

Christoph SCHMETTERER, Halle a.d. Saale

## Reichsgesetz und Landesgesetz Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der altösterreichischen Kompetenzverteilung

### *Imperial Law and State Law*

#### *The Old Austrian Distribution of Competences and its Academic Treatment*

*Until 1918, the distribution of competences in the Western part of the Habsburg Empire (Cisleithania, Austria) was based on constitutional acts from 1861 and 1867. The distribution of competences in the 'February patent' of 1861 was clear-cut (at least in theory), but there was no procedure to change it. Nevertheless, it was changed when the December Constitution was enacted in 1867.*

*In practice, there were two – closely linked – problems with the distribution of competences. On the one hand, it was not always clear whether the central parliament ('Reichsrat') or the diets ('Landtage') were competent. On the other hand, there was no instance to decide such questions of uncertain competences.*

*Georg Jellinek and Hans Kelsen published detailed studies on these problems. Jellinek suggested establishing a constitutional court to decide uncertain competences. Kelsen analyzed the situation in greater detail than any other author, but made no suggestions as to how to solve the problems. His analysis was, however, important for the development of his pure theory of law and for his work on the federal constitution of 1920.*

**Keywords:** *distribution of competences – Cisleithania – December Constitution – February Patent – Georg Jellinek – Hans Kelsen*

### I. Struktur und Probleme der Kompetenzverteilung

Die österreichische Reichshälfte der Doppelmonarchie wurde trotz der langen Tradition der einzelnen Kronländer von der zeitgenössischen Staatsrechtslehre als Einheitsstaat verstanden, wenn auch als dezentralisierter.<sup>1</sup> Die Dezentralisierung des Staates wurde insbesondere daran deutlich, dass die Gesetzgebung in Reichs- und Landesgesetzen aufgeteilt war.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Z.B. ULBRICH, Lehrbuch 300f.

<sup>2</sup> Die Reichsgesetzgebung war im GG-RV (RGBl. 20/1861, 1867 novelliert durch RGBl. 141/1867) geregelt, die Landesgesetzgebung in den Landesordnungen (RGBl. 20/1861).

Die Reichs- und Landesverfassungen enthielten zwar eine Kompetenzverteilung zwischen Reichs- und Landesgesetzen; das Verhältnis der verschiedenen Arten von Gesetzen zueinander war verfassungsrechtlich hingegen nicht ausdrücklich geregelt. Daraus leitete die ganz unbestrittene Lehre ab, dass Reichs- und Landesgesetze gleichrangig waren.<sup>3</sup> Diese Gleichrangigkeit führte paradoxerweise dazu, dass Landesgesetze im dezentralen Einheitsstaat Österreich „stärker“ waren, als typischerweise in Bundesstaaten.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 65–68.

<sup>4</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 32.

Der Grund für die Gleichrangigkeit lag also zunächst schlichtweg darin, dass es keine andere positiv-rechtliche Regelung gab. Die Gleichrangigkeit passte aber auch gut zur damals herrschenden Lehre von der konstitutionellen Gesetzgebung, die der deutsche Staatsrechtler Paul Laband ausformuliert hatte.

Nach Labands Lehre war nämlich auch in der konstitutionellen Monarchie der Monarch der alleinige Gesetzgeber, auch wenn er anders als in der absoluten Monarchie ohne Parlament keine Gesetze erlassen konnte. Laband unterschied in der konstitutionellen Gesetzgebung strikt zwischen der Bestimmung des Gesetzesinhalts einerseits und der Zuerkennung der Verbindlichkeit dieses Inhalts andererseits. Ersteres, und nur ersteres war nach Labands Auffassung in konstitutionellen Monarchien Aufgabe des Parlaments. Zweiteres – in Labands Terminologie der Gesetzesbefehl – war hingegen weiterhin ausschließlich Sache des Monarchen.<sup>5</sup>

Diese Lehre vom Monarchen als alleinigem Gesetzgeber in der konstitutionellen Monarchie war auch in Österreich bis zum Ende der Monarchie herrschend.<sup>6</sup> Dem entsprach die Promulgationsformel, in der der Kaiser erklärte: „Mit Zustimmung beider Häuser des Reichsrates finde ich anzuordnen wie folgt:“ bzw. „Über Antrag des Landtages [...] finde ich anzuordnen, wie folgt: [...]“

Ab 1861 erließ der Kaiser auch die Landesgesetze als Kaiser und nicht etwa niederösterreichische Landesgesetze als Erzherzog von Österreich oder Tiroler Landesgesetze als gefürsteter Graf von Tirol.<sup>7</sup> Der Gesetzgeber war aus der

Perspektive der zeitgenössischen Lehre also bei Reichs- und Landesgesetzen derselbe, nämlich der Kaiser. Er war nur bei Reichs- und Landesgesetzen an Vorschläge anderer Parlamente gebunden – an die des Reichsrats bei Reichsgesetzen<sup>8</sup> und an die des jeweiligen Landtags bei Landesgesetzen.<sup>9</sup>

Die Auffassung vom Kaiser als alleinigem Gesetzgeber war für die zeitgenössische Lehre ein Grund mehr für die Gleichrangigkeit von Reichs- und Landesgesetzen. Schließlich waren beide Ausdruck desselben und unteilbaren kaiserlichen Willens.<sup>10</sup>

Aus der Gleichrangigkeit von Reichs- und Landesgesetzen ergab sich nun, dass Reichsgesetze ihnen widersprechenden Landesgesetzen nicht wegen ihrer Qualität als zentralstaatliche Gesetze derogieren oder sie verdrängen konnten – wie es für Bundesstaaten typisch ist. Genauso wenig konnten Landesgesetze wegen ihrer Qualität als Gesetze einzelner Kronländer Reichsgesetzen derogieren oder sie suspendieren.<sup>11</sup>

Daher stellte sich die Frage, wie mit Reichsgesetzen, die Landesgesetzen widersprachen oder dem umgekehrten Fall umzugehen war. Die altösterreichische Lehre und Praxis wendeten auf diese Konstellation praktisch einhellig die Regel *lex posterior derogat legi priori* an.<sup>12</sup>

Gerade wegen der Eigenheiten der altösterreichischen Kompetenzverteilung waren derartige Konflikte möglich, ja sogar wahrscheinlich. Die altösterreichische Kompetenzverteilung war in mehrfacher Hinsicht problematisch. Zunächst bestand sie aus zwei unterschiedlichen historischen Rechtsschichten, die nur unzureichend aufeinander abgestimmt waren, nämlich einerseits den Regelun-

<sup>5</sup> LABAND, Staatsrecht 490–492.

<sup>6</sup> SCHMETTERER, Kaiser als Gesetzgeber 388 m.w.N.; erst in den letzten Jahren der Monarchie wurde diese Lehre vereinzelt angezweifelt: LUKAS, Stellung des Parlaments 111–225; KELSEN, Hauptprobleme 413.

<sup>7</sup> Dementsprechend war auch in den Landesordnungen konsequent und ausschließlich die Rede vom Kaiser.

