

I. Das Legalitätsprinzip – eine Einleitung

A. Grundlegung

Legalität mag vieles heißen. Der Begriff Legalitätsprinzip allerdings ist in der österreichischen Rechtswissenschaft sehr spezifisch konnotiert: Er bezeichnet den Gesetzesvorbehalt in Art 18 Abs 1 B-VG auf der einen Seite und ein aus der Verfassung abgeleitetes Determinierungsgebot auf der anderen.

Von nicht mehr handelt diese Arbeit. Erstens möchte ich den Geltungsbereich des Gesetzesvorbehaltes in Art 18 Abs 1 B-VG bestimmen. Zweitens möchte ich versuchen, das verfassungsrechtliche Determinierungsgebot zu erklären.

Das Legalitätsprinzip ist ein klassisches Thema des österreichischen Staats- und Verwaltungsrechts. Schlösse man von der in dieser Arbeit zitierten Literatur und Judikatur auf seinen Umfang, man hätte nur einen Bruchteil erfasst. Dennoch oder vielleicht gerade deshalb sind Versuche, sich seiner von Grund auf anzunehmen, vereinzelt geblieben.¹ Diese Arbeit unternimmt einen solchen Versuch. Und damit ist sie inhärent unvollständig, lückenhaft, mehr Anfangs- als ein Endpunkt.

Trotzdem lohnen könnte dieser Versuch, weil er einen Neubeginn wagt: Denn der Gesetzesvorbehalt in Art 18 Abs 1 B-VG soll hier einen eigenständigen Geltungsbereich erhalten. Und für das Determinierungsgebot soll eine von Art 18 Abs 1 B-VG unabhängige Grundlage gefunden werden.

Gelingt mein Versuch, dem Gesetzesvorbehalt in Art 18 Abs 1 B-VG wäre neues Leben eingehaucht, und das Determinierungsgebot wäre auf eine dogmatisch tragfähige Grundlage gestellt.

Diese Arbeit mag also *Das Legalitätsprinzip* heißen. Doch ihre beiden Hauptteile können auch unabhängig voneinander begriffen werden: der Ab-

1 Die bisher gründlichste Auseinandersetzung mit dem Legalitätsprinzip stammt von *Heinz Peter Rill: Rill*, Art 18 B-VG. Wenn diese Arbeit mit der seinen in kaum einer Frage einverstanden ist, ist das vor allem dem Versuch geschuldet, das Legalitätsprinzip von Grund auf neu zu denken. Und trotz oder gerade wegen aller Kritik: Diese Arbeit hat viel von der seinen profitiert.

schnitt II. über den *Gesetzesvorbehalt* in Art 18 Abs 1 B-VG; und der Abschnitt III. über das *Determinierungsgebot*.

B. Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot

Die lakonische Rede vom Legalitätsprinzip suggeriert eine einheitliche Norm. Sieht man genauer hin, entlarvt sich eine solche Vorstellung als Konstruktion: Eine Rechtsvorschrift des Namens Legalitätsprinzip wird man im österreichischen Recht vergeblich suchen. Und die Konzepte, die unter dem Begriff Legalitätsprinzip zusammengefasst werden, sind grundverschieden.

Spricht man vom Legalitätsprinzip, verwendet man also keinen Rechtsbegriff, sondern einen wissenschaftlichen Begriff. Und die Wissenschaft versteht unter dem Legalitätsprinzip zwei unterschiedliche, doch in gewisser Weise komplementäre Anordnungen.

Bei der einen Norm, die mit dem Legalitätsprinzip assoziiert wird, handelt es sich um einen Gesetzesvorbehalt. In Art 18 Abs 1 B-VG steht geschrieben: „Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.“ Nach Maßgabe des Art 18 Abs 1 B-VG ist das Gesetz also Voraussetzung des Verwaltungshandelns: Wo es kein Gesetz gibt, darf die Verwaltung nicht handeln. So trivial die Worte des Art 18 Abs 1 B-VG aber auch klingen mögen, so anspruchsvoll und umstritten ist ihre Auslegung im Detail: Denn was bedeutet schon „Gesetz“, was „Verwaltung“, wann wird Verwaltung „auf Grund“ eines Gesetzes ausgeübt und welches Handeln versteht man unter „ausgeübt werden“?

