SCHRIFTENREIHE DES HANS KELSEN-INSTITUTS

Band 35

Clemens Jabloner

Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt

Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte

Herausgegeben von

Thomas Olechowski und **Klaus Zeleny**

Wien 2013

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Inhaltsverzeichnis

Seite

Geleitwort V

Vorwort VII

Kein Imperativ ohne Imperator. Anmerkungen zu einer These Kelsens (1988) 1

Bundesminister und mittelbare Bundesverwaltung (1991) 23

Das „Denksporterkenntnis" des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik (1992) 47

Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung (1994) 61

Wie zeitgemäß ist die Reine Rechtslehre? (1998) 79

Verrechtlichung und Rechtsdynamik (1999) 99

Rechtskultur und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2001) 115

Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung (2001) 129

Beiträge zu einer Sozialgeschichte der Denkformen: Kelsen und die Einheitswissenschaft (2001) 151

Vergangenes Recht (2002) 171

„Die Form ist die Zwillingsschwester der Freiheit" (2003) 185

Ist das Weisungsprinzip überholt? (2004) 197

Stufung und „Entstufung" des Rechts (2005) 215

Am Beispiel der Historikerkommission: Zeitgeschichtliche Forschung in juristischer Perspektive (2005) 237

Abschied eines Senatspräsidenten (2006) 263

Das Gesetz als Problem (2006) 281

Am Rande des Rechtsstaates (2006) 291

„Rechtskraft" – Funktion und theoretische Begründung eines Rechtsinstituts (2007) 307

Georg Fleischer (2008) 317

Der idealistische Mörder (2008) 333

Objektive Normativität. Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis (2009) 337

Person, Amt und Institutionen (2011) **351**
Richter im Zwiespalt (2011) **359**
Kann der Bundespräsident auf sein Amt verzichten? (2011) **377**
Im Dienste der Bundesverfassung: Georg Froehlich (2011) **391**

Verzeichnis der Originalpublikationen **415**

Kann der Bundespräsident auf sein Amt verzichten?

I. Einleitung

Ob der Bundespräsident auf sein Amt verzichten kann – diese Frage begleitet das B-VG, seit es 1920 erlassen wurde. Heinz Mayer hält es mit der vom älteren Adamovich begründeten Lehre, dass der Amtsverzicht verfassungsrechtlich nicht ausdrücklich vorgesehen und daher unzulässig sei.[1]) Der überwiegende Teil der Lehre hält dagegen den Amtsverzicht für zulässig.[2])

Die Virulenz dieser Frage zeigte der überraschende Rücktritt des deutschen Bundespräsidenten Horst Köhler am 31. Mai 2010. Zwar wurde dieser Vorgang – ungeachtet einer der österreichischen analogen Rechtslage – allein in seiner verfassungspolitischen Dimension begriffen, doch wurde immerhin ein Dilemma deutlich.[3]) Trug dieser Vorgang eher die Züge einer Farce, so war der Rücktritt des österreichischen Bundespräsidenten Wilhelm Miklas am 13. März 1938 – auf Druck des zuvor von ihm widerstrebend ernannten Bundeskanzlers Seyss Inquart – eine todernste Sache. Zwar wäre die Weigerung des Bundespräsidenten, das „Anschlussgesetz" zu beurkunden, politisch wir-

---

[1]) Vgl. *Adamovich*, Grundriss des österreichischen Staatsrechts (1927) 192; *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System (1972) 442; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[10] (2007) Rz. 627 und *Mayer*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht[4] (2007) 271.

[2]) Vgl. *Koropatnicki*, Der Verzicht im öffentlichen Recht, RZ 1930, 36 (42); *Frisch*, Lehrbuch des österreichischen Verfassungsrechtes (1932) 106; *Spanner*, in: *Adamovich/Spanner*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts[3] (1957) 230; *R. Novak*, Über den Amtsantritt des Bundespräsidenten, ZÖR 1965, 275 (295); *Berchtold*, Der Bundespräsident (1969) 87; *Welan*, Das österreichische Staatsoberhaupt. Aufwertung oder Abwertung?, in: *Khol/Ofner/Stirnemann* (Hrsg.), Österreichisches Jahrbuch für Politik, Sonderband 2 (1997) 30; *Raschauer*, Art. 64 B-VG, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Rz. 25; *Berka*, Verfassungsrecht[3] (2010) Rz. 683; *Öhlinger*, Verfassungsrecht[8] (2009) Rz. 484, und *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Band 2: Staatliche Organisation (1998) 157. Nuanciert – und daher besonders zu werten – sind die Äußerungen von *Kelsen/Froehlich/Merkl* und *Merkl* – vgl. später III.

[3]) Vgl. die bei Spiegel Online gesammelten Presseartikel – http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,697920,000.html. Zur verfassungsrechtlichen Frage vgl. z.B. *Wüstenbecker*, Der Rücktritt des Bundespräsidenten, RÜ Aktuell, http://www.alpmann-schmidt.de/downloads/Rue-aktuell.pdf. Zur deutschen Rechtslage vgl. später II.

kungslos gewesen, der Rücktritt trug aber zur Scheinlegalität des neuen Regimes bei.[4])

Stets ist auch zu bedenken, dass der österreichische Bundespräsident seit der B-VG Novelle 1929 über zentrale politische Zuständigkeiten verfügt, mögen diese auch bisher kaum zum Tragen gekommen sein. Es braucht nur das politische System ins Wanken zu geraten und schon stünden diese Kompetenzen im Brennpunkt des Staatsgeschehens.[5])

Mit gutem Grund werden ja stets die „Krisenkompetenzen" des Bundespräsidenten hervorgestrichen.[6]) Es liegt auf der Hand, dass die schiere Mög-

---

[4]) Auf dem Kundmachungsakt des Bundeskanzleramtes betreffend das von der Bundesregierung erlassene „Bundesverfassungsgesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich" (Gz. 150.789-1-38) ist die Einsichtsvorschreibung an die Präsidentschaftskanzlei zwecks Einholung der Beurkundung durchgestrichen. Mit einem Vermerk pro domo vom 13. März ist festgehalten, dass der Bundeskanzler – *Seyss Inquart* – den Auftrag gegeben hatte, den Rechtsakt zu publizieren. Zum historischen Ablauf vgl. zunächst *Gulick*, Österreich von Habsburg zu Hitler (1948; Neudruck 1976) 680. Für eine eingehende rechtshistorische Analyse vgl. *Wiederin*, März 1938 – staatsrechtlich betrachtet, in: *U. Davy/Fuchs/Hofmeister/Marte/Reiter* (Hrsg.), Nationalsozialismus und Recht (1990) 226 (252), der – die Problematik offen lassend – meint, dass es „fraglich" (sei), ob ein Bundespräsident von seinem Amt überhaupt zurücktreten konnte.

