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

Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung*)

I. Einleitung

Art. 44 Abs. 3 B-VG ordnet an, dass „Jede Gesamtänderung der Bundesverfassung, eine Teiländerung aber nur, wenn dies von einem Drittel der Mitglieder des Nationalrates oder des Bundesrates verlangt wird . . . nach Beendigung des Verfahrens gemäß Artikel 42, jedoch vor der Beurkundung durch den Bundespräsidenten, einer Abstimmung des gesamten Bundesvolkes zu unterziehen" ist. Schon im Kommentar von Kelsen/Froehlich/Merkl heißt es dazu, dass der Unterschied zwischen einer Gesamt- und einer Teiländerung der Verfassung im höchsten Maße problematisch sei, da man ein doppeltes darunter verstehen könnte: „Im materiellen Sinne eine grundlegende Änderung der in den Verfassungsgesetzen niedergelegten Grundlagen des Staatswesens, namentlich der Staatsform oder der bundesstaatlichen Organisation. Im formellen Sinne die Erlassung eines Verfassungsgesetzes, durch welches das Bundes-Verfassungsgesetz, sei es mit oder ohne allen anderen Verfassungsgesetzen, zur Gänze ersetzt werden soll, wobei allerdings auch eine Verfassungsänderung im materiellen Sinne erforderlich erscheint . . .".[1])

Lehre und Judikatur haben an das in diesem Sinn „materielle" Verständnis angeknüpft und eine *„verfassungsrechtliche Grundordnung"* entwickelt, die Öhlinger in einem Aufsehen erregenden Artikel als „selbständige innovatorische Leistung" und als eine „weitgehend richterliche Rechtsschöpfung" bezeichnet hat. Der Autor sieht – in wohl bewusst provozierender Pointiertheit – Österreich als Staat mit einer „ungeschriebenen, weil richterrechtlich entwickelten Verfassung".[2]) Nun verlässt Öhlinger bei der Prägung dieses Begriffs von „Verfassung" offensichtlich die traditionellen Wege der österreichischen Verfassungsrechtslehre. In dieser Radikalität werden ihm wohl nur wenige folgen, doch bringt er eine Tendenz zum Ausdruck, die sich sublimiert etwa auch in Pernthalers Schrift „Der Verfassungskern" findet.[3]) Diese scheint auf

---

*) Überarbeitete Fassung eines Vortrags im Rahmen der „Werkstattgespräche" der Universität Salzburg am 9. Oktober 2000.

[1]) *Kelsen/Froehlich/Merkl,* Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich V: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 124.

[2]) *Öhlinger,* Brauchen wir eine neue Verfassung?, Die Presse vom 30. September 2000, Spectrum I.

[3]) *Pernthaler,* Der Verfassungskern. Gesamtänderung und Durchbrechung der Verfassung im Lichte der Theorie, Rechtsprechung und europäischen Verfassungskultur (1998).

den Versuch hinauszulaufen, mit verfassungsdogmatischen Mitteln das positive österreichische Verfassungsrecht durch eine „Wunschverfassung" zu überlagern. Werden solche Bestrebungen mit schon älteren Versuchen verbunden, das B-VG verfassungspolitisch abzuqualifizieren, so entsteht das Szenario einer dann in der Tat am Verfassungsgesetzgeber vorbeigeführten Totalrevision.

Allerdings ist nicht zu übersehen, dass es eben nicht zuletzt die Vagheit des Art. 44 Abs. 3 B-VG ist, die solche Weiterungen scheinbar erleichtert. Einem Rechtspositivisten sollte es gelingen, einen methodischen Ansatz zu finden, der einerseits ergiebig genug ist, um der Bestimmung einen normativen Gehalt zu geben, aber andererseits die Untiefen einer „materialen Entfaltung" vermeidet. Im Folgenden kann es allerdings nur um einen ersten und groben Versuch gehen, um einen „Zwischenruf", wenn man so will.[4])

II. Das neue Verfassungsparadigma des „kommunikativen Wechselgesprächs"

Pernthalers *„Verfassungskern"* ist eine systematische und tiefgründige Darstellung der Problematik der verfassungsrechtlichen Grundordnung Österreichs. Damit ist sie in jedem Fall als „Markstein" anzusehen, auch wenn man – wie hier – manche Positionen des Autors nicht teilt.

