rechtsphilosophisch inklinierte Putschist“<sup>70</sup> wünsche. Die Verfassung hätte nicht nur ein solches Vorgehen gestattet, sondern ihm auf Grundlage der Reinen Rechtslehre Gehorsamsansprüche verliehen.<sup>71</sup> Hier wird ein problematisches Verständnis der Reinen Rechtslehre deutlich: Graf versteht diese als rechtsphilosophische Theorie, welche von der Legitimität staatlicher Machtausübung handle.<sup>72</sup> Dabei war das Ziel der Reinen Rechtslehre jedoch gerade eine „insbesondere von soziologisch-psychologischen und politischen Elementen gereinigte“<sup>73</sup> Rechtstheorie bei bewusster Ausgrenzung des wissenschaftlich nicht lösbaren Gerechtigkeitsproblems.<sup>74</sup> Sie sollte und konnte gerade

nicht als Hüter eines bestimmten politischen Systems dienen. Ihre Aufgabe war wissenschaftliche Erkenntnis, nicht die Entwicklung von Lösungsansätzen rechtspolitischer Extremsituationen. Auch geht der Vorwurf fehl, die Reine Rechtslehre habe „den Begriff der materiellen Richtigkeit zugunsten eines rein formal bestimmten Richtigkeitsbegriffs“ aufgegeben.<sup>75</sup> Erkenntnistheoretische Selbstbeschränkung bedeutete gerade bei Kelsen keineswegs, dass auf die flankierende rechtsphilosophische Suche nach rechtspolitisch „richtigen“ Ergebnissen verzichtet werden kann. Aufgezeigt werden keineswegs Schwächen der Reinen Rechtslehre, sondern vielmehr der exklusiven rechtstheoretischen Betrachtung durch die konzeptionelle Brille der Reinen Rechtslehre. Dass die „reine“ Rechtsanalyse Rechtspolitik oder gar Moral niemals ersetzen kann, hat kaum eine Theorie deutlicher zum Ausdruck gebracht als die Reine Rechtslehre. Diese einem Test für systemstabilisierende Rechtsphilosophien auszusetzen,<sup>76</sup> bedeutet sie für etwas zu testen, für das sie ganz bewusst nicht konzipiert wurde. Zumindest teilweise scheinen diese Missverständnisse auf die Terminologie der Reinen Rechtslehre zurückzuführen zu sein: Nach ihr ist „Legitimität“ das Prinzip, wonach „die Norm einer Rechtsordnung so lange“ gelte, „bis ihre Geltung auf eine durch diese Rechtsordnung bestimmte Weise beendet oder durch die Geltung einer anderen Norm dieser Rechtsordnung ersetzt wird.“<sup>77</sup> Sprachlich wurde und wird dies mit dem Begriff der politischen Legitimität im Sinne moralischer Anerkennungswürdigkeit missverstanden, was den Anschein einer blinden Rechtsbefolgungsideologie weckte und weckt. Dies erklärt die problematische These Grafts zu den Ereignissen von 1933, wonach die Grundnorm fordere, dass man auch dem Ursur-

<sup>69</sup> Dazu näher DREIER, Zerrbild Rechtspositivismus 65ff.

<sup>70</sup> GRAF, Verfassungstricks 65.

<sup>71</sup> Vgl. ebd.

<sup>72</sup> Vgl. ebd. 60.

<sup>73</sup> KELSEN, Problem der Souveränität V.

<sup>74</sup> Dazu näher KELSEN, Was ist Gerechtigkeit?; sowie DERS., Reine Rechtslehre<sup>2</sup> 353, 355ff.

<sup>75</sup> GRAF, Verfassungstricks 62.

<sup>76</sup> Vgl. ebd. 60.