<sup>8</sup> § 12 GG-RV 1861, § 13 GG-RV i.d.F. 1867.

<sup>9</sup> § 17 der Landesordnungen.

<sup>10</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 31.

<sup>11</sup> Zur Terminologie WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 51–55.

<sup>12</sup> WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 64 mit ausführlichen Belegen.

gen der Februarpatents 1861 und andererseits jenen der Dezemberverfassung 1867.

Im System des Februarpatents wurden die Kompetenzen der Landtage in den Landesordnungen taxativ aufgezählt,<sup>13</sup> und für alle Angelegenheiten, die keine Zuständigkeit der Landtage waren, war der Reichsrat zuständig.<sup>14</sup> Mit der Dezemberverfassung sollte dieses System „umgedreht“ werden. Nun waren die Kompetenzen im novellierten GG-RV aufgezählt, und eine Generalklausel im selben Gesetz bestimmte, dass die Landtage für alle anderen Angelegenheiten zuständig sein sollten.<sup>15</sup>

Die Landesordnungen von 1861 wurden aber nicht angepasst, sodass dort die Kompetenzen der Landtage weiterhin taxativ aufgezählt waren. Die Dezemberverfassung von 1867 enthielt also eine andere Kompetenzverteilung als die unveränderten Landesordnungen von 1861. Noch dazu waren die Kompetenzbestimmungen der Dezemberverfassung auch für sich genommen keineswegs eindeutig. § 11 GG-RV i.d.F. 1867 lautete: „Der Wirkungskreis des Reichsrathes umfaßt alle Angelegenheiten, welche sich auf Rechte, Pflichten und Interessen beziehen, die allen im Reichsrathe vertretenen Königreichen und Ländern gemeinschaftlich sind, in soferne dieselben nicht in Folge der Vereinbarung mit den Ländern der ungarischen Krone zwischen diesen und den übrigen Ländern der Monarchie gemeinsam zu behandeln sein werden. Es gehören daher zum Wirkungskreise des Reichsrathes: [Aufzählung]“

Der erste Satz implizierte ein abstraktes, wenn auch sehr schwammiges Kriterium für die Zuständigkeit des Reichsrats, nämlich die gemeinsamen Rechte, Pflichten und Interessen aller cisleithanischen Länder. Dann folgte eine Auflistung konkreter Zuständigkeiten des Reichsrats.

<sup>13</sup> § 18 der Landesordnungen.

<sup>14</sup> § 1 Abs. 2 GG-RV 1861.

<sup>15</sup> §§ 11, 12 GG-RV i.d.F. 1867; zur Gesetzgebungsgeschichte: PAAR, Gesetzgebung 57–77, 122–127.

Durch das Wort „daher“ wurde deutlich gemacht, dass diese Aufzählung die konkrete Umsetzung des abstrakten Kriteriums des Einleitungssatzes sein sollte.

Unklar blieb aber, ob diese Aufzählung taxativ oder demonstrativ sein sollte. Anders gesagt: In wessen Zuständigkeit sollten Angelegenheiten fallen, die sich auf Rechte, Pflichten und Interessen aller Länder bezogen, aber nicht in der konkreten Aufzählung genannt waren. Die Aufzählung des § 11 wurde in § 12 durch folgende Generalklausel zugunsten der Landtage ergänzt: „Alle übrigen Gegenstände der Gesetzgebung, welche in diesem Gesetze dem Reichsrathe nicht ausdrücklich vorbehalten sind, gehören in den Wirkungskreis der Landtage der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder und werden in und mit diesen Landtagen verfassungsmäßig erledigt.“

Allerdings wurde auch durch diese Generalklausel nicht geklärt, ob die Aufzählung des § 11 taxativ oder demonstrativ war. Es war nämlich unklar, worauf sich die Wendung „alle übrigen Gegenstände“ bezog. Sie konnte sich auf den Einleitungssatz des § 11 beziehen und damit alles ausschließen, was sich auf Rechte, Pflichten und Interessen aller Kronländer bezog. Dann wäre die Aufzählung des § 11 demonstrativ gewesen. Die Wendung konnte sich aber auch auf die konkrete Aufzählung des § 11 beziehen, die dann taxativ gewesen wäre. Dass § 12 unmittelbar auf die Aufzählung des § 11 folgte, mochte in diese Richtung deuten, aber der Einleitungssatz des § 11 wäre dann nur eine entbehrliche Erläuterung ohne normativen Inhalt gewesen.

In der Monarchie wurde die Aufzählung des § 11 wohl eher als taxativ verstanden. Das Problem war aber, dass es Bereiche gab, deren Regelung durch Reichsgesetz zwar für nötig und sinnvoll gehalten wurde, die aber schlichtweg nicht in der Aufzählung des § 11 enthalten waren. Hier behalf man sich mit einer extensiven Auslegung der einzelnen Unterpunkte des § 11

oder griff doch auf den Einleitungssatz dieser Bestimmung zurück.<sup>16</sup>

Unabhängig vom Charakter der Aufzählung des § 11 GG-RV i.d.F. 1867 gab es zahlreiche Bereiche, in denen eine genaue Kompetenzgrenze zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung kaum gezogen werden konnte. § 11 lit. k besagte etwa, dass „die Zivilrechtsgesetzgebung“ Sache des Reichsrats war, allerdings „mit Ausschluss der Gesetzgebung über [...] solche Gegenstände, welche auf Grund der Landesordnungen [...] in den Wirkungskreis der Landtage gehören.“

Die Landtage waren unter anderem für die Landeskultur zuständig. Jellinek wies darauf hin, dass es daher viele Bereiche gab, für die die Kompetenz von Reichsrat und Landtagen in Anspruch genommen werden konnte; vom Reichsrat, weil er grundsätzlich für das Zivilrecht zuständig war, von den Landtagen, weil ein Bezug zur Landeskultur bestand. Als Beispiele nannte Jellinek Liegenschaftspfand- und Erbrecht.<sup>17</sup> Konkurrierende Kompetenzen waren in der altösterreichischen Verfassung aber nicht vorgesehen.<sup>18</sup>

Besonders unklar war die Kompetenzverteilung auch in Bezug auf Gemeindeangelegenheiten. Seit 1867 waren sie Landessache.<sup>19</sup> Das umfasste

<sup>16</sup> TEZNER, Volksvertretung 245–248 nennt als Beispiel das Gesetz über Eisenbahnbücher (RGBl. 70/1874), das seiner Meinung nach von der Aufzählung des § 11 nicht erfasst war und daher nur aufgrund des Einleitungssatzes Reichssache sein konnte.

<sup>17</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 39–41; dazu auch: PERNTHALER, Zivilrechtswesen 54–59.

<sup>18</sup> Auch die lex Starczyński von 1907 war in der Monarchie keine Ausnahme von diesem Grundsatz; siehe dazu WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 136–140.