[5]) So gewichtig sind die Kompetenzen des Bundespräsidenten, dass er die Republik jederzeit mit vier aufeinander folgenden Entschließungen in eine ganz andere Lage bringen kann. Dazu hätte er bloß mit der ersten Entschließung – ohne Vorschlag und Gegenzeichnung – die gesamte Bundesregierung zu entlassen, mit der zweiten eine ihm genehme Person als Bundeskanzler zu bestellen, mit der dritten auf Vorschlag dieses Bundeskanzlers die übrigen Bundesminister (alles Art. 70 Abs. 1 B-VG) und mit der vierten auf Vorschlag dieser neuen Bundesregierung die Auflösung des Nationalrates (Art. 29 Abs. 1 B-VG) zu verfügen. Freilich war diese Machtfülle noch nicht im B-VG 1920 angelegt, das vom Vorrang der parlamentarischen Demokratie geprägt war; jede Form einer „Wahlmonarchie" nach amerikanischem oder französischem Vorbild sollte vermieden werden – vgl. die EB zum Renner-Mayr-Entwurf in: *Ermacora*, Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht (1920) (1967) 259. Erst mit der B-VG Novelle 1929 wurden die Ermächtigungen des Bundespräsidenten so wesentlich erweitert, dass seither „vom Zwischentypus der parlamentarischen Präsidentschaftsrepublik" die Rede ist – vgl. z.B. *Froehlich*, Die Bundesverfassung der Republik Österreich nach dem Stand vom 1. August 1930 (1930) 6. Dies war aber nur der Kompromiss nach viel weitergehenden – scharf antiparlamentarischen – Forderungen. Vor allem verlangte die bürgerliche Seite eine vom Bundespräsidenten anzuberaumende Volksabstimmung über ein – wegen der fehlenden Zweidrittelmehrheit – nicht zu Stande gekommenes Verfassungsgesetz. Dies hätte den Weg in den autoritären Staat vielleicht schon vier Jahre früher geebnet. Die Regierungsvorlage zielte (jedenfalls in rechtswissenschaftlicher Qualifikation) auf eine Gesamtänderung ab – vgl. *Kelsen*, Die Verfassungsreform, JBl 1929, 445 (457) und *Merkl*, Das rechtliche Ergebnis des Verfassungskampfes, JBl 1930, 1 (1). Aus heutiger Sicht vgl. *R. Schick*, Die Rolle des Staatsoberhauptes (im Verhältnis zu Nationalrat und Bundesregierung), in: *Berka/Schäffer/Stolzlechner/Wiederin* (Hrsg.), Verfassungsreform. Überlegungen zur Arbeit des Österreich-Konvents (2004) 11 (12).

[6]) Vgl. *Koja*, Die Stellung des Bundespräsidenten in der Verfassung. Seine politische Funktion, in: *Weissensteiner* (Hrsg.), Die österreichischen Bundespräsidenten. Leben und Werk (1982) 9 (14). Zur Ambivalenz dieser Befugnisse – einerseits zur

lichkeit (oder Unmöglichkeit) des Bundespräsidenten, zurückzutreten, seine Haltung mitbestimmen kann. Die Frage nach der Zulässigkeit des Amtsverzichts betrifft also eine Schaltstelle der Staatsorganisation.

Die Untersuchung setzt mit einer kritischen Analyse der Lehre ein. Darauf folgt ein Interpretationsversuch, der von Wortlaut und Entstehungsgeschichte des Art. 64 B-VG geleitet ist.

II. Vom Thronverzicht zum Amtsverzicht?

1. Der Bundespräsident trägt noch manche kaiserliche Züge.[7]) So kommt in den Blick, ob es im Grunde der Dezember-Verfassung einen „Thronverzicht" gab und wie dieser konstruiert war: Nun war zwar damals der „Akt der Thronentsagung" nicht geregelt, doch wurde er für zulässig gehalten. Nach Tezner habe es sich um einen vom Kaiser als Kaiser ausgehenden, somit staatlichen Regierungsakt gehandelt, der der urkundlichen Form und der Mitfertigung eines verantwortlichen Ministers bedurft hätte. Der Akt sollte gegenüber dem Reichstag zum Ausdruck kommen, wobei dieser die Zustimmung nicht hätte verweigern können, „sondern nur so, daß dem Reichstag Gelegenheit zur Prüfung der Verzichtserklärung nach den in Betracht kommenden Erfordernissen der Echtheit, Deutlichkeit und der Freiheit der abgegebenen Willenserklärung ... geboten werden müsse. Die Bestimmung verfolgt nur den Zweck, Machenschaften innerhalb des Hauses einen Riegel vorzuschieben".[8])

Die „Thronentsagung" gehörte ursprünglich zum Privatfürstenrecht[9]) und entsprang der Vorstellung, „derzufolge das Staatsoberhaupt seine Stelle als Privateigentum betrachtete".[10]) In der Lehre vom Thronverzicht überschnitten sich Verfassungsrecht und Privatfürstenrecht. Die konstitutionelle Staatsrechtslehre – Tezner, Hauke, Ulbrich – trachtete danach, diesen Rechtskreis – spätestens seit der Pragmatischen Sanktion – als Teil des Verfassungsrechts zu deuten, also betonte Tezner den staatsrechtlichen Charakter. Der Ursprung der Lehre vom Thronverzicht liegt aber wohl im privatrechtlichen Anspruch des Monarchen auf sein Amt.[11]) Genau das machte und macht ja das Wesen der

---

Aufrechterhaltung der parlamentarischen Regierungsform, andererseits zugunsten eines Regierens gegen das Parlament – vgl. *R. Schick*, Rolle des Staatsoberhauptes 28.

[7]) Nur besonders deutlich etwa die Legitimation unehelicher Kinder (Art. 65 Abs. 4 lit. d B-VG).

[8]) Vgl. *Tezner*, Der Kaiser (1909) 162. Zu den Beschränkungen des „Rechts auf den Thronverzicht" vgl. neben *Tezner* auch *Hauke*, Grundriss des Verfassungsrechts (1905) 46 und *Ulbrich*, Das österreichische Staatsrecht[3] (1904) 67. Vor allem ging es darum, den Amtsverzicht möglichst eindeutig zu gestalten – „Machenschaften". Vgl. dazu *Kucsko-Stadlmayer*, Der Verzicht auf öffentliche Rechte, in: FS Koja (1998) 569 (583).

[9]) Vgl. *Tezner*, Kaiser 124.

[10]) So *Koropatnicki*, RZ 1930, 42.

[11]) Zum schillernden Begriff des „Privatfürstenrechts" – zu dem die mit dem Thronfolgerecht zusammenhängenden Fragen nicht mehr gerechnet wurden – vgl.

monarchischen Staatsform aus und eben dieses Element ist der Republik fremd.[12]) Diese charakterisiert ja eher der Grundsatz der Pflichtigkeit öffentlicher Ämter, man denke nur an die Schöffen- und Geschwornenpflicht oder die seinerzeitige Wahlpflicht.

2. Während nach 1918 die österreichische Lehre zögerte, die Figur des „Thronverzichts" explizit auf republikanische Verhältnisse zu übertragen – vgl. später – hatte die Weimarer Verfassungsdogmatik damit kein Problem.[13]) Zwar enthielt auch die Weimarer Verfassung keine spezielle Regelung des Amtsverzichtes.[14]) Nach Pohl indessen sollte der Reichspräsident jederzeit auf die Präsidentschaft verzichten können, ohne dass seine Verzichtserklärung einer Gegenzeichnung bedürfte. Der Verzicht gelte nämlich nicht als Regierungsakt, sondern als Privatwillenserklärung.[15]) Anschütz meinte, dass die „von der Wissenschaft betreffs der rechtlichen Natur und der Form des Thronverzichts entwickelten Grundsätze . . . unbedenklich auf den Amtsverzicht des Reichspräsidenten angewendet werden könnten. Insbesondere gelte, dass der Verzicht eine Willenserklärung des Reichspräsidenten als Individuum gegenüber dem Reich und kein Regierungsakt sei."[16]) Anders als im alten Österreich wurde der Amts(Thron)verzicht also nicht verfassungsrechtlich – und somit als „Staatsakt" – gedeutet, sondern als privatrechtliche Erklärung.