<sup>77</sup> KELSEN, Reine Rechtslehre<sup>2</sup> 213.

pator gehorche.<sup>78</sup> So erwächst aus dem „objektiven“ Sollen – ob die Terminologie glücklich ist, sei hier ausgeklammert – jedoch gerade kein moralischer Befolungsanspruch.<sup>79</sup> Es nimmt dem Rechtsanwender keineswegs die rechtspolitische und moralische Verantwortung.<sup>80</sup> Vielmehr demonstriert die Reine Rechtslehre dessen Doppelrolle. Sie wirft die Frage auf, ob Mitglieder des VfGH als Vertreter des demokratischen Rechtsstaates den absehbaren Versuch des scheinlegalen Verfassungsbruchs durch Ausschaltung der Normenkontrolle durch eine Normenkontrolle hätten beantworten sollen, welche sie auf Grund der von ihnen vertretenen Rechtsauslegung ihrerseits für rechtswidrig hielten. Hätten sie unter verschiedenen jedenfalls denkmöglichen Auslegungen jene wählen sollen, welche dem positiven Verfassungsrecht gegenüber offensichtlichem Machtmissbrauch zum Durchbruch verholfen hätte? Wäre letzteres Sollen noch ein rechtliches? Diese bis heute offenen rechtstheoretischen Fragen finden ihre eigentliche Bedeutung in ihren politischen Implikationen. Mit der These, dass 1933 aus Sicht der Reinen Rechtslehre eine originäre Rechtsetzung

<sup>78</sup> Vgl. GRAF, Verfassungstricks 65.

<sup>79</sup> Andernfalls wäre die Reine Rechtslehre Staatsphilosophie wenn nicht gar positivistische Ideologie. Eine solche Lesart ist mit Kelsens Prämissen und erkenntnistheoretischen Zielen ebenso offensichtlich unvereinbar wie mit dessen politischer Philosophie.

<sup>80</sup> Wie sehr sich Bundespräsident Miklas seiner moralischen Verantwortung bewusst war, zeigt ein handschriftliches Blatt vom 23. 5. 1933, abgedruckt bei ZAVADIL, Ausschaltung 286f., auf dem er zur drohenden Ausschaltung des VfGH notierte: „Und das soll ein Katholisches Gewissen [unterstrichen durch Miklas] aushalten?“ Dies unterstreicht zugleich die Rolle des Bundespräsidenten, welcher zwar nicht aktiv an der Aushebelung des demokratischen Rechtsstaates beteiligt war, jedoch ungeachtet dieser schweren moralischen Bedenken nicht seine verfassungsrechtlichen Kompetenzen ausschöpfte, um einen verfassungskonformen Zustand wiederherzustellen.

und somit eine rechtliche Revolution stattfand,<sup>81</sup> ist noch keinerlei moralische oder politische Wertung verbunden. Ihre Schlagkraft ergab und ergibt sich erst aus der resultierenden Legitimationsfrage, welche faktisch durch verschiedene Theorien der politischen Philosophie und der Moralphilosophie informiert werden. Dabei wirkten jedoch verschiedene Theorien für verschiedene Teile der österreichischen Bevölkerung paradigmatisch, wobei die ideologische Polarisierung jener Zeit zu beachten ist. Die Reine Rechtslehre übte vor dem Hintergrund des erkenntnistheoretischen Problems der Gerechtigkeit gegenüber all jenen Theorien bewusste Selbstbeschränkung. Dies kann nicht minder für jede heutige wissenschaftliche Theorie der Rechtsnormen gelten,<sup>82</sup> nicht aber für die Rechtsphilosophie oder eine demokratische Staatslehre.

## V. Conclusio

Die aufgezeigte Achillesferse der Verfassungsgerichtsbarkeit bleibt ungeachtet der Beseitigung des KwEG aus dem Rechtsbestand<sup>83</sup> an offene rechtstheoretische Fragen geknüpft. Dass eine vergleichbare Konstellation im österreichischen Verfassungsgefüge nur in Ausnahmesituationen denkbar ist, kann angesichts der gerade im Notstand entscheidenden Bedeutung richterlicher Rechtsnormvernichtung aus verfassungspolitischer Perspektive nicht beruhigen. Ob ein

<sup>81</sup> Zur Frage, ob eine solche vorlag und wann diese gegebenenfalls zu datieren wäre, näher WIEDERIN, Münchenhausen 885–887.

