

CHRISTOPH SCHMETTERER, Wien

# Der Kaiser von Österreich als (alleiniger?) Gesetzgeber

## Vom Absolutismus zum Konstitutionalismus

*In Austria laws were made by the Emperor alone until 1860/61, when Austria became a constitutional monarchy and the legislative procedure was changed. Now a provisional act of parliament and the Emperor's sanction were necessary to enact a new law. Nevertheless the prevailing legal doctrine still considered the Emperor the only legislator. This theory had been developed by the German scholar Paul Laband and was widely adopted in Austria. A few years before World War I two young Austrian constitutional lawyers, Josef Lukas and Hans Kelsen, began to question it.*

### I. Historische Entwicklung

#### 1. Die Entwicklung bis 1848/49

Bis 1848 war der Kaiser der alleinige Gesetzgeber in allen Ländern des Kaisertums Österreichs mit Ausnahme Ungarns und Siebenbürgens.<sup>1</sup> Diese Kompetenz des Kaisers war nur sehr eingeschränkt im positiven Recht niedergelegt. Es gab keine generelle für das gesamte Kaisertum geltende Norm, welche die Befugnis zur Gesetzgebung ausschließlich dem Kaiser zuordnete. auch speziell für die einzelnen Kronländer gab es in der Regel keine vergleichbaren Vorschriften. Lediglich in den erneuerten Landesordnungen für Böhmen und Mähren von 1627 bzw. 1628 war praktisch gleichlautend festgelegt: „Wir behalten Uns und Unseren Erben, nachkommenden Königen, ausdrücklich bevor, in diesem Unserem ErbKönigreich Gesetz und Recht zumachen und alles daß jenige, waß das

Ius legis ferendae so Uns dem könig allein zustehet, mit sich bringt.“<sup>2</sup>

In jenen kaiserlichen Patenten, durch die einzelne Kronländern zwischen 1815 und 1818 landständische Verfassungen erhielten, war das ausschließliche Gesetzgebungsrecht des Kaisers nicht erwähnt;<sup>3</sup> es ließ sich nur indirekt daraus erschließen, dass die Gesetzgebung unter den Befugnissen der Landstände nicht genannt wurde und somit allein dem Kaiser vorbehalten blieb. Offenbar war die Gesetzgebung allein durch den Kaiser im etablierten Absolutismus so selbstverständlich, dass dies gar nicht eigens erwähnt werden musste. Aus dieser Überlegung erklärt sich auch, warum das alleinige Gesetzgebungsrecht des Landesfürsten in den erneuerten Landesordnungen für Böhmen und Mähren ausdrücklich erwähnt wurde. 1627/28 war es eben noch keine Selbstverständlichkeit, vielmehr

<sup>2</sup> OLECHOWSKI, Rechtsgeschichte. Materialien und Übersichten Nr. 55, dazu BERGERHAUSEN, Verneuerte Landesordnung.

<sup>3</sup> Beispielsweise das Patent vom 13. April 1817 die ständische Verfassung der Königreiche Galizien und Lodomerien betreffend, PGS 56/1817.

<sup>1</sup> SPRINGER, Statistik 220.

wurde der landesherrliche Absolutismus damals erstmals gegenüber den Ständen durchgesetzt.

Die Verfassungen und Verfassungsentwürfe von 1848/49<sup>4</sup> sahen durchwegs vor, dass Kaiser und Parlament gemeinsam für die Gesetzgebung zuständig sein sollten. Während es nach der Pillersdorfschen Verfassung<sup>5</sup> nur zentralstaatliche Gesetze geben sollte, sahen sowohl der Kremstier Entwurf<sup>6</sup> als auch die Oktroyierte Märzverfassung<sup>7</sup> eine Aufteilung der Gesetzgebung zwischen Reich und Ländern vor.

Die Regelungen der Pillersdorfschen Verfassung über das Zustandekommen von Gesetzen waren denkbar knapp gehalten. Der diesbezügliche § 45 lautete: „Alle Gesetze bedürfen der Zustimmung beyder Kammern und der Sanktion des Kaisers.“

Der Kremstier Entwurf enthielt wesentlich detailliertere Vorschriften über das Gesetzgebungsverfahren. Nach § 86 war die Übereinstimmung beider Kammern des Reichstags für das Zustandekommen eines Reichstagsbeschlusses erforderlich. Das nächste Stadium der Gesetzgebung, die kaiserliche Sanktion war in § 87 geregelt:

„Ertheilt der Kaiser einem Reichstagsbeschlusse die Sanction, so tritt derselbe als Reichsgesetz in volle Kraft. Wird die Sanction nicht ertheilt, so darf derselbe Gesetzesvorschlag in der nämlichen Sitzungsperiode nicht wieder vorgebracht werden. Die Erklärung der Krone über die Sanction eines Reichstagsbeschlusses muß jedenfalls vor dem Schlusse der Sitzungsperiode erfolgen, in welcher er gefaßt wurde.“

Bemerkenswert sind zwei Bestimmungen dieses Paragraphen: einerseits wurde dem Kaiser eine Frist gesetzt, in der er entscheiden musste, ob er einen Gesetzesbeschluss sanktionierte oder

nicht; andererseits konnte ein Gesetzesbeschluss, dem der Kaiser die Sanktion verweigert hatte, dem Kaiser nicht erneut vorgelegt werden. Dies galt allerdings nur für jene Session, in welcher der Kaiser die Sanktion verweigert hatte. § 88 besagte nämlich:

„Wird derselbe Gesetzesvorschlag in der folgenden ordentlichen Jahressession abermahls unverändert angenommen und wieder nicht sanctionirt, so muß der Reichstag aufgelöst werden. Nimmt der neuzusammentretende Reichstag denselben Gesetzesvorschlag wieder unverändert an, so darf die kaiserliche Sanction nicht verweigert werden.“

In der nächsten Session war es also möglich, dem Kaiser jenen Gesetzesvorschlag, den er in der Vorjahressession nicht sanktioniert hatte, erneut vorzulegen. In diesem Fall konnte der Kaiser die Sanktion nur mehr dann verweigern, wenn er den Reichstag gleichzeitig auflöste. Nach § 51 mussten bei der Auflösung des Reichstags Neuwahlen so ausgeschrieben werden, dass der neugewählte Reichstag binnen drei Monaten nach der Auflösung des alten zusammentreten konnte. Mit dem Zusammentritt des neuen Reichstags begann eine neue Legislaturperiode und damit auch eine neue Session. Daher konnte der neugewählte Reichstag noch einmal jenen Gesetzesbeschluss fassen und dem Kaiser vorlegen, dem der Kaiser bereits zwei Male die Sanktion verweigert hatte. Wenn der Reichstag das tat, konnte der Kaiser die Sanktion nicht noch ein drittes Mal verweigern; dann musste er die Sanktion erteilen.<sup>8</sup> Nach § 160 galt das aber nicht für Änderungen der Verfassung.

Für die Landesgesetze legte § 117 des Kremstier Entwurfs fest:

<sup>4</sup> Zur Verfassungsentwicklung im Allgemeinen siehe BRAUNEDER, Verfassungsentwicklung.

<sup>5</sup> PGS 48/1848.

<sup>6</sup> BERNATZIK, Österreichische Verfassungsgesetze, Nr. 39

<sup>7</sup> RGBl. 150/1849.

<sup>8</sup> Diese Bestimmung war einer der Gründe, aus denen Kaiser Franz Joseph und die Regierung Schwarzenberg den Kremstier Entwurf ablehnten; BERNATZIK, Verfassungsgesetze 115.

„Landtagsbeschlüsse erhalten erst durch die Sanction des Kaisers die Kraft verbindender Landesgesetze.“

Anders als der Reichstag konnten die Landtage die Sanktion des Kaisers nicht durch wiederholte Gesetzesbeschlüsse mit demselben Inhalt erzwingen. § 88 (der die entsprechende Möglichkeit des Reichstags normierte) war nämlich nicht in der Aufzählung des § 122 enthalten, der jene Paragraphen über den Reichstag aufzählte, die sinngemäß auf die Landtage anzuwenden waren. Da auch § 87 in dieser Aufzählung nicht genannt war, war der Kaiser bei seiner Entscheidung, ob er einen Landtagsbeschluss sanktionierte oder nicht, an keine Frist gebunden.