3. Sieht man zunächst von Kelsen, Froehlich und Merkl ab – sie werden hier erst unter III. behandelt – exponiert erstmals der ältere Adamovich die Frage des Amtsverzichts.[17]) Nüchtern vom Text des B-VG geleitet, erscheint es ihm unzulässig, den Verzicht als „einen selbstverständlichen Fall einer dauernden Erledigung des Amtes (Art. 64) anzusehen, . . . weil keinerlei Best-

---

Kolonovits, Habsburgergesetz, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Rz. 4. Nimmt man auch das Mittelalter in den Blick, so hat die Frage der „Abdankung" eines Monarchen eine tiefgründige Dimension. In der Begriffsbildung von *Ernst H. Kantorowicz*, The King's two bodys (1957) zit. nach der Taschenbuchausgabe 1981, 314, setzt eine erdenkliche Amtsentsagung die Trennung von Körper und Amt des Königs voraus. *Shakespeare* behandelt dieses Thema im 4. Akt von „Richard II.". Zum Ganzen vgl. *Rexroth*, Wie man einen König absetzte, in: *Jussen* (Hrsg.), Die Macht des Königs. Herrschaft in Europa vom Frühmittelalter bis in die Neuzeit (2005) 241, passim. Siehe auch die sich um die „Verzichtserklärung" Kaiser *Karls I.* rankenden Fragen – vgl. z.B. *Hanisch*, Der lange Schatten des Staates (1994) 266.

12) Weshalb *Ringhofer*, Die österreichische Bundesverfassung (1977) 13, sehr treffend davon spricht, dass sich der durch das B-VG konstituierte Staat „als *res publica* (Kursivsetzung vom Autor), als öffentliches Anliegen und nicht etwa als Privatangelegenheit eines Herrscherhauses" verstehe.

13) Vgl. *Merkl*, Die monarchische Befangenheit der deutschen Staatsrechtslehre, Schweizerische Juristen-Zeitung 1920, 133.

14) Art. 51 zweiter Satz sprach von der „vorzeitigen Erledigung des Amtes".

15) Vgl. *Pohl*, Der Reichspräsident und die Reichsregierung, in: *Anschütz/Thoma* (Hrsg.), Handbuch des Deutschen Staatsrechts (1930) 467 (476).

16) Vgl. *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs[3] (1930) 228. Ebenso *W. Jellinek*, Verfassung und Verwaltung des Reichs und der Länder, in: *Bäumer/Baumgarten* u.a., Staatskunde, Bd. 2, Heft 2 (1925) 78.

17) Vgl. *Adamovich*, Grundriss 192.

immungen darüber vorliegen, welche Stelle die Verzichtserklärung entgegenzunehmen hat". In der dazugehörigen Fußnote wird darauf hingewiesen, dass der Verzicht etwa in § 59 der tschechoslowakischen Verfassung ausdrücklich vorgesehen sei.[18]) Diese Argumente setzten die Lehre unter Zugzwang. Denn die Beurteilung des Wortlautes, quasi die „Primärinterpretation" des Art. 64, wurde akzeptiert, worauf die Lehre dazu überging, allgemeine Grundsätze, Lehren, Lebenserfahrungen etc. – und in letzter Zeit auch Grundrechtselemente – miteinander so zu kombinieren, dass eine Gegenposition Kontur annahm.

4. In der österreichischen Lehre beginnt die Dogmatik des zulässigen Amtsverzichts mit einem – weithin vergessenen – Aufsatz von Koropatnicki.[19]) Da er den spezifisch monarchischen Zug des Thronverzichts nicht verkannte, musste er eine Brücke zum positiven Recht suchen. Diese vermeinte er darin zu finden, dass es als „Gewohnheitsrechtssatz der mittel- und westeuropäischen Kulturgemeinschaft bezeichnet werden (könne), dass das höchste Staatsorgan nicht gezwungen werden kann, gegen seinen Willen die ihm übertragenen Funktionen auszuüben." Ähnlich dann Frisch:[20]) Es bestünde ein „allgemeiner Grundsatz" der Zulässigkeit des Verzichtes auf Organstellung, eine Ausnahme sei daher nur auf Grund einer entgegenstehenden Vorschrift anzunehmen. Diese Ansicht bezeichnet Frisch als die „herrschende". Der Gedankengang ist gröber als jener Koropatnickis: Die historische Verbindung fehlt und an die Stelle des „Gewohnheitsrechts" – also immerhin der Behauptung einer Rechtsnorm – tritt ein vager „allgemeiner Grundsatz".

Zwar enthielten und enthalten nun viele Verfassungen ausdrücklich die Möglichkeit des „Amtsverzichts" oder des „Rücktritts" des „Präsidenten",[21]) aber ohne Berufung auf ein Naturrecht oder eine Rechtsideologie kann daraus nicht gefolgert werden, es handle sich nur um Positivierungen einer rechtlichen Selbstverständlichkeit. Dagegen spricht schon, dass die Sache viel zu wichtig ist, um ungeregelt zu bleiben und ja gerade deshalb die meisten Verfassungen eine – freilich mehr oder weniger – klare Regelung treffen.[22])

---

[18]) Vgl. *Adamovich*, Grundriss des tschechoslowakischen Staatsrechtes (1929) 137. Dort wird indessen auch auf das Problem hingewiesen, dass diese Verfassung zwar den Amtsverzicht, nicht aber die entgegennehmende Stelle regelte. Obzwar hier in der Tat eine „echte Lücke" vorliegt, versagt sich *Adamovich* weitere Ausführungen.

[19]) Vgl. *Koropatnicki*, RZ 1930, 42. Dieser Aufsatz wird von keinem späteren Autor zitiert – vgl. aber *Kucsko-Stadlmayer,* in FS Koja 583.

[20]) Vgl. *Frisch*, Lehrbuch 106.

[21]) Vgl. etwa Art. II, Section 1, clause 6 der Verfassung der Vereinigten Staaten: „resignation"; Art. 86 der Italienischen Verfassung: „demission"; Art. 11 Abs. 2 Z. 2 der Polnischen Verfassung: „Verzicht"; Art. 61 der Tschechischen und Art. 126 Abs. 2 der Portugiesischen Verfassung: „Amtsniederlegung".

[22]) Bei Betrachtung der Ersten Republik sollte auch erwähnt werden, dass die Frage des Amtsverzichts in der B-VG Novelle 1929 rsp. den vorangegangenen Beratungen keine Rolle spielte, obwohl einerseits die Rolle des Bundespräsidenten ungemein aufgewertet wurde und andererseits den Experten die offene Frage bekannt sein musste. Zur Zeit der Erlassung der B-VG Novelle 1929 gab es nur ein Lehrbuch des Verfassungsrechts, dessen Verfasser *Ludwig Adamovich* eine starke Stellung hatte, nicht zuletzt wegen seiner engen Verbindung zum Leiter des Verfassungsdienstes im Bun-

5. Dass schließlich auch eine gelegentlich durchschimmernde allgemeine Theorie des „Verzichts auf subjektive Rechte" hier nicht durchschlägt, weil eine solche Lehre nicht im positiven Recht verankert ist und schon gar nicht für Rechtsverhältnisse gilt, die auch Pflichten miteinschließen, hat in der neueren Lehre Kucsko-Stadlmayer überzeugend dargestellt.[23])

6. Zum Element des „Rechtes auf Amtsverzicht" kommt in den meisten Lehrmeinungen allerdings das Argument hinzu, dass den Bundespräsidenten keine Amtspflicht träfe. So heißt es bei Spanner, der nach 1945 durch das Umschreiben des Lehrbuchs von Adamovich die Gewichte der Lehre endgültig verschob, dass eine „offenkundige Lücke in der Verfassung" vorliege. Eine Pflicht zur Beibehaltung des Amtes unter Ausschluss einer Verzichtsmöglichkeit müsste ausdrücklich festgelegt sein.[24]) Novak führt dieses Argument dann weiter aus: Die Organstellung müsse dauernd vom Willen des Organwalters getragen sein. Die Führung eines öffentlichen Amtes gegen den Willen des Organwalters, zumal des Amtes des Staatsoberhauptes, sei nicht Inhalt einer Rechtspflicht.[25])

