



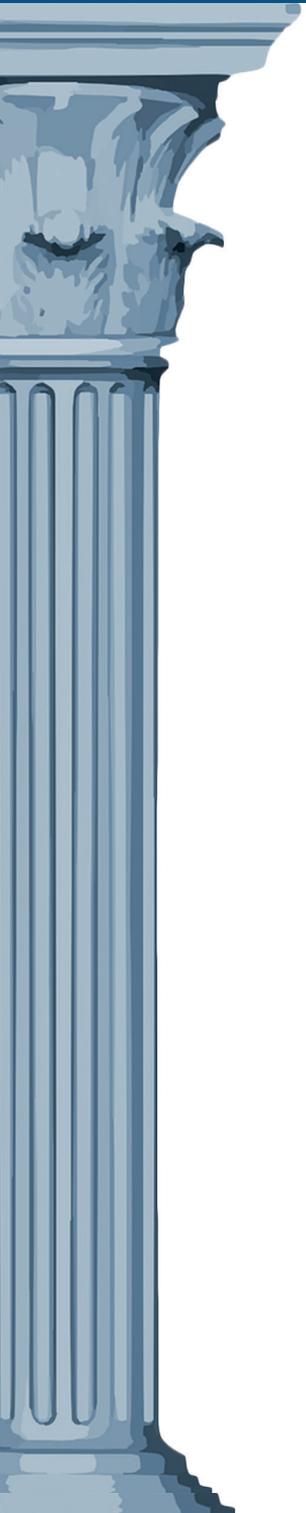
VERLAG DER
ÖSTERREICHISCHEN
AKADEMIE DER
WISSENSCHAFTEN

Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs

Zeitschrift der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs der
Österreichischen Akademie der Wissenschaften

13. Jahrgang
Heft 1 / 2023

Redaktion:
Forschungsstelle für
Rechtsquellenerschließung
der Universität Wien



Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs

Zeitschrift der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs der
Österreichischen Akademie der Wissenschaften

13. Jahrgang
Heft 1 / 2023

Redaktion:
Forschungsstelle für
Rechtsquellenerschließung
der Universität Wien

Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs

Zeitschrift der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs
der Österreichischen Akademie der Wissenschaften

Herausgegeben von
Thomas OLECHOWSKI, Wien

gemeinsam mit
Gerhard AMMERER, Salzburg
Elisabeth GREIF, Linz
Herbert KALB, Linz
Gerald KOHL, Wien
Gabriele HAUG-MORITZ, Graz
Christian NESCHWARA, Wien
Eva ORTLIEB, Graz
Ilse REITER-ZATLOUKAL, Wien
Philipp SCHEIBELREITER, Wien
Martin P. SCHENNACH, Innsbruck
Arno STROHMEYER, Salzburg
Gunter WESENER, Graz
Ewald WIEDERIN, Wien
Anita ZIEGERHOFER, Graz

Internationaler wissenschaftlicher Beirat
Karolina ADAMOVIĆ, Prag – Kinga BELIZNA BÓDI, Budapest
Gary B. COHEN, Minneapolis – Heinz DUCHHARDT, Mainz – Thomas DUVE, Frankfurt a.M.
Andrzej DZIADZIO, Krakau – Tomáš GABRIŠ, Tyrnau – Michael GEHLER, Hildesheim
Andreas GOTTMANN, Rom – Andrzej GULCZYŃSKI, Posen – Karl HÄRTER, Frankfurt a.M.
Eszter HERGER CSABÁNE, Pécs – Borut HOLCMAN, Marburg a.d.D. – Janez KRANJC, Laibach
Barna MEZEY, Budapest – Janwillem OOSTERHUIS, Maastricht
Jana OSTERKAMP, München – Frank SCHÄFER, Freiburg i.Br. – Clausdieter SCHOTT, Zürich
Dieter SCHWAB, Regensburg – Wolfgang SELLERT, Göttingen – Istvan SZABO, Budapest
Juraj ŠEDIVÝ, Pressburg – Katja ŠKRUBEJ, Laibach – Jaromir TAUCHEN, Brünn
Christopher THORNHILL, Manchester – Robert Christian VAN OUYEN, Lübeck/Berlin
Stephan WAGNER, Halle a.d.S. – Alain WIFFELS, Leiden/Louvain-la-Neuve

Redaktion
Christoph SCHMETTERER (Chefredakteur) Emilie WITT-DÖRRING
Valerie REITER-ZATLOUKAL (Lektorat)
Forschungsstelle für Rechtsquellenerschließung der Universität Wien,
Sonnenfelsgasse 19, 1010 Wien

<http://www.rechtsgeschichte.at/beitraege>

Die verwendete Papiersorte ist aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff hergestellt,
frei von säurebildenden Bestandteilen und alterungsbeständig.
Als internationale wissenschaftliche Zeitschrift mit peer-review von der ÖAW gefördert

Alle Rechte vorbehalten

ISBN 978-3-7001-9410-1

ISSN 2221-8890

Copyright © 2023 by

Österreichische Akademie der Wissenschaften, Wien

Druck und Bindung: Prime Rate, Budapest

<https://hw.oeaw.ac.at/9410-1>

<https://verlag.oeaw.ac.at>

Inhaltsverzeichnis

Ivo CERMAN, Budweis Die juristische Argumentation in den böhmischen Robotpatenten 1680–1738	5
Kathrin GROH, München Grundrechte in Gänsefüßchen. Kelsens (un-)schlüssige Beziehung zu den „sogenannten Grund- und Freiheitsrechten“	21
Christian NESCHWARA, Wien Mathias Wilhelm (Virgilius) Haan (1737–1816) – ein Richter als Gesetzgeber Sein Erst-Entwurf zum Strafgesetz von 1803 – ein Editionsprojekt	35
Thomas OLECHOWSKI, Wien 26 Tage Regierungschef Der Kurzzeit-Ministerratsvorsitzende Ludwig von Holzgethan.....	49
Jana OSTERKAMP, Augsburg Gemeinsames Erbe, getrennter Aufbruch Verfassung, Demokratie und Verfassungsgerichtbarkeit nach 1918.....	71
Christoph SCHMETTERER, Halle an der Saale Von mandatum zum Bevollmächtigungsvertrag.....	81
Peter TECHET, Freiburg im Breisgau Rechtslage im Kinowesen in der Ersten Republik Zensur- und Länderkompetenzfrage in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes.....	101
Tätigkeitsbericht KRGÖ und FRQ im Jahr 2022.....	119

Ivo CERMAN, Budweis

Die juristische Argumentation in den böhmischen Robotpatenten 1680–1738*

The Legal Reasoning in the Bohemian Robotpatents 1680-1738

*The article discusses the legal reasoning in the “Robotpatente”, which were issued for serfs in Bohemia between 1680 and 1738. Of special interest is the position of ‘natural equity’ (natürliche Billigkeit) in the hierarchy of legal norms within the text and the position of the whole “Robotpatente” within the hierarchy of norms in Habsburg Bohemia. Reflections on natural equity were based on Roman law, rather than on secular natural law theories. I argue that the “Robotpatente” were not aimed at changing present customary law and practical rules, their aim was to step in when laws and customs were silent. In the hierarchy of legal norms in the “Robotpatente” of 1680, 1717 and 1738 itself, ‘natural equity’ always came last. Its role was not to change or exclude the current rules, but to fill in the gaps between them. It is only in the great “Restored Robotpatent” of 1738 that the role of natural equity is differentiated. It is divided into four sections – while natural equity is used in the traditional way in the sections one and two, which regulate the relations between peasants and their landlords, it is almost missing in the section three, which is on the relations to the sovereign. Moreover, it is differentiated in section four, which discusses the implementation. Here, the role of “natural equity” is foreseen only in chaotic accidental cases which defy all known rules. All written laws, *urbaria* and customary rules took precedence over natural equity. Even though the “Robotpatente” adjudicated all “ancient privileges” to be cancelled, it put forward “*legal urbaria*” as the best safeguard of justice for the peasants.*

Keywords: Bohemia – codification – equity – natural law – Roman law – serfdom

Die zwischen 1680 und 1738 erlassenen böhmischen Robotpatente wurden immer wieder als wirkungslos qualifiziert. Wenn man den Haupt-sinn der Patente in der Durchsetzung der Drei-Tage-Regel für die Robot sehen würde, müsste man wirklich ein Versagen konstatieren. Diese Einschätzung beruht jedoch auf der falschen – und häufig unausgesprochenen – Voraussetzung, dass sie erlassen worden seien, um die darin angesprochenen Missbräuche in den Unterta-

nenverhältnissen völlig zu beseitigen. Eine detaillierte Rekonstruktion aller Sprach- und Länderversionen, welche wir unserer Edition der Dokumente zur böhmischen Leibeigenschaft¹ zu Grund gelegt haben, zeigte jedoch, dass in den kritischen Punkten immer wieder eine Hierarchie der Normen vorliegt, in der die Robotpatente stets den letzten Platz einnehmen. Das „Neue“, was in den Patenten verfügt wurde, sollte nur dann zu Wort kommen, wenn alle bestehenden lokalen Regeln schwiegen. Es ist das Anliegen

* Der Aufsatz entstand im Rahmen des Forschungszentrums Habsburkové v dějinách českých zemí raného novověku [Die Habsburger in der Geschichte der Böhmisches Länder in der Frühen Neuzeit] der Philosophischen Fakultät der Südböhmischen Universität zu Budweis.

¹ CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft. Im Weiteren wird auf Dokumente aus dieser Edition nach der Nummer verwiesen.

dieses Aufsatzes, diese These durch eine Analyse der genannten Hierarchien darzulegen und zu sehen, welche juristischen Argumente zur Begründung der neuen Regeln herangezogen wurden.

Das Ziel dieser Rechtsnormen war also, eine neue Regelung nur dort einzuführen, wo es früher gar keine gegeben hatte. In diesem Sinne begegnen wir in den Robotpatenten einer ähnlichen Argumentationslinie wie in dem berühmten § 7 des ABGB, nach dem auf die „natürlichen Grundsätze“ erst dann zurückzugreifen ist, wenn gesetztes Recht und Präzedenzfälle schweigen.

Eine Einschätzung, welche die Robotpatente als bedeutungslos ansieht, lässt außer Acht, wie neu die Methode der Erlassung allgemein-geltender Rechtsnormen war und wie misstrauisch Zeitgenossen dieser unerprobten Neuerung begegneten. Die Robotpatente wurden als „Generalia“ bezeichnet, weil gerade ihre generelle Geltung aus Sicht der Zeitgenossen ihren auffälligsten Aspekt darstellte. Die oben gestellte Frage nach der Hierarchie der Rechtsnormen bezieht sich also auf die Stellung der generellen Normen in diesen frühen Experimenten mit einer systematischen Kodifikation. Erst in dem letzten und finalen Verneuertem Robotpatent von 1738 wurde normiert, dass es alle vorherige Gesetze und Verordnungen bezüglich der Untertanen außer Kraft setzte. Es stellt sich daher eine zweite Frage, nämlich die nach der juristischen Logik einer Regelung, mit der den alten Urbaren und Gewohnheiten eine Vorrangstellung eingeräumt wurde – und das, obwohl alle „alten Privilegien“ und älteren Rechtsnormen der Vorrangstellung des Verneuertem Robotpatents widersprachen.

Mit Blick auf die Geschichte der Kodifikation lohnt es sich, ein paar Worte zur Gattung „Robotpatente“ zu sagen. Die ersten Robotpatente von 1680 und 1717 wurden nämlich nicht mit diesem Begriff bezeichnet. Ganz im Gegenteil trugen sie gar keinen Titel. Weitere Rechtsnormen bezeichneten das erste Robotpatent vom 28. Juni 1680 als

„Pardubitzer Pragmatica“ oder „königliche Pragmatica“. In den Texten der Robotpatente selbst ist die Gattung schlicht als „Generalia“ bezeichnet, weil sie den ersten Versuch einer allgemein geltenden Regelung darstellten. Das erste Dokument, welches explizit als „Robotpatent“ bezeichnet wurde, war das „Verneuerte Robotpatent“ von 1738.² Vorher verwendete nur die tschechische Fassung des improvisierten Patents, welches während des Aufstands von 1716 erlassen wurde, den Ausdruck „Patent stran roboty“ [Patent bezüglich der Robot].³ Wurde das Wort „Patent“ ohne eine nähere Konkretisierung verwendet, bedeutete dies, dass es sich um ein Dokument handelte, welches im absolutistischen Frankreich als „lettres patentes“ (Plural) bezeichnet wurde. Solche „Patente“ wurden von der Kanzlei als „offene“, d.h. nicht geheime Briefe, der Öffentlichkeit bekannt gemacht.

Naturrecht in der Habsburgermonarchie

Es wäre zunächst logisch vorauszusetzen, dass man zuerst eine juristische Theorie zur Gleichberechtigung aufstellte, bevor man diese in die legislatorische Praxis umsetzte. Wurde also der Versuch einer Regelung der Untertanenverhältnisse durch rechtstheoretische Überlegungen über die Gleichheit vor Gesetz motiviert? Im 17. Jahrhundert findet man solche theoretischen Überlegungen in den säkularen Theorien des Naturrechts; diese wurden jedoch in der Habsburgermonarchie noch nicht unterrichtet. Die Juristen, welche versuchten, die Rechte der Leibeigenen in Böhmen zu sichern, gingen eher vom römischen Recht aus. Die Überlegungen zur Frage, ob die Untertanen in Böhmen Leibeigene seien, wurden nämlich auch mittels eines Vergleichs mit den römischen Sklaven geführt. Jedoch bot das römische Recht auch naturrechtliche Auffassungen, welche genutzt werden konnten, wenn

² Ebd. Nr. 7.1.–2.

³ Ebd. Nr. 6.3.

man keine Begründung im geltenden Recht fand oder wenn man Gewohnheitsrecht brechen wollte. Außerdem verwendeten innovative Juristen häufig allgemeine Begriffe wie „natürliche Billigkeit“, welche in keinen bestimmten theoretischen Kontext eingebettet wurden. Der Begriff „natürliche Billigkeit“ wurde eigentlich schon vor Hugo Grotius verbreitet und fand Anwendung für eine breite Skala von Themen, wie zwischenstaatliche Beziehungen, Kirchenverhältnisse oder die Behandlung der Untertanen.

Den ersten Versuch einer Anwendung der naturrechtlichen Argumentation in Böhmen stellt der Fall Rosina Müller dar, welche vom Advokaten Ignaz Franz Tham aus Prag verteidigt wurde.⁴ 1665 bestellte Hans Adam Freiherr Herzan von Harras bei ihm eine Revisionschrift, in welcher er die Freiheit dieses jungen Mädchens aus der freien Bergstadt Sankt Catharinaberg verteidigen sollte. Herzan war nämlich aufgrund der Klage eines anderen Adligen zu einer hohen Buße verurteilt worden, weil er diese ehemalige Leibeigene angeblich „gestohlen“ hatte. In der von Tham verfassten Schrift argumentierte er, dass aufgrund des römischen Rechts alle Menschen von Natur aus frei geboren seien: „Natura enim omnes liberi nascimur.“⁵ Diese Tatsache solle als Prämisse in dem Gerichtsstreit akzeptiert und im Zweifelsfalle zugunsten der Freiheit des Einzelnen entschieden werden. Dieses Prinzip, welches Tham als „favor libertatis“ bezeichnete, sei dem Prinzip „in dubio pro reo“ ähnlich, wobei sich Tham wieder auf das römische Recht stützte, nämlich auf die Digesten.⁶ Da der Herrscher nicht

verpflichtet war, ein solches Prinzip zu akzeptieren, argumentierte Tham, dass die „natürliche Billigkeit“ ihn dazu verpflichtete. Er führte aus: „Folgendte der blosse Orth, wider Euer May[estät] allergnädigst ergangene Novellam sub E.⁷ nicht hat praeiudiciren, sondern klar erhellet, der in denen Rechten hochberührte vnd in der natürlichen Billigkeit selbst, cum natura omnes liberos produxerit, wohlgegründete Favor der vnschätzlichen Libertet, auch von sich selbst, cum causa libertatis publica sit, Euer May[estät] allergnädigster Schutz erfordert.“⁸

Zur Zeit dieses Gerichtsstreits wurde jedoch verlangt, dass Personen niederen Standes ihre Freiheit beweisen mussten, weshalb dieser frühe Versuch einer Umdrehung der Prämissen scheiterte. Der Text von Thams Revisionschrift verrät jedoch, dass der Jurist die naturrechtlichen Argumente nicht direkt aus dem römischen Recht, sondern aus humanistischen Spruchsammlungen schöpfte. Er verwies auf Werke von Humanisten, welche noch vor Grotius tätig waren: Gregorius Tholosanus (Pierre Grégoire, ca. 1540–1597), Giason de Mayno (Jason Maynus, 1435–1519), Johannes Schneidewein (1519–1568), Jacobus Menochius (Giacomo Menochio, 1532–1607) und Mario Nizolio (1498–1576).

Der erste Hinweis auf Grotius erschien in der böhmischen juristischen Literatur in der Dissertation von Matthias Malanotte de Caldes im Jahre 1664.⁹ Nach dem großen Bauernkrieg von 1680 wurde dieser zum neuen königlichen Prokurator ernannt und in einer Instruktion von 1681,¹⁰ welche auf das Robotpatent von 1680 reagierte, neuerlich mit dem Schutz der Untertanen gegen ihre

⁴ CERMAN, Einleitung, in: Ebd. 5–83, hier 55.

⁵ Institutiones 1, 2: „Iure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascebantur.“; Institutiones I.5. „[...] cum iure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio, cum servitus esset incognita.“

⁶ Digesta 50, 17, 122: „Libertas omnibus rebus favorabilior est.“

⁷ Verordnung Kaiser Ferdinands III. vom 20. 7. 1652. Vgl. CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft Nr. 5.1.a.

⁸ CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft Nr. 1.12.

⁹ MALANOTTE DE CALDES, Disputatio canonico-civilis de iure belli; vgl. KLABOUCH, Osvícenské právní nauky 177–197.

¹⁰ CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft Nr. 4.3.

eigene Obrigkeit beauftragt. Es sind jedoch von ihm keine Gutachten betreffend die Untertanenverhältnisse bekannt, weshalb sich nicht beurteilen lässt, welche juristischen Argumente er verwendete.

Das erste Robotpatent von 1680 stellte eine eher improvisierte Reaktion auf die Forderungen der rebellischen Bauern dar, welche vielleicht von den Untertanenverhältnissen auf den Kammergütern inspiriert wurde, die kurz vorher in einer Reihe der Instruktionen neu geregelt worden waren. Diese Instruktionen, welche auch die drei-Tage-Regel beinhalteten, dienten als Vorlage für das Patent. Mit dem Erlass dieses Patents begann eine hektische Suche nach einer akzeptablen Kodifikation der Regeln für Untertanen, welche erst mit dem Verneuertem Robotpatent von 1738 endete.

In diesem Zeitraum wurden die Klassiker des Naturrechts nur einmal zitiert, als der Kameralist Christian Julius Schierl von Schierendorf in seiner Reformschrift versuchte, die Legalität der böhmischen Leibeigenschaft zu widerlegen. Dabei zitierte er „Grotius De jure belli et pacis lib. 3 cap. 7 § 9“, um zu beweisen, dass nur Kriegsgefangene gesetzmässig versklavt werden dürften.¹¹ Die Rechtslage der Leibeigenen behandelte in weiterer Folge der Professor der Ferdinand-Karl Universität Ignaz Nikolaus Königsmann erneut in seinen „Prolegomena juris“ von 1737.¹² Königsmann stützte sich jedoch ebenso auf das römische Recht, weil er glaubte, dass die Rechtslage der Leibeigenen nur in negativen Begriffen

dargestellt werden könne. Man könne nämlich nur die ihnen entzogenen Befugnisse aufzählen. Diese Auffassung würde aber, seiner Meinung nach, der römischen Definition der Freiheit als Erlaubnis, alles zu tun, was die Gesetze oder Gewalt nicht verbieten, widersprechen: „*Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibetur.*“¹³

Das Robotpatent von 1680

Die ersten Untertanenpatente von 1680 waren zwar improvisierte Reaktionen, aber sie beinhalteten auch Stellen, an denen mit der „natürlichen Billigkeit“ argumentiert wurde. Es ist nicht uninteressant, dass das Robotpatent vom Referendar der Böhmisches Hofkanzlei Johann Konstantin Tham unterschrieben wurde. Er war nämlich der Bruder des obenerwähnten Advokaten, welcher das Argument des „*favor libertatis*“ anwendete. Die frühere Historiographie glaubte, dass das Patent von Ignaz Franz Tham selbst unterschrieben wurde.¹⁴ Wenn wir uns die im Robotpatent vorzufindende Argumentationslinie jedoch näher ansehen, finden wir, dass hier negative Maßnahmen wie Verbote und positive wie Erlaubnisse herangezogen wurden. Neue Maßnahmen wurden jedoch in eine Hierarchie der Normen eingebettet, in welcher die natürliche Billigkeit stets den letzten Platz einnahm.

Das erste Untertanenpatent vom 22. März 1680¹⁵ regelte die Robot noch nicht. Juristisch wichtig ist

¹¹ NA Praha, Bořkova sbírka (Borscheks Sammlung), Bořeks Miscellanea, die Dreißigbändige Reihe, Buch XIX, Christian Julius Schierl von Schierendorf, Unpartheyische Anmerckung pag. 337–413, hier 337.

¹² KÖNIGSMANN, Prolegomena 109–110; CERMAN, Nicolaus Ignaz Königsmann 194.

¹³ KÖNIGSMANN, Prolegomena 110.

¹⁴ Das Robotpatent wurde nämlich nur mit den Initialen „J. Tham“ unterschrieben, welches I und J bezeichnen kann. Auf einigen von uns untersuchten Abschriften des Robotpatents steht eindeutig „Joh. Tham“ und diese Unterschrift gibt es auch auf anderen Patenten, welche die Böhmisches Hofkanzlei damals erlassen hat.

Obwohl die tschechischen Editionen in dem Robotpatent den Namen nicht ausgeschrieben haben, wurde im Namensregister immer nur Ignaz Franz Tham angeführt. Der Name wurde zuerst in meiner 2019 erschienen Edition der Robotpatente korrigiert. Vgl. ČÁŇOVÁ, Prameny k nevolnickému povstání; ČECHURA, Selské rebelie roku. Zu Thams Position als Advokat bei der Landtafel vgl. BURDOVÁ, Úřad desek zemských 373; CERMAN, Böhmisches Robotpatente 228–287.

¹⁵ CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft, Nr. 2.2.a. Früher veröffentlicht in KALOUSEK,

es nur deshalb, weil es die Geltung der Privilegien aus der Zeit vor 1618 kassierte und dann den Instanzenzug für das Einreichen von Beschwerden der Untertanen festsetzte. Da die Beschwerden nun bei den Kreishauptleuten eingebracht werden sollten, wurden diese implizit auch mit dem Schutz der Untertanen beauftragt.

Die Robot wurde erst in der „Pardubitzer Pragmatica“ vom 28. Juni 1680 geregelt.¹⁶ Die Untertanen wurden durch die negativen Maßnahmen in den Punkten 4, 5, 6, 7, 9 und 10 geschützt. Diese Verbote richteten sich gegen Missbräuche durch die Obrigkeiten, die den älteren Rechtszustand ausgenutzt hatten, um mehr Arbeit aus ihren Untertanen herauszupressen. Sie scheinen völlig improvisierte Reaktionen auf Beschwerdeschriften zu sein. Die Verfügung über unbillige Robot an neuerworbenen Grundstücken in Punkt 9 bestätigte jedoch die Gebundenheit eines Leibeigenen an den Boden indirekt, da hier normiert war, dass die Untertanen nur dort Robotdienste leisten sollten, „wo sie dem Grund ankleben und untertänig seyn“.¹⁷ In der tschechischen Übersetzung des Robotpatents wurden die in der Einleitung gebrauchten Worte „Pflicht, Treue und Gehorsam“ als „wiernost a poslussnost a prawie człowiczeństwj“ übertragen, und somit wurde der Ausdruck „Leibeigenschaft/człowiczeńswj“ auch in den Text des Robotpatents übernommen.¹⁸ Es ist weiters interessant, dass die Aufzählung der rebellierenden Stände in der tschechischen Fassung auch die „kmetniczy“ (Leibeigene) einschließt, die im deutschsprachigen Original fehlen.

Von besonderer Relevanz sind auch die strafrechtlichen Maßnahmen in den Punkten 7 und 10, weil sie den Schutz des Lebens garantieren.

Beide beziehen sich auf Gewalt gegen den Leib, also auf schwere Kriminalverbrechen. In Punkt 7 werden die Obrigkeiten zu Rücksicht bei Strafen gegen die Untertanen angehalten, damit diese nicht an der Gesundheit oder gar am Leben geschädigt würden. Zugleich wird betont, dass halsbrüchige Verbrechen nach den Verfügungen der Verneuertten Landesordnung 1627 gerichtet werden sollten.¹⁹ Diese Verfügung des Robotpatents verbietet es den Obrigkeiten implizit, nach eigener Willkür zu strafen. In Punkt 10 werden die Obrigkeiten ermahnt, eine schlechte Behandlung ihrer Untertanen zu unterlassen. Diese Maßnahmen verweisen auf eine gesetzliche Regelung der Tatbestände, die dem königlichen Prokurator und den Statthaltern aus ihrer gerichtlichen Praxis bekannt waren. Interessant ist dabei, dass Punkt 10, der die Milde gegenüber den Untertanen vorschreibt, mit wirtschaftlichen Argumenten begründet wird, denn der Untertan solle dem gemeinen Wesen erhalten bleiben. Das Naturrecht wurde dazu nicht herangezogen. In der Einleitung zum Robotpatent wird jedoch auch indirekt religiös argumentiert, und zwar insofern, als Kaiser Leopold I. hier erklärte, er fördere keine grausamen Handlungen der Obrigkeiten, die „Christ-Liebe, Recht, und natürliche Billigkeit“ verletzen.²⁰ Die religiösen Argumente für eine milde Behandlung entfalteten sich aber erst im „zweiten Robotpatent“ vom 22. August 1681 völlig.²¹ Der Rekurs auf „natürliche Billigkeit“, welcher hier auftaucht, zeigt, dass man die juristische Neuigkeit mit naturrechtlichen Argumenten zu begründen versuchte. Die natürliche Billigkeit wird jedoch erst nach Religion und gesetztem Recht ins Treffen geführt.

Řády selské 23 Nr. 313, 479–481; CERMAN, Die böhmischen Robotpatente 263–266.

¹⁶ CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft, Nr. 2.2.b. Früher veröffentlicht in GRÜNBERG, Bauernbefreiung II, 3–10; KALOUSEK, Řády selské 23, 484–490 (nur Deutsch); CERMAN, Böhmische Robotpatente 266–272.

¹⁷ CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft Nr. 2.2.b.

¹⁸ Ebd. Nr. 2.3 (tschechische Fassung).

¹⁹ JIREČEK, Verneuerte Landesordnung Art. T 1–30.

²⁰ Vgl. CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft Nr. 2.2.b.

²¹ Vgl. ebd. Nr. 2.5.

Auf das Eigentum der Untertanen bezieht sich Punkt 4 des Robotpatents,²² in dem den Obrigkeiten verboten wird, das Erbe von Untertanen „durch unbillliche Gesuche“ für sich selbst zu beanspruchen, insbesondere wenn die Untertanen Kinder hatten.²³ Diese Verfügung bezog sich jedoch nicht auf Beziehungen inter vivos, und das Eigentumsrecht der lebenden Untertanen blieb daher theoretisch umstritten.²⁴

Neben Robot und strafrechtlichen Maßnahmen bildet Punkt 11 ein drittes selbständiges Thema, denn hier wird mit Verweis auf den Prokurator eine gerichtliche Garantie für die Befolgung des Robotpatents gegeben. In Bezug auf das Patent vom 22. März 1680 ergibt sich daraus jedoch ein Kompetenzkonflikt, weil die Untersuchung nun vom Prokurator oder von den Kreishauptleuten durchgeführt werden konnte. Die Statthalterei in Prag und der königliche Prokurator hatten vor dem Robotpatent als Appellationsinstanzen für Untertanen auf Kammergütern fungiert.²⁵ Nun wurde aber dem Prokurator explizit die Aufgabe übertragen, die Beschwerden aller Untertanen, also sogar solcher außerhalb der Kammergüter, zu prüfen. Zu diesem Zwecke erging im November 1681 eine entsprechende Instruktion für den neuen Prokurator Matthias Malanotte de Caldes.²⁶ Diese Maßnahme wurde mit Nachrichten über eine harte Behandlung von Untertanen und eine kontinuierliche Verletzung des Robotpatents gerechtfertigt. Anstelle einer religiösen Begründung wurde hier allerdings schlicht utilita-

ristisch dahingehend argumentiert, dass die unterdrückten Untertanen sich ansonsten „in uncatholische Länder“ begeben würden.

Die bisher identifizierten Exemplare des Robotpatents zeugen davon, dass häufig beide Patente in einem Text zusammengestellt und daher wie ein einheitliches System verstanden wurden. In Weingartens Gesetzessammlung von 1720 sind beide Patente ebenfalls in einem Text vereinigt.²⁷ Da der königliche Prokurator auch wie ein Bestandteil dieses System fungierte, lässt sich sagen, dass die beiden Untertanenpatente von 1680 und die Instruktion für den königlichen Prokurator von 1681 die Grundlage eines Regimes zum Rechtsschutz der Untertanen bildeten.

Das Robotpatent von 1717

Da das große Robotpatent von 1680 nur eine improvisierte Reaktion darstellte, war es bald notwendig, es mit neuen Verordnungen zu ergänzen und zu verändern. Bringt man all diese Änderungen in eine chronologische Reihenfolge, so sieht man, dass nichts davon von langer Dauer war. Es war eher eine lange kontinuierliche Suche nach einem endgültigen System, welches die Rechtslage der Untertanen umfassend regeln sollte. Dieses Ziel wurde erst mit dem Verneuertem Robotpatent von 1738 erreicht.

Allerdings wäre es falsch zu behaupten, wie es die tschechische Historiographie immer wieder

²² Ebd. Nr. 2.2.b. und 2.3.

²³ Verneuerte Landesordnung, Art. O 1–O 50 (Art. O 1–4 beziehen sich auf Landstände, aber die anderen sind allgemein formuliert worden.)

²⁴ Diese Frage wird in der Quellensammlung von Vladimír Procházka untersucht, der behauptet, die meisten böhmischen Bauern hätten nicht nur Nutz-, sondern auch Eigentumsrechte an ihren Liegenschaften, in der Zeit der „Finsternis“ nach 1620 seien jedoch ihre Eigentumsrechte abgeschwächt worden. Da auch das Eigentum einer „eingekauften“ Liegenschaft nach 1620 mit Schulden behaftet wäre, sei der Unterschied zwi-

schen einer „eingekauften“ und „uneingekauften“ Liegenschaft nicht so scharf gewesen. Vgl. PROCHÁZKA, Česká poddanská nemovitost 95–122.

²⁵ Zur Entstehung der Kammerdomänen in der Frühen Neuzeit Vgl. MAUR, Vznik a proměny majetkového 53–63; DERS., Český komorní velkostatek 15–19; DERS., Böhmisches Kammer.

²⁶ Vgl. CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft Nr. 4.3.

²⁷ WEINGARTEN, Codex Ferdinando-Leopoldino-Josephino-Carolinus Nr. 339, 448–451.

tut, dass das Robotpatent von 1680 absolut wirkungslos und schädlich gewesen sei. Die beiden Untertanenpatente gaben den Untertanen ein Argument, welches stärker als der Wille der Grundobrigkeit war. Die Tatsache, dass es sich um allgemein-geltende „Generalia“ handelte, war jedoch auch nicht ohne Bedeutung und nachgerade „bahnbrechend“. Ab 1680 mussten sich die rebellierenden Bauern nicht mehr auf alte Privilegien berufen, sondern konnten sich auf neue Patente stützen. Diese Wirkung lässt sich nicht ignorieren. Die neue Argumentation erkennt man bereits 1681 in den Beschwerdeschriften der Untertanen der Domäne Krušec (Körnsalz) in Šumava (Böhmerwald).²⁸ Auch die Dörfer Lochenice, Předměřice, Plotiště und Všestary beschwerten sich im Juli 1682 in ihrer an die Kreishauptleute gerichteten Klageschrift, dass ihre Obrigkeit, die Stadt Hradec Králové (Königgrätz), das Robotpatent vom 28. Juni 1680 nicht befolge.²⁹ Sogar die berühmten Choden, eine Volksgruppe, die um die westböhmische Stadt Domažlice (Taus) ansässig war, griffen in ihrem Streit gegen ihren Herrn Wolf Maximilian Laminger von Albenreuth (Lamminger) 1693 zur neuen Taktik und bemühten sich nun darzulegen, dass ihre verhasste Grundobrigkeit das Robotpatent von 1680 nicht einhalte.³⁰ Auf der anderen Seite passten auch die Grundobrigkeiten ihre Wirtschaftsinstruktionen den Satzungen des Robotpatents an.³¹

Den Anlass zu weiteren Robotpatenten bot 1716 eine unerwartete Rebellion im Böhmischem Mährischen Hochland.³² Nach der kaiserlichen Sanktion erschien das neue Robotpatent für Böhmen im April 1717 im Druck, obwohl es auf Februar datiert ist.³³ Dabei trug es gar keinen Titel; der Begriff „Robotpatent“ wurde vielmehr erst beim großen Robotpatent von 1738 verwendet. Es wurde allerdings in beiden Landessprachen gleichzeitig herausgegeben. In dem kaiserlichen Patent über die Veröffentlichung wurde befohlen, das Patent auch in forma libelli verbreiten zu lassen. Inhaltlich ist das Robotpatent vom 22. Februar 1717 eine Wiederholung der beiden Patente von 1680, die jedoch in einen Text zusammengefügt und in einigen Punkten detaillierter formuliert wurden. Ganz neu sind nur Art. 10³⁴ über das Klauben des Hopfens und anderer Früchte sowie das Verbot in Art. 12, die Untertanen dazu zu zwingen, für das Gehalt der neuen Wirtschaftsbeamten einen finanziellen Beitrag zu leisten oder für sie zu bürgen. Im Gegensatz zum provisorischen Patent von 1716 ist die Arbeitszeit der Robot hier präziser bestimmt, nämlich als die Zeit vom Sonnenaufgang bis zum Sonnenuntergang mit zwei Stunden Pause für das Mittagessen. Der Text legt auch mehr Wert auf altes Herkommen und die Urbare als Sicherheit gegen willkürliches Erfinden von neuen Untertanenpflichten oder Gebühren. Diese hätten den Vorzug vor den Generalia und der natürlichen Billig-

²⁸ NA Praha, SM, Sign. K 21/1, 2. Vgl. Eduard MAUR, *Protifeudální robotní hnutí; DERS., Petice poddaného lidu* 258.

²⁹ NA Praha, SM, Sign. K 27/2. Vgl. ČÁŇOVÁ, *Prameny*, Nr. 1251.

³⁰ ROUBÍK, *Dějiny Chodů u Domažlic* 286–287.

³¹ ČERNÝ, *Hospodářské instrukce* 108. Černý belegt solche Veränderungen in den Instruktionen für Hrubá Skála (1689), für die Liechtenstein'schen Herrschaften (1700) und für Rakovník (1757).

³² Vgl. TYWONIAK, *Poddanské nepokoje* 145–148; VOLF, *Potrestání selských vzbouřenců*. Die Quellen zu diesem Aufstand sind in NA Praha, SM, Sign. K 121/2 und SM, Sign. R 76/1.

³³ Abgedruckt in CERMÁN, MORAWETZ, *Die böhmische Leibeigenschaft* Nr. 6.4 (In GRÜNBERG, *Bauernbefreiung* II, 14–17 ist das Robotpatent nicht veröffentlicht, sondern nur in Auszügen wiedergegeben; in KALOUSEK, *Řády selské* ist nur die tschechischsprachige Fassung veröffentlicht.); zur Datierung der Veröffentlichung vgl. CERMÁN, MORAWETZ, *Die böhmische Leibeigenschaft* Nr. 6.6.

³⁴ CERMÁN, MORAWETZ, *Die böhmische Leibeigenschaft* Nr. 6.4. (deutsche Fassung) und 6.5. (tschechische Fassung).

keit. So ist z. B. in Punkt 1, welcher den Instanzenzug für Beschwerden behandelt, zu lesen: „Herentgegen solle die Obrigkeit sie Unterthanen nicht allein willigst anhören, über die Bechwernüssen sich informiren, dieselbe wohl und genau untersuchen, auch vermög dieser Patenten und Generalien, der Billigkeit nach, abthuen und abstellen.“ Hier wird eine Hierarchie der Normen festgelegt und bestimmt, dass die stärkste Regel das Patent zur Regelung der Einzelfälle sei, während die allgemein geltenden Gesetze (Generalia) erst sekundär zur Anwendung kämen. Auf „natürliche Billigkeit“ oder Naturrecht konnte man sich nur berufen, wenn selbst die Generalia nichts normierten.

Im Hinblick auf die schon erwähnten kassierten alten Privilegien, deren Außerkraftsetzung im Art. 3 wiederholt wird, ist festzuhalten, dass alte Urbare davon ausgeschlossen sind. In dem Patent werden sie zwar als Privilegien behandelt, welche den Untertanen vor übermäßigen oder neu erfundenen Pflichten schützen sollten, es war aber in diesem Fall nicht von Relevanz, dass sie aus der Zeit vor 1618 stammten. Dabei ist es wichtig hervorzuheben, dass der Punkt über kassierte alte Privilegien keinen Einzug in die mährische Fassung des Robotpatents gehalten hatte. In der Begründung der Einschränkungen der Grundobligkeiten wurde zwar häufiger auf natürliche Billigkeit verwiesen, jedoch erst als allerletztes Argument, wenn christliche Liebe und gesetztes Recht schwiegen. Dies war in Punkt 4 der Fall, in dem die Grundobligkeiten zur milderen Behandlung der Untertanen aufgefordert wurden, denn grausame Obrigkeiten würden „wider die christliche Lieb, Recht und natürliche Billigkeit“ handeln. Im Fall von Konflikten müsse die

natürliche Billigkeit dem gesetzten Recht weichen. Nach dem Vorbild der naturrechtlichen Traktate beziehe sich die christliche Liebe auf Verhältnisse unter privaten Leuten und das gesetzte Recht auf staatlich geregelte öffentliche Angelegenheiten, sodass es zu keinem Konflikt zwischen diesen Ordnungssystemen kommen könne.

Am Text des Robotpatents von 1717 – in allen vier Versionen – ist auffallend, dass er alle neueren, seit 1680 erlassenen Regelungen ignoriert. Dies war nicht nur bei der josephinischen Halsgerichtsordnung von 1707 der Fall, sondern auch bei vielen neueren Institutionen, welche die Untertanenverhältnisse wesentlich verändert hatten. Insbesondere war es das 1706 erlassene Salzpatent, welches das Monopol des kaiserlichen Salzes aus Gmunden einführte.³⁵ Ab diesem Moment bezahlten die Untertanen neben den „normalen“ Steuern auch noch die „Salzsteuer“, weil sie obligatorisch eine vorgeschriebene Menge Salz einkaufen mussten. Desgleichen wurde auch die Steuererhebung auf eine neue Grundlage gestellt, als 1730 eine Vorschrift über die richtige Repartition der Steuern unter den Gemeinden erlassen wurde.³⁶ Betreffend das Militär ergingen mit der Vorschrift von 1733 neue Bestimmungen für das Ausheben der Rekruten und die Einquartierung der Soldaten.³⁷ Die Instruktion für die Kreishauptleute von 1731³⁸ brachte eine Neuregelung ihrer Arbeit als Steuereinnehmer und Beschützer der Untertanen. Das Robotpatent von 1717 war – mit Ausnahme der Punkte 10 und 12 – nur als eine Wiederauflage der Untertanenpatente von 1680 gedacht. Infolge der wachsenden Diskrepanz zwischen den in diesem Robotpatent beschriebenen Methoden und den aktuellen Ver-

³⁵ Der Text des Salzpatents ist abgedruckt in: SCHMIDT, Chronologisch-systematische Sammlung 411–424 (für Böhmen), 425–434 (für Mähren).

³⁶ CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft Nr. 4.9.

³⁷ Militär-Einquartierungs-Reglement vom 20. 10. 1733 (das Daun'sche Reglement), welches mit dem Reglement von 9. 3. 1735 ergänzt wurde. Vgl. HOCHEDLINGER, Thron und Gewehr 107 und 129.

³⁸ CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft Nr. 4.10.

hältnissen erwies sich der Bedarf nach einem modernisierten Robotpatent als immer dringlicher. Inzwischen waren aber wenigstens einige Einzelaspekte durch spezifische Untertanenverordnungen nachträglich geregelt worden.

Vor allem wurde im März 1717 endlich eine neue Pragmatica erlassen, welche das Verbot freier Lehren für die Leibeigenen kundmachte.³⁹ Sie wurde als Befehl für Meister in Zünften und Magistrate in den Städten erlassen. Demnach durften sie keine Knaben vom Land aufnehmen, falls diese keine schriftliche obrigkeitliche Bewilligung vorlegen konnten. Die Datierung zeigt, dass diese Pragmatica als Bestandteil des Robotpatents angesehen werden sollte. Das interne Reskript Kaiser Karls VI. war auf den 11. März 1717, das Reskript der Statthalter an die Kreishauptleute auf den 23. März 1717, aber die Expedition auf den 9. April 1717 datiert. Die Publizierung des Robotpatents von 1717, welche auf den 22. Februar datiert ist, erfolgte erst am 20. April 1717.⁴⁰

Daneben gab es noch eine dringende Angelegenheit, welche spezifische kaiserliche Verordnungen erforderte – nämlich die schlechte Behandlung der Untertanen. Was früher als „üble Tractierung“ bezeichnet wurde, würde heute als Folter oder körperliche Misshandlung bezeichnet werden. Das Prügeln der Untertanen hatte nichts mit staatlichen peinlichen Strafen zu tun, weswegen es auch in den Kriminalgesetzen und Landesverfassungen nicht geregelt oder gar verboten wurde. Die Verneuerte Landesordnung äußerte sich nur zur Gesundheit der arretierten Untertanen, indem den Grundobrigkeiten befohlen wurde, darauf zu achten, dass die Gefangenen eine gewisse Mindestmenge an Nahrung bekamen, damit sie nicht mit Dauerfolgen oder sogar tot den Arrest verließen.⁴¹ Erst das Robotpatent vom 28. Juni 1680 verbot in

Art. 7 die „üble Traktierung“. Die Wortwahl deutet jedoch darauf hin, dass damit nur solche Misshandlungen kriminalisiert werden sollten, die zum Tod oder zur Verkrüppelung führten. Die „Züchtigung“ (d.h. das Prügeln) war jedoch nicht verboten.

Gegenüber den Leibeigenen war jedoch alles erlaubt, und nur die Rücksicht auf die Lehren der christlichen Religion konnte eine gewisse Mäßigung gewährleisten. Die Leibeigenen lebten im Schatten der Gesetze, durch die ihr Leib und Leben nicht geschützt waren. Diese Tatsache illustriert ein drastischer Fall aus dem Jahr 1708. Zwei leibeigene Untertanen holten damals für Franz Adam Graf von Trauttmansdorff auf Schloss Chocẽ die Bestätigungen eines Vertrags (*cedule řezané*) von ihrem Herrn Franz Graf von Bubna. Der Empfänger – empört darüber, dass die Botschaft von Personen niedrigsten Standes gebracht wurde – ließ die zwei Untertanen so massiv prügeln, dass sie dabei fast umkamen.⁴² Einer von ihnen erlitt sogar Dauerfolgen, nämlich einen gelähmten Arm. Darüber hinaus wurden etwa in Dobřejovice (Dobřejowitz) 1721 zwei Untertanen von dem Hauptmann Anton Tufftinger zu Tode geprügelt.⁴³ Diese Fälle sind heute in verschiedenen Archivbeständen verstreut und waren bislang nicht Gegenstand einer historischen Untersuchung. Sie beweisen jedoch, dass die schlechte Behandlung der Untertanen ein reales Problem war. Die Obrigkeit riskierte in solchen Fällen jedoch nur ein Bußgeld.

Darauf reagierte nachträglich das Reskript vom 7. Jänner 1721.⁴⁴ Es beinhaltete allerdings nur eine Wiederholung von Art. 7 des Robotpatents von 1680, welcher hier bereit ausführlich dargestellt wurde. Kaiser Karl VI. beschwerte darin sich, dass die Untertanen von „Obrigkeiten und derselben Würtschafts Beamten durch ihr hartes

³⁹ Ebd. Nr. 4.9.a–b.

⁴⁰ Ebd. Nr. 6.6.

⁴¹ JIREČEK, Verneuerte Landesordnung Art. T 30.

⁴² NA Praha, SČM, Sign. 1708/III/f/26.

⁴³ NA Praha, SČM, Sign. 1721/VII/h/1; 1722/IX/d/10.

⁴⁴ CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft Nr. 4.6.a–b.

Verfahren und Drucken in viele Wege übermäßig gekränkt und dardurch sogar zu *Extremitäten* veranlasst werden.“⁴⁵ Abermals wurde mit der natürlichen Billigkeit argumentiert: „unter anderen [...] vorgesehen und gebothen ist, daß erst besagte Unterthanen wieder die christ[liche] Lieb, Recht, und natürliche Billigkeit allzu hart und streng nicht gehalten, sondern von allen Unseren Landes-Innwohnern, Herrschafften und Obrigkeiten, christ- und mildlich tractiret und mit ihnen also umgegangen werden solle, damit sie mit Weib und Kindern auch leben und hierdurch allenseiths der Gottl[ichen]: Seegen und Landes Wohlfahrt erworben und vestgestellt werde.“ Die natürliche Billigkeit wurde wieder als letztes Argument herangezogen und daneben auch utilitaristisch mit der wirtschaftlichen Bedeutung der Bauern untermauert. Neu war, dass Kaiser Karl VI. die Kreishauptleute zur aktiven Aufsicht aufforderte: Sie sollten nicht passiv warten, bis die Untertanen eine Klage einreichten, sondern die Verhältnisse in den Herrschaften aktiv prüfen und im Fall von Unterdrückungen eingreifen.

Johann Anton Friedenberg zufolge bemühte sich der Landesfürst, die Misshandlung der Untertanen auch in Schlesien zu mäßigen, wobei ebenfalls mit der „Billigkeit“ argumentiert worden sei. Am 19. April 1720 habe Karl VI. ein Patent gegen die Emigration nach Ungarn erlassen, in dem er die schlesischen Grundobrigkeiten aufforderte, ihre armen Untertanen nicht „wider Billigkeit zu beschweren“ und „keine verbothene Onera ihnen aufzubürden“.⁴⁶

Das Verneuerte Robotpatent von 1738

Das große Robotpatent war das erste von allen angeblichen „Robotpatenten“, welches diesen Titel wirklich trug. Es bildete auch in vielerlei Hinsicht den Höhepunkt der Versuche der Kodifizierung der Regeln für die Untertanen. Mit dem Erlass des Verneuerten Robotpatents im Jahr 1738 war die Kodifizierungstätigkeit für den Bauernstand abgeschlossen.⁴⁷ Schließlich verlangten auch die oben erwähnten Regelungen im Steuer-, Militär- und Verwaltungswesen, welche die Rahmenbedingungen des Lebens der Untertanen und ihre Beziehungen zum Staat auf eine neue Grundlage stellten, die Erlassung eines modernisierten Robotpatents.

Im Fall dieses Robotpatents wurde jedoch versucht, „von unten“ zu beginnen, nämlich mit einer Umfrage unter ausgewählten ehemaligen Kreishauptleuten und Wirtschaftsbeamten im Januar 1736 betreffend Beschwerden der Untertanen. Auf der Basis dieser „Nachrichten“, welche im Robotpatent mehrmals zitiert werden, verfasste Johann Christoph Jordan, ein Hofrat der Böhmisches Hofkanzlei in Wien, das Patent, welches am 27. Januar 1738 fertiggestellt wurde;⁴⁸ die Publikation des Robotpatents erfolgte jedoch erst im Sommer. Jordan war ausgebildeter Jurist und Historiker, welcher in Prag Jura studiert hatte. Obwohl er eigentlich aus Westfalen kam, kannte er die böhmischen Verhältnisse gut, wie seine „*Deductio ratione servitutis*“ zeigt.⁴⁹ Er besaß zwar rassistische Vorurteile gegen Slawen und bagatellierte die Unterdrückung der böhmischen Leibeigenen, aber er bemühte sich trotzdem, ihr Schicksal aus religiösen und naturrechtlichen Gründen zu verbessern.

herausgegeben, jedoch ohne die Zwischentitel, so dass die innere Struktur des Patents nicht gezeigt wurde.

⁴⁸ Zu seiner Autorschaft Vgl. GRÜNBERG, Die Bauernbefreiung 28.

⁴⁹ CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft Nr. 9.2. Zu seiner Biographie Vgl. KLABOUCH, Osvíčenské právní nauky 131f.

⁴⁵ Ebd.

⁴⁶ Ebd. Nr. 6.10.

⁴⁷ Abgedruckt in: ebd. Nr. 7.1. Die deutschsprachige Fassung des Robotpatents ist bisher nur in einer ungenauen Wiedergabe in GRÜNBERG, Die Bauernbefreiung II, 30–38 veröffentlicht worden. In KALOUSEK, Řády 24, 177–197 wurde nur die tschechischsprachige Fassung

Das Robotpatent zeichnet sich durch eine logische Struktur aus, die in den älteren Patenten nicht zu finden war. Es gliedert sich in vier Abteilungen: Die erste befasst sich mit dem Mechanismus für die Behandlung der Untertanenbeschwerden, die zweite diskutiert die Angelegenheiten, welche sich auf das Robotwesen beziehen, die dritte behandelt Probleme, welche mit dem Robotwesen nicht zusammenhängen, und die letzte Abteilung ist der Umsetzung des Robotpatents gewidmet. In der Praxis wurden in diesem Kontext vorwiegend strafrechtliche Folgen der Verletzung des Robotpatents diskutiert und nur in geringem Maß die Techniken der Publizierung.

Die Argumentationsstruktur der einzelnen Punkte zeichnet sich durch eine hierarchische Ordnung aus, welche hilft, den Sinn der Robotpatente besser zu verstehen. Es wird hier nämlich wieder Bezug auf die natürliche Billigkeit genommen, jedoch nur dort herangezogen, wo andere Argumente fehlen. Im Robotpatent – zumindest in der zweiten Abteilung – stehen an erster Stelle immer die Normen des gesetzten Rechts, dann die Urbare sowie das alte Herkommen, und erst danach darf die natürliche Billigkeit herangezogen werden. In jenen Artikeln der dritten Abteilung, wo es um Zinsen geht, findet die natürliche Billigkeit jedoch keine Anwendung, weil solche finanziellen Anforderungen nur aufgrund von Urbaren, Gebräuchen und wechselseitigen Verträgen geregelt werden könnten. Die Steuern, welche ebenfalls in der dritten Abteilung geregelt sind, wurden jedenfalls aufgrund von staatlichen Gesetzen erhoben.

Aus all diesen Gründen lässt sich die Aussage treffen, dass die Regelungen des Robotpatents auf demselben Niveau stehen wie die natürliche Billigkeit. Das Robotpatent gilt nur in den Fällen, die bis dahin durch keine geltenden Gesetze oder Gewohnheiten geregelt waren. Der Sinn des Robotpatents bestand daher darin, das Gewohnheitsrecht zu beschreiben sowie die Lücken in denselben und in den Urbaren zu schließen.

Zudem wird in wichtigen Angelegenheiten sogar auf die Festlegung allgemeiner Regeln verzichtet und alles entweder dem subjektiven Ermessen der Grundobrigkeiten oder den „Ausnahmesituationen“ überlassen. Die natürliche Billigkeit wird dann als eine Ausrede für den Vorrang der subjektiven Meinung der Grundobrigkeit verwendet. Im ersten Punkt wird allerdings die Hoffnung auf eine freiwillige Selbstdisziplin der Grundobrigkeiten ausgedrückt: „So hegen Wir das gnädigste Vertrauen, daß jede Obrigkeit den Inhalt dieses Patents wohl überlegen und nach dessen Maaß und an die Handgebung gute Ordnung und Billigkeit in dem Gehalt ihrer Untertanen einrichten.“

In der zweiten Abteilung über die Roboten dient die natürliche Billigkeit zur Begründung gewisser moralischer Zugeständnisse, für welche es keine Begründung im gesetzten Recht oder im alten Herkommen gibt. Die Grundobrigkeiten werden wieder zur milden Behandlung der Untertanen aufgefordert, wobei die natürliche Billigkeit stets hinter Religionsgebräuchen und gesetztem Recht steht. In der Einleitung zur Zweiten Abteilung deklariert Kaiser Karl VI. abermals seinen Willen, nicht zuzulassen, dass die Untertanen „wider die christliche Liebe, Recht und natürliche Billigkeit“ bedrängt werden. Zum ersten Mal findet sich hier die berühmte Regel über die Befristung der Robot auf drei Tage in der Woche (Art. 7 und 9), welche eigentlich nur für Herrschaften mit ungemessenen Roboten gedacht war – nur dort, wo Urbare, Verträge und altes Herkommen nichts festlegten, trat die aufgrund der natürlichen Billigkeit ausgemessene Drei-Tage-Regel auf den Plan. Zum zweiten Mal wird das Naturrecht bei den Bestimmungen der Umstände, unter welchen die Grundobrigkeit mehr als drei Tage Roboten in der Woche verlangen darf, herangezogen. Die erste Bedingung (Art. 13) sei, dass dem Untertanen genügend Zeit übrigbleiben müsse, um sich um seine eigene Wirtschaft kümmern zu können. Wenn weder eine Ausnah-

mesituation vorlag, noch besondere gewohnheitsrechtliche Regeln bestanden, dann normiert Art. 13: „Dort Orthen aber, wo weder das eine noch das andere anzutreffen, bleibt nichts übrig, als was von gerechten und der natürlichen Billigkeit statt gebenden Obrigkeiten practiciret wird.“ Die zweite Bedingung (Art. 14) sei, dass der Bauer für die übermäßige Robot Belohnung, also „Ergötzlichkeiten“, bekomme. Bei der konkreten Bestimmung solcher „Ergötzlichkeiten“ standen jedoch wieder die Urbare und alten Vereinbarungen an erster Stelle, und „natürliche Billigkeit“ kam erst dann zur Anwendung, wenn es keine solche Vorschriften gab, es seien also „solche in sich selbst entweder nach dem Aussatz deren alten Urbarien oder nach dem ununterbrochenen Gebrauch oder aber, wann nichts dergleichen vorhanden, nach der Billigkeit zu reguliren.“ Bei den sog. „weiten Führen“ (Art. 18) diene die „natürliche Billigkeit“ zur Begründung der neu geschaffenen Regel, dass eine Entfernung von anderthalb Meilen die Obergrenze sei, denn diese Regel würde sich anders nicht begründen lassen. In der dritten Abteilung über die finanziellen Anforderungen stehen abermals Urbare und alte Gebräuche im Vordergrund. Die natürliche Billigkeit wird nur in Art. 25 über die „Feilschaften“ herangezogen. Es geht dabei um das Verbot, die Wirtschaftsprodukte (d.h. Feilschaften) der Domäne den Untertanen aufzudrängen. Es ist zugleich der einzige Fall, in dem die natürliche Billigkeit als erstes und nicht als letztes Argument herangezogen wird. Zudem ist das Ziel dieser Verfügung, eine Gewohnheit abzuschaffen und nicht zu bestätigen.

Wenn wir uns den Auswirkungen des Robotpatents zuwenden, so ist festzustellen, dass es nicht zur Verbesserung der Lage der Untertanen beitrug. Auch wurde das innovative Ziel der „Generalia“, allgemein geltende Regeln aufzustellen, aufgegeben. In der Begrenzung der Robot sah das Patent zwar die allgemeine Regel der drei Tage

pro Woche vor, jedoch stellte es in Art. 12 ein sehr langes Verzeichnis von „drängenden Situationen“ auf, welche grundsätzlich alle wichtigen Feldarbeiten im Verlauf des Jahrs einschlossen. Da es bei diesen „drängenden Situationen“ erlaubt war, die Robot ausnahmsweise für die ganze Woche zu verlangen, bedeutete diese Regel, dass der Untertan eigentlich stets „robotieren“ musste. Er war nur frei von der Robot, wenn es in der Landwirtschaft nichts zu tun gab. Hier sind die Arbeiten naturgemäß vom Jahreszyklus abhängig und daher hätte der Untertan nie Zeit für seine eigene Wirtschaft gehabt. Im Einklang mit dem Prinzip der Priorität der bestehenden Gewohnheiten genehmigte zwar das Robotpatent in den Art. 10 und 11 alle möglichen Erleichterungen, die auf gewissen Herrschaften bereits praktiziert wurden, nämlich Robot für einen halben Tag, Robot mit einem halben Zug-Gespann oder Robot aufgrund der „odměra“ („Abmaß“), diese Erleichterungen hingen jedoch von der Grundobligkeit ab.

In der dritten Abteilung über finanzielle Anforderungen wurde zudem auch zum ersten Mal die „Gespünst-Schuldigkeit“ gesetzlich verankert (Art. 21), nämlich die Pflicht der Untertanen zu spinnen. In der Tat verrichteten häufig Frauen diese Hausarbeit am Spinnrad oder mit der Hand; die Produkte ihrer Arbeit wurden dann entweder den Manufakturen zugeliefert oder von Händlern weiterverkauft. Die „Spinnpflicht“ war eigentlich bereits um die Mitte des 17. Jahrhunderts in den WirtschaftsInstruktionen einiger Herrschaften im Grenzgebiet verankert, aber in späterer Zeit traten an ihre Stelle bereits oftmals Geldzahlungen.⁵⁰ In Schlesien wurde zuerst darauf geachtet, dass die Spinner/innen ihre Produkte auch verkaufen durften. Verordnungen vom 9. Dezember 1699, 14. Juni 1708 und 27. August 1714 schützten diese „Garn-Freiheit“ gegen alle Versuche einer Monopolisierung.⁵¹ Am 22. März 1717 erließ Kaiser Karl VI. jedoch ein

⁵⁰ KLÍMA, Manufakturní období 166, 177, 200f, 293.

⁵¹ FRIEDENBERG, Tractatus II, Captut XXIX, 22.

Garn-Patent, welches es den Bauern und Dorfschulzen verbot, Garn ins Ausland zu exportieren.⁵² Die Verankerung der „Gespüinst-Schuldigkeit“ in dem Robotpatent von 1738 mag den merkantilistischen Versuch darstellen, diese technische Kompetenz der Landbevölkerung für die Industrie zu retten. In der Tat erließ Maria Theresia noch am 2. April 1753 ein anderes „kleines Robotpatent“, in dem den Grundobrigkeiten verboten wurde, die Spinn-Pflicht durch Geldzahlungen abzulösen.⁵³ Es wurde hier explizit zum Ausdruck gebracht, dass es für die Industriepolitik des Staates notwendig sei, diese Kompetenz der Untertanen wieder zu aktivieren.

Das Hauptthema der dritten Abteilung ist die Regelung von Pflichten gegenüber dem Staat, weshalb hier fast alles nach gesetztem Recht zu geschehen hatte. Zum ersten Mal wird hier das Salzmonopol eingegliedert (Art. 26), welches eigentlich schon mit dem Salzpatent von 1706 eingeführt worden war.⁵⁴ Bereits nach dem Sieg über Bayern hatte Kaiser Joseph I. den Verkauf des Salzes aus Passau und Bayern in Böhmen verboten. Am 15. Oktober 1706 erließ Kaiser Joseph I. zwei Patente für Böhmen und Mähren, nach denen nur das kaiserliche Salz aus Gmunden in den Böhmisches Ländern verkauft werden durfte. Zugleich wurde in den Art. 6–7 der Zwangs-Einkauf im ganzen Lande nach dem Vorbild der Steuereinnahme eingeführt, und zwar auf der Grundlage der Volkszählung von 1702.⁵⁵ Die Kreishauptleute verteilten das Salz an die Grundobrigkeiten, welche sie daraufhin an die Untertanen „subrepartierten“. Im Salzpatent war diese Maßnahme als Schutz gegen die Grundobrigkeiten konzipiert und mit der „natürlichen Billigkeit“ begründet. Die Realität sah jedoch ganz anders aus: Da der Kaiser nämlich auch den Preis

diktieren konnte, bedeutete das Salzmonopol eine Verteuerung des Salzes für den Untertanen, welcher nun zahlen musste, selbst wenn er versuchte, zu sparen und kein Salz einzukaufen. Das Resultat war die Unterernährung der Landbevölkerung, wie dies die Konskriptionskommissare im Jahre 1771 beobachteten. Ihrem Bericht zufolge litten die Leute im Prachnier Kreis sowie in Mähren an „Sathälsen“ und Kröpfen, welche vom Salzangel herrührten.⁵⁶ Die Untertanen verfügten nämlich in vielen Regionen nicht über genug Geld, um das teure Salz einzukaufen.

Die Pflichten gegenüber dem Militär wurden im Robotpatent ebenfalls geregelt: Den Bauern wurde die Pflicht auferlegt, die marschierende Armee mit Viktualien zu versorgen und ihr im Winter Unterkunft zu gewähren, wobei das Robotpatent in Art. 28 auf das Militär-Einquartierungs-Reglement von 1733 und dessen Nachtrag von 1735 für die konkrete Ausgestaltung hinweist. Es war allerdings das Ziel beider Ordnungen, Konflikten vorzubeugen und die Zivilbevölkerung zu schonen. Zum Schutz der Zivilisten verfolgte die Regierung sogar die Politik der Unterbringung der Soldaten in Kasernen, obwohl dort deutlich schlechtere, die Gesundheit der Soldaten bedrohende Verhältnisse herrschten.⁵⁷

Den Schwerpunkt der dritten Abteilung bilden jedoch die Steuerverhältnisse, denen die Art. 28 bis 31 gewidmet waren. Hier wird fast ausschließlich mit gesetztem Recht argumentiert. Es kann nicht geleugnet werden, dass in diesen Artikeln versucht wurde, eine proportionierte Aufteilung der Steuern vorzunehmen. Grundlegend ist der Hinweis auf die Zynosur vom 7. September 1730 über die gerechte Repartition (d.h. Aufteilung) der Steuern (Art. 29), welche für die

⁵² Ebd., Caput XXIX, 14 und 24.

⁵³ NA Praha, Sbírka patentů, 1753, duben 2 (auf Tschechisch).

⁵⁴ NA Praha, SM, Sign. S 48/1-III, 671; die beiden Salzpatente für Böhmen und Mähren sind abgedruckt in: SCHMIDT, Chronologisch-systematische Sammlung 411-424; 425-434. Vgl. GABRIEL, Obchod se solí 29-30.

⁵⁵ MAUR, Sčítání konzumentů soli 185-230.

⁵⁶ HOCHEDLINGER, TANTNER, [D]er größte Teil der Untertanen 43, 109 und 151.

⁵⁷ HOCHEDLINGER, Thron und Gewehr 172-174.

Kreishauptleute erlassen wurde.⁵⁸ Die eigentliche Repartition der Steuern auf die Herrschaft wird jedoch im Art. 29 explizit in die Hände der Grundobrigkeit gelegt. Inzwischen wurden die „Steuerbüchel“ (d.h. Steuerbücher) für die Kontrolle der Steuerzahlungen der untertänigen Gemeinden und Hand-Register für die einzelnen Bauern eingeführt. Das Robotpatent integriert im Art. 31 beide Behelfe in die Struktur der Untertanengesetze. Zum Schutz der schwächeren Beitragenden auf dem Land wurden auch vernünftige Regeln über die „wechselseitige Hilfe“ aufgestellt. Während es Art. 29 erlaubte, deren Beitrag in einem Dorf auf andere zu übertragen, waren solche Übertragungen unter den Städten oder sogar von einer Herrschaft auf die andere verboten. Diese Maßnahmen zeigen, dass die Sicherung der Steuereinnahmen im Vordergrund stand.