In der Oktroyierten Märzverfassung normierte § 37:

„Die gesetzgebende Gewalt wird inbezug auf die Reichsangelegenheiten von dem Kaiser im Vereine mit dem Reichstage, in Ansehung der Landesangelegenheiten von dem Kaiser im Vereine mit den Landtagen ausgeübt.“

Diese grundsätzliche Bestimmung wurde hinsichtlich der Reichsgesetze in § 66 näher ausgeführt:

„Die Uebereinstimmung des Kaisers und der beiden Häuser des Reichstages ist zu jedem Gesetze erforderlich. Anträge auf Erlassung von Gesetzen, welche durch eines der beiden Häuser oder durch den Kaiser abgelehnt worden sind, können in derselben Session nicht wieder vorgebracht werden.“

In dieser Bestimmung war ebenso wie in § 87 des Kremsierer Entwurfes festgelegt, dass ein vom Kaiser abgelehnter Gesetzesantrag in derselben Session nicht erneut vorgebracht werden konnte. Im Gegensatz zum Kremsierer Entwurf war der Kaiser nach der Oktroyierten Märzverfassung bei seiner Entscheidung über die Sanktion nicht an eine Frist gebunden. Genausowenig konnte der Reichstag durch Wiederholung seines Beschlusses die kaiserliche Sanktion erzwingen.

Die Voraussetzungen für das Zustandekommen von Landesgesetzen schließlich waren im zweiten Absatz des § 80 geregelt:

„Die Uebereinstimmung des Kaisers und des Landtages ist zu jedem Landesgesetze erforderlich.“

Diese Regelung wurde in den entsprechenden Paragraphen der Landesverfassungen in etwas anderer Formulierung wiederholt:

„Der Kaiser im Vereine mit dem Landtage übt die gesetzgebende Gewalt in Landesangelegenheiten.“<sup>9</sup>

Auch hier war keine Frist für die Sanktion des Kaisers vorgesehen, und auch hier konnten die Landtage die Sanktion des Kaisers nicht erzwingen.

Die vom Kremsierer Reichstag erarbeitete Verfassung blieb ein bloßer Entwurf, der nie in Geltung gesetzt wurde. Die Pillersdorfsche Verfassung und die Oktroyierte Märzverfassung traten zwar formell in Geltung, aber sie wurden in der Praxis nicht umgesetzt. Tatsächlich kam kein einziges Gesetz genau auf die Weise zustande, die in diesen drei Verfassung(sentwürf)en vorgesehen war.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> In der Landesverfassung für das Erzherzogtum Österreich unter der Enns vom 30. Dezember 1849 (R.G.B.L. 1/1850) war diese Bestimmung etwa in § 33 enthalten, in der Verfassung für das Herzogtum Kärnten (R.G.B.L. 8/1850) in § 34.

<sup>10</sup> Nur zwei Rechtssetzungakte erfolgten etwa in der Art und Weise, die in der Pillersdorfschen Verfassung vorgesehen war, nämlich die Grundentlastung (PGS 112/1848) und die Festsetzung der Steuern für 1849 (PGS 131/1848). Allerdings bestand der Reichstag nur aus einer Kammer und hatte zudem noch konstituierenden Charakter (PGS 65/1848). Außerdem lautete die Bezeichnung in beiden Fällen nicht „Gesetz“, sondern „Kaiserliches Patent“, wobei folgende Promulgationsformel zur Anwendung kam: „Wir Ferdinand der Erste, constitutioneller Kaiser von Oesterreich etc. etc. sanctionieren den folgenden, von Unserem verantwortlichen Ministerium Uns vorgelegten Reichstagsbeschluss und verordnen wie folgt:“. Die Formulierung „constitutioneller Kaiser von Öster-

## 2. Der Neoabsolutismus

Der in der Oktroyierten Märzverfassung vorgesehene Reichstag wurde nie gewählt. Die Gesetzgebung erfolgte auch nach dem März 1849 durch kaiserliche Patente und Verordnungen. Diese Praxis stütze sich auf die Übergangsbestimmung des § 120 der Oktroyierten Märzverfassung:

„In so lange die durch diese Reichsverfassung bedingten organischen Gesetze nicht im verfassungsmäßigen Wege zustande gekommen sind, werden die entsprechenden Verfügungen im Verordnungswege erlassen.“

Die Augusterlässe von 1851<sup>11</sup> waren ein erster Schritt zurück zum Absolutismus. Für die Gesetzgebung bedeuteten sie zunächst aber noch keine Veränderung. In der Theorie wurde weiterhin zwischen Gesetz und kaiserlicher Verordnung unterschieden. Das Verordnungsrecht wurde eindeutig dem Kaiser zugewiesen, hingegen wurde (vermutlich bewusst) offengelassen, wem die Befugnis zur Gesetzgebung zukommen sollte.

Selbst die Sylesterpatente,<sup>12</sup> mit denen der Kostitutionalismus zunächst vollständig beendet wurde, legten nicht ausdrücklich fest, dass die Gesetzgebung nunmehr allein vom Kaiser ausgeübt werden sollte. Das ergab sich nur im Umkehrschluss daraus, dass die Oktroyierte Märzverfassung aufgehoben wurde und die in dieser vorgesehenen Volksvertretungen damit auch ersatzlos aufgehoben wurden.

Der Neoabsolutismus entsprach dem Zustand vor 1848 nicht nur insofern, als der Kaiser wieder der alleinige Gesetzgeber war, sondern auch insofern, als dies nicht ausdrücklich und allgemein im positiven Recht niedergelegt war. Da der Kaiser nunmehr sowohl Gesetze als auch

Verordnungen erlassen konnte, war der Unterschied zwischen diesen beiden Arten von Rechtsnormen nur mehr ein gradueller und kein substantieller. Tatsächlich verschwand der Begriff „Gesetz“ im Neoabsolutismus weitgehend, wenn auch nicht völlig aus der staatlichen Normsetzung.

Die vom Kaiser erlassenen Vorschriften wurden als kaiserliche Patente oder kaiserliche Verordnungen bezeichnet, wobei besonders grundlegende Vorschriften in Form von Patenten ergingen, die anderen in Form von Verordnungen.<sup>13</sup> Es gab aber keine eindeutigen Kriterien, für welche Regelungen die eine oder die andere Form anzuwenden war. Auch das Verfahren war in beiden Fällen grundsätzlich dasselbe, nämlich Anhörung der Minister(konferenz) und des Reichsrats.<sup>14</sup> Allerdings gab es keine positivrechtlich verankerte Pflicht des Kaisers, vor Erlassung eines Gesetzes Minister und Reichsrat anzuhören. Tatsächlich geschah das aber immer. Formal unterschieden sich Patente und Verordnungen hingegen durchaus: Die Promulgationsformel für Patente war im Majestätsplural gehalten und begann mit dem großen Titel des Kaisers; jene für kaiserliche Verordnungen war hingegen im Singular verfasst und enthielt gar keinen Titel des Kaisers, sondern lediglich seinen Namen am Ende des Textes. Bei jenen Vorschriften, die durch ein Patent erlassen wurden, war das Patent selbst in der Regel nur eine Art erweiterte Präambel, während die materiellen Regelungen in einer Beilage zum Patent enthalten waren.<sup>15</sup>

---

reich“ wurde nur von Ferdinand I. und nur im Jahr 1848 verwendet.

<sup>11</sup> RGBl. 194–197/1851.

<sup>12</sup> RGBl. 2–4/1852.

---

<sup>13</sup> Beispiele dafür wären etwa das Strafgesetz 1852 (RGBl. 117/1852) oder die Gewerbeordnung 1859 (RGBl. 227/1859)

<sup>14</sup> Der Reichsrat war keine Volksvertretung, sondern eine Art Kronrat.