Dem wäre mit Blick auf das B-VG zu entgegnen, das den Bundespräsidenten mit klaren Konturen ausstattet: Das Amt – das Zuständigkeitsbündel – „Bundespräsident" kann je nachdem vom „Herrn Bundespräsidenten", von jenem Menschen, der das Amt des Bundeskanzlers bekleidet (allenfalls vertretungshalber) oder von den Präsidenten des Nationalrates wahrgenommen werden. Insoweit diese Menschen dann von dieser Ermächtigung Gebrauch machen, üben sie das Amt des Bundespräsidenten aus. Der zum Bundespräsidenten gewählte Mensch hat zweifellos ein subjektives Recht darauf, seine Ermächtigungen auch ausüben zu können.[26]) Entspricht dem auch eine Amtspflicht? Bei den beamteten Organen hat das Dienstrecht die Bedeutung, den Organwalter dazu zu verpflichten, von seinen Ermächtigungen auch Gebrauch zu machen. Freilich fehlt für die politischen Funktionäre ein „Dienstrecht" im legistischen Sinn. Sehr wohl aber gibt es ein funktionelles Dienstrecht, nämlich die Regelungen der Staatsgerichtsbarkeit nach Art. 142 f. B-VG. Dort ist vorgesehen, dass der Bundespräsident für „Verletzungen der Bundesverfas-

---

deskanzleramt *Georg Froehlich.* Auch der dem Art. 64 B-VG nachgebildete Art. 77 der Verfassung 1934 enthielt keine Regelung des Amtsverzichts, und ein solcher wird von *Froehlich*, Die „Verfassung 1934" des Bundesstaates Österreich (1936) 147, nicht problematisiert. An dieser Stelle wäre zu erwähnen, dass kraft ausdrücklicher Regelung in Art. 74 Abs. 3 B-VG auch die Bundesminister nicht schlechthin „zurücktreten" können, sondern nur auf „ihren Wunsch" vom Bundespräsidenten „des Amtes zu entheben sind".

[23]) Vgl. *Kucsko-Stadlmayer,* in FS Koja 580. Vielmehr war es eben so, dass die allgemeine Lehre vom Amtsverzicht mit der besonderen Figur des „Thronverzichts" gestützt wurde, ein klassischer Zirkelschluss!

[24]) Vgl. *Spanner*, Handbuch 230.

[25]) Vgl. *R. Novak*, ZÖR 1965, 295. Ebenso auch *Welan*, Staatsoberhaupt 30.

[26]) Vgl. *R. Novak*, ZÖR 1965, 286.

sung“[27]) vor dem Verfassungsgerichtshof zur Verantwortung gezogen werden kann, eine wesentliche Differenz zur Monarchie.

Fraglich ist allerdings, was unter einer „Verletzung der Bundesverfassung“ zu verstehen ist. Zweifellos zählen dazu Akte, die mit dem Schein der Verfassungslegalität auftreten, zu deren Vornahme der Bundespräsident aber nicht ermächtigt ist. So kann sich der Bundespräsident nicht zum Kaiser krönen etc. Eine Verletzung der Bundesverfassung liegt aber doch wohl auch vor, wenn der Bundespräsident bestimmte Ermächtigungen nicht ausübt. Die Grenze, ab der Unterlassungen in die Verfassungsverletzung umschlagen, ist gewiss schwierig zu ziehen, liegt doch ein Teil der Zuständigkeiten des Bundespräsidenten im Ermessensbereich, so wohl die Frage, ob und wann ein Bundeskanzler zu entlassen ist, der Nationalrat aufzulösen ist etc.[28]) Aber kein Ermessen besteht etwa dahin, dass ein Bundeskanzler und eine Bundesregierung zu bestellen ist, dass irgendwann Mitglieder des VfGH zu ernennen sind etc. Es fällt auf, dass die Lehre dazu neigt, die Rechtsverpflichtung des Bundespräsidenten herunterzuspielen.[29])

7. In der neueren Literatur wird die scheinbar fehlende Amtspflicht zum grundrechtlich geschützten Freiraum gesteigert: Welan beansprucht neben dem „Freiwilligkeitsgrundsatz“ noch das „Grundrecht der freien und gleichen Ämterzugänglichkeit“ (Art. 3 StGG 1867).[30]) Gemeint ist offenbar die Vorstellung, dass jedes Grundrecht auf Teilhabe – hier: an öffentlichen Ämtern – auch die Freiheit miteinschließt, diese Teilhabe abzulehnen. Nun genügt es darauf zu erwidern, dass niemand gezwungen wird, sich um das Amt des Bundespräsidenten zu bewerben. Dass die Amtsperiode sechs Jahre dauert, ist den Kandidaten ja bekannt, somit auch die Dauer ihrer Amtsverpflichtung. Immerhin hat der gewählte Bundespräsident noch die Möglichkeit, „stillschweigend auf seine Stelle“ zu verzichten, wenn er zur Angelobung nicht erscheint oder die Ablegung des Gelöbnisses ablehnt.[31]) Zutreffend betont daher Walter, dass der Bundespräsident gemäß Art. 62 Abs. 2 B-VG gelobt, seine Pflicht – und das

[27]) Keine Verantwortung besteht indessen für „einfache“ Gesetzesverletzungen. Nach *Ringhofer*, Bundesverfassung 221 kopiere diese Regelung eine Konstruktion des Staatsrechtes der konstitutionellen Monarchie, in ihr klinge noch etwas von der Sonderstellung des Staatsoberhauptes früherer Jahrhunderte nach.

[28]) Vgl. *Merkl*, Die Verfassung der Republik Deutschösterreich. Ein kritisch-systematischer Grundriss (1919) 119.

[29]) *Raschauer*, Art. 64 B-VG Rz. 7 spricht davon, dass der Bundespräsident innerhalb der äußersten Grenzen des Verfassungsbruchs keinen Anwesenheitspflichten und Leistungsfristen unterliege. Das relativiert zu stark, denn die Bundesverfassung ist eben schon dann verletzt, wenn etwa die Funktionstüchtigkeit des VfGH untergraben wird. *Kneihs/Lienbacher*, Art. 142 B-VG, in: *Korinek/Holoubek* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Rz. 25 meinen, dass eine erfolgreiche Anklage gegen den Bundespräsidenten „praktisch nur in Exzessfällen vorstellbar und daher im Ergebnis de facto auszuschließen“ sei. Auch diese Einschätzung greift zu kurz.

[30]) Vgl. *Welan*, Staatsoberhaupt 30.

[31]) Vgl. *Koropatnicki*, RZ 1930, 42. Vgl. auch *R. Novak*, ZÖR 1965, 284.

sei eben die sechsjährige Ausübung der Funktion – „nach bestem Wissen und Gewissen" zu erfüllen.[32])

Raschauer findet ein zusätzliches Argument in Art. 4 Abs. 2 EMRK, dem Verbot der Zwangs- und Pflichtarbeit. In der Dogmatik dieser Bestimmung wird allerdings regelmäßig betont, dass keine Grundrechtsverletzung vorliege, wenn die Verpflichtung freiwillig übernommen wird.[33]) Anders wäre ja jedes Pflichtverhältnis, das ohne – unbeschränkte – Kündigungsmöglichkeit auf eine bestimmte Zeitdauer eingegangen wird, grundrechtswidrig.[34])

8. Damit wären wir schon bei einer weiteren Argumentationslinie, die etwa halbwegs zwischen Verfassungsdogmatik und Pragmatismus liegt. Zunächst überzeugend weist Novak darauf hin, dass die Sanktion für die Amtsverweigerung des Bundespräsidenten nach Art. 142 B-VG schließlich in der Amtsenthebung liegen würde, also gerade in jener Konsequenz, die der Bundespräsident ja anstrebe.[35])

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass es doch wohl einen Unterschied macht, ob der Bundespräsident von sich aus – womöglich in der Form eines politischen „Statements" – zurücktritt oder auf Grund einer Verfassungsverletzung vom VfGH des Amtes enthoben wird,[36]) nota bene unterlassene Amtshandlungen zu Amts- und Organhaftungsansprüchen führen können.