Die zweite Vorschrift, die in Österreich mit dem Begriff Legalitätsprinzip assoziiert wird, ist das verfassungsrechtliche Determinierungsgebot – häufig wird synonym der Begriff Bestimmtheitsgebot verwendet. Der „Gesetzgeber“ – mit diesen Worten wird das Determinierungsgebot oft umschrieben – habe seine Gesetze „hinreichend bestimmt“ zu formulieren. Auch das Determinierungsgebot kann Kopfzerbrechen bereiten: Denn welcher „Gesetzgeber“ ist gemeint, welche „Gesetze“ muss er determinieren und was ist schon „hinreichend bestimmt“? Und dann gibt es da noch diese fundamentale Komplikation: Während sich der Gesetzesvorbehalt in Art 18 Abs 1 B-VG nachlesen lässt, ist die Suche nach einer Rechtsvorschrift, die das Determinierungsgebot ausdrücklich anordnet, müßig.

Der Begriff Legalitätsprinzip dient also als Überbegriff für zwei unterschiedliche Konzepte: den Gesetzesvorbehalt auf der einen Seite, das Determinierungsgebot auf der anderen. Und mögen ihre Wirkungen auch manchmal komplementär erscheinen: Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot sind grundverschieden.

Es ist kein Muss, den Begriff Legalitätsprinzip so zu verstehen, wie ich ihn eben erläutert habe. Als wissenschaftlichen Begriff könnte man das Legalitätsprinzip auch anders definieren.

Und zugegeben, meine Entscheidung, unter Legalitätsprinzip die beiden normativen Konzepte Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot zusammenzufassen, hat einen banalen Grund: Diese Begrifflichkeit hat sich in der österreichischen Rechtswissenschaft und Praxis eingebürgert. Zweckmäßig könnte diese Zusammenfassung sein, weil sich Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot, wie gesagt, mitunter ergänzen.

Der Grund aber, weshalb Lehre und Rspr Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot unter dem Begriff Legalitätsprinzip zusammenfassen, ist ein anderer: IdR wird davon ausgegangen, Art 18 Abs 1 B-VG normiere sowohl einen Gesetzesvorbehalt als auch das verfassungsrechtliche Determinierungsgebot. Gesetzesvorbehalt und Determinierungsgebot werden dann, wenn nicht als Einheit, so doch zumindest als zwei Seiten derselben Anordnung verstanden.

ME enthält Art 18 Abs 1 B-VG lediglich einen Gesetzesvorbehalt – alles andere würde seine Möglichkeiten und Grenzen sprengen.² Das Determinierungsgebot dagegen muss man anderorts suchen: Es ist nicht mehr und nicht weniger als ein Sammelbegriff, der für das Zusammenwirken vieler verschiedener Normen steht.³

2 Dazu unten II.

3 Dazu unten III.

II. Der Gesetzesvorbehalt in Art 18 Abs 1 B-VG

A. Entstehung und Entwicklung

Am 10. November 1920 trat das B-VG in Kraft.⁴ Sein Art 18 Abs 1 lautet bis heute unverändert: „Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden.“ Für die Konzeption der Norm Gesetzesvorbehalt bedeutete diese Vorschrift eine Zäsur; denn eines macht bereits ihr Wortlaut unmissverständlich deutlich: Art 18 B-VG würde sich, anders als Gesetzesvorbehalte im Konstitutionalismus,⁵ nicht bloß auf den eng abgegrenzten Geltungsbereich eines Grundrechts, wie etwa Art 5 StGG, oder auf Handlungsformen einzelner Behörden, wie etwa Art 11 des Staatsgrundgesetzes 1867 über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt,⁶ beziehen.

4 StGBI 1920/450; BGBI 1920/1.

5 Vgl zB *O Mayer*, Verwaltungsrecht (1895) 74: „Die Verwaltung kann nicht so abhängig gehalten werden. Das verfassungsmäßige Gesetz ist deshalb nur für besonders wichtige Gegenstände zur notwendigen Bedingung aller Staatsthätigkeit gemacht worden.“ *Herrnritt*, Grundlehren (1921) 29: „Die Regelung der Verwaltungsfragen, auch dort, wo die Verwaltung in die Freiheit des Individuums eingreift, unmittelbar durch das Gesetz bildet aus diesen Gründen eine Ausnahme, die Bewegungsfreiheit innerhalb des oft gar weit gezogenen Rahmens des Gesetzes die Regel. Derartige Ausnahmefälle, in welchen eine unmittelbare Regelung einer solchen Verwaltungsfrage durch das Gesetz im Sinne des [...] konstitutionellen Staatsprinzipes stattfindet, können als Vorbehalte des Gesetzes bezeichnet werden.“ Für eine Darstellung historischer Gesetzesvorbehalte in der deutschen Verfassungsgeschichte vgl *Jesch*, Gesetz (1961) 123 ff, 144 mwN: Das „gemeindeutsche Ergebnis bestand jedenfalls ganz eindeutig in der Begrenzung des Vorbehaltes auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum.“