<sup>15</sup> Diese Form der Gesetzgebung war auch schon vor 1848 regelmäßig angewandt worden – nicht zuletzt 1811 für das ABGB (JGS 946/1811).

Im Einzelnen gab es kleine Abweichungen bei der Formulierung der Promulgationsformeln, die relevanten Elemente (Anhörung von Ministern und Reichsrat sowie Anordnung durch den Kaiser) waren aber stets die gleichen. Außerdem enthielt die Promulgationsformel in aller Regel eine kurze Begründung für die konkret erlassenen Vorschriften.

### 3. Oktoberdiplom und Februarpatent

Die Abkehr vom Neoabsolutismus begann nach der programmatischen Ankündigung im Laxenburger Manifest vom 15. Juli 1859<sup>16</sup> mit dem kaiserlichen Patent vom 5. März 1860, durch das der bestehende Reichsrat verstärkt wurde. Dieses Patent brachte allerdings keine unmittelbaren Änderungen in der Gesetzgebung, vielmehr hielt es ausdrücklich fest, dass der verstärkte Reichsrat lediglich beratende Funktion hatte; er hatte gemäß § 4 nicht einmal das Recht zur Gesetzesinitiative:

„Dem verstärkten Reichsrath steht eine Initiative zur Vorlegung von Gesetz- oder Verordnungsvorschlägen nicht zu.“

Das änderte sich allerdings schon gut vier Monate später durch das allerhöchste Handschreiben vom 17. Juli 1860:<sup>17</sup>

„Ich habe beschlossen, künftig die Einführung neuer Steuern und Auflagen, dann die Erhöhung der bestehenden Steuer- und Gebührensätze bei den directen Steuern, bei der Verzehrungssteuer und der Gebühr von Rechtsgeschäften, Urkunden, Schriften und Amtshandlungen, endlich die Aufnahme neuer Anlehen, nur mit Zustimmung meines verstärkten Reichsrathes anzuordnen, [...]“

Damit band sich der Kaiser zumindest in einem Teilbereich der Gesetzgebung an die Zustimmung eines anderen Organs (erstmal seit 1851).

Der durch dieses Handschreiben geschaffene Zustand wurde im Oktoberdiplom vom 20. Oktober 1860 fixiert. Dieses legte in Art. I fest:

„Das Recht, Gesetze zu geben, abzuändern und aufzuheben, wird von Uns und Unseren Nachfolgern nur unter Mitwirkung der gesetzlich versammelten Landtage, beziehungsweise des Reichsrathes, ausgeübt werden, zu welchem die Landtage die von Uns festgesetzte Zahl Mitglieder zu entsenden haben.“

Der Begriff der Mitwirkung des Reichsrats war wohl bewusst unscharf gewählt. In Art. II verwies das Oktoberdiplom auf das Handschreiben vom 17. Juli 1860, dessen Inhalt es ausdrücklich bestätigte. Für die dort genannten fiskalischen Angelegenheiten war also die Zustimmung des Reichsrats erforderlich. Daraus ist im Umkehrschluss abzuleiten, dass sich die Mitwirkung des Reichsrats in anderen Angelegenheiten eine bloß beratenden Funktion beschränkte.

Im Vergleich zum Neoabsolutismus brachte das Oktoberdiplom insofern eine große Neuerung, als erneut zwischen Reichs- und Landesgesetzen unterschieden wurde. Die Reichsangelegenheiten waren in Art. II taxativ aufgezählt, und Art. III enthielt folgende Generalklausel zugunsten der Länder:

„Alle anderen Gegenstände der Gesetzgebung, welche in den vorhergehenden Punkten nicht enthalten sind, werden in und mit den betreffenden Landtagen und zwar in den zur ungarischen Krone gehörigen Königreichen und Ländern im Sinne ihrer früheren Verfassungen, in Unseren übrigen Königreichen und Ländern aber im Sinne und in Gemäßheit ihrer Landesordnungen verfassungsmäßig erledigt werden.“

Wie die „verfassungsmäßige Erledigung“ der Landesgesetzgebung „in und mit den Landtagen“ erfolgen sollte, wurde im Oktoberdiplom nicht spezifiziert. Auch die Regelungen der vier gemeinsam mit dem Oktoberdiplom erlassenen Landesstatuten zur Landesgesetzgebung waren denkbar schwammig. Im zweiten Absatz der

<sup>16</sup> RGBl. 133/1859.

<sup>17</sup> RGBl. 56/1860.

§§ 21 der Landesstatuten erhielten die Landtage das Recht zur Gesetzesinitiative und in den §§ 25 wurde ihre Mitwirkung in Steuersachen einer künftigen Regelung vorbehalten.<sup>18</sup>

Wie die im Oktoberdiplom vorgesehene Mitwirkung von Reichsrat und Landtagen an der Gesetzgebung in der Praxis ausgesehen hätte, lässt sich nicht sagen, da das Oktoberdiplom nie umgesetzt wurde.

Stattdessen erging am 26. Februar 1861 das Februarpatent, das formell als Ausführungsbestimmung zum Oktoberdiplom gestaltet war, inhaltlich aber entscheidende Veränderungen brachte.

Ebenso wie das Oktoberdiplom sah das Februarpatent eine Unterscheidung von Reichs- und Landesgesetzgebung vor, wobei die Reichsgesetzgebung im Grundgesetzgebung über die Reichsvertretung geregelt war, die Landesgesetzgebung hingegen in den Landesordnungen, die gleichzeitig erlassen wurden. Dabei wurde die Kompetenzverteilung des Oktoberdiploms „umgedreht“. Nunmehr waren in den §§ 18 der Landesordnungen die Angelegenheiten der Landesgesetzgebung taxativ aufgezählt, während § 11 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung eine Generalklausel zugunsten der Reichsgesetzgebung enthielt.

Die Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Reichsgesetzes waren in § 12 folgendermaßen definiert:

„Zu allen solchen Gesetzen<sup>19</sup> ist die Übereinstimmung beider Häuser und die Sanction des Kaisers erforderlich.“

Ganz ähnlich hieß es in den §§ 17 der Landesordnungen über die Erfordernisse für das Zustandekommen von Landesgesetzen:

<sup>18</sup> Diese künftige Regelung ist nie ergangen, da die Landesstatuten des Oktoberdiploms nie umgesetzt wurden.

<sup>19</sup> Das bezieht sich auf Gesetze, die in die Zuständigkeit des (engeren) Reichsrats fielen.

„Zu jedem Landesgesetz ist die Zustimmung des Landtages und die Sanction des Kaisers erforderlich.“

Das Februarpatent brachte den Volksvertretungen somit eine wesentlich stärkere Position. Der schwammige Begriff der Mitwirkung wurde durch Bestimmungen ersetzt, aus denen eindeutig hervorging, dass ohne die Zustimmung des Reichsrats bzw. der Landtage kein Gesetz erlassen werden konnte.

Dieses Zustimmungserfordernis schlug sich auch in den neuen Promulgationsformeln nieder. Jene für Reichsgesetze lautete nunmehr in der Regel:

„Mit Zustimmung beider Häuser Meines Reichsrathes finde ich zu verordnen wie folgt“

Erstmals gab es auch eine Promulgationsformel für Landesgesetze, die folgenden Wortlaut hatte:

„Über Antrag des Landtages Meines [hier folgte die Bezeichnung des betreffenden Kronlandes], finde ich anzuordnen wie folgt.“

Die Formulierung der Promulgationsformeln war nicht gesetzlich festgeschrieben<sup>20</sup> und veränderte sich in den folgenden Jahren und Jahrzehnten immer wieder in Details.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Art. 10 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt (RGBl. 145/1867) legte dazu nur fest: „Die Kundmachung der Gesetze erfolgt im Namen des Kaisers mit Berufung auf die Zustimmung der verfassungsmäßigen Vertretungskörper und unter Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers.“

<sup>21</sup> Die wesentlichste Änderung der Promulgationsformel war, dass sie bis zur Dezemberverfassung die Formulierung „Meines Reichsraths“ enthielt, danach aber die Worte „des Reichsraths“. Darüber hinaus gab es verschiedenste Varianten. In der Regel hieß es „Mit Zustimmung“, gelegentlich auch „auf Antrag“ oder „mit Beistimmung“. Der Schluss lautete in den meisten Fällen „finde Ich anzuordnen, wie folgt“, es findet sich aber auch „zu verordnen“ oder „zu erlassen“. Insgesamt sind unterschiedliche Formulierungen in den ersten Jahren nach 1861 häufiger als später. Nur im Jahr 1862 enthielt die Promulgationsformel regelmäßig kurze Begründungen für das Gesetz.