Immer wieder findet sich auch das Argument, der Bundespräsident könne schließlich nicht dazu gezwungen werden, sein Amt auszuüben, seine persönliche Leistung sei unvertretbar. Hier liegt ein Missverständnis vor: Es geht

---

[32]) Vgl. *Walter*, Bundesverfassungsrecht 443.

[33]) *Raschauer*, Art. 64 B-VG Rz. 25. Vgl. *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention[4] (2009) 160 oder *Berka*, Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) 256.

[34]) Befristete Arbeitsverhältnisse können (wie andere Dauerschuldverhältnisse) jederzeit einseitig aus wichtigem Grund sowohl vom Arbeitgeber als auch vom Arbeitnehmer gelöst werden. Gesetzliche Regelungen darüber finden sich z.B. in §§ 1162a ABGB, 82a GewO 1859 und 26 AngG. Allgemein gilt, dass der Grund so schwerwiegend sein muss, dass die Weiterführung des Vertragsverhältnisses auch nur für die Dauer der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Gründe dieser Art sind z.B. eine Dienstunfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen, Angriffe gegen die körperliche Integrität, Ehre oder Intimsphäre des Arbeitnehmers, die ungebührliche Entgeltvorenthaltung oder wesentliche Vertrags- oder Gesetzesverletzungen durch den Arbeitgeber. Ein unbegründeter Austritt aus dem Dienstverhältnis ist rechtswirksam, hat aber Ansprüche des Arbeitgebers rsp. den Anspruchsverlust des Arbeitnehmers zur Folge – vgl. etwa *Schrammel*, Arbeitsrecht 2[5] (2004) 235. Aus der Rechtsprechung des OGH vgl. zu einer auch für hier relevanten Konstellation, nämlich zum ungerechtfertigten Austritt eines Arztes infolge Umstrukturierung einer Krankenanstalt: OGH vom 29. 8. 2002, 8 ObA 41/02s. Die etwa ähnliche Rechtslage besteht auch in Deutschland – vgl. § 626 BGB.

[35]) Vgl. *R. Novak*, ZÖR 1965, 296.

[36]) Oder gar zeitweise seine politischen Rechte verliert. Im alten österreichischen Dienstrecht durfte der Beamte übrigens nicht resignieren (aus dem Dienst austreten), um einer disziplinarrechtlichen Entlassung zu entgehen – vgl. *Layer*, Staatsdienst, in: *Mischler/Ulbrich* (Hrsg.), Österreichisches Staatswörterbuch[2], Vierter Band (1909) 314, unter Zitierung älterer dienstrechtlicher Quellen.

nicht darum, den Bundespräsidenten physisch zu zwingen, seines Amtes zu walten – dem Amfortas in Richard Wagners Parsifal gleich – sondern darum, dass die Amtsverweigerung des Bundespräsidenten als rechtswidrig sanktioniert ist.

9. Am unteren Ende der Skala möglicher Argumente für den Amtsverzicht steht der Kommentar von Herzog zu Art. 54 des Grundgesetzes.[37]) Der Bundespräsident habe das „selbstverständliche Recht, sein Amt niederzulegen bzw. von ihm zurückzutreten". Das sei im Text des Grundgesetzes zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, verstehe sich aber von selbst und sei im § 51 BVerfGG übrigens auch vom Gesetzgeber vorausgesetzt.[38])

Hinter dem aufbrausenden Stil verbirgt sich die verfassungsdogmatische Dürftigkeit. Die Diskussion der Zwischenkriegszeit, als man sich immerhin bemühte, den Amtsverzicht aus dem „Thronverzicht" herzuleiten, ist vergessen. Dass es alles andere als „selbstverständlich" ist, dass ein Mensch eine auf Zeit eingegangene Verpflichtung vorzeitig bricht, zeigt der einfache Blick ins Arbeitsrecht. Wer sich dort in einem bestimmten Zeitraum zur Dienstleistung verpflichtet, kann dieses Arbeitsverhältnis – so nicht anderes vereinbart ist – keineswegs jederzeit und grundlos, sondern nur aus einem wichtigen Grund beendigen.[39]) Ein Rücktritt etwa wegen „Amtsmüdigkeit" oder – wie im Fall des deutschen Bundespräsidenten Köhler wegen eines vermeintlichen Mangels an Respekt vor seinem Amt – ist bestimmt kein guter Grund. Von irgendeiner „Selbstverständlichkeit" kann daher nicht die Rede sein. Selbstverständlich unterliegt ein Staatspräsident keinem gewöhnlichen „Arbeitsrecht". Aber auf dieser – ohnedies nicht mehr juristischen – Wertungsebene ist nicht einzusehen, weshalb einem Staatspräsidenten unzumutbar sein sollte, was sich für jeden Arbeitnehmer von selbst versteht.

III. Zurück zur Vorschrift!

1. Es zeigt sich also, dass die „Verzichtslehre" die Argumentation des älteren Adamovich nicht ernsthaft erschüttern konnte. Ohne sich näher mit Art. 64 B-VG auseinanderzusetzen, verließ die Lehre rasch den Boden des positiven Verfassungsrechts und griff auf relativ vage Kriterien zurück: Gewohnheits-

---

[37]) Vgl. *Herzog*, Art. 54, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz. Loseblatt-Kommentar, Rn. 59. Die übrigen Kommentare verweisen auf *Herzog*, vgl. *Pernice*, Art. 54, in: *H. Dreier*, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2 (1998) Rn. 38 oder werfen die Frage nicht auf, z.B. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II (1980) 201. Der Versuch einer dogmatischen Begründung findet sich erst neuerdings bei *Hebeler*, Der Rücktritt von öffentlichen Ämtern, DVBl 2011, 317 (318).

[38]) Der Hinweis auf das BVerfGG kann dogmatisch nichts beitragen, weil eine einfachgesetzliche Vorschrift eine Bestimmung des (formellen) Verfassungsrechts nicht ersetzen kann.

[39]) Vgl. oben. Wer hier einwendete, ein Bundespräsident würde doch wohl nur aus einem schwerwiegenden Grund zurücktreten, verkennt die Realität – siehe Deutschland 2010.

recht, allgemeiner Rechtsgrundsatz, keine Amtspflicht, kein Sinn eines Amtsenthebungsverfahrens, weithergeholte Grundrechtsaspekte etc.

An dieser Stelle der Erwägungen sollen nun – im Sinne der subjektiv-historischen Methode der Verfassungsauslegung[40]) – Wortlaut und Entstehungsgeschichte unserer Vorschrift geklärt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die seit dem Erscheinen des Quellenwerks von Ermacora (1967) bekannten Vorentwürfe zum B-VG Erkenntnismöglichkeiten liefern, die den älteren Bearbeitern des Themas – mit Ausnahme der unmittelbaren Zeitzeugen Kelsen, Froehlich und Merkl – nicht zugänglich waren.