6 RGBI 1867/145. Die Bestimmung lautete: „Die Staatsbehörden sind innerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises befugt, auf Grund der Gesetze Verordnungen zu erlassen und Befehle zu erteilen, und sowohl die Beobachtung dieser letzteren als der gesetzlichen Anordnungen selbst gegenüber den hiezu Verpflichteten zu erzwingen.“ Der Geltungsbereich dieser Bestimmung bezog sich tatsächlich nur auf *Verordnungen der Staatsbehörden* und die *Befehle der Staatsbehörden*. Andere Verordnungen, so jene des Monarchen, unterlagen keinem Gesetzesvorbehalt – und das, obwohl ein Verordnungsrecht des Monarchen rechtlich gar nicht vorgesehen war, sondern aus seiner vorrechtlichen und vorbehaltlich ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Einschränkungen theoretisch grenzenlosen „Regierungsgewalt“ abgeleitet wurde: vgl zB *Ulbrich*,

Doch so kompromisslos der Wortlaut des Art 18 Abs 1 B-VG beim ersten Hören klingt, so progressiv das politische Programm, das sich für die im Jahr 1920 noch junge Demokratie darin verbarg, so umstritten ist seine Auslegung im Detail. Und alle Erwägungen dazu kämpfen – wenn auch in unterschiedlichem Ausmaß – mit einem Problem: Die Gesetzesmaterialien lassen kaum über diesen Wortlaut hinausgehende unmittelbare und eindeutige Schlüsse auf das damalige Verständnis von Art 18 Abs 1 B-VG zu.⁷ So lässt sich seine Genese zunächst nur in Grundzügen wiedergeben:

In den Vorentwürfen zum B-VG wurde ein dem Art 11 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt von 1867 dem Wortlaut nach nicht unähnlicher, aber erheblich weitreichenderer Gesetzesvorbehalt für die offensichtlichste historische Nachfolgerin der monarchischen Exekutive, nämlich für die gesamte „Regierungs- und Vollzugsgewalt des Bundes“ formuliert.⁸ Erst im letzten Entwurf des Unterausschusses des Verfassungsausschusses zur konstituierenden Nationalversammlung wurde die Bestimmung auf Initiative *Kelsens* und ohne eine überlieferte Diskussion auf „die gesamte staatliche Verwaltung“ ausgedehnt.⁹ Damit allein ist aber

Staatsrecht (1909) 248 f: „Die Verfassungsgesetze enthalten, von der Notgesetzgebung abgesehen, keine Bestimmung über das Verordnungsrecht des Herrschers. Bloß rück-sichtlich der Staatsbehörden enthält der Artikel 11 des Staatsgrundgesetzes über die Regierungsgewalt die Bestimmung, daß dieselben innerhalb ihres gesetzlichen Wirkungskreises befugt sind, auf Grund der Gesetze Verordnungen zu erlassen. Es kann aber selbstverständlich das Recht des Monarchen zum Erlasse von Verordnungen nicht bezweifelt werden, da dasselbe ein Bestandteil seiner Regierungsgewalt ist, für die nur die in der Verfassung ausdrücklich festgesetzten Schranken vorhanden sind. [...] Der Kaiser kann Verordnungen rücksichtlich aller Gegenstände durch seine Minister erlassen, für welche der Weg der Gesetzgebung nicht vorgeschrieben ist.“ Zum historischen Verständnis des Art 11 des Staatsgrundgesetzes über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt von 1867 vgl auch: *G Jellinek*, Gesetz (1887) 128 f; *Zolger*, Verordnungsrecht (1898) 96 ff; *Herrnritt*, Handbuch (1909) 213 f; *Melichar*, JBl 1954, 614 ff mwN.