Die Vorschriften des Februarpatents waren die ersten verfassungsrechtlichen Regelungen über das Zustandekommen von Gesetzen, die tatsächlich umgesetzt wurden. Das erste nach den neuen Vorschriften erlassene Gesetz war das Reichsgesetz über die Taggelder und Reisegebühren der Mitglieder des Abgeordnetenhauses.<sup>22</sup>

#### 4. Die Dezemberverfassung

Die Dezemberverfassung von 1867 brachte eine Novellierung des Grundgesetzes über die Volksvertretung.<sup>23</sup> Die Bestimmung über die Sanktion der Reichsgesetze in § 13 des novellierten Gesetzes entsprach nahezu wörtlich der Vorgängerbestimmung im § 12 der Stammfassung von 1861:

„Zu jedem Gesetze ist die Übereinstimmung beider Häuser und die Sanction des Kaisers erforderlich.“

Die Bestimmung über die Sanktion als solche wurde zwar 1867 praktisch nicht geändert, aber gleichzeitig führte (erst) die Dezemberverfassung ein Institut ein, das nicht nur eine zentrale Forderung des liberalen Konstitutionalismus war, sondern auch in engem Zusammenhang mit der kaiserlichen Sanktion der Gesetze stand. Durch Art. 2 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt und das Gesetz über die Verantwortlichkeit der Minister wurde endgültig und allgemein das Prinzip der (rechtlichen) Ministerverantwortlichkeit eingeführt. Nach der vorsichtigen Rückkehr zum Konstitutionalismus ab 1860 hatte Kaiser Franz Joseph dieses Prinzip nach zähem Widerstand schon 1862 grundsätzlich anerkannt,<sup>24</sup> eine gesetzliche Verankerung aber bis 1867 immer wieder aufschieben können. Mit den neuen Bestimmungen von 1867 hatte die minis-

terielle Gegenzeichnung von Regierungsakten des Kaisers nicht mehr nur die Funktion, die Richtigkeit der Unterschrift des Kaisers zu beurkunden. Von diesem Zeitpunkt an übernahmen die Minister durch die Gegenzeichnung auch die rechtliche Verantwortlichkeit für die Regierungsakte des Kaisers gegenüber Kaiser und Staatsgerichtshof.<sup>25</sup> Ein wichtiger Fall von Regierungsakten, für welche die Minister nunmehr die Verantwortung übernahmen, war eben die Sanktion von Gesetzen.<sup>26</sup>

## II. Dogmatische Beurteilung

### 1. Überblick

In den Jahren und Jahrzehnten nach 1867 begann sich auch die österreichische Staatsrechtslehre mit dem Wesen der Sanktion von Gesetzen auseinanderzusetzen. Die bis zum Ende der Monarchie herrschend gebliebene Lehre wurde jedoch nicht von einem österreichischen, sondern von einem deutschen Wissenschaftler entwickelt, nämlich von Paul Laband. Überhaupt wurde die Diskussion über den Charakter der Sanktion des Monarchen in Deutschland schon wesentlich früher und deutlich intensiver geführt als in Österreich.<sup>27</sup>

Das besondere Merkmal der Lehre Labands war die Unterscheidung von Gesetzesinhalt einerseits und Gesetzesbefehl andererseits, wobei er lediglich die Erteilung des Gesetzesbefehls als eigentliche Gesetzgebung ansah. In der konstitutionellen Monarchie war die Volksvertretung nach dieser Auffassung nur für die Feststellung des Gesetzesinhalts zuständig; den Gesetzesbe-

<sup>22</sup> RGBL. 63/1861

<sup>23</sup> RGBL. 141/1867.

<sup>24</sup> MALFÈR, Protokolle, Nr. 68.

<sup>25</sup> Zur Entwicklung der Ministerverantwortlichkeit in Österreich siehe: RUMPLER, Monarchisches Prinzip; SCHMETTERER, Geheiligt, unverletzlich, unverantwortlich 3–5.

<sup>26</sup> Dazu WEYR, Rahmengesetze 36–41.

<sup>27</sup> Zur Entwicklung der deutschen Lehre bis Laband siehe LUKAS, 52–101.

fehl erteilte aber ausschließlich der Monarch mit seiner Sanktion. In seiner Entscheidung, ob er einen Gesetzesbeschluss sanktionierte oder nicht, sei der Monarch frei, auch wenn er den vom Parlament beschlossenen Inhalt nur annehmen oder ablehnen, nicht jedoch abändern könne. Erst und nur durch den Gesetzesbeschluss des Monarchen werde der vom Parlament beschlossene Inhalt für verbindlich erklärt und damit zum Gesetz. Das Parlament selbst könne hingegen keine Befehle erteilen. Daher war für Laband der Monarch auch in der konstitutionellen Monarchie der alleinige Gesetzgeber. Der Beschluss des Parlaments richte sich lediglich an den Monarchen, während erst der Gesetzesbefehl des Monarchen an die Untertanen adressiert sei.<sup>28</sup>

Diese Lehre Labands wurde in ihren wesentlichen Elementen vom Großteil der österreichischen Staatsrechtler des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts übernommen. Jellinek,<sup>29</sup> Hauke,<sup>30</sup> Herrmann,<sup>31</sup> Lustkandl,<sup>32</sup> Tezner<sup>33</sup> und Ulbrich<sup>34</sup> vertraten auch für Österreich die Ansicht, dass der Kaiser alleine der Gesetzgeber sei. Von diesem Juristen beschäftigte sich nur Jellinek im Detail mit der Frage, wer der Gesetzgeber sei und warum. Die anderen übernahmen die Lehre Labands, ohne sich genauer mit dieser Frage zu beschäftigen. Nur zwei österreichische Juristen bestritten die Lehre vom Kaiser als alleinigem Gesetzgeber noch in der Monarchie: Josef Lukas und Hans Kelsen.<sup>35</sup>

<sup>28</sup> LABAND, Staatsrecht 490–492; zur Lehre Labands siehe auch PAAR, Gesetzgebung 160–162.

<sup>29</sup> JELLINEK, Gesetz und Verordnung 211 – 212, 312–334.

<sup>30</sup> HAUKE, Grundriß 97–100.

<sup>31</sup> HERRMANN, Handbuch 202–206.

<sup>32</sup> LUSTKANDL, Gesetz 397–398.

<sup>33</sup> TEZNER, Kaiser 5–6.

<sup>34</sup> ULBRICH, Staatsrecht 242–243.

<sup>35</sup> Auch MERKL, Monarchistische Voreingenommenheit bezeichnete diese Lehre als ein Beispiel für die monarchistische Voreingenommenheit der Staats-

Für Kelsen war diese Frage in seiner Habilitationsschrift ein Problem unter vielen,<sup>36</sup> Lukas widmete hingegen genau dieser Frage eine ausführliche Monographie.<sup>37</sup>

Es ist nicht nur aufschlussreich, die vorgebrachten Argumente zu analysieren, sondern auch zu untersuchen, welche denkbaren Argumente nicht vorgebracht wurden.