Pernthaler bringt eine Methode *„materieller*[5]*) Verfassungsrechtsauslegung"* zur Anwendung.[6]) Zwar wird eingeräumt, dass die gesuchte *„Sinneinheit der Verfassung"* kein einheitliches deduzierbares Modell darstelle, da die Verfassung *„historisch als Ergebnis sehr heterogener politischer Ordnungsvorstellungen entstanden"* sei.[7]) Der Autor schließt daraus, dass die „Sinneinheit der Verfassung" zwar in ihren Grundprinzipien abstrakt angelegt, aber in der Realisierung ihrer Maßstabfunktion am konkreten Fall einer zu beurteilenden Verfassungsänderung von der Verfassungsauslegung jeweils erkennend neu zu bestimmen sei. Schließlich heißt es: „Die Verfassungsanwendung ist im gewaltenteilenden Rechtsstaat auf mehrere Organe verteilt, denen jeweils verschiedene Funktionen der Verfassungskonkretisierung zukommen. Verfassungsinterpretation ist darüber hinaus nicht ohne die Verfassungsrechtslehre sinnvoll durchführbar, die selbst wiederum in einem *kommunikativen Wechselgespräch* (Hervorhebung von mir) über die Verfassungsinhalte steht. Es ist zwar wesentlich, die verschiedenen Funktionen der Verfassungsanwendung durch Gesetzgeber, Regierung, Verwaltung und Gerichtsbarkeit und den Beitrag der Theorie zur Verfassungserkenntnis richtig zu erkennen und zu differenzieren. Im gewaltenteilenden Verfassungsstaat ist es aber nicht möglich, zwischen diesen Funktionen eine Rangordnung aufzustellen und die Funktionen danach inhaltlich auf- oder abzuwerten".[8]) Im System einer gerichtlichen Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit – so noch immer Pernthaler – komme der Rechtsprechung des VfGH *„praktisch"* eine entscheidende Bedeutung zu, da dort der Verfassungskern als höherrangiges Verfassungsrecht und inhaltlicher normativer Prüfungsmaßstab anerkannt werde. „Damit wird aber gleichzeitig der Verfassungstheorie und allen Organen der Verfassungsanwendung und Verfassungsfortbildung . . . die Aufgabe zugewiesen diese Baugesetze inhaltlich zu entfalten . . .".[9]) Bei der Analyse, auf welchen Systemprinzipien die Verfassung aufbaut und welche Teile oder Normen schwergewichtig den einzelnen Prinzipien zuzuordnen sind, hält Pernthaler *„je nach methodischem Standpunkt"* sowohl eine historische als auch eine *„zeitgemäße"* Theorie für denkbar. Bei Beschränkung auf wenige Baugesetze und sehr allgemeine theoretische Grundlagen wären kaum entscheidende Differenzen über den abstrakten Inhalt des Verfassungskernes und seine wesentlichen Systemgrundlagen zu erwarten.[10])

Es ist nicht einfach, den methodischen Standpunkt Pernthalers genau zu fixieren. Trotz einer auch geforderten Rückkoppelung des Interpreten an die Normen der Verfassung dürfte aber doch der „Entfaltungsgedanke" – mit der *Leitidee eines dialektischen Kommunikationsprozesses („kommunikatives Wechselgespräch über die Verfassungsinhalte")* zwischen den diversen Handhabern der Verfassung – eine entscheidende Rolle spielen. Möglichkeiten einer historischen Interpretation werden zwar wahrgenommen, aber eben unter anderem. Nach hier vertretener Ansicht schließt dieser Ansatz zuviel ein: Wissenschaftliche Begründung kann nicht durch Kommunikation ersetzt werden. Aus Sicht einer Verfassungsdogmatik kann es nicht auf eine Übereinkunft zwischen den Interpreten ankommen oder auf eine sonstwie zustandegekommene

[4]) Zu den miteinander untrennbar verknüpften Themen „Grundprinzipien" und „Gesamtänderung der Bundesverfassung" besteht eine reiche Literatur. Im Rahmen des folgenden Beitrags kann mit ihr keine systematische Auseinandersetzung erfolgen; vielmehr wird der Schwerpunkt auf literarische Äußerungen der neuesten Zeit gelegt. Umfangreiche Bibliographien finden sich bei *Gamper*, Die verfassungsrechtliche Grundordnung als Rechtsproblem (2000) 199, und *Pernthaler* (FN 3) XV.

[5]) *Pernthaler* (FN 3) 27. Man hat hier darauf zu achten, dass die Verwendung des Begriffs „materiell" auf den einzelnen methodischen Ebenen Verschiedenes bedeuten kann: Eine „materielle" Auslegung des Art. 44 Abs. 3 bedingt noch nicht eine „materielle" Methode im Sinne *Pernthalers*.