- 7 Das Hauptaugenmerk lag zu diesem Zeitpunkt offenbar auf anderen Verfassungsbestimmungen. Vgl die Materialien AB 991 BlgKNV sowie die Sitzungsprotokolle der 101. und 102. Sitzung der Konstituierenden Nationalversammlung – zur Annahme von Art 18 (zu diesem Zeitpunkt noch Art 19) siehe Seite 3448. Für die Protokolle des Unterausschusses zum Verfassungsausschuss siehe: *Ermacora*, Quellen (1967) insb Seiten 354 und 477.
- 8 Zum Gesetzesvorbehalt in *Kelsens* und *Mayrs* Verfassungsentwürfen vgl *Schmitz*, Vorentwürfe (1981) 192 f. Der Unterausschuss des Verfassungsausschusses übernahm dann eine diesen Vorentwürfen entsprechende Formulierung aus dem Linzer Entwurf, vgl *Ermacora*, Quellen (1967) 354; dazu auch *Walter*, Entstehung (1984) 72 ff sowie *Ermacora*, Bundesverfassung (1982) 43 f, 156 f.
- 9 Wo der Gesetzesvorbehalt des Vorentwurfes also nur für die Bundesverwaltung gelten hätte, gilt Art 18 Abs 1 B-VG für die „gesamte staatliche Verwaltung“. Vgl auch *Ermacora*, Quellen (1967) 477; *Merkel*, JBl 1931, 386; *Öblinger* in FS Brauneder (2008) 409.

noch nicht allzu viel für die Bedeutung von Art 18 Abs 1 B-VG gewonnen. Der Schlüssel zu seinem richtigen Verständnis liegt in seinem historisch-systematischen Kontext verborgen, genau genommen in drei zusammenhängenden Konzepten, die mit dem B-VG 1920 verwirklicht werden sollten: der Parlamentsherrschaft, der Rechtsabhängigkeit der Vollziehung und der Gesetzesabhängigkeit der Verwaltung.

1. Die Herrschaft des Rechts im B-VG 1920

a. Die Parlamentsherrschaft

Das B-VG 1920 führte nicht bloß die Staatsformen der Republik und der Demokratie ein – es installierte ein System der Parlamentsherrschaft.¹⁰ Aus dem historischen Konflikt zwischen Monarchen und Volksvertretung siegreich hervorgegangen,¹¹ sollte dem Parlament in der österreichischen Verfassung eine herausragende Stellung eingeräumt werden.

Ihren rechtlichen Ausgangspunkt hatte diese Entwicklung bereits mit dem Staatsgründungsbeschluss, dem „Beschuß der Provisorischen Nationalversammlung über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt“¹² vom 30.10.1918, genommen: Deutschösterreich sollte eine „repräsentative Demokratie mit ausgesprochener Parlamentsherrschaft“¹³ werden. Mit

10 Dazu ausführlich *Oberndorfer*, Art 1 B-VG Rz 1 ff: „Die [...] ‚österreichische Revolution‘ war eine ‚parlamentarische Revolution‘“; für *Merkel*, ZÖR 1931, 161 wurde durch das B-VG 1920 die radikalste parlamentarische Demokratie „der Erde“ geschaffen; *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (1971) 138 spricht von einem „radikal-parlamentarischen System“; *Öblinger* in FS Adamovich (2002) 585 von einem „parlamentarische[n] Regierungssystem in einer radikalen Form“.

11 Inspiriert durch Aufklärung und Demokratietheorie etablierte sich im 18. und 19. Jahrhundert die Forderung nach einer „Herrschaft des Gesetzes“: Dem parlamentarischen Gesetz sollte im Kreis der übrigen staatlichen Willensakte eine privilegierte Stellung eingeräumt werden – vgl dazu zB *O Mayer*, Verwaltungsrecht (1895) 55 ff; *Jesch*, Gesetz (1961) 24 ff. Einerseits wurde das Gesetz schon im Konstitutionalismus als unverzichtbarer Garant einer rechtsstaatlichen Ordnung wahrgenommen (zur „Bindung staatlicher Macht“ als „Essenz“ des Rechtsstaatsgedankens aus heutiger Perspektive vgl *Hofmann* in Hofmann et al [1996] 3 ff). Andererseits wohnte der „Herrschaft des Gesetzes“ als politisches Postulat aber auch ein revolutionäres Potenzial inne, die Grundfesten des monarchischen Staatswesens zu erschüttern – dazu zB *Jesch*, Gesetz (1961) 29: „Der demokratische Gesetzesbegriff ist deshalb ein politischer, weil durch ihn das Gesetz zur Waffe in der Hand des Bürgertums wird. Mit dieser Waffe erobert es seinen Anteil an der Bestimmung über die staatlichen Angelegenheiten und schließlich die Macht im Staat selbst.“ Die Forderung nach einer „Herrschaft des Gesetzes“ spiegelt damit einen zentralen machtpolitischen Konflikt ihrer Entstehungszeit wider: Die rechtsfreie monarchische Exekutive sollte zurückgedrängt werden, das bürgerliche Parlament auf ihre Kosten zum zentralen Organ der Staatswillensbildung avancieren.