<sup>82</sup> Aber: Sollen Phänomene wie die „Ausschaltung“ des VfGH durch die Staatsrechtslehre über die reine Normenlogik hinaus wissenschaftlich erfasst werden, bleiben die genannten Theorien dennoch unerlässlich: als Gegenstand überprüfbarer Analyse, nicht jedoch als normative Prämissen. Die scharfe Trennung zwischen wissenschaftlicher Erkenntnissuche und Rechtspolitik bleibt so gewahrt.

<sup>83</sup> BGBl. 143/1946.

stärker von demokratischen Wertungen durchdrungenes Staatsrechtsdenken 1933 die Verfassungsgerichtsbarkeit vor Notverordnungen immunisiert und diese in weiterer Folge aus dem Rechtsbestand beseitigt hätte, bleibt zwangsläufig spekulativ. Die fast parallelen Ereignisse im Deutschen Reich sind ernüchternd: Dort lag mit der Weimarer Reichsverfassung<sup>84</sup> unter dem starken Einfluss von Hugo Preuß<sup>85</sup> nicht nur ein sehr verschiedener normativer Kontext vor. Der Weimarer Methodenstreit hatte zudem zu einem größeren Spektrum verbreiteter methodischer Ansätze geführt.<sup>86</sup> Was fehlte war eine konzentrierte Verfassungsgerichtsbarkeit, welche dem in Art. 48 Abs. 2 WRV<sup>87</sup> begründeten Notverordnungsrecht<sup>88</sup> Einhaltung bieten können.<sup>89</sup> Doch auch dort war ein Kontext beachtlich, welcher den Missbrauch des KwEG 1933 vom Missbrauch des Notverordnungsrechts in der Monarchie grundlegend unterscheidet: Die im Verfassungsrecht positivierte politische Philosophie war nicht mehr paradigmatisch, während zugleich ein offener Rechtsbruch nicht als legitim empfunden wurde.<sup>90</sup> Dies erklärt den Angriff auf die Verfassungsgerichtsbarkeit als Achillesferse der Hierarchie der Rechtsnormen nach derogatorischer Kraft. Die Ironie, dass gerade Robert Hecht die

<sup>84</sup> dRGBl. 152/1919, 1383ff.

<sup>85</sup> Dazu näher STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts 3, 80ff.

<sup>86</sup> Ebd. 153ff.

<sup>87</sup> Vgl. dRGBl. 152/1919, 1392.

<sup>88</sup> Dazu näher die Beiträge von Christoph Gusy und Thomas Simon in diesem Heft.

<sup>89</sup> Beachte jedoch die Rolle der Staatsgerichtsbarkeit im Prozess „Preußen contra Reich“, dazu näher und im rechtshistorischen Kontext STOLLEIS, Geschichte des öffentlichen Rechts 3, 121f.

<sup>90</sup> Bezeichnend für das komplexe Verhältnis der Bundesregierung zum positiven Recht und der Rechtswissenschaft ist der Umstand, dass mit Merkl einem Kritiker des Regierungskurses wohl auf Grund von dessen Qualifikationen die Berufung in den Verfassungssenat des BGH angeboten wurde. Vgl. ZAVADIL, Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofs 66.

Beseitigung dieser Schwachstelle durch Art. 148 Abs. 2 2. Satz<sup>91</sup> der Verfassung 1934 anregte,<sup>92</sup> entging auch diesem selbst nicht. Handschriftlich kommentierte er: „Pikanterie, diese Bestimmung von mir!“<sup>93</sup>

