

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte
<https://www.forhistiur.net>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Stephan Dusil (Tübingen)
Prof. Dr. Elisabetta Fiocchi Malaspina (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Martin Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier M.A. (Zürich)

24. 05. 2022

© 2022 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag

<https://forhistiur.net/2022-05-techet/>

ISSN 1860-5605

Péter Techet^{*}

Kultur- und Rechtskampf um das Wiener Krematorium (1922–1924)

Ansätze der aktivistischen Verfassungsgerichtsbarkeit in der Ersten (österreichischen) Republik?

Zusammenfassung

Zwischen 1922 und 1924 versuchte die österreichische Bundesregierung, das neu eröffnete Krematorium im »roten« Wien zu verbieten. Der sozialdemokratische Bürgermeister von Wien weigerte sich jedoch, den Anweisungen des christlich-sozialen Bundesministers Folge zu leisten. Da die Zuständigkeitsregeln der republikanischen, neuen Verfassung (B-VG) damals noch nicht in Kraft traten, kam es zwischen der Bundesregierung und Wien (als Land) zu einem Rechtsstreit. Der Streit wurde schließlich vom Verfassungsgerichtshof (VfGH) zugunsten von Wien entschieden. Die Bundesregierung versuchte jedoch mit zwei weiteren Anträgen (wegen eines angeblichen Kompetenzkonflikts zwischen der Bundesregierung und Wien sowie wegen der angeblichen Verfassungswidrigkeit der Wiener Landesverfassung) das Krematorium zu verhindern. Auch in diesen Fällen entschied aber der Verfassungsgerichtshof zugunsten von Wien, ohne jedoch die Hauptfrage zu beantworten, ob die Feuerbestattung in Österreich legal ist. Neben der konkreten Rechtslage stellte der Fall auch ein wichtiges Kapitel des damaligen »Kulturkampfes« dar, der allerdings verfassungsrechtlich ausgefochten wurde. In dem Beitrag werden sowohl die öffentlichen Debatten als auch die Rechtslage und die Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof dargestellt und anhand von Primärquellen analysiert. Der berühmte Rechtstheoretiker Hans Kelsen war in allen drei Verfahren als Referent am Verfassungsgerichtshof tätig. Daher wird auch die Frage erörtert, ob die Entscheidungen der »Reinen Rechtslehre« von Kelsen ent- oder widersprachen, und ob die »zurückhaltende« Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes im Sinne der Kelsenschen Rechtslehre und des historischen Kontextes der damaligen Zeit als »aktivistisch« anzusehen ist.

Abstract

Between 1922 and 1924, the Austrian Federal Government tried to ban the newly opened crematorium in the »red city« of Vienna. However, the Social Democratic mayor of Vienna refused to obey the instructions of the Christian Social Federal Minister. Because the competency rules of the republican, new Constitution (B-VG) did not come into force at that time, a legal dispute arose between the Federal Government and Vienna (as State). The Constitutional Court (VfGH) ultimately decided the dispute in favor of Vienna. However, the federal government tried to prevent the crematorium with two further motions (concerning a supposed conflict of competencies between the federal government and Vienna, and because of the alleged unconstitutionality of the State Constitution of Vienna). In these cases too, the Constitutional Court ruled in favor of Vienna, but without answering the main question of whether the cremation was legal in Austria. In addition to the concrete legal situation, the case also represented an important chapter of the »Kulturkampf« of that time, which, however, was fought out on the ground of Constitutional Law. In the article, I describe both the public and legal debates, as well the legal situation and the processes by using primary sources. The famous legal theorist Hans Kelsen acted as a consultant at the Constitutional Court in all three processes. Therefore, the question is also to be analyzed whether the decisions corresponded or contradicted the »Pure Theory of Law« of Kelsen, and whether the »self-restrained« judicature of the Constitutional Court is to be regarded as an »activist« one in the sense of Kelsen's legal doctrine and the historical context of the time.

*

Dr. iur. Dr. phil. Péter Techet PhD, LL.M., M.A., wissenschaftlicher Mitarbeiter, Institut für Staatswissenschaften und Rechtsphilosophie, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau (Deutschland) / Habilitand, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Zürich (Schweiz), Email: peter.techet@jura.uni-freiburg.de

»Am Zentralfriedhof is' Stimmung, wia's sei Lebtoch no
net wor«¹

Am 17. Dezember 1922 wurde ein Krematorium in Wien – das erste auf dem Gebiet des republikanischen Österreich – eröffnet. Debatten, ob die Feuerbestattung erlaubt sein sollte, wurden schon in der Habsburgermonarchie geführt, aber erst im »roten Wien« wurde es möglich, entgegen den katholischen Praxen und Forderungen ein Krematorium erbauen zu lassen. Um die Angelegenheit erhitzten sich die Gemüter in der politischen Öffentlichkeit: Antiklerikalismus und Klerikalismus, »Fortschritt« und »Moral« standen einander gegenüber. 1

Die Debatten verschoben sich – wie bereits 1921 anlässlich des »Reigen«-Stückes von Arthur Schnitzler² – in das Feld des Verfassungsrechtes. Der christlichsoziale Bundesminister für Soziales wollte das Krematorium durch Weisung im Sinne von Art. 103 des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG; BGBl. 1/1920) untersagen; der sozialdemokratische Bürgermeister von Wien weigerte sich, der Weisung Folge zu leisten. Der Kulturkampf wurde als Streit um die Kompetenzen *in puncto* Bestattungswesen ausgefochten. Nachdem der Verfassungsgerichtshof (VfGH) – ähnlich zum »Reigen«-Fall – den Wiener Bürgermeister von schuldhafter Rechtsverletzung freigesprochen hatte, initiierte der Bund weitere zwei Verfahren gegen Wien vor dem VfGH, welche dann ebenso zugunsten der »roten« Stadt entschieden wurden.³ 2

Im folgenden Aufsatz zeige ich zuerst den Kulturkampf um das Krematorium – auch mit Bezügen auf die Debatten in der Habsburgermonarchie – auf (I.), um die politische Brisanz des Falles und die politische Bedeutung der VfGH-Erkenntnisse⁴ hervorheben zu können. Ich analysiere dann die konkreten juristischen Streitigkeiten (II.) und die Prozesse, welche einerseits gegen den Landeshauptmann (III.), andererseits wegen Kompetenzkonfliktes (IV.) bzw. angeblicher Verfassungswidrigkeit der Wiener Landesverfassung (V.) vom Bund gegen das Land Wien angestrebt wurden. Angesichts der Tatsache, dass der berühmte Rechtstheoretiker Hans Kelsen in allen drei Verfahren als Referent am VfGH fungierte,⁵ gehe ich abschließend auch der Frage nach, ob die diesbezüglichen VfGH-Erkenntnisse *im Sinne der Kelsenschen Reinen Rechtslehre* bzw. *in Anbetracht der damaligen historischen Kontexte* als *rechtsschöpferische, politisch relevante* Akte, insofern als Beispiele von *indirekt aktivistischer* Verfassungsgerichtsbarkeit zu verstehen sind. Bezüglich 3

¹ Wolfgang AMBROS, Es lebe der Zentralfriedhof.

² 1921 wurde Arthur Schnitzlers Theaterstück, »Reigen« in Wien aufgeführt. Wegen der leicht erotischen Szenen wollte der Bund die weiteren Aufführungen verbieten, aber der Wiener Bürgermeister weigerte sich, den diesbezüglichen Weisungen des Bundes Folge zu leisten. Im Streit ging es juristisch darum, ob dem Bund oder dem Land Wien die Kompetenz im Theaterwesen zusteht; der Fall wurde letztendlich vom VfGH zugunsten des Wiener Bürgermeisters – insofern gegen das Verbot des Theaterstückes – entschieden. Mit Hinweis auf einen Formfehler der ministerialen Weisung konnte der VfGH die Anklage des Bundes gegen den Wiener Bürgermeister abweisen, ohne aber die Kompetenzfrage konkret beantworten zu müssen.

³ Zum »Reigen«-Fall siehe Péter TECHET, Reigen um Kompetenzen. Arthur Schnitzlers »Reigen« vor dem Verfassungsgerichtshof im Jahre 1921, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, 12, 2022/1, S. 135-154.

⁴ In Österreich heißen die Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) Erkenntnisse (in Form vom Neutrum), was mit einer wissenschaftlichen oder anderen Erkenntnis nicht zu verwechseln ist.

⁵ Zur Kelsens Rolle als Verfassungsrichter in Österreich (einführend undursorisch) siehe Robert WALTER, Hans Kelsen als Verfassungsrichter, Wien 2005; zum historischen Kontext siehe Péter TECHET, Vers une lecture historique de la « Théorie Pure du Droit ». Contextes et pratiques de la juridiction constitutionnelle autrichienne, in: *Analisi e Diritto*, 2022 [im Erscheinen].

Kelsens Rolle als referierender Verfassungsrichter stellt sich auch die Frage, ob und inwiefern seine verfassungsrichterliche Meinung seinen verfassungsrechtlichen Lehren ent- oder widersprach. (VI.)

I. Eröffnung des Wiener Krematoriums

In Europa entstanden die ersten Krematorien im 19. Jahrhundert; für die Feuerbestattung engagierten sich vor allem antiklerikale, freidenkerische Bewegungen, die die Feuerbestattung sowohl als technischen Fortschritt – im Sinne der Hygiene und der modernen Stadtplanung – als auch materialistischen-antireligiösen Umgang mit dem Tod begrüßten und forderten.⁶ Nachdem Friedrich Siemens einen neuen Ofen entwickelt hatte, wurden auch die technischen Voraussetzungen dafür geschaffen⁷ – die politischen Voraussetzungen fehlten aber lange infolge der klerikalen Ablehnung. Das erste Krematorium auf dem europäischen Kontinent wurde 1876 in Mailand eröffnet, darauf folgten weitere Krematorien in Gotha (1878), Paris (1889) und Zürich (1889). Der Kampf um die Feuerbestattung wurde selbst Teil des damaligen Kulturkampfes. Die katholische Kirche untersagte – mit Hinweis auf Jesu Grablegung bzw. den Glauben an der körperlichen Auferstehung – die Feuerbestattung. Diese Position wurde dann im 19. Jahrhundert nochmals bekräftigt: Die Einäscherung wurde als »abscheulicher Missbrauch menschlicher Körper« bezeichnet und verboten,⁸ so wie auch eine katholische Beerdigung allen untersagt wurde, die sich freiwillig einäschern ließen.⁹ Das Verbot der Feuerbestattung wurde 1917 auch in das kodifizierte kanonische Recht aufgenommen (Can. 1203 § 1 CIC), das heutige kanonische Recht kennt aber dieses Verbot nicht mehr.¹⁰

Im katholischen Österreich gründeten sich dennoch freidenkerische Vereine – allen voran der Verein »Die Flamme« im Jahre 1885¹¹ –, die sich für die Feuerbestattung engagierten. Obwohl das österreichische Recht – wie es noch zu zeigen sein wird – die Feuerbestattung explizit nicht verbot, wurde die gesetzliche Lücke, d.h. das Fehlen der explizit normierten Zulässigkeit, in einigen Gerichtsurteilen als schweigendes Verbot verstanden und praktiziert. Es gab aber einige Versuche, Krematorien zu erbauen: Der Verein »Die Flamme« beantragte etwa 1909 in Graz – nach Erwerb von Grundflächen – eine Bestattungskonzession, sein Ansuchen wurde allerdings sowohl von der steirischen Statthalterei als auch dem Verwaltungsgerichtshof (VwGH) abgelehnt.¹²

⁶ Norbert FISCHER, *Vom Gottesacker zum Krematorium. Eine Sozialgeschichte der Friedhöfe in Deutschland*, Köln / Weimar / Wien 1996, S. 94ff.

⁷ Ebd., S. 101.

⁸ *Decretum quoad cadaverum cremationes* (19. 05. 1886), in: *Acta Sanctae Sedis in compendium opportune redacta et illustrata*, Vol. 19, Roma 1886, S. 46.

⁹ *Decretum quoad corporum cremationem* (15. 12. 1886), in: *Acta Sanctae Sedis in compendium opportune redacta et illustrata*, Vol. 25, Roma 1892/1893, S. 63.

¹⁰ *De cadaverum crematione*, in: *Acta Apostolicae Sedis. Commentarium officiale*, Jg. LVI, Serie 3, Bd. 6, Vaticano 1964, S. 824f.

¹¹ *Wiener Allgemeine Zeitung*, 11. 04. 1885, S. 6.

¹² *Grazer Tagblatt*, 26. 03. 1909, S. 8.

Ein Krematorium konnte allerdings noch im kaiserlichen Österreich erbaut – wenn auch nicht eröffnet – werden. Im böhmischen Reichenberg (Liberec), wo Bürgermeister Franz Bayer Vorsitzender des lokalen Vereins »Die Flamme« war,¹³ erlaubte der Gemeinderat den Bau.¹⁴ Die böhmische Statthalterei in Prag hob zwar die Erlaubnis sofort auf.¹⁵ Der kaiserlich-königliche VwGH erachtete aber den Vertrag zwischen Reichenberg (Liberec) und dem Verein »Die Flamme« bezüglich eines künftigen Krematoriums – vorbehalten einer eventuellen gesetzlichen Änderung – für rechtmäßig. (VwGH-Erkenntnis Nr. 8817/A) Weil aber eine solche Gesetzesänderung in der Monarchie nicht erlassen wurde, konnte das erbaute Krematorium vor 1918 nicht in Betrieb genommen werden,¹⁶ weswegen die Prager Statthalterei die Inbetriebsetzung untersagte.¹⁷ Das Gebäude wurde dennoch vom Bürgermeister Bayer 1917 feierlich eröffnet¹⁸ – somit entstand das erste Krematorium in Österreich als ein funktionsloses Gebäude. Am 31. Oktober 1918, d.h. nach der Gründung der Tschechoslowakischen Republik, fand die erste Einäscherung im Krematorium statt.¹⁹

Während die Feuerbestattung im neuen tschechoslowakischen Staat mit einem kurzen Gesetz vom 1. April 1919 erlaubt²⁰ und mit einer Regierungsverordnung vom 18. September 1919 näher geregelt wurde,²¹ blieb die Frage in Österreich offen, ob die Feuerbestattung mangels einer expliziten Regelung verboten oder erlaubt sei. Vor allem die Sozialdemokraten und die großdeutschen Liberalen unterstützten die Legalisierung der Feuerbestattung, die Christlichsozialen waren dagegen. Die Sozialdemokraten engagierten sich bereits in der Habsburgermonarchie für die Feuerbestattung. Aber erst in der Ersten Republik wurde es möglich, sozialdemokratische Forderungen durchzusetzen, nachdem die Partei in Wien an die Macht gekommen war. Die Sozialdemokraten übten ihre Macht in Wien (ab 1921: im Land Wien) mit absoluter Mehrheit aus, welche sie für progressive wirtschafts-, wohn- oder kulturpolitische Ziele nutzten.²² Die Ermöglichung der Feuerbestattung gehörte ebenso zu diesen. Gleichzeitig konnten die Sozialdemokraten ihren Kulturkampf gegen den Klerikalismus auch in diesem Feld austragen.²³

¹³ Prager Tagblatt, 27. 01. 1904, S. 6.

¹⁴ Arbeiter-Zeitung, 19. 02. 1910, S. 7.

¹⁵ Reichspost, 14. 06. 1910, S. 6.

¹⁶ Nordmährische Rundschau, 14. 05. 1916, S. 4.

¹⁷ Znaimer Tagblatt, 05. 12. 1915, S. 8.

¹⁸ Dělnické listy, 27. 08. 1917, S. 4.

¹⁹ Leitmeritzer Zeitung, 05. 11. 1918, S. 5.

²⁰ Zákon republiky Československé [Gesetz der Tschechoslowakischen Republik] 180/1919 Sb.

²¹ Nařízení vlády republiky Československé [Verordnung der Regierung der Tschechoslowakischen Republik] 517/1919 Sb.

²² Zum »roten« Wien siehe u.a. Rob MCFARLAND / Georg SPITALER / Ingo ZECHNER (Hg.), Das Rote Wien. Schlüsseltexte der Zweiten Wiener Moderne 1919–1934, Berlin 2020.

²³ Stefan SCHIMA, Die rechtliche Entwicklung des Bestattungswesens im Spannungsfeld zwischen Kirche und Staat. Das Tauziehen um das Suizidbegräbnis und der Konflikt um die Feuerbestattung, in: Wolfgang HAMETER / Meta NIEDERKORN-BRÜCK / Martin SCHEUTZ (Hg.), Freund Hein? Tod und Rituale der Geschichte, Innsbruck / Wien / Bozen 2007, S. 147.

Die Idee eines Wiener Krematoriums konnte 1922 verwirklicht werden, was vom Anfang an auf heftige Proteste seitens der Wiener christlichsozialen Opposition stieß. Die sozialdemokratische »Arbeiter-Zeitung« bemerkte diesbezüglich, dass »[sich d]ie Wiener Christlichsozialen vor der Feuerbestattung fast noch mehr [fürchten] als vor dem Feuer der Hölle«, und fügte bissig hinzu, »daß [nach der Ansicht der Klerikalen] nur Ketzer zu verbrennen sind, während jeder strenggläubige Christ nach seinem Tode von den Würmern gegessen werden muß«. ²⁴

8

Die Christlichsozialen beriefen sich in ihrer Polemik nicht nur auf die katholische Lehre, welche zu dieser Zeit die Feuerbestattung noch ablehnte, sondern witterten »jüdische« und »freimaurerische« Interessen hinter dem Wiener Krematorium. Die klerikale »Reichspost« befürchtete auf ihrer Titelseite, dass die Erdbestattung künftig nur »denen, die hier als Fremdlinge reiche Verdienner geworden sind, leicht erreichbar sein« werde. ²⁵ Das Blatt meinte allerdings, dass auch die Feuerbestattung nicht allen zugänglich sein würde, deswegen schrieb es über ein »Krematorium für die Toten reicher Zugewanderter«. ²⁶ Karl Rummelhardt, christlichsozialer Wiener Politiker bezeichnete im Wiener Gemeinderat das Krematorium als »Wille freimaurerischer Juden«, weil »[s]elbst die große Masse der Wiener Arbeiterschaft davon nichts wissen« wolle; er meinte deswegen, dass das sozialdemokratische Bauprojekt »eine Demonstration gegen die in Wien üblichen religiösen Gebräuche« darstelle. ²⁷ In der sozialdemokratischen »Arbeiter-Zeitung« wurde hingegen die plötzliche klerikale Sorge für die Toten verhöhnt:

9

Die Christlichsozialen haben ein neues Gebiet entdeckt, wo es noch eine Sanierung im wahrsten Sinne des Wortes zu verhindern gibt [sic]: das Gebiet der Toten. Sie, die die Lebenden abbauen, haben das größte Interesse daran, was mit den Toten geschieht; sie, die die Menschen verhungern lassen, wollen doch wenigstens für die Würmer sorgen! ²⁸

10

Das Krematorium wurde im linken Lager sowohl als »sanitärer Fortschritt« ²⁹ als auch als finanzielle Entlastung, Kostenminderung ³⁰ dargestellt. Aber auch die Demokratisierung der Feuerbestattung wurde betont. Die linksliberale Wiener Tageszeitung »Der Tag« begrüßte etwa das neue Krematorium, weil die Feuerbestattung somit nicht mehr ein Privileg reicher Schichten sei, die sich einen Transport ins Ausland – wo die Feuerbestattung schon erlaubt wurde – leisten können:

11

Bisher war es ein Vorrecht der Reichen, ihre sterblichen Überreste vor der langsamen, grauenhaften Verwesung unter der Erde zu bewahren... [...] Die Wohltat der Erlösung von der häßlichen Vorstellung des Verfaulens in der Erde soll auch denjenigen zuteil werden, die nicht reich genug waren, sich die Kosten für die Fahrt in ein freier denkendes, vorurteilsloseres Ausland zu leisten. ³¹

12

²⁴ Arbeiter-Zeitung, 10. 04. 1922, S. 7.

²⁵ Reichspost, 09. 10. 1922, S. 1.

²⁶ Ebd., S. 2.

²⁷ Zitiert in: Arbeiter-Zeitung, 16. 04. 1922, S. 5.

²⁸ Arbeiter-Zeitung, 15. 12. 1922, S. 1.

²⁹ Arbeiter-Zeitung, 15. 12. 1922, S. 1

³⁰ Der Tag, 31. 01. 1923, S. 5.

³¹ Der Tag, 15. 12. 1922, S. 1.