2. Art. 64 Abs. 1 B-VG ordnet an, dass bei Verhinderung des Bundespräsidenten alle seine Funktionen zunächst auf den Bundeskanzler übergehen. Dauert die Verhinderung jedoch länger als zwanzig Tage oder ist der Bundespräsident gemäß Art. 60 Abs. 6 an der ferneren Ausübung seines Amtes verhindert, üben der Präsident, der Zweite Präsident und der Dritte Präsident des Nationalrates als Kollegium die Funktionen des Bundespräsidenten aus. Das Gleiche gilt, wenn die „Stelle des Bundespräsidenten dauernd erledigt ist". Dazu sieht Abs. 4 vor, dass im Falle der dauernden Erledigung der Stelle des Bundespräsidenten die Bundesregierung sofort die Wahl des neuen Bundespräsidenten anzuordnen hat.[41]) Fälle der „dauernden Erledigung der Stelle" – von Ringhofer als „Verwesung" des Amtes angesprochen[42]) – sind jedenfalls der Amtsverlust infolge eines verurteilenden Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes (Art. 142 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Abs. 4 B-VG), eine strafrechtliche Verurteilung, die den Amtsverlust ausspricht (§ 27 Abs. 1 in Verbindung mit § 74 StGB rsp. Art. 143 B-VG), die Rechtskraft der Feststellung des Ergebnisses einer für den Bundespräsidenten negativ ausgegangenen Volksabstimmung (Art. 60 Abs. 6 B-VG) – und der Tod des Amtsträgers. Primär steht nun in Frage, ob es als ein weiterer Fall der „dauernden Erledigung der Stelle" anzusehen ist, wenn der Bundespräsident auf sein Amt „verzichtet", sein „Amt niederlegt", seinen „Rücktritt erklärt" oder welche Formulierung man immer wählt.

Halten wir zunächst fest, dass die Wendung „dauernde Erledigung der Stelle" eine abstrakte Umschreibung ist, deren Wortlaut es nicht verbietet, den „Amtsverzicht" darunter zu subsumieren.

3. Art. 64 B-VG hat seine besondere Entstehungsgeschichte: Mehrere (Vor)Entwürfe zum B-VG sahen den „Amtsverzicht" ausdrücklich vor, er findet sich in einigen Kelsen-Entwürfen, im ersten Entwurf des Staatssekretärs

---

[40]) Vgl. *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Grundriss Rz. 128.

[41]) Art. 64 B-VG wurde mehrfach geändert, bereits 1929 und zuletzt 2007, wobei sich aber an der hier relevanten Fragestellung nichts geändert hat. Nach der Stammfassung war allein der Bundeskanzler vertretungsbefugt. Zur Entwicklung der Bestimmung vgl. *Walter*, Die Vertretung des Bundespräsidenten im Lichte eines Vorschlages Kelsens zur Novellierung des Bundes-Verfassungsgesetzes, in: FS Loebenstein (1991) 165 (166) und *Raschauer*, Art. 64 B-VG Rz. 1.

[42]) Vgl. *Ringhofer*, Bundesverfassungsrecht 202.

Mayr und noch im ersten Verfassungsentwurf der Christlichsozialen Partei,[43]) nicht mehr in alternativen Kelsen-Entwürfen, im „Privatentwurf Mayr" vom 10. Februar 1920, im „Linzer Entwurf", im Entwurf der Sozialdemokraten und dann im „Renner-Mayr-Entwurf", die die heutige Wendung enthalten.[44]) Hier liegt das entscheidende Argument: Während in den Vorentwürfen die Gründe für den Amtsverlust einzeln aufgezählt waren – „wenn der Präsident des Bundesfreistaates durch Tod, Verzicht oder aus einem anderen Grunde das Amt verliert, . . ."[45]) wird diese Aufzählung später durch die abstraktere Wendung „dauernde Erledigung der Stelle"[46]) ersetzt. Es ist nun nicht ersichtlich, dass über die Frage des Amtsverzichts eine verfassungspolitische Diskussion stattgefunden hätte. In den Entwürfen der Sozialdemokratischen und der Großdeutschen Partei war diese Frage gar nicht angesprochen, sie wurde auch weder im Bereich der Staatskanzlei noch bei der Salzburger Länderkonferenz behandelt, obwohl dort durchaus Fragen des Staatsoberhauptes erörtert wurden.[47]) Der Fokus lag ja auf anderen Problemen: Die Sozialdemokraten wollten ursprünglich keinen besonderen „Bundespräsidenten", sondern wie in der Übergangsverfassung sollten diese Funktionen durch den Präsidenten des „Bundestags" ausgeübt werden. Allem Anschein nach wurde Art. 64 B-VG allein im Schoß der Christlichsozialen Partei und im Dialog zwischen dem Staatssekretär Mayr und Kelsen, der für beide Varianten Entwürfe lieferte, formuliert.

Ein starkes Indiz dafür, dass es allein um eine abstraktere Formulierung ging, liegt auch darin, dass nunmehr auch der „Tod" als Erledigungsgrund nicht mehr ausdrücklich erwähnt wird, obschon er als Erledigungsgrund ja nicht zweifelhaft sein kann. Mayr und Kelsen gewannen diese neue – allgemeinere – Umschreibung anscheinend aus der beamtensprachlichen Wendung der „Erledigung" des Amtes oder der „Stelle".[48]) Nach den dienstrechtlichen Vorschriften konnte diese im Allgemeinen auch die Folge einer „Dienstesresignation" des Staatsbeamten sein.[49])

Adamovich hatte zwei prima vista durchschlagende Argumente: Einerseits ging er vom Befund aus, dass das B-VG – anders als die Tschechoslowakische Verfassung – den Amtsverzicht nicht ausdrücklich vorsah. Andererseits wies er auf das Fehlen einer Stelle hin, die den Verzicht entgegenzunehmen hätte (dazu später). Es ergibt sich aber aus keiner Regel, dass der Ausdruck

---

[43]) Zu den Entwürfen von *Kelsen* und *Mayr* vgl. bei *Schmitz*, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung (1981) 178, 179. Vgl. weiters Art. 43 des „Ersten Entwurfs der Christlichsozialen Partei 1919" und Art. 53 des „Privatentwurfs Mayr" bei *Ermacora*, Quellen 40, 54.

[44]) Vgl. *Schmitz*, Vorentwürfe 188; *Ermacora*, Quellen 118, 168, 214.

[45]) Vgl. *Ermacora*, Quellen 40.

[46]) Vorübergehend vielleicht nur „Erledigung seiner Stelle" – vgl. *Ermacora*, Quellen 343.

[47]) Vgl. *Ermacora* (u.M.v. *Moser*), Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform (1989) 155; *Ermacora* (u.M.v. *Moser*), Materialien zur österreichischen Bundesverfassung (I). Die Länderkonferenzen und die Verfassungsfrage (1989) passim.

[48]) Vgl. nur *Layer*, Staatsdienst 328.

[49]) Vgl. *Layer*, Staatsdienst 328.

„Verzicht" (oder „Rücktritt" etc.) im Text konkret vorkommen muss, wie auch sonst bei der rechtlichen Begriffsbildung genügt ja eine abstrakte Umschreibung unter die der in Rede stehende Sachverhalt subsumierbar ist. So spricht die französische Verfassung – wenngleich eindeutiger als das B-VG – vom Fall einer „Vakanz des Amtes des Präsidenten der Republik, ganz gleich aus welchem Grunde . . ."[50])

Dazu tritt noch Folgendes: Zwar kann auch – wie gezeigt – aus der monarchischen Figur des Thronverzichts allein für die Frage der Zulässigkeit des Verzichts auf das republikanische Amt des Staatsoberhauptes nichts abgeleitet werden. Damit ist allerdings nicht auch ausgeschlossen, dass der Verfassungsgesetzgeber – oder zumindest manche an der Verfassungsentstehung Beteiligte – von der Fortdauer dieser Denkfigur geleitet waren, d.h. annahmen, es könne beim Bundespräsidenten nicht anders als beim Kaiser sein und dass deshalb der Bundespräsident auf sein Amt verzichten können sollte: Der Gesetzgeber kann ja auch von falschen Vorstellungen geleitet sein.