Zunächst fällt auf, dass die Bestimmungen des positiven österreichischen Verfassungsrechts in der Diskussion – außer bei Kelsen – nur eine geringe Rolle spielten. Dabei hätten sie sehr wohl Argumente für beide Seiten liefern können. Der praktisch idente Wortlaut des § 11 bzw. § 12 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung von 1861 bzw. 1867 gewichtete die beiden Voraussetzungen für das Zustandekommen eines Gesetzes (Beschluss der Reichsrats und Sanktion des Kaisers) nicht, sondern nennt sie ohne Über- oder Unterordnung nebeneinander. Daraus hätte sich leicht ableiten lassen, dass diese beiden Voraussetzungen gleichwertig sind. Ein Anhaltspunkt für die Labandsche Lehre, dass nur der Kaiser den Gesetzesbefehl erteilt, findet sich im Wortlaut dieser Bestimmungen jedenfalls nicht.

Dem hätten die Anhänger des alleinigen Gesetzgebungsrechts des Kaisers freilich den Wortlaut des Art. I des Oktoberdiploms entgegenhalten können, der das Gesetzgebungsrecht eindeutig dem Kaiser zuordnete und dem Reichsrat lediglich eine Mitwirkungsmöglichkeit einräumte. Es hätte sich weiter argumentieren lassen, dass das Februarpatent nur eine Ausführungsbestimmung zum Oktoberdiplom war. Daher sei die Bestimmung des Grundgesetzes über die Reichsvertretung im Zusammenhang mit dem Oktoberdiplom zu lesen, woraus sich sehr wohl eine Gewichtung zwischen Beschluss des

rechtslehre – allerdings erst nach dem Ende der Monarchie.

<sup>36</sup> KELSEN, Hauptprobleme 412–429.

<sup>37</sup> LUKAS, Rechtliche Stellung des Parlaments.

Reichsrats und Sanktion des Kaisers ergebe, nämlich die, dass nur der Kaiser die Gesetze erlasse und der Reichsrat lediglich daran mitwirke. Dazu hätte auch die Entwicklungsgeschichte des Reichsrats gepasst, der von seiner Entwicklung her als beratendes, nicht als gesetzgebendes Organ konzipiert war.

Das Gegenargument dazu wäre gewesen, dass die Bestimmungen des Februarpatents die des Oktoberdiploms nicht ausführten, sondern diesen in Wahrheit derogierten. Daher sei § 12 bzw. 13 des Grundgesetzes über die Reichsvertretung gerade nicht als Ausführung, sondern als Abänderung Art. I des Oktoberdiploms zu interpretieren. Spätestens mit dem Grundgesetz über die Reichsvertretung sei der Reichsrat zu einem Gesetzgebungsorgan geworden.

Die Systematik des Grundgesetzes über die Reichsvertretung hätte noch ein weiteres Argument geboten, um das alleinige Gesetzgebungsrecht des Kaisers zu verneinen. In § 13 (1861) bzw. § 14 (1867) wurde dem Kaiser das Recht eingeräumt, Gegenstände, die an sich in die Kompetenz des Reichsrats fielen, unter bestimmten Voraussetzungen ohne Reichsrat durch Verordnungen zu regeln. Diese vom Kaiser alleine (unter Gegenzeichnung des Gesamtministeriums zu erlassenden Vorschriften wurden im Gesetzestext ausdrücklich als Verordnungen bezeichnet.<sup>38</sup> Dies scheint nicht gut mit der Auffassung vom alleinigen Gesetzgebungsrecht des Kaisers zusammenzupassen. Wäre der Kaiser alleiniger Gesetzgeber gewesen, hätte man doch gerade jene Vorschriften, die er in Gesetzgebungsangelegenheiten ohne Reichsrat erließ, auch als Gesetze bezeichnen müssen.

Diese aus meiner Sicht naheliegenden Argumente aus Text und Systematik der Verfassungsbestimmungen wurden in der zeitgenössischen

Literatur nicht einmal erwähnt.<sup>39</sup> Stattdessen wurde die Diskussion in einer sehr abstrakten und zum Teil auch ideologischen Weise geführt. Interessanterweise erkannten Anhänger beider Positionen, dass die Lehre vom alleinigen Gesetzgebungsrecht des Monarchen auch politisch-ideologische Gründe hatte.

Kelsen formulierte das – freilich erst nach dem Ende der Monarchie – durchaus scharf:

„[...] eine politische Theorie dir nur durch monarchistische Befangenheit der Staatsrechtslehre zu erklären ist.“<sup>40</sup>

Jellinek, als Vertreter der von Kelsen kritisierten Lehre war ebenfalls der Meinung, dass diese nicht rein juristisch, sondern politisch begründet sei:

„Für die staatsrechtliche Betrachtung ist es wichtig hervorzuheben, dass das monarchische Prinzip ein historisch-politisches ist, von dem zwar die Konstruktion der Grundlagen des österreichischen und deutschen Staatsrechts auszugehen hat, aus dem jedoch keineswegs nach Art eines juristischen Dogma's stringente Schlüsse auf die Durchführung des constitutionellen Systems sich ableiten lassen.“<sup>41</sup>

Lukas behandelte die Frage, wem das Gesetzgebungsrecht zukomme betont juristisch und nicht politisch. Trotzdem (oder gerade deshalb) meinte er, dass man bei der Beurteilung der juristischen Vorgänge bei der Gesetzgebung die Formulierung des Gesetzestexts nicht überbewerten solle:

<sup>38</sup> Zum Notverordnungsrecht siehe HASIBA, Notverordnungsrecht, PAAR, Gesetzgebung 245 – 271.

<sup>39</sup> Auch auf Intentionen des historischen Gesetzgebers gingen die Autoren des späten 19. und frühen 20. Jahrhunderts nicht ein. Dies erklärt sich vor allem dadurch, dass die Rolle des Kaisers in der (ordentlichen) Gesetzgebung bei der Entstehung der Staatsgrundgesetze von 1867 gar nicht diskutiert wurde; Neue Gesetzgebung 207, 270; HAIDER, Verfassungsausschuss.

<sup>40</sup> KELSEN, FROELICH, MERKL, Bundesverfassung 127.

<sup>41</sup> JELLINEK, Gesetz und Verordnung 212.

„Über die in so vielen Fällen geübte Praxis, die dem Monarchen in der Zeit des Absolutismus zustehenden rechtlichen Kompetenzen und Qualitäten in die Zeit des Constitutionalismus, wo ihnen jeglicher juristischer Kern fehlt, in Gestalt von juristisch belanglosen äußerlichen Formalitäten hinüberzunehmen und so den Eindruck der in der juristischen Sachlage vor sich gegangenen Änderung – wenigstens auf politischem Gebiete – abzuschwächen.“<sup>42</sup>

Auch Hans Kelsen meinte diesbezüglich, dass „der Wortlaut des Gesetzestextes bei einer Theorie der Gesetzgebung gleichgültig“ sei.<sup>43</sup>

Überhaupt fällt auf, dass es allen Autoren, die sich ausführlicher mit der Bedeutung der kaiserlichen Sanktion beschäftigen, nicht primär um eine Interpretation des positiven österreichischen Verfassungsrechts ging. Die Diskussion wurde in viel abstrakterer Weise geführt; ihr Ziel eine allgemeine Theorie der Gesetzgebung in der konstitutionellen Monarchie (deutscher Prägung). Daraus erklärt sich auch, dass weder Befürworter noch Kritiker prinzipiell daran Anstoß nahmen, dass jene Lehre, die Laband für das Deutsche Reich entwickelt hatte, auf Österreich angewendet wurde.