<sup>19</sup> Im System des Februarpatents war die Grundsatzgesetzgebung in Gemeindeangelegenheiten noch Reichskompetenz gewesen, und nur die Ausführungsgesetzgebung Landessache (§ 18 Abs. II Z. 1 der Landesordnungen); auf dieser Basis wurde 1862 das Reichsgemeindengesetz erlassen (RGBl. 18/1862); 1867 wurde aber die Kompetenz zur Regelung von Gemeindeangelegenheiten ganz auf die Landesgesetz-

auch das Armenwesen, während das Heimatrecht Reichssache war. Wegen der für die Monarchie so typischen Verknüpfung des Armenwesens mit dem Heimatrecht war es hier kaum möglich, die Zuständigkeit des Reichsrats klar von jener der Landtage zu trennen.<sup>20</sup> Besondere Probleme bereiteten auch jene Bereiche, in denen die materielle Regelung den Landtagen übertragen war, die Finanzierung aber vom Reichsrat geregelt werden sollte – so z.B. das nicht universitäre Hochschulwesen.<sup>21</sup>

Es gibt wohl keine Kompetenzverteilung ohne solche Bereiche, in denen die genaue Abgrenzung der Zuständigkeiten schwierig ist. In der altösterreichischen Kompetenzverteilung waren die unklaren und ungeschickten Regelungen allerdings besonders zahlreich, und durch zwei strukturelle Eigenheiten der Dezemberverfassung waren sie auch besonders problematisch. Diese beiden Eigenheiten waren einerseits die Gleichrangigkeit von Reichs- und Landesgesetzen und andererseits das Fehlen einer Kontrollinstanz.

Das Februarpatent hatte noch eine Instanz zur Entscheidung von Kompetenzstreitigkeiten vorgesehen. § 11 letzter Absatz des GG-RV lautete in der Stammfassung nämlich: „Bei vorkommenden Zweifeln rücksichtlich der Kompetenz des engeren Reichsrathes in gemeinsamen Gesetzgebungsangelegenheiten gegenüber der Kompetenz eines einzelnen, im engeren Reichsrathe vertretenen Landtages, entscheidet auf Antrag des engeren Reichsrathes der Kaiser.“

Diese Bestimmung wurde bei der Novellierung des GG-RV aber ersatzlos gestrichen.<sup>22</sup> Nunmehr konnte nicht einmal der Kaiser Kompetenzstreitigkeiten zwischen Reichsrat und Landtagen entscheiden – zumindest nicht explizit. Implizit

gebung übertragen, weil sie in § 11 GG-RV i.d.F. 1867 nicht mehr genannt war.

<sup>20</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 41–43.

<sup>21</sup> Ebd. 43f.

<sup>22</sup> SCHMETTERER, Kompetenzverteilung 202.

konnte er Fragen der Kompetenz bei seiner Entscheidung über die Sanktion weiterhin berücksichtigen und die Sanktion von Gesetzen ablehnen, die seiner Meinung nach der Kompetenzverteilung widersprachen. Freilich war der Kaiser – schon allein wegen seiner Unverantwortlichkeit – nicht verpflichtet, kompetenzwidrigen Gesetzen die Sanktion zu verweigern.<sup>23</sup>

Sobald ein Gesetz aber sanktioniert und publiziert war, bestand überhaupt keine Möglichkeit mehr, eine allfällige Kompetenzwidrigkeit aufzugreifen. Art. 7 1. Satz StGG-RG bestimmte nämlich: „Die Prüfung der Giltigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu.“ Das bedeutete, dass die Kompetenzverteilung im Ergebnis durch kompetenzwidrige Gesetze verschoben werden konnte. Das allein war noch kein Spezifikum der altösterreichischen Kompetenzverteilung, sondern gilt für alle Verfassungsordnungen ohne entsprechende Kontrollinstanz. Die fehlende Kontrollinstanz in Kombination mit der Gleichrangigkeit von Reichs- und Landesgesetzen führte in Cisleithanien aber zu einer besonders unübersichtlichen Situation.

Diese Gleichrangigkeit führte in Verbindung mit der lex posterior-Regel nämlich dazu, dass die Kompetenzgrenzen sowohl durch (einfache) Reichs- als auch durch (einfache) Landesgesetze verschoben werden konnten. Das bedeutete, dass kompetenzrechtliche „Ping-Pong“-Situationen zwischen Reichsrat und einem Landtag entstehen konnten. Vor allem aber bedeutete es, dass es keine einheitliche Zuständigkeitsgrenze zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung gab. Vielmehr konnte es von Kronland zu Kronland unterschiedlich sein, ob eine bestimmte Angelegenheit durch Reichs- oder Landesgesetz geregelt war.

Wenn die Reichsgesetzgebung eine Zuständigkeit in Anspruch nahm, die nach der Verfassung den Landtagen zustand, führte das wenigstens zu einer einheitlichen Verschiebung der Zuständigkeit in ganz Cisleithanien. Wenn aber ein Landesgesetz eines einzelnen Kronlandes einen Gegenstand regelte, für den der Landtag nicht zuständig war, verschob das die Zuständigkeitsgrenze nur in diesem Land.

Die Kompetenzverteilung der Dezemberverfassung war also legislativ unzureichend und führte zu einer unübersichtlichen Zuständigkeitssituation. Das galt im Übrigen nicht nur für die Kompetenzverteilung innerhalb Cisleithaniens, sondern auch für die Zuständigkeit zur Gesetzgebung in den gemeinsamen Angelegenheiten Österreich-Ungarns. Auch hier wurden in der Dezemberverfassung Regelungen getroffen, die auf korrespondierende Regelungen – hier des ungarischen Ausgleichsgesetzes – keine Rücksicht nahmen.<sup>24</sup>

Edmund Bernatziks bitteres Bonmot, er unterrichte nicht österreichisches Verfassungsrecht, sondern die Lücken des österreichischen Verfassungsrechts,<sup>25</sup> galt für die Kompetenzverteilung also ganz besonders. Gerade die Probleme der altösterreichischen Kompetenzverteilung stimulierten aber auch die österreichische Staatsrechtswissenschaft, und deren Überlegungen zu diesem Thema waren für die weitere Entwicklung sowohl des positiven Rechts als auch der Rechtstheorie sehr wichtig.

Im Folgenden werden die beiden bedeutendsten wissenschaftlichen Auseinandersetzungen mit der altösterreichischen Kompetenzverteilung untersucht, die noch dazu von den beiden bedeutendsten österreichischen Staatsrechtlern des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts stammen. „Ein Verfassungsgerichtshof für Öster-

<sup>23</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 19; KELSEN, Reichs- und Landesgesetz 246; WEYR, Rahmengesetze 36–43.

<sup>24</sup> BERNATZIK, Verfassungsgesetze 408f.