Sieht man von der diskutierten Achillesferse ab, vermochte und vermag die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit auch im Notstand eine Bereinigung des Rechts um rechtswidrige Normen zu leisten. Was das damalige wie auch das heutige Verfassungsrecht angesichts der engen Grenzen der Staatsgerichtsbarkeit jedoch nicht erlaubt, ist eine effektive richterliche Bereinigung der Staatsorgane um verfassungsfeindliche Organwalter. Jedes Verfassungsgefüge ist letztlich auf verfassungstreue Organwalter angewiesen, was die Verfassungsgerichtsbarkeit besonders trifft. Für die richterliche Rechtsnormvernichtung gilt letztlich nichts anderes als für das System rechtlicher Autopoiesis überhaupt: Sie drückt letztlich keinen „juristische[n] Wunderglaube[n]“ aus, „der an die Stelle des rechtsproduktiv tätigen Menschen etwa einen rechtlichen deus ex machina setzt.“<sup>94</sup> Selbst ein handlungs-

<sup>91</sup> „Weiters dürfen diese Verordnungen weder [...] noch Bestimmungen enthalten, die den Bestand des Bundesgerichtshofes und dessen Zuständigkeit zur Prüfung von Gesetzen und Verordnungen berühren oder ihn in dieser Prüfung behindern, noch Verfügungen treffen, die die Abänderung gerichtlicher Erkenntnisse zum Gegenstande haben.“ BGBl. II 1/1934. MERKL, Neues Verfassungsrecht 315 bezeichnete dies als „besonders bemerkenswerte, an der jüngsten Erfahrung orientierte Schrankenziehung“ deren praktischer Erfolg sich jedoch nur im Falle absoluter Nichtigkeit derartiger Verordnungen einstellen würde. Zweifelnd an der Effektivität dieser Bestimmung auch VAŠEK, Gesetzesprüfungskompetenz 221.

<sup>92</sup> Dazu näher ZAVADIL, Ausschaltung 231, 234f., wobei der Vorschlag des verfassungsgesetzlichen Rangs der das Verfassungsgericht betreffenden Bestimmungen hervorzuheben ist.

<sup>93</sup> ZAVADIL, Ausschaltung 83.

<sup>94</sup> MERKL, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus 281.

fähiger VfGH kann zwar als negativer Gesetz- und Ordnungsgeber agieren, doch für sich noch keine verfassungskonforme Rechtswirklichkeit sichern. Eine berühmte Aussage, die Präsident Jackson von 1832 zu einem Urteil des US Supreme Court<sup>95</sup> zugeschrieben wird, verdeutlicht dies: „John Marshall [der damalige Chief Justice] has made his decision: now let him enforce it.“<sup>96</sup> Ein demokratischer Rechtsstaat bedarf in letzter Konsequenz rechtsstaatlich denkender Demokraten, welche auch die beste Verfassung<sup>97</sup> oder Staatsrechtslehre<sup>98</sup> nicht ersetzen kann.

## Korrespondenz:

Dr. Stephan G. HINGHOFER-SZALKAY  
Universität Graz  
Fachbereich Rechtswissenschaften  
Institut für rechtswissenschaftl. Grundlagen  
Universitätsstraße 15 Bauteil A1  
8010 Graz  
ORCID-Nr. 0000-0001-6435-8237

## Abkürzungen:

Siehe das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
[<http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf>]

---

<sup>95</sup> United States Supreme Court, *Worcester v. Georgia*, 31 U.S. 515 (1832), ein Urteil welches die Rechte der Cherokee Nation vor dem unmittelbaren Zugriff Georgias und anderer Staaten geschützt hätte.

<sup>96</sup> Ob er diese Aussage wirklich traf, ist zweifelhaft, sie beschreibt jedoch treffend Jacksons mangelnde Schritte zur Umsetzung des Urteils. CAVE, *Abuse of Power* 1349f.

<sup>97</sup> Ernüchternd ist der Hinweis bei MERKL, *Neues Verfassungsrecht* 315, zu Art. 148 Abs. 2 der Verfassung 1934 vor dem Hintergrund der Erfahrung der Ausschaltung des VfGH, wonach „[e]ine Gewähr, dass ein unabhängiges Gericht seine rechtstaatlich wichtigste Funktion der Verfassungsgarantie tatsächlich ausüben kann [...] niemals die Rechtsordnung, sondern höchstens die Politik bieten“ könne.

