

### III. Der Weg zu VfSlg 176/1923

Das auf Antrag des Wiener Stadtsenates als Landesregierung eingeleitete und zu V 3/23 protokollierte Verordnungsprüfungsverfahren endete überraschend.<sup>41</sup> Mit einem noch am Tag der öffentlichen mündlichen Verhandlung erlassenen Erkenntnis wurde die Finanzzolltarifverordnung als gesetzwidrig aufgehoben. Damit wurde einerseits ein hochpolitisches Verfahren entschieden,<sup>42</sup> andererseits wird durch den dritten der erst in der amtlich veröffentlichten Entscheidungssammlung enthaltenen Rechtssätze<sup>43</sup> deutlich, dass es dem Gerichtshof auch um eine Weichenstellung in der Interpretation des jungen, noch weitgehend von verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung unberührten Verfassungstextes ging. Erst in der Auslegung des Art 18 B-VG als ein auch die Gesetzgebung bindendes und zu einer hinreichenden Bestimmtheit seiner Produkte anhaltendes Gebot wurde diese Regelung zu einem Spezifikum des österreichischen Verfassungsrechts.<sup>44</sup>

Dieser »leading case«<sup>45</sup> ist nicht im luftleeren Raum entstanden. Es gab begünstigende Umstände vielfältiger Art, die das vom VfGH erzielte Ergebnis und insbesondere die zum damaligen Zeitpunkt innovative Maßstabsbildung erklären. Diese sind aus dem Erkenntnis selbst nicht zu ersehen und sollen in weiterer Folge dargestellt werden.

---

41 *Wiederin*, Gespräche 761.

42 *Öhlinger*, Legalitätsprinzip 637.

43 Zur entsprechenden Praxis (auch) während der Ersten Republik vgl *Wiederin*, Leitsatz 772 f.

44 *Öhlinger*, Kelsen 409.

45 *Öhlinger*, Legalitätsprinzip 637.

## A. Keine Unterstützung durch die vorgefundene Dogmatik

Die im Verfahren V 3/23 vom VfGH maßgeblich heranzuziehende Verfassungsvorschrift war Art 18 Abs 2 B-VG. Es ist zutreffend, dass in der zentralen Passage des Erkenntnisses von Art 18 B-VG insgesamt die Rede ist und daher möglicherweise von einer Gesamtschau insbesondere mit dem ersten Absatz dieser Bestimmung auszugehen ist.<sup>46</sup> Indes war die Ermächtigung zur Verordnungserlassung durch Art 11 [Abs 1] StGG über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt<sup>47</sup> bereits altösterreichisches Rechtsgut und auf Grund der ähnlichen, wenn auch nicht gleichen Stilisierung des Art 18 Abs 2 B-VG<sup>48</sup> darf die einschlägige Diskussion aus der Zeit der Monarchie nicht ignoriert werden.

Die Interpretationsgeschichte des Art 11 [Abs 1] StGG über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt hat die Frage nach der inhaltlichen Determinierung durch das Gesetz nie berührt: Der unstrittigen Feststellung eines von der genannten Bestimmung nicht erfassenden selbstständigen kaiserlichen Verordnungsrechts<sup>49</sup>

---

46 So wohl *Kröll*, ZfV 2017, 283; auf einer Differenzierung beharrend *Mörth*, Legalitätsprinzip 181. Vgl auch *Melichar*, JBl 1954, 614, wonach der erste auf den zweiten Absatz des Art 18 B-VG »abfärbe«.

47 Die Bestimmung lautet: »Die Staatsbehörden sind innerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises befugt, auf Grund der Gesetze Verordnungen zu erlassen und Befehle zu erteilen, und sowohl die Beobachtung dieser letzteren als der gesetzlichen Anordnungen selbst gegenüber den hiezu Verpflichteten zu erzwingen.«

48 Die Bestimmung lautet in der Stamfassung: »Jede Verwaltungsbehörde kann im Rahmen der Gesetze innerhalb ihres Wirkungsbereiches Verordnungen erlassen.«

49 Statt aller *Ulbrich*, Staatsrecht 248 f, mit Hinweis auf die Verordnungserlassung als Bestandteil der Regierungsgewalt des Kaisers.

folgte eine eingehendere Diskussion über die Zulässigkeit einer Verordnungserlassung *praeter legem*,<sup>50</sup> die an der Substanz der sich entwickelnden Gesetzesherrschaft in der konstitutionellen Phase rührte.<sup>51</sup> Als notwendig und gleichzeitig hinreichend für eine Verordnungserlassung wurde regelmäßig eine besondere gesetzliche Ermächtigung angesehen,<sup>52</sup> die jedoch ihrerseits keinen wie immer gearteten Anforderungen – mit Ausnahme jener der Verfassungskonformität – entsprechen musste. Es sollte letztlich eine Willensäußerung des zuständigen Gesetzgebungsorgans als *conditio sine qua non* der Verordnungserlassung erzwungen werden, wobei der

---

50 Umfangreiche Nachweise bei *Melichar*, JBl 1954, 614 f.

51 Dementsprechend nachdrücklich die eine Zulässigkeit ablehnenden Stellungnahmen zB von *Kelsen*, JBl 1913, 232, mit dem Hinweis auf den Geist und die historischen Voraussetzungen der damaligen österreichischen Verfassung.