Auch Laband selbst zeigte zur Begründung seiner Lehre grundsätzlich und nicht am Beispiel einer konkreten Verfassung auf, dass Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl auseinanderfallen konnten:

„Es ist nicht nothwendig, daß der Gesetzgeber den Gesetzesinhalt erfindet; derselbe kann seinem ganzen Inhalt nach durch einen völkerrechtlichen Vertrag, durch eine mit der Ausarbeitung beauftragte oder freiwillig in Thätigkeit getretene Commission, durch Resolution irgendeiner Versammlung u.s.w. gegeben sein; er kann den ‚Rechtsgedanken‘ aus dem Gewohnheitsrecht, aus dem Recht eines anderen Staates,

aus der Wissenschaft u.s.w. entnehmen. Dagegen die Ertheilung des Gesetzesbefehles ist nothwendig eine That des Staates; denn sie ist eine Äußerung der Staatsgewalt.“<sup>44</sup>

## 2. Paul Laband

Um die Trennung von Gesetzesbefehl zu illustrieren, gab Laband zwei konkrete Beispiele. Das erste waren die römischen Digesten.<sup>45</sup> Der Inhalt sei schon im Moment der Niederschrift geworden, zu einem Gesetz seine sie aber erst geworden, als Kaiser Justinian die Sammlung sanktioniert habe. Abgesehen davon, dass die Schriften der klassischen Juristen bei der Kompilation der Digesten in gewissem Ausmaß inhaltlich verändert wurden, hinkt Labands Vergleich auch in anderer Hinsicht: Zunächst entspricht der zeitliche Abstand nicht der Situation in den konstitutionellen Monarchien des 19. Jahrhunderts. Dort lagen zwischen Gesetzesbeschluss des Parlaments und Sanktion des Monarchen typischerweise Tage, Wochen oder bestenfalls Monate. Als die Digesten zusammengestellt wurden, waren die Autoren der einzelnen Fragmente hingegen durchwegs schon seit mehreren Jahrhunderten tot. Auch inhaltlich trifft der Vergleich die Sache nicht genau. Das Parlament war in konstitutionellen Monarchien (in Österreich endgültig seit 1861) eine Institution, der durch das Verfassungsrecht eine zentrale und (abgesehen von den Notverordnungen) nicht substituierbare Funktion in der Gesetzgebung eingeräumt war. Justinian hätte jeden beliebigen Inhalt in Gesetzesrang erheben können und war dabei keineswegs an die Schriften der klassischen Juristen gebunden. (Das tat er in der Praxis tatsächlich in seinem Codex und später in den Novellen) daher konnte Justinian als oströmischer Kaiser die Schriften der klassischen Juristen auch kürzen, ändern oder ergänzen,

<sup>42</sup> LUKAS, Stellung des Parlaments 218, Anm. 1

<sup>43</sup> KELSEN, Hauptprobleme 417.

<sup>44</sup> LABAND, Staatsrecht, 491.

<sup>45</sup> Laband verwendet – dem Gebrauch seiner Zeit entsprechend – die Bezeichnung Pandekten.

während ein konstitutioneller Monarch des 19. Jahrhunderts an den Inhalt der Parlamentsbeschlüsse insofern gebunden war, als er diese nur annehmen oder ablehnen konnte- Auf diesen Unterschied ging Laband nicht ein.

Labands zweiter Vergleich war wesentlich passender. Er verwies auf die „Gesetze“ des deutschen Bundes, deren Inhalt durch die Bundesversammlung festgelegt wurde, die aber erst mit der Umsetzung durch die Einzelstaaten verbindlich wurden. Gerade weil dieser Vergleich durchaus treffend ist, ist es erstaunlich, dass Laband nicht ganz allgemein auf das Völkerrecht verweist. Dort wird der Akt, mit dem ein bestimmter Inhalt festgelegt wird, nämlich die Unterzeichnung eines Völkerrechtsvertrags, strikt von jenem Akt getrennt, mit dem dieser Inhalt für verbindlich erklärt wird, nämlich der Ratifikation. Es lässt sich nur darüber spekulieren, warum Laband diese Parallele nicht zog. Möglicherweise ist der Grund darin zu suchen, dass es sich hier nicht um einen Fall der Gesetzgebung handelt.

Die Vergleiche Labands hatten aber vor allem illustrativen Charakter. Sein primäre Begründung, dem Monarchen das alleinige Gesetzgebungsrecht zuzuordnen war die Überlegung, dass Gesetze nur vom Träger der souveränen Staatsgewalt gegeben werden konnten; und der einzige Träger der Staatsgewalt war für Laband eben der Monarch.<sup>46</sup>

### 3. Georg Jellinek

Jellinek übernahm grundsätzlich die Lehre Labands, setzte dabei etwas andere Akzente. Wenn das Parlament den Gesetzesinhalt beschließe, gebe es damit gleichzeitig die Zustimmung dazu, dass der Kaiser zu diesem Inhalt den Gesetzesbefehl erteile. Gleichzeitig erkläre der Monarch, wenn er den Gesetzesbefehl erteile, dass

er mit dem vom Parlament beschlossenen Inhalt einverstanden sei.<sup>47</sup>

Jellinek betonte also stärker als Laband das Moment der Willensübereinstimmung zwischen Monarch und Parlament. Er hielt aber weiter an der Trennung von Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl fest. Ebenso wie Laband ging er dabei davon aus, dass der Monarch der alleinige Träger der Staatsgewalt sei; diese habe er durch eine Verfassung zwar allenfalls eingeschränkt, aber nicht geteilt. Als alleiniger Träger der Staatsgewalt könne nur der Monarch den Gesetzesbefehl erteilen. Die Zustimmung der Volksvertretung zum Gesetzesbefehl sei zwar dessen Bedingung, aber nicht seine Ursache. Jellinek illustriert das mit einem Vergleich aus dem Privatrecht:

„Die Rechtsordnung kennt zahlreiche Fälle, in denen eine Rechtsgeschäft nur vorgenommen werden kann mit Zustimmung eines Anderen, ohne dass dieser dadurch zum Theilnehmer an dem Rechtsgeschäft selbst würde.. Der tutor z.B., der seine Zustimmung zur Eheschließung des Pupillen erteilt, hat keinen Antheil an der Eheschließung selbst, die unter allen Umständen ausschließlicher Willensakt der Nupturienten sein muss.“<sup>48</sup>

Dieser Vergleich hinkt gewaltig. Jellinek möchte zeigen, dass die Zustimmung des Parlaments ebenso wie die Zustimmung des Vormunds in seinem Beispiel nur Bedingung, nicht aber Ursache des Gesetzesbefehls bzw. der Eheschließung ist. Er vergleicht also den Monarchen mit einem heiratswilligen Minderjährigen und das Parlament mit dessen Vormund. (ein Bild das nicht so recht zum Monarchischen Prinzip passen will.) Der Vergleich passt aber nicht, will der Inhalt (die Entscheidung zu heiraten) in Jellineks Bild vom Minderjährigen ausgeht, und erst durch die

<sup>46</sup> LABAND, Staatsrecht 493–498.

<sup>47</sup> JELLINEK, Gesetz und Verordnung 316–321; siehe dazu auch PAAR, Gesetzgebung 160–162.

<sup>48</sup> JELLINEK, Gesetz und Verordnung 317.

Zustimmung des Tutors verbindlich wird. Damit entspräche die Rolle des Minderjährigen aber viel eher der des Parlaments (Festsetzung des Inhalts) und die des Vormunds der des Monarchen (Bestätigung dieses Inhalts). Die von Jellinek in seinem Vergleich angenommene Rollenverteilung ist also nicht sonderlich zutreffend. Allerdings hat er sie nicht ohne Grund gewählt; er wollte ja verdeutlichen, dass die Zustimmung des Parlaments nur Bedingung und nicht Ursache des Gesetzesbefehls ist. Wenn man aber von der richtigeren Rollenverteilung ausgeht (Minderjähriger entspricht etwa Parlament, Tutor entspricht Monarch), ist das Ergebnis von Jellineks eigenem Vergleich das genaue Gegenteil dessen, was er verdeutlichen wollte. Dann nämlich ergäbe der Vergleich, dass die Sanktion des Kaisers (wie die Zustimmung des Tutors) nur Bedingung, aber nicht Ursache der Gesetzgebung ist.