In der vierten Abteilung, in der die praktische Umsetzung behandelt wird, werden die künftigen Streitfälle in drei Gruppen aufgeteilt: Die erste wird nach gesetztem Recht beurteilt, die zweite nach den „rechtlichen Urbaren“, Verträgen und anderen Vereinbarungen zwischen zwei Parteien. Erst in der letzten Gruppe werden Konflikte, für welche es keine festgesetzten Regeln gab, nach der „natürlichen Billigkeit“ beurteilt. In der Einleitung zur Vierten Abteilung wird diese „Richtschnur“ explizit erklärt: „haben Wir selbte theils nach denen vorigen Patenten und nach der Gerechtigkeit mit eigentlichen Entscheid und Richtschnur versehen, theils auf die rechtliche alte Urbaria, Verträge, Aussprüche und auf das rechtliche wohl hergebrachte Herkommen verwiesen, in theils Beschwerden aber, welche sich nicht insgemein zusammen nehmen und fassen lassen, die natürliche Billigkeit und den Gebrauch deren sich derselben befleissenden gerechten Obrigkeiten zum Beyspiel und Nachfolge anderer vorgestellt.“

Daneben wird in der Vierten Abteilung abermals die „üble Traktierung“ der Untertanen angesprochen. Das vermeintliche Robotpatent war daher eher als eine Kodifizierung des Rechts der Untertanen gedacht, und die vierte Abteilung bildete den strafrechtlichen Abschnitt, wobei auch hier alles dem subjektiven Ermessen der Grundobrigkeit überlassen blieb. Die Züchtigung der Untertanen wird im Art. 33 nicht verboten, die Grundobrigkeit aber zur Mäßigung angehalten. Wenn jedoch ein Wirtschaftsbeamter ein Verbrechen beging (Art. 35), war dies vom Kreishauptmann zu untersuchen und konnte zu einer finanziellen Strafe oder zu Zwangsarbeit führen. Wenn die Obrigkeit selbst eine strafbare Handlung beging, oblag die Untersuchung dem Landesgubernium (d.h. der Statthalterei in Prag oder dem Tribunal in Brünn). Nur wenn die Obrigkeit sich dermaßen fehlverhielt und einen casus saevitiae beging, fand die Examinierung durch den Kaiser statt. Dem Täter drohte eine Buße und Beschlagnahme der Domäne bzw. die „unfähig Erklärung aller fernerer Immobilier-Possession“.⁵⁹ Den Untertanen wurde ebenso scharf verboten, Aufstände zu provozieren. Im Art. 37 wird die Grundobrigkeit wieder mit Rekurs auf die natürliche Billigkeit zur „milden Traktierung“ der Untertanen aufgefordert. Wenn konkrete „halsbrüchtige“ Verbrechen begangen wurden, sollten sie nach den Satzungen der Josephinischen Hals-Gerichts-Ordnung von 1707 von staatlichen Gerichten verfolgt werden (Art. 33). Die natürliche Billigkeit tritt im Bereich der Strafgerichtsbarkeit der Grundobrigkeit nur als eine innere sittliche Regel auf, welche mit den rechtlichen Normen gar nicht konkurriert – sie dient nur als eine innere moralische Richtschnur.

⁵⁸ CERMAN, MORAWETZ, Die böhmische Leibeigenschaft, Nr. 4.9.

⁵⁹ Ebd. Nr. 7.1., Art. 35.

Fazit

Der Aufsatz untersuchte die Hierarchisierung der alten und neuen Normen in den böhmischen Robotpatenten 1680 bis 1738 und insbesondere die Frage, welche juristischen Argumente der Begründung neuer Maßnahmen, für welche es keine Begründung im bestehenden Recht gab, dienten. Es wäre anzunehmen, dass für deren Legitimation auf naturrechtliche Argumenten zurückgegriffen wurde. Im Fokus stand daher die Anwendung des Begriffs „natürliche Billigkeit“ und die Position, welche die Robotpatente gegenüber anderen in ihnen zitierten Rechtsquellen einnehmen sollten. Die naturrechtliche Begrifflichkeit bei den Juristen in Böhmen schöpfte jedoch eher aus dem römischen Recht, während das säkulare Naturrecht nur selten zitiert wurde.

Diese Untersuchung hat gezeigt, dass die Robotpatente lediglich das Ziel hatten, die Lücken im bestehenden Recht zu schließen und nicht, die bestehenden Normen und Gewohnheitsregeln zu brechen oder ersetzen. Auf natürliche Billigkeit wurde daher immer nur dann rekurriert, wenn Gesetze, Urbare und alte Gebräuche („altes Herkommen“) schwiegen. Erst im Verneuertem Robotpatent von 1738 erfolgte eine Nuancierung der natürlichen Billigkeit. Während sie in den ersten beiden Abteilungen des Patents in traditioneller Weise subsidiär verankert und in der dritten Abteilung, welche das Verhältnis des Untertanen zum Staat regelt, fast gar eine Rolle spielte, wurde sie in der vierten Abteilung, welche sich mit der Umsetzung des Robotpatents und potentiellen Konflikten befasst, nur als Norm zur Lückenfüllung bei unklaren Streitfällen empfohlen. Sie sollte daher lediglich bei Fällen herangezogen werden, bei welchen es keine Regel im gesetzten Recht gab. Obwohl das Verneuerte Robotpatent den Punkt über die Kassierung der alten Privilegien übernommen hatte, wurden die alten Urbare davon stillschweigend ausgenommen, da diese dem Rechtsschutz der Untertanen gegen Überforderung dienen konnten. Aus diesem

Grund zog man sie auch der natürlichen Billigkeit vor.

Das Verneuerte Robotpatent von 1738 endet mit dem Artikel, der alle früheren Maßnahmen in Sachen der Untertanenverhältnisse außer Kraft setzte. In dieser Hinsicht stellt es ein wichtiges Experiment einer systematischen Kodifikation der Untertanenverhältnisse in Böhmen dar.

Korrespondenz:

Dr. Ivo CERMAN
History Institute, Faculty of Arts,
University of South Bohemia
Branišovská 31a
37500 České Budějovice
cerman@ff.jcu.cz
ORCID-Nr. 0000-0002-0652-4249

Abkürzungen:

NA Praha	Národní archiv Praha (Nationalarchiv Prag);
NM	Nová manipulace (Neue Manipulation);
SČM	Staré české místodržitelství (Alte böhmische Statthalterei);
SM	Stará manipulace (Alte Manipulation);

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

Literatur und Quellen:

- Pavla BURDOVÁ, Úřad desek zemských, in: Sborník archivních prací 36 (1986) 273–379.
- Eliška ČÁŇOVÁ (Hg.), Prameny k nevolnickému povstání v roce 1680 (Praha 1986).
- Jaroslav ČECHURA, Selské rebelie roku 1680 (Praha 2001).
- Ivo CERMAN, Die Böhmischen Robotpatente von 1680 und der Rechtsschutz von Untertanen. Eine Edition der Dokumente, in: Opera historica 20 (2019) 228–287.
- DERS., Nicolaus Ignaz Königsmann. Natural law in Prague before 1752, in: Grotiana 41 (2020) 177–197.
- DERS., Einleitung, in: DERS., Michal MORAWETZ (Hgg.), Die böhmische Leibeigenschaft in Rechtsdokumenten (1648–1742) (České Budějovice 2022) 5–83.
- Ivo CERMAN, Michal MORAWETZ (Hgg.), Die böhmische Leibeigenschaft in Rechtsdokumenten (1648–1742) (České Budějovice 2022).
- Václav ČERNÝ (Hg.), Hospodářské instrukce. Přehled zemědělských dějin v době patrimoniálního velkostatku v XV. až XIX. století (Praha 1930).
- Johann Anton FRIEDENBERG (Hg.), Tractatus juridico-practicus de generalibus et particularibus quibusdam Silesiae iuribus, Bd. 2 (Wrocław 1741).
- Karl GRÜNBERG, Die Bauernbefreiung und die Auflösung des gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisses, 2 Teile (Leipzig 1893–1894).
- František GABRIEL, Obchod se solí v Čechách od 17. do 19. století (Praha 1967).
- Michael HOCHEDLINGER, Thron und Gewehr. Das Problem der Heeresergänzung und die „Militarisierung“ der Habsburgermonarchie im Zeitalter des Aufgeklärten Absolutismus (1740–1790) (Graz 2021).
- Michael HOCHEDLINGER, Anton TANTNER (Hg.), „...der größte Teil der Untertanen lebt elend und mühselig.“ Die Berichte des Hofkriegsrates zur sozialen und wirtschaftlichen Lage der Habsburgermonarchie 1770–1771 (Wien 2005).
- Hermenegild JIREČEK (Hg.), Obnovené právo a zřízení zemské dědičného Království českého / Verneuerte Landesordnung des Erb-Königreichs Böhmen (Praha 1888).
- Josef KALOUSEK, Řády selské a instrukce hospodářské, 23–24 (Praha 1906–1908).
- Jiří KLABOUCH, Osvícenské právní nauky v českých zemích (Praha 1958).
- Arnošt KLÍMA, Manufakturní období v Čechách (Praha 1955).
- Nikolaus Ignaz KÖNIGSMANN, Prolegomena juris dissertatio unica (Praha 1737).
- Matthias Alois MALANOTTE DE CALDES, Disputatio canonico-civilis de iure belli [...] pro consequenda in utroque iure licentia (Praha 1664). [Archiv Univerzity Karlovy, Praha, staré tisky, sign. B 316 adl. 5.]
- Eduard MAUR, Vznik a proměny majetkového komplexu českých panovníků ve středních Čechách, in: Středočeský sborník historický 11 (1976) 53–63.
- DERS., Český komorní velkostatek v 17. století (Praha 1976).
- DERS., Petice poddaného lidu, in: [Anonym], Povstání poddaného lidu v r. 1680 v severních Čechách, Sborník referátů ze 4. severočeského symposia (Česká Lípa 1981) 249–263.
- DERS., Protifeudální robotní hnutí v českých zemích od prvního robotního patentu do nástupu Marie Terezie, in: Společenské vědy ve škole 40 (1983–1984) 202–204.
- DERS., Sčítání konzumentů soli v Čechách roku 1702. Edice pramene, in: Šárka Nekvapil Jirásková (Hg.), Historik bez hranic (Pardubice 2017) 185–230.
- DERS., Die böhmische Kammer und die Kammergüter in Böhmen, in: Thomas WINKELBAUER, Michael HOCHEDLINGER, Petr MAŤA (Hgg.), Verwaltungsgeschichte der Habsburgermonarchie in der Frühen Neuzeit, Bd. 1/1 (Wien 2019) 896–903.
- Vladimír PROCHÁZKA, Česká poddanská nemovitost v pozemkových knihách 16. a 17. století (Praha 1963).
- František ROUBÍK, Dějiny Chodů u Domažlic (Praha 1931).
- Franz Anton SCHMIDT (Hg.), Chronologisch-systematische Sammlung der Berggesetze der österreichischen Monarchie, Bd. V (Wien 1833).
- Jiří TYWONIAK, Poddanské nepokoje na Dolnokralovicku roku 1716, in: Acta regionalia (1965) 145–148.
- Josef VOLF, Potrestání selských vzbouřenců na Čáslavsku, in: Časopis pro dějiny venkova 7 (1920) 34–37.
- Johann Jakob WEINGARTEN, Codex Ferdinando-Leopoldino-Josephino-Carolinus pro haereditario regno Bohemiae (Praha 1720).

Kathrin GROH, München

Grundrechte in Gänsefüßchen

Kelsens (un-)schlüssige Beziehung zu den „sogenannten Grund- und Freiheitsrechten“

Fundamental rights in quotation marks. Kelsen's doubtful approach to the „so called fundamental rights“

Fundamental rights were not a matter of the heart for the liberal-democratic Kelsen, as they could be used to set substantive limits for the redistributive legislator in shaping the legal order. Kelsen, on the other hand, wanted to protect the maximum legislative power of the parliamentary majority also against an encroaching constitutional court which could have cemented the status quo of the traditional ownership society. To Kelsen, the constitution as a framework protected minorities essentially by setting up only formal hurdles to legislation. The fact that Kelsen – although he became more affirmative to fundamental rights after World War Two – did not develop an adequate legal understanding of those rights for a liberal democracy according to today's comprehension is due not only to the methodological approach of his "Reine Rechtslehre" but also to his political perception of parliamentary democracy.

Keywords: constitutional jurisdiction – fundamental rights – interpretation theory – principle of majority rule – protection of minorities

I. Einführung: unaufgelöste Paradoxien

Kelsen wird erst seit wenigen Jahrzehnten in der deutschen Staatsrechtslehre wiederentdeckt. Die lange unterbliebene Rezeption wird u.a. darauf geschoben, dass Kelsen zu den Grundrechten, der Heiligen Kuh der deutschen Verfassungsrechtswissenschaft, nichts zu sagen gehabt habe.¹

Diese Leerstelle in einer demokratischen Staatstheorie schien bei einem Vordenker des parlamentarischen Regierungssystems umso bedenklicher, als Grundrechte und ihre rechtlichen Garantien zum Set liberalen Staatsdenkens dazugehören. Zu diesem Ergebnis kommt schließlich auch der alte Kelsen in seinem Exil in den Vereinigten Staaten: „Modern democracy cannot be separated from political liberalism“.² Und auch der

ganz junge Kelsen hatte sich noch in der ersten Ausgabe seiner „Hauptprobleme“ von 1911 als Neo-Liberaler und seine Staatslehre als liberal bezeichnet.³ In der zweiten Auflage von 1923 fehlt eine entsprechende Selbstzuschreibung. Im Jahr 1929 heißt es gar: „Darum ist es ein Irrtum, wenn die reine Rechtslehre als Ausläufer der liberal-individualistischen Rechtsstaatstheorie [...] gekennzeichnet wird“.⁴

Nun wird Kelsen zwar zu Recht als Klassiker einer modernen pluralistischen Demokratietheorie und als zumindest kritischer Liberaler stark gemacht.⁵ Doch gelingt es auch diesen affirmativen Rezeptionen nicht, die Grundrechtslücken in seinem demokratie- und staatsrechtstheoretischen Werk zu schließen. Liberale Paradoxien rund um die Grundrechte bleiben nämlich von Kelsen selbst ungelöst, weil er sie werkimmanent und

¹ SCHÖNBERGER, Kelsen-Renaissance 215.

² KELSEN, Foundations 287.

³ DERS., Hauptprobleme 1911, XI.

⁴ KELSEN, Formalismus 1724.

⁵ Ausf. VAN OUYEN, Moderne 1; MOCK Liberalismus 444.

wertrelativistisch nicht hat lösen können. Dass Kelsen in der Zwischenkriegszeit keinen rechtlichen Schutzwall gegen die Selbstzerstörung der Demokratie hat aufrichten können oder wollen, weil sein Verständnis von gleicher Freiheit in einer konsequenten Konstruktion der Demokratie als Herrschaft der parlamentarischen Majorität mündete, die die demokratische Staatsform per Mehrheitsbeschluss auch abschaffen durfte, ist hinlänglich erforscht: Demokratie ist „diejenige Staatsform, die sich am wenigsten gegen ihre Feinde wehrt. [...] Bleibt sie sich selbst treu, muss sie auch eine auf Vernichtung der Demokratie gerichtete Bewegung dulden [...]“.⁶ Wer aber die Fundamente der Demokratie nicht schützen kann, ohne sich mit seiner politischen Theorie, seiner Rechtstheorie und seinem Werteverständnis in Widerspruch setzen zu müssen, der kann auch die Fundamente der Freiheit, die fundamental rights, nicht bruchlos integrieren – weder in seine politische Theorie noch in seine Rechtstheorie.

Nur am Rande schreibt der frühe Kelsen deshalb davon, dass eine Demokratie, die diesen Namen auch verdiene, nur dort zu finden sei, wo die „Allgemeinheit und Gleichheit der (scil.: zumindest) politischen Rechte unzweifelhaft besteht“.⁷ Öfter lässt sich dagegen auch seinen Schriften der Zwischenkriegszeit entnehmen, dass die politische Freiheit Aller im Staat und die private Freiheit des Einzelnen dort durchaus nicht zwingend zusammenhängen.⁸ Die Freiheit von allen fremden, äußeren Zwängen ist zwar der starting point seiner Demokratietheorie, verengt sich im Staat aber auf die politische Selbstbestimmung der größtmöglichen Zahl an Menschen. Parlamentarische Demokratie ist Majoritätsprinzip und Kompromiss. Gesetze werden – inhaltlich nicht vorge-

bunden – durch die Entscheidung der parlamentarischen Mehrheit gemacht, die sich in der Regel aus einer Koalition von Fraktionen aus verschiedenen politischen Richtungen zusammensetzt und deshalb immer Kompromisse schließen muss. Kelsen rechtfertigt die Demokratie nicht, wie unlängst behauptet, aus der „Position und Freiheit von Minderheiten“⁹ heraus, sondern gerade aus dieser politischen Selbstbestimmung der Mehrheit. Wenn Kelsen deshalb heute für die „Gleichursprünglichkeit von Demokratie und Menschenrechten“ in Anspruch genommen wird,¹⁰ ist das zumindest kontraintuitiv und bringt auch konstruktiv nichts ein. Die Vereinnahmung Kelsens als Vordenker für eine grundrechtlich gerahmte parlamentarische Demokratie sitzt dabei vielmehr der gelegentlichen politischen Rhetorik in Kelsens demokratietheoretischen Schriften auf, mit der er sein Dilemma mehr andeutet, als dass er es löst.

Kelsen hat nämlich ein gespaltenes Verhältnis zu den Grundrechten. In seinen Schriften widmet er ihnen vergleichsweise wenige Zeilen, eine Monografie zu diesem Überthema liberaler Staatsauffassung fehlt. Zudem setzt Kelsen die Grundrechte in allen seinen Schriften, auch in den politischen, in der Regel in Gänsefüßchen und schreibt von ihnen oftmals nur als „sogenannte Grund- und Freiheitsrechte“. Dass Grundrechte keine Herzensangelegenheit für Kelsen waren, hat sowohl erkenntnistheoretische als auch rechtstheoretische und ideologiekritische Gründe.¹¹

Das erhellt vor allem vor dem Hintergrund, dass seine Demokratietheorie und seine positivistische Rechtstheorie in einem untrennbaren Zusammenhang miteinander stehen. Bei den Juristen gilt die Reine Rechtslehre als die der parlamentarischen Demokratie kelsenscher Prägung

⁶ KELSEN, Verteidigung 68.

⁷ DERS., Wesen und Wert 1929, 13.

⁸ Nachweise bei DREIER, Demokratietheorie 93.

⁹ So aber MATERN, Liberalismus 227; ebenso VAN OUYEN, Moderne 102f.

¹⁰ MATERN, Liberalismus 225, 231ff.

¹¹ So zu Recht RÖMER, Kelsen 132.

adäquate Rechtstheorie; in der Politikwissenschaft gilt Kelsens positivistische Rechts- und Staatstheorie als politische Theorie der pluralistischen Demokratie.¹² Bezieht man beide Arten von Schriften richtigerweise aufeinander, dann musste Kelsen bei den Grundrechten eine empfindliche Lücke in seinen streng logisch aufgebauten Theorien hinterlassen. In ihrer liberalen Deutung als vorstaatliche Begrenzungen des Staatswillens passten sie nicht in seinen positivistischen Begründungszusammenhang der Rechtsordnung und vor allem nicht zu seiner Überzeugung, dass alles Recht von Menschen gemacht wird. Als vorgegebene Beschränkungen des Mehrheitswillens passten sie nicht in seinen Begründungszusammenhang der Demokratie aus dem Prinzip der Majorität heraus, die alles regeln darf, was sie regeln möchte.

Kelsens Demokratie- und Rechtstheorie der Zwischenkriegszeit ist vor allem aber auch aus ihrem zeitgenössischen Kontext heraus zu lesen – und nicht nach heutigen Rezeptionsbedürfnissen zu verbiegen. Kelsen stand der Sozialdemokratie nahe. Obwohl er Gerechtigkeitsfragen strikt aus seiner Rechtstheorie ausklammerte, war er persönlich für eine Umgestaltung der Gesellschaftsordnung in Richtung auf ein Mehr an sozialem Ausgleich auf friedlichem Wege. Diesen friedlichen Ausgleich von gegensätzlichen politischen Interessen sah er am besten in der parlamentarisch durch Kompromiss erzeugten Rechtsordnung aufgehoben. Umgestaltung einer Gesellschaftsordnung bedeutet immer aber auch Umverteilung und Verlust des status quo sowie politischer und gesellschaftlicher Macht auf Seiten der Besitzenden. Als Bollwerk der bürgerlichen Eigentümergeellschaft gegen eine schrittweise und friedliche sozial-demokratische Evolution¹³ fungierte in der Zwischenkriegszeit das ur-liberale Grundrecht auf Eigentum, das Kelsen so sehr

ein Dorn im Auge war, dass er mit seiner Ideologiekritik an der Eigentümergeellschaft gleich allen Grundrechten als subjektiven Abwehrrechten gegen den umgestaltenden Staat zu Leibe rückte. Deshalb, und vor allem auch, um der in der antidemokratischen Staatsrechtslehre apostrophierten „Tyrannei der Mehrheit“ als Diffamierung der parlamentarischen Demokratie entgegenzutreten, brach er demokratie- und rechtstheoretisch seine Lanze für den grundrechtlich ungebundenen parlamentarischen Gesetzgeber, dessen Omnipotenz allein formal zugunsten von Minderheiten eingehegt und von einer Verfassungsgerichtsbarkeit als liberaler Institution auf Einhaltung dieser formalen Spielregeln bei Erzeugung des Staatswillens kontrolliert werden sollte.

II. Eine kurze Bestandaufnahme über die Zeit

Ein Streifzug durch die Schriften Kelsens ergibt Folgendes: Die antisoziale Freiheit des einzelnen ist Ausgangspunkt seiner Demokratietheorie.¹⁴ Sie wandelt sich innerhalb eines Staates, der notwendig eine rechtliche Zwangsordnung sein muss, um Ordnung und Frieden in ein ansonsten anarchisches Chaos zu bringen, in politische Selbstbestimmung um. Freiheit im demokratischen Staat ist die gleiche Teilhabe aller Rechtsunterworfenen an der Erzeugung von Rechtsinhalten, also des sie zwingenden Staatswillens.¹⁵ Doch auch innerhalb der rechtlichen Zwangsordnung kann rechtlich ungebundene Freiheit des Einzelnen sein. Kelsen schreibt z.B. in seiner Allgemeinen Staatslehre von 1925, dass der „Bereich rechtlicher Freiheit in eine von vornherein gar nicht erschöpfbare Anzahl von Einzelfreiheiten zerlegt werden kann“,¹⁶ meint damit aber nur die von rechtlicher Regelung mangels Phantasie des

¹² DREIER, Rechtslehre 245, 286; VAN OUYEN, Moderne 18, 68.

¹³ Zu diesem Ideal Kelsens LUTHARDT Aspekte 151 ff.

¹⁴ KELSEN, Rechtslehre 1960, 390.

¹⁵ DERS., Staatslehre 321, 325f.

¹⁶ Ebd. 154.

Gesetzgebers oder wegen der fehlenden Durchsetzbarkeit dieser Regelungen frei gebliebenen Winkel der menschlichen Existenz. Rechte im Rechtssinne sind diese Freiheiten, die Kelsen hier benennt, nicht. 1911 bezeichnet er Grundrechte noch als „rechtlich irrelevante Erklärungen“ des Verfassungsgebers, denen „kein rechtlich relevanter Sinn abgewonnen werden“ kann.¹⁷

Und deshalb betrachtet es Kelsen als eine problematische Praxis der modernen demokratischen Verfassungen, Kataloge von Freiheitsrechten zu normieren.¹⁸ Bestenfalls sind sie überflüssig,¹⁹ schlechtestenfalls gaukeln sie dem Volk vor, es besäße diese Freiheiten tatsächlich als subjektive Rechte, die es gegenüber dem (demokratischen) Gesetzgeber verteidigen könnte.²⁰ Die klassischen Grundrechte kommen deshalb in seinen Schriften, den rechtstheoretischen ebenso wie den demokratiethoretischen, in der Regel nur in Form von einfachen Aufzählungen, Beschreibungen und Vergleichen mit anderen Verfassungen vor. Erst im Jahre 1933 legt er mehr Emphase an den Tag: „Zum Lebensprinzip jeder Demokratie“ gehören für ihn nun „die geistige Freiheit, die Freiheit der Meinungsäußerung, die Glaubens- und Gewissensfreiheit, das Prinzip der Toleranz und insbesondere: die Freiheit der Wissenschaft“.²¹ Auch die rechtspraktischen Funktionen von Grundrechten im Prozess der Gesetzgebung hebt er erst gegen Ende der Weimarer Republik hervor, als er sich eingehender theoretisch mit der Verfassungsgerichtsbarkeit beschäftigt. Ihr „vornehmster Sinn“ sei es, „dem Gesetzgeber Grundsätze, Richtlinien und Schranken für den Inhalt künftiger Gesetzgebung“ an die Hand zu geben.²² Aber auch dieser grundrechtstheoreti-

sche Lehrsatz erhebt die Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung größtenteils nicht per se in die Sphäre des Rechts als Beschränkung der parlamentarischen Mehrheit. Je nach positiviertem Wortlaut erschöpft sich ihr Regelungsgehalt für Kelsen – wie für die meisten anderen positivistischen Staatsrechtslehrer der Weimarer Republik auch – in moralischen Appellen an den Gesetzgeber.²³ Die aus heutiger Sicht stiefmütterliche Behandlung von Grundrechten in der Zwischenkriegszeit lässt sich Kelsen allerdings nicht vorwerfen, denn von einer elaborierten Grundrechtsdogmatik kann in der Weimarer Republik insgesamt keine Rede sein. Erst gegen Ende der Republik entspinnt sich in der positivistischen Staatsrechtslehre ein Grundrechtsdiskurs, der vor allem eine formale Schrankendogmatik zum Inhalt hat,²⁴ der durch die Zerstörung der Republik aber abbricht.

III. Der rechtlich allmächtige Staat ist eine potentiell totalitäre Demokratie²⁵

Da sich in Kelsens Staatslehre sein Verständnis von offener Gesellschaft spiegelt und er dem Mehrheitswillen keine unverfügbaren Werte vorordnet, hält er es für einen Irrglauben, dass Demokratie gleichsam automatisch zu einer Erweiterung von Freiheit führen müsse.²⁶ Zwar wird in den klassischen normativen Demokratietheorien stets behauptet, dass ein legitimer demokratischer Staat vor allem zum Schutze von individuellen Freiheiten existiere. In seiner juristischen Staatslehre kann Kelsen diesen Freiheitszweck des Staates aber nicht unterbringen. Die

¹⁷ KELSEN, Hauptprobleme 1911, 533.

¹⁸ Ebd. 445; OLECHOWSKI, Kelsen 137.

¹⁹ KELSEN, Staatslehre 155.

²⁰ DERS., Staatsgerichtsbarkeit 8.

²¹ DERS., Wesen und Wert 1929, 20, 24f.; DERS., Staatsform 1930.

²² DERS., Staatsgerichtsbarkeit 40.

²³ Ebd. 8.

²⁴ GROH, Grundrechte.

²⁵ KELSEN, Rechtslehre 1960, 667: „Das Prinzip der majoritären Selbstbestimmung steht einer totalitären Demokratie nicht im Weg“.

²⁶ DERS., Staatslehre 257; DREIER, Rechtslehre 286; VAN OUYEN, Moderne 68.

Staatslehre, die für Kelsen ja notwendig eine Rechtslehre ist,²⁷ fragt nämlich nicht nach den Zwecken eines Staates. Staatszwecke sind immer nur Inhalte einer Staatsform. Sie werden durch die Politik, nicht durch die Rechtslehre festgelegt und liegen damit außerhalb des Analysehorizonts einer positivistischen Staatslehre – oder auch einer formalen Demokratietheorie als deren Äquivalent.²⁸ Kelsen stellt deshalb auch in seiner politischen Philosophie zur Demokratie nicht die Frage nach dem richtigen Inhalt einer demokratischen Staatsordnung. Er fragt nur nach den richtigen Methoden, mit denen ihr Inhalt erzeugt wird.²⁹ In einem demokratischen Staat wird damit aber nicht automatisch mehr gesellschaftliche Freiheit produziert als in einer anderen Staatsform, denn freiheitliche Methoden der Rechtserzeugung führen nicht zwangsläufig zu freiheitlichen Inhalten des Rechts.

Wenn aber die parlamentarische Mehrheit die Inhalte des Rechts erzeugt, was ist dann mit der klassischen Funktion von Grundrechten als Minderheitenschutzrechten? Kelsen selbst schneidet dieses Thema an: Grundrechte sind „ein Schutzwall gegen den Herrschaftsmisbrauch“ des Gesetzgebers.³⁰ Die Demokratie als Staatsform soll weder zur Zwangsbeglückung der Staatsangehörigen führen, noch in einem Zwangskonformismus Aller aufgehen.³¹ Kelsens Postulat, dass die rechtliche Zwangsordnung nur so beschaffen sein dürfe, „daß auch die Minderheit, weil nicht absolut im Unrecht, nicht absolut rechtlos“ gestellt werden dürfe,³² ist allerdings politische Rhetorik in seiner Demokratietheorie, die weder eine rechtliche Entsprechung in seinen rechtstheoretischen Schriften findet noch überhaupt lo-

gisch-systematisch von ihm gerechtfertigt werden kann, denn Grundrechte schränken das Majoritätsprinzip ja gerade ein.³³ Sein recht schwaches historisches Argument lautet daher, dass das Majoritätsprinzip „sich in der Erfahrung mit dem Minoritätenschutz vereinbar“ gezeigt habe.³⁴ Aus der Existenzberechtigung von Minderheiten folgt bei Kelsen zwingend daher nur die Möglichkeit, nicht die Notwendigkeit ihres Schutzes.³⁵

Wenn man in politischen Freiheitsrechten denkt, dann läuft Kelsens Demokratietheorie vor allem auf das Verhältniswahlrecht als Grundrecht hinaus, das möglichst viele politische Gruppen ins Parlament bringen muss, damit deren Interessen sich dort in einem Kompromiss verbinden. Das ist allerdings ein recht magerer rechtlicher Schutz der Freiheit von Minderheiten, da das Wahlverhalten der Bürger*innen durch Gesetze nicht gesteuert werden kann. Andere politische bzw. kommunikative Grundrechte, wie die Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit, die Meinungsfreiheit und die Pressefreiheit, die die Teilnahme am Prozess der gesellschaftlichen Willensbildung und eine für diesen Prozess notwendige demokratische Öffentlichkeit garantieren, benennt Kelsen nur mehr oder weniger affirmativ. Das ist unbefriedigend.³⁶ Ein Wille der Mehrheit, der demokratisch genannt werden will, muss sich im chancengleichen Wettbewerb aller Meinungen formen können. Demokratie setzt eine Opposition und deren Chance zur Mehrheit zu werden, voraus. Kelsen hält es deshalb auch für das „tiefste“ und „innerste Wesen“ der Demokratie, jede Meinung gleichermaßen zu achten und ihr im politischen Wettbewerb die gleiche Option auf Gehör zu verschaffen.³⁷ Konsequenzen für die

²⁷ KELSEN, Staatslehre 78.

²⁸ Ebd. 39.

²⁹ Ebd. 321; DERS., Wesen und Wert 1929, 14; HERRERA, Kelsen 95; VAN OOYEN, Moderne 42 ff.

³⁰ KELSEN, Wesen und Wert 1920, 9.

³¹ Ebd. 7.

³² Ebd. 31f.

³³ Ausf. KOLLER, Demokratie 324ff.; a.A. VAN OOYEN, Moderne 122.

³⁴ KELSEN, Wesen und Wert 1929, 53

³⁵ Ebd. 53; weiter KELSEN, Wissenschaft 240.

³⁶ DREIER, Rechtslehre 264 ff.

³⁷ KELSEN, Wesen und Wert 1920, 31.

Notwendigkeit des rechtlichen Schutzes von politischen Grundrechten in einer demokratischen Gesellschaftsordnung zieht er hieraus nicht.

Und auch private Grundrechte spielen in Kelsens Staats- und Demokratietheorie keine gesonderte Rolle, es sei denn als Beispiele, an denen er liberale Grundrechtslehren dekonstruiert. Kelsen definiert den Gegensatz von individueller Freiheit und staatlicher Ordnung selbst als das „Kernproblem aller sozialen Theorie und Praxis“.³⁸ Die vom politischen Liberalismus proklamierte naturrechtliche Lösung dieses Konflikts, die zum einen in der Behauptung vorstaatlicher Freiheiten und zum anderen in einer vertragsrechtlichen Geltungs begründung der staatlichen Herrschaftsordnung liegt, lehnt er für eine Grundrechtstheorie aus rechtstheoretischen und ideologiekritischen Gründen allerdings ab. Kelsens Geltungspositivismus erklärt die Struktur des positiven Rechts aus sich selbst heraus: Nach Kelsens Grundnorm kann eine Norm ihre Geltung nur aus einer anderen, höherrangigen Norm der positiven Rechtsordnung ableiten. Eine Rechtsordnung gilt, weil sie in dem dafür vom positiven Recht vorgesehenen Verfahren von den zuständigen Organen gesetzt worden ist. Dürfte nach der vertragsrechtlichen Zustimmungslösung jeder Einzelne selbst entscheiden, welchen Normen er Geltung zuschreiben und folgen wolle und welchen nicht, herrschte Anarchie. Die Grundnorm lautete dann nämlich: Du musst nur das tun, was du tun willst. Dieser liberale Anarchismus ist für Kelsen nur eine bequeme Ideologie, um die Ablehnung von lästigem staatlichem Zwang zu rechtfertigen. Und wer Zwang ablehnt, der lehnt auch den Staat ab, den Kelsen notwendig als Zwangsordnung

definiert.³⁹ Der Versuch dagegen, den Staat an naturrechtliche Maximen zu binden, ist für Kelsen schlicht Betrug, der die faktischen Machtverhältnisse verschleiert. Jede staatliche Institution – wie z.B. auch die gegen eine Umgestaltung der Eigentumsordnung durch Gesetzgeber und Verwaltung angerufenen Zivil- oder Verfassungsgerichte –, die dann die Definitionshoheit über das Naturrecht in den Händen halten, könnten dieses gegen die geltende Rechtsordnung ausspielen.⁴⁰

Kelsen macht deshalb nicht einmal den Versuch, die brutalen Konsequenzen seiner Staatsrechtslehre zu beschönigen. Für ihn gibt es von vornherein kein menschliches Verhalten, das die Rechtsordnung nicht regeln dürfte. Rechtliche Regelungen müssen dem Bürger nicht einmal irgendeine Restfreiheit lassen.⁴¹ Das heißt im Umkehrschluss: Nur dort, wo die Gesetze schweigen, ist der Einzelne frei:⁴² „Die Behauptung aber: ich habe das Recht, zu atmen, zu arbeiten, spazieren zu gehen, zu lieben usw., besagt rechtlich nichts anderes, als daß keine Rechtsnorm besteht, die mich zum Gegenteil verpflichtet“.⁴³ Damit ist Freiheit in Kelsens Staatsrechtslehre kein Rechts-, sondern ein Tatsachenbegriff und die Leerstelle wird klarer.⁴⁴

Die totale Vernichtung der Freiheit durch körperliche und geistige Versklavung ist rechtlich also auch in einem demokratischen Staat möglich.⁴⁵ Kelsen hält es als Ausfluss seines schrankenlosen Majoritätsprinzips für ein „vergebliches Bemühen, [...] der Expansion des Staates gegen das Individuum an irgendeinem Punkte eine absolute Schranke“ zu setzen.⁴⁶ Eine freiheitliche Ordnung mag man zwar für eine gerechte Ordnung halten, Gerechtigkeit ist aber nur eine mögliche und

³⁸ DERS., Staatslehre 15.

³⁹ KELSEN, Übermensch 1 ff.

⁴⁰ DERS., Diskussionsbeitrag.

⁴¹ DERS., Staatslehre 107f.

⁴² Ebd. 151 ff.

⁴³ Ebd. 57.

⁴⁴ Ebd. 150.

⁴⁵ KELSEN, Wesen und Wert 1929, 10f.: „Auch bei schrankenloser Ausdehnung der Staatsgewalt gegen den Einzelnen, also bei völliger Vernichtung der individuellen Freiheit und Negation des liberalen Ideals, ist Demokratie [...] noch möglich“.

⁴⁶ DERS., Staatslehre 41.

keine notwendige Eigenschaft einer demokratischen Rechtsordnung.⁴⁷ In einer Kategorie wie dem Staatsunrecht im Rechtssinne denkt Kelsen nicht, weil für ihn auch Unrecht geltendes Recht ist, solange es von den zur Gesetzgebung eingesetzten Organen in den für das Gesetzgebungsverfahren festgelegten Verfahrensschritten zustandekommt.⁴⁸

Nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich ist die totale Regelung des Lebens bis in die Betten der Bürger*innen hinein aber auch für Kelsen doch eher unmöglich, denn zur positiven Rechtsordnung, als deren Bedingung gleichsam, gehört die Wirksamkeit der Rechtsnormen „im großen und ganzen“.⁴⁹ Auch als Zwangsordnung muss die Rechtsordnung im Wesentlichen und ohne massive Widerstände von den ihr Unterworfenen befolgt werden. Abweichendes Verhalten wird zwar sanktioniert, das gebietet der Sanktionscharakter des Rechts; dafür muss es aber entdeckt werden. Das heißt im Umkehrschluss aber nur, dass der Staat nicht alles bis in den hinterletzten Winkel der Privatheit der Einzelnen regeln soll oder kann. Es heißt nicht, dass er nicht alles regeln darf. Freiheit ist auch hier kein eigentliches Rechtsproblem, ihre grenzenlose Beschränkung in einer Demokratie ebenfalls nicht. Deshalb also zwingt Kelsen die „sogenannten Grund- und Freiheitsrechte“ in Gänsefüßchen. Gesetze, egal als wie schreiend ungerecht man sie empfindet, gelten solange, wie der negative Gesetzgeber, also das Verfassungsgericht, oder eine neue Majorität sie nicht aufheben. Eine Radbruchsche Formel hat Kelsen zwar auch nach dem Zweiten Weltkrieg nicht entwickelt, mehr als zuvor dann aber doch die gängige Funktion von Freiheitsrechten (je nach ihrer positivrechtlichen Formulierung) als negative Kompetenzbestimmungen, also als Schranken gegenüber dem Gesetzgeber

betont: Der Gesetzgeber ist „entweder überhaupt nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen ermächtigt [...], Normen zu setzen, die Menschen ein Verhalten bestimmter Art wie Religionsausübung, Meinungsäußerung u. dgl. gebieten oder verbieten“.⁵⁰

IV. Die Probe auf's Exempel: Dekonstruktion des subjektiv- öffentlichen Rechts am Beispiel der Eigentumsordnung

Den Sinn von Grundrechten und des subjektiven Rechts verortet auch Kelsen also in einer Beschränkung der Gestaltungsmacht des Gesetzgebers.⁵¹ Kann es in einer objektiven Rechtsordnung subjektive Rechte wie die Grundrechte aber überhaupt geben?⁵² Kelsen findet hier zu derselben Antwort wie die damals noch herrschende positivistische Staatslehre. Subjektiv-öffentliche Rechte wurzeln weder in der tatsächlichen Willensmacht eines Subjekts noch in seiner vorstaatlichen Freiheit. Sie werden ihm vielmehr – in der Regel als Klagebefugnisse – durch das objektive Recht verliehen.⁵³ Ob man dieses Konstrukt nun subjektives Recht, Berechtigung, Rechtsmacht oder Reflex von Rechtspflichten nennt, der Effekt bleibt der gleiche: Die Gestaltungsmacht des Gesetzgebers gegenüber dem Einzelnen wird gestärkt.⁵⁴ Alle klagbaren Grundrechte, private wie politische, können durch Mehrheitsentscheid des Parlaments (je nach Formulierung restlos) gestrichen werden und setzen den Gesetzgeber nicht unter Zwang, seine Eingriffe mit besseren Gründen rechtfertigen zu müssen.

Orientiert man sich dagegen an der einsetzenden antipositivistischen und rechtsbürgerlichen Grundrechtsdogmatik der Weimarer Zeit, die vor allem

⁴⁷ DERS., *Gerechtigkeit* 2ff.

⁴⁸ DREIER, *Rechtslehre* 232f.

⁴⁹ KELSEN, *Rechtslehre* 1960, 218f.; dazu RÖMER, *Kelsen*, 66f.

⁵⁰ KELSEN, *Rechtslehre* 1960, 45.

⁵¹ HAMMER, *Rechtstheorie* 178ff.

⁵² KELSEN, *Staatslehre* 47.

⁵³ Ebd. 55–62.

⁵⁴ FLECHTHEIM, *Randglossen* 73.

von der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zum Eigentumsgrundrecht aus Art. 153 WRV befeuert wurde, dann war die Befugnis des Staates zu Eingriffen in Freiheitsrechte, speziell in das Recht am Eigentum, prinzipiell auf die Regelung der „notwendigsten Belange“,⁵⁵ also auf die liberale Rahmengesetzgebung, begrenzt.⁵⁶ Die privatrechtliche Eigentumsordnung wurde in den entsprechenden dogmatischen Schriften nicht nur als subjektives Recht, sondern gleich als Institutsgarantie gegen den Gesetzgeber verteidigt.⁵⁷ Soziale Zwecke z.B. durfte der Staat dann genauso wenig durch Eingriffe in die bestehende Eigentumsordnung verfolgen wie eine Abmilderung privater Ausbeutung durch Verstaatlichung.⁵⁸

Die Verbissenheit des kelsenschen Kampfes wider die naturrechtliche Begründung subjektiver Rechte des Einzelnen gegen den parlamentarischen Gesetzgeber speist sich deshalb vor allem aus diesem Versuch der Verewigung der privatrechtlichen Eigentumsordnung durch den rechtsbürgerlichen Liberalismus gegen den sozial umgestaltenden parlamentarischen Gesetzgeber der Zwischenkriegszeit.⁵⁹

Kelsen kann trotz seiner Nähe zur Sozialdemokratie zwar nicht als ein Vorreiter für soziale Grundrechte bezeichnet werden. Auf Bitten von Karl Renner nimmt Kelsen in zwei seiner Verfassungsentwürfe für Österreich gleichwohl soziale Grundrechte auf, formuliert sie aber mehr als lustlos.⁶⁰ Kelsen glaubt jedoch an eine friedliche Evolution der Gesellschaft durch den Ausgleich

ihrer Konflikte im Kompromiss der Gesetzgebung.⁶¹ Sollen alle Bürger*innen nicht nur auf dem Papier die gleichen politischen und privaten Rechte haben, also tatsächlich gleich frei sein, muss der Gesetzgeber die massiven wirtschaftlichen Unterschiede zwischen ihnen zumindest ansatzweise aufheben: „Zweifellos ist das Ideal möglicher wirtschaftlicher Gleichheit ein demokratisches. Und daher erst die Sozialdemokratie eine vollkommene Demokratie“.⁶² Der reformistische Sozialismus der Zwischenkriegszeit, dem Kelsen mit seinem „Zurück zu Lassalle“ einiges abgewinnen kann, wollte sich dieser, an wohlfahrtsstaatlichen Gerechtigkeitsideen orientieren Umverteilungsaufgabe annehmen.⁶³ Und davon, dass der parlamentarische Gesetzgeber in der Lage ist, die jeweils soziale Frage der Zeit zu lösen und einen relativen Gleichgewichtszustand in der Gesellschaft herzustellen, hängt für den weitsichtigen Kelsen die Zukunft der Demokratie ab.⁶⁴ Kelsen wird deshalb politisch auch als Linksliberaler eingeordnet.⁶⁵

V. Demokratie als verfassungsgerichtlich garantierte Verfahrensordnung

Die maximale Gestaltungsmacht des demokratischen Gesetzgebers ist also der Dreh- und Angelpunkt in Kelsens Demokratietheorie. Kelsen arbeitet mit einem formalen Demokratiebegriff:

⁵⁵ KELSEN, Staatslehre 31.

⁵⁶ DERS., Rechtslehre 1960, 141: Die Verleihung subjektiver Rechte „ist eine spezifische Technik der kapitalistischen Rechtsordnung“.

⁵⁷ GROH, Grundrechte.

⁵⁸ KELSEN, Geschichtsauffassung 105; insg. RÖMER, Kelsen 87 ff.

⁵⁹ KELSEN, Sozialismus 106f.: „Der Gedanke eines vom objektiven Recht verschiedenen und in seiner Existenz von ihm unabhängigen Rechtes, das aber nicht weniger, ja vielleicht sogar mehr ‚Recht‘ ist als jenes, soll die Institution des Privateigentums vor seiner Aufhebung durch die Rechtsordnung schützen“.

⁶⁰ ERMACORA, Bundesverfassung 35.

⁶¹ KELSEN, Parlamentarismus 43: „Die Freiheit der Demokratie, das ist die Freiheit des Kompromisses, die Freiheit des sozialen Friedens“.

⁶² DERS., Wesen und Wert 1920, 30; auch DERS., Wesen und Wert 1929, 93.

⁶³ Ausf. PRISCHING, Demokratie.

⁶⁴ KELSEN, Parlamentarismus 4.

⁶⁵ VAN OUYEN, Moderne 94.

Demokratie ist ein Verfahren zur Rechtserzeugung.⁶⁶ Die geschriebene Verfassung stellt hierfür die Spielregeln auf, zu denen zwingend formelle Vorgaben und nur fakultativ auch Inhaltsvorgaben für die Staatswillensbildung zählen. Grundrechte – vor allem in ihrer Eigenschaft als negative Kompetenzschränken⁶⁷ – beschränken den einfachen Gesetzgeber, um Minoritäten gegen die gesetzgebende Majorität zu schützen. Eine Verfassungsgerichtsbarkeit als Hüterin der Verfassung muss für Kelsen durch die Kontrolle der Einhaltung dieser Spielregeln im Rahmen des Normenkontrollverfahrens deren minderheitenschützende Funktion effektuieren⁶⁸ und darf als negative Gesetzgeberin verfassungswidrige Gesetze einkassieren.⁶⁹ Der Logik nach erhält die parlamentarische Opposition die Antragsbefugnis, um das Verfassungsgericht hier in Gang zu setzen.⁷⁰ Kelsen ist dabei allerdings mehr am Schutz des objektiven Verfassungsrechts gelegen als an einer Verbesserung des Schutzes subjektiver Rechte gegen den Gesetzgeber.⁷¹

Auch verfassungsrechtlich verbürgte Grundrechte haben allerdings keinen rechtlichen Mehrwert im Vergleich zu einfachen Rechten, wenn ihnen ein einfacher Gesetzesvorbehalt beigegeben wird, wie das zumindest für die Weimarer Reichsverfassung üblich war. Den einfachen Gesetzesvorbehalt kann der einfache Gesetzgeber mit entsprechend einfacher Mehrheit nämlich sogleich nutzen, um die Freiheit, die er eigentlich schützen soll, wieder zu beseitigen.⁷² Deshalb plädiert Kelsen für einen verfahrensrechtlichen

Schutz von Grundrechten durch erhöhte Quoren in der Gesetzgebung.⁷³ Will der Verfassungsgeber darüber hinaus verhindern, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber grundrechtlich geschützte Freiheiten beseitigt, muss er Ewigkeitsklauseln mit Werten, die auch für diesen unantastbar sind, und Quoren, die dieser nicht erreichen kann, in die Verfassung aufnehmen.⁷⁴ Das ist vor allem Inhaltsschutz durch Verfahren und insoweit für Kelsens formale Demokratietheorie und Reine Rechtslehre konsequent, als dass Freiheit insbesondere prozedural geschützt wird.

Das Recht kann aber auch in einer geltungspositivistischen Staatslehre der Gestaltungsmacht des demokratischen Gesetzgebers im Stufenbau der Rechtsordnung inhaltliche Grenzen in Form von Grundrechten mit der Folge setzen,⁷⁵ dass der einfache Gesetzgeber die grundrechtlich geschützte Freiheit dann zwar ausgestalten, nicht aber verletzen oder vernichten darf. Eine methodisch-dogmatische Antwort auf die Frage, wann neben Verfahrensfehlern verfassungswidrige Grundrechtsverletzungen vorliegen können, bleibt Kelsen jedoch schuldig.⁷⁶

⁶⁶ KELSEN, *Wesen und Wert* 1929, 99.

⁶⁷ DERS., *Rechtslehre* 1960, 45. Die (inhaltliche) Bindungswirkung der Grundrechte gegenüber dem Gesetzgeber wurde in der Weimarer Staatsrechtslehre allerdings mehrheitlich abgelehnt, vgl. GROH, *Staatsrechtslehrer*, 427 ff. Hierzu noch KELSEN, *Hauptprobleme* 1911, 440: Eine Verpflichtung des Staates bestimmte Gesetze zu erlassen oder zu unterlassen ist für die „juristische Konstruktion schlechterdings unmöglich“.

⁶⁸ KELSEN, *Wesen und Wert* 1929, 75.

⁶⁹ Ebd. 75; KELSEN, *Staatsgerichtsbarkeit* 46.

⁷⁰ DERS., *Staatsgerichtsbarkeit* 56; weiter noch DERS., *Österreich* 154f.

⁷¹ STOURZH, *Bundesverfassung* 330.

⁷² KELSEN, *Staatslehre* 156.

⁷³ DERS., *Wesen und Wert* 1929, 54: „[...] daß Maßnahmen, die in gewisse nationale, religiöse, wirtschaftliche oder allgemein geistige Interessenssphären eingreifen, nur mit Zustimmung einer – qualifizierten – Minorität [...] möglich sind“.

⁷⁴ Näher HIDALGO, *Paradox* 103; wenig verständlich hier HWANG, *Grundrechtsbindung* 225.

⁷⁵ KELSEN, *Staatsgerichtsbarkeit* 3, 7f.; DERS., *Hüter* 70f.; LEPSIUS, *Pfadabhängigkeit* 258f.

⁷⁶ SCHÖNBERGER, *Kelsen–Renaissance* 215.

VI. Methodik: oder der maximale Respekt vor dem demokratischen Gesetzgeber

Kelsen erhält im Frühjahr 1919 von Karl Renner den Auftrag, einen Verfassungsentwurf für Österreich auszuarbeiten. Er soll nach Möglichkeit alles Brauchbare aus der alten Verfassung beibehalten und schauen, wo er aus dem Zweiten Teil der Weimarer Reichsverfassung abkupfern kann.⁷⁷ Der Weimarer Grundrechtskatalog beruhte in all seiner bunten Vielfalt auf einem wohlwollenden Kompromiss aller damals an der Verfassunggebung beteiligten Parteien. Zwar wird er bereits in der Nationalversammlung als „salatähnliche Komposition“ madig gemacht, gerade aber die Sozialdemokratie und der politische Katholizismus können gut mit ihm leben. In Österreich erhofft man sich deshalb von einer Anlehnung des B-VG an den deutschen Grundrechtsteil eine schnelle Einigung zwischen Sozialdemokratie und Christlich-Sozialen über die materiellen Werte der österreichischen Demokratie.⁷⁸ Natürlich führt aber auch in Österreich die Grundrechtsfrage zu den größten politischen Verwerfungen, bis man sich schließlich auf Altbewährtes besinnt und die Grundrechte des Staatsgrundgesetzes über die „allgemeinen Rechte der Staatsbürger“ von 1867 in die neue Verfassung übernimmt. Man darf wohl sagen, dass Kelsen froh darüber ist, da er die mehr als 50 Jahre alten Landeshüter nicht für das schlechteste Produkt des politischen Liberalismus hält.⁷⁹

Kelsen ist selbst Verfassungsrichter⁸⁰ und setzt sich in seiner Amtszeit mit etlichen Normenkontrollanträgen auseinander. Der Respekt des Juristen vor dem demokratischen Gesetzgeber fließt

dabei in seine Methodik der Grundrechtsauslegung hinein. Die Anleitung zur Verfassungsrechtsprechung, die das Amalgamat aus Demokratie- und Rechtslehre dem Verfassungsrichter bietet, lässt sich dabei aber mehr aus Kelsens eigener Spruchrichtertätigkeit ablesen als aus seiner Theorie.

In seiner Reinen Rechtslehre verspricht Kelsen zwar, der Rechtswissenschaft auch eine Interpretationslehre an die Hand zu geben,⁸¹ seine Ausführungen hierzu bleiben allerdings zeitlebens auf dem Stand von 1934 stehen. In einem methodenkritischen Aufsatz aus diesem Jahr nimmt Kelsen zum ersten und letzten Mal die Auslegungsmethoden im Recht auf's Korn.⁸²

Nach der Reinen Rechtslehre kann die Interpretation von Normen nur darin bestehen, dass der Inhalt ihres rechtlichen Sollens festgestellt wird.⁸³ Gerade die Grundrechte lesen sich in der Regel jedoch wie Lapidarformeln, aus denen sich rechtswissenschaftlich abgesicherte, weil methodisch zwingende Aussagen über ihren Inhalt nicht ableiten lassen. Stufenbau der Rechtsordnung und sprachliche Mehrdeutigkeiten allgemeiner Gesetze führen deshalb bei der auf die Verfassung angewandten Interpretationslehre dazu, dass materielles Verfassungsrecht nur als offene Rahmenordnung für die es konkretisierenden Staatsorgane fungieren kann: „So kann das Ergebnis einer Rechtsinterpretation nur die Feststellung des Rahmens sein [...] und damit die Erkenntnis mehrerer Möglichkeiten, die innerhalb dieses Rahmens gegeben sind.“⁸⁴ Sind aber mehrere Entscheidungen innerhalb der verfassungsrechtlichen Rahmenordnung rechtswissenschaftlich gleichrichtig, stellt sich die Kernfrage nach der Machtverteilung zwischen dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber und dem demo-

⁷⁷ KELSEN, Österreichisches Staatsrecht 161; OLECHOWSKI, Kelsen 278.

⁷⁸ STOURZH, Bundesverfassung 327.

⁷⁹ OLECHOWSKI, Kelsen 290.

⁸⁰ JABLONER, Entwicklung 146–148.

⁸¹ KELSEN, Rechtslehre 1960, 1.

⁸² DERS., Interpretation 1117.

⁸³ DERS., Rechtslehre 1960, 346 ff.

⁸⁴ Ebd. 349; ausf. RÖMER, Kelsen 87 ff.

kratisch weniger gut legitimierten Verfassungsgericht bei der Verwerfung von Gesetzen. Eine tragfähige rechtstheoretische Antwort auf die Frage, wie sich mit rechtswissenschaftlichen Methoden erkennen lässt, was zum rechtlichen Rahmen des Gesetzgebers gehört, wann dieser also überschritten wird, wer den Vorrang bei der Interpretation mehrdeutiger Verfassungsvorschriften hat, und wann die rechtlich ungebundene Entscheidungspraxis anfängt, hat Kelsen nicht gegeben.

Rechtspolitisch fällt ihm dazu nur ein, den Text von Grundrechten weniger poetisch und mehr prosaisch-technisch zu formulieren, damit er eindeutiger ist. Die juristisch vertretbaren Auslegungsmethoden reduziert er auf zwei: den Wortlaut einer Norm und den historischen Willen des (Verfassungs-)Gesetzgebers.⁸⁵ Werkimmanent und aus heutiger Sicht kann man diese Auswahl kritisieren, in der Zwischenkriegszeit bedeutete die Kombination beider Auslegungsmethoden dagegen den Schutz der parlamentarischen Mehrheitsentscheidung gegen eine antisoziale, antidemokratische und antiparlamentarische Klassenjustiz. Allein auf den Wortlaut einer Norm und den *original intent* des Verfassungsgebers bei ihrer Auslegung zu setzen, widerspricht zwar nicht nur Kelsens eigenem Norm- und Sprachverständnis, sondern richtet sich auch gegen die Machbarkeit der Rechtsordnung, für die Kelsen sich sonst so stark macht.⁸⁶ Hier liegt ein potentieller Bruch zwischen politischem Anspruch und juristischer Theorie. Beides, Kleben an Wortlaut und Willen des Verfassungsgebers wie auch die Forderung, Grundrechte präzise abzufassen, ist aber gerade der rechtsbürgerlichen Richterherrschaft des Reichsgerichts der Weimarer Republik über Verfassung- und Gesetzgeber geschuldet. Gegen den Willen des Verfassungsge-

bers und auch gegen den Wortlaut von Grundrechten haben Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen die soziale Gesetzgebung in Weimar ausgehebelt,⁸⁷ seine Entscheidungen in Strafsachen haben die republikanische Zivilgesellschaft mundtot gemacht.⁸⁸

Für das Verhältnis von Gesetzgeber und Verfassungsgericht ergibt sich also zumindest implizit folgende Rangfolge: Bei der äquivoken Verfassungskonkretisierung geht der Gesetzgeber in Vorlage. Das Verfassungsgericht prüft, ob der Gesetzesbeschluss falsch ist, weil er gegen den rechtlichen Rahmen, den die Verfassung ihm aufspannt, verstößt. Ohne dass Kelsen dies selbst schreibt – im Gegenteil⁸⁹ – weist sein Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung und seine Beschränkung juristisch abgesicherter Interpretation von Rechtsbegriffen auf den Wortlaut und den historischen Willen des Verfassungsgebers ein auch aus seiner Demokratietheorie ableitbares Resultat auf: Der Gesetzgeber, der die offene Verfassung konkretisiert, hat einen weiten inhaltlichen Spielraum, um das soziale Leben nach dem Willen der Mehrheit und ihren Vorstellungen von sozialer Gerechtigkeit zu gestalten.⁹⁰ Diesen Spielraum muss das Verfassungsgericht achten. Es darf in die Verfassung nichts hineinlesen, was nicht in ihr steht.⁹¹ Wird die Frage, ob ein Gesetz, das innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens bleibt, gut oder gerecht ist, aber gleichwohl zum Maßstab für eine normverwendende Entscheidung des Gerichts, lässt sich diese Entscheidung nicht mit dem höheren Willen des Verfassungsgebers legitimieren, sondern ist Politik des Gerichts.⁹²

Kelsen hat das in einem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs in der Nachkriegszeit vorexerziert, in dem seine Demokratietheorie und seine Rechtstheorie in Form von Grundrechtsverständ-

⁸⁵ KELSEN, Staatsgerichtsbarkeit 40; DERS., Hüter 76.

⁸⁶ DERS., Staatslehre 151; DERS., Wesen und Wert 1929, 101.

⁸⁷ GROH, Grundrechte.

⁸⁸ HANNOVER, HANNOVER-DRÜCK, Politische Justiz.

⁸⁹ KELSEN, Hüter 80; GRIMM, Interpretationslehre 155 ff.

⁹⁰ KELSEN, Staatsgerichtsbarkeit 3.

⁹¹ ÖHLINGER, Kelsen 417.

⁹² KELSEN, Hüter 67.

nis und Interpretationslehre kulminieren. Er beharrt auf dem Vorrang des Gesetzgebers vor der Verfassungsgerichtsbarkeit bereits bei der Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Rahmens: Mit einer Art Mietpreisbremse wollte der Gesetzgeber Mieter vor Kündigung schützen, die durch den Krieg und die anschließende Inflation in finanzielle Schwierigkeiten und mit ihren Mieten in Rückstand geraten waren. Gegenstand der Verfassungsklage war eine als verfassungswidrig behauptete Enteignung von Vermietern, die die vertraglichen Mietschulden ihrer Mieter nicht mehr mit einer Wohnraumkündigung kontern durften, sondern diese Mieter weiter bei sich wohnen lassen mussten. Da der Gebrauch des grundrechtsgleichen Eigentums gemäß §§ 364 f. ABGB dem Allgemeinwohl verpflichtet ist und dementsprechend auch eingeschränkt werden kann, heißt es in dem Erkenntnis: „[Es] muß auf das nachdrücklichste betont werden, daß sich der Verfassungsgerichtshof auf eine Erörterung dieser Frage [was nämlich das Allgemeinwohl ist, Anm. Verf.] nicht einlassen kann. Das allgemeine Wohl [...] ist ein juristisch gar nicht faßbarer Begriff, es ist ausschließlich Sache des Gesetzgebers, das Vorhandensein dieser Voraussetzung festzustellen“.⁹³

VII. Fazit: später liberaler Turn ohne rechtstheoretisches Ergebnis

Die Grundrechte als Symbole des Freiheitskampfes für eine bürgerlich-liberale Demokratie beschäftigen Kelsen zwar, in ihrer freiheitverheißenden Wirkung lassen sie sich aber weder in seine Rechts- noch in seine Demokratietheorie ohne logische Brüche integrieren. Doch wird sein

Ton im Laufe der Zeit immer affirmativer, wenn er von Grundrechten und Liberalismus spricht.⁹⁴ Bereits kurz nach der Zerstörung der Weimarer Republik gehören die „geistigen Freiheiten“ für ihn zum „Lebensprinzip der Demokratie“.⁹⁵ Nach dem Zweiten Weltkrieg bezeichnet er die Demokratie als gerechte Staatsform, weil sie die Freiheit der Menschen sichert.⁹⁶ Mit den Foundations von 1955 reichert Kelsen dann seinen vorher fast schroff formalen Demokratiebegriff inhaltlich offensiv mit liberalen Maximen an: „Modern democracy cannot be separated from political liberalism“.⁹⁷ Die liberale Demokratie wird auch bei Kelsen selbst zu einem Gerechtigkeitsideal und begrifflich mit der formalen Demokratie verschmolzen.⁹⁸ Der Perspektivwechsel lässt sich leicht erklären. Nach 15 Jahren im kalifornischen Exil sind die Maximen des amerikanischen Liberalismus in Kelsens politische Theorie eingedrungen, den konstruierten deutschen Gegensatz von Liberalismus und Demokratie schwächt er ab, den Kapitalismus verteufelt er nicht mehr.⁹⁹ Auch die Abschaffung seiner Freiheit durch das deutsche Volk 1933 und die totale Herrschaft der Nationalsozialisten haben in Kelsens Sinneswandel mit hineingespielt. Das Freiheitsideal der Demokratie bedeutet nun Restriction of governmental Power,¹⁰⁰ also Beschränkung des Staatswillens im Interesse einer hier nun doch offenbar vorstaatlich gedachten Freiheit.¹⁰¹ Rechtstheoretische Konsequenzen hat sein Sinneswandel nicht mehr gehabt.

⁹³ VfGH E 4/28 VfSlg. 1123.

⁹⁴ MATERN, Liberalismus 229f.

⁹⁵ KELSEN, Wissenschaft 241.

⁹⁶ DERS., Gerechtigkeit 16.

⁹⁷ DERS., Foundations 287.

⁹⁸ DERS., Rechtslehre 1960, 667.

⁹⁹ DERS., Foundations 253, 287.

¹⁰⁰ Ebd. 253.

¹⁰¹ Ebd. 287.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Kathrin GROH
 Universität der Bundeswehr München
 Institut für öffentliches Recht und Völkerrecht
 Werner-Heisenberg-Weg 39
 D-85579 Neubiberg
 kathrin.groh@unibw.de
 ORCID-Nr. 0009-0008-7526-5843

Abkürzungen:

Siehe das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
[\[http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf\]](http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf)

Literatur:

Horst DREIER, Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (Baden-Baden 1990).

DERS., Kelsens Demokratietheorie: Grundlegung, Strukturelemente, Probleme, in: Robert WALTER, Clemens JABLONER (Hgg.), Hans Kelsens Wege sozialphilosophischer Forschung (Wien 1997) 79–102.

Felix ERMACORA, Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen (Wien 1982).

Ossip K. FLECHTHEIM, Recht und Gesellschaft: Einige pluralistisch-soziologische Randglossen zur Reinen Rechtslehre, in: Salo ENGEL (Hg.), Law, State and the International Legal Order (Knoxville 1964) 71–83.

Kathrin GROH, Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik (Tübingen 2010).

DIES., Zu den Grundrechten der Weimarer Reichsverfassung, in: Die öffentliche Verwaltung 72 (2019) 598–609.

Stefan HAMMER, Braucht die Rechtstheorie einen Begriff vom subjektiven Recht? Zur objektivistischen Auflösung des subjektiven Rechts bei Kelsen, in: Stanley L. PAULSON (Hg.), Hans Kelsen (Tübingen 2005) 176–190.

Heinrich HANNOVER, Elisabeth HANNOVER-DRÜCK, Politische Justiz 1918–1933 (Berlin 2019).

Carlos Miguel HERRERA, Kelsen als Demokrat und Freiheitsdenker, in: Niketas ALIPRANTES (Hg.), Hans Kelsen (Wien 2014) 95–107.

Oliver HIDALGO, Hans Kelsen und das Paradox der wehrhaften Demokratie, in: Elif ÖZMEN (Hg.), Hans Kelsens politische Philosophie (Tübingen 2017) 95–111.

Shu-Perng HWANG, Die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers aus der Sicht Hans Kelsens, in: Der Staat 54 (2015) 213–229.

Clemens JABLONER, Hans Kelsen und die Entwicklung des B-VG 1920, in: DERS. (Hg.), Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen (Wien 2020) 143–155.

Hans KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (Tübingen ¹1911).