4. Eben diese Unsicherheit über den Willen des Verfassungsgesetzgebers spiegelt sich in der doch eigenartigen Kommentarstelle bei Kelsen/Froehlich/Merkl:[51]) „Die dauernde Erledigung der Stelle des Bundespräsidenten kann durch Tod, Amtsverzicht oder Amtsverlust eintreten. Daß ein Amtsverzicht möglich ist, wird allerdings in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich festgesetzt und kann daher zweifelhaft sein." Ähnlich zögernd hatte zuvor schon Merkl zur Märzverfassung ausgeführt, dass ein freiwilliger Rücktritt der Präsidenten des Nationalrates der Konstituierenden Nationalversammlung als „zulässig angesehen werden (dürfte)" und später spricht Merkl (schon zum Bundespräsidenten) en passant „von dem unausgesprochenen Falle des Amtsverzichtes".[52])

Vielleicht wurde bei den ohnedies komplizierten und unter zeitlichem Druck stehenden Verhandlungen über die Bundesverfassung dieser Frage keine weitere Aufmerksamkeit gewidmet, die Sache irgendwie belassen. Mag sein, dass Kelsen darauf aufmerksam machte, eine ausdrückliche Regelung sei zweckmäßig und sich daraus seine Kommentierung erklärt.

5. Damit ist allerdings das zweite Argument Adamovichs – die fehlende Stelle zur Entgegennahme des Verzichts – noch nicht ausgeräumt.[53]) In der Tat zeigte die „Verzichtslehre" hier merkbare Unsicherheit: Manche meinten, die

---

[50]) Vgl. *Scoffoni*, L'Exécutif, in: *Favoreu/Gaïa/Ghevontian/Mestre/Pfersmann/Roux/Scoffoni* (Hrsg.), Droit Constitutionelle (1998) Rz. 911. So auch schon Art. 7 der 1920 in Geltung stehenden Verfassung von 1875: „En cas de vacance par décès ou pour toute autre cause . . ." Andere Fälle wären etwa eine unheilbare Geisteskrankheit des Bundespräsidenten (vgl. *Walter*, in FS Loebenstein 171) – man denke an *George III.* oder *Ludwig II.* – oder ein unheilbares Dauerkoma wie bei *Ariel Sharon*.

[51]) *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 155.

[52]) Vgl. *Merkl*, Verfassung 115 und ders., Der rechtliche Gehalt der österreichischen Verfassungsreform vom 7. Dezember 1929, ZÖR 1931, 171 und auch: Das rechtliche Ergebnis des Verfassungskampfes, JBl 1930, 1 (47).

[53]) Ebenso besteht *Walter*, Bundesverfassungsrecht 443 auf dieses Argument.

Erklärung wäre gegenüber dem Bundeskanzler abzugeben,[54]) andere sprachen sich für die Bundesversammlung aus[55]) oder hielten gar eine Erklärung des Bundespräsidenten „an das Bundesvolk" für zulässig.[56])

Indessen haben wir die Stelle erreicht, an der wir von der Vorstellung einer irgendwie förmlichen „Verzichtserklärung" Abschied nehmen müssen.[57]) Stattdessen wird der Vertretungsfall dadurch ausgelöst, dass der Bundespräsident eine als Willenserklärung zu deutende Tatsache setzt. Es ist dann Sache der drei Präsidenten des Nationalrates[58]) zu beurteilen, ob das Verhalten des Bundespräsidenten – eine schriftliche Erklärung, ein Auftritt in der Öffentlichkeit, das buchstäbliche „Verlassen des Amtes" – als ein „Rücktritt" oder „Amtsverzicht" zu deuten ist, und ob dieser Akt ohne Willensmängel – wie etwa die Androhung oder Ausübung von Zwang – erfolgte und somit der Vertretungsfall vorliegt. Zweifellos bürdet dies den Vertretern eine hohe – und riskante – Verantwortung auf.[59])

6. Im Sinne der Reinen Rechtslehre kann eine wissenschaftliche Rechtsinterpretation nur darin bestehen, den „Interpretationsrahmen" aufzuzeigen. Das schließt eindeutige Resultate zwar nicht aus,[60]) doch liegt im gegebenen Fall ein völlig eindeutiges Ergebnis eben nicht vor. Entschieden werden kann die Frage letztlich nur durch den Verfassungsgerichtshof. Die hier versuchte historisch-subjektive Interpretation gehorcht den Regeln der Geschichtswissenschaften: Früheres Geschehen wird so rekonstruiert, dass sich die Existenz von Quellen, die gerade so beschaffen sind wie die vorhandenen, aus der Annahme eines Geschehens dieser Art erklären lässt.[61]) Stets handelt es sich dabei um

---

[54]) Etwa *Berchtold*, Bundespräsident 88. Nach heutiger Verfassungslage wären dies die drei Präsidenten des Nationalrates.

[55]) Vgl. *R. Novak*, ZÖR 1965, 297.

[56]) Vgl. *Berchtold*, Bundespräsident 88.

[57]) Vgl. zutreffend *Raschauer*, Art. 64 B-VG Rz. 25. Bei dieser Sichtweise, die im Rücktritt eben keinen „Staatsakt" sieht, entfällt auch die Frage einer Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler. Im Übrigen gibt es in juristischer Betrachtung eben überhaupt keine „reinen Tatsachen". Auch ob der „Tod" des Bundespräsidenten eingetreten ist, muss von den drei Präsidenten des Nationalrates als maßgebender Sachverhalt festgestellt werden. Es kann ein Interesse daran geben, den Tod des Staatsoberhauptes geheim zu halten oder umgekehrt vorzeitig zu verkünden, auch der Umstand des Versterbens selbst kann medizinisch strittig sein etc.

[58]) Auch die Pflicht anderer Organe, besonders der Bundesregierung, sofort die Wahl des neuen Bundespräsidenten anzuordnen (Art. 64 Abs. 4 B-VG), knüpft an die Amtserledigung an und verlangt daher die konstitutive Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes. Damit sind Konflikte nicht ausgeschlossen.

[59]) Ebenso wie etwa bei der Beurteilung des Geisteszustandes des Bundespräsidenten. Es liegt auf der Hand, dass es hier zu Konflikten kommen kann – vgl. in diesem Zusammenhang die bei *Walter*, in FS Loebenstein 169, dokumentierte Überlegung des späten *Kelsens*, solche Entscheidungen einem anderen Organ als den praesumtiven Vertretern zu übertragen.

[60]) Vgl. *Mayer*, Die Interpretationslehre der Reinen Rechtslehre, in: *Walter* (Hrsg.), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (1992) 61 (65).

[61]) Vgl. *Albert*, Kritik der reinen Erkenntnislehre. Das Erkenntnisproblem in realistischer Perspektive (1987) 130.

eine hypothetische Rekonstruktion des Vergangenen anhand der in der Gegenwart vorfindbaren Quellen bestimmter Art unter dem Vorbehalt der Falsifikation, wenn eine zu den vorhandenen Quellen schlüssigere Deutung gefunden wird, neue, bisher unerschlossene Quellen eine andere Deutung nahelegen oder neue wissenschaftliche Methoden zu neuen Ergebnissen führen. Vor diesem methodischen Hintergrund wird hier eine Präferenz für die Annahme geäußert, dass der Ausdruck „dauernde Erledigung der Stelle" den Amtsverzicht einschließt.