Dieser Vergleich von Jellinek ist wohl ebenso wie die Vergleiche Labands nur Illustration. Die entscheidende Begründung, im Monarchen den alleinigen Gesetzgeber zu sehen, lag auch für Jellinek darin, dass der Monarch für ihn der einzige Träger der Staatsgewalt war.<sup>49</sup>

#### 4. Josef Lukas

Lukas unterzog die Lehre von Laband und Jellinek einer detaillierten Analyse, deren Ergebnis die eindeutige Ablehnung dieser Lehre war. Dabei betonte er zunächst, dass Jellinek die Lehre Labands entscheiden weiterentwickelt hätte, in dem er das Moment der Willensübereinstimmung zwischen Parlament und Monarch betonte.<sup>50</sup> Davon ausgehend kam Luka zu dem Ergebnis, dass Parlament und Monarch im Gesetzgebungsverfahren jeweils Willenserklärungen mit identem Inhalt abgaben, nämlich mit dem Inhalt, dass die Bestimmungen des Geset-

zesentwurfs verbindlich sein sollten. Diese gleichlautenden Willenserklärungen habe Laband aber mit verschiedenen Begriffen bezeichnet (Feststellung des Gesetzesinhalts einerseits und Erteilung des Gesetzesbefehls andererseits) und damit den Anschein erweckt, es handle sich dabei um etwas Unterschiedliches. Strikt juristisch betrachtet bestehe diese Unterschiedlichkeit aber gar nicht. Es müssten beide Willenserklärungen (die des Kaisers und die des Parlaments) vorliegen, damit ein Gesetz zustandekomme. Das Gesetz werde erst durch die Sanktion des Monarchen wirksam, nicht weil diese als Willenserklärung eine andere Qualität habe als der Beschluss des Parlaments, sondern weil sie immer erst nach dem Beschluss des Parlaments erfolge:<sup>51</sup>

„Ganz verfehlt aber ist es, den juristischen Gehalt der Thätigkeit des Monarchen als ‚ertheilung des Gesetzesbefehls‘ zu bezeichnen. Denn dass die Ertheilung des Gesetzesbefehls erst dann perfect ist, wenn der Monarch gesprochen hat, ist nicht etwa deshalb der Fall, weil der Monarch den Gesetzesbefehl allein ertheilt, sondern deshalb, weil der Monarch, welcher sich mit seiner Erklärung des Wollens des Gesetzesinhalts in der Hinterhand befindet, unter den Factoren, die ihre inhaltsgleichen Erklärungen des Wollens des Gesetzesinhaltes abzugeben haben und eben dadurch den Gesetzesbefehl gemeinsam ertheilen, zeitlich zuletzt in Thätigkeit tritt.“<sup>52</sup>

Lukas kam somit zu dem Ergebnis, dass der Gesetzesbefehl von Monarch und Parlament gemeinsam erteilt wurde und die Unterscheidung von Feststellung des Inhalts und Erteilung des Befehls daher hinfällig sei.<sup>53</sup>

Lukas erklärte ausdrücklich, dass die Frage, ob der Monarch alleiniger Träger der Staatsgewalt

<sup>49</sup> JELLINEK, Gesetz und Verordnung 314, 317.

<sup>50</sup> LUKAS, Stellung des Parlaments 108–110, 218–222.

<sup>51</sup> LUKAS, Stellung des Parlaments 111–225; siehe dazu auch PAAR, Gesetzgebung 163–167.

<sup>52</sup> LUKAS, Stellung des Parlaments 220

<sup>53</sup> LUKAS, Stellung des Parlaments 123–124.

sei, nicht der (primäre) Gegenstand seiner Untersuchung sei.<sup>54</sup> Trotzdem setze er sich ausführlich mit ihr auseinander, weil die Lehre vom Monarchen als alleinigem Gesetzgeber regelmäßig die Grundlage dafür bildete, den Kaiser als alleinigen Gesetzgeber zu bezeichnen. Für Lukas war es aber ein Zirkelschluss (er nennt es auch Tautologie), eines aus dem anderen abzuleiten.<sup>55</sup> Lukas' Argumentation ist in sich schlüssig und auch aus heutiger Sicht durchwegs noch nachvollziehbar. Eines fällt dabei aber auf: Er stellt die Gleichartigkeit der Willenserklärungen von Monarch und Parlament so sehr in den Vordergrund, dass er deren Unterschiede vor allem in seinen Schlussfolgerungen ziemlich vernachlässigt.

In seiner Betonung der gleichartigen Willenserklärungen von Parlament und Monarch geht Lukas wohl von der Idee eines zivilrechtlichen Vertrags aus – was er freilich an keiner Stelle explizit angibt.

Während aber beim zivilrechtlichen Vertragsabschluss das Angebot von jedem Partner ausgehen kann, war die Reihenfolge in der Gesetzgebung zwingend vorgegeben. Der Kaiser konnte ein Gesetz nur sanktionieren, nachdem das Gesetz einen entsprechenden Beschluss gefasst hatte, aber nicht umgekehrt.<sup>56</sup> Durch diese verpflichtende Reihenfolge war der Kaiser auch inhaltlich an die Beschlüsse des Parlaments gebunden. Es war zwar seine freie Entscheidung, ob er einen Parlamentsbeschluss sanktioniert oder ablehnte, aber er konnte ihn inhaltlich nicht mehr ändern. Insofern hatte der Monarch im Gesetzgebungsverfahren weniger Gestaltungs-

möglichkeiten als ein gleichberechtigter Partner beim Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrags (der etwa auch ein Gegenangebot machen konnte). Ausgehend von dieser Überlegung wäre es nahegelegen, dem Parlament im Gesetzgebungsverfahren ein größeres Gewicht beizulegen als dem Kaiser. Das tat Lukas aber nicht – vielleicht wäre das ein allzu großer Schritt gewesen. Immerhin war schon seine Betonung der Gleichrangigkeit von Monarch und Parlament als Faktoren für die Gesetzgebung eine gravierende Änderung der herrschenden Lehre.

## 5. Hans Kelsen

Kelsen setzte sich weit weniger intensiv mit der Lehre Labands auseinander als Lukas; er kam aber im Wesentlichen zum selben Ergebnis und lehnte die herrschende Lehre ab.

Er argumentierte, dass sowohl der Parlamentsbeschluss als auch die Sanktion durch den Monarchen Voraussetzungen für das Zustandekommen von Gesetzen seien. Das Fehlen jeder dieser Voraussetzungen hindere gleichermaßen das Zustandekommen eines Gesetzes. Daher seien beide Voraussetzungen gleich wesentlich dafür.<sup>57</sup>

Die Lehre Labands hielt Kelsen insgesamt für unjuristisch. Er schrieb dazu:

„Nur die historisch-politische und nicht die formal-juristische Betrachtung kann der Sanktion des Monarchen im Gesetzgebungsverfahren eine wesentlichere Bedeutung als den übrigen Voraussetzungen der sogenannten Staatswillensbildung zuerkennen. Und wenn es das monarchische Prinzip ist, das in dieser Stellung der Sanktion sich geltend machen soll, dann muß betont werden, daß das monarchische Prinzip ein politisches, kein rechtliches ist.“<sup>58</sup>

<sup>54</sup> LUKAS, Stellung des Parlaments 98, Anm. 3, .

<sup>55</sup> LUKAS, Stellung des Parlaments 129.

<sup>56</sup> Natürlich konnte der Kaiser auch Gesetze vorschlagen, diese Vorlagen wurden nicht dadurch zu Gesetzen, dass sie vom Reichsrat beschlossen wurden; auch noch vom Reichsrat angenommene Gesetzesvorlagen des Kaisers mussten danach noch vom Kaiser sanktioniert werden, um zu Gesetzen zu werden.

<sup>57</sup> KELSEN, Hauptprobleme 413; siehe dazu auch PAAR, Gesetzgebung 163–167.

<sup>58</sup> KELSEN, Hauptprobleme 416–417.

Kelsens Kritik an Labands Lehre war insofern fundamental, als er nicht nur diese Lehre, sondern auch schon deren Ausgangspunkt (das Monarchische Prinzip) an sich als unjuristisch bezeichnete.