52 Umfangreiche Nachweise bei *Melichar*, JBl 1954, 615. Es ist demgegenüber bemerkenswert, dass mit *Žolger*, *Verordnungsrecht* 368 ff, eine gegenteilige Auffassung existiert, die eine Verordnungserlassung direkt auf der Grundlage von Art 11 [Abs 1] StGG über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt zulässt und insofern der Interpretation des späteren Art 18 Abs 2 B-VG entspricht. Der Autor verlangt jedoch selbstverständlich eine Rückführung auf ein konkretes Gesetz, innerhalb dessen sich die direkt auf Grundlage der genannten Bestimmung erlassenen Verordnungen bewegen müssen (edB 370). Fehlt es indes an einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung, die auch im Falle einer Delegation zumindest das Gebiet abgrenzt, in welchem die Verordnungsgebung tätig werden darf (edB 89), müssen diese Grenzen aus dem Gesetz insgesamt ersehen werden. Hierfür sei jedoch das »Vorhandensein einer materiellen Norm, welche einen Gegenstand, wenn auch noch so lapidar, regelt« notwendig (edB 372). Zwar können diese Ausführungen noch keineswegs als eine an die Gesetzgebung gerichtete Determinierungspflicht gedeutet werden (edB 96), jedoch sollten die verwendeten Begrifflichkeiten (»materielle Norm«; »Regelung des Gegenstandes«) in weiterer Folge für die das Verfahren V 3/23 bestimmende Rechtslage relevant werden (vgl va unter III.B.1. und 2.).

strikten Gebundenheit der – wenn auch noch nicht gesamten – staatlichen Verwaltung eine unbeschränkte Freiheit der Gesetzgebung im konkreten Ausmaß der inhaltlichen Bindung gegenübersteht.<sup>53</sup> Damit sind aber auch ausschließliche Delegations- bzw Ermächtigungsgesetze unproblematisch,<sup>54</sup> weil es – auch im Sinne der Stufenbaulehre<sup>55</sup> – ausschließlich auf das übergeordnete Gesetz als bedingende und die Verordnung als bedingte Norm ankommt.<sup>56</sup> Ein bestimmtes Maß an inhaltlicher Vorherbestimmung der letzteren könnte allenfalls positivrechtlich angeordnet werden, was aber im Hinblick auf Art 11 [Abs 1] StGG über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt nie in den Blick

---

53 Deutlich zB *Merkel*, JBl 1916, 399: »So, wie die Verordnungsgewalt durch die österreichische Verfassung konstituiert ist, hat sie nur eine Schranke, das Gesetz; innerhalb des Rahmens des Gesetzes hat aber die Verordnungsgewalt so viel Bewegungsfreiheit, als der Rechtsanwendung freies Ermessen offen gelassen ist.« Zu diesem Ermessen hält *Merkel* lapidar fest: »Die Weite oder Enge der Fassung steht selbstverständlich im Belieben des Gesetzgebers.« (ebd 399 Fn 4).

54 *Žolger*, *Verordnungsrecht* 84 ff, 91 f. Vgl auch *Kelsen*, JBl 1913, 230: »Da dem Gesetze im formellen Sinne jeder beliebige Inhalt gegeben werden kann, ist die Möglichkeit vorhanden, in Gesetzesform im einen oder anderen Falle die sogenannte Bildung des Staatswillens, die Rechtserzeugung, wenigstens materiell anderen als den gesetzgebenden Faktoren zu übertragen. Man spricht in einem solchen Falle von einer Delegation.« *Kelsen* führt dies in weiterer Folge am Beispiel Gesetz – Verordnung aus. Vgl aber auch *Walter*, *Aufbau* 40.

55 *Kelsen*, JBl 1913, 232: »Die österreichische Verfassung ist die vollkommene Realisierung des Prinzips, daß alles materielle Gesetz ein formelles Gesetz sein muß, außer wenn in einem formellen Gesetz die Delegation an die Exekutive ausgesprochen ist. Und sofern die Bedeutung solcher Delegation für die juristische Konstruktion erkannt ist, kann auch die österreichische Verfassung zur Exemplifikation des Dogmas dienen: daß die notwendige Form des Rechtssatzes das Gesetz ist.«

gekommen ist. Es handelt sich letztlich um einen formellen Gesetzesvorbehalt,<sup>57</sup> der als solcher die Vormachtstellung des Parlaments gegenüber (Teilen) der Verwaltung gewährleistete und selbstverständlich auch eine strenge Determinierung der Verordnungsgebung ermöglichte,<sup>58</sup> die Gesetzgebung dieses verfassungsrechtliche Angebot jedoch auch ausschlagen konnte.