<sup>98</sup> Beachtlich ist jedoch, dass sich die rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultäten der Universitäten Wien, Graz und Innsbruck in einer gemeinsamen Resolution als „Wortführer“ der „im Innersten rechtsstaatlich fühlende[n] Volkskreise“ bezeichneten. Diese gipfelte in einem Appell an den Bundespräsidenten, „seine verfassungsmäßige Autorität geltend zu machen, damit auf einem Wege innegehalten wird, der zur Zerstörung unserer wertvollsten Verfassungsgüter und zur Vernichtung des Rechtsstaates führen muss.“ Abgedruckt bei ZAVADIL, *Ausschaltung* 303f.

**Literatur:**

- Edmund BERNATZIK, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien (Wien 1886).
- Hermann BISCHOF, Das Nothrecht der Staatsgewalt in Gesetzgebung und Regierung (Gießen 1860).
- Alfred A. CAVE, Abuse of Power: Andrew Jackson and the Indian Removal Act of 1830, in: *The Historian* 65 (2003) 1330–1353.
- Diskussion zu den Vorträgen von Univ.-Prof. DDR. Robert Walter, Sektionsleiter Univ.-Doz. Dr. Clemens Jabloner, Priv.-Doz. Dr. Horst Dreier, in: Robert WALTER (Hgg.), Adolf J. Merkl. Werk und Wirksamkeit. Ergebnisse eines Internationalen Symposiums in Wien (22. – 23. März 1990) (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 14, Wien 1990) 89–92.
- Horst DREIER, Zerrbild Rechtspositivismus, in: Clemens JABLONER, Gabriele KUCSKO-STADLMAYER, Gerhard MUZAK, Bettina PERTHOLD-STOITZNER, Karl STÖGER (Hgg.), Vom praktischen Wert der Methode (Wien 2011) 61–91.
- Christoph GRABENWARTER, Der österreichische Verfassungsgerichtshof, in: Armin BOGDANDY, Christoph GRABENWARTER, Peter HUBER (Hgg.), Handbuch *Ius Publicum Europaeum*, Bd. VI: Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen (Heidelberg 2016) 413–470.
- Georg GRAF, Reine Rechtslehre und schmutzige Verfassungstricks. Rechtstheoretische Überlegungen zu einigen Verordnungen des Jahres 1933, in: Kurt Rudolf FISCHER, Franz Martin WIMMER (Hgg.), Der geistige Anschluß. Philosophie und Politik an der Universität Wien 1930–1950 (Wien 1993) 59–68.
- Herbert HALLER, Die Prüfung von Gesetzen. Ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle (= Forschungen aus Staat und Recht 47, Wien–New York 1979).
- Gernot HASIBA, Das Notverordnungsrecht in Österreich (1848–1917). Notwendigkeit und Mißbrauch eines „Staatserhaltenden Instrumentes“ (= Studien zur Geschichte der Österreichisch-Ungarischen Monarchie 22, Wien 1985).
- Kurt HELLER, Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart (Wien 2010).
- Peter HUEMER, Sektionschef Robert Hecht und die Zerstörung der Demokratie in Österreich. Eine historisch-politische Studie (Wien 1975).
- Clemens JABLONER, Im Dienste der Bundesverfassung: Georg Froehlich, in: Thomas OLECHOWSKI, Klaus ZELENY (Hgg.), Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts 35, Wien 2013) 391–412.
- Gustav Eduard KAFKA, Der gesetzgebende Richteranspruch. Grundprobleme der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle in Österreich (Graz 1967).
- Hans KELSEN, Österreichisches Staatsrecht (Tübingen 1923).
- DERS., Allgemeine Staatslehre (Berlin–Heidelberg–New York 1925).
- DERS., Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (Tübingen 1928).
- DERS., Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: Heinrich TRIEPEL, DERS., Ernst von HIPPEL (Hgg.), Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit. Überprüfung von Verwaltungsakten durch die ordentlichen Gerichte, (= Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 5, Berlin–Leipzig 1929) 30–84.
- DERS., Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Leipzig–Wien 1934).
- DERS., Was ist Gerechtigkeit? (Wien 1953).
- DERS., Reine Rechtslehre (Wien 1960).
- DERS., Was ist Reine Rechtslehre?, in: Hans Richard KLECATSKY, René MARCIC, Herbert SCHAMBECK (Hgg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Bd. 1 (Wien 2010) 499–514.
- DERS., Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, in: Hans Richard KLECATSKY, René MARCIC, Herbert SCHAMBECK (Hgg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Bd. 2 (Wien 2010) 1533–1573.
- René MARCIC, Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre (Wien 1966).
- Adolf Julius MERKL, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Alfred VERDROSS (Hg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet (Wien 1931) 252–294.
- DERS., Das neue Verfassungsrecht, in: Juristische Blätter 63 (1934) 309–315.
- DERS., Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, in: DERS., Gesammelte Schriften, Bd. II/1: Verfassungsrecht, Völkerrecht, hg. v. Dorothea MAYER-MALY, Herbert SCHAMBECK, Wolf-Dietrich GRUSSMANN (Berlin 1999) 393–438.
- DERS., Der „entpolitisierte“ Verfassungsgerichtshof, in: DERS., Gesammelte Schriften, Bd. II/2: Verfassungsrecht, Völkerrecht, hg. v. Dorothea MAYER-