DERS., Vom Wesen und Wert der Demokratie (¹1920), in: Matthias JESTAEDT, Oliver LEPSIUS (Hgg.), Verteidigung der Demokratie: Aufsätze zur Demokratietheorie von Hans Kelsen (Tübingen 2006) 1–33

DERS., Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (Tübingen ²1923, ND Aalen 1960).

DERS., Österreichisches Staatsrecht (Tübingen 1923, ND Aalen 1970).

DERS., Allgemeine Staatslehre (Wien 1925).

DERS., Probleme des Parlamentarismus (Wien 1925).

DERS., Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung (Wien 1926).

DERS., Das Wesen des Staates, in: Revue Internationale de la Théorie du Droit 1 (1926) 5–17.

DERS., Diskussionsbeitrag, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Staatsrechtslehrer 3 (1927) 53–55.

DERS., Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (Berlin 1928).

DERS., Juristischer Formalismus und reine Rechtslehre, in: Juristische Wochenschrift 58 (1929) 1723–1726.

DERS., Die Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (1929), in: Robert Chr. VAN OUYEN (Hg.), Hans Kelsen. Wer soll Hüter der Verfassung sein? (Tübingen ²2019) 1–57.

DERS., Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen ²1929 (ND Aalen 1963).

DERS., Wer soll Hüter der Verfassung sein? (1930/31), in: Robert Chr. VAN OUYEN (Hg.), Hans Kelsen. Wer soll Hüter der Verfassung sein? (Tübingen ²2019) 58–105.

DERS., Die Entwicklung des Staatsrechts in Österreich seit dem Jahre 1918, in: Gerhard ANSCHÜTZ, Richard THOMA (Hgg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. 1 (Tübingen 1930) 147–165.

DERS., Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung (1931), in: Demokratie und Sozialismus: ausgewählte Aufsätze, hg. v. Norbert LESER (Wien 1967) 69–136.

DERS., Verteidigung der Demokratie (1932), in: Demokratie und Sozialismus: ausgewählte Aufsätze, hg. v. Norbert LESER (Wien 1967) 60–68.

DERS., Staatsform und Weltanschauung (1933), in: Hans KLECATSKY u.a. (Hgg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Bd. 2 (Wien 2010) 1923–1943.

- DERS., Zur Theorie der Interpretation (1934), in: Hans R. KLECATSKY u.a. (Hgg.), Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkel, Alfred Verdross, Bd. 2 (Wien 2010) 1113–1121.
- DERS., Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik (Leipzig-Wien ¹1934, ND Tübingen 2008).
- DERS., Wissenschaft und Demokratie (1937), in: Matthias JESTAEDT u.a. (Hgg.), Verteidigung der Demokratie: Aufsätze zur Demokratietheorie von Hans Kelsen (Tübingen 2006) 238–247.
- DERS., Was ist Gerechtigkeit? (Wien 1953).
- DERS., Demokratie und Sozialismus, in: Norbert LESER (Hg.), Demokratie und Sozialismus: ausgewählte Aufsätze (Wien 1967) 170–201.
- DERS., Foundations of Democracy (1955), in: Matthias JESTAEDT u.a. (Hgg.), Verteidigung der Demokratie: Aufsätze zur Demokratietheorie von Hans Kelsen (Tübingen 2006) 248–385.
- DERS., Reine Rechtslehre (Wien ²1960, ND Tübingen 2017).
- Oliver LEPSIUS, Hans Kelsen und die Pfadabhängigkeit in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Matthias JESTAEDT (Hg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses (Tübingen 2013) 241–266.
- Wolfgang LUTHARDT, Politiktheoretische Aspekte im „Werk“ von Hans Kelsen, in: Richard SAAGE (Hg.), Solidargemeinschaft und Klassenkampf (Frankfurt am Main 1986) 149–166.
- Stefan MATERN, Hans Kelsens kritischer Liberalismus. Freiheit, Rechtsstaatlichkeit und Volkssouveränität, in: Zeitschrift für Politische Theorie 11 (2020) 225–239.
- Erhard MOCK, Hans Kelsens Verhältnis zum Liberalismus, in: Werner KRAWIETZ u.a. (Hgg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (Berlin 1982) 439–444.
- Theo ÖHLINGER, Hans Kelsen. Vater der österreichischen Bundesverfassung, in: Gerald KOHL u.a. (Hgg.), FS für Wilhelm Brauner (Wien 2008) 407–424.
- Thomas OLECHOWSKI, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers (Tübingen 2020).
- Robert Chr. VAN OUYEN, Der Staat der Moderne. Hans Kelsens Pluralismustheorie (Berlin 2003).
- Manfred PRISCHING, Formale und soziale Demokratie, in: Werner KRAWIETZ u.a. (Hgg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen (Berlin 1982) 459–481.
- Christoph SCHÖNBERGER, Kelsen–Renaissance? Ein Versuch über die Bedingungen ihrer Möglichkeit im deutschen öffentlichen Recht der Gegenwart, in: Matthias JESTAEDT (Hg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses (Tübingen 2013) 207–222.
- Gerald STOURZH, Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie, in: DERS., Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates (Wien 1989) 309–334.

Christian NESCHWARA, Wien

Mathias Wilhelm (Virgilius) Haan (1737–1816) – ein Richter als Gesetzgeber

Sein Erst-Entwurf zum Strafgesetz von 1803 – ein Editionsprojekt

Mathias Wilhelm (Virgilius) Haan (1737–1816) – a Judge as Legislator.

His First Draft of the Penal Code of 1803 – an Edition Project

Mathias Wilhelm Haan was the driving force behind the legislative work on Part 1 of the Austrian Criminal Code of 1803 – at least in the first phase of the reform work from 1792 to 1796. The original draft of a new criminal law, which he had drawn up in the course of 1792, was negotiated at the beginning of 1793 under his presentation in the Commission in Legislative Matters at the Supreme Court until mid-1794. Subsequently the draft was printed according to the state of the negotiations. For the purpose to evaluate, the draft was submitted to provincial commissions set up at the Courts of Appeal. Even before these opinions were received by the Commission in Legislative Matters at the Supreme Court, the draft – essentially unchanged – was set into force as a criminal code for Galicia and Bukovina at the end of summer in 1799.

Haan's draft has an analogous function in comparison with the Galician Civil Code of 1797 as the original draft for the ABGB of 1811; hence, the Galician Criminal Code of 1796 served as the original draft of the Austrian Criminal Law of 1803. In his doctoral thesis submitted 2021, Johannes Domanig edited Haan's handwritten draft from 1793 for the first time – though in a university thesis that can only be reached by a very limited circle of readers. In order to make Haan's draft available to a larger readership, an edition in the series „Fontes iuris“ (supervised by the Commission for the Legal History of Austria, KRGÖ) is envisaged.

Keywords: Austrian Penal Code-Draft 1792 – Criminal Law: Edition-Project (KRGÖ) –

Mathias Wilhelm HAAN – Penal Code 1796 for Westgalicia.

Einleitung

A) Haan: Ein Richter als Gesetzgeber

Als Mathias Wilhelm (Virgilius) Haan¹ am 10. Dezember 1816 zu Beginn seines 80. Lebensjahres

als Vize-Präsident der Hofkommission in Gesetzgebungssachen in Wien aus dem Leben schied, wurde er in einem Nachruf von einem Kollegen zu den „vorzüglichsten vaterländischen Nomotheten“ gerechnet.² Haan zählte zu den besten

¹ KOCHER, Haan 91–93, 320f.; HAAN, Lesefrüchte 19–21 (Mathias Wilhelm 1737–1816); Österreichisches Biographisches Lexikon 2, 116; MÉTALL, Haans 200. Geburtstag 412f.; COULON, Haan 303–353; MAARBURG, Oberste Justizstelle 150–155; KRONES, Haan 259; WURZBACH, Biographisches Lexikon 97f.; Genealogische Notizen Familie Haan, in AVA, FA Haan, Kart. 2.

² PRATOBEVERA, Nekrolog 317 (hier, 312f. in Fn. * auch der Hinweis auf einen von Pratobervera anonym veröffentlichten Nachruf in der Wiener Zeitung Nr. 364

vom 29. 12. 1816, 1–2); ferner NESCHWARA, Selbstbiographische Skizzen 28, in Fn. 29 mit Hinweisen von Pratobervera auf die Mathias Wilhelm von Haan betreffenden Eintragungen [in eckigen Klammern die genaueren Fundstellen in den vierseitig beschriebenen Blättern] auf Blatt 38 [= 38/3], 51 [= 51/4], 70 [= 70/1 und 70/2], 79 [= 79/1, 79/2, 79/4], 80 und 81 [= 80/4], 83 [= 83/4], 90 [= 90/], 97 [= 97/2]; weitere Fundstellen siehe bei NESCHWARA, Selbstbiographische Skizzen, im

Gesetzgebungsexperten des Kaisertums Österreich. In der Tat waren die zwei wichtigsten Kodifikationen der Habsburgermonarchie, das Strafgesetz von 1803 und das ABGB von 1811, unter seiner Leitung entstanden. Haan wurde dafür vom damaligen Gesetzgeber – Kaiser Franz II./I. – mit hohen Orden ausgezeichnet: 1804 erhielt Haan – in Anerkennung der Güte des Strafgesetzes – das Kommandeur-Kreuz des königlich-ungarischen Stephansordens verliehen, 1811 wurde er – in Anerkennung der Güte des ABGB – sogar vom Kaiser persönlich mit dem Groß-Kreuz dieses Ordens dekoriert. Als Haan im September 1814 dem Monarchen sein Pensionsgesuch vorlegte, war er schon mehr als ein halbes Jahrhundert in Diensten von vier habsburgischen Monarchen – Maria Theresia, Joseph II., Leopold II. und Franz II./I. – gestanden. Er fungierte bis zuletzt als Präsident des niederösterreichischen Appellationsgerichts in Wien, das er schon seit 1792 als Stellvertreter des vakanten Präsidiums leitete, bevor er 1795 zum Präsidenten ernannt wurde. Seitdem war er als „Oberster Landrichter“ auch Leiter des adeligen Landrechts in Niederösterreich. Überdies gehörte er seit 1790 als Mitglied der Hofkommission in Gesetzgebungssachen an, seit 1809 stand auch sie unter seiner Leitung.

Der Kaiser genehmigte Haans Pensionsgesuch ein paar Wochen später unter Zuerkennung eines jährlichen Jubiläumsgelhalts von 7.000 Gulden. Außerdem gewährte ihm der Kaiser eine Personalzulage von 1.500 Gulden. Er erwartete sich von Haan aber, dass er der Hofkommission in Gesetzgebungssachen zur „Vervollkommnung der erbländischen Gesetzgebung“ auch weiterhin seine „Einsichten und Erfahrungen“ zur Verfügung stellen werde – jedenfalls solange als seine „körperlichen und Geisteskräfte die hierzu

erforderliche Anstrengung ohne Gefahr ertragen mögen“.³ Haan unterzog sich dieser Aufgabe „bis ihn dann schließlich das charakteristische Schicksal eines damaligen Staatsdieners traf, [...] mitten aus dem Berufsleben heraus zu sterben“.⁴ Kurz vor seinem Ableben konnte Haan als Präsident der Hofkommission in Gesetzgebungssachen dem Monarchen noch den Entwurf einer revidierten Gerichtsordnung sowie den eines neuen Wechselrechts zur Sanktion vorlegen⁵; keines der beiden Projekte sollte aber letztendlich in Gesetzeskraft erwachsen. Eine neue – gesamtstaatliche – Wechselordnung war erst 1848 auf Initiative des Deutschen Bundes zustande gekommen (und wurde 1850 für die zum Deutschen Bund gehörigen Länder des Kaisertums Österreich in ein Landesgesetz transformiert⁶); eine neue Zivilprozessordnung wurde überhaupt erst 1895⁷ zustande gebracht (sie steht heute – mit zahlreichen Abänderungen – noch in Geltung).

B) Haan: sein Ur-Entwurf zum Strafgesetz von 1803 – ein Editionsprojekt

Bei den Gesetzgebungsarbeiten am 1. Teil des Strafgesetzes von 1803 über das materielle Strafrecht samt Verfahrensrecht war Haan die treibende Kraft – jedenfalls in der ersten Phase der Reformarbeiten von 1792 bis 1796.⁸ Der von ihm im Verlauf des Jahres 1792 ausgearbeitete Erst-Entwurf zu einem neuen Kriminalstrafrecht wurde zu Jahresbeginn 1793⁹ unter seinem Referat von der Hofkommission in Gesetzgebungssachen bis Mitte 1794 in Verhandlung genommen und nach dem Stand der Verhandlungen in

Verzeichnis zur Edition: 11/2 und 11/4 in Fn. 76, 29/2, 98/1 und 113/4.

³ Die Original-Dekrete in: AVA, FA Haan, Kart. 2.

⁴ KOCHER, Haan 93.

⁵ PRATOBEVERA, Nachrichten 269, 272.

⁶ RGBl. 1/1850.

⁷ RGBl. 113/1895.

⁸ NESCHWARA, Genese 47–51; vgl. DOMANIG, Josephina zur Franciscana 116–240, insbesondere 117f., 145f., 173f., 223f., 294–298.

⁹ AVA, FA Haan, Kart. 9; Reinschrift in AVA, NL Keeß, Kart. 4.

Druck gelegt¹⁰, und zwar zum Zweck einer Evaluierung durch die – an den Standorten der Appellationsgerichte in Verbindung mit dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs – 1790 eingerichteten „Länder“-Kommissionen.¹¹

Noch vor Einlangen dieser Stellungnahmen wurde der Entwurf im Wesentlichen unverändert im Sommer 1796 als Strafgesetzbuch¹² für das 1795 von den Habsburgern aus der dritten Teilung Polens erworbene Westgalizien in Geltung gesetzt sowie im Frühjahr 1797 auch für Ostgalizien und die Bukowina (1772 bzw. 1775 erworben). Die aus der praktischen Erprobung des Gesetzes in diesen Ländern gewonnenen Erkenntnisse sollten in der Folge gemeinsam mit den Rückmeldungen der „Länder“-Kommissionen den weiteren Reformarbeiten an einem neuen Strafgesetzbuch für die deutschen Erbländer des habsburgischen Gesamtstaats zugrunde gelegt werden.¹³

Für die Schlussredaktion des neuen Strafgesetzes wurde Franz Zeiller anstelle von Haan, der inzwischen zum Präsidenten des niederösterreichischen Appellationsgerichts avanciert war, als Referent bestellt.¹⁴ Der unter seiner Federführung zustande gebrachte Text wurde in Verbindung mit dem von Josef Sonnenfels ausgearbeiteten Entwurf eines Polizeistrafrechts¹⁵ als Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizei-Übertretungen im Herbst 1803 vom Monarchen sanktioniert und für die deutschen Erbländer der Habsburger-Monarchie anstelle der Strafgesetze von Joseph II. aus 1787/88 (Strafgesetzbuch und Kriminalgerichtsordnung) ab 1804 in Kraft gesetzt.¹⁶ Die mit dem neuen Kriminalrecht verbundenen Neuerungen waren im Wesentlichen schon in der

ersten Kodifikationsphase auf Grundlage von Haans Erst-Entwurf und unter seiner Federführung als Referent der Hofkommission in Gesetzgebungssachen geschaffen worden, sodass eigentlich Haan (und nicht Zeiller) als Schöpfer, zumindest aber als „spiritus rector“ der Strafrechtsreform von 1803 angesehen werden sollte: Diese Feststellungen sind – unter anderen – das Ergebnis einer mit Akribie und Sachkunde aus den Akten der Hofkommission für Gesetzgebungssachen von einem ehemaligen Kollegen des Instituts für Rechts- und Verfassungsgeschichte, Johannes Domanig, erarbeiteten Dissertation über die österreichische Strafrechtslegistik zwischen 1787 und 1803.¹⁷

Mit den substanziellen Neuerungen der *Franciscana*, dem Strafgesetz von 1803, strahlten die von Haan eingebrachten Ideen,¹⁸ insbesondere sein Konzept des allgemeinen Teils, über die Neuausgabe des Strafgesetzes von 1852 hinaus bis weit in das 20. Jahrhundert aus. Selbst das 1974 an die Stelle des alten Strafgesetzes getretene neue Strafgesetzbuch lässt in Einzelheiten der allgemeinen Bestimmungen noch immer die Handschrift von Haan erkennen.¹⁹

Im Anhang zu der von ihm 2021 vorgelegten Dissertation hat Domanig den handschriftlichen Erst-Entwurf Haans zu einem neuen Strafgesetzbuch aus 1793 erstmals ediert²⁰ – freilich in Form einer Hochschulschrift, welche nur einen sehr beschränkten Kreis von Lesern erreichen wird. Die hervorragende Qualität der Arbeit legte es aber nahe, Haans Entwurf einem breiteren Leserpublikum zur Verfügung zu stellen. Es ist eine Edition im Rahmen der von der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs (KRGÖ)²¹ betreuten

¹⁰ AVA, NL Keeß, Kart. 6.

¹¹ NESCHWARA, Genese 41f.

¹² JGS 301/1796.

¹³ NESCHWARA, Genese 50f.

¹⁴ Ebd. 52f.

¹⁵ Ebd. 55f.

¹⁶ Ebd. 57ff.; JGS 313/1803.

¹⁷ DOMANIG, Josephina zur *Franciscana* 239, 305.

¹⁸ Ebd. 145, 162, 174, 186, 189, 217, 295, 297. – Zur Genese der allgemeinen Bestimmungen vgl. NESCHWARA, Allgemeine Bestimmungen.

¹⁹ DOMANIG, Josephina zur *Franciscana* 145f. sowie in Fn. 548.

²⁰ Ebd. 324–359 (= Anhang I).

²¹ Zur KRGÖ: [http://www.rechtsgeschichte.at/index.php?article_id=37&clang=1] (27. 8. 2022).

Reihe „Fontes rerum Austriacarum“ (FRA), Abteilung III (Fontes iuris²²) in Aussicht genommen, welche schon in nächster Zeit zustande kommen soll. Schon mit den 2012 edierten „ältesten Quellen zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen ABGB“²³ gingen die Fontes iuris über die Grenzen der Geltung „österreichischer“ Relevanz hinaus und wurden auf eine ostmitteleuropäische Ebene gehoben: Damals wurden erstmals auch keine Normtexte, sondern Materialien hierzu ediert. Mit der Edition des Erst-Entwurfs zum österreichischen Strafgesetz von 1803 könnte nun abermals ein solcher Schritt gesetzt werden. Der von Haan als Strafrechts-Referent der Hofkommission in Gesetzgebungssachen ausgearbeitete Erst-Entwurf, der nach Umarbeitungen 1796/97 für Westgalizien und sodann auch für Ostgalizien und die Bukowina in Geltung gesetzt worden war und in weiterer Folge auch der Schlussredaktion des Strafgesetzbuchs von 1803 zugrunde lag, erfüllte daher eine dem Galizischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1797 als Ur-Entwurf für das gesamtstaatliche ABGB von 1811²⁴ analoge Funktion: Das Galizische StGB kann daher auch als Ur-Entwurf des späteren gesamtstaatlichen Strafgesetzes von 1803 angesehen werden. Dem Urheber des Erst-Entwurfs aus 1792, Mathias Wilhelm Haan, würde mit der geplanten Edition dieses Textes im Rahmen der „Fontes iuris“ gleichsam ein Denkmal gesetzt werden.

II. Zur Biographie Haans

A) Familiäres Umfeld um 1750

Mathias Wilhelm Haan,²⁵ sein dritter Vorname Virgilius wird in der Literatur meist nicht angeführt, entstammte einem alten deutschen Adelsgeschlecht, dessen Angehörige am Ende des 17. Jahrhunderts aus der Reichsstadt Schlettstadt im Elsass nach Österreich eingewandert waren.

Mathias Wilhelm wurde Ende November 1737 in eine Juristenfamilie hineingeboren. Schon sein Vater, Johann Georg (1704–1768),²⁶ war in Wien (und vermutlich in Leiden) zum Juristen ausgebildet worden und zunächst als Sekretär der niederösterreichischen Regierung tätig. Als Mathias Wilhelm zur Welt kam, war sein Vater dort bereits als Rat auf die Gelehrtenbank aufgerückt und gehörte bei der Gründung der Obersten Justizstelle zu den ersten Justizhofräten. Er wurde überdies als Beisitzer in die 1753 geschaffene Kompilationskommission (zur Ausarbeitung des Projekts eines Codex civilis Theresianus sowie der Theresianischen Halsgerichtsordnung, der Constitutio Criminalis Theresiana) berufen²⁷; als er starb, war das erste Projekt, der Codex Theresianus, im Sande verlaufen, seine Umarbeitung führte in der Folge zum Teil-ABGB, zum sog. Josephinischen Gesetzbuch, von 1786; das zweite Projekt, der Strafrechtskodex, konnte 1769 zwar erfolgreich abgeschlossen werden, wurde aber schon 1787/88 durch die Strafgesetze von Joseph II. abgelöst.

Ein älterer Bruder von Johann Georg Haan, Wilhelm Mathias (1701–1766), war ebenfalls juristisch ausgebildet und Sekretär der lateinischen Expedition des Reichshofrats in Wien.²⁸ Und

²² Die Fontes iuris sind 1946 als III. Abteilung zu den seit 1855 herausgegebenen *Scriptores*, der Abteilung I der FRA, und zu den seit 1849 herausgegebenen *Acta et Diplomataria*, der Abteilung II der FRA, hinzugetreten: [http://www.rechtsgeschichte.at/index.php?article_id=9&clang=1.] (27.08.2022).

²³ NESCHWARA, Materialien.

²⁴ DERS., Martini Entwurf 223.

²⁵ Genealogische Notizen, in AVA, FA Haan, Kart. 2, 4f.

²⁶ Ebd. 6.

²⁷ MAARBURG, Oberste Justizstelle 121.

²⁸ Genealogische Notizen, in AVA, FA Haan, Kart. 2, 5f.

auch die Mutter von Mathias Wilhelm Haan, Anna Katharina (1712–1801), entstammte einer Juristenfamilie aus Wien: Ihr Vater Johann Georg Keeß (1673–1754) war in Wien niederösterreichischer Landschreiber, ihr Bruder Franz Bernhard Keeß (1720–1795) Vize-Präsident des niederösterreichischen Appellationsgerichts, dessen Sohn Franz Georg (1747–1799)²⁹ Hofrat der Obersten Justizstelle und als Mitglied der Kompilationskommission federführend an den meisten Gesetzbüchern Joseph II. beteiligt. Zeitweilig waren er und Mathias Wilhelm Haan sogar in beiden Gremien Kollegen.³⁰

Zwei der drei jüngeren³¹ Brüder von Mathias Wilhelm Haan schlugen, so wie er, die Richterlaufbahn ein: Josef (1749–1825) war Rat am niederösterreichischen Regiment und später am Appellationsgericht, Ignaz (1752–1815)³² Rat am niederösterreichischen Landrecht in Wien, sein dritter Bruder, Leopold (1742–1828),³³ erst Verwaltungsbeamter (der siebenbürgischen Hofkanzlei in Wien) und später Gouverneur in Galizien. Allen vier Brüdern wurde 1779 auf Antrag von Mathias Wilhelm die erbländische Ritterstandswürde verliehen.³⁴

B) Ausbildung bis 1762³⁵

Die Schulzeit³⁶ verbrachte Mathias Wilhelm Haan zunächst an der öffentlichen Schule der Jesuiten in Wien. In den ersten Klassen zeigte er schwache Fortschritte, danach erwies er sich als ausgezeichnete Schüler. Als Externist an der akademischen Jesuitenschule hatte er seit 1746 eine gründliche humanistische Ausbildung erfahren, in den letzten beiden Jahrgängen gehörte er „zu den allerbesten Schülern“.³⁷ Im Elternhaus erhielt er überdies Unterricht in Französisch und Italienisch sowie eine gediegene musikalische Ausbildung zum Streicher.

Nach Abschluss der Schulausbildung erfolgte die Immatrikulierung an der Universität Wien, wo er zunächst in Physik und Logik ausgebildet wurde, danach im „gesamten Cursum studii juridici“ – und zwar jeweils mit glänzendem Erfolg (mit dem „*calculus eminentiae in prima classe* durchgehends [sic!]“).³⁸ 1761 wurde ihm das juristische Absolutorium erteilt; er wurde in allen Jahrgängen „*constanter non tantum primae classis*“³⁹ bewertet. Er ist danach noch bis 1762 im Vorlesungsbetrieb an der Universität greifbar, zwei Dutzend „*oppugnationes*“ und „*assertiones*“ über juristische Sachfragen⁴⁰ (aus allen Zweigen der Rechtswissenschaft) weisen darauf

²⁹ Genealogische Notizen, in AVA, FA Haan, Kart. 2, 17f.

³⁰ MAARBURG, Oberste Justizstelle 156; zu ihm auch KÖCHER, Keeß 93–97, 323, sowie BINDER, SUCHOMEL, Lebensgeschichte Keeß 357–377.

³¹ Drei ältere Schwestern waren 1739, 1740 und 1744 geboren: Genealogische Notizen, in AVA, FA Haan, Kart. 2, 11. Zwei ältere Brüder waren 1743 und 1748 verstorben: Verzeichnis „Jugend- und Studierzeit“, in: AVA, FA Haan, Kart. 2 (ad 1737).

³² Genealogische Notizen, in AVA, FA Haan, Kart. 2, 11.

³³ Ebd. 8. Leopold Haan wurde später Grundherr in Niederösterreich (in Dietmanns und Allentsteig) und 1802 sogar in den Herrenstand aufgenommen.

³⁴ Ebd. 6.

³⁵ „Verzeichnis der Urkunden und Schriften, betreffend die Gymnasial- und die philios.-juristischen Studienjahre des Mathias Wilhelm von Haan († 1816)“, in: AVA, FA Haan, Kart. 2 (insbesondere Nr. 3 und 4).

³⁶ Dazu COULON, Haan 306f.; dazu auch Verzeichnis „Jugend- und Studienzeit“, in: AVA, FA Haan, Kart. 2 (ad 1745/6, 1749).

³⁷ Verzeichnis „Jugend- und Studienzeit“, in: AVA, FA Haan, Kart. 2 (vor 1752).

³⁸ Ebd. (ad 1755–1760); ferner „Verzeichnis der Urkunden und Schriften, betreffend die Gymnasial- und die philios.-juristischen Studienjahre des Mathias Wilhelm von Haan († 1816)“, in: AVA, FA Haan, Kart. 2 (Nr. 5–13); vgl. COULON, Haan 307f.

³⁹ MAARBURG, Geschichte 150f., in Fn. 258.

⁴⁰ „Verzeichnis der Urkunden und Schriften, betreffend die Gymnasial- und die philios.-juristischen Studienjahre des Mathias Wilhelm von Haan († 1816)“, in: AVA, FA Haan, Kart. 2, in: AVA, FA Haan, Kart. 2 (Nr. 14).

hin, dass er sich über die Ausbildung zum juristischen Handwerker hinausgehend in juristischen Thesen auch mit wissenschaftlichen Fragestellungen auseinandersetzte.

C) Juristische Tätigkeiten

1. Rechtspraktikant⁴¹

Neben den Vorlesungen an der Universität erfuhr Haan auch „alle mögliche Anleitung“ über „Landesrecht“ und „Gerichtspraxis“ durch seinen Vater. Auf dessen Empfehlung wurde Matthias Wilhelm 1762 zunächst ohne Gehalt als Praktikant bei der niederösterreichischen Regierung aufgenommen, erhielt ab 1764 eine Aufwandsentschädigung (Adjutum) und war ab 1767 fest besoldet.

2. Hofrat der Obersten Justizstelle

1775 wurde Haan als Hofrat in die Oberste Justizstelle übernommen und seitdem neben seiner richterlichen Tätigkeit bis zu seinem Lebensende auch regelmäßig mit monarchischen Aufträgen zur Behandlung von speziellen Rechtsangelegenheiten, darunter auch strafrechtliche Untersuchungen, beschäftigt.⁴²

Schon vor seiner 1790 erfolgten Übernahme in die Hofkommission in Gesetzgebungssachen war er als Mitglied der Obersten Justizstelle fallweise in gutachtliche Stellungnahmen involviert⁴³, etwa unmittelbar nach seiner Übernahme als Hofrat, als es 1776 um die Aufhebung der Folter ging: Haan zählte damals zur Mehrheit derjenigen Justizhofsräte, welche „pro tortura“ votierten, wenngleich er selbst bei den von ihm geführten strafrechtlichen Untersuchungen nie zur Folter gegriffen haben soll.⁴⁴

1779 wurde er mit der Abgabe einer Stellungnahme zu Gutachten mehrerer toskanischer Rechtsgelehrter über den Entwurf einer Allgemeinen Gerichtsordnung betraut.⁴⁵ Er fiel dabei mit seinen modernen Ansichten über die Handhabung des Zivilverfahrensrechts auf (Beschränkung der Eide als Beweismittel, Befürwortung des mündlichen Verfahrens als Mittel der Prozessbeschleunigung und Kostenersparnis sowie Unmittelbarkeit des Verfahrens, Ablehnung einer gesetzlichen Beweistheorie und Befürwortung freier Beweiswürdigung). Nur wenige seiner Vorschläge fanden aber auch Eingang in die Schlussredaktion der Gerichtsordnung von 1781. Seine zukunftsweisenden Prozessprinzipien wollte er freilich nur auf Zivilprozesse angewendet wissen; seine Konzepte zum Strafprozessrecht im Rahmen der Entwürfe zu einem neuen Strafgesetz von 1793/94 zeigten keine Einschläge dieser modernen Verfahrensprinzipien.⁴⁶

D) Gesetzgebungsaufgaben und leitende Funktionen in der Gerichtsbarkeit

1. Referent der Strafrechtsreform

Eine über diese Einzelgutachten hinausgehende Einbindung Haans in die Kodifikationsarbeiten der Regierungszeit Joseph II. ist nicht belegbar und beschränkte sich wohl zunächst allenfalls auf Aktivitäten im Rahmen der Berichterstattung der Obersten Justizstelle zu den damals laufenden Projekten des Strafrechts (Strafgesetzbuch, Kriminalgerichtsordnung) – so etwa 1781 in Zusammenhang mit der Frage der Aufhebung der Todesstrafe und der Einführung der Strafe des Schiffziehens (in Ungarn) als Surrogat dafür.⁴⁷

⁴¹ Ebd. (Nr. 15); COULON, Haan 308f.

⁴² MAAßBURG, Oberste Justizstelle, erwähnt davon nichts; COULON, Haan 309.

⁴³ Ebd. 326f.

⁴⁴ Ebd. 322.

⁴⁵ Ebd. 318f.

⁴⁶ Ebd. 321.

⁴⁷ Ebd. 322, 326.

Haan zählte übrigens auch zu jenen Justizhofräten, welche sich für die Beibehaltung der Todesstrafe als notwendiges Mittel zur Abschreckung der Allgemeinheit aussprachen, freilich eingeschränkt auf schwerste Verbrechen wie Hochverrat, Mord und Raub. Es erging in der Folge im März 1781 ein geheimer Erlass des Kaisers, wonach die Todesstrafe vorläufig nicht angewendet werden sollte; im Strafgesetzbuch von 1787 war sie – außer im standrechtlichen Verfahren – dann auch nicht mehr vorgesehen.⁴⁸

Nachdem er schon im Verlauf des Jahres 1789 zu einzelnen Sitzungen der Hofkommission in Gesetzgebungssachen über strafrechtliche Gegenstände beigezogen worden war, wurde Haan im April 1790 in die unter Leopold II. nach Auflösung der Kompilationskommission unter dem Vorsitz von Karl Anton Martini geschaffene neue Hofkommission in Gesetzgebungssachen übernommen.⁴⁹ Zunächst galt bei der Fortführung der Kodifikationsarbeiten dem Bürgerlichen Recht das vorrangige Interesse, vor allem musste noch die Frage geklärt werden, wer als Referent in der neuen Gesetzgebungskommission zu bestellen war: Der unter Joseph II. als Haupt-Referent für alle Gesetzungsprojekte bestellte Hofrat der Obersten Justizstelle Johann Georg Keeß wurde vom Vorsitzenden der neuen Gesetzgebungskommission, Karl Anton Martini, nämlich erst nach Zögern im Verlauf des Jahres 1792 als Referent nominiert, und auch nicht für das Strafrecht, sondern mit Schwerpunkt auf das Projekt der Ausarbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuches.⁵⁰ Für das Strafrecht wurde Haan als Referent bestellt. Er sprach sich dagegen aus, im Zuge der Evaluierung der Strafgesetze von Joseph II. eine Total-Revision des Strafgesetzes anzustreben, um nicht gleich „das Kind mit dem Bade

aus[zuschütten“.⁵¹ In der Folge kam es auch bloß zur Aufhebung einer Reihe von Nachtragsverordnungen zum Strafgesetzbuch von 1787.⁵²

Haan war nun beauftragt, einen neuen Entwurf auszuarbeiten. Der von ihm im Verlauf des Jahres 1792 verfasste Text, der sich zunächst auf das materielle Strafrecht beschränkte, bildete den Erst-Entwurf zum Strafgesetz von 1803. Sein Konzept wurde, wie erwähnt, in zwei Durchgängen – in der ersten Jahreshälfte 1793 sowie im ersten Jahresviertel 1794 – in der Hofkommission in Gesetzgebungssachen überarbeitet.⁵³ Anschließend arbeitete Haan den Entwurf einer Strafprozessordnung aus,⁵⁴ die im April 1794 in Druck ging. Im Juli desselben Jahres gelangte der Entwurf sodann zur Vorlage an die 1790 für die Revision des Teil-ABGB (von 1786) am Standort der Appellationsgerichte eingerichteten sogenannten „Länder“-Kommissionen sowie an die Oberste Justizstelle in Wien zur Abgabe von Stellungnahmen („Erinnerungen“). Beide Entwürfe wurden in weiterer Folge im Juni 1796 in Westgalizien als Landesgesetz eingeführt. Damit war die erste Phase der Kodifikationsarbeiten am neuen Strafgesetz abgeschlossen.⁵⁵

2. (Vize-)Präsident des niederösterreichischen Appellationsgerichts 1792 und Vorsitzender am niederösterreichischen Landrecht (Oberster Landrichter) 1795

Zugleich mit der Führung des Referats bei der Ausarbeitung des neuen Strafgesetzes im April 1792 erfolgte auch die Berufung von Haan in die Leitung des niederösterreichischen Appellationsgerichts (zunächst als Stellvertreter sowie 1795 als Präsident). Im September 1795 wurde er überdies zum Oberst-Landrichter ernannt und stand

⁴⁸ Ebd. 323–325. Vgl. DOMANIG, Josephina zur Franciscana 91–94.

⁴⁹ Ebd. 95–101; NESCHWARA, Genese 42–44; COULON, Haan 326f.

⁵⁰ NESCHWARA, Genese 45, 47f.

⁵¹ COULON, Haan 327.

⁵² JGS 115/1791.

⁵³ DOMANIG, Von der Josephina zur Franciscana 144f.

⁵⁴ Ebd. 199, 202f.

⁵⁵ NESCHWARA, Genese 48–51.

damit auch an der Spitze des Landrechts, das Personalgerichtsstand des niederösterreichischen Adels war, wofür ihm der Titel eines Geheimen Rates verliehen wurde. Die damit in der Regel verbundene Aufnahme in das landständische Kollegium scheiterte zunächst an den damit verbundenen immensen Kosten (sowie am mangelnden Besitz eines landtäflichen Gutes). Auf Intervention des Kaisers erfolgte im Juli 1797 – unter Nachsicht aller Taxen – doch seine Aufnahme in den Ritterstand, aber nur „für seine Person“.⁵⁶

3. (Vize-)Präsident der Gesetzgebungshofkommission 1797/1809

Als ihm 1796 angeboten wurde, als Vizepräsident in die Studien-Hofkommission zu wechseln, lehnte Haan dieses Angebot mit dem Argument ab, dass seine Erfahrungen in der Verwaltungspraxis dafür nicht ausreichend wären. 1796 kam es nach dem Übertritt von Martini in den Ruhestand zu Neu- bzw. Umbesetzungen in der Hofkommission für Gesetzgebungssachen: Heinrich Franz Rottenhan übernahm deren Leitung, Haan 1797 die Funktion des Vizepräsidenten;⁵⁷ nach Rottenhans Ableben wurde Haan 1809 mit dem Präsidium der Hofkommission betraut. Neben seinen Funktionen in der Gerichtsbarkeit blieb er daher auch in die laufenden Projekte der Hofkommission in Gesetzgebungssachen eingebunden – nicht nur in die Schlussredaktion des Strafgesetzes, sondern auch in die gleichzeitig einsetzende Revision des Entwurfs eines BGB, jeweils unter Franz Zeiller als Referenten.⁵⁸

4. Spezielle monarchische Aufträge bis 1816

Über diese Wirkungskreise hinaus wurden Haan weiterhin spezielle kaiserliche Aufträge zur Untersuchung rechtlicher oder politischer Fragen bzw. zur Erstattung juristischer Gutachten (in rechtlichen Angelegenheiten vom einfachen Untertanen bis zu hochgestellten Persönlichkeiten, selbst aus dem Kaiserhaus) erteilt.⁵⁹ So zog ihn 1791 die Finanz- und Kommerzhofstelle zur Untersuchung von Schmugglereifällen (Kontrabande) als strafrechtlichen Experten bei,⁶⁰ im selben Jahr wurde er auch mit der Untersuchung der Amtstätigkeit des Justiz- und Verwaltungssenats beim Wiener Magistrat betraut.⁶¹ Später kamen Aufträge auch in Zusammenhang mit der Bewältigung von Staats- und Finanzkrisen hinzu, welche die Kriege gegen Napoleon hervorgerufen hatten, wie die Organisation der Einquartierung und Verpflegung der französischen Besatzungstruppen im Zuge der zweimaligen Besetzung von Wien (1805 und 1809) sowie die Aufbringung der geforderten Kontributionen durch eine Zwangsanleihe bei den Ständen und der Stadt Wien,⁶² oder die Abwehr eines drohenden Staatsbankrotts (1811 und 1816).⁶³

E) Lebensabend 1814–1816

Über die Tätigkeiten in der Hofkommission nach seiner Pensionierung als Präsident des niederösterreichischen Appellationsgerichts von Herbst 1814 bis Sommer 1816 hatte Haan eigenhändig verfasste „Skizzen zu Bemerkungen zur Hofkommission“⁶⁴ hinterlassen, welche von einem tief verwurzelten Gerechtigkeitssinn zeugen. Von

⁵⁶ COULON, Haan 328–332; vgl. HAAN, Lese Früchte 42f.

⁵⁷ COULON, Haan 331f.

⁵⁸ NESCHWARA, Pratobevera und Zeiller 212f., 216, 220; DERS., Selbstbiographische Skizzen 134f.

⁵⁹ COULON, Haan 309ff. Vgl. auch HAAN, Lese Früchte 43.

⁶⁰ COULON, Haan 327.

⁶¹ Ebd. 328.

⁶² Ebd. 334–342

⁶³ Ebd. 350–352. Am 20. 2. 1811 war Haan an der Ausarbeitung des sog. Finanzpatents (JGS 929/1811) beteiligt,

womit eine neue Papierwährung eingeführt wurde. Am 1. 6. 1816 folgten analoge Maßnahmen mit zwei Patenten, einem „neuesten Finanzpatent“ (JGS 1248/1816) und einem „Bankpatent“, welches zur Gründung der Österreichischen Nationalbank führte (JGS 1250/1816).

⁶⁴ AVA, FA Haan, Kart. 2.

seinen Kollegen am Landrecht wurde er nach Beendigung der Besetzung Wiens (1805) in einem ihm in festlicher Sitzung im März 1806 dedizierten Gedicht als „Deutschlands Aristides“ bezeichnet.⁶⁵

Nach Genehmigung der Pensionierung konnte Haan wieder mehr Zeit im Kreise seiner Familie verbringen und seinen Lebensabend genießen.⁶⁶ Er war zweimal verheiratet, in der ersten, 1781 mit Eleonore Smitner (1754–1789) geschlossenen Ehe wurde sein Sohn Josef Georg (1786–1839) geboren. Dieser schlug, so wie sein Vater, die Richterlaufbahn ein und wurde 1838, knapp vor seinem Tod, zum Hofrat an der Obersten Justizstelle ernannt.⁶⁷ In der zweiten Ehe von Mathias Willhelm Haan 1791 mit Clara Anna Röthlin († 1833) wurde eine Tochter, Franziska (1793–1847), geboren.

Mathias Wilhelm Haan lebte zuletzt im Wiener Neustädter Hof in der Wiener Innenstadt,⁶⁸ heute Sterngasse 3. Abwechslung von den Sitzungen der Gesetzgebungshofkommission, denen er wöchentlich beiwohnte, verschaffte ihm seine Leidenschaft für die Musik: Bis an sein Lebensende pflegte er in seinem Haus das Spiel im Streichquartett; er hinterließ eine reichhaltige Notensammlung.⁶⁹

In seinem eigenhändig verfassten Testament vom 8. August 1816 wurde sein Sohn Josef Georg als Universalerbe bestimmt.⁷⁰ Der Nachlass war – trotz der hohen Gehalts- und Ruhestandsbezüge Haans – nicht sehr wertvoll: An Bargeld fanden

sich 16.760 Gulden, hinzu kamen Forderungen in der Höhe von 2.070 Gulden sowie ein Anspruch auf den Pensionsrückstand von 484 Gulden; außerdem Silbersachen im Schätzwert von 873 Gulden und andere Wertgegenstände geschätzt auf 714 Gulden; schließlich Kleidung und Wäsche im Schätzwert von 1.620 Gulden sowie Möbel und andere Effekten im Schätzwert von 1.143 Gulden und schließlich Bücher im Schätzwert von 350 Gulden.⁷¹ Seine umfangreiche Bibliothek, deren Kernbestand er von seinem Vater übernommen hatte, umfasste mehr als 300 Bände, neben „allerhand Juridisch- und Historischen Büchern“ befanden sich darunter auch zahlreiche Klassiker der griechisch-römischen Antike.⁷²

Ein Verzeichnis der Haan'schen Familienbibliothek existiert leider nicht (mehr) – in den Akten des niederösterreichischen Landrechts, welche 1927 beim Brand des Justizpalastes weitgehend vernichtet wurden, fehlt seitdem der Akt über den Nachlass von Mathias Wilhelm Haan. In den auf ihn und seinen Vater bezogenen Materialien des Familienarchivs finden sich (von Hand späterer Nachfahren) ab und zu Anmerkungen über einzelne Exemplare der Familienbibliothek.⁷³

⁶⁵ COULON, Haan 345.

⁶⁶ Ebd. 344.

⁶⁷ Aufgrund seines frühen Ablebens (im 53. Lebensjahr) war es ihm nicht vergönnt, noch weiter in die Fußstapfen seines Vaters zu treten. Noch 15 Jahre nach seinem Tod würdigte ihn Justizminister Karl Krauß als einen „Stern erster Größe auf dem Himmel der praktischen Jurisprudenz“: Dazu HAAN, Lese Früchte 49.

⁶⁸ COULON, Haan 352.

⁶⁹ Ebd. 345.

⁷⁰ Es ist im AVA, Inneres, Niederösterreichisches Landrecht, Verlassenschaften, unter A 57.12 verzeichnet (der Akt ist allerdings – seit dem Justizpalastbrand 1927 – nicht mehr vorhanden!).

⁷¹ COULON, Haan 352.

⁷² Dazu AVA, FA Haan, Kart. 1: Im Nachlass des Vaters Johann Georg wurden „4. fourmirte Bücher-Lästen mit Gläsern“ mit „beyläufig 300 [...] Büchern“ im Wert von 150 Gulden verzeichnet. Es fällt auf, dass keine religiöse Literatur erwähnt ist: Vgl. HAAN, Lese Früchte 45, der von Spottgedichten auf die „Pfaffen und Jesuiten“ berichtet; im FA Haan, Kart. 2, findet sich tatsächlich ein solches Elaborat mit 25 Vierzeilern im Stil von rustikalen Gstanzen.

⁷³ HAAN, Lese Früchte 32: Etwa Montesquieu (L'Esprit des lois) oder das Strafgesetzbuch für Westgalizien 1796.

III. Haan: spiritus rector des Allgemeinen Teils zum Strafgesetz von 1803

A) Inspirationen zum Urentwurf

Woraus Haan Anleitungen für die Bestimmungen des Allgemeinen Teils zu seinem 1792 ausgearbeiteten Konzept des Erst-Entwurfs für ein neues Strafgesetz gewann, bleibt in den Materialien des Familienarchivs offen. In den von Haan für seine Biographie selbst zusammengestellten Materialien, welche aber über die Zeit der Ausbildung an der Universität nicht hinausgehen, findet sich nur der Hinweis, dass er die Vorlesungen aus Strafrecht in Verbindung mit dem Pandektenrecht („praelectiones [...] ad Pandectarum partes universas, nec non ad Jus Criminale“ bei Johann Peter Banniza (1707–1775) besucht hatte.⁷⁴

Johann Peter Bannizas Lehrbuch beschränkte sich allerdings auf den Strafprozess; dies galt auch für andere Strafrechtslehrbücher dieser Zeit, wie etwa das von Georg Jakob Friedrich Meister (*Principia juris criminalis Germaniae communis*, Göttingen 1755), welches gemäß Studienplan für Innsbruck 1765 als Alternative zu Banniza in Gebrauch stand.⁷⁵ Erst Johann Christoph Kochs *Institutiones juris criminalis*, 1758 zunächst für den Rechtsunterricht an der Universität Prag verfasst, sowie das knapp danach von Josef Leonhard Banniza (Sohn des Peter Johann) zunächst für die Vorlesungen in Wien (ab 1762) und dann in Innsbruck (ab 1768) veröffentlichte Lehrbuch (*Delineatio juris criminalis*, 1771 und

1773), enthielten auch Ausführungen über strafrechtliche Bestimmungen allgemeiner Natur.

Aus Anmerkungen von Nachfahren (Urenkel Ludwig Haan; Ur-Urenkel Hugo Haan)⁷⁶ in den auf Mathias Wilhelm bezogenen Materialien des Familienarchivs findet sich der Hinweis, dass Haan neben dem von Banniza, jedenfalls noch ein anderes Strafrechtsehrbuch benutzte, nämlich die „*Elementa juris secundum ordinem Pandectarum v. Jo[hann]. Gottl[ieb]. Heineccius* – 5. Ausg. zu Frankfurt a/M. 1747“; dieses Buch „ist in der Haan’schen Bibliothek noch vorhanden“, heißt es in einer Anmerkung im Familienarchiv Haan.⁷⁷ Dieses Werk von Heineccius, einer der zahlreichen Lehrbehelfe dieses Autors, welche auch an der Juristenfakultät in Wien in Verwendung stand, behandelte die *Digesten-Bücher* 47 und 48 (die sogenannten *libri terribiles*) über das Strafrecht.⁷⁸ Es dürfte auch für die Vorlesungen aus dem Strafrecht (das *Jus Criminale*) Verwendung gefunden haben, weil das Lehrbuch des damals für das Strafrecht bestellten Professors, Peter Johann Banniza, der 1755 im Zuge der Studienreform Maria Theresias von Würzburg nach Wien berufen worden war, sich, wie gesagt, auf das Strafprozessrecht beschränkte. Banniza verwendete für seine strafrechtlichen Vorlesungen in Wien das erwähnte „*Systema jurisprudentiae criminalis*“ (1755, 21763). Dieses Werk war freilich keine schöpferische Leistung seines Herausgebers, sondern ein Plagiat: „Fast wörtlich mit allen Allegaten aus der ersten Abtheilung des Böhmerischen Lehrbuchs abgeschrieben“, wie ein zeitgenössischer Rezensent anmerkte.⁷⁹

⁷⁴ In AVA, FA Haan, Kart. 2, Verzeichnis „Jugend- und Studienzeit“ (ad 1759); „Verzeichnis der Urkunden und Schriften, betreffend die Gymnasial- und die philios.-juristischen Studienjahre des Mathias Wilhelm von Haan (+ 1816)“, in: AVA, FA Haan, Kart. 2 (Nr. 10). Zu Banniza: LENTZE, Banniza 312f.

⁷⁵ PROBST, Universität Innsbruck 402f. (kaiserliche Entschließung vom 28. 8. 1765).

⁷⁶ Urenkel Ludwig Haan (1813–1869) war der einzige Sohn von Josef Georg Haan (1786–1839), dem einzigen

Sohn von Mathias Wilhelm; Ur-Urenkel Hugo Haan (1885–?): HAAN, Lesefrüchte.

⁷⁷ AVA, FA Haan, Kart. 2, in Verzeichnis „Jugend- und Studienzeit“ (ad 1761).

⁷⁸ SCHLOSSER, Rechtsgeschichte 35, 87.

⁷⁹ BÖHMER, Handbuch 520/Nr. 1376.

Johann Samuel Friedrich Böhmer (1704–1772) war einer der bedeutendsten Autoren des deutschen gemeinen Strafrechts des 18. Jahrhunderts:⁸⁰ Sein 1732 erstmals herausgegebener Grundriss „*Elementa jurisprudentiae criminalis*“ bestehend aus einem prozessrechtlichen Teil (Sectio I: de processu criminali) und einem materiellrechtlichen Teil (Sectio II: de criminibus ac poenis) mit einem allgemeinen Kapitel „de poenis in genere“, enthielt kurze Angaben über Grund und Zweck der Strafen sowie die einzelnen Strafarten; aus diesen Definitionen wurden „axiomata“ abgeleitet, welche dann den positivrechtlichen Vorschriften über Strafausschluss und -milderung sowie -zumessung etc. zugrunde lagen und den „Allgemeinen Teil“ des Strafrechts bildeten, der somit auf den bis dahin von der Strafrechtswissenschaft bereits hervorgebrachten Ergebnissen aufbaute.⁸¹ Daran schloss dann die Darstellung der einzelnen Delikte an. Da Bannizas System nur den prozessrechtlichen Teil von Böhmers *Elementa* wiedergab, konnte es daher Haan – ebenso wie andere Nachahmer von Böhmers Werk in Österreich – keine Anleitung über Fragen des materiellen Strafrechts und den ihm zugrunde liegenden allgemeinen Lehren über Verbrechen und Strafen⁸² bieten.

⁸⁰ BOLDT, Böhmer 7f, 10f.

⁸¹ SCHAFFSTEIN, Allgemeine Lehren 26ff.

⁸² Gleiches gilt für andere Nachahmer von Böhmers *Elementa*, wie Georg Jakob Friedrich Meister (*Principia juris criminalis Germaniae communis*, Göttingen 1755), dessen Lehrbuch für die Strafrechtslehre nach dem Studienplan für die Universität Innsbruck 1765 als Alternative zu Banniza empfohlen wurde, oder Johann Christoph Koch (*Institutiones juris criminalis*, Jena 1758) an der Universität Prag in den 1770er Jahren. Etwa zur gleichen Zeit wurde von Josef Leonhard BANNIZA, dem Sohn von Peter Johann Banniza, der zunächst in Wien seit 1762 neben dem bürgerlichem Recht Strafrecht und seit 1768 diese Fächer auch in Innsbruck lehrte, ein eigenes Lehrbuch (*Delineatio juris criminalis*, Innsbruck 1773) für die Strafrechtsvorlesungen verfasst.

⁸³ KOCHER, Haan 93. So erwähnte auch PRATOBEVERA, Nekrolog 321, dass Haan niemals schriftstellerisch tätig war.

Haan ist – aufgrund seiner beruflichen Auslastung⁸³ – selbst nicht als rechtswissenschaftlicher Autor hervorgetreten; eine ihm später gemeinsam mit Sonnenfels zugeschriebene Arbeit „Über die Tortur“ aus 1776⁸⁴, dürfte wohl allein Letzteren zum Autor haben, zumal Haan ja in diesem Jahr in der Obersten Justizstelle „pro tortura“, Sonnenfels aber „contra“ votierte⁸⁵ (die 2. Auflage dieses Werkes aus 1782 wurde auch allein Sonnenfels als Autor zugeschrieben).⁸⁶ Ob Haan mit den Werken anderer im ausgehenden 18. Jahrhundert in Deutschland führender deutscher Strafrechtslehrer, vor allem mit Ernst Ferdinand Klein aus Preußen, vertraut war, lässt sich nicht beantworten.

Haan kannte jedenfalls ein Werk von Klein, dem Mitarbeiter von Carl Gottlieb Svarez beim Projekt einer allgemeinen Kodifikation für die preußischen Staaten.⁸⁷ Klein war der federführende Autor des darin behandelten Strafrechts: Das erste Ergebnis des preußischen Kodifizierungsprojekts, der Entwurf zu einem Allgemeinen Gesetzbuch aus 1792, war in Wien in der Gesetzgebungs-Hofkommission im Umlauf, er war über Anforderung von Martini angeschafft worden, sodass sich die Kommissionsmitglieder wohl mit dem Text vertraut gemacht haben konnten.⁸⁸

⁸⁴ KOCHER, Haan 320. Die hier auch noch angeführte Schrift *Specimen iuris germanici de remediis juris, juri romano incognitis* (Viennae 1757) ist ihm auch nicht zuzurechnen (vgl. schon die Zweifel bei MAAßBURG, Oberste Justizstelle 152 Fn. 261), sondern Peter Johann Banniza. Vgl. aber STUBENRAUCH, Bibliotheca Nr. 1536, wo „Math. W. Haan“ als Autor angeführt wird).

⁸⁵ Dazu oben II.C.2.

⁸⁶ Vgl. STUBENRAUCH, Bibliotheca Nr. 1535 (Haan), Nr. 3887 (Sonnenfels).

⁸⁷ BITTER, Strafrecht.

⁸⁸ Martini hatte sich bereits mit dem 1784/87 in Druck gegebenen Entwurf des AGB „sammt der darüber erfolgten Kritik und Beurtheilung durch fleissige Lektüre und prüfendes Nachdenken bekannt gemacht“, und er musste sich nun eingestehen, dass ihn dieser „in eine nicht geringe Verwunderung versetzte“. Der preußische Großkanzler Carmer hatte ihm – unaufgefordert – im Wege der Hof- und Staatskanzlei ein

Klein lieferte das Konzept des allgemeinen Teils zum materiellen Strafrecht, welcher dem preußischen AGB von 1792 zugrunde lag; dessen Systematik und Inhalt waren wohl für Haans Konzepte eines neuen österreichischen Strafgesetzes aus 1792/93 auch inspirierend.

B) Schicksal und Fortwirken des Strafgesetzes von 1803

Das Strafgesetz von 1803 wurde bald durch zahlreiche „Nachtragsverordnungen“ aufgrund authentischer Interpretationen, welche Zweifel in der Anwendung des Gesetzes in der Praxis der Gerichte ausräumen sollten, zunehmend überwuchert. Schon 1814 war zum Zweck einer Neuausgabe des Strafgesetzes eine Sichtung und Sammlung der seit 1803 zum Strafgesetzbuch auf Anfragen von Gerichten erteilten Belehrungen und Erläuterungen des Gesetzgebers veranlasst worden. Von den damals mehr als 100 das Strafgesetzbuch ergänzenden Erlässen kam etwa die Hälfte in den Anhang zu einer 1815 veröffentlichten Neuauflage des Strafgesetzbuches.⁸⁹ Dennoch schien – ungeachtet der ergänzten Neuauflage von 1815⁹⁰ – eine umfassende Revision dringend notwendig. Im Juni 1817 wurde Franz Zeiller, der Referent der Hofkommission in Gesetzgebungssachen für die Schlussredaktion des Strafgesetzes von 1803, mit kaiserlicher Entschließung beauftragt, über Möglichkeiten und Wege einer Verbesserung der Strafgesetzgebung zu berichten.

Exemplar „nebst einem sehr verbindlichen Schreiben“ zukommen lassen: NESCHWARA, Martini Entwurf 214 in Fn. 24.

⁸⁹ NESCHWARA, Pratobevera – Zeiller – Jenull 581f.

⁹⁰ In Anhang I: Neuere Vorschriften über den 1. Teil des Strafgesetzbuches über Verbrechen mit 27 Anhängen zu 34 Bestimmungen, wovon 11 zum materiellen Strafrecht zu zählen waren; sowie in Anhang II: Neuere allgemeine Verordnungen über den 2. Teil des Strafgesetzbuches über schwere Polizey-Übertretungen mit 16 Anhängen zu 20 Bestimmungen, wovon 12 das materielle Strafrecht betrafen. – Dazu auch STUBENRAUCH, Bibliotheca Nr. 1387: neben der Ausgabe von 1803 ist dort noch eine „zweite Ausg[abe].“ aus 1811 angeführt sowie die eben erwähnte „Neue Aufl.“ aus 1814,

Die von ihm 1823 und 1825 vorgelegten Verbesserungsvorschläge zum materiellen Strafrecht und Strafprozessrecht fanden in der Folge aber keine weitere Berücksichtigung.⁹¹ Für die Strafrechtsrevision wurde 1828 unter Vorsitz von Carl Joseph Pratobevera, mit dem Haan in den letzten Jahren seines Lebens in freundschaftlicher Kollegialität verbunden war, eine Spezialkommission gebildet. Allerdings folgten die Reformarbeiten dann nicht den Vorschlägen Zeillers, der auch kurz nach Aufnahme konkreter Beratungen verstorben war, sondern einem Konzept, das der damals in Österreich führende Strafrechtslehrer Sebastian Jenull (1828 von Graz nach Wien berufen) für die Strafrechtsreform geliefert hatte. Die Strafrechtsreform zeitigte bis 1848 jedoch keine sanktionsreifen Ergebnisse: Unmittelbar nach Ausbruch der Revolution wurde die Hofkommission in Gesetzgebungssachen aufgelöst, ihre Agenden gingen auf das im April 1848 geschaffene Justizministerium über.⁹²

Nach Ende der Revolution von 1848/49 erfolgten 1850 vereinzelte Änderungen des Strafgesetzes von 1803 sowie der Erlass einer neuen Strafprozessordnung.⁹³ 1852 kam es sodann zu einer Neuausgabe der materiellrechtlichen Bestimmungen des Strafgesetzes von 1803 als neues Strafgesetzbuch für das Kaisertum Österreich. In dieser Form bestand das Strafgesetz auch in der Republik Österreich fort – bis es schließlich 1974 durch ein neues Strafgesetzbuch abgelöst wurde.⁹⁴ Das

allerdings ohne Anhang der neuen Vorschriften, und eine weitere Ausgabe aus 1815 „mit angehängten neueren Vorschriften“, jeweils in der Staatsdruckerei herausgegeben; darüber hinaus gab es noch eine weitere 1808 in Prag verlegte Ausgabe des Strafgesetzes von 1803 mit dem Titel „Gesetzbuch über Verbrechen“.

⁹¹ NESCHWARA, Zeiller und das Strafrecht 7–10; vgl. DERS., Pratobevera – Zeiller – Jenull 583–591.

⁹² Ebd. 591–612.

⁹³ Eine rechtshistorisch fundierte Darstellung der Geschichte des modernen Strafprozessrechts in Österreich im Anschluss an HARTL, Wiener Kriminalgericht fehlt: Vgl. SCHENNACH, Einleitung 18f.

⁹⁴ OLECHOWSKI, Strafgesetz 319–341.

Strafprozessrecht von 1803 war hingegen – wie erwähnt – zunächst nach 1848 modifiziert und 1850 durch eine moderne Strafprozessordnung abgelöst worden. 1853 kehrte man teilweise wieder zu vorrevolutionären Grundlagen zurück, um 1873⁹⁵ die 1850 aufgenommene Modernisierung wieder aufzugreifen und dauerhaft in einer neuen Strafprozessordnung zu konservieren, welche im Kern auch heute noch besteht.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Christian NESCHWARA (i.R.)
 Universität Wien
 Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte
 Juridicum
 Schottenbastei 10–16 A-1010 Wien
 christian.neschwara@univie.ac.at
 ORCID-Nr. 0000-0001-7956-4439

Abkürzungen:

AVA Allgemeines Verwaltungsarchiv
 FA Haan Familienarchiv Haan.
 NL Keeß Nachlass Keeß.

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

Literatur:

- Josef Koloman BINDER, Hugo SUCHOMEL, Zur Lebensgeschichte des Hofrates Franz Georg von Keeß, in: Festschrift ABGB 1811, Bd. 1 (Wien 1911) 357–377.
- Albrecht von BITTER, Das Strafrecht des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 vor dem ideengeschichtlichen Hintergrund seiner Zeit (= Rheinische Schriften zur Rechtsgeschichte 18, Baden-Baden 2013).
- Georg Wilhelm BÖHMER, Handbuch der Litteratur des Criminalrechts [...] (Göttingen 1816).
- Gottfried BOLDT, Johann Samuel Friedrich von Böhmmer und die gemeinrechtliche Strafrechtswissenschaft (Berlin 1936).
- Karl COULON. Matthias Wilhelm Edler von Haan, in: Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. 1 (Wien 1911) 303–353.
- Johannes DOMANIG, Von der Josephina zur Francisana. Eine Untersuchung der österreichischen Strafrechtslegistik zwischen 1787 und 1803. Zugleich ein Beitrag zur Erforschung der Grundlagen des modernen österreichischen Strafrechts (iur. Diss., Univ. Wien 2021).
- Hugo HAAN, 400 Lese Früchte gesammelt in einer altösterreichischen Hofratsfamilie von 1750 bis 1950 (Genf 1969).
- Friedrich HARTL, Das Wiener Kriminalgericht. Strafrechtspflege vom Zeitalter der Aufklärung bis zur österreichischen Revolution (Wien u.a. 1973).
- Gernot KOCHER, Mathias Wilhelm Virgilius von Haan, in: Wilhelm BRAUNEDER (Hg.), Juristen in Österreich 1200 bis 1980 (Wien 1987) 91–93.
- DERS., Franz Georg von Keeß, in: Wilhelm BRAUNEDER (Hg.), Juristen in Österreich 1200 bis 1980 (Wien 1987) 93–97.
- Franz KRONES, Haan, Mathias Wilhelm von, in: Allgemeine Deutsche Biographie, Bd. 10 (Leipzig 1879) 259.
- Hans LENTZE, Banniza, Johann Peter, in: Adalbert ERLER, Ekkehard KAUFMANN (Hgg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. 1 (Berlin 1973) 312f.
- Friedrich MAAßBURG, Geschichte der Obersten Justizstelle (Prag 21891).
- Rudolf Adalar MÉTALL, Zu Mathias von Haans 200. Geburtstag, in: Österreichische Anwalts-Zeitung 14 (1937) 412f.
- Christian NESCHWARA (Hg.), Ein österreichischer Jurist im Vormärz: „Selbstbiographische Skizzen“ des Freiherrn Karl Josef Pratobevera (1769–1853)

⁹⁵ RGBl. 119/1873.

- (= Rechtshistorische Reihe 374, Frankfurt am Main u. a. 2009).
- DERS., Die ältesten Materialien zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches: Josef Azzoni, Vorentwurf zum Entwurf des Codex Theresianus Josef Ferdinand Holger, Anmerkungen über das österreichische Recht (1753) (= Fontes rerum austriacarum III/22, Wien 2012).
- DERS., Über Carl Joseph von Pratobevera und Franz von Zeiller, in: Kurt EBERT (Hg.), Festschrift zum 80. Geburtstag von Hermann Baltl (Wien 1998) 205–224.
- DERS., Pratobevera – Zeiller – Jenull: Eine „herrliche Trias unserer Gesetzgebung. Ein Beitrag zur Gesetzgebungsgeschichte des österreichischen Strafrechts im Vormärz, in: Ulrike AICHHORN, Hannes RINNERTHALER (Hgg.), Festschrift für Peter Putzer zum 65. Geburtstag (Egling 2004) 579–612.
- DERS., Franz Zeiller und das Strafrecht, in: *Journal on European History of Law* 1 (2010) 4–15.
- DERS., Karl Anton Martini und sein Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Johann EGGER, Georg KABBE (Hgg.), Aspekte der Rechtsgeschichte und der Gesellschaftspolitik in Tirol, Österreich und weltweit. Festschrift zum 70. Geburtstag von Kurt Ebert (Veliko Tarnovo 2013) 210–226.
- DERS., Zur Genese des österreichischen Strafgesetzes von 1803, in: Martin P. SCHENNACH (Hg.), *Strafrechtsgeschichte im „langen“ 19. Jahrhundert. Forschungen und Perspektiven* (Wien 2020) 37–60.
- DERS., „... das erste so ruhmvolle, gar bald von anderen Staaten nachgeahmte Beispiel“. Die allgemeinen Bestimmungen des österreichischen Strafgesetzes von 1803, in: DERS., u.a. (Hgg.), Festschrift für Thomas Simon zum 65. Geburtstag (Wien 2020) 209–220.
- Thomas OLECHOWSKI, Zur Entstehung des Strafgesetzes 1852, in: DERS., u.a. (Hgg.), *Grundlagen der österreichischen Rechtskultur. Festschrift für Werner Ogris zum 75. Geburtstag*, (Wien u.a. 2010) 319–341.
- Österreichisches Biographisches Lexikon 1815–1950, Bd. 2 (Wien 1959) 116.
- Carl Joseph PRATOBEVERA, Nekrolog. [...] Der Präsident von Haan, in: DERS. (Hg.), *Materialien für Gesetzkunde und Rechtspflege*, in den Österreichischen (Erb)Staaten Bd. 3 (1817) 312–322.
- DERS., Nachrichten über die neueste Gesetzgebung und Rechtspflege in den Österreichischen Staaten [...], in: DERS. (Hg.), *Materialien* Bd. 3 (1817) 269–278.
- Jacob PROBST, *Geschichte der Universität Innsbruck seit ihrer Entstehung bis zum Jahre 1860* (Innsbruck 1869).
- Friedrich SCHAFFSTEIN, *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts* (Berlin 1930).
- Martin P. SCHENNACH, Einleitung. Zu Forschungsgeschichte und Forschungsstand, in: DERS. (Hg.), *Strafrechtsgeschichte im „langen“ 19. Jahrhundert. Forschungen und Perspektiven* (Wien 2020) 1–36.
- Hans SCHLOSSER, *Europäische Rechtsgeschichte* (München 42021).
- Moritz STUBENRAUCH (Hg.), *Bibliotheca juridica austriaca. Verzeichniß der von den ältesten Zeiten bis zum Schlusse des Jahres 1846 in Österreich (außer Ungarn und Siebenbürgen) erschienenen Druckschriften und der in den österreichischen juristischen Zeitschriften enthaltenen Aufsätze aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. Mit einem ausführlichen Sach-Register. Ein Versuch* (Wien 1847).
- Constant von WURZBACH (Hg.), *Biographisches Lexikon des Kaiserthums Österreich*, Bd. 6 (Wien 1860) 97f.

