

III. Absolute Nichtigkeit von Gesetzen und Art 140 B-VG

A. Allgemeines

Wie auch bereits aus obigen Ausführungen¹⁷⁷ ersichtlich, nähert sich die österreichische Lehre und Judikatur dem Problem allfälliger »absoluter Nichtigkeit« eines generellen Rechtsaktes *primär* über die Frage, ob eine »gehörige Kundmachung« vorliege; als maßgeblicher »Fehlerkalkül« für Gesetze bzw. Verordnungen gilt daher seit jeher Art 89 iVm Art 139, 140 B-VG.¹⁷⁸ Allerdings blieb dessen Inhalt, über die verschiedenen Änderungen dieser Bestimmungen hinweg, jedenfalls für die hL bislang außerordentlich dunkel und umstritten¹⁷⁹ – was, wäre dem tatsächlich so, die Leistungsfähigkeit eines auf das positive Recht zurückverweisenden Interpretationskonzepts wie des »Fehlerkalküls« hinsichtlich des österreichischen Bundesverfassungsrechts naturgemäß empfindlich schmälerte. Trifft aber dieser Befund der qualifizierten positivrechtlichen Verworrenheit – welcher letztlich ja sogar Zweifel an der ausreichenden Rechtmäßigkeit der betroffenen Bestimmungen selbst rechtfertigte¹⁸⁰ – überhaupt zu? Dieser Frage geht – zunächst einmal beschränkt auf *Gesetze*¹⁸¹ – lit B nach.

Ergibt sich aus Art 89 B-VG aber auch, dass das Phänomen der »absoluten Nichtigkeit« *ausschließlich* aus der Perspektive der *Kundmachung* zu erfassen wäre? Lit C widmet sich – angesichts der gerade (in Abschnitt II/C) konstatierten »intuitiven Plausibilität« insbesondere hierfür – der der Frage, ob auch eine *qualifizierte Überschreitung des Wirkungsbereiches*¹⁸² zu einer absoluten Nichtigkeit führe.

177 Abschnitt II/B/1/b/bb/β/βα.

178 Vgl die Nachweise bei *Novak*, Fehlerhaftigkeit, 15 (er selbst vertritt zwar im Prinzip einen weiteren Ansatz [vgl aaO, 32 ff], widmet jedoch gleichwohl dem Art 89 B-VG den meisten Raum [aaO, 42 ff]); vgl auch *Kneihls*, Kundmachung, 8 (»Fehlerkalkül der Art 89, 139 und 140 B-VG«).

179 Vgl nur die Qualifikation der hL noch bei *Kneihls*, Kundmachung, 7, 47f.

180 Vgl VfSlg 18.886/2009 samt dort zitierter Vorjudikatur; vgl auch etwa VfGH 30.5.2015, G 233/2014 ua.

181 Zu Verordnungen siehe unten Abschnitt V/B, Z 2 (Notverordnungen) bzw Z 3 (sonstige Verordnungen).

182 Dieser Grund wurde schon von *Novak*, Fehlerhaftigkeit, 34 f, angesprochen, allerdings in weiterer Folge nicht vertieft.

B. Kundmachungsmängel bei Gesetzen

1. Der Ausgangspunkt: Art 89 Abs 1 B-VG 1920 und seine Deutung durch *Kelsen/Froehlich/Merkl*

Art 89 Abs 1 B-VG 1920 normierte ursprünglich, in wörtlicher Übernahme des ersten Satzes des Art 7 StGG 1867/144:

»Die Prüfung der Gültigkeit gehörig kundgemachter Gesetze steht den Gerichten nicht zu.«

Daraus folgerten etwa *Kelsen/Froehlich/Merkl*¹⁸³:

»Falls die Verfassungswidrigkeit in der nichtgehörigen Kundmachung besteht, ist das Gesetz, richtiger *die sich als Gesetz ausgebende Urkunde*, von den Gerichten als *nichtig* zu behandeln, ein eigener Kassationsakt entfällt.«

Diese Folgerung verstand sich freilich überhaupt nicht von selbst, ergab sich doch aus Art 89 Abs 1 B-VG 1920 (bzw, zuvor, aus Art 7 StGG 1867/144) für den Fall eines nicht gehörig kundgemachten Gesetzes zunächst einmal nicht mehr als das kontradiktorische Gegenteil des für den komplementären Fall ausdrücklich Angeordneten, nämlich die *Nicht-Untersagung der »Prüfung der Gültigkeit«*.¹⁸⁴