Nachdem Land Wien nach mehreren möglichen Orten für das neue Krematorium Ausschau gehalten hatte, wurden neue Flächen beim Wiener Zentralfriedhof für den Bau erworben.³² Die klerikale Opposition beklagte die hohen Summen des Baus.³³ Die Bauarbeiten begannen im April 1922, nachdem die Stadt Wien schon ein Jahr zuvor 1,8 Millionen Kronen dafür locker gemacht hatte.³⁴ Die Verbrennungshalle wurde letztendlich gegenüber dem Zentralfriedhofsgebäude – aber noch innerhalb des Friedhofes – nach den Plänen des jungen Innsbrucker Architekten Clemens Holzmeister erbaut; der Urnenfriedhof befand sich dahinter.³⁵ Vor der offiziellen Eröffnung beschrieb der linksliberale »Der Tag« ausführlich und enthusiastisch das Krematorium und den Vorgang der Feuerbestattung:

Gegenüber dem Haupttor des Zentralfriedhofes, von der zackigen Mauer des Neugebäudes umschlossen, erhebt sich ein einfacher, weißer, gotischer Bau, der sich dreistaffelig nach oben verjüngt, von einer schwarzen Pyramide gekrönt. [...] Schmucklos das Ganze und doch eindrucksvoll in der Reinheit seiner stilsicheren Formen: Das neue Krematorium. [...] Unmittelbar von der Ehrenhülle aus betritt man den Zeremoniensaal. In mächtigen kannelierten Spitzbogen streben die Pfeiler der Höhe zu; ein Kunstwerk der Betonarchitektur... [...] Das erste Untergeschoß des Baues birgt vor allem den großen Verbrennungsofen, der bis in die zweite Unterteilung hinabreicht. [...] Der Aufzug aus der Zeremonienhalle bringt den Sarg direkt in das Untergeschoß, was er auf einen kleinen Wagen gestellt wird, der auf Schienen in das Innere des Ofens läuft. Dort wird der Sarg durch eine sinnreiche Einrichtung automatisch abgehoben und auf einen Schamotterrost gestellt, aus dem der Leichnam bei tausend bis elfhundert Grad Hitze in kurzer Zeit zerfällt.³⁶

Am 17. Dezember 1922 wurde das Krematorium – ohne die Präsenz der Wiener christlichsozialen Politiker*innen³⁷ – eröffnet, wo Bürgermeister Jakob Reumann die Rede hielt; viele Mitglieder*innen des Vereins »Flamme« waren zugegen.³⁸ Die erste religiöse Leicheneinäscherung fand bereits am 20. Januar 1923 statt: Unter anderem zwei Altkatholiken wurden eingeäschert, der eine gehörte zwar zur römisch-katholischen Kirche, aber wurde auf Wunsch seiner Angehörigen nach altkatholischem Ritus bestattet.³⁹ Die altkatholische Kirche lehnte nämlich die Feuerbestattung nicht ab.⁴⁰ Adalbert Schindelar, der Bistumsverweser des neugegründeten (klein)österreichischen altkatholischen Bistums hielt auf der ersten religiösen Zeremonie die Rede, er lobte die sozialdemokratische Wiener Landesregierung als »eine fortschrittliche, humane und

³² Neue Freie Presse, 04. 08. 1922, S. 7.

³³ Reichspost, 31. 03. 1921, S. 5.; Reichspost, 10. 03. 1922, S. 5.

³⁴ Arbeiter-Zeitung, 13. 04. 1921, S. 6.

³⁵ Arbeiter-Zeitung, 02. 08. 1922, S. 4.

³⁶ Der Tag, 30. 11. 1922, S. 3.

³⁷ Arbeiter-Zeitung, 14. 12. 1922, S. 6.

³⁸ Arbeiter-Zeitung, 18. 12. 1922, S. 1.; Neue Freie Presse, 18. 12. 1922, S. 4.

³⁹ Neue Freie Presse, 20. 01. 1923, S. 8.

⁴⁰ Als Beispiel: Neue Freie Presse, 30. 01. 1923, S. 6.

tolerante Stadtverwaltung« und nahm die Feuerbestattung gegen katholische Vorwürfe, diese widerspreche der Idee der Auferstehung, in Schutz:

Wäre es zum Beispiel nicht geradezu Gotteslästerung, auch nur daran zu denken, daß die Einäscherung gegen den Auferstehungsglauben verstoße, daß Christus nicht vom Tode zum Leben übergangen wäre, wenn sein Leib, der damaligen heidnischen Sitte gemäß, zufällig verbrannt und nicht beigesetzt worden wäre?⁴¹

16

Die katholische Kirche verlieh allerdings seiner ablehnenden Haltung nochmals Ausdruck in ihrem Fastenhirtenbrief im Februar 1923. Der Wiener Erzbischof Friedrich Gustav Piffl bekräftigte das Verbot katholischer Einsegnung für alle, die sich für die Feuerbestattung entschieden, er bezeichnete die Einäscherung als »heidnisch«:

17

So ist die Leichenverbrennung von allem Anfange an ein Kind der Revolution und ausgesprochene Religions- und Kirchenfeinde sind nicht nur seine ersten Paten gewesen, sondern sind auch seine Schrittmacher und Vorkämpfer bis auf den heutigen Tag. Hinter all den sanitären, ästhetischen und volkswirtschaftlichen Gründen, die man für die Leichenverbrennung ins Treffen führt, verbirgt sich nur der Haß des modernen Heidentums gegen die christlichen Glaubenslehren und der eitle Wahn, den Glauben an die Auferstehung und ein ewiges Jenseits in den Herzen der Gläubigen durch die gewaltsame und restlose Zerstörung des Christenleibes erschüttern und vernichten zu können.⁴²

18

Obwohl Kardinal Piffl behauptete, dass »Juden und Protestanten« seine ablehnende Meinung unterstützen würden, bekundeten mehrere protestantischen Pfarrgemeinden ihre Sympathie für das neue Wiener Krematorium.⁴³ Der christlichsoziale Bundesminister Richard Schmitz begründete jedenfalls seine Ablehnung gegenüber dem Krematorium ebenso mit Hinweis auf religiöse Autoritäten:

19

Meine Haltung in der Frage des Krematoriums ist von Anfang an diejenige, in der ich mich einig weiß mit den Wünschen des Herrn Kardinals Piffl und des Herrn Oberrabbiners Chajes, also der hervorragendsten Vertreter des bodenständigen Volkes. Sie ist gegründet auf die altherwürdigsten Gesetze und gerichtlichen Entscheidungen.⁴⁴

20

Obwohl sich Gewaltszenen, welche während der »Reigen«-Vorstellungen 1921 stattfanden,⁴⁵ gegen das Krematorium oder während Zeremonien der Feuerbestattung nicht abspielten, drohte Bundesminister Schmitz indirekt auch diesmal mit möglichen gewalttätigen Folgen:

21

[E]s könnte wohl zu tätlichen Angriffen nicht nur auf die Leichenzüge, sondern auch auf das Krematorium selbst kommen. [...] In erster Linie denke ich hier an die Monarchisten, die schwer darunter leiden, daß ein Hofdekret Kaiser Josefs [welcher

22

⁴¹ Zitiert in: Arbeiter Zeitung, 21. 01. 1923, S. 7.

⁴² Wiedergegeben in: Reichspost, 02. 02. 1923, S. 8.

⁴³ Als Beispiel: Neue Freie Presse, 30. 01. 1923, S. 6.

⁴⁴ Interview mit Schmitz, in: Arbeiter-Zeitung, 31. 05. 1923, S. 5.

⁴⁵ Darüber siehe TECHET, Reigen um Kompetenzen, S. 140f.

angeblich die Feuerbestattung verboten hätte – Anm. des Autors] mißachtet wird. Ferner werden die Damen, die gelegentlich mit Gewalt in Schulgebäude eingedrungen sind, um Heiligenbilder anzubringen, wohl auch nicht davor zurückscheuen, einen Verbrennungsofen zu zerschlagen, der geeignet erscheint, die Auferstehung in Frage zu stellen.⁴⁶

Auch die Kommunisten kritisierten die Sozialdemokraten, sie warfen ihnen vor, statt der materiellen Interessen der Arbeiterschaft nur ideologische Kulturkämpfe zu betreiben, was die fehlende Sozialpolitik verschleiern würde. In einer Karikatur bezeichnete die kommunistische »Rote Fahne« die sozialdemokratische Politik als »K. k. [kaiserlich-königliches] republikanisches Krematorium«, in welchem linke Forderungen wie Volkswehr, Arbeiterrat, Sozialisierung und Demokratie bereits eingäschert bzw. 8-Stunden-Tag, Mieterschutz oder Betriebsrätegesetz von sozialdemokratischen Politikern gerade verbrennt würden.⁴⁷



Abbildung 1: Karikatur in der kommunistischen Zeitung »Rote Fahne« über das Krematorium und gegen die Sozialdemokraten (in: Rote Fahne, Mitte Oktober 1923, S. 3, Quelle: ANNO Historische Zeitungen und Zeitschriften, Österreichische Nationalbibliothek, Wien)

II. Verboten, was nicht erlaubt? Oder erlaubt, was nicht verboten?

Während Kardinal Piffl das Krematorium in einem Hirtenbrief im Nachhinein kritisierte, hatte die christlichsoziale Bundesregierung kurz vor der geplanten Eröffnung juristische

⁴⁶ Interview mit Schmitz, in: Arbeiter-Zeitung, 31. 05. 1923, S. 5.

⁴⁷ Rote Fahne, Mitte Oktober 1923, S. 3.

Maßnahmen ergriffen. Ähnlich zum »Reigen«-Fall versuchte Richard Schmitz, der christlichsoziale Bundesminister für soziale Verwaltung, wiederum mit einer Weisung an den Wiener Landeshauptmann die Inbetriebnahme zu verhindern. Es stellten sich dabei die verfassungsrechtlichen Fragen,⁴⁸ ob das Bestattungswesen Bundes- oder Landesangelegenheit sei, d.h. ob der Bund berechtigt sei, Weisungen an einen Landeshauptmann als mittelbares Verwaltungsorgan im Sinne von Art. 103 B-VG zu erteilen (*Kompetenzfrage*) bzw. ob ein Landeshauptmann einer solchen Weisung »blind« Folge zu leisten habe (*Prüfungsrecht*).

II. 1. Kompetenzen zwischen Bund und Land

Die Kompetenzfragen zwischen Bund und Ländern (auch in Bezug auf die Frage, ob die Bundesvollziehung der Bundes- oder der Landesverwaltung aufgetragen wird) wurden in den Artikeln 10 bis 15 B-VG geregelt, womit eine doppelte Verwaltungsstruktur geschaffen wurde, in der Bundesverwaltungsaufgaben den Ländern ebenso zufielen.⁴⁹ Das B-VG bestimmte einerseits taxativ die Bundesangelegenheiten (welche entweder unmittelbar von der Bundes- oder mittelbar von der Landesverwaltung zu vollziehen waren, Art. 10 bis 14 B-VG), andererseits wies es alle anderen nicht aufgeführten Kompetenzen den Ländern (auch *in puncto* Vollziehung) zu (Art. 15 B-VG). Adolf Merkl meinte allerdings, dass die Kompetenzbestimmungen eine »kaum überbietbare Kasuistik der Kompetenzverteilung« geschaffen hätten, welche die Möglichkeit weiterer Kompetenzkonflikte in sich trügen.⁵⁰

Nach Art. 10 B-VG gehörte »das Gesundheitswesen mit Ausnahme des Leichen- und Bestattungswesens« in die Kompetenz und den unmittelbaren Vollzug des Bundes. Die Frage, ob Wien ein Krematorium erbauen und eröffnen dürfe, hätte dementsprechend einfach beantwortet werden können: Leichen- und Bestattungswesen war keine Bundesangelegenheit, der Bund hätte diesbezüglich in diesem Bereich keine Weisungen erteilen dürfen. Eine so einfache Lösung des Streitfalles war allerdings 1923 nicht möglich: Die Artikel 10, 11, 12, 13 und 15 B-VG traten nämlich zu dieser Zeit – aufgrund der Bestimmung des Übergangsgesetzes (BGBl. 2/1920 § 42) – noch nicht in Kraft, weil die Verfassungsgesetze, welche die Artikel 10, 11, 12, 13 und 15 B-VG näher zu bestimmen haben, nicht verabschiedet wurden. Obwohl das Provisorium 1920 nur für wenige Monate vorgesehen war, konnten die neuen Kompetenzregelungen – aufgrund finanzieller Schwierigkeiten und parteipolitischer Differenzen – teilweise erst 1925 in Kraft treten (BGBl. 271/1925).⁵¹ Infolgedessen blieb bis dahin das altösterreichische Recht bezüglich der Kompetenzfragen in Kraft, was eine Kompetenzkasuistik – mit ineinander übergreifenden

⁴⁸ Neue Freie Presse, 17. 12. 1922, S. 11f.

⁴⁹ Dazu u.a. Gerald KOHL, Von der Doppelgleisigkeit der Verwaltung zur mittelbaren Bundesverwaltung – ein Überblick, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, 11, 2021/2, S. 319ff.

⁵⁰ Adolf MERKL, Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung. Mit besonderer Berücksichtigung der deutschösterreichischen Bundesverfassung, in: Zeitschrift für Öffentliches Recht, 2, 1921, S. 350.

⁵¹ KOHL, Von der Doppelgleisigkeit der Verwaltung zur mittelbaren Bundesverwaltung, S. 322f, S. 324.

Normierungs- und/oder Vollzugskompetenzen zwischen Bund und Ländern – verursachte.⁵² Somit musste auch die Frage, wem die Kompetenz *in puncto* Bestattungswesen zustehe – und noch mehr: ob eine Feuerbestattung in Österreich zulässig sei –, praktisch rechtshistorisch, mit Hinweis auf ältere Gesetze erschlossen werden.

In seiner ersten Weisung vom 16. Dezember 1922 behauptete Bundesminister Schmitz, dass »nach der rechtlichen Lage die Leichenbestattung im Wege der Kremation gesetzlich unzulässig erscheint«.⁵³ Einerseits meinte er, dass er im Sinne sanitätspolizeilicher Oberaufsicht in der Angelegenheit des Bestattungswesens zuständig sei und demnach Weisungen an das mittelbare Bundesvollzugsorgan (d.h. den Landeshauptmann) erteilen könne. Andererseits berief er sich auf zwei Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH), in denen die Unzulässigkeit der Feuerbestattung begründet worden sei.

Der Wiener Bürgermeister (Landeshauptmann) Reumann war aber nicht willens, der Weisung Folge zu leisten. In seinem Brief vom 18. Dezember 1922 – also einen Tag nach der Eröffnung des Krematoriums – teilte er dem Bundesminister mit, dass er die Bundeskompetenz in der konkreten Angelegenheit anzweifle bzw. dass er aufgrund des ihm (angeblich) zustehenden Prüfungsrechtes die Feuerbestattung für zulässig (weil nicht verboten) halte. Somit waren die Streitpunkte – wie zwei Jahre zuvor beim »Reigen«-Fall – ausgesprochen: Kompetenzfrage und Prüfungsrecht.

II. 2. Zulässigkeit der Feuerbestattung?

Bundesminister Schmitz begründete seine Zuständigkeit – und somit sein Recht, Weisungen zu erteilen – mit § 2, lit. g. vom Reichssanitätsgesetz (RGBl. 68/1870),⁵⁴ nach dem die Überwachung der Totenbeschau und der Handhabung der Gesetze über das Begräbniswesen (etwa bezüglich der Begräbnisplätze, der Ausgrabung und Überführung von Leichen) in die Kompetenz der Staatsverwaltung fällt. Bürgermeister Reumann verneinte aber, dass diese Bestimmungen für die Feuerbestattung von Relevanz wären: Weder die Ausgrabung und Überführung von Leichen noch die Begräbnisplätze hätten laut ihm mit der Leichenverbrennung etwas zu tun.⁵⁵ Im ironischen Ton bemerkte er in seinem Brief, dass die Bestimmungen über Ausgrabung und Überführung von Leichen erst dann für alle Formen der Leichenbestattung infrage kämen, wenn das Gesetz so weit ausgelegt würde, dass alle Leichen eingegraben werden müssten – aber eine solche Auslegung wolle er dem Bundesminister nicht zumuten.⁵⁶ Reumann stellte also seinerseits fest: Weil die Gründe für eine Bundeskompetenz nicht vorlägen, sei er aufgrund des Gesetzesmäßigkeitgebotes der Verwaltung (Art. 18 B-VG) nicht imstande, einer gesetzlich nicht begründeten und begründbaren

⁵² Thomas OLECHOWSKI, Die Diskussion um die Kompetenzverteilung bei der Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, 11, 2021/2, S. 271, S. 280f.

⁵³ Weisung des Bundesministers (16. 12. 1922), in: Österreichisches Staatsarchiv (ÖStA), Archiv der Republik (AdR), Oberste Behörden: Höchstgerichte 1. Republik (OBh Justiz), VfGH, Karton 71, E1/23 (weiter: VfGH E1/23) [Foliennummerierung ist nicht immer vorhanden]

⁵⁴ Ebd.

⁵⁵ Brief des Bürgermeisters (18. 12. 1922), in: VfGH E1/23, fol. 17f.

⁵⁶ Ebd.

28

29

30

Weisung Folge zu leisten, es sei denn, er müsse selbst – im Sinne der gegenseitigen Hilfeleistung (Art. 22 B-VG) – nach gesetzlichen Gründen suchen, welche der Bundesminister anzugeben vergessen habe,⁵⁷ was freilich ebenso ironisch gemeint war.

Die Frage, ob ein Landeshauptmann als mittelbares Bundesvollzugsorgan die Weisungen blind und ohne Prüfungsrecht zu vollziehen habe, wurde bereits beim »Reigen«-Fall angeschnitten,⁵⁸ Bürgermeister Reumann sprach sie diesmal eindeutig an. Er beanspruchte ein Prüfungsrecht bezüglich der Gesetzmäßigkeit von Weisungen, ansonsten entstünde »ein Verhältnis der Hörigkeit« zwischen Bundesminister und Landeshauptmann, »das nicht einmal in einer modernen Monarchie der Verwaltungsorganisation sein kann, noch viel weniger selbstverständlich in einem republikanischen Bundesstaat«.⁵⁹

Bundesminister Schmitz begründete seine Weisung auch damit, dass die Feuerbestattung im österreichischen Recht nicht geregelt, *dementsprechend also verboten* sei. Es war aber seine Rechtsauffassung, nicht jene des österreichischen Rechts. Die Frage allerdings, ob alles, was nicht erlaubt ist, als verboten zu gelten hat, war bezüglich der Feuerbestattung auch in der Monarchie diskutiert. Der Jurist Leopold Adler veröffentlichte etwa 1874 ein kleines Handbuch, in dem er alle, für die Feuerbestattung infrage kommenden österreichischen Gesetze und Verordnungen aufzählte: Er meinte, dass sowohl die josephinischen Hofdekrete als auch die späteren Gesetze und Verordnungen nur das Begräbnis als mögliche Bestattungsart gekannt hätten, wie auch die strafrechtlichen Regelungen (etwa über die Leichenexhumierung) vom Begräbnis als einzig möglicher und erlaubter Bestattungsart ausgegangen seien.⁶⁰ Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (ABGB) sprach nur vom Begräbnis (§§ 549, 1280 ABGB); das Strafgesetzbuch (St.G, RGBl. 117/1852) bestrafte die Eröffnung der Gräber, die Hinwegnahme oder Misshandlung der Leichen (§ 306 St.G.); und die Strafprozessordnung (StPO, RGBl. 119/1873) normierte die Leichenexhumierung (§ 127 StPO). All diese Regelungen seien laut Adler die Beweise dafür, dass das österreichische Recht nur das Begräbnis kenne, d.h. *a contrario* die Feuerbestattung – als »eine monströse Ausgeburt des modernen Materialismus«⁶¹ – nicht erlaube. Er war deswegen der Meinung,

daß ein neuer Bestattungsmodus nicht im Wege polizeilicher Erlaubnis oder Verordnung, auch nicht durch Verordnungen höherer Staatsbehörden (Statthaltereien oder Ministerien),

⁵⁷ Ebd.

⁵⁸ Für das Prüfungsrecht sprachen sich sowohl der Verfassungsrichter Julius Ofner in einem Zeitungskommentar als auch der Vertreter der Stadt Wien vor dem VfGH, Arnold Eisler aus; vgl. Julius OFNER, Die Rechtslage vom Verbot des »Reigen«, in: Neue Freie Presse, 12. 2. 1921, S. 6.; sowie Eislers Rede vor dem VfGH, in: Protokoll der öffentlichen Sitzung vor VfGH (26. 4. 1921), in: ÖStA, AdR, OBh Justiz, VfGH, Karton 71, E1/21 (weiter: VfGH E1/21), fol. 149.

⁵⁹ Brief des Bürgermeisters (18. 12. 1922), in: VfGH E1/23, fol. 18.

⁶⁰ Leopold ADLER, Die Leichenverbrennung mit besonderer Rücksicht auf die österreichische Gesetzgebung, Wien 1874, S. 13ff, S. 25.

⁶¹ Ebd., S. 31.

31

32

33

sondern nur durch ein Gesetz, und zwar ein Reichsgesetz eingeführt, rücksichtlich gestattet werden könne.⁶²

Aus dem Fehlen einer expliziten Erlaubnis der Feuerbestattung leitete Adler ihre Unzulässigkeit ab. Ein solches Prinzip wurde aber in der Monarchie weder im Allgemeinen als Richtlinie noch im Besonderen bezüglich des Bestattungswesens ausgesprochen und akzeptiert. In der Besprechung vom Adlers Buch durch die »Juristischen Blätter« wurde dementsprechend betont, dass die fehlende Regulierung keinesfalls als Verbot der Feuerbestattung zu verstehen sei:

[W]ir [müssen] zwar zugeben, daß Alle [Gesetze und Verordnungen – Anm. des Autors] von der Voraussetzung ausgehen, daß die Leichen in Gräbern bestattet werden, und daß es an Vorschriften über Leichenverbrennung gänzlich fehlt; aber nirgends finden wir den Grundsatz proclamirt, daß jene Bestattungsart die allein zulässige sei. Können wir uns somit schon nach dem Satze: Was nicht verboten ist, das ist erlaubt, nicht zu der Ansicht bekennen, daß unsere Gesetzgebung die Leichenverbrennung principiell ausschließe, so glauben wir einer solchen Auffassung aus dem Grunde um so mehr entgegenzutreten zu dürfen, weil ja das Wesen der Leichenverbrennung, die möglichst schleunige Auflösung des todten Körpers in seine Atome, auch in der Absicht unserer bisherigen Gesetzgebung über Begräbnisse gelegen ist.⁶³

Die Frage, ob die Feuerbestattung bereits in der Monarchie erlaubt war, sollte nach dem Blatt bejaht werden (trotz der fehlenden Regelungen und einer dementsprechenden Bestattungspraxis), weil sie nirgendwo in den Gesetzen oder anderen Normen verboten worden sei bzw. dem gesetzlichen Zweck jeglicher Bestattungsregelung, »Verwesung sobald als möglich zu befördern« (Hofdekret vom 13. September 1784), durchaus entspreche. Wie die Feuerbestattung konkret geregelt, ermöglicht, durchgeführt werden müsse, sei demnach eine Verwaltungsfrage, es bedürfe keiner gesetzlichen Erlaubnis.⁶⁴

Die These, dass in der Habsburgermonarchie alles verboten sei, was nicht erlaubt ist, war also weder in der Monarchie noch in der Republik die »herrschende Meinung«. Obwohl einige Autoren, wie etwa der zitierte Leopold Adler, die Meinung vertraten, dass die Feuerbestattung wegen fehlender Normierung in Österreich nicht erlaubt sei, wurde diese Ansicht – wie die Besprechung in den »Juristischen Blättern« *pars pro toto* zeigt – nicht von allen geteilt. In seiner Anklageschrift stützte sich Bundesminister Schmitz dennoch auf zwei Erkenntnisse des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH) noch aus der monarchischen Zeit, in denen die fehlende Regelung der Feuerbestattung restriktiv, d.h. gegen ihre Zulässigkeit, interpretiert wurde. (VwGH-Erkenntnisse 6632/A, 8817/A) Diese Erkenntnisse lassen sich allerdings nicht als Ausdruck einer »herrschenden Meinung« verstehen, sie waren bloß eine mögliche (wenn auch autoritative) Rechtsinterpretation, die nicht

⁶² Ebd., S. 14.