Thomas OLECHOWSKI, Wien

26 Tage Regierungschef

Der Kurzzeit-Ministerratsvorsitzende Ludwig von Holzgethan*

Head of government for 26 days.

The short-term Chairman of the Council of Ministers Ludwig von Holzgethan

Ludwig von Holzgethan was an already retired finance official when he was appointed Cisleithanian Minister of Finance in 1870. The Monarchy had not yet come to rest since the Compromise with Hungary of 1867. Bohemia demanded a comparable position to Hungary with the "Fundamental Articles". Arguing that these Fundamental Articles would plunge the state into financial chaos, Holzgethan contributed significantly to the failure of the project and subsequently took over the reins of government for a transitional period of 26 days, from 30 October to 25 November 1871. The article attempts to better evaluate the achievements of Holzgethan, who is usually held in low esteem in the secondary literature.

Keywords: *Austro-Hungarian Compromise – Fundamental Articles – Hohenwart Karl – Holzgethan Ludwig – Nationalities in Austria-Hungary – Obstructionism*

Einleitung

„Die neuen Ministerernennungen, welche als ein fait accompli zu betrachten sind, haben hier, wie nicht anders möglich, den schlechtesten Eindruck hervorgerufen“, vermeldete die Grazer „Tagespost“ am 6. Mai 1870. „Die Berufenen sind eben solche Persönlichkeiten, die zum Mindesten sich keiner Sympathien erfreuen, wie Herr Baron Widmann oder was natürlich noch weit schlimmer ist, bei der großen Mehrheit des deutschen Volkes auf entschiedenes Mißtrauen stoßen, wie die Herren Holzgethan und Petrino.“¹ Nur wenige Stunden, nachdem der hier zitierte Zeitungsartikel erschienen war, wurden Ludwig

Freiherr von Holzgethan zum neuen cisleithanischen² Finanzminister, Alexander Freiherr von Petrinó zum Ackerbauminister und Victor Freiherr von Widmann zum Landesverteidigungsminister ernannt.³ Eine Begründung für das vernichtende Urteil über die drei Herren erfolgte in der „Tagespost“ nicht. In der für die Zeitungen jener Epoche so typischen Art und Weise, die wesentlichen Hintergrundinformationen nicht zu nennen, sondern als bekannt vorauszusetzen, wurde erwartet, dass jede Grazerin und jeder Grazer wüsste, was es mit Widmann, Holzgethan und Petrino auf sich habe.

* Dieser Aufsatz ist meiner Mutter, Eva Olechowski, in Dankbarkeit gewidmet. Für wertvolle Hilfe bei der Auffindung und Aufarbeitung der relevanten Quellen danke ich herzlich Herrn Dr. Richard Lein und Frau Mag.^a Valerie Reiter-Zatloukal.

¹ Tagespost (Abendblatt) ad Nr. 119 v. 6. 5. 1870, 2.

² Seit dem österreichisch-ungarischen Ausgleich 1867 bestanden ein k.u.k. Finanzministerium für die gesamte Monarchie, ein k.k. Finanzministerium für die cisleithanische und ein k.ung. Finanzministerium für die transleithanische Reichshälfte.

³ Wiener Zeitung Nr. 104 v. 7. 5. 1870, 1.

I. Kurze Biographie eines Finanzbeamten

Da dies für die heutige Leserin und den heutigen Leser nicht mehr angeht, sei hier wenigstens die wichtigste der drei soeben genannten Personen kurz porträtiert: Ludwig (ab 1855: Ritter, ab 1865: Freiherr von) Holzgethan war der jüngere von zwei Söhnen eines Normallehrers zu St. Anna in Wien.⁴ Sein älterer Bruder Georg (1799–1860) hatte zunächst eine wissenschaftliche Karriere eingeschlagen und amtierte 1840/41 als Rektor der Universität Lemberg [Lviv], danach aber setzte er seine berufliche Laufbahn im Unterrichtsministerium fort.⁵ Ludwig Holzgethan, am 1. Oktober 1810⁶ in Wien geboren, besuchte ab 1823 das Wiener Schottengymnasium und studierte anschließend an der dortigen Universität die Rechte, 1833 erfolgte seine Promotion. Schon zwei Jahre zuvor, 1831, war er als Finanzbeamter in den Staatsdienst getreten und wurde 1835 „Examinatur-Adjunkt an der Kameral-Gefällenverwaltung für Niederösterreich“, d.h. ein für die Kontrolle der indirekten Steuern zuständiger Verwaltungsbeamter der untersten Stufe. Er blieb diesem Bereich der Finanzverwaltung auch über die nächsten Sprossen seiner Karriereleiter hinweg treu, u.a. im Gefälls-Bezirksgericht in Triest und in der Kameral-Gefällenverwaltung in Linz. 1846 wurde er Kameralrat und Vorsteher der Kameral-Bezirksverwaltung in Ried im Innkreis, 1849 in Korneuburg, bevor Holzgethan 1850, also gerade in der Zeit, in der die österreichische Herrschaft über Lombardo-Venetien besonders drückend war, als Finanzrat nach Verona entsendet wurde. 1852 wurde er zum „ersten Rath der venetianischen Finanz-Präfectur“

und schon bald darauf zum Präsidenten der Finanz-Präfectur in Venedig ernannt. Für seine Verdienste wurde Holzgethan 1854 das Ritterkreuz des Leopolds-Ordens verliehen und erfolgte 1855 seine Versetzung in den Adelsstand. Im Herbst 1860 kehrte Holzgethan nach Wien zurück, genauer gesagt, in das seit April desselben Jahres von Ignaz von Plener geleitete Finanzministerium, aus welchem Anlass ihm die Geheimratswürde⁷ verliehen wurde. Dies nährte Gerüchte, dass er schon bald auch die Nachfolge des erst seit April amtierenden Plener antreten könnte.⁸ Der Karrieresprung Holzgethans fand nämlich just zu jenem Zeitpunkt statt, als sich abzeichnete, dass das vom Kaiser am 20. Oktober 1860 erlassene sog. Oktoberdiplom,⁹ mit dem die Monarchie grundlegend umgestaltet werden sollte, auf breite Ablehnung stieß und der geistige Vater des Oktoberdiploms, der Staatsminister Agenor Graf Goluchowski, der Plener in sein Kabinett geholt hatte, zurücktreten musste. Doch blieb Plener auch unter Goluchowskis Nachfolger Anton Ritter v. Schmerling im Amt, während Holzgethan am 23. März 1861 in den Staatsrat, das neu gebildete oberste Beratungsgremium des Kaisers, berufen wurde. Im Juni 1864 wurde er zum Stellvertreter des Finanzministers „für den Verwaltungsdienst im Finanzministerium“ ernannt. Offenbar sollte Holzgethan den Rücken für Plener freihalten, indem er den Alltag der Verwaltungsgeschäfte übernahm, damit sich Plener ganz auf die politischen Agenden konzentrieren konnte; auch nun wurde wieder mit einem bevorstehenden Wechsel Holzgethans an die Spitze des Ministeriums spekuliert. Die „Neue Freie Presse“ fand es auch hervorhebenswert, dass Holzgethan nicht der dienstälteste Beamte

⁴ STROBL, Holzgethan 2.

⁵ WURZBACH, Lexikon IX (1863) 252–253; ÖBL II (1959) 408.

⁶ Bei WURZBACH, Lexikon IX (1863) 253 wird irrtümlich das Jahr 1800 genannt, von wo es auch einige andere Nachschlagewerke übernommen haben. Das korrekte Datum u.a. bei ÖBL II (1959) 408–409.

⁷ Mit der Geheimratswürde war u.a. der freie persönliche Zutritt zum Kaiser verbunden: SCHÄFFLE, Aus meinem Leben II, 68.

⁸ Die Presse Nr. 307 v. 29. 11. 1860, 4.

⁹ Siehe dazu OLECHOWSKI, Oktoberdiplom.

im Ministerium gewesen war, er vielmehr einige ranghöhere Beamte übersprungen hatte.¹⁰

Bemerkenswerterweise erwähnte die sonst so gut informierte Zeitung einen besonderen Umstand, der die Nähe Holzgethans zu Plener leicht erklärte, nicht: 1835 hatte Holzgethan nämlich eine Schwester Pleners, Auguste, geheiratet. Der Ehe entstammte ein Sohn, der noch als Kind verstarb, sowie eine Tochter, Augustine, die später Stiftsdame zu Maria Schul in Brünn [Brno] wurde.¹¹

Im Juni 1868 wurde der Staatsrat aufgelöst; schon zuvor war Holzgethan als Beamter des Finanzministeriums pensioniert worden. Er wollte seinen Ruhestand mit der Lektüre von Livius' römischer Geschichte genießen, als ihn „der Ruf in die ganz große Politik erteilte.“¹²

II. Der Ausgleich mit Ungarn und die Obstruktionspolitik der Tschechen

In der Zwischenzeit war die Monarchie gleich mehrmals umgeformt worden. Nach dem gescheiterten Oktoberdiplom hatte Anton von Schmerling mit dem Februarpatent vom 26. Februar 1861 einen neuen Versuch gestartet und das parlamentarische Leben in Österreich nach knapp zwölf Jahren Zwangspause wieder zu neuem Leben erweckt. Zufolge des Grundgesetzes über die Reichsvertretung, des wichtigsten Bestandteiles des Februarpatentes, gliederte sich das österreichische Parlament, der Reichsrat, in ein Herren- und in ein Abgeordnetenhaus. Während ersteres nach Vorbild des britischen House of Lords zusammengesetzt war, bestand letzteres

aus 343 Abgeordneten, die von den Landtagen der einzelnen Kronländer nach einem besonderen Verteilungsschlüssel zu entsenden waren. So standen Ungarn 85 Abgeordnete, Böhmen 54 Abgeordnete, Österreich unter der Enns 18 Abgeordnete zu etc.¹³ Die Landtage waren sehr unterschiedlich gestaltet, denn den transleithanischen Landtagen (Ungarn, Kroatien, Siebenbürgen) kamen wesentlich mehr Kompetenzen, u.a. das gesamte Zivil- und Strafrechtswesen zu; in den cisleithanischen Ländern wurde die Gesetzgebung in diesen Materien nicht von den jeweiligen Landtagen, sondern von einem „Engeren Reichsrat“, gebildet aus den cisleithanischen Reichsratsabgeordneten, gehandhabt. Der für die gesamte Monarchie zuständige „Weiterer Reichsrat“ besaß nur relativ wenige Kompetenzen, aber auch diese konnte er in der Praxis nicht ausüben, weil sich Ungarn – aus Gründen, die hier nicht zu erörtern sind¹⁴ –, weigerte, ihn zu beschicken, womit das „System Schmerling“ zum Scheitern verurteilt war. Schmerling selbst, sowie auch Plener und die übrigen Regierungsmitglieder, traten 1865 zurück.¹⁵ Unter dem neuen Ministerpräsidenten Richard Graf Belcredi wurde das Grundgesetz über die Reichsvertretung sistiert und mit den Ungarn über eine völlig neue Gestaltung der Habsburgermonarchie verhandelt, da es „rechtlich unmöglich“ schien, „eine und dieselbe Bestimmung in einem Theile des Reiches zum Gegenstande der Verhandlung zu machen, während sie gleichzeitig in den anderen Theilen als allgemein bindendes Reichsgesetz behandelt würde“.¹⁶

So wurde der österreichisch-ungarische Ausgleich ohne Mitwirkung eines österreichischen

¹⁰ NFP Nr. 156 v. 7. 6. 1864, 1.

¹¹ Vgl. den kurzen Hinweis in der Bozner Zeitung Nr. 98 v. 8. 12. 1860, 1, sowie ADLGASSER, Zentralparlamente 477. Auguste v. Holzgethan starb am 12. 11. 1870, noch nicht 58-jährig, nach kurzer Krankheit, in Wien: Wiener Zeitung Nr. 281 v. 15. 11. 1870, 586.

¹² FRITZ, Für Kaiser und Republik 64. Das dort angegebene Datum (30. 6. 1870) ist unrichtig.

¹³ § 6 Grundgesetz über die Reichsvertretung, Beilage I zum Kaiserlichen Patent vom 26. 2. 1861 RGBl. 20/1861.

¹⁴ Dazu etwa PÉTER, Verfassungsentwicklung 305–307.

¹⁵ Wiener Zeitung Nr. 172 v. 29. 7. 1865.

¹⁶ Kaiserliches Manifest v. 20. 9. 1865 RGBl. 88/1865.

Parlaments zwischen Franz Joseph und den ungarischen Wortführern vereinbart. Belcredi hatte versprochen, dass er wenigstens im Nachhinein einen „außerordentlichen Reichsrat“ einberufen und ihm das Ergebnis der Ausgleichsverhandlungen vorlegen würde. Doch wurde Belcredi am 7. Februar 1867 als Ministerpräsident entlassen und Friedrich Freiherr von Beust zu seinem Nachfolger ernannt, nur zehn Tage, bevor die Verhandlungen zum Abschluss gebracht werden konnten und mit Gyula Graf Andrassy ein eigener Ministerpräsident für Ungarn ernannt wurde. Beust weigerte sich, das so mühsam ausgehandelte Paket einer parlamentarischen Versammlung vorzulegen und damit das Gelingen des Ausgleichs zu gefährden, er war lediglich zur Einberufung des Engeren Reichsrates, der seit zwei Jahren nicht mehr getagt hatte, bereit. Damit sollte zur Tagesordnung übergegangen und der Verfassungsbruch von 1865 stillschweigend hingenommen werden. Der böhmische Landtag weigerte sich, diesen Engeren Reichsrat zu beschicken und an den Beratungen einer „gesetzwidrigen Versammlung“ teilzunehmen.¹⁷ Es war nicht einzusehen, weshalb die Länder der ungarischen Stephanskronen eine Sonderbehandlung erfahren hatten, die nicht auch den Ländern der böhmischen Wenzelskronen zukommen könne. Das Schlagwort, das in diesem Zusammenhang wieder und wieder verwendet wurde, lautete „Böhmisches Staatsrecht“, wobei das Wort „Recht“ hier im subjektiven Sinne zu verstehen war: Es ging um die historischen Rechte des Königreichs Böhmen, auf denen die Stände beharrten.

Beust reagierte auf diese Weigerung, indem er den böhmischen und auch den mährischen Land-

tag auflöste und Neuwahlen ausschrieb, bei denen es ihm gelang, die föderalistische Mehrheit in Böhmen und Mähren zu brechen. (Das 1873 formulierte Bonmot – „In anderen constitutionellen Ländern schaffen die parlamentarischen Majoritäten die Minister, in Oestreich ist derzeit die parlamentarische Majorität die Schöpfung des jeweiligen Ministeriums.“¹⁸ – passt auch auf die Wahlen der Jahre 1867 bis 1871!) Die neugewählten Landtage nahmen nunmehr die Wahl zum Reichsrat vor, doch von den Gewählten weigerten sich die 14 Tschechen, ihr Mandat anzunehmen und blieben dem Reichsrat fern.¹⁹ Haupteffekt dieser Obstruktion war, dass die Deutschliberalen umso stärker den Reichsrat dominierten. Sie gaben ihre Zustimmung zum österreichisch-ungarischen Ausgleich, verlangten jedoch im Gegenzug eine neue Verfassung für Cisleithanien.²⁰ Die sog. Dezemberverfassung vom 21. Dezember 1867 sollte bis zum Ende der Monarchie 1918 Bestand haben – auch wenn es nicht immer danach aussah, wie das Nachfolgende zeigen wird.

Am 30. Dezember wurde die erste cisleithanische Regierung ernannt; sie wurde wegen ihrer Beteiligung von Bürgerlichen als das „Bürgerministerium“ bezeichnet, obwohl sie von einem Ministerpräsidenten aus den ersten Reihen des Hochadels, Carl Fürst Auersperg, geleitet wurde. Beust erhielt die Position eines „Reichskanzlers“ und k.u.k. Außenministers für die gesamte Österreichisch-Ungarische Monarchie. Es ist bemerkenswert und wohl ein Zeichen für sein Pflichtgefühl und seine Loyalität zum Kaiserhaus, dass Ignaz von Plener, der vor 1867 den Ausgleich noch strikt abgelehnt hatte, nunmehr wieder in die Regierung zurückkehrte und im „Bürgerministerium“ das Amt des Handelsministers übernahm.²¹

¹⁷ URBAN, Die tschechische Gesellschaft I, 319; RUMPLER, Parlament und Regierung 672, 702f.; HÖBELT, Parteien 907; PÉTER, Verfassungsentwicklung 320; BOYER, Austria 93f.

¹⁸ MENGER, Die Walreform [sic!] 3.

¹⁹ URBAN, Die tschechische Gesellschaft I, 321; RUMPLER, Parlament und Regierung 672f., 703; HÖBELT, Parteien 907.

²⁰ Siehe näher OLECHOWSKI, Dezemberverfassung.

²¹ RUMPLER, Parlament und Regierung 701; LEIN, Einleitung XIII.

Von Anfang an hatte das „Bürgerministerium“ aufgrund der tschechischen Obstruktion einen schweren Stand, und dieser Widerstand wurde nicht schwächer, sondern erstarkte nur noch. In Böhmen verbündete sich die – unter den Tschechen damals noch dominierende – sog. Alttschechische Partei mit dem konservativen Adel zur „staatsrechtlichen Opposition Böhmens“, und diese begann, auch den böhmischen Landtag zu boykottieren, worauf in diesem Kronland schwere Unruhen ausbrachen. Von Oktober 1868 bis April 1869 herrschte der Ausnahmezustand in Böhmen.²² Eine zweite Front brach auf, als die Deutschliberalen – in Durchführung der Dezemberverfassung – die antiklerikalen Maigesetze 1868 beschlossen.²³ Am 24. September 1868, nach nicht einmal neun Monaten, trat Carl Fürst Aueresparg aufgrund des anhaltenden Drucks als Ministerpräsident zurück, worauf Landesverteidigungsminister Eduard Graf Taaffe „provisorisch“ den Vorsitz im Ministerrat übernahm.²⁴ Auf den ersten Blick schien nun etwas Ruhe einzukehren, immerhin dauerte die Vorsitzführung von Taaffe rund 15 Monate, also weit länger als die des zuvor „definitiv“ bestellten Fürsten Aueresparg. Aber die föderalistische Opposition gegen die Dezemberverfassung wurde von Monat zu Monat stärker; und als der Kaiser am 10. Dezember 1869 im Ministerrat meinte, man müsse „auf die Gefühle der Länder Bedacht“ nehmen,²⁵ spaltete sich die Regierung: Taaffe, sowie auch der Ackerbauminister Alfred Graf Potocki und

der Minister ohne Portefeuille Johann N. Berger waren bereit, der böhmischen Opposition entgegenzukommen, und den streng zentralistischen Aufbau Cisleithaniens zu lockern, während sich die Mehrheit der Regierungsmitglieder, wie etwa Plener, oder auch der Unterrichtsminister Leopold Ritter Hasner von Artha, für ein unbedingtes Festhalten an der Dezemberverfassung aussprach.²⁶ Am 15. Jänner 1870 legte Taaffe den Vorsitz zurück, den nunmehr Plener übernahm, jedoch zwei Wochen später ebenfalls zurücklegte, nachdem am 28. Jänner im Abgeordnetenhaus über eine Adresse an den Kaiser abgestimmt worden war. Zwar hatte auch hier sich eine Zweidrittelmehrheit für eine Beibehaltung der Dezemberverfassung ausgesprochen, allein die Abstimmung wurde von der Opposition mit einem Massenexodus beantwortet: Nur mehr 129 Abgeordnete verblieben im Reichsrat, der nun also schon von 74 Abgeordneten boykottiert wurde.²⁷ Nunmehr wurde Hasner zum Ministerpräsidenten ernannt, und dieser schlug dem Kaiser vor, jene Landtage aufzulösen, deren Abgeordnete den Reichsrat boykottierten, was dieser aber verweigerte, worauf auch Hasner und mit ihm alle noch verbliebenen Regierungsmitglieder zurücktraten.²⁸ Zweieinhalb Jahre nach Sanktionierung der Dezemberverfassung war nicht nur die erste auf ihrer Grundlage gebildete Regierung am Ende, sondern die Verfassung selbst ernstlich in Frage gestellt, und die cisleithanische Reichshälfte drohte, im Chaos zu ertrinken.

²² Siehe dazu die Deklaration der tschechischen Landtagsabgeordneten vom 22. 8. 1868, BERNATZIK, Verfassungsgesetze Nr. 1087, sowie RUMPLER, Parlament und Regierung 705; URBAN, Der böhmische Landtag 2014–2016.

²³ Dazu ausführlich VOCELKA, Verfassung oder Konkordat 51–90.

²⁴ RUMPLER, Parlament und Regierung 709; LEIN, Einleitung XIV.

²⁵ MRP Nr. 301 v. 10. 12. 1869, TOP 2, in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 407; vgl. RUMPLER, Parlament und Regierung 709; LEIN, Einleitung XXXV.

²⁶ Diese Standpunkte wurden in zwei Memoranden vom 18. 12. bzw. 26. 12. 1869 niedergeschrieben, die in

der Wiener Zeitung Nr. 8 v. 12. 1. 1870, 117–121 veröffentlicht wurden, mit leichten Abweichungen auch bei KOLMER, Parlament und Verfassung II, 6–17. Vgl. URBAN, Die tschechische Gesellschaft I, 351f.; RUMPLER, Parlament und Regierung 709; HÖBELT, Parteien 912.

²⁷ URBAN, Die tschechische Gesellschaft I, 353; RUMPLER, Parlament und Regierung 711; OLECHOWSKI, Lasersche Wahlrechtsreform 151.

²⁸ RUMPLER, Parlament und Regierung 710f.; HÖBELT, Parteien 912; LEIN, Einleitung XV.

III. Als Finanzminister unter Potocki und Hohenwart

Die Regierung, die nun das Ruder des Staatsschiffes übernahm, kann nicht wirklich als eine neue bezeichnet werden, denn es waren die beiden am 15. Jänner 1870 zurückgetretenen Minister Alfred Graf Potocki und Eduard Graf Taaffe, die nun am 11. April zum Ministerpräsidenten bzw. zum Innenminister ernannt wurden.²⁹ Der Hofrat am Obersten Gerichts- und Kassationshof Adolf Graf Tschabuschnigg wurde zum neuen Justizminister ernannt; weitere Ministerernennungen erfolgten jedoch – vorerst – nicht. Vielmehr übernahm Potocki provisorisch auch das vormals von ihm geleitete Ackerbauministerium, Taaffe auch das vormals von ihm geleitete Landesverteidigungsministerium sowie Tschabuschnigg provisorisch auch das Unterrichtsministerium. Mit der Leitung des Handels- und des Finanzministeriums wurden zwei dort amtierende Sektionschefs, Sisinio de Pretis und Karl Distler, betraut, „ohne in die Kabinettsverantwortlichkeit eingebunden zu sein.“³⁰ Es war dies ein damals unerhörter Akt,³¹ der offenbar deshalb erfolgte, weil es Potocki in der Schnelle nicht gelungen war, geeignete Minister für diese Ressorts zu finden. Erst knapp vier Wochen später, am 6. Mai, kam es zu der eingangs erwähnten Ernennung von Holzgethan zum Finanzminister, Petrinó zum Ackerbauminister und Widmann zum Landesverteidigungsminister, während de Pretis das

Handelsministerium noch bis Februar 1871 „interimistisch“ weiterleitete.

Die Rücktritte der prononciertesten Vertreter eines zentralistischen Kurses³² und die Rückkehr der eher mit den Föderalisten sympathisierenden Minister Potocki und Taaffe sollten eine Kehrtwendung in der Innenpolitik markieren, allein, diese Wende gelang nicht, wie schon die mühevollere Regierungsbildung zeigt.³³ Mehrere prominente Politiker, wie insbesondere der oberösterreichische Statthalter Karl Sigmund von Hohenwart, hatten ihre Mitwirkung im Kabinett Potocki verweigert; das letztlich zustande gekommene Kabinett wurde in der Öffentlichkeit als ein „Beamtenministerium“ wahrgenommen.³⁴ Insbesondere der Eintritt des fast schon sechzig Jahre alten Holzgethan wurde von den Liberalen scharf kritisiert, ja verspottet: Er sei „im Bureau dienste ergraut und abgenützt, er kann die Schablonen noch ein paar Monate ausfüllen und dann in den üblichen ‚wohlverdienten‘ Ruhestand mit einem höheren Orden und einer höheren Pension treten, [er sehe] in dem Ministerium einen Mumienbehälter [...], in dem er seine arbeitsmüde Kanzleiseele zur Ruhe bettet.“ Doch wurde auch gemutmaßt, dass er „als Vertreter der Concordatspartei“ in das Ministerium berufen worden war“, also als Vertreter jener Partei, die am – seit den Maigesetzen schon sehr ausgehöhlt – Konkordat von 1855 festhalten wollte.³⁵ Dies spricht für eine strikt katholische Gesinnung

²⁹ Wiener Zeitung Nr. 84 v. 13. 4. 1870, 1. Vgl. BOYER, *Austria* 147.

³⁰ NFP Nr. 2020 v. 13. 4. 1870, 2; vgl. HÖBELT, *Parteien* 913.

³¹ Vgl. demgegenüber heute Art. 71 Satz 2 B-VG, der aber nur im Fall der einstweiligen Fortführung der Geschäfte nach Rücktritt der Bundesregierung, nicht bei einer neu ernannten Bundesregierung angewendet werden darf. Unrichtig ist es jedenfalls, Distler als „Finanzminister“ zu bezeichnen (so allerdings FRITZ, *Für Kaiser und Republik* 63, in seiner – allerdings mehr auf Anekdoten basierenden – Darstellung der österreichischen Finanzminister).

³² Außer Hasner und Plener sind hier noch die beiden Minister Rudolf Brestel und Eduard Herbst zu nennen;

aufgrund der (leider unvermeidlichen) Namensdichte im Haupttext seien diese beiden jedoch in die Fußnoten verbannt.

³³ RUMPLER, *Parlament und Regierung* 713; HÖBELT, *Parteien* 912.

³⁴ HUGELMANN, *Geschichte* 23; SCHARF, *Ausgleichspolitik* 48; RUMPLER, *Parlament und Regierung* 712; HÖBELT, *Parteien* 913.

³⁵ NFP Nr. 2044 v. 8. 5. 1870, 1. – Über die einseitige Aufkündigung des Konkordats von 1855 wurde seit 1868 immer wieder diskutiert. Am 30. 7. 1870 erklärte Franz Joseph in einem ah. Handschreiben an den Un-

Holzgethans; seine einstige Nähe zu Plener wurde nicht erwähnt und auch nicht darüber spekuliert, dass er möglicherweise nicht nur juristisch, sondern auch politisch als ein Mann der politischen Mitte dessen Platz einnehmen solle.

Trotz schlechten Starts ging das Ministerium Potocki unverzüglich daran, eine Lösung der schwelenden böhmischen Frage zu finden. Am 21. Mai wurden Reichsrat und sämtliche Landtage aufgelöst und Neuwahlen ausgeschrieben. Parallel dazu verhandelte die Regierung mit den böhmischen Wortführern und ging dabei so weit, dass Franz Joseph sogar seine Krönung zum böhmischen König in Aussicht stellte, scheiterte dann aber an der kompromisslosen Haltung der Böhmen, die sich erneut weigerten, den Reichsrat zu beschicken.³⁶ Als dieser am 15. September wiedereröffnet wurde, konnten die Abgeordneten in drei fast gleiche große Gruppen gegliedert werden: Die verfassungstreue Mehrheit war auf 68 Abgeordnete geschmolzen, die innerparlamentarische Opposition auf 67 angewachsen und 68 Abgeordnete waren dem „Schmerlingtheater“ am Wiener Schottentor³⁷ überhaupt ferngeblieben.³⁸ Am 6. Oktober kam das 1868 beschlossene Notwahlgesetz³⁹ erstmals zur Anwendung, und es wurden direkte Wahlen der böhmischen Reichsratsabgeordneten ausgeschrieben. Aber

auch nach erfolgter Wahl weigerten sich die tschechischen Abgeordneten, nach Wien zu kommen, sodass lediglich 12 deutsche Abgeordnete aus Böhmen in das Haus am Schottentor zogen.⁴⁰

Damit war das Kabinett Potocki ein halbes Jahr nach seiner Bildung bereits gescheitert, und der Ministerpräsident bot im November seinen Rücktritt an, der vom Kaiser aber erst im Februar des folgenden Jahres angenommen wurde.⁴¹ Franz Joseph war nämlich offenbar zur Einsicht gelangt, dass weder ein gemäßigter noch ein radikaler Flügel der Verfassungspartei jemals eine Einigung mit den Böhmen erzielen würde können, und entschloss sich zu einem völligen Richtungswechsel.

Die ihm hierzu geeignet erscheinenden Männer fand der Kaiser im schon erwähnten k.k. Statthalter in Linz, Karl Sigmund Graf von Hohenwart zu Gerlachstein sowie im deutschen Nationalökonom und Wiener Universitätsprofessor Albert Schäffle. Diese hatten schon im Sommer 1870, noch ohne offiziellen Auftrag und parallel zu den Verhandlungen der Regierung mit den Tschechen, Gespräche mit dem einflussreichen böhmischen Landtagsabgeordneten Heinrich Jaroslav Graf Clam-Martinic geführt,⁴² und Schäffle hatte dem Kaiser am 24. Oktober im Rahmen einer Privataudienz ein Memorandum über die

terrichtsminister, dass das Konkordat „hinfällig geworden“ sei, vgl. Wiener Zeitung Nr. 184 v. 10. 8. 1870, 507; die formelle und vollständige Aufhebung erfolgte aber erst mit dem Katholikengesetz v. 7. 5. 1874 RGBL. 50/1874. Vgl. KLETEČKA, LEIN, Protokolle, Einleitung LXXV.

³⁶ SCHARF, Ausgleichspolitik 48f.; RUMPLER, Parlament und Regierung 713; HÖBELT, Parteien 913; URBAN, Der böhmische Landtag 2016.

³⁷ „Schmerlingtheater“ wurde scherzhaft das provisorische Holzgebäude genannt, in dem das auf Schmerling zurückgehende Abgeordnetenhaus zunächst tagte, vgl. URBAN, Die tschechische Gesellschaft I, 238. Es befand sich ungefähr am Standort des heutigen Instituts für medizinische Chemie, während das Herrenhaus im niederösterreichischen Landhaus in der Herrengasse tagte. Erst 1883 erfolgte der Umzug beider Häuser des Reichsrats in das Parlamentsgebäude an der Wiener Ringstraße.

³⁸ RUMPLER, Parlament und Regierung 713; HÖBELT, Parteien 913.

³⁹ Nach § 7 Grundgesetz über die Reichsvertretung v. 26. 2. 1861, Beilage I zu RGBL. 20, novelliert durch RGBL. 1867/141, konnte im Falle, dass ein Landtag den Reichsrat nicht beschickte, der Kaiser direkte Reichsratswahlen im betreffenden Land anordnen, wobei jedoch das materielle Wahlrecht unverändert blieb. In Ausführung dieser Bestimmung erging das Notwahlgesetz v. 29. 6. 1868 RGBL. 82/1868.

⁴⁰ RUMPLER, Parlament und Regierung 707, 713; HÖBELT, Parteien 913; URBAN, Der böhmische Landtag 2018; OLECHOWSKI, Lassersche Wahlrechtsreform 152.

⁴¹ URBAN, Die tschechische Gesellschaft I, 361; HÖBELT, Parteien 914. Wie HUGELMANN, Geschichte 23, hervorhebt, hatte Holzgethan keine Demission eingereicht.

⁴² BOYER, Austria 148.

Notwendigkeit innen- und außenpolitischer Reformen vorgelegt.⁴³ Schon damals, so berichtet Schäßfle in seinen Memoiren, hatte der Kaiser den Entschluss gefasst, ein völlig neues Kabinett zu berufen, das den Grundgedanken dieses Memorandums folgen sollte. Aber erst am 4./6. Februar 1871 wurde Hohenwart zum Innenminister und Vorsitzenden im Ministerrat, Schäßfle zum Handelsminister und Leiter des Ackerbauministeriums ernannt.⁴⁴ Hohenwart hatte die Fehler Potockis vermeiden und sein Ministerkabinett in Ruhe aussuchen wollen, wobei er auf ganz neue, unverbrauchte und in der Öffentlichkeit kaum bekannte Köpfe setzte. Prominente Ausnahme war der Führer des Polenklubs im Reichsrats, Kazimierz Ritter von Grocholski, der zum Minister ohne Portefeuille ernannt wurde, um die polnischen Interessen zu wahren.⁴⁵ Dagegen wählte Hohenwart für die Posten des Justizministers und des Unterrichtsministers zwei tschechische Hochschullehrer, Karel Habětíněk und Josef Jireček. Zum Landesverteidigungsminister wurde der Generalmajor Heinrich von Scholl ernannt. Fachleute, nicht Berufspolitiker, sollten sachorientierte Politik machen, und der Kaiser hatte Hohenwart bei der Auswahl dieser Männer bemerkenswert freie Hand gelassen.⁴⁶

Umso erstaunlicher ist es, dass Franz Joseph darauf bestand, dass Ludwig von Holzgethan als Finanzminister im Amt belassen werde. Zwar war dessen fachliche Qualifikation als solche un-

bestreitbar, aber er hatte doch schon unter Potocki gedient, von dessen Politik Hohenwart sich doch so klar abgrenzen wollte. „Nur ungen gab in dieser Wahl Hohenwart nach“, berichtet Schäßfle daher später⁴⁷ und zitierte aus einem Brief Hohenwarts, in dem der 46-jährige Ministerratsvorsitzende seinen 14 Jahre älteren Finanzminister zwar als einen „ganz verlässlichen Rentmeister“ bezeichnete, der „aber von allen anderen Sachen“ außer der Finanzverwaltung „nichts weiß“.⁴⁸ Schäßfle selbst, der bei Regierungsantritt sein 40. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, urteilte später in seinen Memoiren über Holzgethan, dieser sei ein „persönlich brave[r], aber hölzerner[r] und ideenlose[r] Mann“ gewesen.⁴⁹ Er „knauserte [...], was nicht gerade die schlimmste Untugend eines Finanzministers, aber ein Hindernis für notwendige Reformen ist.“⁵⁰ Schon bald kam es zu „Spannungen“ und schließlich erwies sich Holzgethan – zumindest für Schäßfle überraschend – als „bureaukratischer Zentralist“, denkbar ungeeignet für die Mitarbeit im Kabinett Hohenwart.⁵¹ Es ist bezeichnend, dass Reichskanzler Beust, der von Anfang an in scharfer Opposition zu Hohenwart stand, sich an Holzgethan durchaus positiv als einen „dienstbeflissenen, aber gewissenhaften Beamten“ erinnert, „der außerhalb des Parlaments und außerhalb der Parteien stand“; zwar war ihm eine „trockene Sprech- und Ausdrucksweise“ eigen, doch hatte die „Verwaltung der Finanzen [...] unter ihm

⁴³ SCHARF, Ausgleichspolitik 76. Zur Regierungsbildung Hohenwart vgl. auch HUGELMANN, Geschichte 25, sowie KLETEČKA, Ausgleichsversuch 8.

⁴⁴ Wiener Zeitung Nr. 38 v. 7. 2. 1871, 1. Vgl. zur Frage, weshalb Hohenwart nicht formell zum Ministerpräsidenten ernannt worden war, ausführlich LEIN, Einleitung XLI.

⁴⁵ Zur galizischen Frage vgl. LEIN, Einleitung XXXI.

⁴⁶ URBAN, Die tschechische Gesellschaft I, 362; Scharf, Ausgleichspolitik 82.

⁴⁷ SCHÄFFLE, Aus meinem Leben I, 213.

⁴⁸ Hohenwart in einem Brief an Schäßfle v. 24. 11. 1870, abgedruckt bei SCHÄFFLE, Aus meinem Leben I, 214.

⁴⁹ SCHÄFFLE, Aus meinem Leben I, 215. Vgl. auch KLETEČKA, Ausgleichsversuch 13, der ebenfalls nur feststellt, dass der Wunsch, Holzgethan im Amt zu belassen, vom Kaiser persönlich kam, ohne dass die Gründe hierfür erkennbar sind. HUGELMANN, Geschichte 26, stellt nur fest, dass Holzgethan und Scholl „vom Kaiser als Mitglieder nominiert“ wurden.

⁵⁰ SCHÄFFLE, Aus meinem Leben I, 252; nach FRITZ, Für Kaiser und Republik 65, hinterließ Holzgethan bei seinem Rücktritt den beachtlichen Vermögensstand von 84 Millionen Gulden im Staatsschatz.

⁵¹ SCHÄFFLE, Aus meinem Leben I, 252; vgl. auch HUGELMANN, Geschichte 24.

nicht gelitten“, und es war einfach Pflichtbewusstsein, dass er im Amt blieb.⁵²

Weshalb der Kaiser die Beibehaltung Holzgethans wünschte, geht aus den Quellen nicht hervor. Es ist möglich, dass er gerade in einer so schwierigen staatsrechtlichen Situation wenigstens auf dem Gebiet der Finanzverwaltung Kontinuität wünschte.⁵³ Hinzuweisen ist jedenfalls darauf, dass der Kaiser etwa um dieselbe Zeit, am 13. September 1870, Holzgethan auch zum Mitglied des Herrenhauses auf Lebenszeit machte. Ganz offensichtlich genoss der erfahrene Finanzbeamte, der ja schon dem Staatsrat bis zu dessen Auflösung 1868 angehört hatte, das Vertrauen des Monarchen.⁵⁴

Unmittelbar nach Ernennung der neuen Regierung wurden die Verhandlungen mit der böhmischen Opposition aufgenommen, wobei Hohenwart teilweise an den Bemühungen Potockis anknüpfen konnte. Am 2. März kam ein führender Politiker der Alttschechischen Partei, František Ladislav Rieger, für zwei Wochen nach Wien, im Übrigen erfolgten die meisten Verhandlungen im Schriftverkehr zwischen Clam und Schöffle.⁵⁵ Holzgethan war in die Verhandlungen nicht eingebunden,⁵⁶ seine Hauptaufgabe war es in der Zwischenzeit, das Finanzgesetz für 1871 – es enthielt ein Defizit von 12 Millionen Gulden – durch beide Häuser des Reichsrates durchzubringen,

was mit einigen Mühen auch gelang, obwohl die Verfassungspartei nach wie vor über eine, wenn auch hauchdünne, Mehrheit im Abgeordnetenhaus verfügte.⁵⁷ Natürlich wurde Hohenwart bei dieser Gelegenheit im Parlament gefragt, „wie er sich die Revision der Verfassung denke“, aber der Ministerratsvorsitzende schwieg sich beharrlich aus, was die schlimmsten Befürchtungen nährte.⁵⁸ Und tatsächlich löste Hohenwart schon bald nach Genehmigung des Budgets sowohl den Reichsrat als auch die acht Landtage mit verfassungstreuer Mehrheit (Ober- und Niederösterreich, Salzburg, Steiermark, Kärnten, Mähren, Schlesien und Tirol) auf und schrieb Neuwahlen aus.⁵⁹ Dabei erreichte es die Regierung Hohenwart mit einem simplen Trick – gewisse Steuerzuschläge wurden zur Erreichung des 10-Gulden-Zensus eingerechnet –, dass der Kreis der Wahlberechtigten erheblich, insbesondere um Kleingewerbetreibende, erweitert wurde, was den Ausschlag dafür gab, dass die Föderalisten die Wahlen in Böhmen, Mähren und Oberösterreich gewannen.⁶⁰

⁵² BEUST, *Aus Drei Viertel-Jahrhunderten II*, 512.

⁵³ Zu jener Zeit, konkret vom 24. 11. 1870 bis zum 6. 2. 1871, tagten in Pest die beiden Delegationen des österreichischen Reichsrates und des ungarischen Reichstages zwecks Vereinbarung des gemeinsamen Budgets; allerdings war Holzgethan daran nicht beteiligt: *Stenographische Sitzungs-Protokolle der Delegation des Reichsrates, Dritte Session (Wien 1871)*.

⁵⁴ Vgl. STOURZH, *Mitgliedschaft* 86, wonach gerade in den ersten Jahren nach 1861 besonderer Wert auf „Erfahrung und Arbeitsqualitäten“ der ins Herrenhaus zu Berufenden gelegt wurden. Auf den auf Lebenszeit berufenen Mitgliedern lag ja die Hauptlast der Kommissions- und Delegationsarbeiten, für die die übrigen Mitglieder (= die kaiserlichen Prinzen, Oberhäupter bestimmter Adelsgeschlechter und Bischöfe) nur zum Teil geeignet waren.

⁵⁵ SCHARF, *Ausgleichspolitik* 86.

⁵⁶ RUMPLER, *Parlament und Regierung* 716.

⁵⁷ *Finanzgesetz für 1871 v. 14. 7. 1871 RGBL. 63/1871*; vgl. KOLMER, *Parlament und Verfassung II*, 146–150; KLETEČKA, *Ausgleichsversuch* 100–111. Eine bedeutende Rolle wird Holzgethan bei diesen Verhandlungen allerdings von keinem der beiden Autoren zugemessen. Der Hauptgrund für den Sieg Hohenwarts war, dass ihm der Kaiser zuvor, am 30. 5., mit einer Adresse an das Abgeordnetenhaus, seiner Regierung den Rücken gestärkt hatte.

⁵⁸ KOLMER, *Parlament und Verfassung II*, 148.

⁵⁹ RUMPLER, *Parlament und Regierung* 714; URBAN, *Der böhmische Landtag* 2019.

⁶⁰ RUMPLER, *Parlament und Regierung* 715; HÖBELT, *Parteien* 915.

IV. Die „böhmischen Fundamentalartikel“ und ihr Scheitern

Im Folgenden sollen die Entstehung, der Inhalt und das Scheitern der „böhmischen Fundamentalartikel“ nur so kurz als erforderlich und mit deutlichem Fokus auf das Verhalten des Finanzministers geschildert, im Übrigen auf die reichliche Sekundärliteratur zu diesem Thema verwiesen werden.⁶¹

Hohenwart und Schäffle hatten die Verhandlungen mit den Böhmen weitgehend im Alleingang geführt; die übrigen Minister wurden erst bei einer Ministerratssitzung am 30. August über den Stand der Dinge eingeweiht und zeigten sich einigermaßen überrascht. Doch während Landesverteidigungsminister Scholl jetzt seine Zustimmung sowohl zu den eingeleiteten Verhandlungen als auch zu den schon gemachten Zusagen gab, lehnte Finanzminister Holzgethan das Projekt entschieden ab. Er erklärte, dass er sich im Moment außerstande sehe, alle Konsequenzen der Fundamentalartikel zu überblicken, befürchtete aber jedenfalls schon jetzt negative Auswirkungen auf die Finanzlage der Monarchie. Holzgethans Widerstand ging so weit, dass er mit seinem Rücktritt drohte.⁶²

Damit musste Hohenwart klar sein, dass inmitten seiner eigenen Regierung, auf einem durchaus machtvollen Ministerposten, ein entschiedener Gegner seines zentralen politischen Programms saß. Aber noch schien das Problem lösbar. Bereits

am nächsten Tag, dem 31. August, fand wieder eine Ministerratssitzung statt, diesmal jedoch in Abwesenheit Holzgethans, und nun wurde Hohenwarts Experiment formell gebilligt.⁶³ Es bleibt offen, ob Holzgethan bei dieser Sitzung nicht dabei sein wollte, konnte oder durfte.

Öffentlich publik wurden die Verhandlungen, als der neugewählte böhmische Landtag am 14. September eröffnet wurde,⁶⁴ und zwar von einem neuen Statthalter, Bohuslav Graf Chotek,⁶⁵ der ein auf den 12. September datiertes, kaiserliches Reskript zur Verlesung brachte. In diesem erkannte Franz Joseph „gerne die Rechte dieses Königreiches an“ und erklärte sich „bereit, diese Anerkennung mit unserem Krönungseide zu erneuern.“⁶⁶ Stürmischer Beifall war die Reaktion bei der Mehrheit der böhmischen Landtagsabgeordneten, während die deutschliberale Minderheit von den Entwicklungen bestürzt war. Am 16. September gab sie eine Erklärung ab, in der sie sich gegen jede Änderung, die dem Geist der Verfassung widerspreche, verwahrte, und obstruierte nun ihrerseits den Landtag.⁶⁷ Dem Beispiel der böhmischen Abgeordneten folgten auch die deutschliberalen Abgeordneten in Mähren und der Krain, wohingegen der niederösterreichische, der schlesische und der steiermärkische Landtag, in dem die Verfassungstreuen noch über eine Mehrheit verfügten, eine Rechtsverwehungen gegen die bevorstehende Einberufung des Reichsrates einbrachten: Die Bedingun-

⁶¹ Am ausführlichsten BÜCHSEL, Fundamentalartikel; KLETEČKA, Ausgleichversuch; SCHARF, Ausgleichspolitik.

⁶² Das MRP v. 30. 8. 1871 ist infolge des Justizpalastbrandes 1927 nicht erhalten geblieben, wurde aber schon 1921 von einem tschechischen Historiker, Karel Kazbunda, ausgewertet, auf den sich die Darstellung von Thomas Kletečka stützt, der wiederum die Grundlage für die nachstehenden Ausführungen darstellt: KLETEČKA, Ausgleichversuch 212f.

⁶³ Ebd. 213.

⁶⁴ Prager Abendblatt Nr. 217 v. 14. 9. 1871, 3; Wiener Zeitung Nr. 226 v. 16. 9. 1871, 950. Vgl. URBAN, Die tschechische Gesellschaft I, 366.

⁶⁵ Vater von Sophie Chotek, nachmaliger Herzogin von Hohenberg und Gemahlin von Erzherzog Franz Ferdinand; vgl. STURM, Biographisches Lexikon I, 196. Seine Ernennung zum Statthalter wurde in der Ministerratssitzung vom 11. 9. 1871, MRP Nr. 596, beschlossen, von der Sitzung ist nur die Tagesordnung, nicht das Protokoll erhalten.

⁶⁶ BERNATZIK, Verfassungsgesetze Nr. 203; KOLMER, Parlament und Verfassung II, 173; vgl. auch RUMPLER, Parlament und Regierung 716.

⁶⁷ KLETEČKA, Ausgleichversuch 216; URBAN, Der böhmische Landtag 2020.

gen, unter denen die Landtagswahlen stattgefunden hatten, seien rechtswidrig, ein Gesetz, das ein derart zusammengesetzter Reichsrat beschließen würde, nichtig!⁶⁸ „Der fliegende Wechsel fand nicht statt: Denn während die Deutschliberalen bereits ihrerseits einen Boykott [des Reichsrats] ins Auge faßten, war die böhmischstaatsrechtliche Partei immer noch nicht bereit, den ihren zu beenden.“⁶⁹ Der Reichsrat stand am Rande der Beschlussfähigkeit!

Der gefährlichste Feind für Hohenwart aber war der Reichskanzler und Außenminister Friedrich Ferdinand von Beust. Dies hatte Hohenwart von Anfang an gewusst und daher bei seiner eigenen Regierungsbildung – vergeblich – die Entlassung des Reichskanzlers gefordert.⁷⁰ Beust hatte seinerseits die innenpolitischen Entwicklungen der vergangenen Monate als immer stärkere Bedrohung der österreichisch-ungarischen Außenpolitik gesehen. Mit der deutschen Kaiserproklamation vom 18. Jänner und dem Frankfurter Frieden vom 10. Mai 1871 war vor den Toren der Habsburgermonarchie eine Großmacht entstanden, die an Einwohnerzahl, militärischer und wirtschaftlicher Stärke Österreich-Ungarn weit übertraf. Beust, der gerade wegen seiner antipreußischen Ausrichtung in den Dienst Kaiser Franz Josephs gekommen war, sah in der engen Anlehnung an das preußisch geführte Deutsche Reich die einzig mögliche außenpolitische Option. Dies schrieb Beust am 18. Mai in einer Denkschrift für den Kaiser, in der er auch auf die innenpolitische Situation hinwies, die „geeignet“ sei, „die äußere Politik vielfach zu erschweren“. Nur das Festhalten an der bestehenden Verfassung könne die

jetzt so nötige Stabilität der Monarchie gewährleisten.⁷¹ Ausgerechnet jetzt, wo Deutschland zum wichtigsten Bündnispartner Österreich-Ungarns werde, könne sich der Kaiser eine Innenpolitik, die sich mit ihrer Begünstigung der Tschechen letztlich gegen die Deutschen in der Monarchie richte, nicht leisten. Über den Sommer hinweg wuchs der Konflikt zwischen Hohenwart und Beust immer stärker an; am 18. September erklärte Hohenwart gegenüber dem Kaiser, dass er entschlossen sei, an seinem Kurs festzuhalten, allerdings in Beust seinen Hauptgegner sehe. Der Kaiser war zu jenem Zeitpunkt noch ganz auf der Linie Hohenwarts und notierte zum schriftlichen Bericht Hohenwarts: „Ich will das Ministerium Hohenwart halten und werde keine Intriguen gegen dasselbe dulden.“⁷²

Jetzt kam alles auf die Haltung Ungarns an, und diese war ausgesprochen ambivalent. Bei einem persönlichen Treffen mit Hohenwart in Salzburg hatte der ungarische Ministerpräsident Andrassy nur hinsichtlich zweier Punkte des Reskripts Bedenken gehabt, worauf Hohenwart versprochen hatte, diese zu ändern.⁷³ In einem Telegramm an Beust jedoch erklärte Andrassy, dass seine Kritik dieser beiden Punkte keineswegs bedeute, dass er mit den übrigen einverstanden sei.⁷⁴ Die Verfassungstreuen gingen nun noch einen Schritt weiter, und am 20. September reisten einige ihrer Vertreter nach Ungarn, um dort direkt mit dem „großen Ungar[n]“, Ferenc Deák, der seit 1848 kein öffentliches Amt mehr innegehabt hatte, aber doch noch immer alle Fäden zog, zu sprechen. Wenige Tage später veröffentlichte die „Neue Freie Presse“ ein Statement Deáks, in der

⁶⁸ BÜCHSEL, Fundamentalartikel 56; KLETEČKA, Ausgleichsversuch 217f.

⁶⁹ HÖBELT, Parteien 915.

⁷⁰ Vgl. dazu die Erinnerungen von BEUST, Aus Drei Viertel-Jahrhunderten II, 458.

⁷¹ Abgedruckt bei LUTZ, Wende 174–184; vgl. auch BÜCHSEL, Fundamentalartikel 58; KLETEČKA, Ausgleichsversuch 157, 255; RUMPLER, Parlament und Regierung 717.

⁷² Zit. n. KLETEČKA, Ausgleichsversuch 220.

⁷³ SCHÄFFLE, Aus meinem Leben II, 45; BÜCHSEL, Fundamentalartikel 59.

⁷⁴ KLETEČKA, Ausgleichsversuch 222.

er schwere Bedenken gegen die Politik Hohenwarts erhob: „Wenn [...] Oesterreich aufhören würde, ein Staat, eine compacte Gruppe zu sein, wenn es in einen böhmischen, einen slovenischen, einen Tiroler und zuletzt auch noch einen deutschen General-Landtag aufgelöst würde, dann wäre der Dualismus ernstlich bedroht, nein, aufgehoben, und dann würde für Ungarn die Pflicht erwachsen, zu untersuchen, ob es auch die neue Ordnung der Dinge acceptiren könne.“⁷⁵

Unterdessen hatten die im böhmischen Landtag verbliebenen Abgeordneten eine Kommission gewählt, die eine Adresse an den Kaiser vorbereiten sollte, und deren Sprecher, František Ladislav Rieger, legte am 9. Oktober dem Landtag das Ergebnis dieser Besprechungen vor, die an diesem und dem folgenden Tag ohne große Debatten vom Landtag akzeptiert wurden.⁷⁶ Es handelte sich um eine Adresse des Landtags an den Kaiser, die Entwürfe für eine neue Wahlordnung und ein Nationalitätengesetz, vor allem aber um 18 „Fundamentalartikel“, in denen „die Neugestaltung der staatsrechtlichen Verhältnisse Böhmens“ skizziert wurde; diese „Fundamentalartikel“ sollten „durch das Votum eines vollberechtigten Landtages und die allerhöchste Sanction Euerer Majestät die Geltung eines Gesetzes des Königreiches Böhmen erlangen.“⁷⁷ „Schon der Titel, welcher, an die alte böhmische Gesetzsterminologie anknüpfend, die Bezeichnung als Landesgesetz ohne praktischen Zweck vermied, deutete die Richtung des Ganzen an; die Anerkennung

der staatsrechtlichen Selbstständigkeit war das fest ins Auge gefaßte Ziel.“⁷⁸

In diesen Fundamentalartikeln erkannten die Böhmen den österreichisch-ungarischen Ausgleich und den Wirkungsbereich der Delegationen im Prinzip an, verlangten aber, dass der böhmische Landtag direkt Abgeordnete zu den Delegationen wähle. Alle Angelegenheiten, die nicht der Gesamtmonarchie vorbehalten seien, fallen prinzipiell in den Wirkungskreis des böhmischen Landtages, und nur in taxativ aufgezählten Fällen (die allerdings weitgehend mit jenen von 1861 übereinstimmen⁷⁹) sollte ein „Congreß“ der cisleithanischen Landtage, der somit an die Stelle des Abgeordnetenhauses treten sollte, das Gesetzgebungsrecht besitzen; auch das Herrenhaus sollte einem neuen Gremium, das „Senat“ genannt wurde, weichen. An den Finanzen Cisleithaniens wollte sich Böhmen mit einer Quote beteiligen, „welche durch Vereinbarung im Wege landtäglicher Deputation zu ermitteln sein wird“ (Artikel 14). Die oberste Verwaltung der „Länder der Krone Böhmen“ – was also offenbar auch Mähren und Schlesien miteinschloss – sollte einem böhmischen Hofkanzler zukommen, der aber zugleich Mitglied einer cisleithanischen Regierung sein sollte. Ein erwähnenswertes Detail war ferner noch, dass die indirekten Steuern, nicht aber die direkten, unter eine „gemeinsame“, d.h. cisleithanische, Verwaltung kommen sollten.⁸⁰ Änderungen an den genannten Bestimmungen sollten nur mit Zustimmung des böhmischen Landtags zustande kommen können.

⁷⁵ NFP Nr. 2542 (Abendblatt) v. 22. 9. 1871, 2; KLETEČKA, Ausgleichsversuch 223f.

⁷⁶ URBAN, Die tschechische Gesellschaft I, 367; URBAN, Der böhmische Landtag 2021.

⁷⁷ Aus dem Adressentwurf, KOLMER, Parlament und Verfassung II, 186. Vgl. RUMPLER, Parlament und Regierung 716; HÖBELT, Parteien 916.

⁷⁸ HUGELMANN, Geschichte 28. Der Text des Adressentwurfs und der Fundamentalartikel ist u.a. in der NFP Nr. 2558 v. 8. 10. 1871, 1–4, sowie bei KOLMER, Parlament und Verfassung II, 186–197, abgedruckt, die Fundamentalartikel gemeinsam mit dem Entwurf des Na-

tionalitätengesetzes bei BERNATZIK, Verfassungsgesetze Nr. 204–205. Es ist bemerkenswert, dass SCHARF, Ausgleichspolitik, dessen ganzes Buch sich doch um die Ära Hohenwart dreht, auf den konkreten, zugegebenermaßen schwer zu lesenden Inhalt der Fundamentalartikel überhaupt nicht eingeht. Eine eingehende und ausgewogene Analyse nimmt dagegen URBAN, Die tschechische Gesellschaft I, 367–370, vor.

⁷⁹ Siehe dazu SIMON, Kompetenzverteilung 205.

⁸⁰ SCHÄFFLE, Aus meinem Leben II, 25, hob später hervor, dass „gerade diese Steuern die finanzpolitischen

Die Journalisten hatten schon einige Tage zuvor den Wortlaut der Fundamentalartikel erfahren und in ihren Blättern veröffentlicht. Das „Neue Wiener Tagblatt“ erklärte, dass die „czechische Versammlung in Prag [...] ein ‚Fundamentalgesetz‘ für Oesterreich geschaffen [habe], das die Monarchie zersetzt, sie in Atome auflöst, das die Staatsgewalt aufhebt, alles Bestehende zerstört, die historischen Verhältnisse verleugnet, die Finanzen erschüttert, die Staatsgläubiger bedroht, eine unabsehbare Reihe von Verwicklungen schafft [und] den Bürgerkrieg heraufbeschwört“,⁸¹ während die „Neue Freie Presse“ schlicht von einer „Kriegserklärung wider das ganze bestehende öffentliche Recht“ sprach.⁸² Als Hohenwart am 9. Oktober im Ministerrat vorschlug, mit der Ausarbeitung eines Reskripts, einer Antwort des Kaisers an den Landtag, zu beginnen, zeigte sich Holzgethan nicht erfreut über die „weitere Entwicklung des Dramas“, dessen Scheitern er offenbar schon voraussah und bat rundheraus darum, „ihn bei allen Korollarien aus der von ihm ursprünglich perhorreszierten Ausgleichsaktion seines Votums gütigst entheben zu wollen.“⁸³

Die folgenden Tage waren erfüllt von erbitterten Machtkämpfen; es würde den Rahmen dieser

Darstellung sprengen, hier die einzelnen Besprechungen und Streitgespräche zwischen den kontrahierenden Politikern, die – teils schon offene Drohungen darstellenden – Leitartikel in den Zeitungen und Memoranden an den Kaiser aufzuzählen.⁸⁴ Die ganze Monarchie war aufs Tiefste erschüttert, der Streit zog sich über alle Ebenen; im deutsch-historischen Verein für Böhmen, im niederösterreichischen Landtag und in den Gemeinde-Vertretungen von Unter-Meidling und von Nußdorf bei Wien, ganz zu schweigen von den Salons des Großbürgertums und den Stammtischen der Landbevölkerung, allüberall kam es zu Debatten und mehr oder minder feierlichen Erklärungen. Als Unterrichtsminister Jireček gemeinsam mit Außenminister Beust die Universität Wien besuchte, kam es zu antitschechischen Kundgebungen,⁸⁵ und sogar ein – rasch erstickter – Aufruhr in der Armee an der Militärgrenze wurde mit der allgemeinen Unruhe im Land in Verbindung gebracht.⁸⁶ Hohenwart stellte im Ministerrat eine Suspension der Versammlungs- und der Pressefreiheit in Aussicht (wofür ein einstimmiger Beschluss nötig gewesen wäre, scheiterte aber am Widerstand des Finanzministers, der sich in seinen am 30. August geäußerten Befürchtungen bestätigt sah und erklärte, dass eine solche Maßnahme nur Öl ins Feuer gießen würde.⁸⁷

Klammern der Staatseinheit“ seien; sein Kommentar ist eine verspätete Antwort auf die Kritik Holzgethans im Großen Ministerrat vom 20. 10. 1871.

⁸¹ Neues Wiener Tagblatt Nr. 278 v. 8. 10. 1871, 1.

⁸² NFP Nr. 2558 v. 8. 10. 1871, 1.

⁸³ MRP Nr. 602 v. 9. 10. 1871, TOP 4, in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 557. Nach URBAN, Die tschechische Gesellschaft I, 371, war die Äußerung Holzgethans ein „Vorgeschmack auf die zu erwartenden Komplikationen“. Vgl. auch BÜCHSEL, Fundamentalartikel 64 Anm. 49.

⁸⁴ Siehe dazu ausführlich SCHAREF, Ausgleichspolitik 111–138.

⁸⁵ MRP Nr. 603 v. 14. 10. 1871, TOP 6, in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 568f.; vgl. auch BÜCHSEL, Fundamentalartikel 57 und SCHAREF, Ausgleichspolitik 131. Die Schilderung durch BEUST, Aus Drei Viertel-Jahrhunderten II, 511, ist naturgemäß stark subjektiv gefärbt.

⁸⁶ Im Zusammenhang mit der Auflösung der Militärgrenze (dazu LEIN, Einleitung XXVII) kam es Anfang Oktober 1871 in Kroatien zu einem Aufstand von ungefähr 200 Bewaffneten mit dem Ziel der Errichtung eines unabhängigen kroatischen Staates; siehe dazu ausführlich KLETEČKA, Ausgleichversuch 245–250, der dem sog. Oguliner Putschversuch (auch als Revolte von Rakovica bekannt) zwar keine Hauptschuld, wohl aber Mitschuld am Abrücken des Kaisers von Hohenwart gibt: „Daß seine geliebte Armee [...] von der Politik in Mitleidenschaft gezogen wurde, konnte und wollte er auf keinen Fall zulassen.“

⁸⁷ MRP Nr. 603 v. 14. 10. 1871, TOP 7, in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 571.

Der Kaiser und König hatte die letzten Tage in Bad Ischl verbracht, gleich nach seiner Rückkehr nach Wien, am 14. Oktober, befahl er sowohl Hohenwart als auch Beust zu sich und erklärte ihnen, dass er das in Vorbereitung befindliche kaiserliche Reskript, mit dem er auf die Fundamentalartikel antworten sollte, einer Besprechung aller Beteiligten unterziehen müsse.⁸⁸ Zu dieser Besprechung kam es eine Woche später, am 20. Oktober, im Rahmen eines „Großen Ministerrates“, an dem sich sämtliche k.u.k. Minister und k.k. Minister sowie auch der ungarische Ministerpräsident und der ungarische Minister am königlichen Hoflager, Béla Wenckheim, beteiligten.⁸⁹ Auf Aufforderung des Kaisers verlas Hohenwart zunächst seinen Entwurf eines Reskripts an den böhmischen Landtag. In diesem wurden die Fundamentalartikel prinzipiell positiv aufgenommen, wenn auch darauf verwiesen wurde, dass eine Änderung der Verfassung Cisleithaniens nur im verfassungsrechtlich vorgesehenen Wege durch den Reichsrat erfolgen könne, weshalb der Landtag aufgefordert wurde, „durch Entsendung seiner Vertreter in den Reichsrat zu dem großen Werke der Versöhnung mitzuwirken.“⁹⁰ Der Außenminister hielt dem einen anderen Entwurf entgegen, der zwar textlich auf der Fassung Hohenwarts aufbaute, aber den Einwand, dass die Reform nur im verfassungskonformen Weg erfolgen dürfe, deutlich betonte und überdies feststellte, dass die Bestimmungen über die Behandlung der gemeinsamen Angelegenheiten

unumstößlich seien und insbesondere keine anderen legislativen Körper hier beteiligt sein dürften. Die Regierung – nicht der Landtag – werde „die geeignet erscheinenden verfassungsmäßigen Vorlagen“ für den Reichsrat vorbereiten.⁹¹ Die Diskussion wog nun zwischen Hohenwart, Beust und Andrassy hin und her, nur selten mischten sich auch andere Minister in die Diskussion ein. Erst ganz am Ende der Sitzung, und über ausdrückliche Aufforderung des Kaisers, dass jene Minister, die Bedenken gegen die Fundamentalartikel hegten, sich zu Wort melden sollten, erhob auch Holzgethan seine Stimme.⁹² Er zeichnete ein düsteres Bild von einer „Ära des Unfriedens und der Zerstörung“, die bevorstünden, bevor er ganz sachlich auf die finanzpolitischen Schwachstellen der Fundamentalartikel einging. Er prophezeite, dass die übrigen Kronländer dieselben Forderungen wie Böhmen erheben würden – damit wäre das cisleithanische Budget zur Gänze eine Übereinkunft über die Quoten der einzelnen Kronländer. Derzeit aber wiesen Galizien, Bukowina, Tirol, die Krain, Istrien und Dalmatien einen passiven Landeshaushalt auf, wie sollte dies funktionieren? Etwas ungeschickt formulierte Holzgethan – nach den Erinnerungen Beusts – das Problem folgendermaßen: „Wir haben eine nicht geringe Zahl passiver Länder, denken wir uns, dass sie alle an den Mutterbrüsten von Ober- und Niederösterreich saugen“,

⁸⁸ KLETEČKA, Ausgleichsversuch 257; URBAN, Die tschechische Gesellschaft I, 372; LEIN, Einleitung LII.