12 StGBI 1918/1.

13 *Kelsen*, Staatsrecht (1923) 96; *Oberndorfer*, Art 1 B-VG Rz 1.

dem „Gesetz über die Volksvertretung vom 14.3.1919“ übernahm dann die Konstituierende Nationalversammlung „als höchstes Organ des Volkes die oberste Gewalt der Republik“¹⁴ und normierte in Art 1 Abs 1: „Alle öffentlichen Gewalten beruhen auf den von ihr [der Konstituierenden Nationalversammlung] beschlossenen Gesetzen“.

Und schließlich wurde das Konzept der Parlamentsherrschaft auch für das B-VG 1920 bestimmend: „Die Bundesregierung wurde vom Nationalrat, der Bundespräsident von der aus beiden Kammern des Bundesparlaments bestehenden Bundesversammlung gewählt. Die Bundesregierung konnte von der Mehrheit des Nationalrats jederzeit abgewählt werden.“¹⁵ Verknüpft wurde dieses parlamentarische Regierungssystem mit der Normierung von Rechts- und Gesetzesbindungen:¹⁶ Verwaltung und Gerichtsbarkeit erklärte man samt und sonders zu rechtsabhängigen Vollzugsfunktionen; und darüber hinaus normierte man einen weitreichenden Gesetzesvorbehalt für die Verwaltung – Art 18 Abs 1 B-VG, die damit nicht nur rechtsabhängig, sondern darüber hinaus auch stets gesetzesabhängig wurde.

Rechtstechnisch umgesetzt war damit ein ganz spezifisches Verständnis von Demokratie: Eines, in dem es keine gleichgeordneten Staatsgewalten gab, sondern ein Parlament als das zentrale Organ der Staatswillensbildung und einen ihm nachgeordneten Vollzug in Form von Gerichtsbarkeit und Verwaltung.¹⁷

b. Die Rechtsabhängigkeit von Gerichtsbarkeit und Verwaltung

aa Rechtsabhängigkeit vor dem B-VG 1920

Der monarchische Staat des 19. Jahrhunderts¹⁸ wurde als vorrechtlich begriffen, man dachte, er sei ein „historisch dem Recht vorangehendes Faktum“, seine Existenz sei nicht durch das Recht bedingt.¹⁹ Gleichzeitig ging nach damaligem Verständnis „alle Staatsgewalt vom Staat“ aus.²⁰ Damit war die gesamte „Staatsgewalt“ ein vorrechtliches Konstrukt; grundsätzlich, so glaubte man, vermöge sich der Staat seiner „Gewalt“ auch ohne das Recht zu

14 StGBI 1919/179.

15 *Öblinger* in FS Adamovich (2002) 585.

16 Vgl auch *Öblinger* in FS Adamovich (2002) 585.

17 Dazu *Kelsen*, ZfV 1921, 5 ff; *Merkel*, Verwaltungsrecht (1927) 334 ff; *Kelsen*, Wesen (1929) 69 ff.

18 Zur Verfassungsstruktur der konstitutionellen Monarchien und zum „monarchischen Prinzip“ vgl *Jesch*, Gesetz (1961) 76 ff mwN.

19 Kritisch dazu *Kelsen*, Hauptprobleme (1923) XVI, 406.

20 Dazu *Jesch*, Gesetz (1961) 83 mwN; *Herrnritt*, Grundlehren (1921) 4: „Aus der Personeneigenschaft des Staates folgt vielmehr, daß die äußerlich geschiedenen Gewalten im Staate bloß verschiedene Reflexe der einheitlichen und unteilbaren obersten Gewalt des Staates bilden.“

bedienen.²¹ Das Recht kam nach damaligem Verständnis erst über die Lehre von der „Selbstverpflichtung des Staates“ hinzu:²² Der Staat als Willenssubjekt habe sich durch den Erlass einer Rechtsordnung selbst dem Recht unterworfen.²³ Und ganz im Sinn dieser Theorie hatte der Staat das in unterschiedlichen Bereichen unterschiedlich weitreichend getan.