<sup>25</sup> KELSEN, Autobiographie 37.

reich“ von Georg Jellinek und „Reichsgesetz und Landesgesetz“ von Hans Kelsen.<sup>26</sup>

## II. Georg Jellinek

1885 veröffentlichte Georg Jellinek eine 70-seitige Schrift mit dem Titel „Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich“.<sup>27</sup> Darin konstatierte er zunächst, dass die konstitutionellen Verfassungen seiner Zeit Vorkehrungen gegen Verletzungen der Verfassung durch die Verwaltung enthielten. Dann warf Jellinek die Frage auf, ob auch Parlamente gegen die Verfassung verstoßen konnten. Er bejahte sie und erklärte dann, dass es in Österreich vor dem Hintergrund des besonders unruhigen parlamentarischen Lebens noch wichtiger als in anderen Staaten sei, institutionellen Schutz vor dem parlamentarischen Unrecht zu schaffen.<sup>28</sup>

In weiterer Folge führte Jellinek aus, dass die Parlamente in der österreichischen Verfassung auch bestimmte richterliche Funktionen übernahmen, nämlich die Entscheidung über die Gültigkeit von Wahlen und über Kompetenzkonflikte – einerseits zwischen Verfassungs- und einfacher Gesetzgebung und andererseits zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung.<sup>29</sup>

Mit der Forderung, die Wahlprüfung einem Gericht zu übertragen, nahm Jellinek zwar eine spätere Zuständigkeit des VfGH vorweg; für das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzen war

diese Forderung aber irrelevant, weshalb sie im Folgenden außer Betracht bleibt.<sup>30</sup>

Zur Unterscheidung von einfachen und Verfassungsgesetzen hielt Jellinek zunächst fest, dass diese Unterscheidung in allen konstitutionellen Staaten außer Großbritannien durch erhöhte Zustimmungserfordernisse für Verfassungsgesetze gemacht wurde. Gerade für die österreichischen Verhältnisse hielt er das für besonders wichtig; wegen der schroffen nationalen Gegensätze war die Zweidrittelmehrheit für Verfassungsänderungen seiner Meinung nach die wichtigste Garantie für eine gewisse Stabilität der österreichischen Verfassung.<sup>31</sup>

Dann erläuterte Jellinek, dass nach der Dezemberverfassung von den Parlamenten selbst entschieden wurde, ob ein Gesetz ein einfaches oder ein Verfassungsgesetz war. Konkret entschied das der Präsident des jeweiligen Hauses bzw. wenn dessen Entscheidung nicht akzeptiert wurde, die einfache Mehrheit.<sup>32</sup>

Somit konnte es dazu kommen, dass Gesetze, die die Verfassung änderten und daher mit qualifizierter Mehrheit hätten beschlossen werden müssen, tatsächlich nur mit einfacher Mehrheit beschlossen wurden. Das konnte dann geschehen, wenn sich die einfachen Mehrheiten beider Häuser und dessen Präsidenten einig waren, dass eine Gesetzesvorlage mit einfacher Mehrheit beschlossen werden konnte, und der Kaiser dann die Beschlüsse sanktionierte.

Die überstimmte Minderheit hatte keinerlei rechtliche Möglichkeit, gegen die Entscheidung von Präsident und Mehrheit vorzugehen – auch bei offenkundigen Eingriffen in die Verfassung. Wenn derartige Gesetzesbeschlüsse dann auch noch vom Kaiser sanktioniert und ordnungsgemäß publiziert wurden, konnte überhaupt nicht mehr überprüft werden, ob sie der Dezember-

<sup>26</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof; KELSEN, Reichs- und Landesgesetz; zu Jellinek: PAULSON, SCHULTE, Jellinek; zu Kelsen: OLECHOWSKI, Kelsen; zum Verhältnis der beiden: ebd. 101–111; DERS., Von Jellinek zu Kelsen.

<sup>27</sup> Dazu: HELLER, Verfassungsgerichtshof 127–135; KERSTEN, Mehrheit und Minderheit 224–231; NOLL, Jellinek's Forderung; STOURZH, Verfassung und Verfassungswirklichkeit; WYDUCKEL, Jellineks Beitrag.

<sup>28</sup> JELLINEK, Verfassungsgerichtshof 1–6.

<sup>29</sup> Ebd. 7–9.

<sup>30</sup> Ebd. 10–17.

<sup>31</sup> Ebd. 17f.

<sup>32</sup> Ebd. 19f.; Beispiele für Streitfälle: ebd. 20f.

verfassung entsprachen oder nicht – weil Art. 7 StGG-RiG Gesetze der richterlichen Prüfung entzogen.

Für Jellinek war dieser Zustand unbefriedigend, aber ein Gesetzesprüfungsrecht der ordentlichen Gerichte war für ihn nicht die Lösung – offenbar hatte er prinzipielle Bedenken gegen eine richterliche Prüfung bereits erlassener Gesetze. Stattdessen schlug er eine Möglichkeit vor, während des Gesetzgebungsprozesses vorab von einem Gericht prüfen zu lassen, ob bestimmte Vorlagen als einfache oder als Verfassungsgesetze beschlossen werden mussten.<sup>33</sup>

Seine Überlegungen zur Kompetenzverteilung zwischen Reichs- und Landesgesetzgebung leitete Jellinek mit der Feststellung ein, dass sie zu „den eigenthümlichsten und verwickeltsten Partien des österreichischen Staatsrechts“ gehörten.<sup>34</sup> Danach gab er einen Überblick über die Entwicklung der Kompetenzverteilung bis zur Dezemberverfassung.<sup>35</sup>

Jellinek folgte der damals herrschenden Lehre vom Kaiser als alleinigem Gesetzgeber und sah darin einen wesentlichen Grund für die Gleichrangigkeit von Reichs- und Landesgesetzen. Nach der Feststellung, dass Reichs- und Landesgesetze im Deutschen Reich von unterschiedlichen Gesetzgebern erlassen wurden (dem Bundesrat bzw. den einzelnen Bundesfürsten) hielt er fest: „Es ist immer derselbe Kaiser, der im Reiche mit Zustimmung des Reichsrathes, im Lande mit Zustimmung der Landesvertretung die Gesetze erlässt. Ueberall ist es der Eine kaiserliche Wille, der den Gesetzen die Sanction verleiht, auf dessen Befehl das Gesetz publiciert wird und somit Rechtskraft erlangt. [...] In Oesterreich steht [...] dem kaiserlichen Willen im Reiche der kaiserliche Wille im Lande gegen-

über. Ein Conflict des kaiserlichen Willens mit sich selber ist aber nicht denkbar.“<sup>36</sup>

Danach erörterte Jellinek die konkreten Probleme der österreichischen Kompetenzverteilung.<sup>37</sup> Die beste Lösung dieser Probleme wäre für Jellinek eine neue, bessere Kompetenzverteilung mit einer Generalklausel zugunsten der Reichsgesetzgebung und einem Vorrang der Reichsgesetze gewesen. Ihm war aber klar, dass das politisch nicht durchsetzbar war.<sup>38</sup>

Zur Entschärfung dieser Probleme schien ihm aber auch die Möglichkeit einer Gerichtsentscheidung schon im Gesetzgebungsverfahren geeignet. Konkret schlug er vor, dass die Regierung, eine Minderheit von Reichsratsabgeordneten und eine Minderheit von Abgeordneten eines Landtags das Kompetenzgericht anrufen können sollten. Das Kompetenzgericht sollte keine neue Institution sein.<sup>39</sup> Stattdessen empfahl Jellinek, die Kompetenzen des Reichsgerichts entsprechend zu erweitern.<sup>40</sup>

Jellineks Vorschläge waren in manchen Details unausgegoren (etwa bei der konkreten Ausgestaltung der Antragslegitimation) und wurden so auch nie umgesetzt. Sie beruhten aber auf einer fundierten Analyse der Probleme der altösterreichischen Kompetenzverteilung und hätten diese Probleme zweifelsohne deutlich entschärfen können.