⁸⁹ Gemeinsamer Ministerrat Nr. I v. 20. 10. 1871, in: SOMOGYI, Protokolle I/2, 369–386, sowie auch in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 575–589. Das Protokoll für die Sitzung zerfällt in zwei Teile; im ersten Teil wurde das Reskript, im zweiten die Fundamentalartikel besprochen; höchstwahrscheinlich lag dazwischen eine längere Pause, zumal die Sitzung zufolge WERTHEIMER, Andrassy 591, „von ein Uhr nachmittags bis sechs Uhr abends“ dauerte. Somogyi vermerkt, dass beim zweiten Teil Hohenwart nicht auf der Teilnehmerliste aufscheint, doch beteiligte er sich an der Diskussion, war also anwesend.

⁹⁰ Beilage A zum MRP Nr. I v. 20. 10. 1871, in: SOMOGYI, Protokolle I/2, 386f, sowie auch in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 589.

⁹¹ Beilage B zum MRP Nr. I v. 20. 10. 1871, in: SOMOGYI, Protokolle I/2, 387f, sowie auch in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 589f.

⁹² Gemeinsamer Ministerrat Nr. II v. 20. 10. 1871, in: SOMOGYI, Protokolle I/2, 388–395, hier 394f, bzw. KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 590–597, hier 596f.

was sogar kurz für einen „Ausbruch von Heiterkeit“ sorgte.⁹³ Dabei war die Angelegenheit keineswegs lustig. Schon die Ankündigung der Fundamentalartikel, so erklärte Holzgethan, habe für einen Kurssturz gesorgt und belegte dies mit konkreten Zahlen. Sollten die Fundamentalartikel verwirklicht werden, würde dies zu einem Staatsbankrott führen, weshalb er sich „mit aller Entschiedenheit gegen diese Idee“ stellte.

Kein anderer Minister erhob daraufhin das Wort, und der Kaiser schloss die Sitzung, ohne dass eine Entscheidung getroffen worden war. Es bleibt unklar, ob keiner der Anwesenden etwas zu den Ausführungen Holzgethan zu erwidern wusste, ob der Kaiser keine weitere Diskussion zuließ, oder ob die Männer vom stundenlangen Diskutieren schlicht und einfach erschöpft waren. Es war nur klar: Aus den eigenen Reihen Hohenwarts hatte einer seiner wichtigsten Minister sich gegen das Vorhaben ausgesprochen. Die bisher nur intern geäußerte Kritik Holzgethans war nun öffentlich und vor den schlimmsten Feinden des Ministerratsvorsitzenden ausgebreitet worden.⁹⁴ Und tatsächlich gewannen die „finanzpolitischen Vorbehalte [...] höchstwahrscheinlich eine ausschlaggebende Bedeutung bei der endgültigen Entscheidung des Kaisers. Durch Holzgethans Beitrag gelangten völlig neue Sachfragen in die bereits weitgehend festgefahrene Auseinandersetzung, die bis dahin vorher fast ausschließlich mit Erklärungen auf nationalpolitischer Ebene gespeist worden war.“⁹⁵

Noch wollte der Kaiser am Plan festhalten, bat Hohenwart, sein Reskript erneut umzuschreiben

und berief gleich für den nächsten Tag einen cisleithanischen Ministerrat unter seinem Vorsitz ein. Und wieder schwieg Holzgethan zunächst bei der Diskussion, bis er ausdrücklich vom Kaiser aufgefordert wurde, sich zu äußern, und er war gegenüber dem neuen Entwurf noch kritischer als gegen jenem vom Vortag: Hatte der ursprüngliche Entwurf noch die „Rechte Böhmens“ angesprochen, war nun von den „Rechten aller Völker“ die Rede, womit die Einheit der Monarchie vollends in Frage gestellt sei.⁹⁶ Abermals wurde die Sitzung geschlossen, ohne dass eine Entscheidung gefallen war, doch am nächsten Tag, dem 22. Oktober, einem Sonntag, wurde zum dritten Mal in Folge ein Ministerrat unter Vorsitz des Kaisers abgehalten, und nun teilte Franz Joseph seinen Ministern „mit vibrierender Stimme mit, daß er sich für die reichsministerielle Fassung des Reskriptes“ – also jene von Beust – „entschieden habe. Längere Stille. Dann macht[e] der Kaiser Einwirkung auf die zu berufenden böhmischen Führer zur Pflicht.“⁹⁷

Hohenwart war gescheitert. Nach den Erinnerungen Schöffles rief er aus: „So kann der Ausgleich nicht gelingen, so ist er bis jetzt nicht gelungen. Das ist kein Ausgleich mehr, sondern eine neue Wendung.“⁹⁸ Dennoch berief er, wie vom Kaiser angeordnet, per Telegramm Chotek, Clam-Martinic und Rieger nach Wien. Alle leisteten unverzüglich der Einladung Folge, doch als ihnen Hohenwart am Dienstag, dem 24. Oktober, den Stand der Verhandlungen eröffnete, antworteten sie, wie erwartet, dass eine Zustimmung zum vorliegenden Text unmöglich wäre.⁹⁹

⁹³ BEUST, *Aus Drei Viertel-Jahrhunderten II*, 512. Dass Holzgethan diesen Satz tatsächlich so gesagt haben soll, wird jedoch von WERTHEIMER, *Andrássy 599*, stark in Zweifel gezogen.

⁹⁴ Siehe die bitteren Bemerkungen zur Tat Holzgethans bei SCHÄFFLE, *Aus meinem Leben II*, 44. WERTHEIMER, *Andrássy 592* meint, dass Holzgethan dem Ministerratsvorsitzenden „mit zersetzender und vernichtender Kritik [...] in den Rücken fiel“.

⁹⁵ SCHARF, *Ausgleichspolitik 147*; vgl. auch LEIN, *Einleitung LVII*.

⁹⁶ MRP Nr. 606 v. 21. 10. 1871, TOP 1, in: KLETEČKA, LEIN, *Protokolle II*, 597–606. Vgl. auch KLETEČKA, *Ausgleichsversuch 275*.

⁹⁷ SCHÄFFLE, *Aus meinem Leben II*, 240.

⁹⁸ Ebd. Ein entsprechender Vermerk im Ministerratsprotokoll fehlt.

⁹⁹ SCHÄFFLE, *Aus meinem Leben II*, 62, 241; KLETEČKA, *Ausgleichsversuch 289*. Richtig bemerkt RUMPLER, *Par-*

Am Mittwoch fand „nochmals unter Zuziehung der drei böhmischen Führer, aber unter Weglassung Holzgethans Ministerkonferenz bei Graf Hohenwart statt.“¹⁰⁰ Der Finanzminister war mittlerweile vollständig innerhalb seiner Regierung isoliert, aber was wog das schon? Die Böhmen hatten ein Promemoria vorbereitet, in der sie der Gegenseite einen Bruch ihrer Vereinbarungen vorwarfen und daher für sich selbst das Recht, von allen Verpflichtungen zurückzutreten, reklamierten.

Da Holzgethan bei dieser Besprechung nicht zugegen war, wurden die wesentlichen Ergebnisse in der offiziellen Ministerratssitzung, die am Abend desselben Tages stattfand, für ihn zusammengefasst.¹⁰¹ Hohenwart erklärte, dass man beim gegenwärtigen Stand damit rechnen müsse, dass der Reichsrat, wenn man ihn jetzt einberufe, nicht einmal beschlussfähig sein werde, er sehe keine andere Möglichkeit als den Rücktritt der gesamten Regierung. Holzgethan entgegnete, dass er diese Entwicklung vorausgesehen und sich daher niemals mit der „Aktion des Ministeriums“ einverstanden erklärt habe. „Er für seine Person habe sich seit langem innerlich nicht mehr als Mitglied desselben betrachtet, auch äußerlich kein Hehl daraus gemacht, dass er mit diesem System nicht gehen kann, und wie bekannt, schon durch geraume Zeit um seine Enthebung au. [alleruntertänigst] gebeten. Eben aus diesem Grund aber könne er jetzt, wenn alle übrigen Minister zurücktreten, diesem Beispiel nicht folgen.“¹⁰²

Am Freitag, 27. Oktober, fand noch einmal eine Ministerratssitzung unter Vorsitz des Kaisers statt; Franz Joseph hatte am Vortag das Demissionsgesuch Hohenwarts erhalten, wünschte aber

dennoch eine Diskussion. Müsse wirklich damit gerechnet werden, dass der Landtag erneut die Beschickung des Reichsrates verweigere? Hohenwart musste die letzten Hoffnungen des Kaisers zerschlagen: Clam und Rieger hatten ihm dies mitgeteilt, und in diesem Falle gebe es keinen Zweifel. Wenn in dieser Situation das Ministerium im Amt verbliebe, so würden die Abgeordneten aus Niederösterreich, Steiermark und Kärnten, vielleicht auch andere, dem Reichsrate fernbleiben, der damit unter die Beschlussfassungsgrenze von 100 Abgeordneten fallen würde. Auch Holzgethan meldete sich zu Wort, leider ist seine Wortmeldung aufgrund Brandbeschädigung¹⁰³ nur zum Teil erhalten, doch bezog er sich anscheinend vor allem auf die Notwendigkeit, ein Budget für das kommende Jahr zu beschließen, was angesichts eines derartigen Exodus der Abgeordneten unmöglich wäre.¹⁰⁴

V. Das Kabinett Holzgethan

Das Wochenende verstrich; am Montag, dem 30. Oktober, kam es zu einer allerletzten Sitzung unter Hohenwart. Aber die Entscheidung, wer in den kommenden Tagen seinen Platz einnehmen würde, war bereits gefallen: Nicht Hohenwart, sondern Holzgethan verlas ein an sie beide gerichtetes Telegram von Chotek, in der dieser von der kritischen Situation in Böhmen berichtete. Das Scheitern der Fundamentalartikel hatte sich herumgesprochen, vor einer Verlesung des neuen Reskripts warnte Chotek ausdrücklich: „Falls dies geschähe, vermag ich Folgen nicht zu übersehen. Telegrafische Orientierung für mich

lament und Regierung 716, dass die Tschechen in ihrem „Siegesbewußtsein [...] kompromißunfähig“ geworden waren.

¹⁰⁰ SCHÄFFLE, *Aus meinem Leben II*, 62f, 241; KLETEČKA, *Ausgleichsversuch* 290; URBAN, *Die tschechische Gesellschaft I*, 374. Da es sich um keine offizielle Ministerratssitzung handelte, existiert auch kein Protokoll.

¹⁰¹ MRP Nr. 609 v. 25. 10. 1871, einziger TOP, in: KLETEČKA, LEIN, *Protokolle II*, 629–637; BOYER, *Austria* 157.

¹⁰² HUGELMANN, *Geschichte* 31, meint, dass Holzgethan gar nicht zurücktreten konnte, weil er ja schon zuvor seinen Rücktritt eingereicht hatte und dieses Gesuch bis dato „unerledigt“ geblieben war.

¹⁰³ Siehe oben Anm. 62.

¹⁰⁴ MRP Nr. 610 v. 27. 10. 1871 (einziger TOP), in: KLETEČKA, LEIN, *Protokolle II*, 637–641.

sehr erwünscht.“ Doch erklärten sowohl Holzgethan als auch Hohenwart, dass sie nichts tun könnten – Holzgethan, weil er als Finanzminister fachlich nicht zuständig sei, Hohenwart, weil die verbleibenden Stunden seiner Amtsführung bereits gezählt waren.¹⁰⁵ Holzgethan wurde noch während der laufenden Sitzung zum Kaiser gerufen; was die beiden Männer in dieser Situation besprachen, ist unbekannt. Nach Ende der Sitzung begaben sich auch die übrigen Minister in die Hofburg, wo Kaiser Franz Joseph das Demissionsgesuch von Hohenwart, Schäßfle, Habětínek und Jireček annahm, während Holzgethan, Grocholski und Scholl im Amt verblieben.¹⁰⁶

Zugleich wurde Holzgethan „unter Belassung in [seiner] Stellung als Finanzminister bis zur Neubildung eines Ministeriums interimistisch“ mit dem „Vorsitz im Ministerrat“ betraut. Mit der provisorischen Leitung des Innenministers wurde August Freiherr von Wehli, mit der des Unterrichtsministeriums Karl Fidler, mit der des Justizministeriums Georg Freiherr von Mitis, mit der des Handelsministeriums Otto Ritter von Wiedenfeld und mit der des Ackerbauministeriums Ludwig Freiherr Possinger von Choborski betraut.¹⁰⁷ Es handelte sich durchwegs um Sektionschefs der jeweiligen Ministerien, was – ebenso wie die Betrauung Holzgethans mit der Vorsitzführung, ohne ihm das Amt des Ministerpräsidenten zu geben – das Provisorische der Lösung

hervorhob.¹⁰⁸ Die gesamte innenpolitische Situation war völlig verfahren, es brauchte eine Bedenkpause, bevor ein neuer Ministerpräsident gefunden und mit der Bildung einer neuen Regierung betraut werden konnte.

„Von allen Wendungen, die erwartet wurden, gewiß die überraschendste“ war für die „Neue Freie Presse“ die Bildung dieses Ministeriums, das als „parlamentarisch unmöglich“ bezeichnet wurde, und dem es niemals gelingen würde, einen beschlussfähigen Reichsrat einzuberufen, damit „ein budgetloses Regime“ verhütet werde.¹⁰⁹ Und die „Tagespost“ meinte, man könne gar nicht von einem „Ministerium Holzgethan“ reden, da zentrale Ministerien von Sektionschefs geleitet werden, ja auch „Holzgethan ist selbst nichts weiter, als ein Sectionschef, den man zum Minister gemacht hat, weil kein anderer für dies Ressort vorhanden ist.“¹¹⁰ Allein, allen Beteiligten war klar, dass Holzgethan nur Platzhalter sei für den schon bald zu ernennenden neuen Regierungschef, und auch dessen Name wurde bereits in den Zeitungen verlautbart: Ernst Freiherr von Kellersperg, der bereits 1867/68 Statthalter von Böhmen gewesen war und somit am besten geeignet schien, die böhmische Frage lösen zu können. Holzgethan aber übernahm es noch am Tag seiner Ernennung, das kaiserliche Reskript in der vom Gemeinsamen Ministerrat festgestellten Fassung gegenzuzeichnen, zumal sich Hohenwart geweigert hatte, dies zu tun.¹¹¹ Auf Choteks

¹⁰⁵ MRP Nr. 611 v. 30. 10. 1871, TOP 1, in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 641f.

¹⁰⁶ LEIN, Einleitung XVIII, dort auch bibliographische Hinweise zu den genannten Personen. Wie SCHÄFFLE, Aus meinem Leben II, 66, ausführt, hatte auch Grocholski seinen Rücktritt eingereicht und verblieb nur „auf besondere Bitte des Kaisers“ im Amt. Weshalb Schäßfle in diesem Zusammenhang von einem „achtägigen Duumvirat mit Holzgethan“ schreibt, ist unklar, zumal beide noch 26 Tage amtierten und Grocholski unter der Vorsitzführung Holzgethans keine andere Position als bisher erhielt.

¹⁰⁷ Wiener Zeitung Nr. 264 v. 31. 10. 1871, 1.

¹⁰⁸ So auch RUMPLER, Parlament und Regierung 718. Nach HUGELMANN, Geschichte 31, handelte es sich jeweils um die „rangältesten Sektionschefs der eines Ministers entbehrenden Ministerien“.

¹⁰⁹ NFP Nr. 2582 v. 1. 11. 1871, 1.

¹¹⁰ Tagespost Nr. 293 v. 1. 11. 1871, 1.

¹¹¹ KLETEČKA, Ausgleichsversuch 292. Der endgültige Text ist in der Wiener Zeitung Nr. 268 v. 4. 11. 1871, 493, abgedruckt, sowie auch bei BERNATZIK, Verfassungsgesetze Nr. 206. WERTHEIMER, Andrassy 607, meint, dass Holzgethan gerade aus dem Grund, und zwar auf Vorschlag Andrassy's, zum Regierungsvorsitzenden ernannt wurde, dass er im Gegensatz zu Hohenwart die Unterschrift leisten würde.

Telegramm antwortete Holzgethan ausweichend und wies ihn an, eine Landtagssitzung anzuberaumen, obwohl ihn dieser ausdrücklich davor gewarnt hatte.¹¹²

Tatsächlich tagte der böhmische Landtag am 4. November. „Alle anwesenden Abgeordneten erhoben sich, als der Statthalter die deutsche Fassung des kaiserlichen Reskripts vom 30. Oktober zu lesen begann.“¹¹³ Doch kam es zu keinem Eklat, Chotek konnte nach Wien telegraphieren, dass die Sitzung „ruhig“ verlaufen war, bat aber zugleich um seine Demission. Holzgethan brachte das Telegramm Choteks noch am selben Tag im Ministerrat – dem ersten von ihm geleiteten – zur Verlesung. Der Ministerrat beschloss, die Session des böhmischen Landtages zu schließen, auf Antrag Hohenwarts wollte man dies mit Wirkung vom 8. November machen und bereits einige Tage vorher bekanntgeben, um sich nicht dem Vorwurf auszusetzen, man habe die Diskussionen vorzeitig abgeschnitten.¹¹⁴ Eine andere Frage war, ob man den böhmischen Landtag auflösen und Neuwahlen anordnen solle, auch wenn schon jetzt klar war, dass auch ein neugewählter Landtag die Beschickung des Reichsrates verweigern würde. Wehli war durchaus dafür; Holzgethan jedoch verwies auf den interimistischen Charakter seines Kabinetts und wollte diesen Schritt seinem Nachfolger – ganz offen wurde auch hier von Kellersperg gesprochen – überlassen. Holzgethan bat lediglich darum, alle vorbereitenden Schritte zu treffen, damit dann so rasch als möglich die direkten Wahlen zum Reichsrat

in Böhmen nach Maßgabe des Notwahlgesetzes 1868 beschlossen werden könnten.¹¹⁵

Zwei Tage später, am 6. November, fand eine Ministerratssitzung unter Leitung des Kaisers statt, wo die Frage der Auflösung des böhmischen Landtages noch einmal erörtert wurde. Holzgethan wiederholte seinen Standpunkt und sprach auch ganz offen aus, „dass in diesem Augenblicke die finanzielle Frage wenigstens gleichgewichtig sei mit der politischen.“ Eine Auflösung des Landtages würde nur einen Zeitverlust bedeuten, ein Budgetgesetz für das nächste Jahr müsse so rasch als möglich beschlossen werden. Ein Budgetgesetz per § 14-Notverordnung stehe vor sehr engen verfassungsrechtlichen Schranken.¹¹⁶ Schließlich sprach sich der Kaiser dafür aus, noch etwas zuzuwarten, um der definitiven Regierung nicht vorzugreifen.¹¹⁷

Da Kellersperg jedoch auch eine Woche später noch immer nicht in der Lage war, eine Ministerliste vorzulegen, hielt der Kaiser am 14. November einen weiteren Ministerrat unter seinem Vorsitz ab und sprach sich gegen eine Auflösung des böhmischen Landtages sowie für die Abhaltung direkter Reichsratswahlen in Böhmen aus.¹¹⁸ Noch am selben Tag erging ein entsprechendes kaiserliches Patent.¹¹⁹

Dort, in Böhmen, gingen die Wogen weiter hoch: Die beiden kaiserlichen Reskripte vom 12. September und vom 30. Oktober wurden von mehreren böhmischen Buchdruckereien zu Tausenden vervielfältigt und an die Bevölkerung verteilt; die Regierung beriet, ob sie dagegen einschreiten

¹¹² LEIN, Anmerkung 2 zu MRP Nr. 611.

¹¹³ URBAN, Der böhmische Landtag 2022f.

¹¹⁴ MRP Nr. 612 v. 4. 11. 1871, TOP 1 und 3, in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 647f und 651.

¹¹⁵ Ebd., TOP 2, 649–651.

¹¹⁶ Nach § 14 StGG-RV konnte der Kaiser unter bestimmten Bedingungen gesetzesvertretende Notverordnungen erlassen. Diese durften jedoch „keine dauernde Belastung des Staatsschatzes und keine Veräußerung von Staatsgut betreffen“.

¹¹⁷ MRP Nr. 613 v. 6. 11. 1871 (einziger TOP), in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 652–659. – Das Abgeordnete-

tenhaus wurde am 27. 12. 1871 zu seiner 7. Session eröffnet, am folgenden Tag wurde die Regierungsvorlage für ein Finanzgesetz eingebracht (3 BlgAH 7. Sess.). Diese wurde vom Abgeordnetenhaus am 9. 3., vom Herrenhaus am 21. 3. 1872 beschlossen und erhielt am 24. 3. 1872 die Sanktion des Kaisers. Es wies einen leichten Budgetüberschuss auf: RGBl. 1872/26.

¹¹⁸ MRP Nr. 615 v. 14. 11. 1871 (einziger TOP), in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 672f.

¹¹⁹ Kaiserliches Patent v. 14. 11. 1871 RGBl 124/1871.

könne, musste aber letztlich angesichts des völlig legalen Handelns, öffentliche Texte zu vervielfältigen, davon absehen.¹²⁰

Über die Auflösung des mährischen Landtages – weniger wegen seiner Haltung in der Nationalitätenfrage, sondern weil der mährische Landesausschuss gewisse Schulgelder nicht ausgezahlt hatte – wurde im Ministerrat zwar diskutiert, aber bis zum Ende des Kabinetts Holzgethan nichts beschlossen.¹²¹

Die übrigen Agenden, die in den insgesamt sieben Ministerratsitzungen unter Holzgethan behandelt waren, waren Regierungsalltag: Eisenbahn-, Post- und Schulangelegenheiten, Ordensverleihungen und andere Auszeichnungen, die Einstellung eines Hochverratsprozesses, Gefängniswesen, u.a.

Hervorhebenswert ist eine am 15. November 1871 durchgeführte Debatte über die junge, noch nicht vom Staat anerkannte, altkatholische Kirche, die einen Monat zuvor ihren ersten Gottesdienst in der Salvatorkapelle im Wiener Rathaus in der Wipplinger Straße abgehalten hatte, und wo nun auch eine Trauung durchgeführt worden war.¹²² Der Leiter des Innenministeriums, Wehli, musste seine Kollegen darauf aufmerksam machen, dass derartige Zeremonien staatlich ungültig waren, daher auch Kinder aus solchen „Ehen“

als unehelich anzusehen seien. Holzgethan und auch die übrigen Mitglieder des Kabinetts sprachen sich dafür aus, sich nicht in innerkirchliche Fragen einzumengen (noch sei überhaupt nicht geklärt, was die Altkatholiken überhaupt seien),¹²³ lediglich der staatliche Aspekt sei ins Auge zu fassen, zumal Tauf-, Trauungs- und Sterbebücher ja öffentliche Urkunden seien. Hier müsse man so rasch als möglich einschreiten, ohne aber den betreffenden Pfarrer zum Märtyrer zu machen.¹²⁴

VI. Holzgethans weiterer Lebensweg nach 1871

Reichskanzler Baron Beust, der wesentlichen Anteil am Sturz Hohenwarts gehabt hatte, errang mit dessen Demission einen Pyrrhussieg; am 6. November musste auch er seinen Rücktritt einreichen. Neuer k.u.k. Außenminister (ohne den Titel Reichskanzler, der bis zum Ende der Doppelmonarchie nie wieder vergeben wurde) wurde am 14. November Gyula Graf Andrassy.¹²⁵

Bereits drei Tage später, am 17. November, vermeldete die „Neue Freie Presse“, dass Kellersperg mit seinen Bemühungen, eine cisleithanische Regierung zu bilden, gescheitert war und brachte dies direkt in Zusammenhang mit dem neuen Außenminister. „Man muß sagen, es ist

den Austritt aus der katholischen Kirche nach dem Interkonfessionengesetz v. 25. 5. 1868 RGBl. 49 vollzogen hatten. Die genannten Vorgänge waren wesentlich für die Erlassung des Anerkennungsgesetzes v. 20. 5. 1874 RGBl. 68/1874, auf dessen Grundlage dann die Altkatholiken mit Verordnung v. 18. 10. 1877 RGBl. 99/1877 anerkannt wurden. Vgl. dazu HOYER, Die altkatholische Kirche 622–625.

¹²⁵ KOLMER, Parlament und Verfassung II, 202; RUMPLER, Parlament und Regierung 718. Vgl. auch die Schilderung seines Rücktritts bei BEUST, Aus Drei Viertel-Jahrhunderten II, 515f, vgl. ferner ebenda 460 seine Bemerkungen zu Andrassys früheren Bemühungen, das Außenministerium zu erlangen.

¹²⁰ MRP Nr. 616 v. 15. 11. 1871 TOP 2, in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 674–676.

¹²¹ MRP Nr. 617 v. 17. 11. 1871 TOP 1, in: ebd. 686–691.

¹²² Vgl. zu den Anfängen der altkatholischen Kirche in Österreich HOYER, Die altkatholische Kirche 620f.

¹²³ Dies ist insofern bemerkenswert, als bei der Ministerratsitzung vom 9. 10. 1871 (MRP Nr. 602, TOP 6) die einzelnen Minister noch durchaus ihre persönliche Ansichten, ob es sich bei den Altkatholiken nun um Katholiken, eine Sekte oder sonst eine Bewegung handle, geäußert hatten; lediglich Holzgethan hatte schon damals größtmögliche Zurückhaltung – unter Verweis auf die Art. 14–16 StGG-ARStB – propagiert.

¹²⁴ MRP Nr. 616 v. 15. 11. 1871 TOP 3, in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, 676–680. Erst 1872 erfolgte unter dem neuen Unterrichtsminister Carl v. Stremayr ein Erlass, wonach Altkatholiken als Mitglieder der katholischen Kirche zu behandeln seien, solange sie nicht

ein recht viel verheißendes Debüt“, welches Andrassy gegeben habe, wenn „ein im Embryo erdrosseltes Ministerium“ gleich in die ersten Stunden seiner Ministerschaft falle.¹²⁶ Der Auftrag zur Regierungsbildung ging nun an den Salzburger Landespräsidenten Adolph Fürst Auersperg, den jüngeren Bruder Karls. Adolf Auersperg hatte schon im Salzburger Landtag die Politik Hohens auf das Schärfste kritisiert;¹²⁷ nunmehr gelang es ihm innerhalb einer Woche, eine Ministerliste zustande zu bringen. Am 25. November 1871 erfolgte die Ernennung der neuen Minister.¹²⁸ Holzgethan wurde zwar von der „Leitung des Ministerraths-Präsidiiums“ enthoben, sollte aber „interimistisch“ seine Funktion als Finanzminister fortführen.¹²⁹ Die „Neue Freie Presse“ wusste zu berichten, dass Holzgethan nur deshalb geblieben war, weil nur er in dieser Situation noch rasch ein Finanzgesetz für das kommende Jahre würde vorlegen können;¹³⁰ er selbst wünsche, schon bald „seiner provisorischen Stellung enthoben zu werden“, zumal er für ein (zumindest formal) noch höheres Amt berufen war: Nachfolger Andrassys als ungarischer Ministerpräsident wurde nämlich der bisherige k.u.k. Finanzminister Menyhért Graf Lónyay von Nagylónya und Vásárosnamény, womit dessen Position frei wurde, und in dieser – auch für österreichische politische Verhältnisse beachtlichen – Rochade wurde Holzgethan am 15. Jänner 1872 neuer k.u.k. Finanzminister, während das k.k. Finanzministerium an den schon erwähnten Sisinio de Pretis kam. Der Kaiser nahm dies zum Anlass, Holzgethan nun auch mit dem Orden der Eisernen Krone auszuzeichnen.¹³¹

Etwas mehr als vier Jahre blieb Holzgethan gemeinsamer Finanzminister der Österreichisch-Ungarischen Monarchie. Die „Neue Freie Presse“

vermerkte hierzu später: „Holzgethan ist in dieser Eigenschaft nicht sonderlich hervorgetreten. Seine Wirksamkeit äußerte sich seiner Begabung entsprechend als die eines gewissenhaften, aber eines ideenarmen und jeden höheren Standpunkt ignorierenden Finanz-Bureaukraten.“¹³² Am 15. Mai 1876 reiste Holzgethan nach Budapest, wo er mit der österreichischen und der ungarischen Parlamentsdelegation insbesondere über die Aufteilung der Reichsaktiva zwischen den beiden Reichshälften verhandelte;¹³³ am 6. Juni kam der mittlerweile 66-Jährige gesundheitlich schwer angeschlagen nach Wien zurück. Da seine Wohnung im Schottenhof renoviert wurde, bezog er eine provisorische Wohnung im Hotel „Zur ungarischen Krone“. Dort erlitt er am 11. Juni einen Schlaganfall, an dessen Folgen er am nächsten Tag starb.¹³⁴

VII. Resümee

Sicherlich zählt Ludwig von Holzgethan nicht zu den herausragenden Figuren der österreichischen Verfassungsgeschichte. Seine Karriere als Finanzbeamter war erfolgreich, aber nicht spektakulär, und der größte Teil seines Lebens lag bereits hinter ihm, als er im für damalige Zeitverhältnisse hohen Alter von fast sechzig Jahren die Ministerwürde empfing. Als k.k. Finanzminister war er lediglich achtzehn Monate, als k.k. Ministerratsvorsitzender gar nur 26 Tage im Amt; lediglich die (mehr prestigeträchtige als wirklich mit Macht verbundene) Funktion des k.u.k. Finanzministers füllte er für etwas längere Zeit, nämlich für fast viereinhalb Jahre, aus, jedoch auch diese, ohne viel zu bewegen. Holzgethan wurde hauptsächlich in solche biographischen

¹²⁶ NFP Nr. 2598 v. 17. 11. 1871, 1; RUMPLER, Parlament und Regierung 718.

¹²⁷ KLETEČKA, Ausgleichsversuch 217.

¹²⁸ RUMPLER, Parlament und Regierung 718.

¹²⁹ Wiener Zeitung Nr. 285 v. 26. 11. 1871, 769.

¹³⁰ NFP Nr. 2606 v. 25. 11. 1871, 3.

¹³¹ Wiener Zeitung Nr. 12 v. 17. 1. 1872, 203.

¹³² NFP Nr. 4236 v. 12. 6. 1876, 1.

¹³³ NFP Nr. 4209 v. 15. 5. 1876, 3.

¹³⁴ Wiener Abendpost Nr. 133 v. 12. 6. 1876, 2; Neues Wiener Abendblatt Nr. 160 v. 12. 6. 1876, 3. In der Literatur herrscht teilweise Unsicherheit, ob der Tod am 11. 6. oder am 12. 6. erfolgte; vgl. etwa ADLGASSER, Zentralparlamente 476.

Lexika aufgenommen, die die vollständige Erfassung aller k.k. Minister (mit) zum Ziel haben; eine darüberhinausgehende Beschäftigung mit seiner Persönlichkeit in Form einer Monographie oder gar nur eines Aufsatzes fehlte bislang. Das Bild, das die bisherige – von tendenziösen Quellen wie den Memoiren Schöffles geprägte – Sekundärliteratur von Holzgethan vermittelt, ist das eines steifen Bürokraten, der durch seine Sturheit die einmalige Möglichkeit einer Aussöhnung mit den Böhmen zunichtemachte. Ist ihm deshalb gar eine Mitschuld am Untergang der Habsburgermonarchie anzulasten?

Letztere Überlegung ist von vorneherein als zu spekulativ zurückzuweisen, zumal die Monarchie nach Scheitern der Fundamentartikel noch fast ein halbes Jahrhundert fortbestand, obwohl die Nationalitätenfrage bis 1918 keine „Lösung“ fand, wie immer diese auch ausgesehen hätte. Aber auch sonst ist fraglich, ob die Fundamentartikel überhaupt so eine „Lösung“ gewesen wären oder ob sie nicht – wie es Holzgethan sah – die Monarchie erst recht ins Chaos gestürzt hätten. In seiner trockenen, bürokratischen Art setzte er das ganze Fachwissen eines erfahrenen Finanzbeamten ein, um in der entscheidenden Großen Ministerratssitzung vom 20. Oktober die praktische Undurchführbarkeit der finanzpolitischen Forderungen der böhmischen Politiker darzulegen. Der Kaiser persönlich hatte es durchgesetzt, dass Holzgethan überhaupt in das Ministerium Hohenwart einstieg; der Kaiser war es auch, der Holzgethan im Moment der höchsten Krise darum bat, provisorisch die Regierung zu übernehmen. Dies zeugt von dem ungebrochen großen Vertrauen, das Franz Joseph in all den Jahren seiner schwankenden Politik zu seinem Finanzexperten hatte. Und dies sollte dazu anregen, seine Verdienste um die Monarchie wenigstens etwas höher zu bewerten, als es in der bisherigen Literatur erfolgte.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Thomas OLECHOWSKI
 Universität Wien
 Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte
 Schottenbastei 10-16,
 1010 Wien
 thomas.olechowski@univie.at
 ORCID-Nr.: 0000-0003-3291-6876

Abkürzungen:

MRP Ministerratsprotokoll
 NFP Neue Freie Presse
 TOP Tagesordnungspunkt

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
[\[http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf\]](http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf)

Quellen:

- Edmund BERNATZIK (Hg.), *Die österreichischen Verfassungsgesetze mit Erläuterungen* (Wien 1911).
- Éva SOMOGYI (Bearb.), *Die Protokolle des gemeinsamen Ministerrates der österreichisch-ungarischen Monarchie 1867–1918, Bd. I/2: 1870–1871* (Budapest 2011).
- Thoma KLETEČKA, Richard LEIN (Hgg.), *Die Protokolle des cisleithanischen Ministerrates 1867–1918, Bd. II: 1. Jänner 1868–21. November 1871* (Wien 2022).

Literatur:

- Franz ADLGASSER, Die Mitglieder der österreichischen Zentralparlamente 1848–1918, Bd. 1: A–L (Wien 2014).
- Friedrich Ferdinand von BEUST, Aus Drei Viertel-Jahrhunderten. Erinnerungen und Aufzeichnungen, Bd. II: 1866–1885 (Stuttgart 1887).
- John W. BOYER, Austria 1867–1955 (Oxford 2022).
- Elisabeth-Charlotte BÜCHSEL, Die Fundamentalartikel des Ministeriums Hohenwart-Schäffle von 1871. Ein Beitrag zum Problem des Trialismus im Habsburgerreich (= Breslauer historische Forschungen 17, Breslau 1941).
- Wolfgang FRITZ, Für Kaiser und Republik. Österreichs Finanzminister seit 1848 (Wien 2003).
- Lothar HÖBELT, Parteien und Fraktionen im cisleithanischen Reichsrat, in: Helmut RUMPLER, Peter URBANITSCH (Hgg.), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Bd. VII: Verfassung und Parlamentarismus (Wien 2000) 895–1006.
- Hans HOYER, Die altkatholische Kirche, in: Adam WANDRUSZKA, Peter URBANITSCH (Hgg.), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Bd. IV: Die Konfessionen (Wien 1985) 616–632.
- Karl HUGELMANN, Zur Geschichte der österreichischen Ministerien (Wien 1922).
- Thomas KLETEČKA, Der Ausgleichsversuch des Ministeriums Hohenwart-Schäffle mit Böhmen im Jahre 1871. Mit besonderer Berücksichtigung des reichsdeutschen Einflusses (phil. Diss. Wien 1984).
- Gustav KOLMER, Parlament und Verfassung in Österreich, Bd. II: 1860–1879 (Wien–Leipzig 1903, ND Graz 1972).
- Richard LEIN, Einleitung, in: KLETEČKA, LEIN, Protokolle II, XI–XCII.
- Heinrich LUTZ, Zur Wende der österreichisch-ungarischen Außenpolitik 1871. Die Denkschrift des Grafen Beust für Kaiser Franz Joseph vom 18. Mai 1871, in: MÖSTA 25 (1972) 169–184.
- Max MENGER, Die Walreform in Oestreich (Wien 1873).
- Thomas OLECHOWSKI, Die Lassersche Wahlrechtsreform. Der Kampf um die Einführung der Volkswahl des cisleithanischen Abgeordnetenhauses 1871–1873, in: Parliaments, Estates & Representations 22 (2002) 147–167.
- Thomas OLECHOWSKI, Vom Oktoberdiplom zum Februarpatent, in: Niederösterreichisches Institut für Landeskunde (Hg.), 1861 und die Folgen (= Studien und Forschungen aus dem niederösterreichischen Institut für Landeskunde 56, St. Pölten 2013) 22–35.
- Thomas OLECHOWSKI, Die österreichische Dezemberverfassung. Konstitutionalismus – Grundrechte – Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, in: Diké 3/1 (2019) 3–15.
- László PÉTER, Die Verfassungsentwicklung in Ungarn, in: Helmut RUMPLER, Peter URBANITSCH (Hgg.), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Bd. VII: Verfassung und Parlamentarismus (Wien 2000) 239–540.
- Helmut RUMPLER, Parlament und Regierung Cisleithaniens 1867 bis 1914, in: Helmut RUMPLER, Peter URBANITSCH (Hgg.), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Bd. VII: Verfassung und Parlamentarismus (Wien 2000) 667–894.
- Albert SCHÄFFLE, Aus meinem Leben, 2 Bde. (Berlin 1905).
- Christian SCHARF, Ausgleichspolitik und Pressekampf in der Ära Hohenwart (Veröffentlichungen des Collegium Carolinum 82, München 1996).
- Thomas SIMON, Die Kompetenzverteilung 1860–1861–1867, in: BRGÖ 11 (2021) 195–211.
- Victor STROBL, August Franz Holzgethan 1851–1904. Eine Beschreibung seines Lebens (unveröffentlichtes Typoskript im Besitz des Verfassers, Wien 1942).
- Gerald STOURZH, Die Mitgliedschaft auf Lebensdauer im österreichischen Herrenhause, 1861–1918, in: MIOG 73 (1965) 63–117.
- Heribert STURM (Hg.), Biographisches Lexikon zur Geschichte der böhmischen Länder, Bd. I: A–H (München–Wien 1979).
- Otto URBAN, Die tschechische Gesellschaft, Bd. I (Wien–Köln–Weimar 1994).
- Otto URBAN, Der böhmische Landtag, in: Helmut RUMPLER, Peter URBANITSCH (Hgg.), Die Habsburgermonarchie 1848–1918, Bd. VII: Verfassung und Parlamentarismus (Wien 2000) 1991–2055.
- Karl VOCELKA, Verfassung oder Konkordat? Der publizistische und politische Kampf der österreichischen Liberalen um die Religionsgesetze des Jahres 1868 (Wien 1978).
- Eduard von WERTHEIMER, Graf Julius Andrassy. Sein Leben und seine Zeit, Bd. I: Bis zur Ernennung zum Minister des Äußeren (Stuttgart 1910).

Jana OSTERKAMP, Augsburg

Gemeinsames Erbe, getrennter Aufbruch Verfassung, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit nach 1918

Shared Heritage, Separate Beginnings—Constitution, Democracy and Constitutional Justice

In Central Europe, the new democratic era of 1918/1920 began as the "winners" of the world war for some and as the "losers" for others. Czechoslovakia participated in the peace negotiations on the side of the Allies, while Austria and Germany had no comparable negotiating power. In the culture of democracy and constitution of the interwar period, however, it was not only this status that played a role. Often underestimated was the continuing tradition of the rule of law from the Habsburg period. This article takes a synthetic look at this interweaving history of constitutional cultures through the lens of the work of Hans Kelsen and his colleagues.

Keywords: Austria – constitutionalism – Czechoslovakia – democracy – Germany – interwar period – legal debates,

Einleitung

Der Start in die neue demokratische Ära 1918/1920 begann in Mitteleuropa als getrennter Aufbruch von tschechoslowakischen „Siegern“ auf der einen sowie österreichischen und deutschen „Verlierern“ des Weltkriegs auf der anderen Seite. Die Tschechoslowakei entstand – wie die Erste Republik Österreich – auf einem Teilgebiet des alten Österreich-Ungarn. Bereits im Weltkrieg hatten tschechische und slowakische Exilpolitiker die Staatsgründung vorangetrieben und die Entente militärisch mit Legionen unterstützt. Im Juni 1918 wurden die „Tschechoslowaken“ als kriegsführende Macht anerkannt. Der Präsident T.G. Masaryk und sein Außenminister Edvard Beneš bauten auf diesem Erfolg eine demokratische Staatserzählung auf, die die Westbindung der Tschechoslowakei, vor allem an Frankreich und die Vereinigten Staaten, betonte.¹

Das altösterreichische Verfassungserbe, das die mitteleuropäischen Staaten Österreich, Deutschland und die Tschechoslowakei in der Mitte Europas verband, wurde von den Zeitgenossen zunächst geringgeschätzt. Aufgrund der komplexen, jahrhundertealten Verflechtungsgeschichte im Deutschen Bund und in der Habsburgermonarchie waren aber diese drei Demokratien eng verflochten. Trotz der postulierten „Westbindung“ der Tschechoslowakei war das Gemeinsame der Verfassungsentwicklung in der Weimarer Republik und in der Ersten Republik Österreich unübersehbar und wurde im Verlauf der Zwischenkriegszeit immer deutlicher. Juristen wie Hans Kelsen verkörperten wissenschaftlich und persönlich sowohl das gemeinsame Verfassungserbe als auch den Neubeginn. Kelsen war zwar nicht der einzige Jurist, der in allen drei Staaten wirkte und lehrte, er engagierte sich aber wie kaum ein anderer für die europäische Wissenschaftsgemeinschaft jener Jahre. Er gehörte zu den Mitbegründern internationaler Zeitschriften wie

¹ BENEŠ, Aufstand der Nationen; vgl. MASARYK, Nová Evropa.; DERS., Weltrevolution; ORZOFF, Battle for the Castle.

der „Internationalen Zeitschrift für Theorie des Rechts/Revue internationale de la théorie du droit“ (gemeinsam mit Léon Duguit und František Weyr) und wirkte mit seiner Rechts- und Verfassungstheorie über Grenzen hinweg schulbildend.²

Kelsens wichtigste Mitstreiter und Anhänger in der Tschechoslowakei sammelten sich in der Brünner rechtstheoretischen Schule um seinen engen Kollegen und Freund František Weyr.³ Jüngere, vor allem tschechischsprachige Staatsrechtslehrer in der Tschechoslowakei profitierten von Kelsens Positionen zu zeitgenössischen Themen wie Verfassung, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit. Der Mehrheit der älteren Generation in der Staatslehre – das galt für Deutsche wie den Verfassungsrechtler Ludwig Spiegel und Tschechen wie den führenden Verwaltungsrechtler Jiří Hoetzel – blieben seine radikal-modernen Ansichten fremd. In der Juristischen Fakultät der Deutschen Universität in der Hauptstadt Prag wiederholte sich die über das Akademische weit in das Persönliche reichende Feindschaft der „Schmittianer“ gegenüber Kelsen. Im Zentrum seiner Feinde in Prag stand Fritz Sander, sein ehemaliger Schüler.⁴ Anhand der drei Leitthemen Verfassung, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit in der tschechoslowakischen Verfassungsgeschichte der Zwischenkriegszeit zeigt dieser Beitrag jene Gründe auf, warum die Berufung Kelsens nach Prag auf erhebliche Hindernisse stieß und schließlich in einem Fiasko endete.

I. Verfassung

Am 29. Februar 1920 trat die neue Verfassungs-urkunde für die Tschechoslowakei in Kraft, die auch völkerrechtliche Bestimmungen der gerade

abgeschlossenen Pariser Friedensverträge inkorporierte und die bis zum November 1938 unverändert Bestand hatte. Aufgrund dieser im Vergleich zu Weimar und Wien erheblich längeren Lebensdauer der Verfassung in der Stamfassung galt und gilt die Tschechoslowakei einigen Historikern als Musterfall einer wehrhaften Demokratie in der Zwischenkriegszeit.⁵

Die Präambel bekräftigte den Willen des tschechoslowakischen Volks, ein „gebildetes, friedliebendes, demokratisches und fortschrittliches Mitglied“ des internationalen Völkerbunds zu werden. Das politische Bekenntnis zum Völkerbund spielte für die Integration der Tschechoslowakei in die europäische Völkerfamilie eine Schlüsselrolle und legte die Grundlage für die angestrebte außenpolitische Rolle als zukünftiges Zentrum des neuen Mitteleuropa.⁶ Die französische Verfassung und die Verfassung der Vereinigten Staaten wurden vom Verfassungsausschuss als ausdrückliches Vorbild genannt. Die offensichtlichen Einflüsse der Weimarer und der österreichischen Verfassung hingegen spielten die tschechoslowakischen Eliten herunter.⁷

Vergleicht man die tschechoslowakische Verfassung mit anderen Konstitutionen nach 1918, liegen die Ähnlichkeiten mit der Weimarer Verfassung und der österreichischen Verfassung auf der Hand. Es handelt es sich um eine systematische Vollverfassung, die umfassend Rechtstaatlichkeit und Demokratie, Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte, Gewaltenteilung und Gewaltentrennung garantierte. Alle Staatsbürger waren durch ein allgemeines Männer- und Frauenwahlrecht gleichberechtigt. Die Gewährung des Frauenwahlrechts verwirklichte sowohl einen weltweiten Trend als auch eine spezifisch tschechische und slowakische Tradition einer miteinan-

² Vgl. zur Biografie OLECHOWSKI, Kelsen 390–397.

³ Ebd. 622f.

⁴ Dazu KORB, Kelsens Kritiker.

⁵ Kritisch ORZOFF, Battle for the Castle.

⁶ KONRÁD, Nevyvážené vztahy 359–385.

⁷ BAXA, Ústavní listina 765–781.

der verflochtenen National- und Frauenbewegung.⁸ Nicht vorgesehen waren soziale Fürsorge-rechte, wie sie die Weimarer Verfassung statuierte.⁹ Wichtig war zudem der rigide Charakter der Verfassung: Die Vollverfassung konnte nur mithilfe von qualifizierten Mehrheiten und nur ausdrücklich abgeändert werden.

Anders als die österreichische Erste Republik und die Weimarer Republik wurde die Tschechoslowakei im Jahr 1920 verfassungsrechtlich zum Einheitsstaat. Pläne für die Föderalisierung der Tschechoslowakei fanden keine Verwirklichung, auch wenn sie bis zuletzt diskutiert wurden.¹⁰ Kelsens Haltung *de lege ferenda* zur Föderalisierung der Tschechoslowakei unterschied sich graduell von seiner Haltung als Verfassungsvater der Ersten Republik, deren Bundesstaatscharakter eher schwach ausgeprägt war.¹¹ In seinen Unterredungen mit dem Staatspräsidenten Edvard Beneš Mitte der 1930er Jahre empfahl Kelsen die Umwandlung der Tschechoslowakei in einen „Bundesstaat, gebildet aus einem tschechischen, slovakischen und sudetendeutschen Gliedstaat“.¹² Kelsen schloss sich damit den langjährigen und parteienübergreifenden Forderungen der deutschsprachigen Bevölkerung in der Tschechoslowakei an, die mehr Autonomierechte im neuen Staat einforderten. Erst unter dem Eindruck des Münchner Abkommens 1938 und der erzwungenen Abtretung west-, nord- und süd-böhmischer Gebiete an Nazi-Deutschland kam Beneš auf Kelsens Vorschlag zurück. Kelsens Verfassungsentwurf für eine föderale Reform ist leider verschollen.¹³

Die tschechische Elite des neuen Staats beargwöhnte Föderalisierungsforderungen aus zwei Gründen. Die Einheitsstaatlichkeit galt einerseits als wichtiger Motor für die Errichtung eines als

ethnisch-national einheitlich verstandenen tschechoslowakischen Nationalstaats und andererseits als Notwendigkeit, die verschiedenen Rechtstraditionen zusammenzuführen. Die Rechtsordnung unterhalb der Verfassung war sehr viel uneinheitlicher als im benachbarten Österreich. Mit der Staatsgründung hatten beide Republiken die früheren Rechtsordnungen der Habsburgermonarchie rezipiert. Ein bunter Flickenteppich von altösterreichischem Recht in Böhmen, Mähren und Schlesien sowie altungarischem Recht im slowakischen und karpathenrussischen Landesteil war die Folge. Wenn es darum ging, wie man Ehen schloss und löste, Eigentum nutzte und vererbte, oder um die Entwicklung von Zivilgesellschaft und Selbstverwaltung, dann war das alltägliche Leben in den westlichen und östlichen Landesteilen der Tschechoslowakei voneinander sehr verschieden. Während das neue Österreich mit Ausnahme des Burgenlands vollständig im altösterreichischen Rechtskreis lag und das neue Deutschland vom rechtlichen Zusammenwachsen seit 1871 profitierte, blieb die Tschechoslowakei ein einfachrechtlich zusammengesetztes „Habsburg“ im Kleinen.

II. Demokratie

Die tschechoslowakische Verfassung etablierte eine Demokratie mit zahlreichen gewaltenteiligen und rechtstaatlichen Sicherungen. Wie in Weimar handelte es sich um ein parlamentarisches Regierungssystem mit einer eigenständigen Präsidialgewalt. Die neue Staatsform wurde in der Tschechoslowakei von einer grundsätzlichen Wertschätzung demokratischer Ideen getragen. Der charismatische erste Präsident Masaryk verschaffte mit seinen Reden und Schriften der modernen Demokratie ein symbolisches Kapital,

⁸ PLAMÍNKOVA, *Rights of Women*; MALEČKOVÁ, *Emancipation of Women*; allg. EVANS, *The Feminists*; HOLLÝ, *Ženská emancipácia*.

⁹ STOLLEIS, *Weimarer Reichsverfassung 195–218*.

¹⁰ OSTERKAMP, *Reich ohne Eigenschaften?* 431–457.

¹¹ OLECHOWSKI, *Kelsen* 276.

¹² KELSEN, *Autobiographie* 87.

¹³ OLECHOWSKI, *Kelsen* 630.

das die Möglichkeit einer Steuerung durch Verfassungsrecht weit überstieg.¹⁴ Ein liberales Versammlungs- und Vereinsrecht legte zudem die Grundlagen für eine große Freiheit der politischen Parteien.

Ausweis der jungen Demokratie war ein Wahlsystem mit einem allgemeinen, gleichen, direkten und geheimen Stimmrecht. Die parlamentarische Repräsentation wurde nach dem Grundsatz der Verhältniswahl bestimmt, sodass auch die Minderheiten angemessen vertreten waren. Dieses Problem des Minderheitenschutzes stellte sich in der Tschechoslowakei mit viel größerer Vehemenz als in Österreich oder in der Weimarer Republik. Die Tschechoslowakei blieb auch mit Blick auf die Bevölkerungszusammensetzung ein Habsburg im Kleinen und mit einer regionalen Vielfalt der nationalen bzw. konfessionellen Minderheiten.

Im Jahr 1921 überschritt die Einwohnerzahl im westlichen Landesteil, den böhmischen Ländern, die 10 Millionen-Marke, hinzukamen 3,6 Mio. Einwohner:innen der Slowakei und Karpathenrusslands.¹⁵ Die Tschechen als größte Bevölkerungsgruppe des neuen Staats (in Böhmen 4,38 Mio.: 62,6 %; in Mähren: 2 Mio., 78,3 %, in Schlesien: 0,2 Mio., 29 %) siedelten mehrheitlich im Inneren des westlichen Landesteils mit den historischen Regionen Böhmen, Mähren und Schlesien. Die Deutschen als zweitgrößte Bevölkerungsgruppe (in Böhmen 2,17 Mio. 33 %, in Mähren 0,55 Mio. 20,9 %, in Schlesien 252.000, 40,5 %, im Gesamtstaat: 3,22 Mio. 23,6 %) dominierten in West- und Nordböhmen sowie im Süden Böhmens und Mährens. Sie bildeten eine wirtschaftliche Elite in Schlesien sowie in einigen slowakischen Städten. Die Slowaken als drittgrößte Bevölkerungsgruppe (2,04 Mio.) bildeten in der Slowakei ohne Karpathenrussland die absolute

Mehrheit (68 % der Bevölkerung). Die ungarische Bevölkerung (in der Slowakei 0,6 Mio., 21,5 %) konzentrierte sich auf den Südosten und die slowakischen Städte.¹⁶ Die tschechoslowakischen Polen (in Schlesien 70.000, 11,2 %) lebten im Osten Schlesiens im Ostrau-Karviner-Steinkohlerevier sowie um Teschen (Těšín). Im ehemals galizischen Teil der Tschechoslowakei, in Karpathenrussland, wohnten mehrheitlich ukrainischsprachige Ruthenen (60,8 % der dortigen Bevölkerung), Ungarn (18,1 %), Deutsche (1,6 %) und Juden (13,1 %). Die letztgenannte Bevölkerungsgruppe der Juden hatte in jeder historischen Landschaft, in den böhmischen Ländern, der Slowakei und Karpathenrussland, eine je ganz eigene Tradition sowie rechtliche und gesellschaftliche Stellung.¹⁷ Der neue Staat erkannte Juden als eigene Nation an.¹⁸

Die soziale und nationale Vielfalt der Bevölkerung spiegelte sich in der Parteienlandschaft wieder. Die Parteien unterschieden sich wie in Österreich oder der Weimarer Republik einmal entlang ideeller Linien. Es gab Mittelstands- und Gewerbe-, Bauern- und Arbeiterparteien bzw. liberale, nationale, konservative und sozialistische Parteien.¹⁹ Zusätzlich wurde dieses ideelle Spektrum für die nationalen Gruppen, d.h. für Tschechen, Slowaken, Deutsche, Ruthenen und Juden jeweils gesondert abgedeckt. Für die „Sozialdemokratie“ schlug sich dies beispielsweise in einer Zersplitterung in die Tschechische sozialdemokratische Partei, die Sozialistische Partei des tschechoslowakischen arbeitenden Volkes, die Unabhängige sozialistische Arbeiterpartei, die Polnische sozialdemokratische Partei und die Deutsche sozialdemokratische Arbeiterpartei in der Tschechoslowakei sowie die Ungarndeutsche

¹⁴ BATSCHA, Philosophie der Demokratie.

¹⁵ KARNÍK, České země 87–89 und 268.

¹⁶ Dazu der Literaturüberblick IRMANOVÁ, Národnostní politika Československa 107–124.

¹⁷ VARGA, Karpato-Ukraine.

¹⁸ ČAPKOVÁ, Uznání židovské národnosti; FRANKL, SZABÓ, Budování státu bez antisemitismu?; JELÍNEK, Davidova Hvězda pod Tatrami; NIEDHAMMER u.a., Plötzlich Tschechoslowaken.

¹⁹ Detailliert MALÍŘ u.a., Politické strany.

sozialdemokratische Partei nieder. Diese nationale Aufteilung betraf in gleicher Weise die Agrar- und die bürgerlichen Parteien.

Ein wichtiger Verfassungsbaustein für die Demokratie war die Abschaffung des bis dato üblichen Majoritätswahlrechts. Wie in Polen, Jugoslawien, Österreich und Weimar trat nach 1918 auch in der Tschechoslowakei die Verhältniswahl an die Stelle des älteren Majoritätswahlrechts. Die Verhältniswahl machte die politische Teilhabe von nationalen und religiösen Minderheiten überhaupt erst möglich. Minderheiten konnten nach dem neuen Wahlrecht selbst dann eine parlamentarische Vertretung erlangen, wenn sie in keinem einzigen Wahlkreis eine Mehrheit besaßen.²⁰ Das tschechoslowakische Verhältniswahlrecht ermöglichte u.a. den Aufstieg der jüdischen Parteien in der Tschechoslowakei. Schutzmöglichkeiten für diejenigen Minderheiten in einer Gesellschaft, die außerstande sind, einmal die parlamentarische Mehrheit zu erlangen, zeigte theoretisch Hans Kelsen in seiner auch ins Tschechische übersetzten Schrift „Vom Wesen und Wert der Demokratie“ auf.²¹ Nach 1925 wurde der nationale Proporz für die Verteilung der Restmandate im dritten Wahldurchgang für die deutsche, magyrische und polnische Minderheit noch einmal verbessert.²² Wenn in der Geschichtswissenschaft bisweilen die politische Kultur der Tschechoslowakei als „eine Demokratie im Nationalbesitz der Tschechen“ kritisiert wird,²³ so trifft dieser Befund nicht auf die Verfassungsstrukturen zu.

Die europäische Krise der Demokratie in den 1930er Jahren machte vor der Tschechoslowakei dennoch nicht halt. Die Weltwirtschaftskrise beförderte unter Deutschen, Tschechen und Slowa-

ken verschiedentlich den Ruf nach einem „starken Mann“ bzw. einer Präsidialdiktatur.²⁴ Die Verfassung hielt solchen antidemokratischen Forderungen zunächst stand. Unter dem Eindruck der Entwicklung nach 1933 in Deutschland stärkte das Parlament sogar noch einmal die tschechoslowakische Demokratie in ihrer Wehrhaftigkeit. Staatsfeindliche Parteien konnten verboten werden. Das entsprechende Gesetz wurde auf zwei sudetendeutsche, eine deutschnationale und eine nationalsozialistische Partei angewandt.²⁵ Die der NSDAP nahestehende Deutsche Nationalsozialistische Arbeiterpartei der Tschechoslowakei löste sich im September 1933 vor diesem Hintergrund selbst auf. An deren Stelle trat die Sudetendeutsche Partei unter Konrad Henlein, die verfassungsrechtlich u.a. von Kelsens Widersacher Fritz Sander beraten wurde.²⁶

III. Verfassungsgerichtsbarkeit

Das gemeinsame Erbe und der getrennte Aufbruch in der Mitte Europas nach der Zäsur von 1918 zeigte sich für die Verfassungsgerichtsbarkeit besonders deutlich. Für die Verflechtungen zwischen Wien, Weimar und Prag und Kelsens Schule der „Reinen Rechtslehre“ spielte dabei das innovative Modell einer konzentrierten Verfassungsgerichtsbarkeit eine Schlüsselrolle. Lediglich der Wiener Verfassungsgerichtshof entfaltete eine quantitativ bedeutsame Rechtsprechung.²⁷ Das Prager Verfassungsgericht fällt vor allem eine wichtige Grundsatzentscheidung und wurde im Übrigen politisch lange ausgeschaltet.²⁸ In Weimar hielt eine genuine Verfassungsgerichtsbarkeit erst in der zweiten Hälfte des 20.

²⁰ ADLER, Grundriß 33.

²¹ KELSEN, Demokratie.

²² § 53 Nr. 205/1925; ADLER, Grundriß 38.

²³ BUGGE, Czech Democracy 1918–1938.

²⁴ OSTERKAMP, Verfassungsgerichtsbarkeit 56f., 170.

²⁵ LIPSCHER, Verfassung 112, 155–157.

²⁶ OSTERKAMP, Verfassungsgerichtsbarkeit 208.

²⁷ Vgl. nur HELLER, Verfassungsgerichtshof; JABLONER, Rechtslehre; WIEDERIN, Normenkontrolle in Österreich.

²⁸ Der folgende Abschnitt beruht auf meiner Dissertation OSTERKAMP, Verfassungsgerichtsbarkeit, dort finden sich zahlreiche Nachweise.

Jahrhunderts Einzug.²⁹ An der Aufgabe und Ausgestaltung der Verfassungsgerichtsbarkeit schieden sich die Geister in der Tschechoslowakei, der Weimarer Republik und in Österreich.

Die tschechoslowakische Verfassung gehörte nach dem Vorbild der amerikanischen Staaten und wie die österreichische Verfassung zum Typus der rigiden Verfassungen.³⁰ Sie konnte nur durch Verfassungsgesetze und mit einer parlamentarischen Zweidrittelmehrheit abgeändert werden. Über die Verfassungsmäßigkeit der Gesetze wachte ein Verfassungsgericht, das verfassungswidrige Normen für nichtig erklären konnte. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle von parlamentarischen Gesetzen durch ein besonderes Gericht war – wie im benachbarten Österreich – ein weltweites Novum und etablierte einen Geltungsvorrang der Verfassung gegenüber einfachen Gesetzen.

Diese gerichtlichen Garantien der Verfassung und Verfassungsmäßigkeit in Wien und Prag durch ein einziges, nur dafür zuständiges Gericht gingen über das amerikanische Vorbild des Supreme Court weit hinaus. Der Supreme Court hatte als erstes Gericht weltweit die Verfassung als *paramount law*, als vorrangiges Recht, deklariert, war aber bei seiner Entscheidung an konkrete Rechtsfälle gebunden. Der österreichische Verfassungsgerichtshof und das tschechoslowakische Verfassungsgericht konnten jeweils losgelöst von konkreten zivil- oder strafrechtlichen Einzelfällen abstrakt über die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes entscheiden. Verfassungshistorisch ging die Idee eines Verfassungsgerichts von 1918 auf die Kremsierer Verfassungsverhandlungen von 1848/49, die Schrift von Georg Jellinek „Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich“ von

1885 und nach 1900 auf Vorarbeiten der Austromarxisten um Karl Renner zurück. Verschiedentlich ist in der Verfassungsgeschichtsschreibung ein gemeinsamer Einfluss von Kelsens „Reiner Rechtslehre“ und der verwandten Brünner Schule um František Weyr vermutet worden, um zu erklären, warum die Verfassungsgerichtsbarkeit in Prag und Wien zeitgleich verankert wurde.³¹ Diese These lässt sich historisch nicht bestätigen.

Wichtiger ist der theoretische Einfluss auf die Rechtfertigung einer konzentrierten Verfassungsgerichtsbarkeit, wie sie nach 1945 Schule machen sollte. Die „Kelsen-Schule“ befeuerte und inspirierte in Österreich, Deutschland und der Tschechoslowakei den methodischen Grundsatzzstreit darüber, wie man den Verfassungsvorrang gegenüber den einfachen Gesetzen methodisch mit Leben zu füllen habe.³² Weithin bekannt ist die in der Weimarer Republik entbrannte Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Carl Schmitt um das Reichsgericht oder den Reichspräsidenten als „Hüter der Verfassung“.³³ Während Hans Kelsen für sein Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit stritt, vertrat Carl Schmitt in einer Streitschrift den Standpunkt, verfassungsgerichtliche Entscheidungen seien stets politische Fragen und besser beim Reichspräsidenten aufgehoben. Schmitts Positionen waren im Anbrechen der „Demokratiedämmerung“ zu Beginn der 1930er Jahre brisant, weil sie Teil von Forderungen einer umfassenderen, auch das Notverordnungsrecht umfassenden Machtausstattung der Präsidialgewalt waren.³⁴

Die Grundsatzzdebatte in der Tschechoslowakei hatte bereits ein Jahrzehnt zuvor stattgefunden. Anstoß war das „Verfassungsrecht in der Krise“ nach 1920. Die Krisenjahre nach dem Ende des

²⁹ Siehe dazu mit weiteren Nachweisen GRIMM, Verfassungsgerichtsbarkeit; MERTEN, Verfassungsgerichtsbarkeit; STOLLEIS, Bundesverfassungsgericht.

³⁰ Zur globalen Typologie von Verfassungen CAPPELLETTI, Judicial review.

³¹ OSTERKAMP, Verfassungsgerichtsbarkeit 9.

³² Inhaltlich dennoch gespalten, OSTERKAMP, Verfassungsgerichtsbarkeit 112.

³³ Zusammenfassend OLECHOWSKI, Kelsen 507–513.

³⁴ Dazu mit weiteren Nachweisen TECHET, Zweck und Wesen.