⁶³ [Ohne Autor], Die Leichenverbrennung. Eine Studie über die gleichnamige Broschüre von Dr. Leopold Adler, Wien 1874, in: Juristische Blätter, 3, 1874/32, S. 395.

⁶⁴ Ebd., S. 396.

unbedingt die frühere (monarchistische) Rechtsansicht, sondern die Argumentationsstrategie der ministerialen Anklage in der Republik widerspiegelt.

Vor allem im VwGH-Erkenntnis 6632/A (24. März 1909) ging es darum, ob die Errichtung eines Krematoriums vom österreichischen Recht erlaubt wäre. In Graz wollte der Wiener Verein »Die Flamme« ein Krematorium errichten, aber die Statthalterei ließ es nicht zu, wogegen der Verein eine Beschwerde einreichte. Der VwGH wies diese ab. Das Hauptargument war die fehlende Normierung der Feuerbestattung im österreichischen Recht, was der VwGH nicht als Lücke im Gesetz, sondern als gesetzgeberische Entscheidung gegen die Feuerbestattung als Bestattungsart interpretierte. Der VwGH anerkannte zwar, dass einige, bestehende Normierungen *per analogiam* auch auf die Leichenverbrennung anzuwenden seien⁶⁵ – aber nicht in allen Fällen. Der VwGH hob zwei gesetzliche Bestimmungen hervor – § 306 des Strafgesetzbuches (Beschädigung von Grabstätten, Eröffnung von Gräbern, Hinwegnahme oder Misshandlung an Leichen usw.) bzw. § 127 der Strafprozessordnung (Leichenschau und Obduktion) –, welche eine Analogie zwischen Leichen- und Feuerbestattung nicht zuließen.⁶⁶ Aus der fehlenden Normierung der Leichenverbrennung schlussfolgerte also der VwGH auf ihre Unzulässigkeit – als ob alles, was *nicht explizit erlaubt* und geregelt ist, *implizit verboten* wäre. Insofern stellte der VwGH 1909 fest,

daß in der Ignorierung dieser Bestattungsart auch deren grundsätzliche Negierung gelegen ist, daß also in dem absoluten Fehlen von Bestimmungen über die Feuerbestattung nicht eine Lücke der Gesetzgebung, sondern ihr prinzipiell ablehnendes Verhalten gegenüber diesem Bestattungsverfahren [d.h. der Leichenverbrennung – Anm. des Autors] erkannt werden muß.⁶⁷

In einem anderen Fall aus dem Jahre 1912, wo es darum ging, ob die Stadt Reichenberg (Liberec) einen Vertrag mit dem Verein »Flamme« über den Bau eines Krematoriums abschließen dürfe, bekräftigte der VwGH die Meinung, dass die Feuerbestattung deswegen verboten sei, weil das österreichische Recht es gar nicht regele, geschweige denn explizit erlaube.⁶⁸ Obwohl der VwGH die Möglichkeit eines solchen Vertrages – entgegen der Entscheidung der Prager Statthalterei – nicht ausschloss – d.h. ein Krematorium könne mit der Erwartung erbaut werden, dass sich die gesetzliche Lage bezüglich der Feuerbestattung ändern würde –, verkündete der VwGH wiederum – ohne es diesmal näher auszuführen –, dass »derzeit die Leichenverbrennung bei dem heutigen Stande der Gesetzgebung als unzulässig angesehen werden muß«.⁷⁰

Bundesminister Schmitz übernahm in seiner Weisung eins zu eins die Argumente des VwGH aus der monarchischen Zeit, indem er ebenso die Vorschriften über Leichenbeschädigung (§ 306 StGB)

⁶⁵ VwGH-Erkenntnis Nr. 6632/A (24. 03. 1909), in: Budwińskis Sammlung der Erkenntnisse des k.k. Verwaltungsgerichtshofes. Administrativrechtlicher Teil, Wien 1909, S. 407.

⁶⁶ Ebd., S. 407f.

⁶⁷ Ebd., S. 409.

⁶⁸ VwGH-Erkenntnis Nr. 8817/A (20. 03. 1912), in: Budwińskis Sammlung der Erkenntnisse des k.k. Verwaltungsgerichtshofes. Administrativrechtlicher Teil, Wien 1912, S. 456ff.

⁶⁹ Ebd., S. 459f.

⁷⁰ Ebd., S. 459.

38

39

40

41

und Obduktion (§ 127 StPO) als Beweise für die vermeintliche Unzulässigkeit der Feuerbestattung auch in der neuen Republik aufführte. Bürgermeister Reumann lehnte aber diese Schlussfolgerung ab, er meinte vielmehr, dass alles, was *nicht explizit verboten ist, implizit erlaubt* sei:

Daß eine Ignorierung eine Negierung sein müsse, entspricht dem Grundsatz, daß alles verboten ist, was nicht ausdrücklich gesetzlich erlaubt ist. Dieser engherzige Standpunkt ist in der österreichischen Gesetzgebung, auch in der aus der Zeit der Monarchie, nirgends begründet. Er richtet sich überdies von selbst, weil dann alle gesetzlichen Verbote überflüssig wären.⁷¹

42

Außerdem wies Reumann daraufhin, dass das österreichische Recht nicht nur die Leichenbestattung, sondern – wie eine Verordnung der Seebehörde von Triest zeigte – auch die Beisetzung im Meer kenne, ohne dass diese Art der Bestattung in einem Gesetz vorkäme oder geregelt würde. Analog dazu sei auch die Feuerbestattung möglich und erlaubt, solange sie gesetzlich nicht verboten wird.⁷² Die sozialdemokratische »Arbeiter-Zeitung« erblickte in der Argumentation, nur das rechtlich Erlaubte sei nicht verboten, einen monarchistisch-autoritären Geist, den es in der Republik zu überwinden gelte:

43

In der Republik, die von dem Gesetz der Freiheit ausgeht, ist es eben umgekehrt: nichts muß erlaubt werden, und alles ist gestattet, was nicht verboten ist! [...] Richtig ist, daß in der Frage der Feuerbestattung die Gesetzgebung der Republik die Rechtslage gegenüber dem alten Österreich nicht verändert hat. Was sich aber verändert hat, ist die Auffassung dieser Rechtslage. Es ist weit über den Rahmen des Wiener Krematoriums hinaus ein grundsätzlicher Gegensatz, der sich hier auftut: der Widerstreit zwischen dem Prinzip des alten Polizeistaates, in dem alles verboten ist, was die hohe Obrigkeit nicht ausdrücklich erlaubt hat, und dem Rechtsempfinden der modernen Demokratie, in der erlaubt ist, was kein Gesetz verbietet.⁷³

44

In der weiteren Korrespondenz zwischen Bundesminister Schmitz und Bürgermeister Reumann wurden die bisherigen Positionen knapp bestätigt: Während Schmitz seine Weisung kurz wiederholte,⁷⁴ erklärte Reumann wiederum, nicht in der Lage zu sein, »einer offenbar im Gesetze nicht begründeten Weisung nachzukommen«.⁷⁵

45

III. Erste Runde vor dem VfGH: Prüfungsrecht und Kompetenzfrage

Die Bundesregierung kann gemäß Art. 142 Abs. 2. lit. d. B-VG Anklage gegen einen Landeshauptmann vor dem VfGH erheben, falls dieser als mittelbares Bundesvollzugsorgan seine

46

⁷¹ Brief des Bürgermeisters (18. 12. 1922), in: VfGH E1/23, fol. 18.

⁷² Ebd., fol. 19.

⁷³ Arbeiter-Zeitung, 15. 12. 1922, S. 2.

⁷⁴ Weisung des Bundesministers (13. Januar 1923), in: VfGH E1/23, fol. 19.

⁷⁵ Brief des Bürgermeisters (17. Januar 1923), in: VfGH E1/23, fol. 20.

Pflichten schuldhaft nicht erfüllt. Als Sanktion kann der Landeshauptmann sogar seines Amtes enthoben werden.

Gegen Bürgermeister (Landeshauptmann) Reumann reichte die Bundesregierung die Anklage beim VfGH am 14. Februar 1923 ein. In der Anklageschrift betonte sie, dass auch individuelle Weisungen an einen Landeshauptmann als mittelbares Bundesvollzugsorgan in Bundesangelegenheiten im Sinne von Art. 103 B-VG – wo die Rede von Verordnungen und sonstigen Anordnungen ist – erteilt werden dürften.⁷⁶ Bundesminister Schmitz wiederholte seine bisherigen Argumente: Er sei aufgrund des Reichssanitätsgesetzes zuständig für das Bestattungswesen.⁷⁷ Außerdem meinte er, »dass keinem nachgeordneten Verwaltungsorgan [...] ein Recht zur Prüfung und autoritativen Entscheidung darüber zusteht, ob eine ihm erteilte Weisung im Gesetze begründet ist oder nicht«. Die Verantwortung dafür trage einzig der Befehlsgeber (infolge der Ministerverantwortlichkeit nach Art. 142 Abs. 2 lit. b. B-VG); der Adressat habe die Weisung ohne Prüfung zu vollziehen.⁷⁸ Bedenken gegen ein so autoritatives Weisungsrecht wollte er mit dem Argument entkräften, dass ein Prüfungsrecht des Weisungsempfängers das Weisungsrecht »vollkommen wertlos« machen würde.⁷⁹

Schmitz erklärte ansonsten die Frage, ob die Weisung materiell rechtmäßig sei (d.h. ob der Bund im Bestattungswesen kompetent sei), »für die Beurteilung des unter Anklage gestellten Tatbestandes nicht für entscheidend«, weil der VfGH nach der Anklage nicht über die Zulässigkeit des Krematoriums, sondern über die Frage zu entscheiden habe, ob der Wiener Bürgermeister rechtswidrig und schuldhaft oder rechtmäßig der Weisung keine Folge leistete.

Bundesminister Schmitz führte in seiner Anklageschrift dennoch Argumente dafür auf, warum die Eröffnung eines Krematoriums gegen das österreichische Recht verstoße. Dabei erwähnte er nicht nur die Gesetzesstellen (§ 306 StGB, § 127 StPO), die er in seinen Weisungen ebenso zitiert hatte, sondern auch eine andere Quelle, welche die Unzulässigkeit der Leichenverbrennung beweisen würde: Im Hofdekret vom 23. August 1784 wurde vorgeschrieben, alle Leichen in die außer den Ortschaften einzurichtende Friedhöfe zu überreichen, d.h. die Eingrabung sei die einzig zulässige Form der Leichenbestattung.⁸⁰ Nach einer kurzen Kulturgeschichte der Bestattungen – mit der Schlussfolgerung, dass »[d]as Christentum und der Mohammedanismus in ihren Verbreitungsgebieten die heidnische Leichenverbrennung überall [abschafften]«⁸¹ – verkündete Schmitz wiederum, dass alles, was im österreichischen Recht nicht explizit geregelt ist, eigentlich als verboten anzusehen sei.

⁷⁶ Anklageschrift (14. 02. 1923), in: VfGH E1/23, fol. 5ff.

⁷⁷ Ebd., fol. 6f.

⁷⁸ Ebd., fol. 8f.

⁷⁹ Ebd., fol. 11f.

⁸⁰ Ebd., fol. 12.

⁸¹ Ebd., fol. 13.

III. 1. Rechtsgeschichte vor dem VfGH

Die öffentliche Sitzung vor dem VfGH fand am 27. März 1923 statt. Als Vertreter der Bundesregierung wiederholte Ministerialrat Georg Fröhlich nochmals die bekannten Argumente:⁸² Aufgrund des immer noch gültigen Reichssanitätsgesetzes gehöre das Bestattungswesen in die Kompetenz des Bundes; im konkreten Falle komme es eigentlich nicht darauf an, ob die Feuerbestattung zulässig sei, weil die Anklage die Weigerung des Bürgermeisters, einer Weisung Folge zu leisten, betreffe. Weil dem mittelbaren Bundesvollzugsorgan kein Prüfungsrecht zustehe, sei eine Weisung laut Fröhlich unter allen Umständen – sogar auch wenn die Feuerbestattung zulässig wäre – zu vollziehen. Jedenfalls wurde auch die Frage vor dem VfGH erörtert, ob das alte – aber noch gültige – Recht die Feuerbestattung kenne oder nicht.

50

Die Verwendung historischer Argumente ist charakteristisch für die verfassungsgerichtliche Judikatur in Österreich.⁸³ Sie dient gleichzeitig drei Zielen: Zum einen lässt sich die Illusion einer objektiven, am Wortlaut oder dem ursprünglichen verfassungsgebenden Willen festgehaltenen Interpretation – zumindest in der Darstellung der Entscheidungen – aufrechterhalten. Diesem Ziel liegt der Gedanke zugrunde, dass die Verfassungsgerichtsbarkeit die Aufgaben der Politik nicht übernehmen, d.h. die Bedeutung der Verfassung durch Interpretation nicht verändern dürfe.⁸⁴ Zum zweiten ermöglicht diese historische Herangehensweise, alle Normen, die bei der Entstehung der Verfassung bereits bestanden, als verfassungskonform anzusehen: Wenn sie schon vorlagen, wird postuliert, dass sie der Verfassung nicht widersprechen. Dieses Argument lässt sogar eine gesetzgeberische Freiheit zu, »solange sie sich im Rahmen des vorgefundenen Verfassungswidrigen hält.«⁸⁵ Und zum dritten kann das historische Argument andere – nicht mehr textbezogene – Interpretationsmotive verschleiern; der VfGH tendiere nämlich dazu, teleologische Motive »unter falscher Flagge als historische segeln zu lassen.«⁸⁶

51

Auch bezüglich des politisch und kulturkämpferisch höchst umkämpften Krematorium-Falles wurden auf politische oder teleologische Argumente verzichtet. Die erste öffentliche Sitzung verwandelte sich praktisch in ein rechtshistorisches Seminar. Der Vertreter der Bundesregierung, Fröhlich, legte nicht nur das bereits in der ministerialen Anklageschrift erwähnte josephinische Hofdekret vom 23. August 1784, sondern auch andere Hofdekrete als Beweise dafür vor, dass nur die Leichenbestattung erlaubt (weil geregelt) sei. Hans Kelsen als Verfassungsrichter wollte die rechtshistorische Argumentation vom Ministerialrat Fröhlich *ad absurdum* führen, indem er nach einzelnen, zumindest gesellschaftlich längst überholten (vergessenen) Vorschriften aus den zitierten Hofdekreten fragte – etwa ob die Leichen dann immer noch, wie damals vorgeschrieben, nach

52

⁸² Protokoll der öffentlichen Sitzung vor VfGH (27. 03. 1923), in: VfGH E1/23, fol. 31ff.

⁸³ Ewald WIEDERIN, Verfassungsinterpretation in Österreich, in: Georg LIENBACHER (Hg.), Verfassungsinterpretation in Europa. Heinz Schäffer Gedächtnissymposium, Wien 2011, S. 84ff.

⁸⁴ Ebd., S. 87f., S. 93.

⁸⁵ Ebd., S. 87.

⁸⁶ Ebd., S. 105.

abgesungenen gewöhnlichen Kirchensängen eingesegnet und ohne Gepränge beigesetzt werden müssen.⁸⁷

Der Vertreter der Stadt Wien, Eisler, zeigte sich eher verblüfft ob der rechtshistorischen Argumente, derer sich die Bundesregierung im Rechtsstreit bediente: **53**

Wenn man die Argumente, die gegen den Herrn Landeshauptmann vorgeführt werden, betrachtet, kann man wohl ohne Übertreibung sagen, dass uns statt der freien Auffassung, der man in der Republik zu begegnen glaubte, in Staub und Moder nur Tiergerippe und Totenbein umgeben. Wenn man es für möglich hält, dass das Bundesministerium f. soz. Verw. [für soziale Verwaltung] sämtliche Josefinischen Hofdekrete herausucht und in Kraft setzt für die mittelbare Bundesverwaltung, dann gehört nicht allzuviel Fantasie dazu, sich auszumalen, welches Aussehen Österr. im 20. Jahrhundert bekäme.⁸⁸ **54**

Außerdem berief er sich auf Kaiser Joseph II, »der, wenn er die Feuerbestattung gekannt [hätte], sie als Erster eingeführt hätte.«⁸⁹ Wie es sich in der Sitzung herausstellte, war der aufgeklärte Kaiser Joseph II in der Tat nicht so ablehnend gegenüber anderen Bestattungsarten gewesen wie die Bundesregierung ihn und seine Hofdekrete interpretierte. Am Ende der Sitzung las nämlich der VfGH-Präsident Paul Vittorelli die Randbemerkung am Hofdekret vom 20. Januar 1785 vor, welche der Kaiser eigenhändig dem Text hinzugefügt hatte: **55**

Da ich sehe und täglich erfahre, dass die Begriffe der Lebigen leider noch so materialistisch sind, dass sie einen unendlichen Preis darauf setzen, dass ihr Körper nach ihrem Tode langsam verfaule und länger ein stinkendes Aas bleibe, ist mir wenig daran gelegen, wie sich die Leute nach dem Tode begraben lassen. Es mag daher jeder, was die Truhen anbelangt, frei tun, was er für seinen toten Körper im Voraus für das Angenehmste hält.⁹⁰ **56**

Die öffentliche Sitzung endete also mit einer unerwarteten, rechtshistorischen Entdeckung. Einer kaiserlichen Randnotiz kann freilich keine normative Kraft beigemessen werden, jedenfalls entkräftete sie die Behauptung der Bundesregierung, Kaiser Joseph II habe nur die Leichenbestattung gekannt und erlaubt. **57**

III. 2. Prüfungsrecht des mittelbaren Bundesvollzugorgans

In der darauffolgenden nicht-öffentlichen Sitzung wurden vor allem die Möglichkeit eines Prüfungsrechtes seitens des Weisungsempfängers und die Kompetenzfrage erörtert. Kelsen meinte, dass auch einem mittelbaren Bundesvollzugsorgan ein Prüfungsrecht zustehe, zumal ein Landeshauptmann, der einer Landesverwaltung vorstehe, schon aufgrund des bundesstaatlichen **58**

⁸⁷ Protokoll der öffentlichen Sitzung vor VfGH (27. 03. 1923), in: VfGH E1/23, fol. 33f.

⁸⁸ Ebd.

⁸⁹ Ebd., fol. 34.

⁹⁰ Ebd., fol. 35f.

Prinzips dem Bund nicht ohne Prüfungsrecht untergeordnet werden dürfe.⁹¹ Er betonte dementsprechend, dass ein Landeshauptmann mit der möglichen Gefahr, vor dem VfGH dafür angeklagt und eventuell auch zur Rechenschaft gezogen zu werden, die Gesetzesmäßigkeit der Weisungen überprüfen dürfe.

Auch in seinen damaligen Schriften verwarf Kelsen die damals herrschende (positivrechtlich nicht gestützte) Meinung, nach welcher der Verwaltung das Prüfungsrecht entzogen sei. Eine solche Regelung bestehe laut ihm nur für die Gerichte (Art. 89 B-VG) – wobei sie selbst prüfen müssen, ob überhaupt ein Gesetz (eine Verordnung) vorliegt –,⁹² d.h. die Prüfung auf Gesetzmäßigkeit sei der Verwaltung nicht verwehrt.⁹³ Kelsen hob diesbezüglich hervor, dass die Zusammenlegung der befehlenden und der disziplinierenden Behörden problematisch sei, weil dasselbe Organ, welches den Verwaltungsakt erlassen hatte, das untenstehende wegen Nichtbefolgung disziplinieren könne. Kelsen meinte, dass die Aberkennung des Prüfungsrechts und das Zusammenfallen der befehlgebenden und der disziplinierenden Behörden ein »[a]utokratisches Naturrecht« darstelle: *Autokratisch*, weil die Position der Befehlsgeber dadurch unangefochten sei; und *Naturrecht*, weil das Prüfungsrecht der Verwaltung nicht positiv-rechtlich (sondern nur von der »herrschenden Meinung« der Rechtswissenschaft) aberkannt sei.⁹⁴ Deswegen betonte Kelsen vor allem im Falle eines Landeshauptmannes, dass das B-VG im Interesse der Einheitlichkeit der Verwaltung das Weisungsrecht einführte, aber eine vom Weisungsgeber unabhängige Instanz, nämlich den VfGH, für Disziplinarfragen etablierte.⁹⁵

59

In der internen Debatte wies der parteiunabhängige Verfassungsrichter Robert Neumann-Ettenreich darauf hin, dass Kelsens vorgetragene Meinung – das Bundesstaatsprinzip lasse eine strikte Unterordnung des Landeshauptmannes nicht zu – Kelsens Verfassungskommentar widerspreche.⁹⁶ Dort bewies nämlich Kelsen: »Die Tatsache, daß das unterstellte Organ demokratisch berufen, also gewählt und nicht von demjenigen Organ ernannt wird, dem es verantwortlich ist, ändert selbstverständlich nichts an der Gehorsamspflicht.«⁹⁷ In seinem Verfassungskommentar erkannte Kelsen das fehlende Aufsichts- und Weisungsrecht des Bundes bezüglich des mittelbaren (d.h. von den Ländern zu realisierenden) Bundesvollzuges noch als Problem, weil »hier eine wichtige Garantie für die Bundesgesetzmäßigkeit der Verwaltung: der Instanzenzug bis zur Bundeszentralstelle und deren Aufsichts- und Weisungsrecht [entfällt]«.⁹⁸

60

⁹¹ Protokoll der nicht-öffentlichen Sitzung des VfGH (27. 03. 1923), in: VfGH E1/23, fol. 36f.