Es ist sonderbar, dass nur Adamovich und von den Befürwortern des Verzichts allein Kelsen – und implizit auch Raschauer – die doch einzig relevante Frage aufwerfen, ob unter „dauernde Erledigung der Stelle" auch der „Verzicht" oder „Rücktritt" etc. zu verstehen sei. Alle anderen Autoren – und zwar sowohl die Befürworter als auch die Gegner – sind offenbar davon geleitet, dass der „Verzicht", wenn er positiviert wäre, auch explizit genannt werden müsste. Die Freunde des Verzichts – Koropatnicki, Frisch, Spanner, Novak, Berchtold und Welan – bringen die Wendung „dauernde Erledigung der Stelle" überhaupt nicht in eine unmittelbare Verbindung mit der zu beantwortenden Frage. Anstelle dessen wird unvermittelt auf allgemeine und nicht mehr im positiven Recht begründete Denkfiguren ausgewichen.

Es ist eine Ironie, am Ende dieser verfassungsdogmatischen Untersuchung im Grunde nicht über Kelsen/Froehlich/Merkl hinausgekommen zu sein. Der Kommentar enthält ja in seinem ersten Satz die fragliche Subsumtion, im zweiten Satz den Hinweis auf einen möglichen legistischen Mangel. Aber wir verstehen diese Stelle jetzt besser: Kelsen – seiner Rolle im Wechselspiel mit Mayr eingedenk und daher mit der Entstehung der Vorschrift vertraut – wusste, wovon er sprach.[62])

[62]) Es darf angenommen werden, dass *Kelsen* diesen Kommentar verfasste. Jedenfalls zeichnete er für das Ganze verantwortlich: „Herausgegeben in Verbindung mit Dr. Georg Froehlich und Dr. Adolf Merkl von Dr. Hans Kelsen" – vgl. das Titelblatt des in Rede stehenden Werks. Vgl. dagegen *Kelsen* im Vorwort zu dem von ihm hrsg. Band Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, Teil 1 (1919) VI, wo der Kommentar zum Gesetz betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern ausdrücklich *Merkl* zugeschrieben wird.

Verzeichnis der Originalpublikationen

Kein Imperativ ohne Imperator. Anmerkungen zu einer These Kelsens, in: Robert Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 12, Wien: Manz, 1988) S. 75–95.

Bundesminister und mittelbare Bundesverwaltung, in: Heinz Mayer/Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/René Laurer/Kurt Ringhofer/Rudolf Thienel (Hrsg.), Staatsrecht in Theorie und Praxis, FS für Robert Walter zum 60. Geburtstag (Wien: Manz, 1991) S. 293–315.

Das „Denksporterkenntnis" des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in: Bernd-Christian Funk/Hans R. Klecatsky/Edwin Loebenstein/Wolfgang Mantl/Kurt Ringhofer (Hrsg.), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. FS für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag (Wien/New York: Springer, 1992) S. 189–201.

Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in: Johannes Hengstschläger/Heribert Franz Köck/Karl Korinek/Klaus Stern/Antonio Truyol y Serra (Hrsg.), Für Staat und Recht. FS für Herbert Schambeck (Berlin: Duncker&Humblot, 1994) S. 441–457.

Wie zeitgemäß ist die Reine Rechtslehre?, Rechtstheorie 29, 1998, Heft 1, S. 1–21.

Verrechtlichung und Rechtsdynamik, Zeitschrift für öffentliches Recht 54, 1999, Heft 2, S. 261–278.

Rechtskultur und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Juristische Blätter, 123. Jg., 2001, Heft 3, S. 137–144.

Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, Journal für Rechtspolitik 9, 2001, Heft 1, S. 34–46.

Beiträge zu einer Sozialgeschichte der Denkformen: Kelsen und die Einheitswissenschaft, in: Clemens Jabloner/Friedrich Stadler (Hrsg.), Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule (Veröffentlichungen des Instituts Wiener Kreis, Bd. 10, Wien/New York: Springer, 2001) S. 19–43.

Vergangenes Recht, in: Carl Baudenbacher/Heinz Mayer/Hellwig Torggler (Hrsg.), Ein Leben in Praxis und Wissenschaft, FS für Walter Barfuß zum 65. Geburtstag (Wien: Manz, 2002) S. 113–126.

„Die Form ist die Zwillingsschwester der Freiheit", Österreichische Notariatszeitung, 135. Jg., 2003, Heft 2, S. 35–40.

Ist das Weisungsprinzip überholt?, in: Stefan Hammer/Alexander Somek/Manfred Stelzer/Barbara Weichselbaum (Hrsg.), Demokratie und sozialer Rechtsstaat in Europa, FS für Theo Öhlinger (Wien: WUV, 2004) S. 699–717.

Stufung und „Entstufung" des Rechts, Zeitschrift für öffentliches Recht 60, 2005, Heft 2, S. 163–185.

Am Beispiel der Historikerkommission: Zeitgeschichtliche Forschung in juristischer Perspektive, Österreichische Zeitschrift für Geschichtswissenschaften, 16. Jg., 2005, Heft 1, S. 111–136.

Abschied eines Senatspräsidenten, in: Metin Akyürek/Gerhard Baumgartner/Dietmar Jahnel/Georg Lienbacher/Harald Stolzlechner (Hrsg.), Staat und Recht in europäischer Perspektive, FS für Heinz Schäffer (Wien/München: Manz/C.H. Beck, 2006) S. 295–311.

Das Gesetz als Problem, Juristische Blätter, 128. Jg., 2006, Heft 7, S. 409–414.

Am Rande des Rechtsstaates, Zeitschrift für Verwaltung, 31. Jg., 2006, Heft 4, S. 426–432.

„Rechtskraft" – Funktion und theoretische Begründung eines Rechtsinstituts, in: Michael Holoubek/Michael Lang (Hrsg.), Rechtskraft im Verwaltungs- und Abgabenverfahren (Wien: Linde, 2007) S. 15–25.

Georg Fleischer, in: Robert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), Der Kreis um Hans Kelsen. Die Anfangsjahre der Reinen Rechtslehre (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 30, Wien: Manz, 2008) S. 99–113.

Der idealistische Mörder, in: Margarethe Lasinger (Red.), Programmheft der Salzburger Festspiele 2008 zu Fjodor M. Dostojewskij, Verbrechen und Strafe (Salzburg: Salzburger Festspielfonds, 2008) S. 26–29.

Objektive Normativität. Zu einem Bezugspunkt von Reiner Rechtslehre und Wiener Kreis, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit (Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Bd. 32, Wien: Manz, 2009) S. 169–182.

Person, Amt und Institutionen, in: Klaus Poier (Hrsg.), Persönlichkeiten und Demokratie: Wie wählen wir die besten Köpfe? (Schriftenreihe für öffentliches Recht und Politikwissenschaft, Bd. 2, Wien/Graz: NWV, 2011) S. 17–25.

Richter im Zwiespalt, in: Brigitte Schenk/Elisabeth Lovrek/Gottfried Musger/Matthias Neumayr (Hrsg.), FS für Irmgard Griss (ohne Ort [Wien]: Jan Sramek, 2011) S. 315–333.

Kann der Bundespräsident auf sein Amt verzichten?, in: Clemens Jabloner/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Gerhard Muzak/Bettina Perthold-Stoitzner/Karl Stöger (Hrsg.), Vom praktischen Wert der Methode, FS für Heinz Mayer zum 65. Geburtstag (Wien: Manz, 2011) S. 155–168.

Im Dienste der Bundesverfassung: Georg Froehlich, in: Generaldirektion des Österreichischen Staatsarchivs (Hrsg.), Beruf(ung): Archivar, FS für Lorenz Mikoletzky (Mitteilungen des Österreichischen Staatsarchivs 55, Innsbruck/Wien/Bozen: Studienverlag, 2011) Teil II, S. 1105–1127.