Vor allem aber thematisierte Jellinek hier mögliche Kompetenzfelder eines Verfassungsgerichtshofs, die jenem der Republik 1919/20 dann tatsächlich zugeordnet wurden.<sup>41</sup> Der republikanische VfGH wurde 1920 zum Wahlgerichtshof<sup>42</sup> und kann seither auch Gesetze auf ihre Verfas-

<sup>33</sup> Ebd. 22–26.

<sup>34</sup> Ebd. 27.

<sup>35</sup> Ebd. 27–29.

<sup>36</sup> Ebd. 32.

<sup>37</sup> Ebd. 33–45.

<sup>38</sup> Ebd. 45f.

<sup>39</sup> Ebd. 48–51.

<sup>40</sup> Ebd. 54.

<sup>41</sup> HELLER, Verfassungsgerichtshof 133.

<sup>42</sup> Art. 141 B-VG; eine Vorstufe war der 1919 eingeführte Wahlgerichtshof (BGBl. 90/1919).

sungsmäßigkeit prüfen.<sup>43</sup> Damit kann der VfGH prüfen, ob bestimmte Inhalte ein Verfassungsgesetz erfordern und ob einfache Gesetze der Kompetenzverteilung entsprechen.<sup>44</sup> Diese Befugnisse des VfGH wurden allerdings nicht in das Gesetzgebungsverfahren integriert, wie von Jellinek vorgeschlagen;<sup>45</sup> vielmehr kann der VfGH als einzige Instanz das tun, was allen Gerichten der Monarchie verwehrt gewesen war: ordnungsgemäß publizierte Gesetze prüfen.

### III. Hans Kelsen

Die mit Abstand ausführlichste wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Kompetenzverteilung Cisleithaniens wurde im letzten Friedensjahr der Monarchie publiziert: Hans Kelsens Aufsatz „Reichsgesetz und Landesgesetz“.<sup>46</sup>

Zu Beginn seines Aufsatzes referierte Kelsen die wesentlichen Punkte der damals herrschenden Lehre: Gleichrangigkeit von Reichs- und Lan-

desgesetzen, Anwendung der lex posterior-Regel auf Widersprüche zwischen ihnen, und der Kaiser als alleiniger Gesetzgeber der Reichs- und der Landesgesetze.<sup>47</sup>

Die lex posterior-Regel war für ihn aber als rechtslogisches Prinzip nur innerhalb eines einheitlichen Normensystems anzuwenden. Reichs- und Landesgesetze waren seiner Meinung nach aber kein einheitliches Normensystem, weil sie von unterschiedlichen Autoritäten stammten (einmal Kaiser und Reichsrat und einmal Kaiser und Landtag) und nicht durch eine Form der Über- oder Unterordnung koordiniert waren. Daraus folgerte er, dass die lex posterior-Regel als rechtslogisches Prinzip nicht auf das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetz anwendbar war. Nur bei Normierung im positiven Recht wäre sie seiner Meinung nach anwendbar gewesen.<sup>48</sup>

In weiterer Folge warf Kelsen die Frage auf, was denn der juristische Ausgangspunkt für die Beurteilung des Verhältnisses von Reichs- und Landesgesetz sein sollte. Das war für ihn eine politische, keine juristische Frage.<sup>49</sup> Er begann seine Überlegungen dazu mit der Kompetenzverteilung des Oktoberdiploms, die hier aber außer Betracht bleibt, zumal Kelsen selbst erläuterte, dass das nachfolgende Februarpatent aus Sicht des Oktoberdiploms ungültig war, weil es nicht in der im Oktoberdiplom für die Gesetzgebung vorgesehenen Form zustande gekommen war.<sup>50</sup>

Zum Februarpatent führte er aus, dass Reichs- und Landesgesetze gleichrangig und jeweils auch höchstrangig waren; beiden Gesetzgebern kam die Kompetenz-Kompetenz für sich selbst zu. Daraus leitete Kelsen ab, dass das Februarpatent keine einheitliche Rechtsordnung und

<sup>43</sup> Art. 140 B-VG; eine Vorstufe gab es bereits in Art. 15 des Gesetzes über die Volksvertretung von 1919 (BGBl. 179/1919).

<sup>44</sup> Dass die Kompetenzwidrigkeit der Ausgangspunkt für die Prüfung der Verfassungswidrigkeit war, zeigt schon die Formulierung der Stamfassung des Art. 140 Abs. 1 B-VG: „Der Verfassungsgerichtshof erkennt über Verfassungswidrigkeit von Landesgesetzen auf Antrag der Bundesregierung, über Verfassungswidrigkeit von Bundesgesetzen auf Antrag einer Landesregierung, sofern aber ein solches Gesetz die Voraussetzung eines Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes bilden soll, von Amts wegen.“ Aus der Antragslegitimation (Bundesregierung bei Landesgesetzen, Landesregierungen bei Bundesgesetzen) ergibt sich deutlich, dass hier primär an kompetenzwidrige Gesetze gedacht war.

<sup>45</sup> 1925 erhielt der VfGH durch Art. 138 Abs. 2 B-VG auch die Möglichkeit einer präventiven Kompetenzprüfung, die allerdings eine vergleichsweise geringe Rolle spielt; dazu SONNTAG, Präventive Normenkontrolle 138–146.

<sup>46</sup> Dazu JABLONER, *Austriaca* 6–9; OLECHOWSKI, Kelsen 155–158.

<sup>47</sup> KELSEN, *Reichs- und Landesgesetz* 202–204.

<sup>48</sup> Ebd. 206–214.

<sup>49</sup> Ebd. 215–220.

<sup>50</sup> Ebd. 220–225.



damit auch kein einheitliches Staatswesen geschaffen habe, sondern zwei eigenständige.<sup>51</sup>

Zuletzt wies Kelsen noch darauf hin, dass die Kompetenzverteilung des Februarpatents unmittelbar nach dessen Erlassung als unveränderlich betrachtet wurde.<sup>52</sup> Tatsächlich wurde sie aber schon mit der Dezemberverfassung 1867 wieder geändert. Diese Änderung, eine Übertragung von Kompetenzen vom Reichsrat an die Landtage, erfolgte nur durch Reichsgesetz.