⁹² Hans KELSEN, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich. Mit historischen Einleitungen und kritischen Erläuterungen. Fünfter Teil: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, Wien / Leipzig 1922, S. 181f.

⁹³ DERS., Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundestaates, nach der neuen österreichischen Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht 42, 1923, S. 212f.

⁹⁴ Ebd., 213ff.

⁹⁵ DERS., Demokratisierung der Verwaltung, in: Zeitschrift für Verwaltung, 54, 1921, S. 7, S. 14.

⁹⁶ Protokoll der nicht-öffentlichen Sitzung des VfGH (27. 03. 1923), in: VfGH E1/23, fol. 37f.

⁹⁷ KELSEN, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, S. 88.

⁹⁸ DERS., Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriss entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923, S. 174.

Auch wenn Kelsen in seiner späteren Schrift, die er schon angesichts des Krematorium-Falles verfasste, anerkannte, dass besonders ein Landeshauptmann – der nicht nur ein mittelbares (weisungsgebundenes) Bundes-, sondern auch ein demokratisch legitimiertes, selbständiges Landesvollziehungsorgan ist – nicht wie ein untergebener Verwaltungsbeamte angesehen (und befohlen) werden könne,⁹⁹ war Kelsen in seinen diesbezüglichen, anderen Schriften in der Tat der Ansicht, dass die demokratische Legitimation vor allem durch das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 18 B-VG) gewährt sei: Somit werde die Verwaltung an die Willensakte der Volksvertretung (d.h. die Gesetze) gebunden.¹⁰⁰ Deswegen verneinte Kelsen noch in seinem Verfassungskommentar eindeutig, dass die demokratische Legitimation eines unterstellten Verwaltungsorgans – wie etwa eines Landeshauptmannes als mittelbaren Bundesvollzugorgans – die Gehorsampflicht abändern, vermindern würde.¹⁰¹ Die Einheitlichkeit der Verwaltung und der Primat der demokratischen Gesetzgebung vor der Exekutive würden nämlich erfordern,

dass die Demokratie der Gesetzgebung nicht durch die Demokratie der Verwaltung aufgehoben, dass der in der Gesetzgebung und in der Berufung der obersten Vollzugsorgane sich äussernde Wille des Volksganzen nicht durch den in Lokalvertretungskörpern und von diesen gewählten, mit der Vollziehung in der Mittel- und Unterinstanz betrauten Organen sich äussernden Willen eines Volksteiles paralyisiert werde.¹⁰²

In der internen Debatte ging es für Kelsen bezüglich des Prüfungsrechtes vor allem darum, dass die Zulässigkeit nicht vom Befehlsgeber, sondern im Falle eines Landeshauptmannes vom VfGH – als vom Befehlsgeber unabhängiger »Disziplinarbehörde« – entschieden werden müsse.¹⁰³ Der christlichsoziale Verfassungsrichter Karl Hugelmann war anderer Meinung: Falls dem Landeshauptmann ein Prüfungsrecht zuerkannt würde, könne sein Verhalten nie als schuldhaft eingestuft werden, was die Möglichkeit einer erfolgreichen Anklage gegen ihn (im Sinne vom Art. 142 B-VG) praktisch ausschließe.¹⁰⁴

III. 3. Kompetenzfrage im Bestattungswesen

Neben der Prüfungsrechtsfrage wurde auch die Kompetenzfrage in der nicht-öffentlichen Sitzung des VfGH besprochen. Dabei hob Kelsen hervor, dass die Leichenverbrennung im österreichischen Recht nirgendwo verboten sei. Der Rekurs auf die Hofdekrete hielt er für unangebracht und

⁹⁹ DERS., Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 215.

¹⁰⁰ DERS., Demokratisierung der Verwaltung, S. 12. Ähnlich äußerte sich Adolf J. Merkl: Eine wirksame Demokratie lasse sich sehr wohl verwirklichen, wenn die meisten Kompetenzen in einer Volksvertretung konzentriert, während alle Verwaltungsorgane in strenger Unterordnung zu dieser organisiert seien – ansonsten könnte die ganze Verwaltung (auch ein einfacher Beamter) den zentralen Staat bzw. den darin zum Ausdruck gekommenen demokratischen Willen umgehen; Adolf J. MERKL, Die Weisung in der Verwaltung, in: Zeitschrift für Verwaltung, 54, 1921, S. 122f.

¹⁰¹ KELSEN, Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich, S. 88.

¹⁰² DERS., Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 208.

¹⁰³ Protokoll der nicht-öffentlichen Sitzung des VfGH (27. 03. 1923), in: VfGH E1/23, fol. 36f.

¹⁰⁴ Ebd., fol. 37.

unnötig, weil sie die Leichenverbrennung nicht behandeln, eher »kirchenfeindliche Bestimmungen« erhielten bzw. gewohnheitsrechtlich längst außer Geltung getreten seien.¹⁰⁵

Dass das Bestattungswesen erlaubt sei, bedeute freilich noch nicht, dass der Bund in dieser Angelegenheit nicht zuständig sei. Kelsen hielt etwa die Leichenverbrennung zwar für zulässig (weil nicht verboten), er war aber der Ansicht, dass das Bestattungswesen in die Kompetenz des Bundes falle. Interessanterweise plädierte er aber in seinem Referat für eine Freisprechung des Wiener Bürgermeisters (wenn das Bestattungswesen nach Kelsen eine Bundesangelegenheit sei, hätte Reumann der ministerialen Weisung Folge leisten müssen). Kelsens Argument bezog sich aber auf die subjektive Seite des Tatbestandes: Angesichts der ungenauen Gesetzeslage habe Bürgermeister Reumann im guten Glauben gehandelt, als er die Bundeskompetenz nicht (an)erkannt habe und deswegen der ministerialen Weisung keine Folge leistete.¹⁰⁶

Der deutschbürgerliche (nationalliberale) Verfassungsrichter Julius Ofner widersprach Kelsen, er hielt die Feuerbestattung nicht nur für zulässig (wie Kelsen auch), sondern das ganze Bestattungswesen für eine Ländersache. Ofner verwies dabei auf die noch nicht in Kraft getretenen Bestimmungen des B-VG, welche das Bestattungswesen als Landeskompetenz festlegten (Art. 10 B-VG). Ofner meinte: Wenn auch diese Regelungen noch nicht gelten, würden sie praktisch ein künftiges Versprechen beinhalten. Diese Meinung wiederholte Ofner in einem Aufsatz: Es solle zwischen Wort und Geist des Gesetzes unterschieden werden, und wenn sie einander widersprüchen, gebühre dem Geist der Primat. Ofner meinte, dass der Geist – d.h. »wie wir das Verhältnis zwischen Bund und Land uns vorstellen wollen« – in den noch nicht in Kraft getretenen Kompetenzbestimmungen vom B-VG zum Ausdruck komme.¹⁰⁷ Er verstand die neue Verfassung als Vertrag zwischen Bund und Ländern, den ein Bundesminister mit Rekurs auf eine zwar noch gültige, aber bald außer Kraft tretende Gesetzeslage nicht umgehen dürfe: »Der § 10 Abs. 12 der Bundesverfassung [nach dem das Bestattungswesen Länderkompetenz ist – Anm. des Autors] sagt auch nicht, dass er an die Stelle des gegenwärtigen Zustandes etwas Entgegengesetztes stellen wollte.«¹⁰⁸ Somit sprach Ofner der bestehenden Gesetzeslage, nach der das Bestattungswesen noch nicht Ländersache sei, die Gültigkeit mit Hinweis auf Bestimmungen ab, die erst künftig in Kraft treten werden, als ob die künftige Geltung die bestehende ersetzen könnte.

Ofner verneinte darüber hinaus, dass ein Landeshauptmann vom Bund befohlen werden könne, weil »[u]nsere Länder beinahe selbstständige Staaten [sind] und es nicht [geht], den Landeshauptmann als ein gewähltes Organ vollständig dem Minister unterzuordnen.«¹⁰⁹

¹⁰⁵ Ebd.

¹⁰⁶ Ebd.

¹⁰⁷ Julius OFNER, Aus der Werkstatt des Verfassungsgerichtshofes, in: Juristische Blätter, 53, 1924/15-16, S. 134.

¹⁰⁸ Protokoll der nicht-öffentlichen Sitzung des VfGH (27. 03. 1923), in: VfGH E1/23, fol. 37.

¹⁰⁹ Ebd.

III. 4. VfGH-Erkenntnis: Nichtbefolgung der Weisung als entschuldbarer Rechtsirrtum

Weder in der Kompetenz- noch in der Prüfungsrechtsfrage waren die Verfassungsrichter einig. Als Kompromiss schlug Verfassungsrichter Neumann-Ettenreich vor, zwar die Rechtsverletzung (wegen Nichtbefolgung einer in Bundesangelegenheit erteilten, ministerialen Weisung) festzustellen, den Bürgermeister aber von der Schuldhaftigkeit doch freizusprechen. Aufgrund der ungenauen Gesetzeslage (d.h. der unterschiedlichen Bestimmungen bezüglich des Bestattungswesens im alten, noch gültigen und im neuen, noch nicht gültigen Recht) sei nämlich kein Vorsatz (höchstens Fahrlässigkeit) im Verhalten des Bürgermeisters zu erkennen.¹¹⁰ Der deutschbürgerliche (nationalliberale) Verfassungsrichter Julius Sylvester war ebenso der Ansicht, dass nur die objektive Voraussetzung (*Rechtsverletzung*), aber nicht die subjektive (*Schuldhaftigkeit*) vorläge: Der Wiener Bürgermeister habe rechtsirrtümlich, daher entschuldbar gehandelt.¹¹¹

68

Die Schuldfrage konnte letztendlich nur mit der Stimme des Vorsitzenden Paul Vittorelli entschieden werden: Er stimmte mit den unabhängigen, sozialdemokratischen und deutschliberalen Verfassungsrichtern für die Abweisung der Schuldhaftigkeit. In der Frage der objektiven Rechtswidrigkeit wurde aber Kelsens Vorschlag – er meinte, es liege nicht einmal eine objektive Rechtswidrigkeit (*Rechtsverletzung*) vor, obwohl er in der Debatte noch anerkannte, dass die Angelegenheit zur Bundeskompetenz gehöre – von der Mehrheit abgelehnt.¹¹² In der Begründung wurde aber darauf näher nicht eingegangen, nur die fehlende Schuldhaftigkeit wurde als Grund des Freispruchs hervorgehoben.

69

Im Erkenntnis wurde dementsprechend festgehalten,¹¹³ dass die Anklage gegen den Wiener Bürgermeister wegen seines entschuldbaren Rechtsirrtums abgelehnt wurde bzw. dass ein Landeshauptmann auch als mittelbares Bundesvollzugsorgan berechtigt sei, zu überprüfen, ob die ministerielle Weisung in Bundes- oder Landessache erteilt wurde. Wenn er dabei zu einem unrichtigen Prüfungsergebnis komme, könne er nur vom VfGH zur Rechenschaft gezogen werden – sein diesbezügliches Prüfungsrecht könne ihm aber nicht von vornherein abgesprochen werden. In der konkreten Frage des Bestattungswesens stellte der VfGH in seinem Erkenntnis allerdings fest, dass es sich wegen der Weitergeltung des alten Rechts um eine Bundesangelegenheit handle, in der ein Bundesminister Weisungen erteilen dürfe. Wegen der unklaren Formulierungen und Kompetenzverteilungen im alten Recht sei aber dem Bürgermeister nicht zur Last zu legen, dass er die Rechtslage irrtümlich eingeschätzt habe. In die Begründung wurde das Argument von Julius Ofner ebenso aufgenommen, nach dem das entschuldbare Irrtum auch daher entstanden sein möge, weil das neue Recht, auch wenn es noch nicht in Kraft trat, das Bestattungswesen eindeutig und klar als Ländersache festlegt.

70

¹¹⁰ Ebd., fol. 37f.

¹¹¹ Ebd., fol. 38.

¹¹² Ebd., fol. 39.

¹¹³ Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes (VfSlg.) 206/1923.

Obwohl das Erkenntnis erst am 28. März 1923 verkündet wurde, berichtete die Morgenausgabe der klerikalen »Reichspost« über das Urteil.¹¹⁴ Einerseits war es fraglich, wie die Zeitung über die Endabstimmungen in der nicht-öffentlichen Sitzung erfahren konnte. VfGH-Präsident Vittorelli sprach von »eine[m] unerhörten Vertrauensbruch« und »eine[r] flagranten Verletzung des Amtsgeheimnisses«, weil der Eindruck entstehe, dass die Verfassungsrichter oder der Schriftführer über die internen Vorgänge gesetzeswidrig berichten würden¹¹⁵ – andere waren nämlich an der Sitzung nicht dabei, die »Reichspost« muss also von internen Kreisen informiert worden sein. 71

Andererseits verkündete die »Reichspost« in ihrem Bericht eine falsche Schlussfolgerung, als ob der VfGH die Feuerbestattung für rechtswidrig erachtet hätte: »Die Leichenverbrennung – rechtswidrig!« – so war der Titel des Zeitungsberichtes¹¹⁶ Dass der VfGH die Bundeskompetenz im Bestattungswesen bestätigte und somit die Nichtbefolgung der ministerialen Weisung für eine – wenn auch entschuldbare – Rechtswidrigkeit erklärte, interpretierte die »Reichspost« dahin, als ob der VfGH die Unzulässigkeit der Feuerbestattung bestätigt hätte. Aber auch die sozialdemokratische »Arbeiter-Zeitung« interpretierte eigenwillig das Erkenntnis: Für sie bedeutete der Freispruch eine Bestätigung der Feuerbestattung als zulässiger Bestattungsart.¹¹⁷ In der Begründung kam diese Frage aber nicht vor, der VfGH beschränkte sich nur auf die Kompetenzfrage, ohne sich der Frage anzunehmen, ob die im österreichischen Recht nicht geregelte Feuerbestattung zulässig sei. 72

Wegen der formalistisch-zurückhaltenden Argumentation und Nicht-Beantwortung der eigentlichen Hauptfrage zeigt dieses Erkenntnis Ähnlichkeit zum Erkenntnis im »Reigen«-Fall. Diesen früheren Fall konnte der VfGH mit Hinweis auf einen angeblichen Formfehler entscheiden – die Weisung wurde nicht unterschrieben, was als Formfehler anerkannt wurde, obwohl ministerielle Weisungen keiner Unterschriftspflicht unterlagen –, ohne die materielle Frage des Theaterverbotes entscheiden zu müssen.¹¹⁸ Die Ähnlichkeit zeigt sich auch darin, dass die scheinbar formalistisch-textualistische Argumentation in beiden Fällen dem sozialdemokratischen Bürgermeister von Wien zugutekam. 73

Der wesentliche Unterschied zwischen den zwei kulturkämpferisch bestimmten Fällen besteht allerdings darin, dass der Streit um das Wiener Krematorium mit dem ersten VfGH-Erkenntnis – im Gegensatz zum »Reigen«-Fall – nicht beendet wurde. Obwohl der Bundesminister auch im »Reigen«-Fall eine zweite – diesmal unterschriebene – Weisung hätte erteilen können – weil seine diesbezügliche Kompetenz nicht infrage gestellt wurde –, kam es zu keinem juristischen Nachspiel. Das eröffnete und für weitere Einäscherungen benutzte Wiener Krematorium schien aber den Christlichsozialen ein wichtigeres Kampffeld zu sein, als dass sie nach dem ersten VfGH-Erkenntnis nachgegeben hätten. In seinem Bericht bemerkte auch die liberale »Neue Freie Presse«, dass der Bund wieder versuchen könne, den Bürgermeister durch eine neue Weisung zur Schließung des 74

¹¹⁴ Reichspost, 28. 03. 1923, S. 6.

¹¹⁵ Arbeiter-Zeitung, 29. 03. 1923, S. 2.

¹¹⁶ Reichspost, 28. 03. 1923, S. 6.

¹¹⁷ Arbeiter-Zeitung, 29. 03. 1923, S. 1.

¹¹⁸ VfSlg. 8/1921; dazu siehe TECHET, Reigen um Kompetenzen, S. 145ff.

Krematoriums aufzufordern. Obwohl der VfGH die Zulässigkeit der Feuerbestattung offenließ, könne der Bürgermeister zum zweiten Mal nicht wegen Rechtsirrtums freigesprochen werden: Nachdem der VfGH die Bundeskompetenz im Bestattungswesen festgestellt hatte, sei einer diesbezüglichen ministerialen Weisung Folge zu leisten.¹¹⁹

Insofern war es nicht überraschend, dass Bundesminister Schmitz mit einer neuen Weisung den Bürgermeister als mittelbares Bundesvollzugsorgan aufforderte, den Betrieb des Wiener Krematoriums unverzüglich zu untersagen. Mit dem ersten VfGH-Erkenntnis konnte also der Konflikt um das Krematorium nicht »begraben« werden. Die liberale »Neue Freie Presse« konstatierte, dass Österreich nicht zufällig schon früher als »Land der Unbegreiflichkeiten« genannt worden sei: Während die Feuerbestattung »[i]n fast allen Kulturstaaten« längst zulässig sei, verursacht das Thema im republikanischen Österreich immer noch politische Auseinandersetzungen.¹²⁰

75

IV. Zweite Runde vor dem VfGH: Entscheidungs-, kein Kompetenzkonflikt

Nach der zweiten ministerialen Weisung schlug Bürgermeister Reumann eine neue Strategie ein. Er lehnte die Befolgung der Weisung nicht ab – wie noch im Januar 1923 –, sondern er ließ am 31. Mai 1923 den Betrieb des Krematoriums untersagen: Er sistierte den früheren Beschluss des Wiener Gemeinderates vom 9. Januar 1923 bezüglich der Wiener Bestattungsordnung (d.h. der Errichtung des Krematoriums) bzw. er ordnete eine neue Verhandlung im Wiener Gemeinderat an:

76

Ich habe bei voller Aufrechterhaltung meines Rechtsstandpunktes mich entschlossen, der Weisung vom 23. Mai [1923] nachzukommen und habe infolgedessen den Magistrat beauftragt, den Betrieb der städtischen Feuerhalle einzustellen.¹²¹

77

Die Strategie des Bürgermeisters ging auf: Obwohl er der Weisung Folge leistete – insofern aufgrund vom Art. 142 B-VG nicht mehr angeklagt werden konnte –, wurde die Weiterexistenz des Krematoriums gesichert. Im Wiener Gemeinderat hatten die Sozialdemokraten nämlich eine überwiegende Mehrheit, es war demnach vorauszusehen, dass sie wiederum für das Krematorium stimmen würden. Am 1. Juni 1923 bekräftigte die Gemeinderatsmehrheit erwartungsgemäß den früheren Beschluss. Um den Anschein, der Weisung entsprechen zu wollen, aufrechtzuerhalten, sistierte Bürgermeister Reumann auch diesen wiederholten Beschluss, aber dieser wurde noch in derselben Sitzung des Gemeinderates wiederum angenommen. Bürgermeister Reumann »musste« daher dem Bundesminister mitteilen, dass er den zweimal angenommenen Beschluss des Gemeinderates nicht mehr zu sistieren berechtigt, sondern laut § 35 der Wiener Landesverfassung (L-VG) zu vollziehen verpflichtet sei.¹²² Eine dritte Sistierung sei in der Wiener Landesverfassung ausgeschlossen: Beschlüsse, die vom Gemeinderat zweimal angenommen werden, müssen

78

¹¹⁹ Neue Freie Presse, 29. 03. 1923, S. 7.

¹²⁰ Neue Freie Presse, 31. 05. 1923, S. 4.

¹²¹ Brief vom Bürgermeister (01. 06. 1923), in: ÖStA, AdR, OBh Justiz, VfGH, Karton 74, K 6/23 (weiter: VfGH K6/23) [Foliennummerierung ist nicht immer vorhanden.]