Welches *Ergebnis* diese Prüfung haben könnte, war damit eigentlich noch keineswegs vorweggenommen¹⁸⁵ – insbesondere gewährte der Wortlaut des Art 89 Abs 1 B-VG keineswegs a priori für sämtliche Fälle »nicht gehöriger« Kundmachung bereits die Ermächtigung, die davon betroffenen »Gesetze« einfach »als *nichtig* zu behandeln«; überdies sagte der – inhaltlich ja auf das Jahr 1867 zurückgehende – *Begriff* der »(Un-)Gültigkeit« als solcher, in Übereinstimmung mit der seinerzeitigen

183 Bundesverfassung, 183 (HniO). Zur Tradition dieses (Kurz-, siehe gleich über nächste FN) Schlusses bereits in der Lehre zur Dezemberversaffung siehe *Gottlich*, JBl 1962, 27, do FN 19; siehe auch unten FN 191.

184 So schon *Novak*, 46 f.

185 So, mit Blick auf Art 7 StGG 1867/144, auch schon *Lenhoff*, JBl 1933, 104. Frappant kurzschlüssig dagegen *Gottlich*, JBl 1962, 26 (HniO): »So gewinnt man aus Art. 89 (1) B.-VG zwei Normen, nämlich das Verbot gehörig kundgemachter Gesetze, d.h. – vom Ergebnis her betrachtet – die Pflicht, gehörig kundgemachte Gesetze anzuwenden, und die *Pflicht zur Prüfung* ungehörig kundgemachter Gesetze, d.h. – wiederum vom Ergebnis her betrachtet – die *Entbindung* von einem Gesetzesbefehl im Einzelfall.«

»gemeinrechtlichen Theorie«, über die *genaue* »Art der Folgen fehlerhafter Akte«, zumal im öffentlichen Recht, überhaupt *nichts aus*.¹⁸⁶

2. Das Vorverständnis

Allerdings ergab sich ein der zitierten Folgerung zumindest *nahekommendes Vorverständnis* sehr wohl aus den §§ 2 bis 5 ABGB:

- ▷ Nach § 2 ABGB »[kann sich,] *sobald* ein Gesetz gehörig kund gemacht worden ist, ... niemand damit entschuldigen, daß ihm dasselbe nicht bekannt geworden sey«;
- ▷ nach § 3 ABGB »[nehmen] die *Wirksamkeit* eines Gesetzes und die daraus entspringenden rechtlichen Folgen ... *gleich nach der Kundmachung ihren Anfang*; es wäre denn, daß in dem kund gemachten Gesetze selbst der Zeitpunkt seiner Wirksamkeit *weiter hinaus* bestimmt würde«;
- ▷ nach § 4 ABGB verbanden »die bürgerlichen Gesetze« jedenfalls einmal »alle Staatsbürger der Länder, *für welche sie kund gemacht worden*« waren;
- ▷ nach § 5 ABGB »wirken [Gesetze] *nicht zurück*«.

Tatsächlich hat insbesondere § 3 ABGB noch bis in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts sowohl in der Literatur wie in der Judikatur beider Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts als Hintergrund der Interpretation des Art 89 B-VG eine Rolle gespielt.¹⁸⁷

Unter der Dezemberverfassung wurde schließlich unter »gehöriger Kundmachung« im Wesentlichen »die Aufnahme des Gesetzes in das« *jeweils passende* »Reichs- oder Landesgesetzblatt« verstanden¹⁸⁸, allerdings *ergänzt* um die in Art 10 StGG 1867/145 vorgesehenen Angaben, dh, dass das Gesetz

186 Siehe v. Hippel, Untersuchungen, 5. Vgl denn auch unten FN 209 zu einer selbst noch nach der gegenwärtigen Rechtslage vertretbaren alternativen Deutung.

187 Siehe die Nw bei Aichreiter, Verwaltungsrecht, 161 f, der freilich, von seinem auf *Verordnungen* beschränkten Thema aus zu Recht, »aus § 3 ABGB ... kein[en] Maßstab«, »wann eine VO als ›kundgemacht‹ anzusehen ist«, »abzulesen« vermochte. Vgl auch, in verwandtem Zusammenhang, die (wenngleich wohl verfehlt, siehe unten FN 337) Bezugnahme auf § 9 ABGB in VfSlg 3153/1957.