Kelsen wies darauf hin, dass diese Form der Kompetenzänderung nicht dem System des Februarpatents entsprach. Da im Februarpatent sowohl Reichs- als auch Landesgesetzgebung die Kompetenzhoheit hatten, wäre eine Übertragung von Kompetenzen nur durch paktierte Reichs- und Landesgesetze möglich gewesen. Der Reichsrat konnte zwar (mit dem Kaiser) seine eigenen Kompetenzen regeln, aber nicht jene der Landtage.<sup>53</sup>

Das führte – wie Kelsen herausarbeitete – dazu, dass für die 1867 ausgeschiedenen Reichskompetenzen überhaupt kein Vertretungskörper zuständig war. Der Reichsrat konnte sich dieser Kompetenzen zwar entledigen, er konnte sie aber nicht den Landtagen zuweisen.<sup>54</sup>

Die herrschende Lehre der Monarchie ging aber davon aus, dass die Kompetenzhoheit beim Reichsrat lag. Für Kelsen lag darin ein Widerspruch zur Gleichrangigkeit von Rechts- und Landesgesetzen. Wenn die Kompetenz der Landtage und des Reichsrats schon durch Reichsgesetz allein geändert werden konnte, waren die beiden Gesetzgebungen eben doch nicht gleichrangig; und wenn sie gleichrangig gewesen wären, hätte die Kompetenzverteilung nur durch paktierte Gesetze geändert werden können.<sup>55</sup>

<sup>51</sup> Ebd. 225–235, 390–400.

<sup>52</sup> Ebd. 235.

<sup>53</sup> Ebd. 236–242.

<sup>54</sup> Ebd. 243.

<sup>55</sup> Ebd. 401f.

Da die Kompetenzverschiebung von 1867 nicht auf eine dem Februarpatent entsprechende Weise zustande gekommen war, zog Kelsen nun die Dezemberverfassung selbst als Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion heran. Dort war die Kompetenzhoheit seiner Meinung nach faktisch dem Reichsrat zugeordnet und damit implizit der Grundsatz „Reichsrecht bricht Landesrecht“ verankert.<sup>56</sup>

Dann aber stellte Kelsen Überlegungen an, mit denen er seine bisherigen Überlegungen nicht nur in Frage stellte, sondern geradezu über den Haufen warf. Bislang war er davon ausgegangen, dass verfassungswidrige Gesetze ungültig waren. Nun aber bezog er Art. 7 StGG-RiG in seine Überlegungen mit ein. Da diese Bestimmung nicht zwischen Reichs- und Landesgesetzen differenzierte, folgerte Kelsen, dass es in der Gesetzesanwendung keinen Unterschied zwischen Reichs- und Landesgesetzen gab.<sup>57</sup>

Für die Anwendung kam es nämlich nicht darauf an, ob ein Gesetz vom Reichsrat oder einem Landtag beschlossen worden war, sondern lediglich darauf, dass es gehörig publiziert war. Nur die gehörige Publikation konnten die Gerichte überprüfen, aber nicht, ob davor die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Gesetzgebung eingehalten worden waren – darunter auch die Kompetenzverteilung. Eine Kontrolle, ob das Gesetzgebungsverfahren bis zur Publikation verfassungskonform gewesen war, war nicht möglich; und da die Gesetze vom unverantwortlichen Kaiser publiziert wurden, konnte auch das Publikationsorgan nicht zur Verantwortung gezogen werden, wenn es Gesetze publizierte, die nicht verfassungsmäßig zustande gekommen waren.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Ebd. 401, 413–418.

<sup>57</sup> Ebd. 418–425.

<sup>58</sup> Kelsen (ebd. 426–435) prüfte auch, ob eine Ministeranklage vor dem StGH gegen Minister möglich war, die dem Kaiser ein verfassungswidriges Gesetz zur Publikation empfohlen hatten, und verneinte das. JEL-

Alles, was vom Kaiser als Gesetz publiziert wurde, war somit unhinterfragt als Gesetz anzuwenden. Kelsen bezeichnete das als Absolutismus in der Gesetzgebung (weil die konstitutionelle Gesetzgebung juristisch nicht durchgesetzt werden konnte) und zog daraus schwerwiegende Schlüsse.<sup>59</sup>

Wenn man nur von der Gesetzespublikation ausging und das sonstige Gesetzgebungsverfahren außer Acht ließ, gab es tatsächlich nur eine einheitliche normsetzende Autorität, nämlich den Kaiser. Aus dieser Perspektive gab es dann doch ein einheitliches Normensystem, und auf Widersprüche in diesem einheitlichen Normensystem konnte auch die *lex-posterior*-Regel angewendet werden.<sup>60</sup>

Kelsens langer Aufsatz ist in mehrfacher Hinsicht bemerkenswert. Am auffälligsten ist, dass er die herrschende Lehre zunächst in zwei Punkten (Kaiser als alleiniger Gesetzgeber, *lex posterior*-Regel im Verhältnis Reichs- und Landesgesetz) heftig kritisierte, um sie letztendlich aus anderer Perspektive doch zu bestätigen. Das reine Ergeb-

nis ist also unspektakulär, für sich genommen vielleicht sogar enttäuschend.

Außerdem fällt auf, dass Kelsen zwar das Verhältnis von Reichs- und Landesgesetzen analysierte, im Gegensatz zu Jellinek aber keinerlei Vorschläge zur Lösung der Probleme machte, die sich daraus ergaben.<sup>61</sup> Das lag wohl daran, dass er in seinem umfassenden Aufsatz nur die positive Rechtslage analysieren wollte. Hier ging es ihm vor allem um die Abgrenzung einer juristischen von einer soziologischen Behandlung des Rechts. Genau diese Frage war in den folgenden Jahren der Grund für die Kontroverse mit Eugen Ehrlich, dem Begründer der Rechtssoziologie.<sup>62</sup>

Im Übrigen neigte die begriffsjuristisch geprägte Staatsrechtslehre vor Kelsen dazu, die Diskussionen *de lege lata* und *de lege ferenda* zu vermischen. Kelsen hingegen trennte sie ganz konsequent<sup>63</sup> – in diesem Aufsatz, indem er auf Überlegungen *de lege ferenda* überhaupt verzichtete. Auf den ersten Blick scheint Jellineks Schrift also wesentlich bedeutender für die weitere Entwicklung von Rechtsordnung und Rechtswissenschaft als Kelsens Aufsatz. Immerhin war Jellinek der erste, der nicht nur einen Verfassungsgerichtshof für Österreich vorschlug, sondern auch Kompetenzen für diesen Gerichtshof forderte, die tatsächlich auch zu zentralen Aufgaben des republikanischen VfGH wurden – wenn auch mit einer anderen Konstruktion der Prüfungsrechte.