Weltkriegs mündeten in der Tschechoslowakei in eine Flut von Ermächtigungsgesetzen und eine überbordende Verwaltungstätigkeit, die sich nicht immer auf einen gesetzlichen Rahmen stützen konnte. Das tschechoslowakische Gericht äußerte sich zu dieser Praxis schon 1922. Es urteilte, für den Gesamtstaat wichtige Entscheidungen könnten nur vom Gesetzgeber selbst getroffen und nicht an die Verwaltung im Wege der Notverordnung delegiert werden.³⁵

Anlass für dieses Urteil gab eine Verfügung des Ständigen Ausschusses des tschechoslowakischen Parlaments. Der Ausschuss führte während der Parlamentsferien dessen Geschäfte und konnte vorläufige Verfügungen erlassen. Im Sommer 1920 hatte der Ausschuss mit einer solchen Verfügung die bis dahin österreichischen Gebiete Feldberg und Weitra in das tschechoslowakische Staatsgebiet integriert, nachdem die Ratifikation der völkerrechtlichen Vereinbarungen der Pariser Friedensverhandlungen mit den neuen Grenzen erst am 16. Juli 1920 erfolgt war. Die deutschböhmisches Politiker und Juristen Ludwig Spiegel und Rudolf Lodgman von Auen sahen darin einen Verfassungsverstoß, weil sich die Staatsgrenzen nur durch Verfassungsgesetz, also eine parlamentarische Zweidrittelmehrheit, ändern ließen. Das Verfassungsgericht prüfte vorläufige Verfügungen von Amts wegen, nahm die Verfassungsbedenken in den internen Beratungen durchaus ernst und versuchte, sie mit dem Argument zu entkräften, nicht der Ständige Ausschuss, sondern die völkerrechtlichen Vereinbarungen in Paris hätten die Grenzen verschoben.³⁶

Die öffentliche Verhandlung des Verfassungsgerichts und seine Urteilsverkündung fanden am 7. November 1922 im Primatorensaal im Rathaus am Prager Altstädter Ring statt. Zur Verteidigung des Ständischen Ausschusses trat u.a. Au-

ßenminister Edvard Beneš auf, weitere hohe Minister und Parlamentsvertreter waren zugegen. Mehrere Redner hoben die unpolitische, rein rechtliche Rolle des Gerichts hervor. Die Tageszeitungen stellten knapp die schon erwähnten Argumente dar, nicht der Ausschuss, sondern die völkerrechtlichen Vereinbarungen hätten über die Staatsgrenzen entschieden.³⁷ Aus diesen völkerrechtlichen Erwägungen sprach sich schließlich auch das Gericht dafür aus, das Vorgehen des Ständigen Ausschusses sei verfassungs- und rechtmäßig gewesen.

Die verfassungsrichterliche Entscheidung ging in ihrer Begründung noch weiter. Sie kreiste um die Grundsatzfrage, ob auf dem Verordnungswege auch solche Vorschriften erlassen werden könnten, für die sonst ein Gesetz erforderlich wäre. Diese Ansicht war vom Regierungsjuristen und Verwaltungsexperten Jiří Hoetzel vertreten worden, der meinte, der Gesetzgeber sei frei, die Regierung für beliebige Sachgegenstände zu ermächtigen. Weil Hoetzel sich auf deutsche Staatsrechtslehrer wie Paul Laband und Otto Mayer berief, tat das Gericht dies als „monarchische Betrachtungsweise“ ab. Im Sinne der politischen „Westbindung“ der Tschechoslowakei zog es stattdessen französische Autoren wie Adhémar Esmein, Léon Duguit und Henry Berthélemy heran. Die Delegation von Legislativgewalt auf die Verwaltung wurde vom Verfassungsgericht ausdrücklich als verfassungswidrig abgelehnt.

Das Urteil rief scharfe Polemiken unter Politikern und Juristen hervor, weil es die Handlungsmacht des Parlaments einschränkte und angesichts der grassierenden Hunger-, Wohnungs- und Gesundheitskrisen lebensfern schien. Am Streit um das verfassungsrechtliche Pro und Contra von Ermächtigungsgesetzen beteiligte sich nicht nur die gesamte Staatswissenschaft in der Tschechoslowakei, sondern es wurden auch Artikel von

³⁵ Gerichtserkenntnis vom 7. 11. 1922, veröffentlicht in *Úřední list* vom 17. 11. 1922.

³⁶ Dieses Argument ähnelt Kelsens Verständnis eines völker- und verfassungsrechtlichen Monismus.

³⁷ Vgl. nur „Öffentliche Verhandlung des Verfassungsgerichtes. Genehmigte Vorkehrungen des Ständigen Ausschusses“, *Prager Tagblatt* Nr. 261 vom 8. 11. 1922, 3.

ausländischen Juristen wie Léon Duguit und Hans Kelsen eingeholt. Kelsen stellte sich dabei auf den Standpunkt, dass die Delegation von beliebigen Inhalten vom Parlament auf die Exekutive in einer Demokratie unzulässig sei.³⁸ Mit seinen Schriften, weiteren Gutachten und Positionen hatte sich Hans Kelsen also bereits in den Anfangsjahren der Tschechoslowakei einen Namen gemacht.³⁹

Die Tätigkeit des tschechoslowakischen Verfassungsgerichts blieb im Übrigen marginal und entwickelte sich nicht zu einer vergleichbaren Institution wie der Wiener Verfassungsgerichtshof. Für die theoretische Unterfütterung der Verfassungsgerichtsbarkeit im Allgemeinen und für die Reform des österreichischen Verfassungsgerichtshofs 1929 mit einer Kompetenzerweiterung auf die abstrakte Normenkontrolle spielte es jedoch eine unverzichtbare Rolle.⁴⁰

Epilog

Über ein Jahrzehnt wirkte der Jurist Hans Kelsen in einem demokratischen Mitteleuropa als transnationaler Vermittler innovativer und moderner Rechtsideen. Als Kelsen nach dem Machtantritt der Nationalsozialisten in Deutschland von seinem Kölner Lehrstuhl vertrieben wurde, bemühte sich das tschechoslowakische Bildungsministerium daher bereits im April 1933 darum, Kelsen auf den vakanten Völkerrechtslehrstuhl an der Juristischen Fakultät der Prager Deutschen Universität zu holen.⁴¹ Die Berufung erfolgte allerdings erst zwei Jahre später und ähnelte einer Farce. In der Fakultät zogen insbesondere Fritz Sander und Mariano San Nicolò alle Register, um Kelsens Ernennung zu verhindern. Hatte Kelsen kurze Zeit zuvor die Berufung von Carl Schmitt

an die Universität Köln gerade mit dem Argument unterstützt, gegensätzliche Positionen würden eine fruchtbare juristische Streitkultur befördern, wollte sich Sander als Staatsrechtler eine Monopolstellung an der Fakultät sichern.⁴² Nationalsozialistische Studenten protestierten zeitgleich gegen eine Berufung Kelsens. Mit denkbar knapper Mehrheit wurde Kelsen schließlich berufen. Nun verzögerte sich die Zustimmung zu Kelsens Kommen auf Seiten der tschechoslowakischen Regierung. In Zeiten größter persönlicher und beruflicher Unsicherheit dauerte es bis zum September 1935, dass Kelsen schließlich die Ernennungsurkunde erhielt. Bis 1938 war Kelsen Professor für Völkerrecht an der Juristischen Fakultät der Prager Deutschen Universität. Seine Berufung hatte zu erheblichen Verwerfungen im Kollegium der deutschsprachigen Fakultät geführt. Studentenkrawalle gegen Kelsens Vorlesungen legten den gesamten Lehrbetrieb der Fakultät lahm.

Die Prager Zeit blieb Kelsen in keiner guten Erinnerung. Abgesehen von persönlichen antisemitischen Anfeindungen und Gewalt- und Morddrohungen fanden auch seine wissenschaftlichen Positionen zu Verfassung, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit in Prag immer weniger Gehör. Im Jahr 1935 war die tschechoslowakische Verfassung in die Krise geraten. Die tschechoslowakische Regierung erließ in großem Umfang Ermächtigungsgesetze und schaltete das Verfassungsgericht de facto aus. Unter Akademikern galt die Steuerung durch die Krise mithilfe des Verfassungsrechts ebenfalls als ungenügend, und der Ruf nach einem stärkeren Präsidenten wurde lauter. Die deutschsprachigen Kollegen an der Prager Universität unter Führung von Fritz

³⁸ KELSEN, Gesetz und Verordnung 392–396.

³⁹ Später gutachtete Kelsen weiterhin zu tschechoslowakischen Verfassungsfragen, vgl. die Analyse seines Gutachtens zur Entstehung der Tschechoslowakei bei OLECHOWSKI, Kelsen 426–428.

⁴⁰ OSTERKAMP, Verfassungsgerichtsbarkeit 43–46.

⁴¹ Schreiben des Ministeriums für Volksbildung an den Dekan der Juristischen Fakultät vom 24. 4. 1933, AZ. 44500/35-IV/3, Universitätsarchiv Prag, Německá univerzita, Juristische Fakultät, Personalakt Hans Kelsen, F 59.

⁴² Die Details beider Berufungsverfahren sind konzise dargestellt bei OLECHOWSKI, Kelsen 530–536 und 562–569.

Sander vertraten ständestaatliche Ideen, bestritten die theoretische Einheit von Verfassung und Staat und verhielten sich demokratieskeptisch bis antidemokratisch. Im Herbst 1938 endete sowohl Kelsens Karriere in Mitteleuropa als auch der Konstitutionalismus in der Tschechoslowakei.

Korrespondenz:

Prof. Dr. Jana OSTERKAMP
 Universität Augsburg
 Universitätsstraße 10
 D-86159 Augsburg
 jana.osterkamp@uni-a.de
 ORCID-Nr. 0000-0003-4791-8815

Abkürzungen:

Siehe das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
[\[http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf\]](http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf)

Literatur:

- Franz ADLER, Grundriß des tschechoslowakischen Verfassungsrechtes (Reichenberg 1930).
- Zwi BATSCHA, Philosophie der Demokratie (Frankfurt 1994).
- Bohumil BAXA, Ústavní listina Československé republiky a vliv cizích ústav [Die Verfassungsurkunde der Tschechoslowakischen Republik und der Einfluss fremder Verfassungen], in: Sborník věd právních a státních 21 (1921) 1–40.
- Edvard BENEŠ, Der Aufstand der Nationen. Der Weltkrieg und die tschechoslowakische Revolution (Berlin 1928).
- Peter BUGGE, Czech Democracy 1918–1938. Paragon or Parody?, in: Bohemia 47 (2006/07) 3–28.
- Kateřina ČAPKOVÁ, Uznání židovské národnosti v Československu 1918–1938 [Die Anerkennung der jüdischen Nationalität in der Tschechoslowakei 1918–1938], in: Český časopis historický 1 (2004) 77–103.
- Mauro CAPPELLETTI, Judicial review in the contemporary world (Indianapolis 1971).
- Richard J. EVANS, The Feminists. Women's emancipation Movements in Europe, America and Australasia 1840–1920 (London 1979).

- Michal FRANKL, Miloslav SZABÓ, Budování státu bez antisemitismu? Násilí, diskurz, loajalita a vznik Československa [Erbauen des Staates ohne Antisemitismus? Gewalt, Loyalitätsdiskurs und die Entstehung der Tschechoslowakei] (Praha 2015).
- Dieter GRIMM, Verfassungsgerichtsbarkeit (Berlin 2021).
- Radan HAIN, Staatstheorie und Staatsrecht in T. G. Masaryks Ideenwelt (Zürich 1999).
- Kurt HELLER, Der Verfassungsgerichtshof: Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart (Wien 2010).
- Karol HOLLÝ, Ženská emancipácia. Diskurz slovenského národného hnutia na prelome 19. a 20. storočia [Die Frauenemanzipation. Der Diskurs der slowakischen Nationalbewegung an der Schwelle vom 19. zum 20. Jahrhunderts] (Bratislava 2011).
- Eva IRMANOVÁ, Národnostní politika Československa 1918–1948 ve vztahu k maďarské menšině. Přehled historiografie, [Die Nationalitätenpolitik der Tschechoslowakei 1918–1948 in Bezug auf die ungarische Minderheit. Überblick über die Historiographie] in: Jan NĚMEČEK (Hg.), Reflexe dějin Československa 1918–1948 v historiografii na počátku 3. tisíciletí. [Reflexion der Geschichte der Tschechoslowakei 1918–1948 in der Geschichtsschreibung zu Beginn des dritten Jahrtausends] (Praha 2008).
- Clemens JABLONER, Einige Austriaca der reinen Rechtslehre (Wien 2021)
- Ješajahu Andrej JELÍNEK, Dávidova Hviezda pod Tatrami. Židia na Slovensku v 20. storočí [Davidstern in der Tatra. Juden in der Slowakei im 20. Jahrhundert] (Praha 2009).
- Zdeněk KARNÍK, České země v éře první republiky 1918–1938 [Die böhmischen Länder in der Zeit der Ersten Republik 1918–1938], Bd. 1: Vznik, budování a zlatá léta republiky 1918–1929 [Gründung, Aufbau und goldene Jahre der Republik 1918–1929] (Praha 2003).
- Hans KELSEN, Autobiographie (1947) = Hans-Kelsen-Werke. hg. von Mathias JESTAEDT, Bd. 1 (Tübingen 2007) 29–92.
- DERS., Das Verhältnis von Gesetz und Verordnung nach der čechoslovakischen Verfassungsurkunde, in: Parlament 2 (1923) 392–396.
- DERS., Vom Wesen und Wert der Demokratie (Tübingen 1929).
- Ines KOELTZSCH, Michal FRANKL, Martina NIEDHAMMER, Plötzlich Tschechoslowaken 1917–1938, in: Kateřina ČAPKOVÁ, Hillel J. KIEVAL (Hgg.), Zwischen Prag und Nikolsburg. Jüdisches Leben in den böhmischen Ländern (Göttingen 2020) 209–264.

- Ota KONRÁD, Nevyvážené vztahy. Československo a Rakousko 1918–1933 [Unausgewogene Beziehungen. Die Tschechoslowakei und Österreich 1918–1933] (Praha 2012).
- Axel-Johannes KORB, Kelsens Kritiker: Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911–1934) (Tübingen 2020).
- Ladislav LIPSCHER, Verfassung und politische Verwaltung in der Tschechoslowakei 1918–1939 (München 1979)
- Jitka MALEČKOVÁ, The Emancipation of Women for the Benefit of the Nation. The Czech Women's Movement, in: Sylvia PALETSCHEK, Bianka PIETROW-ENNER (Hgg.), Women's Emancipation Movements in the 19th Century. A European Perspective (Stanford 2004) 167–188.
- Jiří MALÍŘ u.a., Politické strany [Die politischen Parteien]. Bd. 1, Období 1861–1938. Vývoj politických stran a hnutí v českých zemích a Československu 1861–2004 [Der Zeitraum 1861–1938. Die Entwicklung der politischen Parteien und Bewegungen in den böhmischen Ländern und der Tschechoslowakei 1861–2004] (Brno 2005).
- Tomáš G. MASARYK, Nová Evropa. Stanovisko slovenské [Neues Europa. Slawische Meinung] (Praha 2016 [erste Ausgabe 1918]).
- DERS., Die Weltrevolution. Erinnerungen und Betrachtungen 1914–1918 (Berlin 1925).
- Detlef MERTEN (Hg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland und Österreich (Berlin 2008).
- Thomas OLECHOWSKI, Hans Kelsen: Biographie eines Rechtswissenschaftlers (Tübingen 2020).
- Jana OSTERKAMP, Ein Reich ohne Eigenschaften? Das Erbe föderaler Ideen in den „Nachfolgestaaten“ der Habsburgermonarchie, in: Helmut RUMPLER, Ulrike HARMAT (Hgg.), Bewältigte Vergangenheit? Die nationale und internationale Historiographie zum Untergang der Habsburgermonarchie als ideelle Grundlage für die Neuordnung Europas. (Wien 2018) 431–457.
- DIES., Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939). Verfassungsidee, Demokratieverständnis, Nationalitätenproblem (Frankfurt 2009).
- Andrea ORZOFF, Battle for the Castle. The Myth of Czechoslovakia in Europe 1914–1948 (New York 2009).
- Václav PAVLÍČEK, Vliv rakouských ústavních tradic na československou ústavnost [Der Einfluss österreichischer Verfassungstraditionen auf die tschechische Verfassungsentwicklung], in: Karel MALÝ, Ladislav SOUKUP (Hgg.), Vývoj české ústavnosti v letech 1618–1918 [Die Entwicklung des tschechischen Konstitutionalismus in den Jahren 1618–1918] (Praha 2006) 765–781.
- Františka PLAMÍNKOVÁ, The Political Rights of Women in the Czechoslovak Republic (Praha 1920).
- Michael STOLLEIS, Die soziale Programmatik der Weimarer Reichsverfassung, in: Horst DREIER, Christian WALDHOFF (Hgg.), Das Wagnis der Demokratie. Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung (München 2018) 195–218.
- Michael STOLLEIS (Hg.), Herzkammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht (München 2011).
- Alain SOUBIGOU, Tomáš Garrigue Masaryk (Praha 2004).
- Péter TECHET, Zweck und Wesen des „Ausnahmezustandes“ in den Lehren von Carl Schmitt und Hans Kelsen: Politische und rechtliche Gefahren des „Ordnungsdenkens“ in der Rechtswissenschaft und der Rechtsgeschichte, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 77/2 (2022) 239–282.
- Michal TOMÁŠEK, Podíl čs. práva a diplomacie na fungování meziválečné Evropy a formování evropských integračních uskupení [Der Beitrag des tschechoslowakischen Rechts und der tschechoslowakischen Diplomatie zum Funktionieren des Europas der Zwischenkriegszeit und zur Bildung der europäischen Integrationsgruppen], in: Karel MALÝ, Ladislav SOUKUP (Hgg.), Československé právo a právní věda v meziválečném období (1918–1938) a jejich místo ve střední Evropě [Das tschechoslowakische Recht und die Rechtswissenschaft in der Zwischenkriegszeit (1918–1938) und ihre Stellung in Mitteleuropa] (Praha 2010) 359–385.
- Bálint VARGA, Karpato-Ukraine, in: Online-Lexikon zur Kultur und Geschichte der Deutschen im östlichen Europa [ome-lexikon.uni-oldenburg.de/54128.html] (2014, abgerufen am 14. 4. 2023).
- František WEYR, Československá ústava z r. 1920 a její francouzský vzor [Die Tschechoslowakische Verfassung des Jahres 1920 und ihr französisches Muster], in: Časopis pro právní a státní vědu 22 (1939) 33–39.
- Ewald WIEDERIN, Vergessene Wurzeln der konzentrierten Normenkontrolle in Österreich (Wien 2021).

Christoph SCHMETTERER, Halle an der Saale

Vom mandatum zum Bevollmächtigungsvertrag

From mandate to the contract of authorization

The contract of authorization in the Austrian civil code (ABGB) is based on the mandatum of Roman law, but differs from it in two crucial points: First, the ancient mandatum was a necessarily gratuitous transaction. Within a contract of authorization, on the other hand, the parties can either agree on a remuneration for the representative or not. Second, the ancient mandatum was a form of indirect agency, while the power of attorney contract can lead to direct agency. This article examines how these two differences evolved in the drafting of the Austrian civil code.

Keywords: ABGB – agency – Codex Theresianus – contract of authorization – Entwurf Horten – Entwurf Martini – mandatum

Einleitung

Der Bevollmächtigungsvertrag des ABGB beruht auf dem römischrechtlichen mandatum, unterscheidet sich davon aber in zwei entscheidenden Punkten: Erstens war das mandatum in der Antike ein an sich unentgeltlicher Vertrag.¹ Der Bevollmächtigungsvertrag kann hingegen sowohl entgeltlich als auch unentgeltlich sein. Zweitens war das antike mandatum eine Form der mittel-

baren Stellvertretung,² während der Bevollmächtigungsvertrag zur direkten Stellvertretung führen kann. Im Folgenden soll nachgezeichnet werden, wie sich diese beiden Unterschiede entwickelten.

I. Terminologie

Der Codex Theresianus (CTher)³ nannte das Mandat⁴ „Befehlscontract“⁵ im Entwurf Horten⁶

¹ D 17, 1, 1, 3. „Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.“; dazu KASER, Römisches Privatrecht I, 577, zur Aufgabe des Kriteriums der Unentgeltlichkeit ebd. II, 416; mit einem neuen Ansatz zur (Un-)Entgeltlichkeit des Mandats: FINKENAUER, Entgeltliches Mandat.

² Erst in der Spätclassik ließ zunächst Papinian durch die actio quasi institoria (D 3, 5, 30 pr; D 14, 3, 19 pr; D 17, 1, 10, 5) eine unmittelbare Drittverpflichtung aufgrund eines mandatum zu, was Ulpian ergänzte, indem er auch eine unmittelbare Drittberechtigung aufgrund eines mandatum zuließ (D 19, 1, 13, 25), dazu: BENKE, Papinians actio; KRELLER, formula; RABEL, Ruhmesblatt; SIMSHÄUSER, Papinians Beitrag; WACKE, Adjektivische Klagen.

³ Der CTher ist ediert bei HARRASOWSKY, Codex Theresianus 1–3; eine digitale Version ist zugänglich unter:

<http://dx.doi.org/10.1553/BRGOE2023-1s81>

<http://www.koeblergerhard.de/Fontes/CodexTheresianus.htm>; zur Entstehung des ABGB generell: NESCHWARA, Karl Anton Martini; DERS., Einleitung; HARRASOWSKY, Geschichte der Codification; zur Entwicklung des Bevollmächtigungsvertrags die historischen Einleitungen in: BAUMGARTNER, TORGLER, in: FENYVES, KERSCHNER, VONKILCH, §§ 1002–1034; SCHEY, Obligationsverhältnisse I/3, 421–428.

⁴ Im Folgenden wird die Bezeichnung Mandat als allgemeiner Begriff für alle Entwürfe und das ABGB verwendet.

⁵ II, Kap. XV.

⁶ Der Entwurf Horten ist ediert bei HARRASOWSKY, Codex Theresianus 4; eine digitale Version ist zugänglich unter: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/Entwurf-Horten-gesamt-ohneEinleitung.htm>

wurde es als „Bevollmächtigungscontract“⁷ bezeichnet und im Entwurf Martini⁸ als „Empfehlungsvertrag“.⁹ Das ABGB kehrte wieder zur Bezeichnung des Entwurfs Horten zurück, ersetzte das Fremdwort Kontrakt aber durch den deutschen Begriff, sodass das Mandat nun „Bevollmächtigungsvertrag“ genannt wurde.¹⁰

Es war typisch für den weitschweifigen Stil des CTher, dass es für die Parteien des Mandats¹¹ nicht nur jeweils eine Bezeichnung gab, sondern mehrere alternative: „Befehls-, Macht- oder Gewaltgeber“ einerseits und „Befehlshaber, Gewaltträger, Bevollmächtigter oder Besteller, und bei gerichtlichen Handlungen [...] Anwalt“ andererseits.¹²

Bei diesen mehrfachen Bezeichnungen für die Parteien des Mandats blieb es auch im Entwurf Horten, wobei die Bezeichnungen nur teilweise jenen des CTher entsprachen. Der Mandant wurde als wurde als Gewaltgeber oder Bevollmächtigter bezeichnet, der Mandatar als Bevollmächtigter, Besteller oder Anwalt, wenn es um gerichtliche Handlungen ging.¹³

Auch im Entwurf Martini (und damit im Westgalizischen Gesetzbuch) gab es immer noch mehrere alternative Bezeichnungen für die Parteien des Mandats: Empfehler oder Machtgeber für

den Mandanten, und Gewalthaber, Sachwalter oder Anwalt für den Mandatar.¹⁴ Im weiteren Gesetzestext wurden vor allem die Bezeichnungen Machtgeber und Gewalthaber verwendet.

Im ABGB schließlich gibt es anders als in den Entwürfen davor keinen Paragraphen, in dem Bezeichnungen für die Parteien des Mandats festgelegt wurden. Das Gesetz verwendet in der Regel die Begriffe Gewaltgeber und Gewalthaber,¹⁵ die nicht definiert, sondern vorausgesetzt werden.¹⁶ Ganz konsequent ist die Terminologie des ABGB aber nicht. Punktuell wird der Mandatar auch als Bevollmächtigter bezeichnet;¹⁷ die §§ 1020 und 1021 verwenden die Begriffe Machtgeber statt Gewaltgeber, und § 1024 Machtgeber und Mandatar, ohne dass das einen inhaltlichen Unterschied bedeuten würde.

Der Bezeichnung Stellvertreter findet sich im ABGB im Zusammenhang mit dem Bevollmächtigungsvertrag nur ein einziges Mal in § 1010, wobei hier gerade nicht der Mandatar gemeint ist, sondern dessen Substitut.¹⁸ Zeiller selbst verwendete aber die Bezeichnung Stellvertreter auch für den Mandatar,¹⁹ und soll damit überhaupt der Erste gewesen sein.²⁰

⁷ III, 16.

⁸ Der Entwurf Martini ist ediert bei HARRASOWSKY, Codex Theresianus 5; eine digitale Version ist zugänglich unter: <https://www.koeblergerhard.de/Fontes/EntwurfMartini.htm>

⁹ III, 4.

¹⁰ 22. Hauptstück; Zeiller hatte zunächst „Vollmachtsvertrag“ vorgeschlagen, dann wurde aber „um den Begriff des Vertrages, von welchem hier gehandelt wird, noch deutlicher darzustellen“ die Bezeichnung „Bevollmächtigungsvertrag“ beschlossen (OFNER, Ur-Entwurf II, 44).

¹¹ Im Folgenden werden Mandant und Mandatar als allgemeine Bezeichnungen verwendet.

¹² III, Kap. XV, Nr. 17.

¹³ III, 16, § 1.

¹⁴ III, 4, § 4.

¹⁵ Erstmals in § 1005; diese Bezeichnungen gehen auf Joseph v. Sonnenfels zurück (OFNER, Ur-Entwurf II, 45).

¹⁶ Im Revisionsentwurf war noch folgender zweiter Satz des späteren § 1005 vorgesehen gewesen: „Wer einem andern sein Geschäft aufträgt, wird Gewaltgeber, der es annimmt, Bevollmächtigter oder Gewalthaber genannt.“ (OFNER, Ur-Entwurf II, 44).

¹⁷ § 1011.

¹⁸ „Trägt der Gewalthaber das Geschäft ohne Noth einem Dritten auf; so haftet er ganz allein für den Erfolg. Wird ihm aber die Bestellung eines Stellvertreters in der Vollmacht ausdrücklich gestattet, oder durch die Umstände unvermeidlich; so verantwortet er nur ein bey der Auswahl der Person begangenes Verschulden.“ Diese Formulierung geht auf Joseph v. Pratobevera zurück, der bei der Superrevision vorschlug, „Afteranwalt“ durch „Stellvertreter“ zu ersetzen (OFNER, Ur-Entwurf II, 565).

¹⁹ ZEILLER, Commentar III/1, § 1009 Rz. 5.

²⁰ MÜLLER, Stellvertretung 141.

II. (Un)entgeltlichkeit

Im CTher wurde der Konsensualvertrag²¹ des Mandats in III, Kap. XV, Nr. 1 wie folgt definiert: „Der Befehlscontract ist eine gutwillige Vereinigung, wodurch Jemand ein ihm von dem Anderen aufgetragenes Geschäft umsonst auszurichten auf sich nimmt.“ Gegenstand des Mandats war also die „Ausrichtung“ eines fremden Geschäfts. Ob der Machthaber dieses fremde Geschäft in direkter oder in indirekter Stellvertretung ausführte, war nicht vorgegeben – beides war möglich.

Hingegen war nach dem CTher die Unentgeltlichkeit („umsonst“) ein Wesensmerkmal des Mandats. Das war der wesentliche Unterschied zum Dienstvertrag (im CTher Dingungsvertrag genannt).²² Allerdings wurde die Unentgeltlichkeit in den Folgebestimmungen eingeschränkt: Nachträgliche Zahlungen des Machtgebers an den Machthaber änderten nichts an der Einordnung eines Vertrags als Mandat. Der Machtgeber konnte auch schon im Vorhinein eine (freiwillige) Zahlung an den Machthaber leisten, und bestimmte Machthaber konnten sogar schon im Vorhinein eine Zahlung vom Machtgeber verlangen. Konkret waren das Personengruppen, die ihren Lebensunterhalt damit verdienten, dass sie

für andere tätig waren (sei es durch Stellvertretung oder auch nicht). Der Entwurf nannte in demonstrativer Aufzählung: Anwälte, Notare, Unterhändler.²³ Diese Personengruppen durften zwar im Vorhinein Belohnungen verlangen, sie durften sie aber nicht zu Bedingung ihrer Tätigkeit machen.²⁴

Diese Regelung war deshalb nötig, weil der (immer entgeltliche) Dienstvertrag nur körperliche Arbeiten, aber keine geistigen Tätigkeiten umfasste. III, Kap. XII, Nr. 35 besagte nämlich: „Jene Arbeiten und Verrichtungen hingegen, welche durch die Kräfte des Verstandes und Witzes, und nicht durch körperliche Wirksamkeit ausgeübt werden, können wegen ihrer Würde und Erhabenheit über andere Handarbeiten keine eigentliche Schätzung annehmen, folglich auch keinen Gegenstand deren Dingungsverträgen abgeben, sondern die darüber eingegangene Verbindlichkeit besteht nur in der Gestalt eines unbenannten Vertrags oder Befehlscontracts, und jenes, was dafür zu geben bedungen worden, heißt zum Unterschied eines Hand- oder Liedlohns eigends eine Besoldung, Bestallung, Verehrung oder Vergeltung; von dieser Art sind die Verrichtungen deren zu der Rechtspflege bestellten Personen, wie nicht minder eines Lehrers, Anwalts, Arztes u. dgl.“

²¹ III, Kap. XV, Nr. 2: „Dieser Contract kommt nicht weniger, als alle vorherbeschriebene durch bloße Einwilligung beider Theilen zu Stand [...]“.

²² III, Kap. XV, Nr. 3: „Es ist daher diese Handlung ihrer Natur nach an sich ganz ohnentgeltlich, wodurch dieselbe sich von einem Dingungsvertrag unterscheidet, worinnen für die Verrichtung fremder Geschäfte ein Lohn bedungen wird, wohingegen in dem Befehlscontract die Ausrichtung des aufgetragenen Geschäfts umsonst und ohnentgeltlich übernommen werden muß.“ Der Dienstvertrag war, der römischen *locatio conductio* folgend zusammen mit den Bestandverträgen und dem Werkvertrag in III, Kap. XII geregelt; zur *locatio conductio* nur: KASER, Römisches Privatrecht I, 562–572 und II, 400–409.

²³ Die Unterhändler waren in III, Kap. XVIII, Nr. 1–18 geregelt; III, Kap. VIII, Nr. 2 definierte sie wie folgt: „Vor Schließung des Contracts werden zum öfteren

Unterhändler gebraucht, welche dessen Zustandbringung vermitteln und befördern, und denen Contractanten zu Erleichterung des Geschäfts an die Hand gehen.“ und III, Kap. VIII, Nr. 5 nannte „Mäkler, Zubringer, Unterkäufer, Sensalen“ als Beispiele für Unterhändler.

²⁴ III, Kap. XV, Nr. 4: „Die Wesenheit des Contracts wird aber andurch nicht geändert, wann gleich nach vollbrachter Ausrichtung eine Belohnung, Verehrung oder Vergeltung zur Dankbarkeit abgereicht, oder auch gleich Anfangs etwas dafür zu geben versprochen, oder endlich ohne vorherigen Beding von jenen Personen, die von Betreibung einer gewissen Gattung Geschäften ihren Unterhalt suchen, als da sind die Rechtsfreunde, Notarien, Unterhändler u. dgl., etwas für ihre Bemühung geforderet wird.“

Die Entgeltlichkeit war also als (vermeintliches) Unterscheidungsmerkmal zwischen Befehls- und „Dingungscontract“ aus der römischrechtlichen Unterscheidung von *mandatum* und *locatio conductio* übernommen worden. Tatsächlich war aber das entscheidende Unterscheidungsmerkmal die Art der vereinbarten Tätigkeit. Ein Vertrag über körperliche Arbeiten war ein „Dingungscontract“, einer über „höhere“ Tätigkeiten hingegen ein „Befehlscontract“. Der „Dingungscontract“ war zwar tatsächlich immer entgeltlich, der „Befehlscontract“ hingegen nicht in jedem Fall unentgeltlich, weil jede „höhere“ Tätigkeit notwendiger Weise kein „Dingungscontract“ sein konnte. Wenn es also für geistige Arbeiten ein Honorar geben sollte, musste es die Möglichkeit eines Entgelts auch für „Befehlscontracte“ geben.

Die Definition des Mandats im Entwurf Horten unterschied sich inhaltlich nicht von jener des CTher: „Wenn Jemand einem Andern ein Geschäft anstatt seiner und in seinem Namen zu verrichten aufträgt, und dieser die Verrichtung des Geschäfts in des Andern Namen auf sich nimmt, so ist es ein Bevollmächtigungscontract. [...]“²⁵

Auch nach dem Entwurf Horten war das Mandat sowohl ein Konsensualvertrag²⁶ als auch unentgeltlich. III, 16, § 2, 1. Halbsatz besagte: „Die Besorgung des fremden Geschäfts muß ohnentgeltlich übernommen werden, widrigens, wo ein

Lohn dafür bedungen worden, ist es ein Dingungscontract“.

Wie schon im CTher wurde hier die Entgeltlichkeit als Abgrenzungskriterium zwischen Mandat und Dienstvertrag herangezogen, aber schon im zweiten Halbsatz von III, 16, § 2 wurde dieses Kriterium aufgeweicht: „doch wird die Wesenheit des Contracts nicht geändert, wenn nach vollbrachtem Geschäfte Demjenigen, der dasselbe vollbracht hat, eine Belohnung, Verehrung, Vergeltung zur Dankbarkeit abgereicht wird.“

Das tatsächlich entscheidende Abgrenzungskriterium ergab sich aus III, 16, § 3, der besagte: „So soll auch der Auftrag und die Uebernahme solcher Geschäfte, die nicht sowohl durch körperliche Arbeit, als durch die Kräfte des Verstandes und Geistes vollbracht werden, allezeit für einen Bevollmächtigungscontract gehalten werden, wenn schon gleich Anfangs für deren Verrichtung eine bestimmte Belohnung ausbedungen worden; nicht minder sollen jene Personen, die von der Besorgung einer gewissen Gattung derlei Geschäfte ihren Unterhalt suchen, auch befugt sein, wenn schon keine Belohnung ausbedungen worden, dennoch für ihre Bemühung eine Vergeltung zu fordern.“

Entscheidend war also auch hier, welche Tätigkeiten vereinbart wurden. Rein geistige Tätigkeiten konnten nicht Gegenstand eines Dienstvertrags,²⁷ sondern nur eines Mandats sein, und

²⁵ III, 16, § 1.

²⁶ Das ergab sich einerseits aus dem Kapitel „Von Verträgen und den daraus entstehenden Verbindungen überhaupt“ (III, 1), in dem festgelegt wurde, dass Verträge grundsätzlich durch Konsens geschlossen werden konnten (III, 1, § 8: „An der Einwilligung des einen Theils ist es nicht genug, sondern auch der andere Theil muß einwilligen“). Andererseits implizierte auch die Formulierung des III, 16, § 1, dass der „Bevollmächtigungscontract“ schon durch den Konsens, durch „Auftrag“ und „Auf sich nehmen“ (= annehmen) zustande kam. Wenn einzelne Verträge nicht schon durch den Konsens zustande kamen, sondern als Realverträge erst durch die Sachübergabe, war das

in den Kapiteln über diese Verträge ausdrücklich festgelegt (III, 4, § 3 bzgl. des Darlehens; III, 5, § 1 bzgl. der Leihe; III, 6, § 1 bezüglich der Hinterlegung).

²⁷ Das ergab sich auch aus der Abgrenzung des „Dingungscontracts“ in III, 12, § 94: „Unter die Dienste und Arbeiten, die um Geld geschätzt werden mögen, sollen jene Verrichtungen, welche nicht durch körperliche Wirksamkeit, sondern durch die Kräfte des Verstandes und Geistes ausgeübet werden, nicht gehören, und wenn über die Leistung derlei Dienste ein Contract geschlossen worden, so soll er nicht für einen Dingungscontract, noch die dafür bedungene Vergeltung für einen Liedlohn gehalten, sondern beides nach den im sechszehnten Capitel enthaltenen Regeln beurtheilet werden.“

zwar unabhängig davon, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erbracht wurden.

Der Entwurf Martini definierte den Empfehlungsvertrag in III, 5, § 1 wie folgt: „Unentgeltliche Dienstleistungen finden vorzüglich statt, wenn Jemand die Besorgung fremder Geschäfte sich angelegen sein läßt, [...]“. ²⁸ Hat nun Einer diese Mühewaltung versprochen, und der Andere das Versprechen angenommen, so ist [...] ein Empfehlungsvertrag [...] vorhanden.“

Aus dem zweiten Satz dieser Definition ergab sich, dass der Empfehlungsvertrag auch im Entwurf Martini ein Konsensualvertrag war. Aus dem ersten Satz ergab sich, dass er unentgeltlich war. Allerdings beschäftigte sich III, 4, § 3 gleich mit der Möglichkeit, dass die Geschäftsbesorgung doch entgeltlich geschah, und besagte: „Wird für die Besorgung fremder Geschäfte eine Vergeltung auch nur stillschweigend bedungen, welches aus dem Stande und Berufe Desjenigen, welcher sich diesen Geschäften unterziehet, erhellen muß, [...] alsdann zielen diese Verträge auf keine bloße Dienstfertigkeit ab, sie gehören vielmehr zu den Tauschhandlungen.“

Im Entwurf Martini wurden mit Tauschhandlungen oder Tauschgeschäften synallagmatische Verträge bezeichnet. ²⁹ In diesem Sinn war der Dienst- oder Dingungsvertrag – anders als das Mandat – jedenfalls eine Tauschhandlung. ³⁰ Im Hauptstück über den Dingungsvertrag wurde daher festgelegt, dass dessen Bestimmungen auch auf die entgeltliche Verrichtung „höherer“ Tätigkeiten anzuwenden sein sollten. III, 8, § 26

besagte: „Was von Dienstleuten und Werkmeistern oder Arbeitern überhaupt festgesetzt worden ist, läßt sich auf Rechtsfreunde, Leib- und Wundärzte, Factoren, Provisoren und andere Personen anwenden, welche sich für ihre Bemühung einen Gehalt, eine Bestallung oder sonst eine Belohnung ausdrücklich oder stillschweigend ausgedungen haben.“

Allerdings enthielt der Entwurf Martini nur im Zusammenhang mit dem Empfehlungsvertrag Regelungen über die Geschäftsbesorgung, im Zusammenhang mit dem Dienstvertrag aber nicht. Sie war aber ein wesentlicher Aspekt „höherer“ Tätigkeiten, etwa bei Anwälten („Rechtsfreunden“) oder Verwaltern („Factoren“). Daher enthielt III, 8, § 27 des Entwurfs Martini folgende Regelung:

„Es ereignet sich zuweilen, daß bei dem Dingungs- und Verdingungsverträge auch andere Verträge zusammentreffen, so kann z.B. [...] ein besonderes Geschäft zugleich aufgetragen [...] werden; in allen diesen und dergleichen Fällen, sind die jedem besondern Geschäfte angemessenen gesetzlichen Vorschriften zu beobachten, auch die darüber vorfallenden Rechnungen zu führen und abzulegen.“

Entgeltliche Verträge über „höhere“ Tätigkeiten, die auch die Geschäftsbesorgung für den Dienstherrn bzw. Auftraggeber umfassten, waren somit Mischverträge aus Dingungsvertrag und Empfehlungsvertrag.

Im ABGB wird der Bevollmächtigungsvertrag in § 1002 folgendermaßen definiert: „Der Vertrag,

²⁸ Der zweite Halbsatz bezog sich auf die Verwahrung „oder aber fremde Sachen in seine Verwahrung nimmt“.

²⁹ III, 5, § 1. „Bei einem jeden Verträge, der unter einer Tauschhandlung begriffen wird, müssen entweder Sachen mit Sachen, oder Handlungen mit Handlungen, oder endlich Sachen mit Handlungen und umgekehrt vergolten werden. § 2. Nach Verschiedenheit dessen, was wechselseitig gegeben, gethan oder aber unterlassen werden soll, führen auch diejenigen zweiseitig verbindlichen Verträge, welche im Handel und Wandel am öftesten vorkommen, noch ihre besonderen Benennungen.“

³⁰ § 3. „Zu den Tauschgeschäften im weiteren Verstande gehören nicht nur das Kaufen und Verkaufen, sondern auch das Miethen, Pachten und Dingen, ferner das zinsbare Anleihen, endlich die Lehens-, Erbzinns-, Gesellschafts- und Glücksverträge. Es giebt aber noch einen Tauschvertrag in engster Bedeutung, welcher von den jetzt genannten Vertragsarten unterschieden ist, und seine besonderen Eigenschaften hat.“

wodurch jemand ein ihm aufgetragenes Geschäft im Nahmen des Andern zur Besorgung übernimmt, heißt Bevollmächtigungsvertrag.“ Dieser Vertrag ist auch nach dem ABGB ein Konsensualvertrag, was sich allerdings nicht aus dem 22. Hauptstück (über den Bevollmächtigungsvertrag) ergibt, sondern aus dem 17. (von Verträgen überhaupt).³¹

Der Wortlaut dieser Definition des Bevollmächtigungsvertrags im ABGB unterscheidet sich zwar etwas von dem der Vorentwürfe, brachte aber keine inhaltliche Änderung. Eine deutliche Änderung brachte aber die folgende Ergänzung der Definition in § 1004: „Wird für die Besorgung eines fremden Geschäftes entweder ausdrücklich, oder nach dem Stande des Geschäftsträgers auch nur stillschweigend eine Belohnung bedungen; so gehört der Vertrag zu den entgeltlichen, außer dem aber zu den unentgeltlichen.“

Im ABGB wurde also die Unentgeltlichkeit als Wesensmerkmal des Mandats endgültig aufgegeben, nachdem dieses Kriterium in den Vorentwürfen zwar aus römischrechtlicher Tradition genannt, aber gleichzeitig nicht konsequent angewendet worden war. Inhaltlich änderte sich daher wenig, weil Mandatare auch schon vorher ein Entgelt verlangen konnten, aber die Regelungen wurden nun deutlich konsistenter. Bisher war allerdings die Entgeltlichkeit des Mandats

als Ausnahme von der Regel konstruiert gewesen, während entgeltlicher und unentgeltlicher Bevollmächtigungsvertrag im ABGB zwei gleichwertige Alternativen sind. Von der traditionellen Unentgeltlichkeit des Mandats blieb nur die Zweifelsregel, dass Bevollmächtigungsverträge unentgeltlich sind, wenn nichts anderes vereinbart ist.³²

Gemäß § 1163 ABGB (Stammfassung, 26. Hauptstück über den Dienstvertrag)³³ waren für entgeltliche Mandate auch die Bestimmungen über Dienstverträge anzuwenden (wie es schon der Entwurf Martini vorgesehen hatte): „Die hier aufgestellten Vorschriften gelten auch von Rechtsfreunden, Aerzten und Wundärzten, Factoren, Provisoren, Künstlern, Lieferanten und anderen Personen, welche sich für ihre Bemühungen einen Gehalt, eine Bestallung, oder sonst eine Belohnung ausdrücklich oder stillschweigend ausbedungen haben, in so fern hierüber keine besondern Vorschriften bestehen.“³⁴

Zeiller erklärte dazu in seinem Kommentar: „Den Nahmen abgerechnet, ist das Rechtsverhältniß dieser Personen mit jenen, denen sie ihre Bemühungen widmen, von dem aus einem ausdrücklichen oder stillschweigenden Lohnvertrage entspringenden Rechtsverhältnisse wenig verschieden, folglich nach ähnlichen Vorschriften zu beurteilen.“³⁵

³¹ Aus § 861 („Wer sich erklärt, daß er jemanden sein Recht übertragen, daß heißt, daß er ihm etwas gestatten, etwas geben, daß er für ihn etwas thun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der Andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beyder Theile ein Vertrag zu Stande.“) ergab sich, dass Verträge grundsätzlich durch Konsens zustande kamen. Bei jenen Vertragstypen, die Realverträge waren, war das Erfordernis der Übergabe für das Zustandekommen des Vertrags in der jeweiligen Definition ausdrücklich genannt (§ 957 zur Verwahrung; § 971 zur Leihe; § 983 zum Darlehen).

³² Dienst- und Werkverträge waren in der Stammfassung hingegen notwendigerweise entgeltlich. Das ergab sich schon aus der Überschrift des 26. Hauptstücks

(„Von entgeltlichen Verträgen über Dienstleistungen“) und § 1152 („So bald jemand eine Arbeit oder ein Werk bestellt; so wird auch angenommen, daß er in einen angemessenen Lohn eingewilliget habe. Ist der Lohn weder durch die Verabredung, noch durch ein Gesetz festgesetzt; so bestimmet ihn der Richter.“).

³³ In § 1151 wurde der Dienstvertrag als Lohnvertrag bezeichnet.

³⁴ § 1163 der Stammfassung wurde 1916 durch die dritte Teilnovelle ersatzlos gestrichen; seither enthält § 1163 eine Regelung über das Dienstzeugnis bei Beendigung des Dienstvertrags (RGrBl. 69/1916, § 150).

³⁵ ZEILLER, Commentar III/1, § 1163 Rz. 2.

Seine Einschätzung, dass entgeltlicher Bevollmächtigungsvertrag und Dienstvertrag sehr ähnlich waren, bezog sich freilich nur auf das Innenverhältnis. Schon dass es überhaupt ein Außenverhältnis gab, ist eine Besonderheit des Bevollmächtigungsvertrags, denn dieser ist im ABGB die einzige Grundlage für eine gewillkürte unmittelbare Stellvertretung.

Daher ordnet § 1027 an, dass die Bestimmungen über den Bevollmächtigungsvertrag auch auf jene Dienstnehmer anzuwenden sind, die ihren Dienstgeber vertreten können: „Die in diesem Hauptstücke enthaltenen Vorschriften haben auch ihre Anwendung auf die Eigenthümer einer Handlung, eines Schiffes, Kaufladens oder andern Gewerbes, welche die Verwaltung einem Factor, Schiffer, Ladendiener oder anderen Geschäftsträgern anvertrauen.“

III. (Un)mittelbare Stellvertretung

1. Die Zulassung der unmittelbaren Stellvertretung im Vernunftrechts

Im antiken römischen Recht wurden die unmittelbare Berechtigung und die unmittelbare Verpflichtung von Dritten durch Handeln anderer gewaltfreier Personen unterschiedlich behandelt. Die unmittelbare Drittverpflichtung war auch durch Gewaltfreie in bestimmten Konstellationen (im Rahmen der *actio exercitoria* und der *actio*

*institoria*³⁶) möglich, die unmittelbare Drittverpflichtung hingegen grundsätzlich unzulässig („*alteri stipulari nemo potest*“) und nur in punktuellen Ausnahmefällen möglich.³⁷

Vor diesem Hintergrund war eine unmittelbare Stellvertretung im modernen Sinn sowohl im antiken als auch im rezipierten römischen Recht ausgeschlossen, auch wenn schon in der Spätklassik zunehmend Ausnahmen vom Verbot der Drittberechtigung zugelassen wurden, und die Ausnahmen seit der mittelalterlichen Legistik erweitert und nicht eingeschränkt wurden. Trotzdem wurde das Verbot als solches aufrechterhalten.³⁸

Das änderte sich erst mit Hugo Grotius,³⁹ der die Drittberechtigung generell zuließ, wenn sie entweder auf einem Mandat zwischen Berechtigtem und Vertreter beruhte oder der Berechtigte das Geschäft, das ein anderer in seinem Namen geschlossen hatte, nachträglich genehmigte. Auch die unmittelbare Drittverpflichtung ließ Grotius unter diesen Voraussetzungen generell zu.

Grotius parallelisierte die Voraussetzungen für die unmittelbare Drittverpflichtung und die unmittelbare Drittberechtigung, indem er für beide darauf abstellte, dass sie von einem Mandat gedeckt waren (bzw. durch eine nachträgliche Genehmigung).⁴⁰ Erst durch diese Parallelisierung wurden Drittberechtigung und Drittverpflichtung zu zwei Seiten einer Medaille, die später gewillkürte Stellvertretung genannt wurde. Außerdem wurden Drittberechtigung und Drittverpflichtung erst durch Grotius mögliche Wirkungen jedes Mandats. Damit hatte ein Mandat nicht

³⁶ Zu den *actiones exercitoriae et institoriae*: CLAUS, Direkte Stellvertretung insbesondere 64–84; KASER, Römisches Privatrecht I, 260–266, 605–609 und II, 99–107; WACKE, Adjektivische Klagen.

³⁷ HALLEBEEK, *Ius quaesitum tertio*.

³⁸ Einzelne Juristen, die das *alteri-stipulari*-Verbot ablehnten, hatten zwar durchaus Einfluss auf die Praxis, konnten sich in der rechtswissenschaftlichen Diskussion aber nicht durchsetzen. Das gilt sowohl für den Glossator Martinus Gosia als auch für den Humanisten Hotomanus. Zu Martinus Gosia generell: LANGE, Rö-

misches Recht im Mittelalter I, 170–177; zu seiner Ablehnung: MÜLLER, Stellvertretung 44–54; zu Hotomanus: MÜLLER, Stellvertretung 96f.

³⁹ Zu Grotius und seiner Vertragslehre generell: KOWALSKI, Vertragsverständnis; zu seiner Stellvertretungskonzeption: DONDORP, HALLEBEEK, Grotius' Doctrine; LANDWEHR, Vertrauensschutz; MÜLLER, Stellvertretung 124–132; ZIMMERMANN, Law of Obligations 43.

⁴⁰ GROTIUS, *De jure belli ac pacis* II. Buch, Kapitel XI, XII und XVIII.

mehr grundsätzlich nur Innenwirkung wie im römischen Recht, sondern jedes Mandat konnte auch Außenwirkung entfalten, wenn es dem Geschäftspartner, mit dem der Mandatar kontrahierte, bekannt war (in moderner Terminologie also offengelegt war).

Da Grotius vom Willen der Beteiligten ausging, war die Offenlegung für die Außenwirkung des Mandats entscheidend, denn der Dritte konnte einen Willen auf unmittelbare Berechtigung und Verpflichtung des Dritten nur insoweit bilden, als er wusste, dass der Auftragnehmer für einen anderen handelte. Nicht offengelegte Vereinbarungen im Innenverhältnis hatten daher keine Wirkung für das Außenverhältnis. Grotius unterschied hier zwischen offengelegtem Mandat und geheimer Instruktion, wobei nur ersteres Außenwirkung entfaltete, zweite aber nicht.⁴¹

Die große Bedeutung von Grotius' neuer Konzeption der Stellvertretung liegt nicht zuletzt darin, dass er sich damit durchsetzen konnte.⁴² Seine Überlegungen wurden von den deutschsprachigen Vernunftrechtlern, insbesondere Samuel Pufendorf rezipiert,⁴³ und auch in die vernunftrechtlichen Kodifikationen des 18. und frühen 19. Jahrhunderts übernommen.⁴⁴

2. Die systematische Einordnung

Die dogmatische Konstruktion des Zusammenhangs von Stellvertretung und Mandat folgte

vom CTher bis zum ABGB Grotius' Konzeption. Sie war daher in den einzelnen Entwürfen und Gesetzen nicht grundlegend unterschiedlich. Regelungsort und Terminologie waren in den einzelnen Entwürfen aber durchaus verschiedenen. Im CTher fanden sich Regelungen mit Bezug zur gewillkürten Stellvertretung im Wesentlichen an vier Stellen: In III, Kap. I („Von Verbindungen insgesamt“) § IV („Von Verbindung aus der Handlung eines Anderen“) war der Grundsatz normiert, dass die direkte Stellvertretung möglich war. Die Wirkungen der direkten Stellvertretung waren in III Kap. XVIII Art. 2 („Von denen für andere contrahierenden Personen“) geregelt, wobei sich diese Regelungen ausschließlich auf das Außenverhältnis bezogen. Das Innenverhältnis konnte ein Befehlskontrakt sein, der in III, Kap. XV geregelt war, oder ein Dingungsvertrag gemäß III, Kap. XII.⁴⁵

Der Entwurf Horten behielt diese Einteilung bei. In III, 1 („Von Verträgen und den daraus entstehenden Verbindungen überhaupt“) war festgelegt, dass eine direkte Stellvertretung möglich war. In III, 19 („Von den bei Contracten vorkommenden Nebenpersonen“) waren die Wirkungen der Stellvertretung im Außenverhältnis geregelt, in Teil III, 16 das Mandat („Vom Bevollmächtigungscontracte“) und in Teil III, 12 der Dienst-

⁴¹ GROTIUS, *De jure belli ac pacis* II. Buch, Kapitel XI, XII: „quia hi distincti sunt actus volendi. Unus quo nos abligamus ratum habituros quidquid ille in tali negotiorum genere fecerit; alter, quo illum nobis abligamus ut non agat nisi ex praescripto, sibi non aliis cognito. – Weil hier sind zwei Willenserklärungen zu unterscheiden; die eine, dass wir alles genehmigen wollen, was jener in diesem Geschäft Getane gemacht hat; die andere, durch die wir ihn verpflichten, dass er nicht anders als vorgeschrieben handeln darf, die ihm, aber dem anderen nicht bekannt ist.“

⁴² Das unterscheidet Grotius von früheren Juristen, die das alteri-stipulari-Verbot zwar ablehnten, sich damit aber nicht durchsetzen konnten; siehe dazu oben Fn. 32.

⁴³ Zu Pufendorfs Konzeption der Stellvertretung: MÜLLER, *Stellvertretung* 132–138.

⁴⁴ Generell zur Stellvertretung in den vernunftrechtlichen Kodifikationen: LANDWEHR, *Vertrauensschutz*.

⁴⁵ BAUMGARTNER, *Abstraktheit* 686 sieht darin eine Andeutung der Abstraktheit der Vollmacht; meines Erachtens geht aus dieser legislativen Anordnung lediglich hervor, dass Innen- und Außenverhältnis nicht ident sind, aber nicht, dass es eine Außenwirkung ohne den Rechtsgrund einer Vereinbarung im Innenverhältnis geben kann; er meint (ebd. 688f.) auch, dass das Abstraktionsdogma schon auf Hugo Grotius zurückgeht; auch diesbezüglich unterscheidet er meines Erachtens nicht ausreichend zwischen der Trennung von Innen- und Außenverhältnis einerseits und der Abstraktheit der Vertretungsbefugnis andererseits.

vertrag („Von Mieth-, Pacht-, Bestand- oder Dingungsvertrage“) als Grundlagen des Innenverhältnisses.

Im Entwurf Martini wurde diese Einteilung modifiziert. Auch in diesem Entwurf gab es ein eigenes Hauptstück (das erste des dritten Teils) „Von Verträgen überhaupt“. Im Gegensatz zu den beiden früheren Entwürfen war dort aber nicht mehr ausdrücklich festgehalten, dass die direkte Stellvertretung möglich war. Diese grundsätzliche Regelung war in III, 4 („Von Empfehlungs- und Hinterlegungsverträgen“) enthalten. In diesem Hauptstück waren – wie sich schon aus dessen Namen ergibt – Mandat und Verwahrung geregelt.

Im Gegensatz zum CTher und dem Entwurf Horten war in diesem Hauptstück aber nicht nur das Innenverhältnis zwischen den Vertragsparteien des Mandats geregelt. Auch das auf dem Mandat beruhende Außenverhältnis gegenüber einem Dritten war im 4. Hauptstück geregelt. Im Entwurf Martini gab es zwar ein eigenes Hauptstück (III, 14) „Von Rechten und Verbindlichkeiten durch Nebenpersonen und auf Nebengebühren“. Für das Außenverhältnis, das sich aus einem Mandat ergab, enthielt dieses 14. Hauptstück aber keine eigenen Regelungen, sondern verwies lediglich auf das 4. Hauptstück über den Empfehlungsvertrag.⁴⁶ Dieser Verweis war deshalb nötig, weil auch im Entwurf Martini die Stellvertretung im Außenverhältnis sowohl auf einem Empfehlungsvertrag als auch auf einem Dingungsvertrag (geregelt in III, 8) beruhen konnte. Durch den Verweis konnten die Regelungen zum Außenverhältnis im Rahmen des Mandats auch auf Fälle gewillkürter Stellvertretung angewendet werden, die nicht auf einem Mandat beruhten.

Somit unterschied sich der Entwurf Martini in der Regelungsstruktur in dreifacher Hinsicht von den beiden früheren Entwürfen: Erstens war die

Möglichkeit der direkten Stellvertretung nicht mehr im Abschnitt über Verträge im Allgemeinen enthalten, sondern im Hauptstück über das Mandat; zweitens fasste der Entwurf Martini Mandat und Verwahrung in einem Hauptstück zusammen, und drittens waren die Regelungen über Innen- und Außenwirkung des Empfehlungsvertrags nicht mehr auf verschiedene Abschnitte aufgeteilt, sondern im selben Hauptstück enthalten.

Das ABGB übernahm zwei dieser Punkte. Nicht übernommen wurde im ABGB die Zusammenfassung von Mandat und Hinterlegung in einem Hauptstück. Diese beiden Vertragstypen wurden wieder in eigenen Hauptstücken geregelt; die Verwahrung im 19. („Von dem Verwahrungsvertrage“) und das Mandat im 22. („Von der Bevollmächtigung und andern Arten der Geschäftsführung“).⁴⁷ Auch das ABGB fasst das Mandat also mit einem anderen Thema, der Geschäftsführung ohne Auftrag, zusammen.

Auch im ABGB wird – ähnlich dem Entwurf Martini – im Hauptstück über den Bevollmächtigungsvertrag (dem 22.) und nicht im 17. „Von Verträgen überhaupt“ festgehalten, dass die direkte Stellvertretung möglich ist. Außerdem ist im 22. Hauptstück des ABGB sowohl das Innenverhältnis des Mandats als auch das darauf beruhende Außenverhältnis geregelt. Diesbezüglich wurde in der Gliederung des ABGB das Konzept des Entwurf Martini konsequent fortgesetzt.

Im ABGB gibt es überhaupt kein eigenes Hauptstück mehr über den Vertragsschluss durch Dritte oder Nebenpersonen. Es erübrigte sich, weil im ABGB nur mehr ein einziger Vertragstyp die Grundlage für die gewillkürte Stellvertretung

⁴⁶ III, 14, § 5. „Die Vollmacht mag durch einen Empfehlungsvertrag ohne Entgelt oder durch einen Dingungsvertrag gegen Entgelt gegeben und übernommen worden sein, so hat solche überhaupt die nemlichen Wirkungen. Wer schon die Gewalt, etwas in sei-

nem Namen zu thun, einem Andern rechtsförmig eingeräumt hat, der muß auch so augesehen werden, als wenn er es selbst gethan hätte.“

⁴⁷ Dazu: OFNER, Ur-Entwurf II, 44.

war.⁴⁸ Das wiederum war möglich, weil die Entgeltlichkeit als Unterscheidungskriterium zwischen Bevollmächtigungs- und Dienstvertrag endgültig aufgegeben wurde. Damit ist jeder Vertrag, der auf die Geschäftsbesorgung für einen anderen abzielt, – unabhängig von der Entgeltlichkeit – ein Bevollmächtigungsvertrag, und so konnte die Geschäftsbesorgung durch direkte Stellvertretung einheitlich und konzentriert im Rahmen des Bevollmächtigungsvertrags geregelt werden.⁴⁹

3. Zulässigkeit der Stellvertretung

Im CTher wurde gleich am Beginn des Obligationenrechts klargestellt, dass das römische „*alteri stipulare nemo potest*“ nicht mehr gelten sollte. Teil III, Kap. I, Nr. 32 bestimmte: „Auch durch Andere kann Jemand sowohl verbunden, als ihm aus Verbindungen ein Recht erworben werden, wann sie [...] die Person dessen, welchen die Handlung betrifft, durch das Gesetz vorstellen, als die Vormündere oder Gerhaben und Curatores, oder von ihm einen Befehl, Gewalt und Vollmacht zu gewissen Geschäften haben, als Befehlshabere, Bevollmächtigte, Handlungsvorgesetzte, Sachwalter [...]“⁵⁰

Aus dieser Bestimmung ergab sich, dass durch direkte Stellvertretung sowohl Rechte als auch

Pflichten erworben werden konnten. Die Befugnis, in fremdem Namen zu handeln, konnte sich entweder aus dem Gesetz ergeben oder aus einem Rechtsgeschäft.

Der wichtigste Fall einer vertraglichen Grundlage für die Stellvertretung war das Mandat, außerdem konnte die Stellvertretung auch auf einem „Dingungscontract“ (Dienstvertrag) beruhen.⁵¹ Befehlshaber und Bevollmächtigter waren Bezeichnungen des CTher für Mandatare.⁵² Sachwalter war ein allgemeiner Begriff für Verwalter,⁵³ und Verwalter im Handel wurden im CTher als Handlungsvorgesetzte oder auch als Factors bezeichnet.⁵⁴

Schließlich war eine direkte Stellvertretung auch dann möglich, wenn es zum Zeitpunkt der „Vertretungs“-Handlung weder eine gesetzliche noch eine vertragliche Grundlage gab, der Vertretene die Handlung des Vertreters aber nachträglich genehmigte. III, Kap. I, Nr. 35 hielt das für den Erwerb von Pflichten fest und III, Kap. I, Nr. 36 für den von Rechten:⁵⁵

„35. Mit eigenen Willen wird Jemand aus fremden Handlungen verbindlich gemacht, wann er solche befohlen oder gutgeheißen [...], dann die nachfolgende Guttheißung wirkt nicht weniger, als der vorhergegangene Befehl.“

⁴⁸ Dazu: Ebd., 207; das ging offenbar auf die Stellungnahme der juristischen Fakultät der Universität Wien zurück; auch bei Dienstverträgen mit Außenwirkung ergab sich die Vertretungsbefugnis über die Verweisungen der §§ 1027 und 1163 aus den Regelungen über den Bevollmächtigungsvertrag.

⁴⁹ Aus der Perspektive der abstrakten Stellvertretungskonzeption mag das als Rückschritt wirken (so etwa andeutungsweise BAUMGARTNER, Abstraktheit 686; siehe auch die letzte Fn.), aber diese Sichtweise ist in gewisser Weise ahistorisch; die Konzentration in einem Hauptstück lässt sich auch als Errungenschaft sehen.

⁵⁰ Der zweite Teil dieser Bestimmung beschäftigte sich mit der deliktischen Haftung für Schäden, die von Gewaltunterworfenen verursacht wurden: „oder wann sie Jemands Gewalt und Obsorge untergeben sind und ihre zu eines Dritten Nachtheil gereichende Handlungen der Schuld dessen, dem sie untergeben, beigegeben werden mögen“.

⁵¹ III, Kap. XVIII, Nr. 27; das Abgrenzungsmerkmal war die Entgeltlichkeit; der „Befehlscontract“ war grundsätzlich unentgeltlich (siehe dazu oben), der „Dingungscontract“ hingegen immer entgeltlich.

⁵² III, Kap. XV, Nr. 17.

⁵³ III, Kap. XVIII, Nr. 21.

⁵⁴ III, Kap. XVIII, Nr. 22.

⁵⁵ Im Zusammenhang mit dem Mandat hielt III, Kap. XV, Nr. 36 das noch einmal fest: „[...] Hierinnen bestehet der wesentliche Unterschied zwischen einem Befehl und einer Guttheißung; dann zukünftige Handlungen werden befohlen, vergangene aber gutgeheißen, obschon sowohl der vorhergegangene Befehl als die nachfolgende Guttheißung einerlei Wirkung haben, und Denjenigen, in dessen Namen das Geschäft vollzogen worden, in gleicher Maß verbinden.“

36. Ein Recht aber mag Jemanden durch Andere auch ohne ausdrücklichen Befehl erworben werden, wann nur hienach die Guttheißung und Beaugenehmung der fürgewesten Handlung erfolget“. Der Entwurf Horten übernahm die dogmatische Konstruktion des CTher, raffte aber dessen Bestimmungen. Dass die direkte Stellvertretung möglich war, war in III, 1, § 9 geregelt: „Aus der Handlung eines Anderen kann weder Jemand verbindlich gemacht, noch auch Jemandem ein Recht erworben werden, wenn nicht Jener, der den Vertrag in des Anderen Namen eingegangen, entweder durch Unsere Gesetz oder durch einen ihm eigends gemachten Auftrag zu dieser Handlung bevollmächtigt ist, oder wenn nicht Derjenige, in dessen Namen von einem Anderen etwas vorgenommen worden, dasselbe nachhero gutgeheißen hat. [...]“ Auch hier konnte die direkte Stellvertretung auf dem Gesetz, einem Vertrag oder der nachträglichen Genehmigung des Vertretenen beruhen.