Gegen Ende des 19. Jahrhunderts erschien der Prozess dieser Selbstverpflichtung schon weit vorangeschritten: Es gab Verfassungsurkunden, in denen Monarchen sich verpflichtet hatten, ihre gesetzgebende Gewalt mit Parlamenten zu teilen – für sich genommen standen sie damit nicht mehr über dem Gesetz.²⁴ Im Zivil- und Strafrecht hatte es weitreichende Kodifikations-

21 Vgl zB *Herrnritt*, Handbuch (1909) 9ff: „Die Eigenschaft des Staates, vermöge welcher er die Herrschaft ausübt, bildet die Staatsgewalt. Zum Unterschiede von den anderen Gemeinwesen in seinem Inneren ist die Gewalt des Staates eine ursprüngliche, von keiner anderen irdischen Macht abgeleitete. Jede andere legitime Gewalt, die sich auf dem Gebiete des Staates geltend macht, muß dagegen, sofern sie nicht von einem übergeordneten Staatswesen ausgeht, selbst vom Staate abgeleitet, seiner Verfügung unterworfen sein.“ Die Staatsgewalt äußere sich unter anderem in „der Kompetenzhoheit des Staates, vermöge welcher derselbe innerhalb des sachlichen Umfanges seiner Gewalt berufen ist, seinen Wirkungskreis beliebig zu bestimmen und damit seiner Tätigkeit beliebige Zwecke zu setzen.“

22 Vgl zB *G Jellinek*, Staatslehre (1905) 357 ff; kritisch *Kelsen*, Hauptprobleme (1923) 395 ff.

23 Dazu *Schönberger* in *Jestaedt* (2008) 26 ff: Dieser reichsdeutsche staatsrechtliche Positivismus wurde im 19. Jahrhundert maßgeblich von *Paul Laband*, *Gerhard Anschütz* und teilweise auch von *Georg Jellinek* vertreten – *Hans Kelsen* sollte sich scharf dagegen wenden. Für Österreich sehr deutlich zB *Zolger*, Verordnungsrecht (1898) 98 f: „Bis zur Einführung des Constitutionalismus war der Kaiser von Oesterreich als Träger der gesammten Staatsgewalt auch in der Ausübung derselben juristisch ganz unbeschränkt. Durch die Verfassung, die er sich selbst kraft eigener ‚Machtvollkommenheit‘ gegeben hat, hat er sich bis zu einer gewissen Grenze in der Ausübung seiner Gewalt in der Art beschränkt, dass er erklärte, gewisse Willensäußerungen der Staatsgewalt nur in Form des Ges., also unter Mitwirkung der gesetzlich berufenen Kammern, in Erscheinung treten zu lassen. Durch die Verfassung hat der Monarch die ihm zustehende Fülle der Herrschaftsgewalt zwar nicht ihrem Inhalte gemindert, er ist auch seit der Einführung der Verfassung der alleinige und ausschließliche Inhaber der gesammten Staatsgewalt; allein einzelne Aeusserungen dieser Gewalt bedürfen, um auf gewissen begrenzten Gebieten staatsrechtliche Giltigkeit zu haben, der Zustimmung der Vertretungskörper. Die Verfassung ist die vom Monarchen aus eigener Entschliessung verfügte Selbstbeschränkung der monarchischen Gewalt, ein Verzicht der Krone auf gewissen Gebieten allein die Staatsgewalt auszuüben. Aber nur soweit ist die Macht der Krone beschränkt, als dieser Verzicht reicht, als es die Verfassung selbst vorschreibt. Soweit jedoch der Verzicht nicht reicht, ist auch jetzt noch der Monarch in der Ausübung der Staatsgewalt unbeschränkt und an die Form des Ges. nicht gebunden.“

24 Vgl *Jesch*, Gesetz (1961) 83: „Volk bzw. Volksvertretung und Fürsten wurden gleichermaßen als Organe des Staates deklariert; dem monarchischen Prinzip trug man dadurch Rechnung, daß der Herrscher zum höchsten Staatsorgan erklärt wurde.“ *Herrnritt*, Handbuch (1909) 15 ff.