Kelsens umfassende Analyse einer Rechtsordnung, die nur vier Jahre später untergehen sollte, wirkt demgegenüber zunächst weniger zukunftsträchtig. Tatsächlich hatte sein Aufsatz aber große Bedeutung für die weitere Entwicklung, und das in zweifacher Hinsicht. Erstens konnte Kelsen auf seine Analyse zurückgreifen,

---

LINEK, Verfassungsgerichtshof 54 hielt eine staatsgerichtliche Verurteilung von Ministern wegen kompetenzwidriger Gesetze zwar für möglich, wies aber darauf hin, dass auch eine derartige Verurteilung das Gesetz nicht beseitigen würde. Auch WEYR, Rahmengesetze 36–43, nahm eine Verantwortlichkeit der Minister für die Sanktion verfassungswidriger Gesetze an. Für Kelsen hingegen war die Publikation von Gesetzen einerseits kein Regierungsakt und andererseits hätte dann der StGH vorab prüfen müssen, ob ein Gesetz verfassungskonform war – und das war allen Gerichten, und damit auch dem StGH, verwehrt (dazu auch: SCHMETTERER, Sanktion und Gegenzeichnung). Kelsens zweites Argument bildete wohl den Hintergrund für die Stammfassung von Art. 140 Abs. 4 B-VG, in dem ausdrücklich festgehalten wurde, dass Art. 89 Abs. 1 B-VG für den VfGH nicht galt. Art. 89 Abs. 1 B-VG besagt wie schon Art. 7 StGG-RiG: „Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu.“

<sup>59</sup> KELSEN, Reichs- und Landesgesetz 422.

<sup>60</sup> Ebd. 423–425.

<sup>61</sup> HALLER, Prüfung von Gesetzen 33.

<sup>62</sup> OLECHOWSKI, Kelsen 165–167.

<sup>63</sup> KELSEN, Reichs- und Landesgesetz 435–438.

als er nur wenige Jahre später die Verfassung der Republik mitgestaltete, die einerseits viele strukturelle Ähnlichkeiten mit jener der Monarchie aufwies und andererseits grundlegende Probleme der altösterreichischen Kompetenzverteilung vermied.<sup>64</sup>

Zweitens hatte gerade der Aufsatz „Reichsgesetz und Landesgesetz“ große Bedeutung für die Entwicklung der Reinen Rechtslehre. Hier wurden viele Gedanken angesprochen, die zentrale Elemente von Kelsens Rechtslehre wurden, wobei diese Gedanken in „Reichsgesetz und Landesgesetz“ noch nicht ganz ausformuliert waren. Dieser Aufsatz bietet also die Möglichkeit, Kelsen beim Nachdenken und beim Ausarbeiten seiner Lehre zu beobachten.

Bei der Suche nach dem „Ausgangspunkt der juristischen Konstruktion“ ging es um das, was Kelsen später die „historisch erste Verfassung“ nannte.<sup>65</sup> Kelsen wies darauf hin, dass das Februarpatent nicht nach den Regeln des Oktoberdiploms zustande gekommen war, und jedenfalls die Kompetenzverschiebung der Dezemberverfassung auch nicht nach jenen des Februarpatents. Damit beschrieb er das Phänomen der Revolution im juristischen Sinn – noch ohne es so zu bezeichnen.<sup>66</sup>

Kelsen setzte sich mit den Gesetzen als höchster Autorität auseinander und erläuterte, dass sie ihre Geltung nicht von einer anderen Rechtsnorm ableiten konnten. In diesen Passagen ist die Frage nach dem Geltungsgrund der höchstrangigen Rechtsnormen deutlich zu spüren – jene Frage, zu deren Beantwortung Kelsen später die berühmte Grundnorm einführte.<sup>67</sup>

Auch seine nicht minder berühmte These der Identität von Staat und Recht<sup>68</sup> ist in „Reichsge-

setz und Landesgesetz“ enthalten und sogar explizit ausgesprochen, wenn auch nicht als abstrakte These, sondern gewissermaßen en passant. Zum System des Februarpatents konstatierte Kelsen, dass es keine einheitliche Rechtsordnung und damit auch kein einheitliches Staatswesen geschaffen hatte.<sup>69</sup>

Schließlich wirkt der gesamte Aufsatz wie eine Vorstudie zur Kelsens Theorie der Alternativbestimmung, die sich mit demselben Problem beschäftigte wie Adolf Merkl – erfolgreichere – Lehre vom Fehlerkalkül. Im Sinne von Kelsens Theorie waren die Regelungen über die Beschlussfassung in Reichsrat und Landtag und die Sanktion des Kaisers die „eigentliche“ Erzeugungsregel, während sich aus Art. 10 StGG-ARVG<sup>70</sup> und Art. 7 StGG-RiG die gehörige Publikation von Gesetzen als alternative Erzeugungsregel ergab.<sup>71</sup>

Zumindest aus heutiger Perspektive liegt in Kelsens Aufsatz auch noch der Stufenbau der Rechtsordnung „in der Luft“, doch hier war es nicht Kelsen, sondern Merkl, der das epochale Konzept ausformulierte.<sup>72</sup>

## IV. Resümee

Die Kompetenzverteilung der Monarchie beeinflusste jene der Republik entscheidend – nicht nur, weil die Republik bis 1925 überhaupt die altösterreichische Kompetenzverteilung beibe-

<sup>64</sup> Dazu nur OLECHOWSKI, Kelsen 271–305 mit umfassenden Nachweisen.

<sup>65</sup> KELSEN, Reine Rechtslehre<sup>2</sup> 203.

<sup>66</sup> Zur juristischen Revolution ebd. 203.

<sup>67</sup> Ebd. 196–209.

<sup>68</sup> Ebd. 289–293.

<sup>69</sup> KELSEN, Reichs- und Landesgesetz 369.

<sup>70</sup> „Die Kundmachung der Gesetze erfolgt im Namen des Kaisers mit Berufung auf die Zustimmung der verfassungsmäßigen Vertretungskörper und unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers.“

<sup>71</sup> JABLONER, *Austriaca* 8; HILBERT, Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen.

<sup>72</sup> Zum Stufenbau der Rechtsordnung: MERKL, *Prolegomena*; KELSEN, Reine Rechtslehre<sup>2</sup> 228–282; WIEDERIN, *Stufenbaulehre*.

hielt.<sup>73</sup> Auch die Gleichrangigkeit von Bundes- und Landesgesetzen wurde beibehalten, wenn auch nicht ohne Diskussionen.<sup>74</sup>

Der Kontext ist in der Republik aber ein anderer: Es gibt keinen Kaiser mehr; daher ist klar, dass die Parlamente und nur die Parlamente Gesetzgeber sind. Somit ist auch unbestritten, dass Bundes- und Landesgesetze von unterschiedlichen Gesetzgebern erlassen werden. Außerdem gibt es in der Republik zwei Momente, durch die die Probleme der Monarchie trotz der Gleichrangigkeit von Bundes- und Landesgesetzen minimiert werden:

Einerseits sind nur einfache Bundes- und Landesgesetze gleichrangig; die Bundesverfassung ist den Landesverfassungen hingegen übergeordnet,<sup>75</sup> und da die Kompetenz-Kompetenz beim Bundesverfassungsgesetzgeber liegt, ist eindeutig geregelt, wie die Kompetenzverteilung geändert werden kann, nämlich durch Bundesverfassungsgesetz. Andererseits kann der VfGH nun einfache Gesetz auf ihre Verfassungsmäßigkeit prüfen und damit auch kontrollieren, ob sie der Kompetenzverteilung entsprechen.<sup>76</sup>

Auch wenn kompetenzwidrige Gesetze nun aufgehoben werden können, stellt sich weiterhin die Frage, wie sich widersprüchliche Bundes- und Landesgesetze zueinander verhalten – solange keines von ihnen aufgehoben wurde. Ewald Wiederin leitete hier überzeugend aus der Bundesverfassung ab, dass sie einander derogieren. Die lex posterior-Regel ist also auch in der Republik auf das Verhältnis von Bundes- und Landesgesetzen anzuwenden.<sup>77</sup>

<sup>73</sup> § 42 Abs. 1 Übergangsgesetz 1920 (BGBl. 2/1920); Art. II (1.) Bundes-Verfassungsnovelle (BGBl. 268/1925).