Im Entwurf Martini stand am Beginn des 14. Hauptstücks über Rechte und Verbindlichkeiten durch Nebenpersonen die Grundregel, dass Verträge nur die Vertragsparteien binden. III, 14, § 2 normierte dann die direkte Stellvertretung als Ausnahme von dieser Regel:⁵⁶ „Wenn jedoch das Gesetz Jemanden gestattet, eine andere Person zu vertreten, oder auch dieses sogar ausdrücklich vorschreibt, [...] so kömmt es insofern von der obigen Regel ab, und es kann Einer dem Andern sowohl Rechte erwerben, als Verbindlichkeiten auflegen.“

Hier wurden die Grundlagen der direkten Stellvertretung zwar etwas anders definiert als im CTher und im Entwurf Horten, das Ergebnis war aber dasselbe. Einerseits konnte das Gesetz die

Vertretung „ausdrücklich vorschreiben“, dann war das Gesetz unmittelbar die Grundlage der Stellvertretung. Andererseits konnte das Gesetz die Vertretung gestatten. Hier ergab sich die Vertretung nicht unmittelbar aus dem Gesetz, sondern aus einem Vertrag oder der nachträglichen Genehmigung des Vertretenen.

III, 14 § 4 beschäftigte sich mit den Fällen, in denen das Gesetz die direkte Stellvertretung gestattete: „Wie ein Machtgeber aus eigener Einwilligung durch die Handlungen des Machthabers Rechte und Pflichten überkommen könne, ist ebenfalls in dem vierten Hauptstücke des dritten Theils festgesetzt worden [...]“ Hier kam es also auf die Einwilligung des Vertretenen an, sei es, dass die Einwilligung schon durch einen im Vorhinein geschlossenen Vertrag erklärt wurde, sei es, dass der Vertretene die Handlung des Vertreters erst im Nachhinein genehmigte.

In III, 14, § 5 schließlich wurden die möglichen vertraglichen Grundlagen für die Stellvertretung genannt, der unentgeltliche Empfehlungsvertrag und der entgeltliche Dingungsvertrag: „Die Vollmacht mag durch einen Empfehlungsvertrag ohne Entgelt oder durch einen Dingungsvertrag gegen Entgelt gegeben und übernommen worden sein, so hat solche überhaupt die nemlichen Wirkungen. Wer schon die Gewalt, etwas in seinem Namen zu thun, einem Andern rechtsförmig eingeräumt hat, der muß auch so angesehen werden, als wenn er es selbst gethan hätte.“

In der Stammfassung des ABGB gab es im 17. Hauptstück („Von Verträgen überhaupt“) nur eine einzige, knappe Bestimmung, die sich zumindest mittelbar auf die Stellvertretung bezog. Dieser § 881 lautete: „Außer den von den Geset-

⁵⁶ Ganz ähnlich war die Regelung in III, 4, § 15, die sich allerdings nicht auf die Stellvertretung im Allgemeinen, sondern auf das Mandat im Besonderen bezog: „Obschon die Verträge nur auf die sich vertragenden Theile wirken können, und in dieser Rücksicht auch der Empfehlungsvertrag bloß zwischen dem Machtgeber und dem Gewalthaber verbindlich ist, weil doch

der Letztere den Ersten gewissermaßen vorstellt, so kann auch der Gewalthaber für den Machtgeber nach Ausweisung der Vollmacht Rechte erwerben, oder ihm gewisse Verbindlichkeiten auflegen.“

zen bestimmten Fällen kann zwar niemand für einen Anderen ein Versprechen machen, oder annehmen [...].⁵⁷

Aus diesem einen Satz ergab sowohl sich die Regel, dass Verträge nur die Parteien binden, als auch, dass es Ausnahmen von dieser Regel gab. Welche Ausnahmen das konkret waren, besagte § 881 aber nicht. Diese im Vergleich zu den Vorgängerentwürfen deutlich kürzere Regelung bedeutete aber keine inhaltliche Änderung. In seinem Kommentar erklärte Zeiller, dass „vom Gesetze, vom Richter oder durch Vertrag bestellte Machthaber“ Fälle waren, in denen jemand für einen anderen Rechte oder Pflichte erwerben konnte.⁵⁸

Zeiller ging also von drei Grundlagen der direkten Stellvertretung aus, nämlich Gesetz, Richterspruch und Vertrag, statt der Zweiteilung (Gesetz und Vertrag) in den Vorentwürfen. Im Ergebnis bedeutete das freilich keinen Unterschied. Zeiller teilte die Fälle der gesetzlichen Stellvertretung, in dem weiteren Sinn der Vorentwürfe, weiter auf: in gesetzliche Vertretung in einem engeren Sinn und in die Vertretung durch Richterspruch.⁵⁹

⁵⁷ Der Rest der Bestimmung befasste sich nicht mit der Stellvertretung, sondern mit der Verwendungs- oder Erfolgsszusage „Hat aber jemand seine Verwendung bey einem Dritten versprochen, oder gar für den Erfolg gestanden; so muß er die eingegangene Verbindlichkeit nach Maß seines Versprechens erfüllen.“

⁵⁸ ZEILLER, Kommentar III/1, § 881 Rz. 3.

⁵⁹ Diese Dreiteilung der Grundlagen für die Befugnis, andere zu vertreten, fand sich auch von 1931 bis 2015 im strafrechtlichen Untreue-Tatbestand mit der Trias Gesetz, behördlicher Auftrag und Rechtsgeschäft. Außerdem erinnert die Dreiteilung an § 859 ABGB, der drei Grundlagen für persönliche Sachenrechte (in moderner Terminologie schuldrechtliche Ansprüche) nennt: Gesetz, Vertrag und erlittene Beschädigung. Auch diese Dreiteilung war im Entwurf Martini so noch nicht enthalten (vgl. dort III, 1, §§ 1–4) und stammt daher von Zeiller (OFNER, Ur-Entwurf II, 3–4). Die Dreiteilung des § 859 ABGB wird von herrschenden Meinung wieder auf eine Zweiteilung reduziert, weil der Schadenersatz als Unterfall der gesetzlichen Schuldverhältnisse gesehen wird (dazu nur RUMMEL, in: RUMMEL, LUKAS, § 859 Rz. 1; auf eine überzeugende

Auch nach dem ABGB kann schließlich die nachträgliche Genehmigung (oder Vorteilszuwendung) des Vertretenen zur wirksamen Stellvertretung führen. Anders als in den Vorentwürfen ist das aber nicht in den allgemeinen Bestimmungen über das Vertragsrecht geregelt, sondern im 22. Hauptstück über den Bevollmächtigtungsvertrag. Dessen § 1016 besagt: „Ueberschreitet der Gewalthaber die Grenzen seiner Vollmacht; so ist der Gewaltgeber nur in so fern verbunden, als er das Geschäft genehmiget, oder den aus dem Geschäft entstandenen Vortheil sich zuwendet.“

4. Offene und geheime Vollmachten

Im CTher hatte der Begriff der Vollmacht mehrere Bedeutungen. In III, Kap. XV, Nr. 2 wurde Vollmacht als alternative Bezeichnung für das Mandat verwendet.⁶⁰ Teilweise verwendete der CTher den Begriff Vollmacht aber in einem anderen, moderneren Sinn, nämlich als Befugnis für einen anderen zu handeln;⁶¹ teilweise wurde unter Vollmacht eine Urkunde über diese Befugnis verstanden.⁶² Dass mit Vollmacht nicht ausschließlich die Urkunde gemeint war, ergab sich

Weise folgt Zeillers Dreiteilung hingegen RIEDLER, in: KODEK, SCHWIMANN, § 859 Rz. 1). Auch hier teilte Zeiller eine gesetzliche Grundlage (die für Forderungsrechte) im weiteren Sinn in eine gesetzliche Grundlage im engeren Sinn und eine andere Kategorie (den Schadenersatz) auf.

⁶⁰ „Dieser Contract kommt nicht weniger, als alle vorherbeschriebene durch bloße Einwilligung beider Theilen zu Stand, also daß, sobald als der Eine dem Anderen etwas anstatt seiner, und in seinen Namen zu verrichten aufträgt oder befiehlt, und dieser solches aus Freundschaft und guten Willen zu verrichten verspricht und über sich nimmt, der Befehlscontract schon geschlossen ist, und heißet sodann der Auftrag, wann ihn der Andere übernommen, ein Befehl, Gewalt und Vollmacht.“

⁶¹ Z.B. I, Kap. III, Nr. 212; I, Kap. VII, Nr. 92; II, Kap. I, Nr. 152; II, Kap. III, Nr. 35; III, Kap. I, Nr. 32; III, Kap. II, Nr. 18; III, Kap. XIV, Nr. 108.

⁶² Z.B. II, Kap. XI, Nr. 53; II, Kap. XXI, Nr. 75; III, Kap. II, Nr. 194; III, Kap. VII, Nr. 107.

schon daraus, dass Vollmachten schriftlich und mündlich erteilt werden konnten.⁶³

Außerdem unterschied der CTher zwischen General- und Spezialvollmachten⁶⁴ sowie zwischen gerichtlichen und außergerichtlichen Vollmachten.⁶⁵ Schließlich wurde in III, Kap. XV, Nr. 15 zwischen „zeigbaren“ und „geheimen“ Vollmachten unterschieden: „Die außergerichtlichen [Vollmachten] sind entweder zeigbar oder geheim, und nur blos zu des Bevollmächtigten seinem eigenen Unterricht; erstere verbinden den Befehlenden auch gegen Demjenigen, mit dem die Handlung geschlossen wird, letztere aber wirken nur die Verbindlichkeit zwischen dem Befehlsgeber und Befehlshaber allein.“

Der Unterschied zwischen zeigbaren und geheimen Vollmachten lag darin, dass nur die zeigbaren Vollmachten Außenwirkung entfalteten, die geheimen hingegen nicht. Nur die zeigbaren Vollmachten führten dazu, dass der Mandant aus dem Geschäft, das der Mandatar für ihn abschloss unmittelbar berechtigt und verpflichtet wurde. Die geheimen Vollmachten erzeugten hingegen nur Rechte und Pflichten zwischen Mandant und Mandatar.

Aufgrund einer zeigbaren Vollmacht konnte der Mandatar somit im Namen des Mandanten handeln und ihn damit unmittelbar vertreten, während der Mandatar mit einer geheimen Vollmacht zwar für den Mandanten aber nicht in seinem Namen handeln konnte. Damit führen geheime Vollmachten nur zu einer mittelbaren Stellvertretung und waren somit keine Vollmachten im modernen Sinn.⁶⁶ Ob eine Vollmacht zeigbar oder geheim war und ein Mandat damit Außenwirkung hatte oder nicht, war eine Frage der Parteienvereinbarung.

Auch im Entwurf Horten wurde der Begriff der Vollmacht nicht definiert. Er wurde nicht mehr als Synonym für das Mandat an sich gebraucht, ansonsten aber in denselben Bedeutungen wie im CTher verwendet, nämlich einerseits als Befugnis, für jemanden anderen tätig zu werden, und andererseits als Urkunde über diese Befugnis. Schließlich gab es auch im Entwurf Horten die Differenzierung zwischen zeigbarer und geheimer Vollmacht.⁶⁷ Anders als im CTher wurden diese beiden Begriffe jedoch nicht definiert, sondern vorausgesetzt. Sie wurden aber mit derselben Bedeutung wie im CTher verwendet, sodass eine geheime Vollmacht auch nach dem Entwurf Horten keine Außenwirkung hatte.

⁶³ III, Kap. XV, Nr. 23. „Vollmachten können entweder mündlich oder schriftlich erteilt werden [...]“

⁶⁴ III, Kap. XV, Nr. 12: „Nach Verschiedenheit des Gegenstands ist eine Vollmacht entweder allgemein auf alle wie immer Namen habende Geschäften, oder sonderheitlich nur auf ein oder mehrere bestimmte Geschäften allein.“

⁶⁵ III, Kap. XV, Nr. 14: „Ferners werden die Vollmachten in gerichtliche und außergerichtliche eingetheilt, nach dem sie gerichtliche oder außergerichtliche Handlungen betreffen; von gerichtlichen Vollmachten wird in vierten Theil bei der Gerichtsordnung gehandelt werden.“

⁶⁶ Das gilt jedenfalls für den modernen Vollmachtsbegriff, doch der Begriff der geheimen Vollmacht entspricht auch nicht der sonstigen Verwendung von Vollmacht im CTher, da Vollmacht als Bezeichnung für die Befugnis im fremden Namen zu handeln gebraucht wurde.

⁶⁷ III, 19, § 31: „Wenn ein Bevollmächtigter oder Handlungsvorsteher mit zweierlei Vollmachten, einer zeigbaren und einer geheimen versehen ist, so ist zwar diese letztere die Richtschnur der Verbindlichkeit zwischen dem Bevollmächtigten und Jenen, der ihm die Vollmacht gegeben hat; allein alle von dem Bevollmächtigten, obschon mit Ueberschreitung seiner geheimen Vollmacht, vorgenommene Handlungen haben in Ansehung des Dritten, der sich mit demselben in eine Handlung eingelassen, und des Eigenthümers ihre vollkommene Giltigkeit und Verbindlichkeit, wofür sie nur der zeigbaren Vollmacht gemäß sind. Wenn jedoch dem Dritten diese geheime Beschränkung der dem Bevollmächtigten gegebenen zeigbaren Vollmacht wohl bewußt war, oder er sonst an der Gefährde des Bevollmächtigten mit Theil genommen hat, so soll er nicht befugt sein, den Eigenthümer aus dieser Handlung zu belangen.“

Im Gegensatz zu den beiden früheren Entwürfen enthielt der Entwurf Martini in III, 4, § 5 folgende Definition von Vollmacht: „Das Recht im Namen eines Andern etwas zu thun, heißt überhaupt Vollmacht, besonders aber wird dadurch die Urkunde, aus welcher man dieses Recht ersieht, angedeutet.“ Diese Definition entsprach der Verwendung des Begriffs der – zeigbaren – Vollmacht im CTher und im Entwurf Horten.

An einer Stelle verwendete der Entwurf Martini auch den Begriff der heimlichen Vollmacht,⁶⁸ der allerdings nicht definiert wurde. Im Zusammenhang ist aber klar, dass auch mit heimlicher Vollmacht im Entwurf Martini dasselbe gemeint war, wie im CTher und im Entwurf Horten: die Befugnis, Geschäfte für den Mandanten, aber nicht in seinem Namen abzuschließen.

Das ABGB schließlich definiert die Vollmacht in § 1005 wie folgt: „Die von dem Gewaltgeber dem Gewalthaber hierüber ausgestellte Urkunde wird Vollmacht genannt.“ Die Definition des ABGB war somit enger als jene des Entwurfs Martini, weil Vollmacht nicht mehr die Befugnis selbst bezeichnete, sondern nur die Urkunde darüber. Bei der Beratung hatte Joseph von Sonnenfels noch die Formulierung vorgeschlagen, dass „sowohl die Urkunde als auch das Recht Vollmacht heiße“; letztlich war dann aber die Formulierung des § 1005 beschlossen worden.⁶⁹

Auch wenn nach der Legaldefinition des ABGB mit Vollmacht an sich nur die Urkunde erfasst ist, wird der Begriff der Vollmacht in der gesamten Kodifikation nicht nur in diesem restriktiven Sinn verwendet. Das wird insbesondere am ersten Satz des § 1029 deutlich: „Ist die Vollmacht nicht schriftlich gegeben worden; so wird ihr

Umfang aus dem Gegenstande, und aus der Natur des Geschäftes beurtheilet.“⁷⁰ Mit nicht-schriftlichen Vollmachten kann keine Urkunde gemeint sein, daher muss Vollmacht in diesem Zusammenhang die Befugnis bedeuten. Auch in anderen Bestimmungen des ABGB ist mit dem Begriff Vollmacht zumindest auch die Befugnis gemeint.⁷¹

Der Begriff der geheimen Vollmacht wird im ABGB nicht definiert, aber in § 1017 einmal verwendet. Im Zusammenhang ist klar, dass damit dasselbe gemeint ist, wie in den Vorentwürfen, also eine Ermächtigung ohne Außenwirkung. In seinem Kommentar erläuterte Zeiller:

„In dieser Hinsicht ist die Vollmacht eine öffentliche oder eine geheime (Instruction), je nachdem sie zur Vorweisung bestimmt ist oder nicht. Letztere enthält oft Beschränkungen oft auch Erweiterungen der ersten, z.B. auf welche Bedingungen der Machthaber im äußersten Fall einen Vertrag (z.B. um welchen hohen Preis er einen Kauf) abschließen dürfe. [...]“⁷²

Im Hinblick auf die Unterscheidung von offener und geheimer Vollmacht stellte sich die Frage nach der Auswirkung dieser Unterscheidung auf die Außenwirkung des Mandats.

5. Das Verhältnis von Innen- und Außenwirkung

Bei der direkten Stellvertretung nach dem CTher wurde die Befugnis des Mandatars im Außenverhältnis grundsätzlich durch das Innenverhältnis definiert. III, Kap. I, Nr. 35 legte dazu fest: „Mit eigenen Willen wird Jemand aus fremden Handlungen verbindlich gemacht, wann er solche befohlen oder gutgeheißen, und was Einer durch Andere verrichtet, hat nicht mindere Kraft, als ob

⁶⁸ III, 4, § 17: „Das Recht dieses Dritten, nemlich des Darleihers, muß allemal nach dem Inhalt der offenen und vorgezeigten Vollmacht beurtheilet werden. Wenn also die offene Vollmacht z. B. nur auf's Darleihen des Geldes lautet, und eine andere heimliche Vollmacht auch auf Verzinsung der gesuchten Geldsumme ausgestellt worden wäre, so kann der Darleiher nur

nach der offeneren, und nicht nach der heimlichen Vollmacht rechten.“

⁶⁹ OFNER, Urentwurf II, 46.

⁷⁰ LUKAS, Geheime und offene Vollmachten 818.

⁷¹ Z.B. §§ 1024–1026, 1032, 1201, 1214, 1404.

⁷² ZEILLER, Commentar III/1, § 1017 Rz. 1.

er es selbst vollzogen hätte; doch kann durch Bevollmächtigte, Befehlshabere und Sachwaltere dem Befehlgeber keine größere Verbindlichkeit zugezogen werden, als insoweit deren Handlung mit dem Auftrag übereinstimmt, und sie die Grenzen des Befehls nicht überschritten, oder insoweit das Vollzogene gutgeheißen worden, dann die nachfolgende Guttheißung wirkt nicht weniger, als der vorhergegangene Befehl.“

Diese Vorschrift bestätigte zunächst noch einmal, dass die direkte Stellvertretung möglich war. Außerdem bestimmte sie, dass bei der direkten Stellvertretung das Innenverhältnis das Außenverhältnis definierte. Der Machthaber konnte den Machtgeber im Außenverhältnis im Regelfall also nur insoweit vertreten, als sie das auch im Innenverhältnis vereinbart hatten. Diese Regelung im allgemeinen Kapitel über Verträge wurde im Kapitel über die Stellvertretung noch einmal wiederholt.

Dort hielt III, Kap. XVIII, Nr. 58 fest: „Was hingegen ein Befehlshaber, Handlungsvorgesetzter oder Factor außer des Auftrags, oder wider oder über die Maß desselben unternimmt, dafür ist der Befehlsgeber oder Vorsetzende einem Dritten nicht verbunden, und lieget daher Jedermann ob, der mit einem Befehlshaber, Handlungsvorgesetzten oder Factor contrahiret, sich nach dem Inhalt, Gestalt und Maß des Auftrags oder Befehls wohl zu erkundigen, widrigens aber, und da er sich darwider oder darüber in etwas eingelassen, hat derselbe sich selbst beizumessen, wann er sich sonach, insoweit der Auftrag oder Befehl überschritten worden, an dem Befehlshaber, Handlungsvorgesetzten oder Factor allein zu halten bemüssiget ist.“

Da das Ausmaß der Befugnis, den Machtgeber zu vertreten, durch den Inhalt des Mandats definiert

wurde, bedeutete grundsätzlich jede Abweichung vom im Mandat Vereinbarten eine Überschreitung der Befugnis. Die Vertretungsbefugnis war also konkret, nicht abstrakt. Allerdings bestimmte nicht jede Vereinbarung im Innenverhältnis die Vertretungsmacht im Außenverhältnis. In III, Kap. XVIII, Nr. 59–61 war vorgesehen: „59. Es wäre dann, daß der Befehlshaber, Handlungsvorgesetzte oder Factor mit zweierlei Vollmachten als einer zeigbaren und geheimen versehen wäre, und derselbe dabei nur die ihm allein bekannte Willensmeinung des Befehlsgebers oder Vorsetzenden überschreitete, sonst aber die von ihm geschlossene Handlung mit dem Inhalt der zeigbaren Vollmacht oder Auftrags übereinstimmte.“

60. In welchem Fall er zwar seinem Befehlsgeber oder Vorsetzenden zum Ersatz des ihm dadurch verursachten Schadens verbunden wird, die geschlossene Handlung aber, wann sie dem zeigbaren Auftrag gemäß ist, bleibt sowohl an sich gültig und bündig, als auch der Befehlsgeber oder Vorsetzende gegen dem Dritten daraus verfänglich.

61. Also, da Jemand einer fremden Handlung dem Aeußerlichen nach ohne einiger Beschränkung vorgesetzt, und ihm dabei in Geheim verboten würde, sich in diesen oder jenen Contract einzulassen, er aber jegleichwohlen wider diesen Verbot mit einem Dritten contrahirete, wird der Vorsetzende dessen ohnerachtet hieraus verbunden, außer er hätte solchen Verbot ausdrücklich kund gemacht, oder der Contract wäre auf die Handlung, welche der Vorgesetzte oder Factor zu verwalten hat, nicht gerichtet.“

Auch diese Bestimmungen waren keine Ausnahme davon, dass nur Vereinbarungen im Innenverhältnis zu einer Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis führen könnten.⁷³ Sie legten aber fest, dass nicht jede Vereinbarung im Innenver-

⁷³ Das ist ein deutlicher Unterschied zur modernen (deutschen) Konstruktion der Stellvertretung, nach der die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis deshalb

über die Vereinbarung im Innenverhältnis hinausgehen kann, weil die Vollmacht einseitig erteilt wird und abstrakt wirkt. Beides galt im CTher nicht.

hältnis Außenwirkung entfaltete. Da sich das Können im Außenverhältnis grundsätzlich nach dem Dürfen im Innenverhältnis richtete, war es Sache des Dritten, sich nach dem Umfang der Vereinbarung im Innenverhältnis zu erkundigen.⁷⁴

Die Sonderregelungen in III, Kap. XVIII, Nr. 59–61 bezogen sich nun auf Fälle, in denen es im Innenverhältnis zwei Vorgaben gab, eine zeigbare (schriftliche) Vollmacht, die dem Dritten bekannt war, und eine geheime, die er nicht kannte. In diesem Fall konnte der Dritte aufgrund der Kenntnis der schriftlichen, zeigbaren Vollmacht darauf vertrauen, zu wissen, was im Innenverhältnis vereinbart. Dieses Vertrauen wurde geschützt, und daher hatten in diesem Fall bloß interne Vereinbarungen und Vorgaben keine Auswirkungen auf das Außenverhältnis. Das Können im Außenverhältnis richtete sich also nach den offengelegten Teilen des Innenverhältnisses, während nicht offengelegte Teile des Innenverhältnisses für das Außenverhältnis irrelevant blieben.

Auch in Bezug auf das Innen- und Außenverhältnis bei der Stellvertretung raffte der Entwurf Horten die Bestimmungen des CTher, änderte deren dogmatische Konstruktion aber nicht. Im Entwurf Horten war ebenfalls vorgesehen, dass grundsätzlich das Innenverhältnis definierte, inwieweit der Mandatar den Mandanten im Außenverhältnis berechtigen und verpflichten konnte.

III, 19, § 26 sah vor: „Um so weniger mag der Eigenthümer aus den von seinem Bevollmächtigten oder Handlungsvorsteher mit einem Dritten geschlossenen Handlungen belanget werden, wenn derselbe dabei Grenzen des gehabten Auftrags überschritten hat, und der Dritte, der sich mit

dem Bevollmächtigten oder Handlungsvorsteher in einem solchen Contract eingelassen, hat sich selbst zuzuschreiben, daß er sich um den und die Erstreckung des demselben gegebenen Auftrags nicht besser erkundiget habe.“

In III, 19, § 31 differenzierte auch der Entwurf Horten zwischen der Wirkung zeigbarer und geheimer Vollmachten: „Wenn ein Bevollmächtigter oder Handlungsvorsteher mit zweierlei Vollmachten, einer zeigbaren und einer geheimen versehen ist, so ist zwar diese letztere der Verbindlichkeit zwischen Dem Bevollmächtigten und Jenem, der ihm die Vollmacht gegeben hat; allein alle von dem Bevollmächtigten, obschon mit Ueberschreitung seiner geheimen Vollmacht, vorgenommene Handlungen haben in Ansehung des Dritten, der sich mit demselben in eine Handlung eingelassen, und des Eigenthümers ihre vollkommene Giltigkeit und Verbindlichkeit, wofern sie nur der zeigbaren Vollmacht gemäß sind. Wenn jedoch dem Dritten diese geheime Beschränkung der dem Bevollmächtigten gegebenen zeigbaren Vollmacht wohl bewußt war, oder er sonst an der Gefährde des Bevollmächtigten mit Theil genommen hat, so soll er nicht befugt sein, den Eigenthümer aus dieser Handlung zu belangen.“

Wenn es eine zeigbare und eine geheime Vollmacht gab, die voneinander abwichen, dann war für das Außenverhältnis auch nach dem Entwurf Horten die zeigbare Vollmacht entscheidend – es sei denn, dass der Dritte auch die geheime Vollmacht gekannt hätte, weil er dann nicht in schützenswerter Weise – nur – auf die zeigbare Vollmacht vertraute.

Im Entwurf Martini war nicht ausdrücklich geregelt, dass die Vereinbarung im Innenverhältnis

zu erkundigen, widrigens aber, und da er sich darwider oder darüber in etwas eingelassen, hat derselbe sich selbst beizumessen, wann er sich sonach, insoweit der Auftrag oder Befehl überschritten worden, an dem Befehlshaber, Handlungsvorgesetzten oder Factor allein zu halten bemüssiget ist.“

⁷⁴ III, Kap. XVIII, Nr. 58 „Was hingegen ein Befehlshaber, Handlungsvorgesetzter oder Factor außer des Auftrags, oder wider oder über die Maß desselben unternimmt, dafür ist der Befehlsgeber oder Vorsetzende einem Dritten nicht verbunden, und lieget daher Jedermann ob, der mit einem Befehlshaber, Handlungsvorgesetzten oder Factor contrahiret, sich nach dem Inhalt, Gestalt und Maß des Auftrags oder Befehls wohl

die Befugnis im Außenverhältnis bestimmte. Im Zusammenhang ist aber klar, dass diese Frage nicht anders geregelt werden sollte, als in den Vorentwürfen. Auch zum Problem der doppelten Vollmacht enthielt der Entwurf Martini keine abstrakte Regelung. Er behandelte dieses Thema nur anhand eines konkreten Beispiels, nämlich der Aufnahme eines Darlehens für den Mandatar durch den Mandatar in III, 3, §§ 16–17:

„§ 16. Wird nun von Einem dem Andern die Vollmacht erteilt, von dem Dritten ein Geld auszuliehen, so besteht schon Anfangs zwischen dem Machtgäbe rundem Gewaltträger ein Empfehlungsvertrag; sobald aber der Dritte das Geld wirklich dargeliehen hat, so kommt auch zwischen dem Ersten und Dritten ein Darlehensvertrag zu Stande.⁷⁵

§ 17. Das Recht dieses Dritten, nemlich des Darleihers, muß allemal nach dem Inhalt der offenen Vollmacht beurtheilet werden. Wenn also die offene Vollmacht z.B. nur auf's Darleihen des Geldes lautet, und eine andere heimliche Vollmacht auch auf Verzinsung der gesuchten Geldsumme ausgestellt worden wäre, so kann der Darleiher nur nach der offenen, und nicht nach der heimlichen Vollmacht rechten.“

Trotz dieser im Vergleich zu CTher und Entwurf Horten rückschrittlichen Regelungstechnik folgte der Entwurf Martini inhaltlichen den beiden Vorentwürfen. Was CTher und Entwurf Horten „zeigbare“ Vollmacht“ genannt hatten, hieß im Entwurf Martini „offene Vollmacht“, die „geheimliche Vollmacht“ wurde nun „heimliche Vollmacht“ genannt. Wenn es beides gab und sich offene und heimliche Vollmacht widersprachen,

war für das Außenverhältnis die offene Vollmacht relevant, auch wenn sie über eine engere heimliche Vollmacht hinausging.

Obwohl der Entwurf Martini diese Problematik nur im Zusammenhang mit einem Darlehen behandelte, ist davon auszugehen, dass das Verhältnis von offener und heimlicher Vollmacht auch bei anderen Geschäften so hätte sein sollen, wie es die §§ 16 und 17 regelten. Im Übrigen waren diese Regelungen nicht nur wegen ihrer mangelnden Abstraktion knapper als jene in CTher und Entwurf Horten. Der Entwurf Martini beschäftigte sich auch weniger genau mit dem Vertrauensschutz des Dritten.

Der Entwurf Horten hatte ein dreigliedriges Konzept von Regel, Ausnahme und Gegen Ausnahme gehabt. In der Regel bestimmte die Vereinbarung im Innenverhältnis die Befugnis im Außenverhältnis. Bei zwei Vollmachten, einer zeigbaren und einer geheimen, gab es eine Ausnahme. Dazu gab es aber wiederum eine Gegen Ausnahme, wenn der Dritte die geheime Vollmacht kannte. Mit dieser letzten Konstellation beschäftigte sich der Entwurf Martini nicht; eine Gegen Ausnahme war nicht vorgesehen.

§ 1017 ABGB besagt: „In so fern der Gewalthaber nach dem Inhalte der Vollmacht den Gewaltgeber vorstellt, kann er ihm Rechte erwerben und Verbindlichkeiten auflegen. Hat er also innerhalb der Grenzen der offenen Vollmacht mit einem Dritten einen Vertrag geschlossen; so kommen die dadurch gegründeten Rechte und Verbindlichkeiten dem Gewaltgeber und dem Dritten; nicht aber dem Gewalthaber zu.“

Da eine Vollmacht im Sinne des § 1005 ABGB⁷⁶ zwangsläufig die Vereinbarung im Innenverhältnis

⁷⁵ Der Darlehensvertrag war (auch) nach dem Entwurf Martini ein Realvertrag (III, 3, § 20).

⁷⁶ Bei Anwendung der modernen Terminologie ließe sich aus dieser Bestimmung nichts über das Verhältnis von Innenverhältnis und Außenverhältnis herauslesen, weil der moderne, abstrakte Vollmachtbegriff

ausschließlich auf das Können im Außenverhältnis abstellt, nicht auf das Dürfen im Innenverhältnis. Bei Erlassung des ABGB wurde unter Vollmacht aber eine Urkunde über den Bevollmächtigungsvertrag verstanden (§ 1005 ABGB, dazu oben), somit war die Voll-

nis wiedergibt, geht aus dieser Bestimmung zunächst hervor, dass es ohne Vereinbarung im Innenverhältnis keine Vertretung im Außenverhältnis geben kann. Damit folgt das ABGB derselben Konstruktion wie die Vorentwürfe.

Ebenso übernahm das ABGB, dass nicht jede Vereinbarung oder Vorgabe im Innenverhältnis auch das Außenverhältnis beeinflusst, denn geheime Vollmachten tun das nicht. Im Gegensatz zum Entwurf Martini ist diese Regel nun wieder abstrakt und außerdem ganz knapp formuliert.⁷⁷ Der letzte Satz des § 1017 besagt: „Die dem Gewalthaber erteilte geheime Vollmacht hat auf die Rechte des Dritten keinen Einfluß.“⁷⁸

Wie schon der Entwurf Martini enthält das ABGB keine ausdrückliche Regelung darüber, ob eine dem Dritten bekannte geheime Vollmacht Außenwirkung entfaltet. Schon Zeiller ging aber davon aus, dass eine dem Dritten bekannte „geheime“ Vollmacht eben nicht mehr geheim ist, und damit Außenwirkung hat.⁷⁹ Die österreichische Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts folgte dieser Auffassung.⁸⁰

IV. Ausblick

Die in diesem Aufsatz behandelten Bestimmungen des ABGB stehen bis heute praktisch unverändert in Geltung. Die Regelungen über den Bevollmächtigungsvertrag wurde durch die Teilverordnungen von 1914, 1915 und 1916 überhaupt nicht

geändert, und auch seither gab es nur punktuelle Änderungen.⁸¹ Nach dem Gesetzwortlaut sollte sich an der Konzeption des Bevollmächtigungsvertrags seit 1811 also nichts geändert haben. Tatsächlich ist das nicht so.

Die Neuerung, dass Bevollmächtigungsverträge jedenfalls auch entgeltlich sein können, wurde seit dem Inkrafttreten des ABGB in Österreich nicht mehr in Frage gestellt. Dass das nicht selbstverständlich ist, zeigt der Vergleich mit Deutschland. Das BGB unterscheidet weiterhin zwischen dem unentgeltlichen Auftrag (§§ 662–674) und dem entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675–675b).

Die auf Grotius zurückgehende Konzeption von der gewillkürten Stellvertretung als Außenwirkung des Mandats wird hingegen von der österreichischen zivilrechtlichen Lehre und Judikatur so nicht mehr angewandt. Ausgehend vom A(D)HGB wurde in Deutschland in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts die Lehre von der Abstraktion der Vollmacht entwickelt. Sie besagt, dass die Vollmacht im Außenverhältnis und die Rechtsgrundlage des Innenverhältnisses (wie etwa ein Mandat) zwei getrennte Rechtsgeschäfte sind, wobei die Vollmacht insofern abstrakt ist, als ihre Gültigkeit von der Gültigkeit des Innenverhältnisses unabhängig ist. Außerdem wird die Vollmachtserteilung als einseitiges Rechtsgeschäft verstanden.

Diese abstrakte Konzeption der Vollmacht wurde nicht nur in das deutsche BGB übernommen,⁸²

macht kein eigenes Rechtsgeschäft für das Außenverhältnis, sondern ein außenwirksamer Beleg für das im Innenverhältnis abgeschlossene Rechtsgeschäft.

⁷⁷ Zeiller hatte die „Auslassung der Beispiele“ und die Regelung „durch allgemeine Vorschriften“ vorgeschlagen (OFNER, Ur-Entwurf II, 52).

⁷⁸ ZEILLER, Kommentar III/1, § 1017 Rz. 4 parallelisierte die geheime Vollmacht bei der Stellvertretung mit der Mentalreservation: „Wie man in Rechtsgeschäften überhaupt nur nach seinen Aeußerungen, nicht nach seinem geheimen Vorbehalte beurtheilt wird (§. 861.), so muß auch der Machtgeber nach dem Inhalte seiner

öffentlichen Vollmacht haften, obschon der Machthaber die ihm in der geheimen Vollmacht gesetzten Grenzen überschritten hätte.“

⁷⁹ ZEILLER, Kommentar III/1, § 1017 Rz 1: „So bald letztere vorgezeigt wird, ist sie einer öffentlichen gleich zu halten.“

⁸⁰ LANDWEHR, Vertrauensschutz 228 Fn. 40 mit weiteren Nachweisen.

⁸¹ Nicht mehr der Stammfassung entsprechen nur die §§ 1019, 1024, 1029, 1034.

⁸² §§ 164–184 BGB; dazu nur: DOERNER, Abstraktheit; einen Vergleich der Stellvertretungskonzeptionen von

sondern auch von der österreichischen Lehre und Rechtsprechung.⁸³ Dass das ABGB eindeutig einem anderen Konzept folgt, wird dabei zumeist damit erklärt, dass die zivilrechtliche Dogmatik und Terminologie gewissermaßen auf einer niedrigeren Stufe stand, als das Gesetz erlassen wurde.⁸⁴ Das zeugt von einer gewissen Leichtfertigkeit im Umgang mit dem Gesetzestext und wenig Sinn für die dogmatische Konzeption des ABGB.

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

ABGB und BGB bietet SWOBODA, Bevollmächtigungsvertrag 1–19.

⁸³ Die hochinteressante Frage, wie es zu dieser Übernahme der abstrakten deutschen Vertretungskonzeption nach Österreich kam, ist – nicht zuletzt aus Platzgründen – nicht Gegenstand dieses Aufsatzes.

⁸⁴ Besonders typisch die Erläuterungen zum IPRG 1979: „Wenngleich das ABGB, entsprechend dem Erkenntnisstand seiner Zeit, die nach außen wirkende Stellvertretung (Vollmacht) von dem ihr zugrunde liegenden Innenverhältnis zwischen Stellvertreter und Vertretenem (Auftrag, Ermächtigung) noch nicht streng unterscheidet, ist die von der Pandektistik in der Mitte des 19. Jahrhunderts aufgedeckte klare Trennung dieser beiden Bereiche schon seit längerem auch für das österreichische Recht allgemeine Rechtsüberzeugung geworden.“ (ErlRV 784 BlgNR 14. GP 65); siehe auch: BYDLINSKI, in: KOZIOL, BYDLINSKI, BOLLENBERGER, § 1002 Rz. 1; RUBIN, in: KLETEČKA, SCHAUER, § 1002 Rz. 1–2; STRASSER, in: RUMMEL, § 1002 Rz. 1; auch APATHY, in: SCHWIMANN, KODEK, § 1002 Rz 3 wendet die spätere Lehre von der Abstraktheit der Vollmacht gewissermaßen rückwirkend auf die Bestimmungen des ABGB an, vermeidet aber Hinweise darauf, dass

Abkürzungen:

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

Literatur:

- Peter APATHY, in: Michael SCHWIMANN, Georg KODEK (Hgg.), ABGB Praxiskommentar (Wien 2021).
- Andreas BAUMGARTNER, Die Abstraktheit iS des § 1017 S 3 ABGB als Grundlage für den Fehlgebrauch der Vertretungsmacht im Privatrecht, in: JBl. 140 (2018) 681–695.
- DERS., Ulrich TORGLER, in: Attila FENYVES, Ferdinand KERSCHNER, Andreas VONKILCH, Heinrich KLANG (Hgg.), ABGB §§ 1002 bis 1044. 3. Auflage des von Dr. Heinrich Klang begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Wien 2019).
- Nikolaus BENKE, Zu Papinians actio ad exemplum institoriae actionis, in: ZRG RA 105 (1988) 592–633.
- Peter BYDLINSKI, in: Helmut KOZIOL, Peter BYDLINSKI, Raimund BOLLENBERGER (Hgg.), ABGB. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, EheG, KSchG, IPR-G, Rom I-, Rom II- und Rom III-VO (Wien 2020).
- Axel CLAUS, Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht (Berlin 1973).

das Konzept des ABGB veraltet oder Ähnliches sei. Wesentlich differenzierter BAUMGARTNER, Abstraktheit und DERS., TORGLER, in: FENYVES, KERSCHNER, VONKILCH, § 1002 Rz 5, 17–29 und § 1017 Rz 61–82, die zum Ergebnis kommen, dass die Abstraktheit der Vollmacht schon § 1017 ABGB angelegt wurde; diesem Befund ist insoweit zuzustimmen, als schon das ABGB und seine Vorentwürfe vorsahen, dass Innen- und Außenverhältnis auseinanderfallen konnten. Allerdings musste im Konzept des ABGB jede Außenwirkung auf einer Vereinbarung im Innenverhältnis beruhen und war insofern nicht abstrakt. Der Vertrauensschutz gegenüber Dritten ergab sich gerade nicht daraus, dass das Können im Außenverhältnis unabhängig vom Innenverhältnis begründet wurde, sondern daraus, dass nicht jede Vereinbarung im Innenverhältnis auf das Außenverhältnis „durchschlägt“. Das ist aber mehr eine Frage der Terminologie von abstrakt; im Ergebnis sind die Überlegungen überzeugend. Sowohl in der Terminologie als auch im Ergebnis überzeugend ist: LUKAS, Geheime und offene Vollmachten, der schlichtweg zum Ergebnis kommt, dass Vollmachten nach dem ABGB nicht abstrakt sind.

- Ruth DOERNER, Die Abstraktheit der Vollmacht. Zur mangelnden Begründbarkeit eines bürgerlich-rechtlichen Lehrsatzes (Berlin 2018).
- J. Harry DONDORP, Jan HALLEBEEK, Grotius' Doctrine on "adquisitio obligationis per alterum" and its Roots in the Legal Past of Europe, in: O. CONDORELLI (Hg.), „Panta rei“. Studi dedicati a Manlio Belomo, Bd. II (Rome 2004) 205–244.
- Thomas FINKENAUER, Das entgeltliche Mandat im klassischen römischen Recht, in: Ulrich MANTHE, Shigeo NISHIMURA, Mariko IGIMI (Hgg.), Aus der Werkstatt römischer Juristen. Vorträge der Europäisch-Ostasiatischen Tagung 2013 in Fukuoka (Berlin 2016) 55–90.
- Hugo GROTIUS, De jure belli ac pacis (Paris 1625).
- Jan HALLEBEEK, Ius quaesitum tertio in Medieval Roman Law, in: Eltjo J.H. SCHRAGE (Hg.), Ius quaesitum tertio (Berlin 2008) 61–108.
- Philipp Harras von HARRASOWSKY Geschichte der Codification des österreichischen Civilrechtes (Wien 1868).
- DERS. (Hg.), Der Codex Theresianus und seine Umarbeitungen, 3 Bde. (Wien 1883–1886).
- Max KASER, Das Römische Privatrecht, 2 Bde. (München 1971/75).
- Hans KRELLER, Formula ad exemplum institoriae actionis, in: Festschrift für Leopold Wenger. Zu seinem 70. Geburtstag dargebracht von Freunden, Fachgenossen und Schülern, Bd. II (München 1945) 73–101.
- Klaus KOWALSKI, Das Vertragsverständnis des Hugo Grotius. Zwischen Gerechtigkeit, Treue und Rechtsübertragung (Köln 2022).
- Götz LANDWEHR, Vertrauensschutz des Dritten bei der gewillkürten Stellvertretung in der Gesetzgebung in Deutschland seit dem 18. Jahrhundert, in: Reinhard ZIMMERMANN, Rolf KNÜTEL, Jens Peter MEINCKE (Hgg.), Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik (Heidelberg 1999) 219–258.
- Hermann LANGE, Römisches Recht im Mittelalter, Bd. I: Die Glossatoren (München 1997).
- Meinhard LUKAS, Geheime und offene Vollmachten. Ein Beitrag zur systemkonformen Einordnung des sogenannten Vertretungsmissbrauchs, in: Hanns FITZ u.a. (Hgg.) FS für Hellwig Torggler (Wien 2013) 815–831.
- Ulrich MÜLLER, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter (Stuttgart u.a. 1969).
- Christian NESCHWARA, Karl Anton Martini und sein Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch, in: Johann EGGER, Georg KABBE (Hgg.), Aspekte der Rechtsgeschichte und der Gesellschaftspolitik in Tirol, Österreich und weltweit. FS zum 70. Geburtstag von Kurt Ebert (Veliko Tarnovo 2013) 210–226.
- DERS., Einleitung, in: DERS. (Hg.), Die ältesten Materialien zur Kodifikationsgeschichte des österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (= Fontes iuris 22, Wien 2012) 15–91.
- Julius OFNER, Der Ur-Entwurf und die Berathungsprotokolle des Österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches 2 Bde. (Wien 1889).
- Ernst RABEL, Ein Ruhmesblatt Papinians, in: DERS., Gesammelte Aufsätze IV (Tübingen 1971) 269–293.
- Andreas RIEDLER, in: Michael SCHWIMANN, Georg KODEK (Hgg.), ABGB Praxiskommentar (Wien 2014).
- Daniel RUBIN, in: Andreas KLETEČKA, Martin SCHAUER (Hgg.), ABGB-ON^{1.03} (Stand 1.3.2017, rdb.at).
- Peter RUMMEL, in: DERS., Meinhard LUKAS (Hgg.), ABGB. Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Wien 4Stand 1.11.2014, rdb.at).
- Josef von SCHEY, Die Obligationenverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd. 1, Heft 3: Der Bevollmächtigungsvertrag (Auftrag) (Wien 1907).
- Wilhelm SIMSHÄUSER, Papinians Beitrag zur Begründung einer Rechtsscheinhaftung im klassischen römischen Recht, in: Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca VII (Napoli 2001) 489–525.
- Rudolf STRASSER, in: Peter RUMMEL, Meinhard LUKAS (Hgg.), ABGB. Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (Wien 32007).
- Ernst SWOBODA, Bevollmächtigungsvertrag und Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, versio in rem (Wien–Leipzig 1932).
- Andreas WACKE, Die adjektivischen Klagen im Überblick, in: ZRG RA 111 (1994) 280–362.
- Franz von ZEILLER, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, 4 Bde. (Wien–Triest 1811–1813).
- Reinhard ZIMMERMANN, The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition (Oxford 1996).

Peter TECHET, Freiburg im Breisgau

Rechtsslage im Kinowesen in der Ersten Republik Zensur- und Länderkompetenzfrage in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes

Legal situation of the cinemas in the First Republic –

Questions of censorship and state competences in the jurisdiction of the Austrian Constitutional Court

In the First Republic, the question of whether the censorship would continue to exist for theater and cinema was not clear: the Constitutional Court (VfGH) first confirmed, then suspended it. In Vorarlberg, however, the regional government kept on exercising censorship, and the Constitutional Court had to stop this practice. In addition to the censorship, the question of competences was also an important issue at this time for the regulation on cinema. The Constitutional Court (VfGH) ruled in favor of the regional government of Vienna (by confirming the Viennese State Law on Cinema of 1926), which denied the competences of the federal police. The abolition of the censorship by the VfGH was a liberal progress in the First Republic, but the competences of the states made conservative measures possible outside of Vienna.

Keywords: *censorship – cinema – competencies – Constitutional Court – Federal Constitution (B-VG) – First Republic – Hans Kelsen – police – theater – Vienna – Viennese State Law of Cinema – Vorarlberg*

*„Der Gesetzgeber habe zweifellos nicht weniger gemeint als er gesagt habe.“
(Hans Kelsen in der internen Beratung des VfGH, 1919)*

In der Ersten Republik wurden mehrere kulturpolitische Themen als juristische Streitigkeiten in der Öffentlichkeit ausgetragen, indem sie letztendlich vom Verfassungsgerichtshof (VfGH) entschieden wurden – wenngleich sie politisch weiterhin umkämpft blieben. Dadurch wurde zwar die politische Gegensätzlichkeit, welche die Debatten zwischen den „Lagern“ bestimmte, abgemildert, d.h. in eine juristische Sprache umgesetzt, aber es kam auch zu einer gewissen Politisierung der Verfassungsfragen.¹ Die Zensurfrage war dabei ein wichtiges Kapitel, das einerseits eine Rechtsauslegungsfrage darstellte (d.h. ob 1918 alle Zensuren oder „nur“ die Pressezensur abgeschafft worden waren), andererseits die

Kompetenzen im Kinowesen betraf. Der VfGH trug dabei zur Zensurfreiheit, aber gleichzeitig auch zur „Verlängerung“ des Kinowesens bei.

Im folgenden Aufsatz werden einerseits die VfGH-Erkenntnisse bezüglich der Zensurfrage analysiert. Der VfGH musste nämlich entscheiden, ob die Theaterzensur in der Republik noch bestehe, was zuerst bejaht, dann aber verneint wurde. (I, II) In der Kinozensurfrage setzte sich danach ebenso eine „liberale“ VfGH-Judikatur durch, welcher sich aber die Landesregierung von Vorarlberg zu entziehen versuchte. (III.) Für das Kinowesen stellte andererseits auch die Kompetenzfrage einen Streitpunkt dar, der vom VfGH zuungunsten der bisherigen polizeilichen Zuständigkeiten entschieden wurde. (IV.) Die Konstellation, dass die Kinozensur abgeschafft

¹ Zur Bedeutung und zum historischen Kontext der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit in der Ersten

Republik siehe u.a. TECHET, *Vers une lecture historique* 127–138.

bzw. das Kinowesen als Länderkompetenz bestimmt wurde, ermöglichte 1926 zwar das vom VfGH bestätigte Wiener Landeskinogesetz, aber die „Verlängerung“ des Kinowesens brachte gleichzeitig auch restriktive Vorschriften in anderen Bundesländern mit sich. (V.)

Im Vordergrund der verfassungsrechtlichen Debatten standen die Fragen von Auslegungsmöglichkeiten (Wortlaut- oder historische Interpretation) bzw. die Kompetenzen (vor allem nach dem Inkrafttreten der „republikanischen“ Kompetenzregelungen). Der politische Hintergrund war hingegen der Versuch der sozialdemokratischen Wiener Landesregierung, sich gegenüber dem Bund, vor allem in den bisherigen polizeilichen Zuständigkeiten, durch Landesgesetze zu behaupten.

I. „Jede Zensur“: Auslegung nach Wortlaut oder Gesetzgeberwille?

Die Frage der Kinozensur hing mit jener der Theaterzensur zusammen, weil Zensurmaßnahmen für das Kinowesen selbstverständlich erst später eingeführt wurden. Die Debatte darüber, ob und wie Zensur in der Republik bestand, betraf freilich auch das Kinowesen. Der Durchbruch in der Kinozensurfrage wurde insofern von den Debatten um die Presse- und Theaterzensur vorbereitet.

Die Pressezensur wurde in Österreich 1867 im Staatsgrundgesetz (StGG) abgeschafft: „Jedermann hat das Recht, durch Wort, Schrift, Druck oder durch bildliche Darstellung seine Meinung innerhalb der gesetzten Schranken frei äußern. Die Presse darf weder unter Censur, noch durch das Concessions-System beschränkt werden. Administrative Postverbote finden auf inländische Druckschriften keine Anwendung“ (Art. 13 RGBL. 142/1867).

In anderen Fragen, wie etwa im Theaterwesen, bestanden weiterhin Einschränkungen. Die Theaterverordnung aus dem Jahre 1850 ermöglichte dem Statthalter, Theaterdarstellungen im Voraus zu bewilligen und im Nachhinein zu verbieten (§ 3 RGBL. 454/1850). Bezüglich eines späteren Verbotes stellte die Theaterverordnung nur lakonisch fest, dass „[d]ie ertheilte Aufführungsbewilligung aus Beweigründen der öffentlichen Ordnung jederzeit zurückgenommen werden [kann]“ (§ 5 RGBL. 454/1850). In den der Verordnung beigefügten „Instructionen“ wurde außerdem „[i]n dringenden Fällen [...] selbst den Staatssicherheitsbehörden die Vollmacht ertheilt, die weitere Aufführung eines, der öffentlichen Ruhe gefährlichen Stückes zu untersagen“. Auch im ersten größeren „Kulturkampf“ der Ersten Republik, in den Streitigkeiten um Arthur Schnitzlers „Reigen“, ging es unter anderem darum, ob dem Bundesminister das Recht zustand, ein Theaterstück nachhinein – durch Weisung an einen Landeshauptmann – zu verbieten.²

In Ausnahmesituationen waren die Verwaltungsbehörden in der Monarchie berechtigt, das Erscheinen und die Verbreitung von Druckschriften einzustellen, Postverbote zu erlassen, oder den dazugehörigen Betrieb einzugrenzen, wenn die öffentliche Ordnung durch die Druckschriften bedroht erschien (§ 7 RGBL. 66/1869). Eine Pressezensur – d.h. eine vorausgehende Kontrolle der Inhalte – war aber nicht erlaubt. Nach dem Ausbruch des Ersten Weltkrieges wurden allerdings Maßnahmen eingeführt, welche einzelne Staatsbürgerrechte – wie auch die Meinungsfreiheit – aufhoben (RGBL. 158/1914). Es wurde ein Kriegsüberwachungsamt eingerichtet,³ welches die Pressezensur ausübte.⁴ Nach dem Krieg erklärte die Provisorische Nationalversammlung am 30. Oktober 1918 „jede Zensur“

² Zum „Reigen“-Fall siehe TECHET, Reigen um Kompetenzen.

³ Dazu siehe u.a. SCHEER, Kriegsüberwachungsamt und Zensurfrage.

⁴ Zur Zensur im Ersten Weltkrieg siehe SPANN, Zensur-system 32ff.

– als „dem Grundrecht der Staatsbürger widersprechend“ – für „aufgehoben“ (Punkt 1, StGBI. 3/1918).

Es war allerdings fraglich, was die Bezeichnung „jede Zensur“ zu bedeuten hatte. Zwei Auslegungsmöglichkeiten boten sich dabei an: Entweder konnten alle Zensurmaßnahmen oder nur die Pressezensur darunter verstanden werden. Der Beschluss von 1918 hatte wortwörtlich alle Zensurmaßnahmen (d.h. „jede Zensur“) aufgehoben, welche „dem Grundrecht der Staatsbürger“ widersprachen. Weil nur die Pressefreiheit als Grundrecht galt, hätte die Aufhebung der Zensur nur die Beseitigung der Pressezensur bedeutet. Die Frage, ob andere Zensurmaßnahmen, etwa betreffend das Theater- oder Kinowesen, nach dem Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung in der neuen Republik fortbestanden, war demnach Gegenstand verfassungsrechtlicher Debatten vor dem VfGH, der zwischen den möglichen Auslegungen – (a) „jede Zensur“ als alle Zensuren oder (b) „jede Zensur“ als dem StGG (d.h. der Pressefreiheit) widersprechende Zensur – eine Entscheidung zu treffen hatte. Wie zu zeigen sein wird, änderte sich die Judikatur des VfGH in der Ersten Republik maßgeblich: Die Theaterzensur wurde 1919 noch aufrechterhalten,⁵ 1926 aber – gemeinsam mit der Kinozensur – aufgehoben.⁶

Dass der Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung keine Klarheit *in puncto* Zensurfragen schaffte, zeigte sich auch darin, dass sogar die klerikale „Reichspost“ in einem Artikel am 2. März 1919 die Theaterzensur für „abgeschüttelt“ und „einen unbilligen Zwang“ erachtete. Das Blatt stellte fest, dass „[sich d]ie Theaterdirektoren denn auch schon [beeilen], alle in den letzten Jahren verbotenen Stücke aufzuführen“.⁷

Weniger optimistisch war die deutschfreiheitliche, antiklerikale Tageszeitung „Der Morgen“, die ironisch bemerkte, dass die Theaterzensur zwar „[e]inem Hörensagen zufolge“ abgeschafft, aber von der Polizei durch Kontrolle der Theaterstücke und der Aufführungen weiterhin – wenn auch nicht als Zensur im engsten Sinne – praktiziert würde: „Der arme Kerl [d.h. der Polizist – Anm. des Autors] gehörte ja beinah’ schon zum Theatermöblement“, obwohl „[k]ein republikanisches Gesetz ihm [dem Polizisten – Anm. des Autors] ein Mandat zu solcher Beaufsichtigung“ erteilt habe.⁸

Die Behörden konnten eine Vorkontrolle- und Aufsichtsfunktion aufgrund der erwähnten Theaterverordnung von 1850 ausüben. Bezüglich dieser Maßnahmen stellte allerdings der Wiener Magistratsdirektor Ludwig Mennet 1925 fest, dass „Aufgabe der Zensur alleine die Verhütung allgemein öffentlichen Ärgernisses und der Bedrohung der öffentlichen Ruhe und Ordnung [ist], nicht aber in Form von Verboten an Stelle des Publikums Kritik an Literaturerzeugnissen zu üben“.⁹

Wegen der unklaren Rechtslage wurden Theaterstücke auf die Bühne gebracht, die vorher nicht bewilligt worden waren. So entschied sich etwa die Neue Wiener Bühne für Robert Kopals Stück „Dimpfl“, das 1914 noch nicht zugelassen worden war.¹⁰ Am 5. September 1919 fand die Premiere statt.¹¹ Im Stück hielt der tollpatschige „Dimpfl“ – und wie die „Arbeiter-Zeitung“ bemerkte: „[w]enn einer Dimpfl benannt wird, [...] muß er ein bißchen Tepp [sein]“¹² – den Liebhaber seiner Frau für einen Einbrecher und tötete ihn versehentlich. Dimpfl wurde aber im Stück dank eines geschickten Rechtsanwaltes nicht nur freigesprochen, sondern sogar zu einem Helden

⁵ VfSlg. 32/1919.

⁶ VfSlg. 552/1926, VfSlg. 630/1926, VfSlg. 949/1928, VfSlg. 1089/1928.

⁷ Reichspost Nr. 104 v. 2. 3. 1919, 9.

⁸ Der Morgen Nr. 14 v. 7. 4. 1919, 7.

⁹ MENNET, Theaterzensur 5.

¹⁰ Neues Wiener Journal Nr. 9296 v. 20. 9. 1919, 9.

¹¹ Neue Freie Presse Nr. 9766 v. 4. 9. 1919, 11.

¹² Arbeiter-Zeitung Nr. 246 v. 7. 9. 1919, 8.

in seiner dörflichen Umgebung erkoren, der gemeinsam mit dem Strafverteidiger und dem Staatsanwalt Tarock spielt und später eine reiche Witwe heiratet. Das Theaterstück erhielt in der Presse wohlwollende Kritiken: Als groteskes Abbild kleinbürgerlicher Verhältnisse wurde es gepriesen, für die ordinäre Sprache jedoch gerügt.¹³ Die klerikale „Reichspost“ anerkannte zwar die gesellschaftskritische Seite des Stückes, aber sie empfand es doch als zu erotisch und religionsverletzend: „Satirische Kraft und geschickte Aufmachung, Witz und Temperament sind dieser, im Einfall nicht völlig neuen Grotoske nicht abzusprechen. [...] Immerhin: sie wäre annehmbar, wenn sie nicht bei allen erotischen Anlässen von so rüder Deutlichkeit wäre und wenn sie sich nicht recht überflüssigerweise so ganz nebenbei mit ihrem Spott auch gegen Religion und Kirche wenden würde.“¹⁴

Dass eine Theaterzensur – zumindest nach Auffassung der Polizei – weiterhin bestand, erfuhr Emil Goldmann-Geyer, der Direktor der Neuen Wiener Bühne, als das Bezirkspolizeikommissariat Wien-Alsergrund ihn wegen der fehlenden Vorzensur (§ 3 RGBL. 454/1850) bzw. des Versäumnisses der polizeilichen Bewilligung von Dekoration und Beleuchtung (§ 49 LGBl. Niederösterreich 57/1911) bestrafte. Seinem Rekurs dagegen wurde von der niederösterreichischen Landesregierung – in deren Wirkungsbereich Wien damals noch als Gemeinde gehörte – nicht stattgegeben. Er reichte dagegen eine Beschwerde beim VfGH ein, weil er sich in seiner staatsbürgerlichen Freiheit verletzt fühlte.¹⁵ Er verstand nämlich den Beschluss vom 30. Oktober 1918 als Statuierung der vollkommenen Zensurfreiheit: „Aus der feierlich und verheissungsvoll

klingenden Motivierung ‚als dem Grundrecht der Staatsbürger widersprechend‘ erhellt, dass es sich nicht um ein Gesetz des gesetzgeberischen Alltags handelt, sondern vielmehr um eine feierliche Deklaration eines allgemeinen Rechtes der Staatsbürger“;¹⁶ d.h. der Beschluss hebe nicht nur die Pressezensur auf, indem er die vorherige Rechtslage wiederherstelle und bekräftige, sondern die Zensurfreiheit sei „als Bestandteil der allgemeinen Rechte der Staatsbürger“ neu statuiert.¹⁷ Der Theaterdirektor war der Meinung, dass der Wortlaut des Beschlusses, nach dem „jede Zensur“ aufgehoben sei, eine andere Interpretation nicht zuließe.¹⁸

In der öffentlichen Sitzung vor dem VfGH plädierte der deutschliberale Verfassungsrichter Julius Ofner für die Abweisung der Beschwerde: Der Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung habe kein neues Grundrecht eingeführt, sondern das alte Grundrecht der Pressefreiheit wieder in Geltung gesetzt.¹⁹ Ofner war der Berichterstatter in der Provisorischen Nationalversammlung für den Beschluss, er bezog sich in seinem dortigen Bericht ständig auf die Pressezensur, wenn es um die „Zensur“ ging:

„Die Zeitungen könnten sich vor der Einstellung dadurch schützen, daß sie eben ihre Artikel der Zensur vorlegen. Das sei eigentlich das Wesen der jetzigen Zensur. [...] Es hat auch kein Blatt gewagt, sich der Zensur zu entziehen, und ist manches eingestellt worden. Das ist unerträglich. Es ist auch kein praktischer Grund da, das beizubehalten. [...] [W]ir, die Regierung Deutschösterreich, die Nationalversammlung, müssen feststellen, daß eine Zensur gesetzwidrig ist, weil sie dem Grundrecht der Staatsbürger widerspricht und daß sie daher aufgehoben wird.“²⁰

¹³ Neues Wiener Journal Nr. 9283 v. 6. 9. 1919, 9.

¹⁴ Reichspost Nr. 331 v. 7. 11.1919, 11.

¹⁵ Beschwerde (16. 10. 1919), in: VfGH Z 329, fol. 4f.

¹⁶ Ebd., fol. 5.

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Ebd., fol. 6f.

¹⁹ Protokoll der öffentlichen Sitzung vor dem VfGH (16. 12. 1919), in: VfGH Z 329, fol. 19ff.

²⁰ Berichterstattung von Julius Ofner an der II. Sitzung der Provisorischen Nationalversammlung für Deutschösterreich (30. 10. 1918), in: StenProt PNV, 2. Sitzung, 57 [Hervorhebung durch den Autor].

Was und worüber in der Provisorischen Nationalversammlung debattiert wurde, muss aber die Bedeutung der entstandenen Norm nicht notwendig vorgeben, beschränken. Der Sinn eines Gesetzestextes kann sich auch aus der objektiven (gesetzten) Bedeutung erschließen, welche sich aus der grammatikalischen Interpretation des Wortlautes ergibt. In diesem Sinne meinte Hans Kelsen in der nichtöffentlichen Sitzung des VfGH, dass der Beschluss „ein Beispiel für die Differenz zwischen der Absicht des Gesetzgebers und dem Wortlaute des Gesetzes“ sei, wo aber nur der Wortlaut „die einzig denkbare Interpretation“ ermögliche.²¹ Er lehnte ab, die subjektive Absicht des Gesetzgebers gegen den schriftlich objektivierten Willen (d.h. den Gesetzestext) auszuspielen, weil „der Gesetzgeber zweifellos nicht weniger gemeint [habe,] als er gesagt habe“.²²

In seinem ersten Verfassungskommentar vertrat aber Kelsen noch eine restriktivere – wenn auch über die konkreten Pressezensurregeln hinausgehende – Lesart,²³ nach welcher nicht nur die bestehenden – d.h. aufgrund der Ausnahmezustandsnormierung (RGI. 66/1869, RGI. 158/1914) erlassenen – Zensurmaßnahmen, sondern auch jegliche Regelungen, die eine solche Zensur ermöglicht hatten, aufzuheben seien; aber er meinte dabei nur „die Suspendierung der die Pressezensur verbietenden Norm des Staatsgrundgesetzes“. In der internen Sitzung des VfGH ging Kelsen also einen wesentlichen Schritt weiter. Er interpretierte das „Grundrecht der Staatsbürger“ im Beschluss als „ein Grundrecht überhaupt“, d.h. der Beschluss beinhalte ihm zufolge einen „Hinweis auf das Naturrecht“.²⁴ Dass Kelsen im Beschlusstext einen Hinweis auf das Naturrecht zu erkennen glaubte, heißt aber nicht, dass er selbst die Grundrechte als Naturrechte verstanden hätte. Er

verwies bloß darauf, dass der Beschluss eben nicht nur das bestehende, positive Grundrecht der Pressefreiheit gemeint habe.