bemühungen gegeben.²⁵ Verwaltung und Gerichtsbarkeit waren verpflichtet worden, Grundrechte der Bürger zu achten.²⁶ Und der *Vorrang des Gesetzes* war anerkannt – mit seinen Gesetzen vermochte der Gesetzgeber also Verwaltung und Gerichtsbarkeit gleichermaßen zu verpflichten.²⁷

Doch trotz alledem: Der Staat hatte sich dem Recht nur teilweise unterworfen. Soweit er sich dem Recht unterworfen hatte, durfte er sich seiner *Gewalt* nicht mehr *rechtsfrei* bedienen. Die grundlegende Dichotomie zwischen Staat und Recht war aber nicht einmal in diesen rechtsabhängigen Teilbereichen überwunden.²⁸ Und wo sich der Staat dem Recht nicht unterworfen hatte, durfte er sehr wohl *rechtsfrei* handeln.

Noch 1895 vertritt *Otto Mayer*: „Die Gesetzgebung bleibt Aufstellung von Rechtssätzen durch die oberste Gewalt“,²⁹ wobei der „Staat [bei der Gesetzgebung] über seiner Rechtsordnung“ stehe.³⁰ „Verwaltung ist Thätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung [...]; in der Justiz geschieht alles für die Rechtsordnung. Das Verhältnis der Verwaltung zur Rechtsordnung, unter der sie vor sich geht, ist ein freieres.“³¹

Mayers Befund soll hier stellvertretend für die hL seiner Zeit stehen: In Gestalt der Gesetzgebung erschien der Staat vom Recht völlig ungebunden.³²

25 In Österreich etwa im Zivilrecht das ABGB 1812 und die ZPO 1895; im Strafrecht das StG 1852 und die Strafproceßordnung 1873.

26 Dazu zB *Jesch*, Gesetz (1961) 117 ff mwN.

27 Zum *Vorrang des Gesetzes* genauer unten II.C.2.b.

28 *Jesch*, Gesetz (1961) 17 ff mwN: „Diese Abgrenzung des Rechts vom Nicht-Recht war ein ganz erstaunlicher Vorgang. Denn außerhalb jener staatsrechtlichen ‚Rechtstheorie‘ galt und gilt das Problem der Abgrenzung des Rechts vom Nicht-Recht als das der Scheidung der Rechtsnormen von solchen der Sitte, der Moral usw. Daß die führende Staatsrechtslehre der konstitutionellen Monarchie [...] jene ganz andere Ausgrenzung vornahm, konnte nur auf besonderen, vermutlich sogar einmaligen staatsrechtlichen oder politischen Gründen beruhen. [...] Die Gesellschaft war gegen den Staat durch die Mauer des Rechts abgeschirmt. Das Recht regelt die Beziehungen der Bürger untereinander; wollte der Staat in den geschützten Bereich der Gesellschaft eindringen, so mußte er sich dem Recht beugen. Der Staat selbst jedoch war von den Schranken des Rechts frei, in seinem eigenen Gebiet, d. h. innerhalb des Exekutivbereichs galt der Befehl ohne rechtliche Qualität.“

29 *O Mayer*, Verwaltungsrecht (1895) 6.

30 *O Mayer*, Verwaltungsrecht (1895) 13.

31 *O Mayer*, Verwaltungsrecht (1895) 13.

32 Vgl zB auch *Sarwey*, Verwaltungsrecht (1887) 30: „Da jedoch der Gesetzgeber an und für sich vollkommen frei in der Erlassung oder Nichterlassung gesetzlicher Vorschriften ist, da es für die gesetzgebende Gewalt keine Pflicht zu Erlassung eines Gesetzes noch eine Schranke bezüglich der durch das Gesetz zu regelnden Gegenstände und der Zahl der zu erlassenden Gesetze gibt [...], so ist es eine reine Thatfrage, ob und wieweit die Verwaltungsorgane durch die in dem bezeichneten formalen Sinne genommene Forderung der Gesetzmäßigkeit ihrer Thätigkeit in Wahrheit bestimmt werden.“ *Laband*, Staatsrecht (1895) 641: „Der Wille des gesetzgebenden Organs ist daher dem Recht gegenüber der stärkere. [...] Die Freiheit und Unverantwortlichkeit