¹²² Ebd.

vollzogen werden. Wie Bürgermeister Reumann Bundesminister Schmitz – sicherlich nicht schweren Herzens – schrieb: »Ich habe somit alle mir zur Verfügung stehenden verfassungsmässigen Mittel, die Weisung durchzuführen, gebraucht, sie haben sich aber als unwirksam erwiesen«. ¹²³

IV. 1. Konflikt des Bundes mit Land oder Gemeinde Wien?

Die Bundesregierung akzeptierte aber den Vorgang nicht. Wenn der Bund für das Bestattungswesen zuständig sei – wie das erste VfGH-Erkenntnis feststellte –, könne ein Beschluss des Wiener Gemeinderates die Bundeskompetenz in diesem Bereich nicht unwirksam machen. **79**

Die Bundesregierung stellte daher beim VfGH den Antrag, einen Kompetenzkonflikt im Sinne vom Art. 138 lit c. B-VG festzustellen, weil ein Landesorgan Beschlüsse in Bundesangelegenheiten verabschiedet habe, d.h. es bestehe ein Kompetenzkonflikt zwischen Bund (in Person des Landeshauptmannes als mittelbaren Bundesvollzugsorgans) und Land (in Gestalt des Gemeinderates). ¹²⁴ Als der Bürgermeister die Einstellung des Krematoriums anordnete, habe er als Organ des mittelbaren Bundesvollzuges gehandelt; die darauffolgende Anordnung bezüglich der Vollziehung des Beschlusses des Wiener Gemeinderates betraf die Landesvollziehung, welche aber in die Bundesvollziehung nicht übergreifen dürfe. Die Feuerbestattung gehöre nämlich in die Bundesangelegenheiten, somit **80**

bedarf [es] keines weiteren Beweises, dass nur die vom Bürgermeister als Landeshauptmann in Handhabung der mittelbaren Bundesverwaltung getroffene Verfügung, nicht aber die Anordnung, die vom Wiener Gemeinderat unter Arrogierung des Verfügungsrechtes für den selbstständigen Wirkungskreis der Gemeinde und somit auch für die Landesvollziehung erlassen wurde, dem Gesetze entspricht. ¹²⁵ **81**

Die Bundesregierung erwartete insofern in ihrem Antrag, dass der VfGH nochmal klarmachen möge, das Bestattungswesen sei Bundeskompetenz. Hier ging es insofern nicht darum, ob die Feuerbestattung zulässig (weil nicht verboten) oder unzulässig (weil nicht erlaubt) sei, sondern um die Feststellung der Kompetenzaufteilung und im konkreten Falle um die Feststellung des Kompetenzkonfliktes zwischen Bund und Land Wien. Wenn das Bestattungswesen Bundesangelegenheit sei, könne ein Gemeinderat (Landtag) in diesem Bereich keine Beschlüsse fassen, der Bürgermeister solle nur die Weisung, nicht aber den Beschluss des Gemeinderates vollziehen. ¹²⁶ **82**

Die sozialdemokratische »Arbeiter-Zeitung« meinte hingegen, dass der VfGH in seinem Erkenntnis von 23. März 1923 nicht ausgesprochen habe, wem die Kompetenz *in puncto* Bestattungswesen zustehe; das Blatt kritisierte allerdings den VfGH für die Unklarheit des Erkenntnisses, weil somit der Streit fortgesetzt werden konnte: **83**

¹²³ Ebd.

¹²⁴ Antrag des Bundeskanzleramtes beim VfGH (28. 06. 1923), in: VfGH K6/23.

¹²⁵ Ebd.

¹²⁶ Neue Freie Presse, 28. 06. 1923, S. 9.

- Es ist richtig, daß der Verfassungsgerichtshof nicht ausgesprochen hat, daß die Weisung des Herrn Schmitz ungesetzlich, der Bürgermeister also nicht verpflichtet war, ihr nachzukommen; aber er hat auch das Gegenteil nicht ausgesprochen, obwohl er, wenn er der Meinung wäre, die Weisung sei gesetzlich und der Bürgermeister verpflichtet gewesen, ihr zu entsprechen, gewiß nicht unterlassen hätte, es zu sagen, obgleich er auch dann den Bürgermeister wegen Mangels eines subjektiven Verschuldens freisprechen hätte müssen. Diese zweite Weisung des Schmitz steht also in diametralem Widerspruch zu dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes; offenbar wünscht Herr Schmitz zu beweisen, daß er sich um den Verfassungsgerichtshof ebenso wenig schert wie um Gesetz und Anstand.¹²⁷ **84**
- Die »Arbeiter-Zeitung« lag aber mit ihrer Interpretation, die Kompetenzfrage sei noch nicht entschieden worden,¹²⁸ falsch. Im November 1923 musste das sozialdemokratische Blatt selbst – wenn auch mit Kritik am VfGH – zugeben, dass »der Verfassungsgerichtshof dabei ausgesprochen hat (*was sehr anfechtbar war*), daß es sich um eine ‚Angelegenheit‘ der mittelbaren Bundesverwaltung handelt.«¹²⁹ Das war nämlich der Grund, warum Bundesminister Schmitz seine Weisung wiederholen konnte. **85**
- Der VfGH stellte in seinem ersten Erkenntnis in der Tat fest, dass das Bestattungswesen in die Kompetenz des Bundes falle; der Freispruch erfolgte nicht wegen der fehlenden Bundeskompetenz, sondern wegen der fehlenden Schuldhaftigkeit des Bürgermeisters.¹³⁰ Bürgermeister Reumann schlug deswegen einen anderen Weg nach der zweiten Weisung ein: Weil er diesmal nicht hätte behaupten können, dass er sich entschuldbar in der Frage der Kompetenzen geirrt hätte, nutzte er die verfassungsrechtliche und *politische* Konstellation in Wien aus, indem er formal der Weisung durch Sistierungen nachkam, aber die (nicht überraschenden) Beschlüsse der sozialdemokratischen Mehrheit im Gemeinderat mit Hinweis auf die Landesverfassung vollzog. **86**
- Bezüglich von Wien stellte sich noch das Problem, dass ein Kompetenzkonflikt nur zwischen Bund und Land entstehen könne, aber die Beschlüsse verfassungsrechtlich gesehen vom Wiener Gemeinderat – also dem Organ der Gemeinde – verabschiedet wurden. Weil der Gemeinderat aber gleichzeitig die Stellung eines Landtages hatte, war die Bundesregierung der Ansicht, dass »[e]in Kompetenzkonflikt zwischen der Gemeinde Wien und dem Bunde stets auch, und zwar unmittelbar erkennbar, einen Kompetenzkonflikt zwischen dem Lande Wien und dem Bunde darstellen [muss]«. ¹³¹ **87**
- In seiner Antwort bezog sich aber Bürgermeister Reumann auf die Differenz zwischen Landtag und Gemeinderat: Obgleich die zwei Funktionen in Wien von demselben Organ wahrgenommen wurden, wies Reumann darauf hin, dass der Beschluss über die Fortsetzung des Krematoriums **88**

¹²⁷ Arbeiter-Zeitung, 30. 05. 1923, S. 1.

¹²⁸ Arbeiter-Zeitung, 01. 06. 1923, S. 1f.

¹²⁹ Arbeiter-Zeitung, 23. 11. 1923, S. 4. [Hervorhebung von mir – P.T.]

¹³⁰ VfSlg. 206/1923.

¹³¹ Antrag des Bundeskanzleramtes beim VfGH (28. 06. 1923), in: VfGH K6/23.

nicht vom Landtag, sondern vom Gemeinderat gefällt wurde – und Kompetenzkonflikte könnten zwischen Bund und Gemeinden nicht auftreten:

Die Verfassung der Bundeshauptstadt Wien trennt ganz unzweideutig die Funktionen der Stadt als Gemeinde und Land... [...] Der Gemeinderat hat auch die Stellung eines Landtages. Deshalb ist eben nicht jeder Beschluss, den er fasst, schlechtweg Beschluss eines Landtags anzusehen. [...] Da die fragliche Angelegenheit [Krematorium – Anm. des Autors] den Gemeinderat als solchen beschäftigte, liegt eben eine Entscheidung der Gemeinde und nicht des Landes vor. Infolgedessen kann von einem Kompetenzkonflikt zwischen Bund und Land nicht die Rede sein.¹³²

89

In seiner Äußerung interpretierte Reumann allerdings das erste VfGH-Erkenntnis zu seinen Gunsten, als ob die Errichtung eines Krematoriums weder Bundes- noch Landeskompetenz, sondern eine Gemeindeangelegenheit sei:

90

[D]as Krematorium [darf] im selbstständigen Wirkungsbereich der Gemeinde errichtet und betrieben werden, eine Meinung, die im Urteil des Verfassungsgerichtshofes begründet und als begreiflich bezeichnet und der nur die gegenteilige Ansicht, aber keinerlei Begründung entgegengesetzt wurde.¹³³

91

Die Strategie von Wien war somit klar: Reumann wollte die Krematorium-Frage der Kompetenzaufteilungsfrage zwischen Bund und Land entziehen, indem er durch seine Sistierungen – somit seine formelle Befolgung der ministerialen Weisung – dem Gemeinderat die letzte Entscheidung überließ. Einerseits konnte der Landtag als Gemeinderat die Beschlüsse wiederholen, andererseits »musste« Reumann diese Beschlüsse mit Hinweis auf die Landesverfassung, welche in Wien auch die Gemeindeangelegenheiten bestimmte und regelte, vollstrecken. Er betonte, dass er an die Beschlüsse des Gemeinderates gebunden sei, die er als Bürgermeister – d.h. nicht als Organ des mittelbaren Bundesvollzuges (Landeshauptmann) – zu vollziehen habe: Eine Anklage gegen seine Verfügung als Bürgermeister »käme der Aufhebung eines rechtskräftigen Verwaltungsaktes gleich«.¹³⁴

92

IV. 2. Kompetenzkonflikt und Rechtskraft

Bürgermeister Reumann schloss außerdem die Möglichkeit eines Kompetenzkonfliktes auch im Sinne von Art. 138 B-VG aus.¹³⁵ Nach den Bestimmungen des Gesetzes über die Organisation und das Verfahren des VfGH (VfGH-Gesetz, BGBl. 364/1921) besteht ein Kompetenzkonflikt, wenn zwei Behörden in derselben Sache eine Entscheidung *in Anspruch nehmen*, aber *noch keine rechtskräftige Entscheidung* fällen (§ 45 VfGH-Gesetz). Dass die Sache, in der die Kompetenz fraglich ist, rechtskräftig noch nicht entschieden werden dürfe, ergibt sich auch aus der Bestimmung,

93

¹³² Äußerung des Bürgermeisters an den VfGH (15. 01. 1924), in: VfGH K6/23.

¹³³ Ebd.

¹³⁴ Ebd.

¹³⁵ Ebd.

nach welcher die anhängigen Verfahren vor den Verwaltungsbehörden, die die Kompetenz zur Entscheidung beanspruchen, im Falle einer Anklage wegen Kompetenzkonfliktes unterbrochen werden müssen (§ 45 Abs. 4 VfGH-Gesetz). Im konkreten Krematorium-Fall lagen aber schon zwei rechtskräftige Verwaltungsentscheidungen vor – die Anordnung des Bürgermeisters aufgrund der ministerialen Weisung (Untersagung des Krematoriums) bzw. der Beschluss des Gemeinderates (Fortsetzung des Krematoriums) –, insofern meinte Reumann, dass es sich nicht um einen Kompetenz-, sondern um einen *Entscheidungskonflikt* handele, den der VfGH zu entscheiden nicht berechtigt sei:

Hätte das Organisationsgesetz [VfGH-Gesetz – Anm. des Autors] einen noch zu regelnden Kompetenzkonflikt auch im Falle bereits gefällter Entscheidungen angenommen, so hätte es verfügen müssen, daß die der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes widersprechende Entscheidung als aufgehoben zu gelten habe oder durch den Verfassungsgerichtshof ausdrücklich aufzuheben sei.¹³⁶ 94

Ohne eine positivrechtliche Berechtigung könne der VfGH keine rechtskräftigen Entscheidungen aufheben, ein solches Recht überschreite den Begriff des Kompetenzkonfliktes und bedeute einen Akt der Verwaltungsgerichtsbarkeit.¹³⁷ 95

V. Dritte Runde vor dem VfGH: Gesetzeslücke, aber keine Verfassungswidrigkeit

Die Wiener Landesverfassung, auf die sich der Bürgermeister berief, bestimmte im § 35: 96

Erachtet der Bürgermeister, daß ein Beschluss des Gemeinderates den bestehenden Gesetzen zuwiderläuft oder den Wirkungsbereich der Gemeinde überschreitet oder der Gemeinde einen wesentlichen Schaden zufügt, so ist er berechtigt und verpflichtet, mit der Vollziehung innezuhalten und die neuerliche Verhandlung im Gemeinderat anzuordnen. Verbleibt der Gemeinderat bei seinem Beschluss, so ist er vollzuziehen. 97

Diese Regelung ermöglichte praktisch, dass auch Beschlüsse, welche den bestehenden Gesetzen zuwiderlaufen oder den Wirkungsbereich der Gemeinde überschreiten oder der Gemeinde einen wesentlichen Schaden zufügen, vom Bürgermeister letztendlich zu vollziehen sind, wenn der Gemeinderat seinen Beschluss auch nach zweimaligen Sistierungen nicht abändert. Somit lassen sich Gesetze etwa bezüglich der Kompetenzfragen – gerade im Falle von Wien, wo der Gemeinderat gleichzeitig der Landtag ist – umgehen, d.h. ein Beschluss des Gemeinderates stehe demnach paradoxerweise höher im Stufenbau des Rechts als die Bundesverfassung (B-VG) selbst. 98

¹³⁶ Ebd.

¹³⁷ Ebd.

V. 1. Bundesverfassungswidrigkeit der Wiener Landesverfassung?

Auch das frühere Gemeindestatut der Gemeinde Wien (LGBl. Niederösterreich 17/1900) **99**
beinhaltete eine ähnliche Regelung (§ 73). Aber ein vom Bürgermeister sistierter Beschluss musste
damals dem kaiserlich-königlichen Statthalter zur Entscheidung vorgelegt werden.

Der Unterschied zwischen der alten und der neuen Regelung bestand nicht nur darin, dass **100**
der Statthalter nicht verpflichtet war, den wiederholten Beschluss zu vollziehen (der Gemeinderat
konnte dagegen einen Rekurs beim zuständigen Ministerium einreichen), sondern noch wichtiger
war die Differenz, die sich einerseits aus dem Ende der Monarchie (somit dem Verschwinden
der Position des Statthalters), andererseits aus der Erhebung der Gemeinde Wien zum neuen
Bundesland ergab. Im Bundesland Wien wurden die Funktionen des Bürgermeisters und
des Landeshauptmannes (des früheren Statthalters) in einer Person vereinigt. Auch wenn der
Landeshauptmann weiterhin berechtigt gewesen wäre, den wiederholten Gemeinderatsbeschluss
nicht zu vollziehen, wäre er dieselbe Person (Bürgermeister und Landeshauptmann), welche
den Beschluss sistieren und dann über die Vollziehung entscheiden dürfe. In der neuen
Landesverfassung von Wien war aber dem Bürgermeister (dem Landeshauptmann) dieses
Entscheidungsrecht sowieso aberkannt: Wenn die Mehrheit des Gemeinderates einen sistierten
Beschluss ganz oder teilweise wiederholt, musste er diesen ohne anderweitige Entscheidung
vollstrecken.

In ihrer Anklage wegen Kompetenzkonfliktes verwies die Bundesregierung darauf, dass **101**
diese Bestimmung der Wiener Landesverfassung zum Umgehen jeglicher Staatsakte benutzt
werden könne. Wenn ein Gemeinderatsbeschluss die Verfügungen des Landeshauptmannes als
mittelbaren Bundesvollzugorgans abändern könne, seien die Vorschriften des B-VG bezüglich der
Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern praktisch – wie der Antrag der Bundesregierung
schrieb – »illusorisch«,¹³⁸ insofern stelle die Möglichkeit, durch Gemeinderatsbeschluss
Angelegenheiten des Bundes zu regeln bzw. jegliche Staatsakte zu umgehen, eine Affront gegen
das B-VG dar. Die Bundesregierung befürchtete sogar, dass der aufgrund von § 35 der Wiener
Landesverfassung ermöglichte Primat der Gemeinderatsbeschlüsse zu absurden Ergebnissen
führen könne:

Der Gemeinderat könnte auf Grund des zitierten § 35 [der Wiener Landesverfassung – **102**
Anm. des Autors] mit demselben ‚Recht‘ auch Akte der Gerichtsbarkeit setzen, also –
wenigstens theoretisch – ohne Rücksicht auf Art. 85 B-VG Todesurteile fällen, ja letzten
Endes auch den Austritt der Bundeshauptstadt Wien aus dem österreich. Bundesstaat
aussprechen und vollziehen.¹³⁹

Dementsprechend verfasste die Bundesregierung am 23. November 1923 eine dritte Anklage beim **103**
VfGH – diesmal gegen die betreffenden Bestimmungen der Wiener Landesverfassung, welche nach

¹³⁸ Antrag des Bundeskanzleramtes beim VfGH (28. 06. 1923), in: VfGH K6/23.

¹³⁹ Ebd.

der Ansicht der Bundesregierung verfassungswidrig seien, d.h. die Kompetenzregelungen des B-VG verletzen würden:

Wenn aber auch ein vom Bürgermeister aus dem Grunde der Gesetzwidrigkeit oder der Überschreitung des Wirkungskreises sistierter Beschluss des Gemeinderates dann vollzogen werden müßte, wenn ihn der Gemeinderat bei seiner neuerlichen Verhandlung unverändert beschließt, so schließt eine solche Bestimmung die schwersten Gefahren nicht nur für das Verfassungsleben des Bundes, sondern auch für jenes des Landes Wien in sich; sie ist zweifellos verfassungswidrig. Durch einfachen Beschluß des Gemeinderates könnten dann alle Gesetze des Bundes und des Landes, ja auch die Bundesverfassung selbst, ohne weiters aufgehoben oder abgeändert und die Grundlage der gesamten verfassungsmäßigen Organisation unseres Staates in schwerster Weise erschüttert werden.¹⁴⁰

104

Obwohl die Artikel 95 bis 99 B-VG die Gesetzgebung der Länder bestimmten, könnten sie mit einem einfachen Gemeinderatsbeschluss außer Acht gelassen werden, der Gemeinderat könnte demnach alles – so die Behauptung der Bundesregierung – sogar explizit verfassungswidrig regeln, weil der wiederholte, eventuell verfassungswidrige Beschluss laut § 35 der Wiener Landesverfassung unbedingt zu vollziehen sei. Wie der Antrag betonte, ermögliche diese Bestimmung dem Bürgermeister, mit Hinweis auf § 35 der Landesverfassung ministeriale Weisungen unwirksam zu machen:

105

In ebensolcher Weise würde der Gemeinderat auch jeden Akt der Vollziehung, zu dem verfassungsmäßig die Bundesregierung oder einzelne Bundesorgane zuständig sind, dadurch an sich ziehen zu können, daß er im Sinne des § 35 des L-VG [des Landes-Verfassungsgesetzes] die gegenständliche Angelegenheit durch einen einfachen Wiederholungsbeschluß regelt.¹⁴¹

106

Während die Bundesregierung im Antrag wegen Kompetenzkonflikts den Krematorium-Fall konkret erwähnte, stellte sie die Verfassungsmäßigkeit der Landesverfassung von Wien *in abstracto* – wenn auch sehr wohl aus Anlass des Krematorium-Streites – infrage: § 35 der Landesverfassung stehe sowohl mit den Kompetenzbestimmungen des B-VG als auch mit dem Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 18 B-VG) in Widerspruch.¹⁴² Eine Landesverfassung könne nämlich die Bundesverfassung nicht berühren (Art. 99 B-VG). Daher schlussfolgerte die Bundesregierung in ihrem Antrag, dass die betreffende Regelung in der Wiener Landesverfassung verfassungswidrig sei.¹⁴³

107

In seiner Antwort wies aber Bürgermeister Reumann darauf hin, dass eine gesetzliche Bestimmung nur dann verfassungswidrig sei, wenn ihr Wortlaut eindeutig der Verfassung

108

¹⁴⁰ Antrag des Bundeskanzleramtes beim VfGH (23. 11. 1923), in: ÖStA, AdR, OBh Justiz, VfGH, Karton 72, G 1/23 (weiter: VfGH G 1/23). [Foliennummerierung ist nicht immer vorhanden.]

¹⁴¹ Ebd.

¹⁴² Ebd.

¹⁴³ Ebd.

widerspreche: »[D]ass eine gesetzliche Bestimmung auch vielleicht so ausgelegt werden könnte, dass eine Verfassungswidrigkeit entstünde, kann sie nicht schon verfassungswidrig machen.«¹⁴⁴ Er erachtete diesen Mangel des Gesetzes als »eine Lücke«, die aber keine Verfassungswidrigkeit begründen könne.¹⁴⁵ Er gab allerdings selbst zu,

dass in der Verfassung der Bundeshauptstadt Wien kein Organ vorgesehen ist, das zur Entscheidung einer allfälligen Meinungsverschiedenheit zwischen dem Bundesminister und dem in der mittelbaren Bundesverwaltung an seine Weisungen gebundenen Bürgermeister als Landeshauptmann einerseits und dem Gemeinderate andererseits, berufen wäre.¹⁴⁶

109

Obwohl Bürgermeister Reumann zur selben sozialdemokratischen Partei gehörte wie die Mehrheit des Wiener Gemeinderates, zeigte er sich besorgt bezüglich einer möglichen Aufhebung des § 35 der Landesverfassung, weil ihm somit »die einzige verfassungsrechtliche Möglichkeit genommen wird, gegen Beschlüsse des Gemeinderates, die ihm nach seiner eigenen oder der ihm durch eine ministerielle Weisung anbefohlenen Meinung als ungesetzlich erscheinen, vorzugehen.«¹⁴⁷ Diese Argumentation klingt ziemlich heuchlerisch: Einerseits hätte die Landesverfassung abgeändert werden können, damit Gemeinderatsbeschlüsse nach wirksamer Sistierung nicht wiederholt werden können; andererseits war eine Meinungsverschiedenheit zwischen Bürgermeister und Gemeinderat – angesichts der politischen Situation im »roten« Wien – nur theoretisch möglich.

110

Die betreffende Regelung ermöglichte also dem Bürgermeister im Krematorium-Fall, durch einen Schein-Konflikt zwischen ihm und dem Gemeinderat den eigentlichen Konflikt zwischen ihm und dem Bundesminister im Sinne und Interesse des Gemeinderates, dessen Position er selbst teilte,¹⁴⁸ erscheinen zu lassen.