188 Denselben Schluss zieht Kneihls, Kundmachung, 32 f, aus § 7 des Patentgesetzes RGBL 1852/260, während für ihn die fehlende Berufung auf den heute von Art 48 B-VG geforderten »Beschluss des Nationalrates« die »Gehörigkeit« der Kundmachung nicht berührt, sondern lediglich eine (von ihm davon unterschiedene) Verfassungswidrigkeit begründete (siehe aaO, 50).

- (i) »mit Zustimmung des zuständigen¹⁸⁹ Vertretungskörpers zustande gekommen«,
- (ii) »von dem Kaiser sanktioniert«
- (iii) »von dem Minister kontrasigniert«

worden war.¹⁹⁰ Die genannten Stellen des ABGB – die sichtlich den Hintergrund der zu Art 7 StGG 1867/144 gebildete Lehre¹⁹¹ prägten – befasst(en) sich jedoch lediglich mit der *praktischen* Frage der »Wirksamkeit« bzw »Verbindlichkeit«, *nicht jedoch mit der theoretischen der »Geltung«*.^{191a} Genaugenommen findet sich ja selbst heute noch in Art 49 Abs 1 B-VG keinerlei Aussage über einen etwaigen Zusammenhang zwischen Kundmachung und bloßer »Geltung«¹⁹², weshalb auch seinerzeit noch etwa *Kurt Gottlich* zu der mE durchaus vertretbaren Ansicht gelangen konnte, ein Bundesgesetz trete bereits mit der Beurkundung in *Geltung*.¹⁹³

189 In Art 10 StGG 1867/145 heißt es: »verfassungsmäßigen«.

190 Siehe, auch cit, *Ulbrich*, Staatsrecht, 230 f. Während die erste Angabe auch gegenwärtig in Art 48 B-VG ausdrücklich gefordert wird, mangelt es dem geltenden Bundesverfassungsrecht an einer expliziten verfassungsrechtlichen Grundlage, auch die Publikation der übrigen beiden Angaben zu fordern (vgl *Kneihls*, Kundmachung, 10, do FN 15). Diese Elemente dürfen daher auch nicht mehr in den als solchen aus der Dezemberverfassung übernommenen Begriff der »gehörigen Kundmachung« hineingelesen werden (so schon *Klaushofer*, ÖJZ 2000, 163 f; aA noch *Gottlich*, JBl 1962, 30, aber auch etwa *Thienel*, Art 48, 49 B-VG, Rz 14). Noch weniger ginge es freilich mE an, ohne Berücksichtigung der historischen Genese unter »gehöriger Kundmachung« eine vollständige Erfüllung auch der lediglich unterverfassungsrechtlichen Bestimmungen (so aber insbesondere *Novak*, Fehlerhaftigkeit, 48) zu verstehen. ME zu Recht lehnte daher schon *Aichleitner*, Verordnungsrecht, 182, die »Gleichsetzungsthese« ab.

191 Siehe zB *Ulbrich*, Staatsrecht, 230 (HniO): »Die Prüfung gehörig kundgemachter Gesetze durch den Richter ist ausgeschlossen. ... Es muß aber der Richter allerdings prüfen, ob das Gesetz in gehöriger Form kundgemacht ist, weil nur ein gehörig kundgemachtes Gesetz den Richter und die Staatsbürger binden kann.«

191a So noch *Walter*, ÖJZ 1966, 4 f, zu §§ 3 bis 5 ABGB (»zeitlicher« bzw »personaler und räumlicher Anwendungsbereich«; HniO).

192 Anders freilich das übliche Verständnis, vgl nur etwa *Walter*, System, 317 (»Die Geltung der [Bundesgesetze] beginnt nach Art 49 Abs 1 B-VG ...«), *Thienel*, Art 48, 49 B-VG, Rz 9 f, oder *Kneihls*, Kundmachung, 3 (Kundmachung ist »Bedingung« der »Geltung« der Bundesgesetze). ME kann sich diese – traditionelle – Auffassung jedenfalls nicht auf den Wortlaut des letzten Halbsatz des Art 49 Abs 1 B-VG (»und gelten für das gesamt Bundesgebiet«) stützen, da der Fokus dieser Bestimmung klar auf der Angabe des *räumlichen*, nicht jedoch des zeitlichen Geltungsbereiches liegt.