<sup>74</sup> WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht 210–213.

<sup>75</sup> Art. 99 B-VG.

<sup>76</sup> Art. 140 B-VG.

<sup>77</sup> WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht insbes. 220, 226, 252.

Damit gilt in der Verfassung der Republik Ähnliches wie in jener der Monarchie, für die Kelsen zeigte, dass sich die Anwendbarkeit der lex posterior-Regel nicht schlechthin aus einem rechtslogischen Prinzip ergab, sondern aus dem positiv-rechtlichen Gesetzesbegriff der Dezemerverfassung.

## Korrespondenz:

Christoph SCHMETTERER  
Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte  
Universitätsring 4  
D-06108 Halle a.d. Saale  
christoph.schmetterer@jura.uni-halle.de  
ORCID-Nr. 0000-0002-2996-7851

## Abkürzungen:

Siehe das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:  
<http://www.rechtsgeschichte.at/media/abk.pdf>

## Literatur:

- Edmund BERNATZIK, Die österreichischen Verfassungsgesetze (Wien 1911).
- Herbert HALLER, Die Prüfung von Gesetzen. Ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle (= Forschungen aus Staat und Recht, Wien–New York 1979).
- Kurt HELLER, Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart (Wien 2010).
- Patrick HILBERT, Fehlerkalkül oder Alternativbestimmungen – zu den Strategien der Geburtshilfe im Stufenbau der Rechtsordnung, in: ZÖZ 72 (2017) 549–576.
- Clemens JABLONER, Einige Austriaca der Reinen Rechtslehre, in: DERS. u.a. (Hgg.), Scharfsinn im Recht. Liber Amicorum Michael Thaler zum 70. Geburtstag (Wien 2019) 3–18.
- Georg JELLINEK, Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich (Wien 1885).
- Matthias JESTAEDT, Editorischer Bericht „Reichsgesetz und Landesgesetz“, in: Hans Kelsen, Hans Kelsen Werke, Bd. III: Veröffentlichte Schriften 1905–1910

- und Selbstzeugnisse, hg. v. Matthias JESTAEDT (Tübingen 2010) 724–727.
- Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz (Tübingen 1911).
- DERS., Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 32 (1914) 202–245, 390–438 = DERS., Hans Kelsen Werke, Bd. III: Veröffentlichte Schriften 1905–1910 und Selbstzeugnisse, hg. v. Matthias JESTAEDT (Tübingen 2010) 359–426.
- DERS., Autobiographie (1947); in: DERS., Hans Kelsen Werke, Bd. I: Veröffentlichte Schriften 1905–1910 und Selbstzeugnisse, hg. v. Matthias JESTAEDT (Tübingen 2007) 29–92.
- DERS., Reine Rechtslehre (Wien 1960).
- Jens KERSTEN, Mehrheit und Minderheit im Minoritätenstaat. Georg Jellineks rechtspolitische Schriften 1885 bis 1906 als Beitrag zum Verhältnis von Staatsrechtslehre und Politik im Spätkonstitutionalismus und darüber hinaus, in: Der Staat 40 (2001) 221–242; ND in: Winfried BRUGGER, Rolf GRÖSCHNER, Oliver W. LEMBCKE (Hgg.), Faktizität und Normativität. Georg Jellineks freiheitliche Verfassungslehre (Tübingen 2016) 183–208.
- Paul LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1 (Freiburg im Breisgau–Leipzig 1895).
- Josef LUKAS, Die rechtliche Stellung des Parlaments in der Gesetzgebung Österreichs und der constitutionellen Monarchien des Deutschen Reiches. Eine Kritik der herrschenden Lehre (Graz 1901).
- Adolf Julius MERKL, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Alfred VERDROSS (Hg.): Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet (Wien 1931) 252–294.
- Alfred J. NOLL, Georg Jellinek's Forderung nach einem Verfassungsgerichtshof für Österreich, in: PAULSON, SCHULTE, Jellinek 261–276.
- Thomas OLECHOWSKI, Von Georg Jellinek zu Hans Kelsen. Ein Beitrag zur Geschichte der Staatsrechtslehre an der Universität Wien um 1900, in: Elisabeth RÖHRLICH (Hg.), Migration und Innovation um 1900. Perspektiven auf das Wien der Jahrhundertwende (Wien–Köln–Weimar 2016) 375–398.
- DERS., Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers (Tübingen 2020).
- Martin PAAR, Die Gesetzgebung der österreichischen Monarchie im Spiegelbild der Normen und der staatsrechtlichen Literatur (Frankfurt a.M. u.a. 2009).
- Stanley PAULSON, Martin SCHULTE (Hgg.), Georg Jellinek. Beiträge zu Leben und Werk (Tübingen 2000).
- Peter PERNTHALER, Zivilrechtswesen und Landeskompetenzen (Wien 1987).
- Christoph SCHMETTERER, Der Kaiser von Österreich als (alleiniger?) Gesetzgeber. Vom Absolutismus zum Konstitutionalismus, in: BRGÖ 2 (2012) 381–395.
- DERS., Die Kompetenzverteilung in Österreich 1861–1925, in: Janwillem OOSTERHUIS, Emanuel VAN DONGEN (Hgg.), European Traditions. Integration or Disintegration? (Nijmegen 2012) 191–206.
- DERS., Die Funktion von kaiserlicher Sanktion und ministerieller Gegenzeichnung in der österreichischen Gesetzgebung 1861–1918, in: JEHL 3 (2012/2) 40–46.
- Niklas SONNTAG, Präventive Normenkontrolle in Österreich (Wien 2011).
- Gerald STOURZH, Verfassung und Verfassungswirklichkeit Altösterreichs in den Schriften Georg Jellineks, in: PAULSON, SCHULTE, Jellinek 247–260.
- Friedrich TEZNER, Die Volksvertretung (Wien 1912).
- Josef ULBRICH, Lehrbuch des Oesterreichischen Staatsrechts (Berlin 1883).
- Franz WEYR, Rahmengesetze (Leipzig–Wien 1913).
- Ewald WIEDERIN, Bundesrecht und Landesrecht. Zugleich ein Beitrag zu Strukturproblemen der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich und in Deutschland (= Forschungen aus Recht und Staat 111, Wien–New York 1995).
- DERS., Die Stufenbaulehre Adolf Julius Merkl's, in: Stefan GRILLER, Heinz Peter RILL (Hgg.), Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung (Wien–New York 2011) 81–134.
- Dieter WYDUCKEL, Georg Jellineks Beitrag zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: PAULSON, SCHULTE, Jellinek 277–295.