111

V. 2. VfGH-Erkenntnis: Kein Kompetenzkonflikt

Die öffentliche Sitzung vor dem VfGH fand am 21. Januar 1924 statt, in der auch entschieden wurde, dass die zwei Anträge – bezüglich des Kompetenzkonfliktes und der Verfassungswidrigkeit der Wiener Landesverfassung – zusammengefügt und einheitlich verhandelt werden.¹⁴⁹ Regierungsvertreter Georg Fröhlich meinte, dass die Verfassungswidrigkeitsfrage eine Vorfrage für den Kompetenzkonflikt darstelle – woraufhin der sozialdemokratische Verfassungsrichter, Friedrich Austerlitz verwundert fragte, warum der Antrag dieser angeblichen Vorfrage erst Monate später eingereicht wurde.¹⁵⁰

112

¹⁴⁴ Äußerung des Bürgermeisters an den VfGH (15. 01. 1924), in: VfGH G 1/23.

¹⁴⁵ Ebd.

¹⁴⁶ Ebd.

¹⁴⁷ Ebd.

¹⁴⁸ Brief vom Bürgermeister (01. 06. 1923), in: VfGH K 6/23.

¹⁴⁹ Protokoll der öffentlichen Sitzung des VfGH (21. 01. 1924), in: VfGH K 6/23.

¹⁵⁰ Ebd.

Gegen einen Kompetenzkonflikt führte der Vertreter vom »roten« Wien, Alois Sagmeister ein Argument auf, das später im Falle der sog. Dispensehen von christlich-sozialer Seite bedient wurde: Das Bestehen widersprechender Entscheidungen im selben Bereich seien noch kein Indiz für einen Kompetenzkonflikt.¹⁵¹ Als Beispiel erwähnte er u.a. das Eherecht, wo widersprechende Entscheidungen – einerseits durch die Dispensierung der katholischen Ehen durch die Verwaltung, andererseits durch Gerichtsurteile, welche die nach dem dispensierten vorherigen Eheband geschlossenen neuen Ehen für ungültig erklärten – ebenso vorkämen.¹⁵² Diese eherechtliche Widersprüchlichkeit beschäftigte den VfGH später mehrmals.¹⁵³ 113

Sagmeister erinnerte außerdem daran, dass ein Prüfungsrecht des Bundes über die Gemeinderatsbeschlüsse ursprünglich in der Wiener Landesverfassung vorgesehen (§§ 122, 123 L-VG), aber dann mit Zustimmung der Staatskanzlei gestrichen worden seien.¹⁵⁴ Sagmeister meinte, dass der Primat des Gemeinderates vor dem Landeshauptmann auch dem demokratischen Prinzip besser entspreche.¹⁵⁵ 114

In der öffentlichen Sitzung hob Hans Kelsen als referierender Verfassungsrichter hervor, dass das Aufsichtsrecht über die Gemeinden den Ländern zustehe.¹⁵⁶ In Wien, wo die Gemeinde gleichzeitig das Land ist, ergibt sich somit eine Gleichsetzung des befehlenden und des zu disziplinierenden Organs, was Kelsen noch bezüglich eines möglichen Aufsichts- und Prüfungsrechtes des Bundes über die Vollziehung der Weisungen durch die Länder als »autokratisch« bezeichnete.¹⁵⁷ 115

In der nicht-öffentlichen Sitzung des VfGH plädierte Kelsen als Referent für Abweisung des Kompetenzkonfliktes. Dabei betonte er, dass die Gemeinden im republikanischen Österreich demokratisch verfasste Selbstverwaltungsorgane seien, deren Entscheidungen – im Gegensatz zur früheren Monarchie – durch bürokratische Staatsverwaltung nicht beseitigt werden dürfen.¹⁵⁸ Gegenüber den Meinungen, dass kein Kompetenzkonflikt zwischen Bund und Gemeinde vorliegen könne, wandte Kelsen allerdings ein, dass die Gemeinden Landesorgane seien, insofern *theoretisch* 116

¹⁵¹ Ebd.

¹⁵² In Österreich war das Eherecht konfessionell bestimmt, d.h. eine Trennung (heutige Scheidung) für katholische Ehen war nicht möglich (ABGB § 111), wenn auch die lokale Administration einen Dispens erteilen durfte (ABGB § 83), aufgrund dessen dann auch eine neue Ehe geschlossen werden konnte. Es war allerdings fraglich, ob auch vom Ehehindernis des bestehenden katholischen Ehebandes dispensiert werden durfte. Nach 1918 erteilte die sozialdemokratische Administration in Niederösterreich (und dann in Wien und zeitweise in Kärnten) fast automatisch diesen Dispens, was dann neue Eheschließungen ermöglichte. Die Gerichtshöfe erklärten aber die Ehen, welche nach einer durch Dispens aufgelösten Ehe neu geschlossen wurden, für nichtig, was für eine vollkommene Rechtsunsicherheit *in puncto* Eherechts sorgte; zur Dispensehe-Frage siehe Ulrike HARMAT, Ehe auf Widerruf? Der Konflikt um das Eherecht in Österreich 1918–1938, Frankfurt/M 1999.

¹⁵³ Während der VfGH zuerst einen Kompetenzkonflikt zwischen Judikative und Exekutive in Bezug auf die Dispensehen ausschloss (VfSlg. 726/1926) – weil die Gerichtshöfe nicht über den Dispens, sondern über die danach geschlossenen Ehen urteilten –, gelang es später Hans Kelsen, die Sachlage am VfGH aktivistisch als Kompetenzkonflikt umzudeuten – als ob Exekutive und Judikative über dieselbe Frage entschieden hätten – und somit der Verwaltung Recht zu geben (VfSlg. 878/1927), womit er praktisch die Trennung (heutige Scheidung) katholischer Ehen ermöglichte.

¹⁵⁴ Protokoll der öffentlichen Sitzung des VfGH (21. 01. 1924), in: VfGH K 6/23.

¹⁵⁵ Ebd.

¹⁵⁶ Ebd.

¹⁵⁷ KELSEN, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 214f.

¹⁵⁸ Protokoll der nicht-öffentlichen Sitzung (21. 01. 1924), in: VfGH K 6/23.

in einen Kompetenzkonflikt mit dem Bund (analog zum Kompetenzkonflikt zwischen Bund und Land) gerieten könnten.¹⁵⁹ Dabei schien Kelsen also der Bundesregierung Recht zu geben, welche die Beschlüsse des Wiener Gemeinderates dem Land Wien zurechnete. In seinem Referat blieb er aber beim Vorschlag, den Kompetenzkonflikt zu verwerfen.

In der nicht-öffentlichen Sitzung wollte der Sozialdemokrat Austerlitz noch durchsetzen, dass der VfGH in seinem Erkenntnis festhalte: Die Inbetriebnahme eines Krematoriums gehöre nicht in mittelbare Bundesverwaltung, insofern könne eine Gemeinde, die nur dem Land, aber nicht dem Bund unterstellt sei, die Feuerbestattung in ihrem eigenen Wirkungskreis ermöglichen.¹⁶⁰ Letztendlich wurde aber nur die Abweisung des Kompetenzkonfliktes einstimmig angenommen.

In der Begründung des Erkenntnisses – sowohl über den Kompetenzkonflikt als auch die Verfassungsmäßigkeit der Wiener Landesverfassung – wurde hervorgehoben, dass der VfGH Kompetenzkonflikte nur bezüglich noch nicht rechtskräftig gewordener Entscheidungen behandeln könne (Art. 45 Abs. 1, 4 VfGH-Gesetz). In Fällen, in denen mindestens eine der Verwaltungsbehörden bereits eine rechtskräftige Entscheidung fällte, stehe dem VfGH kein Recht zu, diese Entscheidung aufzuheben (der VfGH übe nämlich keine Verwaltungsgerichtsbarkeit aus). Einen Kompetenzkonflikt könne der VfGH nur dann feststellen, wenn Entscheidungen in derselben Sache von zwei Verwaltungsbehörden beansprucht (aber noch nicht gefällt) wurden:

So wünschenswert es wäre, daß der Verfassungsgerichtshof auch zur Lösung eines solchen Entscheidungskonfliktes berufen wäre, so kann es doch [...] keinem Zweifel unterliegen, daß die dem Verfassungsgerichtshof durch die Bundesverfassung zugewiesene und durch das Gesetz vom 13. Juli 1921, BGBl. Nr. 364, geregelte Kompetenz zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten diesen Fall nicht erwähnt und daß zur Behebung eines derartigen Konfliktes durch den Verfassungsgerichtshof kein Weg führt.¹⁶¹

V. 3. VfGH-Erkenntnis: Keine Verfassungswidrigkeit der Wiener Landesverfassung

In derselben nicht-öffentlichen Sitzung am 21. Januar 1924 wurde auch die Frage, ob § 35 der Wiener Landesverfassung verfassungswidrig sei, behandelt. Als Referent plädierte Kelsen für die Aufhebung des letzten Satzes der landesverfassungsgesetzlichen Bestimmung (»Verbleibt der Gemeinderat bei seinem Beschluss, so ist er vollzuziehen«), und er beantragte eine 6-monatige Fristsetzung für eine andere Regelung.¹⁶²

Dagegen äußerte sich der deutschbürgerliche (nationalliberale) Verfassungsrichter Ofner: § 35 der Wiener Landesverfassung regle das Verhältnis zwischen Bürgermeister und Gemeinderat, es habe mit dem Bund und der Bundesverfassung nichts zu tun, »[d]er Antrag der Bundesregierung

¹⁵⁹ Ebd.

¹⁶⁰ Ebd.

¹⁶¹ VfSlg 257/1923.

¹⁶² Protokoll der nicht-öffentlichen Sitzung des VfGH (21. 01. 1924), in: VfGH G 1/23.

sei nur ein theoretischer Versuch, eine Gesetzeslücke auszufüllen.¹⁶³ Eine Gesetzeslücke, auf deren möglicherweise verfassungswidrige Auslegung und Handhabung die Bundesregierung in ihrem Antrag aufmerksam gemacht hatte, begründe noch keine Verfassungswidrigkeit: »Der Antrag der Bundesregierung fusse auf der Möglichkeit eines Mißbrauches. Weil aber eine Gesetzeslücke einer missbräuchlichen Anwendung den Weg ebnet, sei eine andere Bestimmung des Gesetzes nicht verfassungswidrig.«¹⁶⁴ Kelsen erwiderte darauf, dass die Wirkung vom § 35 der Landesverfassung wegen des fehlenden (weggestrichenen) Aufsichtsrechtes des Bundes »ins Ungemessene« erweitert worden sei¹⁶⁵ – und »[d]ieser Zustand stünde in eklatantem Widerspruch mit dem Weisungsrecht des Art. 103 B-VG.«¹⁶⁶ Auch die Bundesregierung betonte in ihrem Antrag, dass § 35 der Landesverfassung das Weisungsrecht des Bundes praktisch unwirksam mache, weil der Gemeinderat jederzeit die Vollziehung der Weisung durch Wiederholung eines gegensätzlichen Beschlusses vereiteln könne.

Der sozialdemokratische Verfassungsrichter Austerlitz schloss sich der Meinung von Ofner an: § 35 der Landesverfassung regle nur das Verhältnis zwischen Bürgermeister und Gemeinderat im selbständigen Wirkungsbereich – also nicht in Bereichen, in denen der Bund Weisungen an einen Landeshauptmann erteilen dürfe –; die Frage sei demnach nicht, ob § 35 der Landesverfassung verfassungswidrig sei, sondern ob das Bestattungswesen, das der wiederholte Gemeinderatsbeschluss betraf, in den selbständigen Wirkungsbereich der Gemeinde (des Landes) gehöre,¹⁶⁷ was er bejahte. Kelsen bezeichnete diese Meinung als »einen radikalen Irrtum«,¹⁶⁸ weil § 35 gerade auch den Fall betrifft, wenn ein Beschluss den Wirkungsbereich der Gemeinde überschreitet. Diese Regelung sei demnach

für den Fall aufgestellt, dass der Gemeinderat einen Beschluss für kompetenzmässig erachtet, oder sich um die Kompetenz überhaupt nicht kümmert und der Bürgermeister eingreift. In diesem Fall hat das Aufsichtsrecht des Bundes einzutreten, es kann aber nicht eintreten, weil der letzte Satz des § 35 entgegen steht.¹⁶⁹ 123

In der abschließenden Abstimmung wurde Kelsens Meinung abgelehnt: Für Kelsens Antrag stimmten unter anderem die christlich-sozialen Verfassungsrichter.¹⁷⁰ In der Begründung wurde demnach *eine Gesetzeslücke in der Landesverfassung, aber keine Verfassungswidrigkeit* festgestellt, als ob die Tatsache, dass § 35 der Landesverfassung den Gemeinderat betrifft, bedeuten würde, dass der Gemeinderat durch Wiederholung eines Beschlusses in andere Bereiche nicht eingreifen könnte. Aber auch der VfGH erkannte, dass die Möglichkeit, durch Gemeinderatsbeschlüsse den eigenen 124

¹⁶³ Ebd.

¹⁶⁴ Ebd.

¹⁶⁵ Ebd.

¹⁶⁶ Ebd.

¹⁶⁷ Ebd.

¹⁶⁸ Ebd.

¹⁶⁹ Ebd.

¹⁷⁰ Ebd.

Wirkungsbereich zu überschreiten, in der Wiener Landesverfassung nicht ausgeschlossen und einem solchen Fall keine Kontrolle entgegengesetzt wurde:

In Angelegenheiten der mittelbaren Bundesverwaltung hat der Gemeinderat keine Beschlüsse zu fassen. Welche Folge eintreten, wenn er es dennoch tut, also in das Aufsichtsrecht der Bundesregierung eingreift, darüber hat das Verfassungsgesetz des Landes Wien eine Bestimmung nicht getroffen.¹⁷¹ 125

Die klerikale »Reichspost« kritisierte das Erkenntnis, weil die Verfassungswidrigkeit gerade in der erkannten Lücke liege, in Folge derer der Gemeinderat den Bürgermeister zur Vollziehung von Beschlüssen verpflichten könne, welche den selbständigen Wirkungsbereich der Gemeinde Wien überschreiten.¹⁷² 126

Die formalistisch, anscheinend zurückhaltend argumentierenden VfGH-Erkenntnisse¹⁷³ ermöglichten jedenfalls – so wie das erste VfGH-Erkenntnis – die Fortsetzung des Krematoriums, in dem bis Ende 1923 835 Menschen – davon 481 römisch-katholisch, 123 evangelisch, 98 jüdisch, 95 konfessionslos, 36 altkatholisch, 2 griechisch-orthodox, aber etwa 239 nach altkatholischem Ritus – eingeäschert wurden.¹⁷⁴ 127

Die Feuerbestattung setzte sich also in Wien als Bestattungsart durch. Die Judikative musste sich nur noch einmal mit dem Krematorium – wenn auch im übertragenen Sinne – wegen einer Ehrenbeleidigungsanklage beschäftigen. Als sich Wilhelmine Scheibelberger, wohnhaft in Wien-Ottakring, über den Lärm beklagte, die der Kutscher Anton Meier mit seinem Wagen über Nacht verursachte, rief ihr Meier zu: »Laß dich im Krematorium verbrennen«, wofür er wegen Ehrenbeleidigung schuldig gesprochen wurde.¹⁷⁵ 128

VI. Formale Argumente, politische Konsequenz: Anfänge des »judicial activism«?

VI. 1. Verfassungsgerichtshof als Hüter der Kompetenzen und der gesetzmäßigen Verwaltung in einem Bundesstaat

Kelsen reflektierte die VfGH-Erkenntnisse in einem Aufsatz für die »Zeitschrift für Schweizerisches Recht«. Er setzte sich mit der Frage auseinander, ob und wie sich die Prinzipien der Bundesstaatlichkeit, der Verwaltungshierarchie und der Verwaltungsdemokratie ergänzen oder widersprechen. 129

In Österreich, wo ein Teil des Bundesvollzuges an die Landeshauptmänner delegiert wurde, war der Landeshauptmann einerseits das demokratisch legitimierte Haupt der Landesverwaltung, andererseits das Organ des mittelbaren Bundesvollzuges. Daraus ergab sich die Frage, ob der 130

¹⁷¹ VfSlg. 258/1923.

¹⁷² Reichspost, 16. 02. 1924, S. 2.

¹⁷³ VfSlg. 257/1924; VfSlg. 258/1924.

¹⁷⁴ Arbeiter-Zeitung, 11. 01. 1924, S. 11.

¹⁷⁵ Reichspost, 19. 08. 1924, S. 8.

demokratisch legitimierte Landeshauptmann als mittelbares Bundesvollzugsorgan strikt an die Befehle des Bundes, wie es die hierarchische Struktur der Verwaltung erfordern würde, gebunden ist bzw. ob und mit welchen Konsequenzen er Befehle des Bundes überprüfen, die Vollziehung sogar ablehnen kann.

Kelsen wies in seinem Aufsatz darauf hin, dass Österreich ein atypischer Bundesstaat sei: Der Bundesstaat sei nicht aus vorher völkerrechtlich souveränen Staaten, sondern als Einheitsstaat entstanden, welcher sich dann als Bundesstaat organisierte. Diese Bundesstaatsauffassung, nach der die Länder keine (rechtshistorisch oder rechtspolitisch) souveräne Staaten (wie etwa die Kantone nach der Schweizer Verfassung, Art. 3 BV), sondern »einfache«, vom Einheitsstaat – d.h. von der Gesamtstaatsverfassung – geschaffene Organisationseinheiten innerhalb des souveränen Staates mit klaren Kompetenzzuweisungen und Kompetenzabgrenzungen seien, entsprach der staatsmonistischen und anti-rechtspluralistischen Ansicht der »Reinen Rechtslehre«.¹⁷⁶ **131**

Ein Bundesstaat zeichnet sich – nach der Kelsenschen Dreigliederungstheorie – dadurch aus, dass er aus zwei Teilordnungen – einer mit Geltung für das gesamte Gebiet (*Oberstaat*) und einer mit Geltung für ein Teilgebiet (*Gliedstaaten*) – bestehe, welche von einer Gesamtverfassung (*Staat*) – als dritter Ebene – geschaffen und zusammengehalten seien.¹⁷⁷ Dadurch wird nicht nur die Souveränität der Gliedstaaten dekonstruiert. Aber auch den Kompetenzen des Oberstaates werden Schranken auferlegt, denn die Gesamtverfassung regle – als historisch erste Verfassung – die Kompetenzen zwischen Bund und Ländern.¹⁷⁸ **132**

Die Idee, ein Bundesstaat sei ein Staatenstaat, d.h. er bestehe aus mehreren, souveränen Staaten, wurde von Adolf Merkl als »ein politisches Phantasiegebilde« verworfen;¹⁷⁹ er meinte nämlich – mit Hinweis auf Kelsen –, dass der Bundesstaat eine »besondere, gegenüber dem sogenannten Einheitsstaat durch charakteristische *organisationstechnische* Merkmale ausgezeichnete Staatsform« sei.¹⁸⁰ Der Bundesstaat sei demnach nicht von der Parallelität der Souveränität, sondern von den dezentralisierten, aber voneinander klar abgegrenzten und hierarchisch dem Oberstaat unterstellten Kompetenzen – d.h. von »kein[em] Sowohl-als auch, sondern ein[em] Entweder-oder« – geprägt.¹⁸¹ **133**

Wenn der Bundesstaat als ein Einheitsstaat entsteht, in dem die Bundesstaatlichkeit ein Organisationsprinzip darstelle, ruhe der Geltungsgrund der gliedstaatlichen Verfassungen auf dem Willen des Einheitsstaates (und nicht umgekehrt, dass der Geltungsgrund der Bundesstaatsverfassung dem Willen der Gliedstaaten entstamme),¹⁸² d.h. die historisch erste **134**

¹⁷⁶ Dazu siehe Peter BUSSJÄGER, Die Wiener Schule und die Kompetenzverteilung, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs, 11, 2021/2, S. 359ff.

¹⁷⁷ Hans KELSEN, Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung, in: Zaccaria GIACOMETTI / Dietrich SCHINDLER (Hg.), Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag 24. Januar 1927, Tübingen 1927, S. 131ff.

¹⁷⁸ Ebd., S. 133.

¹⁷⁹ MERKL, Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, S. 336.

¹⁸⁰ Ebd., S. 337. [Hervorhebung von mir – P.T.]

¹⁸¹ Ebd., S. 337f.

¹⁸² KELSEN, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 175f.

Verfassung sei die Verfassung des Gesamtstaates, die Bundes- und Länderkompetenzen würden erst aufgrund dieser Verfassung festgelegt.¹⁸³

Daraus folge einerseits, dass die Bundesangelegenheiten zwar auch von den Ländern vollzogen werden können, andererseits aber, dass die Landeshauptmänner – als mittelbare Bundesvollzugsorgane – in diesen Angelegenheiten dem Bund gegenüber gehorsam sein müssen, weil sie nicht als Organe der Gliedstaaten, sondern als jene des Bundes (des Oberstaates) tätig werden. Wenn also ein Landeshauptmann als mittelbares Bundesvollzugsorgan seinen Pflichten nicht nachgeht, entstehe kein Konflikt zwischen Bund und Land, sondern ein Konflikt zwischen zwei Bundesbehörden, von denen die eine (der Landeshauptmann) eine territorial begrenzte Bundeskompetenz auszuüben habe.¹⁸⁴ **135**

Die demokratische Legitimation der Landeshauptmänner ließe aber auch eine andere Schlussfolgerung, nämlich die Ungebundenheit der Landeshauptmänner, zu. Deswegen betonte Kelsen, dass **136**

eine rechtstechnisch und politisch brauchbare Garantie dafür gefunden werden [müsste], dass der Landeshauptmann, das vom Landtage gewählte höchste Vollzugsorgan des Landes, der als Vorsitzender der Landesregierung im Bereiche der selbständigen Landesverwaltung diesem Landtage verantwortlich ist, sofern er als Organ der mittelbaren Bundesverwaltung, somit als ein der Bundesregierung unterstelltes und ihr gehorsampflichtiges Bundesorgan auftritt, wegen rechtswidriger Bundesverwaltung wirksam zur Verantwortung gezogen werden könne.¹⁸⁵ **137**

Die Hauptfrage der Problematik fasste er folgenderweise zusammen: **138**

Wie kann ein als Mittelbehörde und somit in hierarchischer Unterordnung, aber demokratisch berufenes, also nicht von der vorgesetzten Behörde ernanntes, sondern von einem lokalen Vertretungskörper gewähltes und diesem eben darum zumindest politisch verantwortliches Organ der vorgesetzten Behörde gehorsampflichtig gemacht werden?¹⁸⁶ **139**

Kelsen lehnte sowohl den »blinden« Gehorsam der Landeshauptmänner gegenüber dem Bund als auch die »demokratisch« begründete Auflockerung der Verwaltungshierarchie ab. Dem Landeshauptmann sprach er dementsprechend das Prüfungsrecht nicht ab: Ein Befehl sei dann zu befolgen, wenn er ein rechtmäßiger Rechtsbefehl ist, insofern stehe dem Landeshauptmann auch als mittelbarem Bundesvollzugsorgan zu, die Rechtmäßigkeit der an ihn gerichteten Befehle zu überprüfen.¹⁸⁷ **140**

Kelsen begründete aber das Prüfungsrecht nicht mit der demokratischen Legitimation des Landeshauptmannes: Im Sinne des mittelbaren Bundesvollzugs sei der Landeshauptmann nämlich **141**

¹⁸³ DERS., Die Bundesexekution, S. 134f.