193 JBl 1962, 28 f; zur Tradition dieser Auffassung siehe *Thienel*, Art 48, 49 B-VG, Rz 8, do FN 18. Die dagegen vorgetragene Kritik von *Novak*, Fehlerhaftigkeit, 54, do FN 180, wäre nur dann schlüssig, ließe sich Art 89 Abs 1 B-VG tatsächlich die Anordnung des Nicht-Zustandekommens, also bereits der *Nicht-Geltung* des nicht gehörig kundgemachten Gesetzes entnehmen, wie *Novak* postulierte.

3. Die Konsequenz der Auffassung von *Kelsen/Froehlich/Merkl*

Jedenfalls auf dem Boden der oben (Z 1) zitierten Auffassung von *Kelsen/Froehlich/Merkl* wären nun aber die »Gerichte« iSd Art 89 Abs 1 B-VG insoweit *nicht anders* gestellt gewesen als die »gesamte staatliche Verwaltung«, die ja, nach Art 18 Abs 1 B-VG, bis heute »nur auf Grund der Gesetze«, also ebensowenig wie die Rechtsprechung durch »Gerichte« iSd Art 89 Abs 1 B-VG »auf Grund« von sich lediglich »als Gesetz ausgebenden Urkunden« »ausgeübt werden« darf.

Auch für den VfGH aber, für den, zufolge Art 140 Abs 4 B-VG 1920, Art 89 Abs 1 B-VG hinsichtlich der »Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen« nicht galt, *brauchte* sich aus Art 140 Abs 1 B-VG 1920¹⁹⁴ *nichts anderes* zu ergeben¹⁹⁵; es stand ihm aber wohl¹⁹⁶ *auch* frei, »einen Akt, der sich« lediglich »als Gesetz ausgibt«, förmlich, und damit mit *genereller Wirkung zumindest »pro futuro«*, »zu vernichten«.¹⁹⁷

Vgl auch die Überlegungen von *Kneihls*, Kundmachung, 4, 34, 45 f, oder *Lenhoff*, JBl 1933, 104, der zwar zunächst klar zwischen dem mit der Beurkundung durch den BPräs beendeten »Rechtsschöpfungsverfahren« und der nachfolgenden Kundmachung unterscheidet, auch zugesteht, dass ein beurkundeter Gesetzesbeschluss bereits »Gesetz« sei, dann aber doch – trotz Bezugnahme auf den Wortlaut des Art 49 B-VG! – nicht nur von einem noch nicht in Kraft getretenen, sondern schlankweg von einem »geltungslosen« Gesetz« spricht und damit sichtlich, anders als *Kneihls* (aaO, 4 f, 34), begrifflich (noch) nicht zwischen »Geltung« und »Inkrafttreten« unterscheidet.

Ausgehend von der hier zugrundegelegten Deutung der »Beurkundung« iSd Art 47 B-VG als eines »Verwaltungsaktes« (siehe unten im Text um FN 405) könnte freilich sogar – der traditionellen Lehre (siehe gerade oben vorige FN) noch weiter entgegengesetzt – das Ende des »Rechtsschöpfungsverfahrens« noch *vor die Beurkundung zurückgelegt* werden.

194 »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.«

195 Cit *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung, 258: »Ausgeschlossen ist auch für den Verfassungsgerichtshof nicht die Möglichkeit, einen Akt, der sich als Gesetz ausgibt, a priori als nichtig zu behandeln, ohne eine ausdrückliche Aufhebung dieses Aktes für notwendig zu erachten.«

196 AA seinerzeit *Novak*, Fehlerhaftigkeit, 44 ff, 51: »Auch der VerfGH. hat nicht gehörig kundgemachte Gesetze als absolut nichtige Akte zu behandeln. Die Sanktion des Kundmachungsfehlers ist nicht die Aufhebung des Gesetzes als verfassungswidrig, sondern die Verneinung seiner Rechtserheblichkeit.« Ebenso schon *Gottlich*, JBl 1962, 27.

197 *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung, 258 f, behandelten dies als Regelfall, nahmen hier jedoch weites »Ermessen« des VfGH an (siehe vorvorige FN sowie