Dass „jede Zensur“ alle Zensuren, d.h. nicht nur die Pressezensur betreffe, begründete Kelsen auch damit, dass Art. 14 StGG die allgemeine Meinungsfreiheit statuiere (Art. 13 Abs. 2 bestimmt die Pressefreiheit als Spezialform der Meinungsfreiheit): Weil der Beschluss von 1918 „jede Zensur“ als „dem Staatsgrundgesetz widersprechend“ bezeichnete, erstreckte er sich Kelsen zufolge auch auf die Theaterzensur, weil diese die Meinungsfreiheit ebenso einschränke.²⁵ Die Theaterzensur könne also beibehalten (oder eingeführt) werden, wenn ein Gesetz darüber erlassen würde, der VfGH könne aber eine solche gesetzgeberische Aufgabe – durch Bekräftigung der Theaterzensur trotz des Beschlusses von 1918 – nicht wahrnehmen: „Wünsche man die Beibehaltung der Theaterzensur, so sei hierfür ein Gesetz notwendig, der Gerichtshof [VfGH – Anm. des Autors] sei nicht dazu da, um Lücken des Gesetzes auszufüllen.“²⁶

Kelsen ging zwar darauf nicht ein, aber die Theaterverordnung von 1850 bzw. die entsprechenden Landesgesetze (z.B. LGBl. NÖ 57/1911) hätten als gesetzliche Grundlage für eine Kontrolle des Theaterwesens betrachtet werden können. Auch das Polizeikommissariat Wien-Alsergrund sprach nicht über Theaterzensur. Die Geldstrafe wurde wegen Verletzung der bestehenden gesetzlichen Vorschriften bezüglich Bewilligung sowie Dekoration und Beleuchtung erhoben. Der christlichsoziale Verfassungsrichter Viktor Kienböck stellte deswegen in Frage, ob die Kontrolle

²¹ Protokoll der nichtöffentlichen Sitzung des VfGH (16. 12. 1919), in: VfGH Z 329, fol. 21ff.

²² Ebd., fol. 23f.

²³ KELSEN, Verfassungsgesetze 81f.

²⁴ Protokoll der nichtöffentlichen Sitzung des VfGH (16. 12. 1919), in: VfGH Z 329, fol. 21.

²⁵ Ebd., fol. 22.

²⁶ Ebd.

des Theaterwesens die Meinungsfreiheit einschränke,²⁷ zumal Art. 14 StGG die Meinungsfreiheit „nur“ bezüglich „Schrift, Druck oder [...] bildliche[r] Darstellung“ bzw. der Presse festlege.

In der Abstimmung entstand eine Stimmgleichheit – Friedrich Austerlitz, Robert Neumann-Ettenreich und Julius Sylvester unterstützten Kelsens Auffassung –, insofern fiel die Entscheidung dem VfGH-Präsident Paul Vittorelli zu, der für die Abweisung der Beschwerde stimmte.²⁸ Im Erkenntnis wurde demnach ausgesprochen, dass der Beschluss vom 30. Oktober 1918 kein neues Grundrecht konstruiere, sondern das bestehende bestätige.²⁹ Der Beschluss habe auf die während des Ersten Weltkrieges, über die gesetzliche Ermächtigung (RGI. 66/1869) hinausgehende Pressezensurpraxis reagiert, indem er diese – aber nur diese Art der Zensur – für aufgehoben erklärt habe. Das Wortlaut „jede Zensur“ wurde demnach so interpretiert, als ob die „Zensur“ immer nur die Pressezensur bedeutet hätte, weil die Theaterzensur als solche – und nicht als „Zensur“ – bezeichnet werde.

Das Erkenntnis bezog sich dabei auf das Protokoll der Provisorischen Nationalversammlung – d.h. auf den historischen Willen des Gesetzgebers –, weil die Debatte dort unter dem Thema des Presse-, Vereins- und Versammlungsrechts stattgefunden habe: „Der Annahme, daß der Beschluss die Zensur des Theaters und Kinos umfasse, steht auch die legislative Erwägung entgegen, daß die Aufhebung der letzteren in der österreichischen Gesetzgebung bisher nicht in Aussicht genommen wurde.“³⁰ Die sozialdemokratische „Arbeiter-Zeitung“ las aus dem Erkenntnis jedenfalls heraus, dass „es der Nationalversammlung zur Pflicht macht, der Frage der Theaterzensur gesetzgeberisch näher zu treten“.³¹

II. Aufhebung der Theaterzensur: Änderung des Gesetzgeberwillens?

Als die Frage der Theaterzensur 1925/1926 wiederum auftauchte, wurde gerade die gesetzgeberische Entscheidung, den Beschluss vom 30. Oktober 1918 in den Verfassungsrang zu erheben (Art. 149 B-VG), als Beweis für die Aufhebung jeglicher Zensur bewertet: Die Pressezensur sei nämlich bereits mit dem Beschluss von 1918 abgeschafft worden, d.h. wenn es nur um die Pressefreiheit gegangen wäre, wäre dies schon damit erreicht worden. Die verfassungsgesetzliche Bestätigung habe dem Beschluss demnach eine neue Bedeutung zugewiesen.

Die Frage wurde wiederum wegen eines Theaterverbotes diskutiert. 1925 wurde das Theaterstück des Freidenkers Karl Ander, „Das Weib des Proletariats“, in mehreren Bundesländern aufgeführt. Im Stück ging es um eine gesellschaftskritische Darstellung der Konsequenzen der strafrechtlichen Verfolgung der Abtreibung (§ 144 Strafgesetz [StG] RGI. 117/1852).³² In Oberösterreich fiel allerdings die Entscheidung der dortigen Zensurbehörde zuungunsten des Theaterstückes. Gegen die Entscheidung der oberösterreichischen Landesregierung erhob der Linzer Freidenkerbund erfolglos einen Rekurs beim Bundeskanzleramt. Deswegen reichten die Linzer Freidenker eine Beschwerde beim VfGH ein.³³

In der Beschwerde wurde „auf den klaren Wortlaut“ des Beschlusses vom 30. Oktober 1918 verwiesen, weswegen „jede weitere Erörterung unterbleiben [könne]“.³⁴ Indem Art. 149 B-VG diesen Beschluss in den Verfassungsgesetzesrang erhebe, rezipiere das B-VG das StGG „nicht wortwörtlich in der alten Fassung, sondern in erweiterter Fassung“, nach der nicht nur die Pressezen-

²⁷ Ebd., fol. 22f.

²⁸ Ebd., fol. 24f.

²⁹ VfSlg. 32/1919.

³⁰ Ebd.

³¹ Arbeiter-Zeitung Nr. 345 v. 19. 12. 1919, 5.

³² Der Tag Nr. 763 v. 14. 1. 1925, 6.

³³ Beschwerde (4. 11. 1925), in: VfGH B 74/25, fol. 3ff.

³⁴ Ebd. fol. 5f.

sur, sondern jede andere Zensurarten als aufgehoben gelte.³⁵ Gegen eine subjektive, auf die historische Absicht des Gesetzgebers abzielende Interpretation führte die Beschwerde das Erfordernis ins Treffen, das Recht den gesellschaftlichen Änderungen anzupassen: „Kein Gesetz ist auf die Dauer berechnet. Die kulturellen, sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse eines Volkes ändern sich aber oft sehr schnell. Soll also ein Gesetz nicht geradezu volksfremd sein [...], dann muss das Gesetz eine den Zeitverhältnissen entsprechende Auslegung finden. [...] Da in den gegenwärtig herrschenden Zeiten jede Zensur als ein unangenehmer, lästiger und drückender Zwang empfunden wird, wird auch Punkt 1 des obzitierten Beschlusses der provisorischen Nationalversammlung die allgemeinste Auslegung finden müssen.“³⁶

In der Gegenschrift bezog sich das Bundeskanzleramt auf das frühere VfGH-Erkenntnis aus dem Jahre 1919. Die bestehende Theaterzensur beruhe auf der Theaterverordnung von 1850, welche die Aufführungen von einer Bewilligung der Zensurbehörde abhängig mache.³⁷ Die oberösterreichische Landesregierung sei insofern berufen, eine Bewilligung zu erteilen und dem Freidenkerbund die Aufführung im konkreten Falle zu untersagen, zumal „die dem Stücke innewohnende Tendenz mit dem moralischen und religiösen Empfinden weiter Bevölkerungsteile im Widerspruch steht“.³⁸

In der öffentlichen Sitzung polemisierte der Rechtsanwalt der Freidenker, Paul Grünberg, gegen die subjektive Auslegung des Beschlusses.³⁹ In der nichtöffentlichen Sitzung plädierte Kelsen, der diesmal als Referent den Fall behandelte, für eine Stattgebung. Er wiederholte allerdings nicht dieselben Argumente wie 1919 („jede Zensur“

umfasse nach dem Wortlaut alle Zensurarten bzw. das „Grundrecht der Staatsbürger“ bedeute ein Naturrecht), sondern er meinte, dass das damalige VfGH-Erkenntnis, nachdem der Beschluss zum Verfassungsgesetz erklärt worden war (Art. 149 B-VG), nicht mehr haltbar sei.⁴⁰ Auch in seinem Verfassungskommentar (aus dem Jahre 1922) interpretierte Kelsen die Aufnahme des Beschlusses in das B-VG als Beschränkung der Staatsmacht.⁴¹

Der sozialdemokratische Verfassungsrichter Arnold Eisler hob hervor, dass der Bundesverfassungsgeber das VfGH-Erkenntnis aus dem Jahre 1919 sehr wohl gekannt hatte, d.h. wenn er unter „jeder Zensur“ nur die Pressezensur verstanden hätte, hätte er den Beschluss nicht nochmals durch Erhebung zum Verfassungsgesetz bekräftigt – dies sei laut ihm ein Beweis dafür, dass der Beschluss nicht nur das bedeute, was ihm der Gesetzgeber 1918 und der VfGH 1919 beigemessen hatten. Der christlichsoziale Verfassungsrichter Karl Pawelka meinte aber, dass der Verfassungsrang des Beschlusses nichts anderes erfordere, als dass er hinkünftig nur mit Zweidrittelmehrheit abgeändert werden könne: „[D]er Sinn eines Gesetzes werde dadurch nicht verändert, daß es zum Staatsgrundgesetz erhoben wird“.⁴² Kelsens Antrag auf Stattgebung wurde allerdings – gegen die Stimmen der christlichsozialen Verfassungsrichter – angenommen.

Im Erkenntnis wurde die veränderte Judikatur des VfGH bezüglich der Theaterzensur mit dem veränderten Gesetzgeberwillen erklärt und begründet: „Allein dieses Erkenntnis [aus dem Jahre 1919 – Anm. des Autors] erfolgte noch vor dem Zeitpunkte, da die fragliche Bestimmung zum Inhalt eines Bundesverfassungsgesetzes gemacht wurde. Inzwischen aber hat sich die Rechtslage,

³⁵ Ebd.

³⁶ Ebd., fol. 6.

³⁷ Gegenschrift (16. 12. 1925), in: VfGH B 74/25, fol. 9f.

³⁸ Ebd., fol. 11.

³⁹ Protokoll der öffentlichen Sitzung vor dem VfGH (18. 3. 1926), in: VfGH B 74/25, fol. 12.

⁴⁰ Protokoll der nichtöffentlichen Sitzung des VfGH (18. 3. 1926), in: VfGH B 74/25, fol. 15.

⁴¹ KELSEN, Bundesverfassung 285.

⁴² Protokoll der nichtöffentlichen Sitzung des VfGH (18. 3. 1926), in: VfGH B 74/25, fol. 15.

aus der heraus die fragliche Bestimmung zu interpretieren ist, nicht unwesentlich geändert. [...] Wenn dieser Punkt 1 [des zum Verfassungsgesetz erhobenen Beschlusses – Anm. des Autors], durch welchen jede Zensur aufgehoben wird, am 1. Oktober 1920 neuerlich unverändert und noch dazu als Verfassungsgesetz in Geltung gesetzt wird, so kann dieser Rechtssatz nicht mehr so verstanden werden, wie dies noch zum Zeitpunkt des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes vom 16. Dezember 1919 möglich war. Den Sinn, den man in dieser Norm mit Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Erlassung am 30. Oktober 1918 vielleicht noch finden konnte, kann man ihr vom Zeitpunkt an nicht mehr abgewinnen, da sie durch das Bundesverfassungsgesetz von 1920 zum Inhalte des Bundesverfassungsgesetzes gemacht wurde.“⁴³

Die linksliberale Tageszeitung „Der Tag“ meinte – mit Hinweis auf einen „hervorragenden“ Juristen –, dass die Abschaffung der Theaterzensur das Theaterwesen nicht vollkommen frei mache, weil die Direktoren aufgrund gewisser Strafgesetzsparagraphen – etwa wegen Herabwürdigung der Staatsgewalt (§ 300 StG), der Aufreizung gegen Nation oder Konfession (§ 302 StG) oder der Verletzung von Sittlichkeit oder Schamhaftigkeit (§ 516 StG) – weiterhin zur Rechenschaft gezogen werden könnten.⁴⁴ Für die klerikale „Reichspost“ war gerade diese Möglichkeit nach dem VfGH-Erkenntnis eine tröstende Nachricht, auch wenn das Blatt selbst die Theaterzensur für eine veraltete, überkommene Maßnahme hielt.⁴⁵

III. Kinozensur nach der Abschaffung „jeder Zensur“

Obwohl der VfGH der Abschaffung jeglicher Zensurmaßnahmen den Weg freigemacht hatte,

bezog sich sein Erkenntnis auf das konkrete Verbot eines Theaterstückes, weswegen Filme weiterhin verboten werden konnten, zumal die Kinozensur eine andere Rechtsgrundlage hatte. Das Innenministerium hatte 1912 eine Verordnung erlassen, deren Abschnitt II explizit als „Zensur“ betitelt war. Die Verordnung machte die Filmvorführungen von einer Bewilligung abhängig, welche im Falle von Gefährdung der öffentlichen Ruhe oder der guten Sitten verwehrt werden konnte (§ 17, RGBl. 191/1912). Es blieb fraglich, ob mit dem neuen VfGH-Erkenntnis auch die Kinozensur abgeschafft worden sei.

Als 1926 die kommunistische „Österreichische Arbeiter-Hilfe“ zwei sowjetische Filme („Sein Mahnruf“, „Wunder des Soldaten Iwan“) vorführen wollte, erhielt sie ein Verbot von der niederösterreichischen Landesregierung. Die Absage wurde mit dem politisch-propagandistischen Charakter beider Filme begründet: Sowohl die bestehende gesellschaftliche Ordnung als auch die Interessen der russischen, antikommunistischen Emigranten seien durch die Filme gefährdet. Die Vorführung der sowjetischen Filme war Teil in der Tat der verstärkten kommunistischen Propagandaarbeit.⁴⁶ Der Film „Sein Mahnruf“ hatte die Geschichte einer Moskauer Arbeiter-tochter von der Oktoberrevolution bis zu Lenins Tod zum Gegenstand. Im Film „Wunder des Soldaten Iwan“ wurde die Liebesgeschichte zwischen einem Knecht und einer Magd mit stark antireligiösem Unterton erzählt.

Die kommunistische „Arbeiter-Hilfe“ reichte gegen die Verbote eine Beschwerde beim VfGH – mit Hinweis auf den Beschluss vom 30. Oktober 1918 und das VfGH-Erkenntnis von 1926 – ein.⁴⁷ (Als der Film verboten wurde, war das zweite VfGH-Erkenntnis bezüglich der Theaterzensur noch nicht verkündet.) Die Beschwerde richtete sich gegen die Kinoverordnung (RGBl. 191/1912).⁴⁸ Die niederösterreichische Landesregierung hob

⁴³ VfSlg. 552/1926.

⁴⁴ Der Tag Nr. 1189 v. 23. 3. 1926, 3.

⁴⁵ Reichspost Nr. 82 v. 23. 3. 1926, 2.

⁴⁶ GRABHER, Filmarbeit 231ff.

⁴⁷ Beschwerde (10. 4. 1926), in: VfGH B 59/26, fol. 1ff.

⁴⁸ Ebd., fol. 3.

in ihrer Gegenschrift den reißerischen, staats- und rechtsordnungsgefährdenden Charakter des Filmes „Sein Mahnruf“ hervor:

„[Der Film] verfolgt die Tendenz die nach dem Umsturze in Rußland [1917 – Anm. des Autors] geschaffenen wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse als natürliche und erstrebenswerte darzustellen in einer Weise, die geeignet ist, die hiefür Empfänglichen gegen die bestehende Staats- und Rechtsordnung aufzureizen und vermöge der Wirkung der krassen Vorgänge [...] zu gewalttätiger Auflehnung zu veranlassen. [...] Der überwiegende Teil der Bevölkerung [...] würde die Angriffe gegen die derzeitige Wirtschafts- und politische Ordnung wohl gleichfalls nicht mit Ruhe hinnehmen“,⁴⁹ weswegen ein Verbot wohl im Interesse der öffentlichen Ordnung stehe.

Obwohl das neue VfGH-Erkenntnis (VfSlg. 552/1926) über die Theaterzensur zu dieser Zeit schon bekannt war, bezog sich die niederösterreichische Landesregierung weiterhin auf die restriktive Auslegung der Zensur.⁵⁰ Insofern verkündete die Landesregierung – im Widerspruch zum neuen VfGH-Erkenntnis –, es bestünden „nicht die geringsten Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber aus 1920 irgendeine meritorische Änderung der Rechtsslage schaffen wollte, zumal sie der Bevölkerung vollkommen befriedigend schien“.⁵¹

Als Referent beantragte Kelsen, der Beschwerde – aus den Gründen, die bei der Theaterzensur schon vorgetragen wurden – stattzugeben, zumal die Kinoverordnung (RGBl. 191/1912) jeglicher gesetzlicher Grundlage entbehre, weswegen nicht nur die Verfassungs-, sondern auch die Gesetzmäßigkeit der Kinozensur fraglich sei.⁵² Die christlichsozialen Verfassungsrichter versuchten aber, in diesem Falle eine erneute Wende der VfGH-Rechtsprechung zu erreichen: Kienböck

erklärte das VfGH-Erkenntnis 552/1926 für „verfehlt“ und die dortige Argumentation für „gekünstelt“; Pawelka meinte, dass die Bewilligung der Filmvorführungen nicht als Zensur, sondern als Überwachung der öffentlichen Ordnung zu begreifen sei; und Falser wollte höchstens die gesetzliche Grundlage der Kinozensur, nicht aber ihre Verfassungsmäßigkeit überprüfen.⁵³ In der Endabstimmung blieb aber die Mehrheit der Verfassungsrichter der bisherigen Judikatur treu, und es wurde der Beschwerde stattgegeben. Im Erkenntnis wurde deswegen – ohne weitere Begründung – bloß auf das Erkenntnis 552/1926 verwiesen.⁵⁴

Das Erkenntnis schien aber nicht in allen Teilen Österreichs ernstgenommen worden zu sein. Das christlichsozial regierte Bundesland Vorarlberg versuchte weiterhin, Filmvorführungen zu untersagen und dies nicht als Zensur darzustellen. Wie die Zeitschrift „Der Filmbote“ bereits 1926 bemerkte, „schaltet und waltet [Otto Ender, Landeshauptmann in Vorarlberg zwischen 1918 und 1930 – Anm. des Autors] in seinem Kantönchen[,] wie es ihm in den Kram paßt“.⁵⁵

Die Vorarlberger Landesregierung verweigerte 1927 zwei US-amerikanischen Filmen („Der Wolgaschiffer“, „So ist Paris“) die Vorführungsbewilligung. Die Landesregierung begriff dies aber nicht als Zensur, sondern als freiwilliges Angebot der Kinobesitzer, die Filme zur Überprüfung in Bregenz vorzulegen. Der „Wolgaschiffer“ spielte in den Jahren vor der russischen „Revolution“, er stellte die damaligen Zustände – als Kulisse einer Liebesgeschichte – jedenfalls negativ dar. Der andere Film („So ist Paris) war eine Komödie von Ernst Lubitsch,⁵⁶ wobei die darin erzählte Liebesgeschichte den katholischen Moralvorstellungen wenig entsprochen haben mag.

⁴⁹ Gegenschrift (18. 5. 1926), in: VfGH B 59/26, fol. 6.

⁵⁰ Ebd., fol. 7.

⁵¹ Ebd., fol. 8.

⁵² Protokoll der nichtöffentlichen Sitzung (23. 6. 1926), in: VfGH B 59/26, fol. 17.

⁵³ Ebd., fol. 17f.

⁵⁴ VfSlg. 630/1926.

⁵⁵ [Ohne Autor], Reichskinogesetz 6.

⁵⁶ Österreichische-Filmzeitung Nr. 8 v. 19. 2. 1927, 25.

Die Filmgesellschaft „Phönix“ reichte in beiden Fällen Beschwerde beim VfGH ein – der Film „So ist Paris“ wurde verboten, als die erste Beschwerde bezüglich der „Wolgaschiffer“ beim VfGH schon eingegangen war.⁵⁷ Weil die Vorarlberger Landesregierung das Überprüfungsrecht trotz der Aufhebung der Kinzensur ungestört fortsetzte, wurde in der zweiten Beschwerde ironisch bemerkt, „dass [die] Ansicht der Vorarlberger Landesregierung isoliert dasteht und da nicht anzunehmen ist, dass die Moral in Vorarlberg eine andere ist, als in den übrigen Bundesländern [...], diesbezüglich überschreitet zweifellos wohl auch die Vorarlberger Landes-Regierung ihre Kompetenz“.⁵⁸

Die Vorarlberger Landesregierung verwickelte sich in ihren beiden Gegenschriften in einen Widerspruch: Es bestehe zwar keine Kinzensur in Vorarlberg, die Kinobesitzer würden der Landesregierung die Filme zur Überprüfung freiwillig vorlegen, aber das Gutachten der Landesregierung darüber heiße dennoch „Zensurkarte“.⁵⁹ Bezüglich des Filmes „Wolgaschiffer“ wurde beanstandet, dass der Film zwar eine unpolitische Liebesgeschichte im Russland erzähle, aber die damaligen (zaristischen) Zustände, vor allem die Lage der Arbeiterschaft, „in masslos übertriebener und unwahrer Weise“ darstelle: „Durch den Film werden die Klassengegensätze ins grellste Licht gerückt und teilweise fantastisch übertrieben. Es handelt sich daher um einen ausgesprochenen Tendenzfilm [...], der zu Klassenhass und Klassenkampf aufreizt.“⁶⁰ Diese Gefahr sei gerade angesichts des Justizpalastbrandes im Juli 1927 sehr ernst zu nehmen.⁶¹ Der Film „So ist Paris“ sei hingegen wegen seines „entsittlichend[en]“ Inhalts untersagt worden.⁶²

Der VfGH rückte aber von seiner Judikatur nicht ab: Den Beschwerden wurde stimmeneinhellig stattgegeben.⁶³ Im Erkenntnis wurde betont, dass Vorarlberg durchaus eine Kinzensur ausübe – egal, wie die Landesregierung ihre diesbezügliche Praxis benennen wolle.⁶⁴

In Vorarlberg wurde die Entscheidung mit Kritik aufgenommen. Das deutschnationale „Vorarlberger Tagblatt“ befürchtete eine weitere Demoralisierung der Gesellschaft: „Es werden sie [die Erkenntnisse des VfGH – Anm. des Autors] Jene begrüßen, deren Bestreben es ist[,] alle Bande zu lockern und völlige Freizügigkeit, völlige Hemmungslosigkeit auf allen Gebieten herauszuführen. [...] Aber neben diesen Spitzenleistungen [der Filmindustrie – Anm. des Autors] gibt es so viele elende Machwerke, die nicht nur Schund im gewöhnlichen Sinne des Wortes sind – man braucht nur durch die Straßen Wiens zu gehen und sich die Kinoreklametafeln anzusehen, um eine vollgültige Bestätigung hiefür zu erhalten – sondern darüber hinaus auch noch zum sittlichen und moralischen Verfall beitragen, daß sich die Einsichtigen schon längst darüber klar geworden sind, daß eine Filmzensur ungleich notwendiger wäre, als eine Pressezensur.“⁶⁵

Auch die Vorarlberger Landesregierung ließ sich vom VfGH-Erkenntnis nicht beeinflussen, und sie übte weiterhin eine als bloße Überprüfung getarnte Kinzensur aus. Dieses Schicksal ereilte auch den Film „Der Teufel im Weibe“, der 1928 in Vorarlberg für „behördlich verboten“ erklärt wurde. Der Film war ohne politischen Inhalt, es ging um eine humoristische Liebesgeschichte zwischen einem Stierkämpfer und einer jungen Zigarettenfabrikarbeiterin.⁶⁶ Der Beschwerdeführer

⁵⁷ Beschwerde (1. 7. 1927), in: VfGH B 36/27, fol. 1ff; sowie Beschwerde (12. 12. 1927), in: VfGH B 52/27, fol. 1ff.

⁵⁸ Beschwerde (12. 12. 1927), in: VfGH, B 52/27, fol. 1f.

⁵⁹ Gegenschrift (9. 9. 1927), in: VfGH, B 36/27, fol. 4f; Gegenschrift (5. 1. 1928), in: VfGH B 52/27, fol. 4f.

⁶⁰ Ebd., fol. 5.

⁶¹ Ebd., fol. 5f.

⁶² Gegenschrift (5. 1. 1928), in: VfGH B 52/27, fol. 4f.

⁶³ Protokoll der nichtöffentlichen Sitzung des VfGH (27. 2. 1928), in: VfGH B 36/27, fol. 8.

⁶⁴ VfSlg. 949/1928.

⁶⁵ Vorarlberger Tagblatt Nr. 53 v. 3. 3. 1928, 1.

⁶⁶ Mein Film Nr. 108/1928, 10.

(Filmgesellschaft „Fox“) beklagte, dass die ablehnende Entscheidung auf einen einfachen Zettel mit Bleistift – ohne jegliche Begründung – bloß hingeschrieben worden sei: „Solche Zustände sollten in einem Rechtsstaat nicht vorkommen“, weil dies den Anschein vermittele, „als ob die belangte Behörde gesonnen ist, sich konsequent über die Bestimmungen der Bundesverfassung und die Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes hinwegzusetzen“.⁶⁷

Die Landesregierung behauptete wiederum, dass die vorherige Kontrolle der Filme keine Kinozensur darstelle.⁶⁸ Dem VfGH-Erkenntnis 949/1928 glaubte die Landesregierung dadurch nachgekommen zu sein, dass die bisherige „Zensurkarte“ mit der Schrift „Filmprüfstelle Bregenz“ überstempelt bzw. die Bemerkung „zur Vorführung nicht zugelassen“ durchgestrichen und mit „nicht geeignet“ ersetzt worden sei.⁶⁹ Diese Behauptung erwies sich aber später als nicht zutreffend: Nach der öffentlichen Sitzung des VfGH teilte die Landesregierung dem VfGH mit, dass die Entscheidung doch mit dem Stempel „behördlich verboten“ versehen worden sei. Die Landesregierung beteuerte allerdings, dass ein Mitarbeiter die Stempelung eigenmächtig getan habe, ohne im Auftrag der Landesregierung gehandelt zu haben.⁷⁰

Die Verfassungsrichter gaben der Beschwerde wiederum stimmeneinhellig statt.⁷¹ Im Erkenntnis wurde betont, dass das Begutachten der Filme durch die Vorarlberger Landesregierung durchaus eine Zensur darstelle, die bereits in mehreren VfGH-Erkenntnissen abgeschafft worden sei.⁷²

IV. Wiener Kinogesetz: Bestätigung der neuen Kompetenzregeln

Die Frage des Kinowesens betraf aber nicht nur die Zensur-, sondern auch die Kompetenzfrage, d.h. wem und in welchem Umfang die Gesetzgebungskompetenz aufgetragen wurde. Um weitere Zensuren im Voraus zu verhindern und die Kontrolle über das Kinowesen zu übernehmen, bemühte sich besonders die sozialdemokratische Wiener Landesregierung, das Thema mit einem eigenen Landesgesetz, sobald es möglich wurde, zu regeln.

Die Kompetenzregeln des B-VG traten 1920 nicht sofort in Kraft, denn zunächst blieb das altösterreichische Recht diesbezüglich gültig (§ 42 BGBl. 2/1920),⁷³ was für Unklarheiten und Streitigkeiten sorgte.⁷⁴ Obwohl die Übergangsphase ursprünglich für eine kurze Periode gedacht war, konnten die neuen Kompetenzregeln des B-VG – bis auf etwa das Schulwesen – erst 1925 in Kraft treten, als auch die Übergangsregelungen neu bestimmt wurden (BGBl. 269/1925, BGBl. 368/1925). Weil das Theater- und Kinowesen in der taxativen Auflistung der Bundeskompetenzen nicht erwähnt wurde, gehörte dieser Bereich – samt dem Vollzug – nach der „Generalklausel“ – wie Adolf Merkl den Art. 15 B-VG bezeichnete⁷⁵ – in die Kompetenz der Landesgesetzgebung.

Die sozialdemokratische Landesregierung in Wien wollte dementsprechend – nicht zuletzt um den vorherigen Debatten über die Kinozensur ein Ende zu setzen – das Kinowesen mit einem neuen Landesgesetz regeln. Der VfGH hob zwar die Kinozensur auf,⁷⁶ seine Erkenntnisse betrafen aber

⁶⁷ Beschwerde (1. 8. 1928), in: VfGH B 25/28, fol. 1f.

⁶⁸ Gegenschrift (29. 8. 1928), in: VfGH B 25/28, fol. 5f.

⁶⁹ Ebd., fol. 6.

⁷⁰ Brief der Landesregierung (6. 11. 1928), in: VfGH B 25/28, fol. 12f.

⁷¹ Protokoll der nichtöffentlichen Sitzung des VfGH (22. 10. 1928), in: VfGH B 25/28.

⁷² VfSlg. 1089/1928.

⁷³ OLECHOWSKI, Diskussion 280ff.

⁷⁴ MERKL, Bundesstaatliche Kompetenzverteilung 343ff, 350.

⁷⁵ Ebd. 343.

⁷⁶ VfSlg. 630/1926.

immer individuelle Fälle, d.h. der VfGH konnte nicht erga omnes die Kinozensur abschaffen.⁷⁷ Somit bestand die Möglichkeit – wie die späteren Fälle vor dem VfGH zeigten⁷⁸ –, dass Polizei- oder Landesbehörden Kinozensur ausübten. Mit einem neuen Gesetz konnte die Wiener Landesregierung jeglichen Zensuren die gesetzliche Grundlage zumindest in diesem Bundesland entziehen.

Am 6. Juni 1926 wurde das neue Landesgesetz verabschiedet,⁷⁹ in dem keine Zensur, sondern nur eine Vorführungspflicht festgelegt wurde (§ 7 LGBl. Wien 35/1926). Nur im Interesse des Jugendschutzes war der Magistrat berechtigt, über Filmvorführungen, zu denen auch Jugendliche unter 16 Jahren zugelassen würden, eine negative Entscheidung zu treffen – d.h. ein Jugendverbot auszusprechen (§ 8 LGBl. Wien 35/1926).

Das Wiener Kinogesetz war der Anfang einer Wiener Gesetzgebungspraxis, welche – nach dem Justizpalastbrand von 1927 auch politisch verstärkt⁸⁰ – darauf abzielte, den bundespolizeilichen Behörden gewisse Vollzugszuständigkeiten abzunehmen,⁸¹ was vom Bund ständig – im Falle des Wiener Straßenpolizeigesetzes sogar erfolgreich⁸² – vor dem VfGH angefochten wurde. Bezüglich dieser Wiener Landesgesetze bestand die Streitigkeit zwischen Bund und Wien unter anderem darin, ob die Bundespolizei Vollzugskompetenzen in den Bereichen beibehalten konnte, in denen die Länder für die Gesetzgebung zuständig waren. Kelsen erwies sich in diesen Debatten als Verfechter der Länderautonomie, er bemerkte – bezüglich der Verfassungswidrigkeit des Bundesgrundsatzgesetzentwurfes über die Straßenpolizei – die Gefahr einer Machtverschiebung zugunsten der zentralen

Macht, deswegen forderte er: „[W]enn Zweifel entstehen, [müssen] diese Zweifel im föderalistischen Sinne gelöst werden“.⁸³

Inhaltlich erfuhr das Wiener Kinogesetz vor allem wirtschaftliche – dadurch auch indirekt politische – Kritik. In der Zeitschrift „Der österreichische Volkswirt“ wurde etwa beanstandet, dass das Landesgesetz „am veralteten System der Lizenzwirtschaft fest[hält] und nur den Namen der bisherigen Spielbewilligungen von Lizenz auf Konzession [ändert]. Lizenz wie Konzession sind aber Willkür- oder Gnadenakte der Behörde ... [...] Wir befürchten zwar keinesfalls eine Enteignung seitens des Wiener Magistrates, ja aber warum dann diese Möglichkeit in gesetzliche Form kleiden? Es gibt eben nur zwei vernünftige Lösungsmöglichkeiten für das Kinoproblem: entweder das freie Kinogewerbe wie in Deutschland oder ein entwicklungsfähiges wohldurchdachtes modernes Konzessionssystem.“⁸⁴

Es wurde befürchtet, dass die zeitlich begrenzte Konzessionsverteilung dem Wiener Magistrat einen zu großen Einfluss auf das Kinowesen zusichern würde, was nicht nur wirtschaftlich schädlich sei, sondern auch für politische Zwecke – etwa im Interesse der „roten“ Kultur- und Propagandapolitik – instrumentalisiert werden könne: „Die neue Gesetzesvorlage ist mit solch raffinierten Feinheiten versehen, daß nur durch genaues Studium und nur dem gründlichen Kenner der Verhältnisse es möglich ist, die mit der Inkrafttretung dieses Machwerkes parteipolitischer Interessen beabsichtigte Entrechtung der Unternehmer und einzelner Arbeitergruppen zu erkennen. Man kann mit Beruhigung behaupten, daß wohl

⁷⁷ [Ohne Autor], Zensurfrage 1.

⁷⁸ VfSlg. 949/1928, VfSlg. 1809/1928.

⁷⁹ Neue Freie Presse Nr. 22177 v. 12. 6. 1926, 3.

⁸⁰ In diesem Sinne: Arbeiter-Zeitung Nr. 259 v. 19. 7. 1928, 1.

⁸¹ LGBl. Wien 30/1928 (Wiener Straßenpolizeigesetz; vom VfGH 1928 aufgehoben); LGBl. Wien 35/1928 (Wiener Abschiebungsgesetz); LGBl. Wien 1/1929 (Wiener Theatergesetz).

⁸² VfSlg. 1114/1928.

⁸³ Protokoll der nichtöffentlichen Sitzung des VfGH (16. 10. 1928), in: ÖStA, AdR, OBh Justiz, VfGH, Kart. 75, K I 3/28, fol. 14f.

⁸⁴ E. Sz., Kinogesetzgebung 992.

keine gesetzgebende Körperschaft, ausgenommen das bolschewistische Rußland, sich erlaubt hätte, auf solch eigenmächtige Art die Staatsgrundgesetze zu verletzen. [...] In Wirklichkeit ist diese sogenannte Konzession viel weniger und gewährt dem Inhaber weniger Rechte als die so viel gelästerte Lizenz. [...] [W]ir können sicher sein, daß in Bälde ein Film, welcher die Leistungen der Gemeinde auf dem Gebiete der Wohnhausbauten verherrlicht, erscheinen wird. Schön wäre es, wenn die Gemeinde auch die Kehrseite verfilmen und dem Volke die Zerstörungen vor Augen führen würde, welche das rücksichtslose Herauswirtschaften von Steuern aus einer zugrunde gerichteten Wirtschaft hervorgerufen hat.“⁸⁵

Auch der Bund der österreichischen Lichtspieltheater kritisierte das Wiener Landesgesetz und erwartete Maßnahmen von der Bundesregierung,⁸⁶ weil die sozialdemokratische Landesregierung auf die Wünsche der Kinobetreiber und Kinoeigentümer nicht eingegangen sei.⁸⁷

Die Bundesregierung versuchte, das Gesetz mit Hinweis auf die Kompetenzregeln zu vereiteln, was auch die Strategie des Bundes gegen andere, spätere Wiener Landesgesetze war – wie die Straßenpolizei-, Abschiebungs- und Theatergesetze. Mit dem neuen Landeskinogesetz wurden nämlich der Wiener Polizei die bisherigen Kompetenzen im Kinowesen entrissen. Nach der Kinoverordnung war die Wiener Polizei die zuständige Behörde, welche Lizenzen erteilen, zurückziehen bzw. Filmvorführungen zensurieren, verbieten konnte (§§ 4, 15, 17 RGBl. 191/1912). Im Wiener Kinogesetz wurde die Institution der – vom Land Wien zu erteilenden – Kinokonzession eingeführt (§§ 1, 2, 4 LGBl. Wien 35/1926), und die Vollzugsfragen wurden den Wiener Landesbehörden zugewiesen (§§ 7, 8, 10 LGBl. Wien 35/1926). Weil aber sowohl das Übergangs- als auch das 1925

novellierte Verfassungsübergangsgesetz die früheren Polizeibehörden für Bundesbehörden, ihre Geschäfte für Bundesgeschäfte erklärte (§ 10 BGBl. 2/1920, § 10 BGBl. 368/1925), erachtete die rechtskonservative Bundesregierung das Wiener Kinogesetz als Verletzung der Bundespolizeikompetenzen, weil der Vollzug im Kinowesen – trotz des Inkrafttretens der Kompetenzregeln des B-VG – weiterhin in den Zuständigkeitsbereich des Bundes, d.h. in jenen der als Bundesbehörde tätigen Wiener Polizeidirektion gehören würde.

Im Oktober 1926 reichte die Bundesregierung – aufgrund von Art. 140 Abs. 1 B-VG – einen Antrag gegen das Wiener Kinogesetz wegen angeblicher Verfassungswidrigkeit, d.h. Kompetenzüberschreitung, ein. Die Bundesregierung meinte, dass der Wiener Magistrat verfassungswidrig mit Vollzugs- oder Kontrollaufgaben beauftragt worden sei,⁸⁸ weil diese Aufgaben aufgrund der ministerialen Kinoverordnung (RGBl. 191/1912) zum Wirkungsbereich der Polizei gehören würden (§ 19 LGBl. NÖ 39/1851).

Die Bundesregierung begründete ihren Antrag damit, dass das Übergangsgesetz die vorherigen Polizeibehörden als Bundesbehörden bestimmt habe, welche ihre Geschäfte in der Republik als Bundesgeschäfte weiterzuführen hatten (§ 10 BGBl. 2/1920). Obgleich die Übergangsregelungen 1925 novelliert wurden – womit die Kompetenzaufteilungsregelungen des B-VG (bis auf Art. 14) in Kraft traten –, waren die Geschäfte, welche der Polizei vor 1918 zugestanden hatten, weiterhin als Bundesgeschäfte zu betrachten. Wenn das Kinowesen – wie die Bundesregierung behauptete – bis dahin in die Kompetenz der Polizei gehört hatte, „kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die Wiener Polizeidirektion diese Geschäfte verfassungsgesetzlich [...] fortzuführen hat“.⁸⁹ Somit wollte die Bundesregierung prak-

⁸⁵ [Ohne Autor], Das neue Kinogesetz 1.

⁸⁶ Das Kino-Journal Nr. 828 v. 12. 6. 1926, 1f.

⁸⁷ Der Filmbote – Zeitschrift für alle Zweige der Kine-matographie, Nr. 24 v. 12. 6. 1926, 8.

⁸⁸ Antrag (11. 10. 1926), in: VfGH G 1/26, fol. 1ff.

⁸⁹ Ebd., fol. 3.

tisch die 1925 in Kraft getretenen Kompetenzregeln des B-VG, nach denen das Kino- und Theaterwesen mangels anderweitiger Bestimmung Ländersachen waren (Art. 15 B-VG), umgehen, als ob die polizeilichen Kompetenzen davon nicht betroffen wären, d.h. als ob die Wiener Polizeidirektion ihre Vollzugs- und Kontrollkompetenz auch in den Angelegenheiten ausüben hätte können, deren gesetzliche Regelung ab 1925 in den Wirkungsbereich des Landes Wien gehörte:

„Daher sind alle Angelegenheiten, die von staatlichen Polizeibehörden besorgt wurden, hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Kompetenz als Angelegenheiten der Vollziehung des Bundes anzusehen, und zwar auch dann, wenn die Vollziehung in einer dieser Angelegenheiten nach den Kompetenzbestimmungen der Artikel 10 bis 12 und 15 des B.V.G. im übrigen in den selbständigen Wirkungsbereich der Länder fällt.“⁹⁰

Diese Ansicht hätte eine fünfte Kategorie der Kompetenzaufteilung (Landesgesetzgebung mit Bundesvollzug) bedeutet. Das B-VG kannte zwar die Möglichkeit, dass Ländersachen unter Mitwirkung von Bundesbehörden vollzogen wurden, aber es war keinesfalls eine allgemeine Kompetenzzuteilung, zumal das Landesgesetz – mit Zustimmung der Bundesregierung – die Übertragung der Vollzugskompetenz bestimmen musste (Art. 97 Abs. 2 B-VG). Deswegen machte der Wiener Bürgermeister Karl Seitz in seiner Antwort auf den „merkwürdige[n] Zustand“ aufmerksam, „dass zwar die Gesetzgebung dem Lande zusteht, die Vollziehung aber dem Bunde“.⁹¹ Wien wies darauf hin, dass die Angelegenheiten der Bundespolizei zwar in die Bundeskompetenz fielen (Art. 10 Punkt 14 B-VG), aber darunter nicht alle Geschäfte zu subsumieren sei-

en, welche die Polizeibehörden bis dahin zu besorgen hatten. Die Frage, ob eine Sache Bundes- oder Landeskompetenz sei, lasse sich demnach nicht dadurch entscheiden, ob sie bis dahin von einer Polizeibehörde vollzogen wurde: „Ebenso wenig kann [...] das Theater- und Kinowesen unter den Begriff ‚Bundespolizei‘ subsumiert werden[, d]enn daß das Theater- und Kinowesen ein besonderes Verwaltungsgebiet ist, braucht wohl nicht bewiesen werden.“⁹²

In der öffentlichen Sitzung bezeichnete der Vertreter der Bundesregierung den § 10 des Übergangsgesetzes als „lex specialis“, welche auch nach 1925 – trotz des Inkrafttretens der sonstigen Kompetenzregeln als „leges generales“ – weitergelte, was er unter anderem damit zu beweisen versuchte, dass der Verfassungsausschuss 1920 zuerst die §§ 1 bis 41 des Übergangsgesetzes behandelt hätte, weil er ursprünglich vom sofortigen Inkrafttreten der Kompetenzregeln ausgegangen sei. § 10 (V)ÜG müsse demnach separat vom § 42 betrachtet werden, d.h. § 10 bliebe auch unabhängig vom § 42 in Geltung.⁹³

Auf die Frage von Kelsen als Referenten, wo und wie ein diesbezüglicher Wille des Gesetzgebers von 1920 zu erkennen sei, beantragte der Regierungsvertreter die Einvernahme der damaligen Verfassungsausschussmitglieder,⁹⁴ somit erhob sich wieder die Frage nach dem Gesetzgeberwillen. In der nichtöffentlichen Sitzung konnten sich weder Kelsen, der in die Verfassungsgebungsarbeiten eingebunden war,⁹⁵ noch Arnold Eisler, der sozialdemokratisches Mitglied des Verfassungsausschusses war, erinnern, dass die Frage der Bundespolizei eine juristisch relevante Rolle gespielt hätte.⁹⁶ Kelsen lehnte deswegen den Antrag auf Anhörung der ehemaligen Ausschussmitglieder ab. Wie Elser in der Debatte betonte:

⁹⁰ Ebd., fol. 4.

⁹¹ Gegenschrift (19. 11. 1926), in: VfGH G 1/26, fol. 14.

⁹² Ebd., fol. 18.

⁹³ Protokoll der öffentlichen Sitzung vor dem VfGH (17. 12. 1926), in: VfGH G 1/26, fol. 45f.

⁹⁴ Ebd., fol. 48.

⁹⁵ OLECHOWSKI, Hans Kelsen 291ff.

⁹⁶ Protokoll der nichtöffentlichen Sitzung des VfGH (17. 12. 1926), in: VfGH G 1/26, fol. 49.

„[M]an [könne] nur das beschlossene Gesetz auslegen, aus den früher bestandenen Ansichten folge gar nichts, da es ohne weiteres möglich ist, daß ein Gesetz weitergeht, als der Gesetzgeber beabsichtigt hat.“⁹⁷

In der Abstimmung wurde auch Kelsens Antrag auf Abweisung der Verfassungswidrigkeit – mit Gegenstimmen der christlich-sozialen Verfassungsrichter – angenommen.⁹⁸ Im Erkenntnis wurde betont, dass der Antrag der Bundesregierung „eine ganz eigenartige Methode der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Land“ einführen würde:

„Denn nach Auffassung der Bundesregierung darf das Land Wien durch Landesgesetz das Kinowesen nur so regeln, daß der Polizeidirektion Wien die bisher von ihr auf diesem Gebiete geführten Geschäfte weiterbelassen werden. Dies könnte nicht nur dahin verstanden werden, daß an der Zuständigkeit der Polizeidirektion nichts geändert werden darf, sondern es müßte auch [...] angenommen werden, daß durch ein Landesgesetz an dem Inhalt der von der Polizeidirektion Wien bisher geführten Geschäfte nichts geändert werden kann ... [...] Jedenfalls würde § 10 des Verfassungsübergangsgesetzes eine äußerst einschneidende und überaus komplizierte Modifikation der für die ganze Struktur des Bundesstaates entscheidenden [...] Kompetenzverteilung zwischen Bund und Land bedeuten.“⁹⁹

Der VfGH verstand § 10 des (Verfassungs-)Übergangsgesetzes „als eine Maßnahme [...], die den Übergang von der Verfassung des Einheitsstaates in die Verfassung des Bundesstaates bewerkstelligen soll“,¹⁰⁰ d.h. § 10 (V-)ÜG sei nicht als Einschränkung der Länderkompetenzen zu verstehen. Was der ursprüngliche Gesetzgeber gemeint

haben könne, sei für die Auslegung ohne Relevanz, denn „nicht unverbindliche Entwürfe, sondern das endgültig beschlossene Gesetz ist vom Gericht anzuwenden“.¹⁰¹ Es gelte also der Wortlaut, nicht der Gesetzgeberwille.

In einem anderen Erkenntnis, wo es um die speziellen Erfordernisse für die Tätigkeit als Kinoproduzent in Wien ging,¹⁰² bekräftigte der VfGH nochmals die Länderkompetenz im Kinowesen, was sogar – wie Kelsen betonte¹⁰³ – eine mögliche Durchbrechung des Verfassungsprinzips der Wirtschaftseinheitlichkeit (Art. 4 B-VG) mit sich bringen könne.¹⁰⁴ Die klerikale „Reichspost“ beklagte aber die große Abhängigkeit des Wiener Kinowesens von der Sozialdemokratie: „Die allgemeine Zensur ist abgeschafft. [...] Nicht abgeschafft ist aber die marxistische Parteizensur“, weil „[sich d]ie Kinobesitzer in völliger Abhängigkeit vom Rathause [befinden]“.¹⁰⁵

V. Epilog: „Verlängerung“ des Kinowesens, Verschärfung der Kontrolle

Das Fachblatt „Kino-Journal“ befürchtete ein noch größeres Chaos infolge der möglichen neuen, vom B-VG ermöglichten Kinolandesgesetzen, welche in einigen Bundesländern sogar restriktiver ausfallen könnten als die frühere Rechtslage.¹⁰⁶ Damit die Kinofrage „nicht zum Gegenstand der Kirchturmpolitik“ gemacht werde,¹⁰⁷ forderte das „Kino-Journal“ eine einheitliche Regelung in der Zensurfrage:

„Was wir verlangt haben und immer wieder fordern werden, ist eine einheitliche Zensur für Wien und ganz Oesterreich. Wir haben gegen die

⁹⁷ Ebd., fol. 50.

⁹⁸ Ebd.

⁹⁹ VfSlg. 720/1926.

¹⁰⁰ Ebd.

¹⁰¹ Ebd.

¹⁰² Antrag (14. 8. 1929), in: ÖStA, AdR, OBh Justiz, VfGH, Kart. 59, B 39/29 (weiter: VfGH B 39/29), fol. 2ff.

¹⁰³ Protokoll der nichtöffentlichen Sitzung des VfGH (12. 12. 1929), in: VfGH B 39/29, fol. 13.

¹⁰⁴ VfSlg. 1281/1929.

¹⁰⁵ Reichspost Nr. 316 v. 15. 11. 1929, 1.

¹⁰⁶ [Ohne Autor], Chaos 1.

¹⁰⁷ Ebd. 2.

Zensur nie etwas einzuwenden gehabt, denn wir sind in Frieden mit den einsichtsvollen Beamten in Wien ausgekommen. Anders liegt der Fall außerhalb Wiens, wo vielfach nicht nach Recht und Billigkeit, sondern nach persönlichen, oft sehr beschränkten Gesichtspunkten zensuriert wird, wo sich geradezu lächerliche, blamable Einflüsse geltend machen, wo jeder Dorftrottel, wenn er zu den Oberbonzen der Gemeinde Beziehungen hat, einen Film unmöglich machen kann. Wir sind ein freies Volk auf dem Papier, aber wir sind noch mehr von Fesseln bedrückt als vor dem Kriege, weil in der Monarchie ein einheitlicher Wille regierte und heute jeder Dorfbürgermeister ein Gott für sich ist.“¹⁰⁸

Der von Wien eingeschlagene Weg, das Kinowesen alleine zu regeln, wurde als eine „Veränderung“¹⁰⁹ der Kinofrage verstanden, womit auf der Bundesebene Regelungschaos¹¹⁰ bzw. auf einzelnen Landesebenen sogar Restriktionen zu herrschen drohten:

„Die Filmzensur ist zwar, wie allgemein bekannt, in Oesterreich abgeschafft. Das hindert aber nicht, daß alle möglichen unterirdischen Kräfte am Werke sind, auf irgendeinem Umweg die Zensur neu zu etablieren. [...] Statt ein einheitliches, für ganz Oesterreich geltendes Reichskino-gesetz zu schaffen, wird es durch die Verfassung den Bundesländern ermöglicht, ihre eigenen Wege zu gehen und innerhalb ihrer Grenzen mit dem Kino umzuspringen, wie es ihnen paßt. Den Anfang hat das Land Wien gemacht, das ein im allgemeinen ziemlich fortschrittliches Kinogesetz geschaffen hat, wenn auch durch den Zwang, alle zur Aufführung bestimmten Filme einer vom Magistrat nominierten Kommission vorzuführen, der Einflußnahme in politischer Hinsicht Tür und Tor geöffnet wird. Leider ist aber zu befürchten, daß die von den anderen Bundesländern zu

beschließenden Kinogesetze durchaus von reaktionärem Geist beseelt sein werden. [...] Dieselbe Bürokratie, die ungeachtet der Abschaffung der Zensur, heute noch in allen Ländern eine ganz gesetzwidrige Filmzensur ausübt, ist nun dazu berufen, die Entwürfe zu den neuen Kinogesetzen fertigzustellen.“¹¹¹

Die Zeitschrift „Der Filmbote“ verspürte sogar eine gewisse „Heimweh nach der Zensur“, weil diese zumindest für klare, einheitliche Verhältnisse sorgen würde: „Das Geschenk der Zensurfreiheit ist also eine höchst zweifelhafte Angelegenheit, die uns noch sehr viel Kopfzerbrechen bereiten wird.“¹¹²

Im Anschluss an das Wiener Landesgesetz nahmen auch andere Bundesländer ihre diesbezügliche Kompetenz wahr. In der Ersten Republik verabschiedeten Tirol, Vorarlberg und Steiermark eigene Lichtspielgesetze (LGVBl. Tirol 23/1927, LGBL. Vorarlberg 28/1928; LGBL. Steiermark 87/1929). Die anderen Bundesländer folgten ihnen erst im „austrofaschistischen“ „Ständestaat“.¹¹³ In den Kinogesetzen der Bundesländer wurde – wie befürchtet – ein weitgefasstes Verbot festgelegt: Vorführungen, welche etwa die Ruhe, Ordnung gefährden, das religiöse Empfinden verletzen oder eine verrohende, entsittlichende Wirkung ausüben würden, konnten von der jeweiligen Landesregierung untersagt werden (§ 16 LGVBl. Tirol 23/1927; § 17 LGBL. Vorarlberg 28/1928; § 15 LGBL. Steiermark 87/1929); im steirischen Kinogesetz wurden auch die Verletzung nationalen Empfindens oder die Kritik gegen die Republik und seine Einrichtungen als mögliche Verbotgründe aufgelistet (§ 15 LGBL. Steiermark 87/1929).

Das Wiener Kinogesetz wurde in der Zwischenkriegszeit dreimal – immer mehr den rechtskon-

¹⁰⁸ [Ohne Autor], Zensurfrage 1.

¹⁰⁹ [Ohne Autor], Wiener Kinogesetz 6; [Ohne Autor], Das Wiener Kinogesetz 1.

¹¹⁰ [Ohne Autor], Heimweh nach der Zensur 7.

¹¹¹ [Ohne Autor], Reichskino-gesetz 5.

¹¹² [Ohne Autor], Heimweh nach der Zensur 8.

¹¹³ Oberösterreich: LGBL. 35/1934; Salzburg: LGBL. 55/1934, LGBL. 72/1935; Burgenland: LGBL. 53/1935; Kärnten: LGBL. 54/1934; Niederösterreich: LGBL. 154/1935.

servativen Erwartungen entsprechend – novelliert. Bei der Verleihung der Konzession wurde der Bundespolizei das Recht eingeräumt, sich gegen die Erteilung durch den Magistrat auszusprechen, woraufhin das Konzessionsansuchen abzuweisen war (Art. 1 LGBl. Wien 23/1930). Im „Ständestaat“, als Wien nicht mehr sozialdemokratisch regiert war, wurde die Untersagung einer Filmvorführungsbewilligung ermöglicht, falls der Film „gegen die öffentliche Ruhe, Ordnung oder Sicherheit oder die Strafgesetze verstößt, grobe Verletzungen des Anstandes enthält oder geeignet ist, die Sittlichkeit, das religiöse oder vaterländische Empfinden zu verletzen oder das Ansehen des österreichischen Staates oder seine Beziehungen zu auswärtigen Staaten zu gefährden“ (§ 8 GBl. Wien 20/1935).

Über die Vorführungsbewilligung hatte ein Beirat zu entscheiden, welcher unter anderem aus den Vertretern der Bundesregierung, der Bundespolizeidirektion in Wien, der katholischen Kirche und der „Vaterländischen Front“ bestand (§ 12 Abs. 3 GBl. Wien 20/1935). Die Regelungen wurden im vierten Wiener Kinogesetz weiter verschärft (GBl. Wien 19/1937).

Der Schutz der nationalen und religiösen Empfindungen wurde – wie erwähnt – in den Kinogesetzen einiger Bundesländer bereits in der Ersten Republik festgelegt, womit eine reaktive „Zensur“ – trotz deren formeller Abschaffung – ausgeübt werden konnte. Der VfGH legte zwar die Zensuraufhebung nach 1926 liberaler aus, indem er die Theater- und Kinozensur für aufgehoben erklärte. Die Länderkompetenz im Kinowesen, die vom VfGH bezüglich des Wiener Landesgesetzes bestätigt wurde, ermöglichte allerdings in den anderen Bundesländern eine restriktivere Gesetzgebung.

Korrespondenz:

Dr.Dr. Peter TECHET, PhD, LL.M., M.A.
 Institut für Staatswissenschaft und Rechtstheorie
 Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau
 Erbprinzenstraße 17a
 D-79085 Freiburg im Breisgau
 peter.techet@jura.uni-freiburg.de
 ORCID-Nr.: 0000-0002-0255-140X

Abkürzungen:

GBL. Wien	Gesetzblatt der Stadt Wien
OBh Justiz	Oberste Behörden: Höchstgerichte 1. Republik
VfGH Z 329	ÖStA, AdR, OBh Justiz, VfGH, Kart. 1, Z 329
VfGH B 74/25	Ebd. Kart. 50, B 74/25
VfGH B 59/26	Ebd. Kart. 51, B 59/26
VfGH B 36/27	Ebd. Kart. 56, B 36/27
VfGH B 52/27	Kart. 56, B 52/27
VfGH B 25/28	Kart. 56, B 25/28
VfGH G 1/26	Kart. 72, G 1/26
VfSlg.	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des VfGH

Siehe auch das allgemeine Abkürzungsverzeichnis:
[\[http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf\]](http://www.rechtsgeschichte.at/files/abk.pdf)

Literatur:

- [Ohne Autor], Heimweh nach der Zensur, in: *Der Filmbote – Zeitschrift für alle Zweige der Kinematographie* Nr. 26 v. 26. 6. 1926, 7–8.
- [Ohne Autor], Die Zensurfrage, in: *Das Kino-Journal* Nr. 831 v. 3. 7. 1926, 1–2.
- [Ohne Autor], Das neue Kinogesetz. Die Beeinträchtigung der bürgerlichen Rechte der Kinobesitzer, in: *Das Kino-Journal* Nr. 837 v. 14. 8. 1926, 1–3.
- [Ohne Autor], Das Reichskinogesetz muß kommen! in: *Der Filmbote – Zeitschrift für alle Zweige der Kinematographie* Nr. 49 v. 4. 12. 1926, 5–6.
- [Ohne Autor], Chaos, in: *Das Kino-Journal* Nr. 854 v. 11. 12. 1926, 1–2.
- [Ohne Autor], Das Wiener Kinogesetz vor dem Verfassungsgerichtshof, in: *Der Filmbote – Zeitschrift für alle Zweige der Kinematographie* Nr. 51 v. 18. 12. 1926, 5–6
- [Ohne Autor], Das Wiener Kinogesetz, in: *Das Kino-Journal* Nr. 856 v. 25. 12. 1926, 1–2.
- Peter GRABHER, Sowjet-Projektionen. Die Filmarbeit der kommunistischen Organisationen in der Ersten Republik (1918–1933), in: Christian DEWALD (Hg.), *Arbeiterkino. Linke Filmkultur in der Ersten Republik* (Wien 2007) 221–303.
- Hans KELSEN, *Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. Mit einer historischen Übersicht und kritischen Erläuterungen, Teil 1* (Wien–Leipzig 1919).
- DERS., *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920.* (Wien–Leipzig 1922).
- Ludwig MENNET, Theaterzensur, in: *Öffentliche Sicherheit* 5/Nr. 1–2 (1925) 5–6.
- Adolf Julius MERKL, Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Mit besonderer Berücksichtigung der deutschösterreichischen Bundesverfassung, in: *Zeitschrift für Öffentliches Recht* 2 (1921) 336–359.
- Thomas OLECHOWSKI, Hans Kelsen. *Biographie eines Rechtswissenschaftlers* (Tübingen 2020).
- DERS., Die Diskussion um die Kompetenzverteilung bei der Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes, in: *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* 11 (2021) 271–283.
- Tamara SCHEER, Kriegsüberwachungsamt und Zensurfrage. Ein Beitrag zur Sicherung der Heimatfront, in: *Journal for Intelligence, Propaganda and Security Studies* 1 (2007) 70–82.
- Gustav SPANN, Das Zensursystem des Kriegsabsolutismus in Österreich während des Ersten Weltkrieges 1914–1918, in: Erika WEINZIERL, Rudolf G. ARDELT (Hgg.), *Justiz und Zeitgeschichte VIII: Symposium Zensur in Österreich 1780 bis 1989* (Wien–Salzburg 1991) 31–58.
- E. SZ., Aus der Woche: Kinogesetzgebung, in: *Der österreichische Volkswirt* 18 (1926) 992.
- Péter TECHET, Vers une lecture historique de la „Théorie Pure du Droit“. Contextes et pratiques de la juridiction constitutionnelle autrichienne, in: *Analisi e Diritto* 21 (2021) 121–144.
- DERS., Reigen um Kompetenzen. Arthur Schnitzlers „Reigen“ vor dem Verfassungsgerichtshof im Jahre 1921, in: *BRGÖ* 12 (2022) 135–154.

Tätigkeitsbericht

KRGÖ und FRQ im Jahr 2022

Im Jahr 2022 wurde die KRGÖ von internationalen peers evaluiert; ihr Urteil war uneingeschränkt positiv. Die Kommission habe ihre Publikationsziele trotz Corona-Krise vollständig erreicht und nicht nur zweimal jährlich einen Band der Zeitschrift BRGÖ, sondern im Berichtszeitraum (2017–2022) fünf, teils sehr umfangreiche Bände in der Reihe „Fontes iuris“ publiziert. Diese Bände enthalten Quellen, die nach internationalen Standards ediert wurden, womit die KRGÖ wichtige Grundlagenforschung geleistet habe. Auch die BRGÖ entspreche mit ihrem double-blind-peer-review-Verfahren internationalen Standards und biete sowohl in zeitlicher wie inhaltlicher Hinsicht ein breites Spektrum an rechtshistorischen Publikationen, die auch für eine größere Öffentlichkeit relevant seien. Darüber hinaus komme der KRGÖ geradezu eine „Brückenfunktion zwischen mittel- und osteuropäischer rechtshistorischer Forschung“ zu, und auch die interdisziplinäre Anschlussfähigkeit sei gewährleistet. „All this work has been realized by a small team of Austrian academics of legal history (that are internationally known) with a relatively small budget.“ Beide Gutachter sprachen sich daher uneingeschränkt für eine Verlängerung der KRGÖ aus. In der Sitzung der phil.-hist. Klasse der ÖAW vom 15. Dezember 2022 wurden die bisherigen Mitglieder der KRGÖ für eine weitere Periode, d.h. bis 31. Dezember 2027, verlängert. Auf eigenen Wunsch schied lediglich w.M. Thomas WINKELBAUER aus der Kommission aus; neu hinzu kam k.M.I. Philipp SCHEIBELREITER.

Für die kommenden fünf Jahre hat sich die Kommission ein umfassendes Arbeitsprogramm

vorgenommen, von dem in den kommenden Tätigkeitsberichten mehr zu berichten sein wird; so wie bisher, wird die KRGÖ in der Regel eine Tagung pro Jahr veranstalten und ein Tagungsheft im Rahmen der BRGÖ publizieren, das zweite Themenheft wird wie bisher für vermischte Beiträge offen stehen. Dazu kommt die Publikation weiterer Fontes iuris-Bände, insbesondere die Vollendung der Edition der Wiener Stadtbücher.

Die FRQ hat gemeinsam mit der Hans-Kelsen-Forschungsstelle der Universität Freiburg i.Br. (Jörg Kammerhofer) und dem Austrian Centre for Digital Humanities and Cultural Heritage (ACDH, Alexandra N. Lenz) der ÖAW ein großangelegtes, internationales wie interdisziplinäres Forschungsprojekt in Angriff genommen: „Making the Austrian Constitution“. Zentrale Aufgabe des Forschungsprojektes ist es, sämtliche Quellen zur Entstehung des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes vom 1. 10. 1920 (Verfassungsentwürfe von Hans Kelsen, Michael Mayr, Stefan Falser, Robert Danneberg u.a.; Protokolle insbesondere des Verfassungsunter Ausschusses der Konstituierenden Nationalversammlung und der Länderkonferenzen in Wien, Salzburg und Linz; diverse Memoranden, Gutachten und Briefe) zu digitalisieren, transkribieren und sowohl textkritisch als auch rechtshistorisch zu kommentieren. Die Publikation soll sowohl open access im Internet als auch in Buchform erfolgen. Das Österreichische Staatsarchiv und das Parlamentsarchiv, in denen sich die meisten einschlägigen Quellen befinden, unterstützen das Projekt nach Kräften; weitere Quellen werden in den Landes- und Parteiar-

chiven, möglicherweise auch im Ausland zu finden sein. Das Projekt wird vom österreichischen Wissenschaftsfonds FWF gemeinsam mit der Deutschen Forschungsgemeinschaft DFG finanziert; offizieller Projektstart war der 1. Jänner 2023.

Im Rahmen des Projekts „Erschließung der Akten des kaiserlichen Reichshofrates“ (Kooperation mit der Göttinger Akademie der Wissenschaften) kam Frau Susanne ZENKER neu zum Team, wo sie an den Bänden 7–9 der Reihe „Antiqua“ mitarbeitet.

Die Übersetzung der Hans Kelsen-Biographie von Thomas OLECHOWSKI ins Englische liegt in einer von Otmar *Binder* erstellten Rohfassung vor und wird nunmehr von Andrew *Hammel*

insbesondere in Hinblick auf Fachtermini supervidiert. Die Übersetzung ins Spanische hat Gonzalo *Villa Rosas* in Angriff genommen.

Die FRQ verbrauchte im Jahr 2022 ein Budget von € 98.766,69. Das nominelle Budget der KRGÖ ist gegenüber den Vorjahren deutlich erhöht worden, weil nunmehr alle Produktionskosten der im Verlag der ÖAW erscheinenden Zeitschrift BRGÖ über das Konto der Kommission laufen; 2022 betrug es € 27.234,15. Von der Göttinger Akademie der Wissenschaften kamen € 51.853,35 für das Reichshofratsprojekt, vom österreichischen Zukunftsfonds € 12.000,- für die Übersetzung der Kelsen-Biographie.

Thomas OLECHOWSKI

ISBN 978-3-7001-9410-1

ISSN 2221-8890



9 783700 194101

Made in Europe