¹⁸⁴ Ebd., S. 139.

¹⁸⁵ DERS., Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 207.

¹⁸⁶ Ebd., S. 208.

¹⁸⁷ Ebd., S. 212f.

»ein zum Bundesorgan potenziertes Landesorgan«. ¹⁸⁸ Die demokratische Legitimation betreffe die Bundes- und die Landesgesetzgebung, der demokratische Wille lässt sich demnach durch eine hierarchische und befehlsgebundene Verwaltung, d.h. eine strikte Gebundenheit an die Gesetze, am besten zum Ausdruck bringen. ¹⁸⁹

Das Prüfungsrecht des Landeshauptmannes ergebe sich demnach nicht aus seiner demokratischen Legitimation – weil er als mittelbares Bundesvollzugsorgan eben den demokratischen Willen zu vollziehen habe –, sondern aus dem Gebot der Gesetzmäßigkeit der ganzen Verwaltung (Art. 18 B-VG). Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung solle laut Kelsen die Demokratie gewähren: Nicht die ganze Verwaltung solle selbst demokratisiert werden – indem alle Verwaltungsorgane demokratisch gewählt würden wie etwa der Landeshauptmann –, sondern die Verwaltung sei an den parlamentarisch-legislativ formulierten demokratischen Willen so eng wie möglich zu binden. Wenn das Gesetz das Produkt des demokratischen Willens sei, lasse sich die Demokratisierung der Verwaltung eben durch ihre Gesetzesmäßigkeit (durch die Kontrolle ihrer Gesetzesmäßigkeit) am besten verwirklichen. ¹⁹⁰ 142

Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist allerdings nicht »nur« ein demokratiepolitisches Gebot, sondern auch eine Konsequenz der Kelsenschen Stufenbaulehre, nach der alle Stufen der Rechtskonkretisierung, d.h. auch die Verwaltung – bedingt von den jeweils oberen Stufen – Recht *setzt*: Im Stufenbau des Rechtssystems wird die Verwaltung verrechtlicht, ¹⁹¹ was zugleich auch ihre funktionelle Normgebundenheit (statt persönlichen Ermessens) und dementsprechend ihre juristische Kontrolle erfordert und ermöglicht. ¹⁹² 143

Wenn der Landeshauptmann einem Befehl mit Hinweis auf dessen Gesetzeswidrigkeit keine Folge leistet, dürfe er allerdings Kelsen zufolge nicht vom Befehlsgeber (dem Bund), sondern von einer dritten Instanz, nämlich dem VfGH zur Rechenschaft gezogen werden ¹⁹³ – somit lassen sich sowohl die Einheitlichkeit als auch die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (als Vollziehung des demokratischen Willens) gewähren: 144

Wenn schon überhaupt das Unterordnungsverhältnis des sogenannten Gliedstaates dem Oberstaat gegenüber unter rechtliche Sanktion gestellt wird, indem der Ungehorsam gegen Befehle des Oberstaates mit Straffolgen für das den Gliedstaat repräsentierende Organ verbunden wird, muss wohl solche Sanktion nur für den Fall eines nach jeder Richtung hin rechtmässigen Befehles für politisch zulässig erklärt werden. ¹⁹⁴ 145

¹⁸⁸ Ebd., S. 208.

¹⁸⁹ Ebd.

¹⁹⁰ Zur Frage der Demokratisierung der Verwaltung durch Gesetzesgebundenheit siehe u.a. Giorgio BONGIOVANNI, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridico dello stato*. H. Kelsen e la Costituzione austriaca del 1920, Milano 1998, S. 217ff.

¹⁹¹ Ebd., S. 101ff.

¹⁹² Ebd., S. 112.

¹⁹³ KELSEN, *Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit*, S. 214f.

¹⁹⁴ Ebd., S. 216.

Kelsen fasste die Bundesstaatlichkeit als staatsorganisatorisches Prinzip auf, welches einerseits eine einheitliche Verwaltung, andererseits das Prüfungsrecht gegenüber den Befehlen höherer Instanzen erfordere. Als Garant dafür legte er die Verfassungsgerichtsbarkeit fest,¹⁹⁵ zumal die Kontrolle der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern bzw. die »Bestrafung« der Kompetenzüberschreitungen (seitens der Länder und/oder des Bundes) einem Organ des *Gesamtstaates* aufgetragen werden müssen.¹⁹⁶ Insofern erklärt sich das österreichische (Kelsensche) Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit vor allem aus der Notwendigkeit, in einem föderalen System die Kompetenzstreitigkeiten (zwischen Bund und Ländern) durch eine weder dem Bund noch den Ländern zugeordnete – sondern gleichzeitig als Bundes- und Länderorgan (d.h. als *Organ des Gesamtstaates*) zu betrachtende – Instanz wie den VfGH zu entscheiden.¹⁹⁷ 146

Kelsen war also der Meinung, dass gerade die Verfassungsgerichtsbarkeit die Kompetenzverteilung in einem Gesamtstaat garantieren könne.¹⁹⁸ Auch wenn das österreichische Bundesverfassungsrecht – im Gegensatz zu den früheren und jetzigen deutschen Verfassungen (Art. 13 RV, Art. 31 GG) – das Prinzip »Bundesrecht bricht Landesrecht« nicht kannte und kennt,¹⁹⁹ gewährt es eine Parität zwischen Bund und Ländern: Anstatt dem Bundesrecht immer den Vorrang zu geben »soll nur das verfassungsmäßige Bundesrecht dem verfassungswidrigen Landesrecht, aber ebenso das verfassungsmäßige Landesrecht dem verfassungswidrigen Bundesrecht vorgehen.«²⁰⁰ Somit stehe die Verfassungsmäßigkeit im Mittelpunkt der Kompetenzfragen, die von der Verfassungsgerichtsbarkeit zu kontrollieren und gegenüber dem Bund wie auch den Ländern zu garantieren sei. 147

Merkel war allerdings – bezüglich der gesetzgeberischen Kompetenzverteilung – skeptisch der Idee gegenüber, der VfGH könne Klarheit in den Kompetenzkonflikten verschaffen: Eine solche Ausdehnung der VfGH-Kompetenzen – d.h. die Aufhebung eines Gesetzes wegen Kompetenzkonflikts – mache den VfGH zum Gesetzgeber.²⁰¹ 148

Der Streit um das Krematorium war jedenfalls für Kelsen eine weitere Möglichkeit, die Bedeutung und die Wichtigkeit des VfGH zu betonen. Bereits in den internen Beratungen über den »Reigen«-Fall stellte er fest, dass der VfGH »der Hüter der Verfassung« sei, d.h. alle Fälle zu entscheiden habe, welche ihm (verfassungs)gesetzlich nicht explizit verwehrt ist.²⁰² Während Kelsen die Verfassungsgerichtsbarkeit in den späten 1920er Jahren theoretisch 149

¹⁹⁵ Ebd., S. 217.

¹⁹⁶ DERS., Die Bundesexekution, S. 166f.

¹⁹⁷ Ebd., S. 179.

¹⁹⁸ DERS., Österreichisches Staatsrecht, S. 176f.

¹⁹⁹ Für Adolf Merkel bedeutete dieses Prinzip eine Kompetenzübermacht des Bundes gegenüber den Ländern, weil der Bund jegliche Länderkompetenzen streitig machen und somit noch größere Kompetenzkonflikte erzeugen könne; siehe MERKL, Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, S. 353f.

²⁰⁰ KELSSEN, Die Bundesexekution, S. 181.

²⁰¹ MERKL, Zum rechtstechnischen Problem der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung, S. 358.

²⁰² Protokoll der Sitzung des VfGH (10. 03. 1921), in: VfGH E1/21, fol. 113.

einerseits als Konsequenz der Stufenbaulehre²⁰³ – nach der das Recht auf allen Stufen (bis auf die erste und letzte) gleichzeitig (teilweise) neu gesetzt und angewendet werde²⁰⁴ –, andererseits als Konsequenz einer pluralistischen Demokratie²⁰⁵ – in der die Minderheit von der Übermacht und der Ewigkeit der Mehrheit geschützt werden müsse – begründete, konnte er die Verfassungsgerichtsbarkeit hinsichtlich des Krematorium-Falles als »eine Quasi-Disziplinarinstanz« in Verwaltungsstreitigkeiten bestimmen²⁰⁶ und pragmatisch aus der Bundesstaatlichkeit erklären.²⁰⁷

Indem er einerseits den Verwaltungsorganen – allen voran einem demokratisch legitimierten Landeshauptmann – das Prüfungsrecht zu-, andererseits den befehlenden Organen die einseitige Disziplinierung aberkannte, rechtfertigte er den VfGH in den früheren 1920er Jahren als Garant der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (im Sinne vom Art. 18 B-VG). Somit ergab sich für ihn die Notwendigkeit der Verfassungsgerichtsbarkeit nicht nur rechts- und demokratietheoretisch, sondern auch rechtspolitisch. Auch Adolf Merkl betonte, dass das Ziel des VfGH darin bestehe, »daß die Gesetzgebungs- und Verwaltungspraxis mit dem Geiste der Verfassungsmäßigkeit und Gesetzlichkeit durchdrungen werde«, es sei also »die letzte *legislativpolitische Mission* des VfGH.«²⁰⁸ 150

VI. 2. Verfassungsgerichtsbarkeit: Widerspruch zu oder Bestätigung der »Reinen Rechtslehre«?

Die Argumentation von Kelsen einerseits am VfGH – wo er letztendlich im Interesse vom »roten« Wien die Erkenntnisse beeinflussen konnte –, andererseits in seinen theoretischen Schriften – in denen er den VfGH vor allem rechtspolitisch und als Konsequenz der Bundesstaatlichkeit und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung begründete – wirft die allgemeinere Frage auf, inwiefern die Erkenntnisse im Krematorium-Fall als »aktivistisch« zu betrachten sind und den Anfangspunkt für eine »aktivistische« Verfassungsgerichtsbarkeit – auch in der Ersten Republik (etwa in den Dispensefällen), aber noch stärker im allgemeinen Sinne des »Kelsenschen« Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit – darstellten.²⁰⁹ 151

²⁰³ Hans KELSEN, Allgemeine Staatslehre, Berlin / Heidelberg / New York 1925, S. 234f.; DERS., Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit (1929), in: DERS., Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Hg. von Robert VAN OUYEN, Tübingen 2008, S. 2f.

²⁰⁴ DERS., Allgemeine Staatslehre, S. 248f.

²⁰⁵ DERS., Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, S. 50f.

²⁰⁶ DERS., Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 209.

²⁰⁷ Beniamino CARAVITA, Corte «giudice a quo» e introduzione del giudizio sulle leggi. La Corte costituzionale austriaca, Padova 1985, S. 61f; Theo ÖHLINGER, Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bernd-Christian FUNK (Hg.), Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. FS für Ludwig Adamovich, Wien 2002, S. 586f, 589f.

²⁰⁸ Adolf MERKL, Die gerichtliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen. Die Idee einer gerichtlichen Rechtskontrolle, in: Österreichisches Zentralblatt für die juristische Praxis, 39, 1921, S. 575. [Hervorhebung von mir – P.T.]

²⁰⁹ Dazu im Allgemeinen auch Péter TECHET, »Historical turn« in der Hans Kelsen-Forschung? Wechselwirkungen zwischen Rechtstheorie und Rechtsgeschichte, in: Zeitschrift für Öffentliches Recht, 76, 2021/4, S. 1344ff.

Obwohl das »kontinentale« Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit – mit der Idee, die Kontrolle der Politik einer zentralisierten, gerichtsförmig organisierten Instanz aufzutragen – von Hans Kelsen erarbeitet und im Österreich der Zwischenkriegszeit zum ersten Mal institutionalisiert und praktiziert wurde,²¹⁰ ist es auch fraglich, ob die in vielen Ländern heutzutage beobachtbare aktivistische Verfassungsgerichtsbarkeit dem Kelsenschen Modell entspricht.²¹¹ Diese Frage lässt sich sowohl theoretisch als historisch erforschen: Begründete die »Reine Rechtslehre« – zumindest *in nuce* und *pro futuro* – eine rechtsschöpferische »Rechtsanwendung«, insofern eine »verfassungsschöpferische« »Verfassungsanwendung« (*rechtstheoretische Frage*), deren Ansätze sich eventuell bereits in der früheren VfGH-Judikatur, wie etwa im Krematorium-Fall, erkennen ließen (*rechtshistorische Frage*)?²¹²

Während die »Reine Rechtslehre« (vor allem die Stufenbaulehre) die strikte Trennung zwischen Rechtssetzung und Rechtsanwendung dekonstruierte und den *per definitionem* und *qua Amt* notwendig rechtsschöpfenden (insofern politischen) Charakter der Judikative (insbesondere der zumindest in den nationalen Rechtsordnungen letztinstanzlichen Verfassungsgerichtsbarkeit) betonte,²¹³ erwiesen sich die Praxis des VfGH wie auch die diesbezüglichen Ideen von Hans Kelsen als zwiespältig und widerspruchsvoll. Auf theoretischer Ebene zeigen sich Widersprüche sowohl zwischen der »rechtsschöpferischen« »Rechtsanwendung«²¹⁴ und der Möglichkeit einer objektiven, zurückhaltenden Interpretation,²¹⁵ als auch zwischen den Ideen, einerseits die Minderheiteninteressen durch Verfassungsgerichtsbarkeit zu schützen,²¹⁶ andererseits den demokratiepolitisch gebotenen Primat der Legislative durch eine zurückhaltende, sich am Wortlaut und dem Willen des Gesetzgebers orientierende verfassungsrichterliche Verfassungenauslegung zu gewähren.²¹⁷ Indem der VfGH die Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft, konkretisiert

²¹⁰ Nach dem Ersten Weltkrieg entstand ein Verfassungsgericht auch in einem anderen post-habsburgischen Staat, der Tschechoslowakei, aber er hatte aufgrund seiner begrenzten Kompetenzen weitaus weniger Bedeutung für das Rechtsleben und die Politik; siehe dazu Jana OSTERKAMP, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939). Verfassungsidee – Demokratieverständnis – Nationalitätenproblem, Frankfurt/ M 2009.

²¹¹ Über den angeblichen Unterschied zwischen dem Kelsenschen (zurückhaltenden) und dem heutigen (aktivistischen) Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit siehe Agostino CARRINO, *La costituzione come decisione. Contro i giusmoralisti*, Milano / Udine 2019, S. 43.

²¹² Als Zusammendenken rechtstheoretischer und rechtshistorischer Fragestellungen bezüglich der Kelsenschen Rechtslehre und Verfassungsrechtspraxis siehe TECHET, »Historical turn« in der Hans Kelsen-Forschung? S. 1354ff.

²¹³ Dieter GRIMM, Zum Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen, in: Werner KRAWIETZ / Ernst TOPITSCH / Peter KOLLER (Hg.), *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Berlin 1982, S. 152; Matthias JESTAEDT, Zur Koppelung von Politik und Recht in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Thomas VESTING / Stefan KORIOETH (Hg.), *Der Eigenwert des Verfassungsrechts. Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung?* Tübingen 2011, S. 329f.

²¹⁴ Hans KELSEN, Zur Theorie der Interpretation (1934), in: Hans KLECATSKY / René MARCIC / Herbert SCHAMBECK (Hg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Frankfurt / Zürich / Salzburg / München 1968, S. 1366f.

²¹⁵ Hans KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle)*, in: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1928, S. 240f.

²¹⁶ Ebd., S. 224, 253.

²¹⁷ Ebd., S. 241.

er nicht nur die Verfassung, sondern er korrigiert – juristisch, wie demokratiepolitisch – die parlamentarische Gesetzgebung.²¹⁸

Aufgrund der Kelsenschen Rechtslehre – und noch besonders in ihrem dynamischen Weiterdenken, nach dem die Norm nicht *a priori* vorliege, sondern einem Normtext *a posteriori* rechtsschöpferisch in der Rechtspraxis zugeschrieben sei²¹⁹ – stellt die Kompetenz, die Verfassung abstrakt und/oder einzelfallbezogen auszulegen, in der Tat eine politische Macht dar.²²⁰ So wie die Rechtsanwendung nach der Logik der Stufenbaulehre zugleich Rechtsschöpfung sei, ist die *Verfassungsanwendung* auch *Verfassungsschöpfung*, womit die Kelsensche Rechtslehre in die Begründung einer richterlichen (Auslegungs-)Macht münde.²²¹ 154

Dieser Gefahr war sich Kelsen bewusst, auch wenn er nicht reflektierte, dass er sie nur durch Einengung seiner eigenen Interpretations- und Stufenbaulehre entkräften konnte.²²² Kelsen meinte, dass die strikte Wortlautinterpretation bzw. der Verzicht auf Auslegung allgemeiner, allzu abstrakter Begriffe den Primat der Legislative und der verfassungsgebenden Macht gewähren könnten. 155

Dieses Argument greift nur dann, wenn eine strikte, zurückhaltende, an Wortlaut und den Gesetzgeberwillen orientierte Auslegung überhaupt möglich ist. In der realistischen Kelsen-Lesart – in der die Kelsensche Rechtstheorie auch dort weitergedacht wird, wo Kelsen selbst nicht konsequent radikal blieb²²³ – wird aber bewiesen, dass die Idee der einzig richtigen Methode (d.h. die Idee des *a priori* vorliegenden Norminhaltes) eine *ex post facto* Legitimierung der richterlichen Rechtsfindung sei, damit die Entscheidung – welche immer als Auswahl unter mehreren²²⁴ (vielleicht sogar beliebig vielen)²²⁵ Bedeutungen erfolge – als die einzig juristisch mögliche dargestellt werden könne, d.h. die juristische Methodenlehre erkläre nicht die Her-, sondern die Darstellung der richterlichen Entscheidungen. Somit zeigt sich die Unmöglichkeit einer solchen, eigentlich einem naiven Gesetzespositivismus verhangenen Auslegungstheorie, die zwar demokratiepolitisch geboten sein kann, aber der »Reinen Rechtslehre« und ihrer Skepsis gegenüber der Idee der *einzig richtigen* Methodenlehre eindeutig widerspricht.²²⁶ 156

²¹⁸ Theo ÖHLINGER, Verfassungsgerichtsbarkeit als Element einer deliberativen Demokratie – Überlegungen zur Legitimität der richterlichen Gesetzesprüfung in: Konrad ARNOLD / Friederike BUNDSCHUH-RIESENEDER / Arno KAHL / Thomas MÜLLER / Klaus WALLNÖFER (Hg.), Recht, Politik, Wirtschaft. Dynamische Perspektiven. FS für Norbert Wimmer, Wien / New York 2008, S. 454.

²¹⁹ Michel TROPER, *Pour une théorie juridique de l'état*, Paris 1994, S. 87f, S. 99f.

²²⁰ Riccardo GUASTINI, *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, in: *Diritto & Questioni pubbliche*, 13, 2013, S. 530.

²²¹ Giovanni BISOGNI, *Kelsen e l'interpretazione giuridica. Una prospettiva storico-concettuale*, in: *Ars interpretandi*, 2012/2, S. 100ff.

²²² Giuliana STELLA, *Crisi della legge e potere del giudice*, Milano / Udine 2020, S. 172ff.

²²³ U. a. Michel TROPER, *La théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique*, *Revue Internationale de Philosophie*, 1981, S. 525; Pierluigi CHIASSONI, *Il realismo radicale della teoria pura del diritto*, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 42, 2012, S. 246ff.

²²⁴ Riccardo GUASTINI, *Prima lezione sull'interpretazione*, Modena, 2019, S. 14f.

²²⁵ Michel TROPER, *Une théorie réaliste de l'interprétation*, in: *Revista opinião jurídica*, 4, 2006, S. 305f.

²²⁶ DERS., *Kelsen et le contrôle de constitutionnalité*, in: Carl-Miguel HERRERA (Hg.), *Le droit, le politique autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris 1995, S. 177ff.

Die angesprochenen Widersprüche wurden also nicht theoretisch, bloß rechtspolitisch 157 aufgelöst: Eine aktivistische Verfassungsgerichtsbarkeit lässt sich mit der »Reinen Rechtslehre« (vor allem der Stufenbaulehre) weiterhin nicht ausschließen. Kelsen betonte in seiner Verfassungsgerichtsbarkeitslehre die Möglichkeit einer zurückhaltenden, formalistisch-textualistischen Interpretation – im Widerspruch zu seiner non-kognitivistischen Auslegungsmethode –, wenn auch er in seiner Rechtspraxis nicht immer demnach handelte.