Ebenso wie Lukas kam Kelsen zu dem Ergebnis, dass Parlamentsbeschluss und Sanktion für die Gesetzgebung von gleicher Wichtigkeit waren. Während Lukas mit der Gleichartigkeit der Willenserklärungen argumentierte, betonte Kelsen, dass beide Voraussetzungen gleichermaßen wesentlich waren. Darauf, dass die Bestimmung des Gesetzesinhalts ausschließlich Sache des Parlaments war, ging Kelsen überhaupt nicht ein. (Lukas erwähnte das immerhin, zog aber keine Konsequenzen daraus.)

## 6. Resumee

Aus heutiger Sicht erscheint die Auffassung von Lukas und Kelsen über die Rolle des Kaisers als Gesetzgeber nachvollziehbarer und logischer als die seinerzeit herrschende Lehre. Insbesondere fällt auf, dass die Vergleiche, mit denen Laband und Jellinek ihre Auffassung zu untermauern versuchten, wenig treffsicher sind.

Dabei hat es schon etwas für sich, den Unterschied zwischen der Funktion des Parlaments und des Monarchen zu betonen, weil eben nur das Parlament den Inhalt eines Gesetzes bestimmen konnte. Den Schluss den die seinerzeitige Lehre daraus zog, scheint aber aus heutiger Sicht schwer nachvollziehbar, ja direkt widersinnig: Warum sollte gerade jener Faktor alleiniger Gesetzgeber sein, der den Inhalt des Gesetzes nicht bestimmen konnte? Das lässt sich nur vor dem Hintergrund des Monarchischen Prinzips verstehen, aufgrund dessen der Monarch als alleiniger Träger der Staatsgewalt angesehen wurde.

Jene Autoren, die das Monarchische Prinzip nicht in Zweifel zogen, bezweifelten auch nicht, dass der Kaiser alleiniger Gesetzgeber war; nur jene beiden Autoren, die auch das Monarchische Prinzip als solches in Frage stellten, kamen auch

zu dem Ergebnis, dass der Kaiser nicht alleiniger Gesetzgeber war. Das Monarchische Prinzip war also eine Art Axiom. Innerhalb des Axioms war es durchaus logisch, den Kaiser als alleinigen Gesetzgeber zu sehen; wenn man aber das Axiom selbst in Frage stellte, war plötzlich auch die Auffassung vom Monarchen als alleinigem Gesetzgeber nicht mehr haltbar.

Daher scheint es mir nicht angemessen, die Lehre Labands im Rückblick einfach als falsch zu beurteilen auch wenn aus heutiger Sicht manche Angriffspunkte bietet. Bis zum Ende der Monarchie war wohl die weit überwiegende Mehrheit der österreichischen Juristen von der Richtigkeit dieser Lehre überzeugt. Die Kritik von Kelsen und Lukas wurde kaum aufgenommen<sup>59</sup> und die Praxis entsprach bis 1918 der Lehre.<sup>60</sup> Das zeigt sich insbesondere an der Promulgationsformel, die nicht gesetzlich festgelegt war, sondern bloße Praxis war.

Die Vorstellung vom Kaiser als alleinigem Gesetzgeber war sogar so ausgeprägt, dass sie in Resten noch über das Ende der Monarchie hinaus nachwirkte.<sup>61</sup> Die ersten Gesetze der Republik wurden mit folgender Promulgationsformel publiziert:

„Kraft Beschlusses der provisorischen Nationalversammlung verordnet der Staatsrat wie folgt.“

Diese Praxis, die schon 1919 eingestellt wurde, lässt nur dadurch erklären, dass der Staatsrat als Nachfolger des Kaisers und in dieser Funktion auch als Gesetzgeber angesehen wurde.

<sup>59</sup> PAAR, Gesetzgebung 167

<sup>60</sup> Es ist eine interessante – wenn auch rein hypothetische und daher unbeantwortbare – Frage, ob sich Lukas und Kelsen mit ihrer Kritik hätten durchsetzen können, wenn die Monarchie weiter existiert hätte.

<sup>61</sup> Das letzte vom Kaiser von Österreich sanktionierte Gesetz war übrigens das Gesetz, betreffend die Gewährung von Teuerungszulagen im Jahre 1918 an die aktiven und pensionierten Lehrpersonen der öffentlichen Volks- und Bürgerschulen sowie an die Witwen und Waisen nach solchen Lehrpersonen vom 26. 8. 1918, RGBl. 319/1918.

## Korrespondenz:

DDr. Christoph Schmetterer  
 Universität Wien  
 Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte  
 Abteilung KRGÖ  
 Strohgasse 45/2d, 1030 Wien, Österreich  
 christoph.schmetterer@univie.ac.at

## Literatur:

- Edmund BERNATZIK (Hg.), Die österreichischen Verfassungsgesetze mit Erläuterungen (Wien 2<sup>1914</sup>)
- Wilhelm BRAUNEDER, Die Verfassungsentwicklung in Österreich 1848 bis 1918, in: Helmut RUMPLER, Peter URBANITSCH (Hgg.), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Bd. VII: Verfassung und Parlamentarismus, 1. Teilbd. (Wien 2000) 69–237.
- Johann SPRINGER, Statistik des österreichischen Kaiserstaates, Bd. 1 (Wien 1840).
- Hans-Wolfgang BERGERHAUSEN, Die „Verneuerte Landesordnung“ in Böhmen 1627. Ein Grunddokument des habsburgischen Absolutismus, in: HZ 272 (2001) 327–351.
- Thomas OLECHOWSKI, Rechtsgeschichte. Materialien und Übersichten (Wien 6<sup>2011</sup>).
- Die neue Gesetzgebung Oesterreichs erläutert aus den Reichsraths-Verhandlungen, Bd. 1: Die Verfassungsgesetze (Wien 1868).
- Barbara HAIDER, Die Protokolle des Verfassungsausschusses des Reichsrats vom Jahre 1867 (Wien 1997).
- Gernot HASIBA, Das Notverordnungsrecht in Österreich (1848–1917) Notwendigkeit und Mißbrauch einer „Staatserhaltenden Institution“ (Wien 1985).
- Franz HAUKE, Grundriß des Verfassungsrechts (Leipzig 1905).
- Rudolf HERRNRITT, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechtes (Tübingen 1909).
- Georg JELLINEK, Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage (Freiburg im Breisgau 1887).
- Hans KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz (Tübingen 1911).
- Hans KELSEN, Georg FROELICH, Adolf MERKL, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (Wien 1922, ND 2003).
- Paul LABAND, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 1 (Freiburg im Breisgau–Leipzig 3<sup>1895</sup>).
- 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)
- Wenzel LUSTKANDL, Gesetz, in: Ernst Mischler, Josef Ulbrich (Hgg.), Österreichisches Staatswörterbuch. Handbuch des gesamten österreichischen öffentlichen Rechtes, Bd. 2: F–J (Wien 2<sup>1906</sup>).
- Stefan MALFÈR (Bearb.), Die Protokolle des österreichischen Ministerrates 1848–1867, Abt. V: Die Ministerien Erzherzog Rainer und Mensdorff, Bd. 2 (Wien 1981).
- Helmut RUMPLER, Monarchisches Prinzip und Ministerverantwortlichkeit in Österreich und Preußen 1848–1867, in: Bericht über den elften österreichischen Historikertag in Innsbruck (Wien 1972) 68–76.
- Christoph SCHMETTERER, Geheiligt, unverletzlich und unverantwortlich. Die persönliche Rechtsstellung des Kaisers von Österreich im Konstitutionalismus, in: Journal on European History of Law 1/Nr. 2 (2010) 2–8.
- Friedrich TEZNER, Der Kaiser (Wien 1909).
- Josef ULBRICH, Das Österreichische Staatsrecht (Tübingen 1909).
- Franz WEYR, Rahmengesetze. Studie aus dem österreichischen Verfassungsrechte (Leipzig–Wien 1913).