- MALY, Herbert SCHAMBECK, Wolf-Dietrich GRUSSMANN (Berlin 2002) 21–27.
- DERS., Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: DERS., *Gesammelte Schriften*, Bd. II/2: Verfassungsrecht, Völkerrecht, hg. v. Dorothea MAYER-MALY, Herbert SCHAMBECK, Wolf-Dietrich GRUSSMANN (Berlin 2002) 219–231.
- DERS., Das doppelte Rechtsantlitz, in: Hans Richard KLECATSKY, René MARCIC, Herbert SCHAMBECK (Hgg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule*, Bd. 1 (Wien 2010) 893–911.
- Karl von ROTTECK, Carl WELCKER (Hgg.), *Das Staats-Lexikon. Encyclopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, Bd. 1 (Altona 1834), Bd. 2 (Altona 1835), Bd. 3 (Altona 1836), Bd. 4 (Altona 1837), Bd. 5 (Altona 1837), Bd. 6 (Altona 1838), Bd. 7 (Altona 1838), Bd. 8 (Altona 1839), Bd. 9 (1840), Bd. 10 (Altona 1840), Bd. 11 (Altona 1841), Bd. 12 (Altona 1841), Bd. 13 (Altona 1842), Bd. 14 (Altona 1843), Bd. 15 (Altona 1843).
- Ulrich SCHEUNER, Die Reform der österreichischen Bundesverfassung von 1929, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2 (1931) 226–251.
- Carl SCHMITT, Der Führer schützt das Recht, in: *Deutsche Juristen-Zeitung* 39 (1934) 945–950.
- Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3: Staats- und Verwaltungswissenschaft in Republik und Diktatur 1914–1945 (München 1999).
- Markus VAŠEK, Die Gesetzesprüfungskompetenz des VfGH und ihr rechtlicher Schutz, in: *Juristische Blätter* 4 (2015) 213–224.
- Robert WALTER, Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes im Jahre 1933, in: *Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich* (Hg.), *Verfassungstag 1997* (Wien 1998) 17–34.
- Ewald WIEDERIN, Denken vom Recht her. Über den *modus austriacus* in der Staatsrechtslehre, in: Helmut SCHULZE-FIELITZ (Hg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, in: *Die Verwaltung*, Beiheft 7 (2007) 293–317.
- DERS., Münchenhausen in der Praxis des Staatsrechts, in: Clemens JABLONER u.a. (Hgg.), *Gedenkschrift Robert Walter* (Wien 2013) 865–888.
- DERS., Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsgericht, in: Thomas SIMON, Johannes KALWODA (Hgg.), *Schutz der Verfassung. Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 12. bis 14. März 2012* (= Beihefte zu „Der Staat“ 22, Berlin 2014) 283–315.
- Thomas ZAVADIL, *Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofs 1933* (phil. Diss., Univ. Wien 1997).