VI. 3. *Aktivismus am VfGH in der Ersten Republik?*

Kelsens Auffassung bestimmte die (Selbst-)Wahrnehmung und die (Selbst-)Darstellung des 158 österreichischen VfGH, der – besonders in der Ersten, aber lange auch in der Zweiten Republik – als zurückhaltend, »self restrained« galt.²²⁷ Als Beweise dafür wird die strikt formalistisch-textualistische Argumentation des VfGH – etwa auch in den Erkenntnissen des Krematorium-Falles – herangezogen.

Die nähere Analyse dieser Erkenntnisse zeigt aber, dass und wie eine rein textualistisch- 159 formalistische Judikatur einerseits selbst *eine Entscheidung* zwischen mehreren Möglichkeiten (und *keine Erkenntnis* der einzig richtigen Lösung) darstellt, andererseits rechtspolitisch – d.h. in ihren Zielen und Konsequenzen – ebenso aktivistisch – rechtsschöpferisch und politisch – ist. Mit der Selbstbeschränkung – als Dar- und nicht als Herstellung eines Erkenntnisses – kann die Illusion einer unpolitischen Justiz aufrechterhalten: Während eine *offen* aktivistische Judikatur ständig dem Vorwurf der politischen Justiz begegnen muss, kann eine selbstbeschränkte (scheinbar wortlautbezogene und formalistische) Judikatur politische Ansichten unter dem Deckmantel des »objektiven Rechtes« (und der objektiven Verfassungenauslegung) verschleiern (und zugleich demokratiepolitisch begründen). Die nicht-aktivistische Position kommt allerdings – wie Tamara Ehs betont – der Beibehaltung der bestehenden Rechtslage – etwa der Weiterexistenz eines Krematoriums – zugute; insofern ist eine verfassungsrichterliche Selbstbeschränkung nicht weniger (rechts)politisch als eine explizit und offen aktivistisch-kreative Verfassungsinterpretation.²²⁸

Die Verfassungsgerichtsbarkeit erfolgt zwar nach und in einer gerichtlichen Organisation, 160 ihr Ergebnis ist aber immer politisch.²²⁹ Weil die Interpretation einerseits immer eine non-kognitivistische Entscheidung (und keine kognitive Erkenntnis) bedeutet und beinhaltet,²³⁰ insofern nicht nur eine »richtige« Lösung liefert,²³¹ andererseits im Mittelpunkt diverser

²²⁷ Konrad LACHMAYER, The Austrian Constitutional Court, in: András JAKAB / Arthur DYEVIK / Giulio ITZCOVICH (Hg.), *Cooperative Constitutional Reasoning*, Cambridge 2017, S. 89f; Harald EBERHARD, Judicial activism und judicial self restraint in der Judikatur des VfGH, in: Erwin BERNAT / Christoph GRABENWARTER / Benjamin KNEIHS / Magdalena PÖSCHL / Karl STÖGER / Ewald WIEDERIN / Johannes ZAHRL (Hg.), *FS für Christian Kopetzki*, Wien 2019, S. 143ff.

²²⁸ Tamara EHS, Der VfGH als politischer Akteur. Konsequenzen eines Judikaturwandels? in: *Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft* 44, 2015/2, S. 19.

²²⁹ BONGIOVANNI, *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica*, S. 201.

²³⁰ Riccardo GUASTINI, *Creazionismo giudiziario?* in: *Ragion pratica*, 55, 2020, S. 393.

²³¹ DERS., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano 2004, S. 50.

Konflikte erfolgt,²³² ist die Unterscheidung zwischen »judicial activism« und »judicial self-restraint« unnötig und sinnlos, weil die richterliche Macht nicht aktivistisch oder nicht-aktivistisch, sondern immer diskretionär ist – ob ein*e Richter*in diese diskretionäre Macht aktivistisch oder nicht-aktivistisch ausübt, gehört ebenso zu seiner/ihrer Diskretionalität. Die anscheinend nur textualistisch-formalistische Interpretation ist demnach selbst eine Entscheidung für ein bestimmtes Interpretationsergebnis bzw. eine »Taktik«, dieses Ergebnis nicht als Dezision, sondern als notwendige, einzig richtige und wahre Ableitung, »Anwendung« darzustellen und somit möglichen Kritiken das Urteil zu entziehen – d.h. eine Argumentationsstrategie, die notwendig aktivistische, rechtssetzende »Rechtsanwendung«, als strikte, kognitive, somit einzig mögliche »Lösung« zu rechtfertigen.²³³

Bezüglich des Krematorium-Falles zeigt sich ebenso, dass die Grenze zwischen »judicial activism« und »judicial self-restraint« immer relativ ist: Eine Entscheidung wird immer von denjenigen als »aktivistisch«, d.h. kompetenzüberschreitend, »politisch« bezeichnet, die mit der konkreten Entscheidung nicht einverstanden sind und sich eine andere (übrigens nicht weniger aktivistische, »politische«) Entscheidung gewünscht hätten. Diese Tendenz lässt sich sehr gut in der Wahrnehmungsgeschichte des US-amerikanischen Supreme Court erkennen.²³⁴ Während aber der US Supreme Court in seiner Frühgeschichte eine aktivistische Judikatur zugunsten (neo)liberaler und konservativer Interessen betrieb (und von linksliberalen Kräften deswegen des »Aktivismus« bezichtigt wurde),²³⁵ wirkte der österreichische VfGH in seiner Frühgeschichte – vom Ergebnis her gesehen – aktivistisch meistens zugunsten progressiver Zwecke.

Allerdings waren die Wiener Sozialdemokrat*innen mit den VfGH-Erkenntnissen nicht immer einverstanden: Wenn ein Erkenntnis nämlich nicht in ihrem Interesse stand, bezichtigten sie den VfGH eines Kompetenzübertritts. In der Geschichte der Ersten Republik wurde der Vorwurf des »Aktivismus« – damals freilich noch nicht unter diesem Begriff – tatsächlich gerade von den Sozialdemokrat*innen gegen den VfGH zum ersten Mal erhoben. Es ging darum, dass Kelsen in der Frage der Kundmachung der Wiener Reinigungsgeldverordnung (LGBL. Wien 81/1921) die amtswegige Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der ganzen landesgesetzlichen Wiener Hausbesorgerordnung (LGBL. Wien 79/1921) beantragte, wozu der VfGH eigentlich dann berechtigt sei, wenn die Verfassungsmäßigkeitsfrage eine Voraussetzung für ein Erkenntnis darstelle. (Art. 140 Abs. 1 B-VG) In der internen Debatte warf der sozialdemokratische Verfassungsrichter (und Chefredakteur der »Arbeiter-Zeitung«) Austerlitz Kelsen vor, die »Berechtigung zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit« überschritten zu haben.²³⁶

²³² DERS., *Saggi scettici sull'interpretazione*, Torino 2017, S. 39.

²³³ Giovanni TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna 1974, S. 396.

²³⁴ Frank H. EASTERBROOK, *Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism?* in: *University of Colorado Law Review* 73, 2002/4, S. 1401.

²³⁵ Michael J. GERHARDT, *The Rhetoric of Judicial Critique: From Judicial Restraint to the Virtual Bill of Rights*, in: *William and Marry Bill of Rights Journal* 10, 2002/3, S. 588ff, 597ff, 604ff.

²³⁶ Protokoll der nicht-öffentlichen Sitzung des VfGH (14. 03. 1922), in: *ÖStA, AdR, OBh Justiz, VfGH, Karton 72, G 1/22* (weiter: *VfGH G 1/22*), fol. 15.

Nachdem der VfGH – auf Kelsens Antrag – die Wiener Hausbesorgerordnung wegen Verfassungswidrigkeit aufgehoben hatte,²³⁷ meinte die »Arbeiter-Zeitung«, dass der VfGH »[von der] Sucht, zu prüfen, [vom] Wunsch, seine Macht zu erweisen«, geleitet sei.²³⁸ Das sozialdemokratische Blatt erblickte im VfGH-Erkenntnis über die Wiener Hausbesorgerordnung das Bestreben, »den Verfassungsgerichtshof geradezu zu einem Zensor über die Gesetzgebung zu erheben«, worin eine gewisse »Abneigung gegen die Demokratie« zum Ausdruck komme.²³⁹ Friedrich Austerlitz wiederholte seine Kritik am VfGH auch in einem Aufsatz im Jahre 1925, als er ebenso davor warnte, den Gerichten (allen voran der Verfassungsgerichtsbarkeit) zu viel Macht und Kontrolle gegenüber der Legislative einzuräumen: »[D]iese Überschätzung der Gerichte [ist] ein Überbleibsel der liberalen Staatsauffassung, die allen Ernstes vermeinte, eine Sache in eine allem Erdentreiben entrückte Sphäre gehoben zu haben.«²⁴⁰

Ähnliche Vorwürfe wurden später in der Ersten Republik meistens von der klerikalen Seite gegen den VfGH erhoben. Besonders wegen der (oben schon kurz angesprochenen) Dispensehen-Erkenntnisse des VfGH meinten konservativen Juristen, dass der VfGH seine Kompetenzen überschritten und die gesetzgeberische Macht usurpiert habe.²⁴¹ Kelsen hingegen begründete die damaligen VfGH-Erkenntnisse damit, dass die verfassungsgerichtliche Kompetenz, einen Kompetenzkonflikt festzustellen, dem VfGH auch die Kompetenz zuweise, überhaupt darüber zu entscheiden, ob und wann ein Kompetenzkonflikt vorliegt.²⁴²

Eine offen aktivistische Argumentation, wie sie heutzutage an den Verfassungsgerichtshöfen zu beobachten ist, wäre aber in der damaligen Zeit juristisch kaum tragbar bzw. gesellschaftlich nicht akzeptiert gewesen: Auch wenn die Rechtsanwendung (die Interpretation) einen rechtsschöpferischen Akt darstellt, soll sie mit gesellschaftlich und wissenschaftlich akzeptierten Argumenten begründet werden.²⁴³ Der VfGH war selbst dieser gesellschaftlichen Kontrolle unterworfen: Theoretisch kann ein Gerichtshof zwar auf der letzten Instanz *Recht setzen*, praktisch sind aber jeglichen Rechtsanwendungsakten Schranken aufgelegt. Diese ergeben sich nicht aus dem Recht, sondern – wie Véronique Champel-Desplats und Michel Troper in ihrer »*théorie des contraintes*

²³⁷ VfSlg. 90/1922.

²³⁸ [Ohne Autor], Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen. Zur Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes über die Wiener Hausbesorgerordnung, in: Arbeiter-Zeitung, 23. 04. 1922, S. 2.

²³⁹ [Ohne Autor], War die Hausbesorgerordnung verfassungswidrig? Die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes, in: Arbeiter-Zeitung, 16. 06. 1922, S. 3.

²⁴⁰ Friedrich AUSTERLITZ, Verfassungsrevision, in: Der Kampf, 18, 1925/5, S. 164.

²⁴¹ Als Beispiele siehe Karl WAHLE, Bindung der Gerichte an gesetzeswidrig erteilte Ehedispense? [2. Teil], in: Juristische Blätter, 57, 1928/6, S. 113; Karl SATTER, Grenzen der Kompetenzgerichtsbarkeit, in: Zeitschrift für Öffentliches Recht, 7, 1928, S. 581.

²⁴² Hans KELSEN, Der Begriff des Kompetenzkonfliktes, in: Juristische Blätter, 57, 1928/6, S. 106.

²⁴³ Über die soziale Kontrollfunktion der Begründungslast siehe Giovanni TARELLO, L'interpretazione della legge, Milano 1980, S. 67ff, S. 341f.

juridiques« beweisen – aus dem gesellschaftlichen, wissenschaftlichen und institutionellen Umfeld, in dem nicht alles akzeptiert würde, was theoretisch möglich wäre.²⁴⁴

Diese nicht expliziten Schranken waren auch bezüglich der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit der Ersten Republik vorhanden. Einerseits musste sich der VfGH zuerst etablieren, legitimieren, was mit einer offensiven Judikatur gegenüber der Legislative oder dem gesellschaftlichen »Common Sense« nicht hätte erreicht werden können. Erst in der erwähnten Dispenseherchtsfrage brach der VfGH mit dieser Vorsicht. Nachdem der VfGH – wohlgermt: auf Kelsens Initiative – in der Eherechtsfrage ab 1927 eine eindeutig und klar aktivistische Rolle eingenommen hatte, intensivierten sich die politischen und verfassungsrechtlichen Angriffe gegen den VfGH,²⁴⁵ was letztendlich 1929 zur Umstrukturierung der Institution (und zum Ende von Kelsens verfassungsrichterlicher Tätigkeit) führte. Deswegen musste und konnte der VfGH – besonders in seiner früheren Phase – progressive Wirkungen mit einer strikt textualistisch-formalistischen Argumentation besser erzielen. Andererseits waren auch die juristischen »Werkzeuge« für eine politischere, aktivistische Judikatur nicht vorhanden; in der Methodenlehre herrschte noch eher der Formalismus vor (besonders in Österreich).

Kelsens Interpretationslehre stellte zwar *rechtstheoretisch* – wie gezeigt wurde – das klassische Bild der »Rechtsanwendung« radikal infrage, womit eine aktivistische Verfassungsgerichtsbarkeit sehr gut begründet werden kann. Aber in der *rechtspolitischen* Frage, wie weit politisch und kreativ die Verfassungsgerichtsbarkeit sein könne, positionierte sich Kelsen mit Hinweis auf den demokratiepolitisch gebotenen Primat der Legislative eher zurückhaltend²⁴⁶ – was freilich nicht bedeutet, dass er *rechtspraktisch* (als Verfassungsrichter) nicht kreativ argumentiert hätte.²⁴⁷ Insofern löst sich der Widerspruch zwischen Kelsens rechtstheoretischer Interpretationslehre und rechtspolischem, zurückhaltendem Verfassungsgerichtsbarkeitskonzept in seiner konkreten richterlichen Praxis auf, wo Kelsen seine Lehre, nach der die Rechtsanwendung Rechtsschöpfung sei bzw. eine objektive Auslegungsmethode nicht möglich sei, sehr wohl »anzuwenden« wusste.²⁴⁸

Der VfGH als neue Institution musste sich jedenfalls einerseits in einem politisch-sozialen Umfeld bewähren, das konservativer war als die Mehrheit der Verfassungsrichter. Das Österreich der Zwischenkriegszeit war darüber hinaus ein politisch sehr gespaltenes Land, insofern waren die Verfassungsinterpreten – wie Ewald Wiederin betont – »[i]n einer solchen Umgebung

²⁴⁴ Über die nicht explizit juristischen Zwänge, denen die Rechtsanwendung doch unterworfen sei, siehe Véronique CHAMPEL-DESPLATS / Michel TROPER, Proposition pour une théorie des contraintes juridiques, in: DIES. / Christophe GRZGERCZYK (Hg.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris 2005, S. 11ff.

²⁴⁵ Als Beispiele siehe Franz MAYR-HARTING, Grotoske im Rechtsstaat, *Reichspost*, 10. 07. 1928, S. 1; Gregor HANKIEWICZ, Freie Bahn der Bigamie? *Reichspost*, 09. 11. 1928, S. 2; Viktor FUCHS, Ein Kernproblem der Verfassungsreform. Zur Frage der Entpolitisierung des Verfassungs- und des Verwaltungsgerichtshofes, *Reichspost*, 02. 10. 1929, S. 2f; Ignaz SEIPEL, Entpolitisierung des Verfassungs- und des Verwaltungsgerichtes (1929), in: DERS., *Der Kampf um die österreichische Verfassung*, Wien 1930, S. 218.

²⁴⁶ Corrado CARUSO, Giustizia costituzionale, in: Corrado CARRUSO / Chiara VALENTINI (Hg.), *Grammatica del costituzionalismo*, Bologna 2021, S. 194.

²⁴⁷ WIEDERIN, *Verfassungsinterpretation in Österreich*, S. 101f.

²⁴⁸ EHS, *Der VfGH als politischer Akteur*, S. 19.

[...] gut beraten, mit Idealen vorsichtig zu sein«. ²⁴⁹ Aber wie Matthias Jestaedt treffend schreibt: »[E]s gibt drei Arten von Entscheidungsgründen, und zwar neben den mündlichen und den schriftlichen noch die wahren Gründe«. ²⁵⁰ In diesem Sinne versteckte der VfGH öfters die »wahren« (rechtspolitischen, teleologischen) Motive hinter textualistisch-formalistischer Argumentation, ²⁵¹ um sich politischen Kritiken nicht aussetzen zu müssen, was bis zu den umstrittenen Dispense-Erkenntnissen relativ gut funktionierte. Die politischen Konflikte werden zwar durch ihre Verrechtlichung in einem institutionellen Rahmen ausgetragen, aber ihr politischer Charakter wird dadurch auch im Urteil nicht aufgehoben. ²⁵²

Andererseits konnte sich der VfGH solcher Argumentationsmuster noch nicht bedienen, welche heutzutage zur herrschenden Praxis der Verfassungsgerichtsbarkeit in vielen Ländern gehören. Deswegen mussten die Erkenntnisse hoher politischer Tragweite und Wirkung, wie etwa im Krematorium-Fall, mit formalistischen Argumenten begründet (in gewisser Hinsicht dadurch verdeckt, rhetorisch »entpolitisiert«) werden, auch wenn sie in ihrer politischen Konsequenz progressiv waren. **169**

Konklusion

Im Krematorium-Fall wurden drei Erkenntnisse verkündet: Obwohl es dem VfGH in allen drei Erkenntnissen gelang, die materielle und eigentlich relevante Hauptfrage (Zulässigkeit der Feuerbestattung) nicht beantworten zu müssen, konnten die Verfassungsrichter – allen voran die sich in der Mehrheit befindlichen nicht-christlichsozialen (d.h. sozialdemokratischen, deutschliberalen oder unabhängigen) Verfassungsrichter – die Fälle mit einer formalistisch-textualistischen Argumentation immer zugunsten des »roten« Wien entscheiden: Der Wiener Bürgermeister habe die Bundeskompetenz nicht erkennen können und deswegen der ministerialen Weisung keine Folge geleistet (VfSlg. 206/1923); die Rechtskraft schließe Kompetenzkonflikte aus (VfSlg. 257/1924); bzw. eine verfassungswidrig auslegbare Gesetzeslücke begründe noch keine Verfassungswidrigkeit (VfSlg. 258/1924). Ob die Feuerbestattung im österreichischen Recht zulässig sei, wurde insofern vollkommen offengelassen. Mit einer formalistisch-textualistischen Argumentation wurden aber die möglichen juristischen »Barrieren« weggeräumt. Somit trug der VfGH letztendlich doch zur Ermöglichung des Wiener Krematoriums und dementsprechend zur »Legalisierung« der Feuerbestattung bei. Es war eine progressive Errungenschaft, welche in anderen Staaten durch Gesetze, in Österreich aber durch den VfGH durchgesetzt wurde. **170**

²⁴⁹ WIEDERIN, Verfassungsinterpretation in Österreich, S. 104.

²⁵⁰ Matthias JESTAEDT, Verfassungsinterpretation in Deutschland, in: LIENBACHER (Hg.), Verfassungsinterpretation in Europa, S. 15.

²⁵¹ WIEDERIN, Verfassungsinterpretation in Österreich, S. 105.

²⁵² Matthias JESTAEDT, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Matthias JESTAEDT / Oliver LEPSIUS / Christoph MÖLLERS / Christoph SCHÖNBERGER (Hg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Frankfurt/M 2011, S. 103f.

Die Erste Republik (d.h. Österreich in der Zwischenkriegszeit) war von Kulturkämpfen geprägt: 171 Eric Voegelin meinte sogar, dass die früheren »Nationalitätenkonflikte« der Habsburgermonarchie von den politischen Lagern, wie neuen Nationalitäten, fortgeführt worden seien.²⁵³ Besonders der Gegensatz zwischen den »Schwarzen« und den »Roten« prägte das politische Leben: Ihr kultur- und sozialpolitischer Konflikt übersetzte sich allerdings in juristische Streitigkeiten (vor allem deswegen, weil selbst die Frage, ob die Kompetenz in einem Bereich dem »schwarzen« Bund oder dem »roten« Wien zustehe, von großer politischer Tragweite war). Der Krematorium-Fall war ein Beispiel dafür, wie sich die kulturpolitischen Differenzen zwischen den Klerikalen und den Sozialdemokraten in Verfassungsstreitigkeiten zwischen Bund und Land (Wien) übertrugen. Diese Verrechtlichung der Politik milderte zwar den politischen (Kultur-)Kampf ab – der demnach mit juristischen Argumenten ausgefochten wurde –, die Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet nämlich die Auslagerung genuin politischer Konflikte in das juristische Feld.²⁵⁴ Aber der VfGH wurde somit politischer Konflikte *nolens volens* teilhaftig und politischen Kritiken ausgesetzt – bereits bezüglich der Krematorium-Erkenntnisse, aber noch stärker nach den Dispensehen-Erkenntnissen –; und wie gezeigt wurde, erschien der Vorwurf des »Aktivismus« gegen den VfGH sowohl von der sozialdemokratischen als auch der klerikalen Seite, je nachdem, ob sie mit einem VfGH-Erkenntnis zufrieden waren oder nicht.

Die Strategie des VfGH, die Erkenntnisse so gut wie möglich rein formalistisch zu begründen, 172 erklärt sich deswegen aus dem historischen Kontext der Ersten Republik,²⁵⁵ in dem der VfGH einerseits *per definitionem* und *qua Amt* zwar Recht setzte, andererseits aber diese rechtsschöpferische (politische) Macht argumentativ verschleiern musste.

²⁵³ Eric VOEGELIN, *Der autoritäre Staat. Versuch über das österreichische Staatsproblem*, Wien 1936, S. 98.

²⁵⁴ Dieter GRIMM, *Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse und die heutige Lage*, Berlin 2020, S. 43f.

²⁵⁵ TECHET, »Historical turn« in der Hans Kelsen-Forschung? S. 1333ff.