Der staatsrechtliche Umbruch des Jahres 1918 und die Erlassung des B-VG 1920 als rechtlicher Schlusspunkt haben zwar den in Rede stehenden Gesetzesvorbehalt nicht unberührt gelassen, diesen aber letztlich in dem hier in Rede stehenden Aspekt nicht verändert. Zunächst sollte durch § 7 Staatsgründungsbeschluss 1918 das Verordnungsrecht beim Staatsrat konzentriert werden,<sup>59</sup> was jedoch ein untauglicher Versuch war<sup>60</sup>

---

57 Zu den Gesetzesvorbehalten des StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger vgl. jüngst *Pöschl*, Dogmatik 45 ff., 53 f., sowie *Potacs*, Interpretation 61 ff. Aus den in diesen Beiträgen enthaltenen Überlegungen ergibt sich, dass jedenfalls im Grundrechtsbereich die bloße Erlassung eines – als vernünftig und freiheitssichernd geltenden – Gesetzes nur mit Einschränkungen als nicht weiter zu hinterfragender, hinreichender Grund für Grundrechtseingriffe galt. Dieser über die einzelnen Bestimmungen, aber auch die Entstehungsgeschichte vermittelte Zugriff auf die Gesetzgebung selbst, lässt sich für den hier in Rede stehenden Gesetzesvorbehalt des Art 11 [Abs 1] StGG über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt jedoch nicht übertragen.

58 Vgl. bereits Fn 53. Zu Art 18 Abs 2 B-VG vgl. *Merkl*, ZfV 1921, 215: »Ein inhaltlich stark erfülltes Gesetz mag ja einerseits den Vollzugscharakter der auf ihm gegründeten, in seinem Rahmen ergehenden Verordnung besonders augenfällig machen, so daß sich die rechtsschöpferischen Elemente dieser Verordnung, die gewiß nicht fehlen, weit zurücktreten und stark verdunkelt werden.«

59 Deutlich und instruktiv zu den Motiven die Berichterstattung von *Karl Renner* (StProtPNV 31 f.).

60 Vgl. *va Merkl*, Verfassung 102; vorsichtiger *Kelsen*, Verfassungsgesetze 1, 22 ff.

und durch die Verfassungsnovelle 1918 wieder beseitigt wurde.<sup>61</sup> Die Verordnungserlassung ausschließlich »auf Grund der Gesetze« galt jedenfalls als selbstverständlich.<sup>62</sup> In den meisten Vorentwürfen zum B-VG 1920 findet sich bereits die Zweiteilung in eine allgemeine Klausel, wonach die »Regierungs- und Vollzugsgewalt des Bundes« nur auf Grund der Bundesverfassung bzw der Bundesgesetze ausgeübt werden darf, und die an Art 11 [Abs 1] StGG über die Ausübung der Regierungs- und der Vollzugsgewalt angelehnte Ermächtigung zur Verordnungserlassung<sup>63</sup>, nunmehr allerdings »im Rahmen der Gesetze«.<sup>64</sup> Auf eine Anregung von *Hans Kelsen* im Verfassungsunterausschuss<sup>65</sup> geht schließlich die gegenüber der »Regierungs- und Vollzugsgewalt des Bundes« weitere Formulierung der »gesamten staatlichen Verwaltung« zurück.<sup>66</sup>

Die staatsrechtliche Doktrin der jungen Republik zeigte sich von diesen Veränderungen unbeeindruckt, was sich insbesondere in einer ausführlicheren Stellung-

61 Dazu *Kelsen*, Verfassungsgesetze 2, 143; *Merkl*, Verfassung 102 f. Vgl auch später bei Fn 299.

62 Vgl die mehrmalige Verwendung dieser Formulierung durch *Renner* (Fn 59) 32.

63 Der historisch erklärbare, jedoch als unzweckmäßig empfundene Begriff »Vollzugsanweisung« (vgl nur *Kelsen*, Verfassungsgesetze 1, 24; *Merkl*, Verfassung 104 ff) wurde schließlich aufgegeben.

64 *Ermacora*, Entwürfe 118 f [Kelsen I–VI, wobei teilweise die Verordnungsermächtigung fehlt; vgl dazu Fn 68], 344 f [Mayr, Daneberg und »Evidenz-Exemplar«], bzw *ders*, Quellen 121 [Linzer Entwurf].

65 *Ermacora*, Quellen 477.

66 Die von *Merkl*, JBl 1931, 386, hervorgehobene Leistung *Kelsens* bestand jedoch nicht bloß in dieser – durchaus nicht bedeutungslosen – Umformulierung, sondern insbesondere darin, dass dem späteren Art 18 Abs 1 B-VG in seinen Verfassungsentwürfen der Weg bereitet wurde.