[6]) Es soll sich dabei aber nicht um eine „materiale Verfassungsrechtslehre" im Sinne *Werner Kägis* handeln (*Pernthaler* [FN 3] 27, FN 109). Freilich identifiziert sich der Autor an anderer Stelle mit *Kägi*, wenn dieser es „als Aufgabe der materialen Verfassungsrechtstheorie gerade sieht, die Normordnung der Verfassung normativ zu entfalten" (*Pernthaler* [FN 3] 28, FN 114). Diese Unbestimmtheit ist insofern wichtig, als in der zitierten Formulierung *Kägis* eine auf *Hegel* zurückgehende methodische Tradition ausgesprochen wird. Die spezifisch konnotierte Wortfolge „normative Entfaltung" lässt stets anklingen, dass der Interpret eben nicht nur an der Weiterentwicklung der Rechtswissenschaft beteiligt ist, sondern auch und gerade an der Weiterentwicklung des Rechts selbst.

[7]) *Pernthaler* (FN 3) 30.

[8]) *Pernthaler* (FN 3) 32.

[9]) *Pernthaler* (FN 3) 34.

[10]) *Pernthaler* (FN 3) 53.

„herrschende Anschauung", sondern doch nur auf in sich schlüssige und sachlich falsifizierbare Ergebnisse. Diese kann am ehesten die historische Interpretation erbringen.[11])

[11]) Als systematische Darstellungen der letzten Jahre sind zu nennen: *Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgerichtshof (1995) 44; *Barfuß*, Grenzen der Verfassungsänderung, 13. ÖJT (1997) I/1; *Gamper* (FN 4) 134.

Hiesel meint, dass die Wendung „Gesamtänderung der Bundesverfassung" unter Bedachtnahme auf die sich wandelnde soziale Wirklichkeit auszulegen sei. Die Rechtsnorm selbst könnte ihr Verhältnis zur Wirklichkeit bestimmen. Gerade bei abstrakt formulierten Normen sei grundsätzlich von einer *„Offenheit gegenüber Änderungen der sozialen Realität"* auszugehen (57). So sei etwa das demokratische Grundprinzip nicht sozusagen „versteinert" in Kraft gesetzt worden. Dies zeige sich am Frauenwahlrecht. Zwar habe man 1920 das „allgemeine" Wahlrecht als Teil des demokratischen Grundprinzips eingeführt, es habe aber damals nicht als Essenziale der Demokratie gegolten. Heute sei es selbstverständlicher Bestandteil des demokratischen Grundprinzips (60).

Hiesel ist die simple Überlegung entgegenzuhalten, dass jedenfalls die österreichische Rechtsordnung als ein System änderbarer Normen konstruiert ist. Im Zweifel muss daher ganz im Gegenteil angenommen werden, dass eine einmal erlassene Rechtsnorm ihren Inhalt nicht verändert. Gerade auf der höchsten Stufe der Rechtsordnung wird dies besonders deutlich: Was hätte die erschwerte Gesamtänderung der Bundesverfassung für einen Sinn, wenn diese auch auf anderem Weg – nämlich durch Änderung gesellschaftlicher Wertvorstellungen – herbeigeführt werden könnte. Im Übrigen geht das von *Hiesel* gewählte Beispiel in eine falsche Richtung, weil gerade das Frauenwahlrecht – wie noch zu zeigen sein wird – zum demokratischen Grundprinzip gehört.

Barfuß folgt im Wesentlichen der Judikatur des VfGH zu den einzelnen Grundprinzipien, insbesondere auch zum rechtsstaatlichen und liberalen Prinzip. Er teilt die Ansicht, dass die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze besonders am Maßstab der Grundrechte zur verfassungsrechtlichen Grundordnung gehört. Allerdings verwirft *Barfuß* die Denkfigur des VfGH, dass erst eine „Häufung" von Eingriffen in ein Grundprinzip – hier in die Kompetenz des VfGH zur Prüfung der Gesetze am Maßstab der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte – eine Gesamtänderung im Sinne des Art. 44 Abs. 3 B-VG zur Folge habe. Nach hier vertretener Ansicht ist die zuletzt zitierte Kritik von *Barfuß* an der Judikatur des VfGH für sich betrachtet zutreffend, denn wird einmal erkannt, dass die Grundrechte gerade wegen ihrer definitionsgemäßen Allgemeinheit auch nicht durch den Verfassungsgesetzgeber zurückgenommen werden dürfen, so muss dies auch im Einzelfall zur Konsequenz der Annahme einer „Gesamtänderung" führen. Allerdings kombiniert *Barfuß* dieses Element mit der Übernahme des sehr ausgebauten Verständnisses des VfGH zur Reichweite des Gleichheitssatzes und insbesondere damit, dass – im Sinne des Art. 44 Abs. 3 (!) – der Garantiebereich der Grundrechte nicht nur gegenüber der Vollziehung, sondern auch gegenüber der Gesetzgebung normiert ist. Damit wird aber – nach hier vertretener Ansicht – der Begriff der „Gesamtänderung" in nicht mehr haltbarer Weise überspannt, soweit konnte und wollte eben auch der VfGH nicht gehen! – vgl. auch V. später.

Gamper folgt in ihrer Untersuchung den Spuren von *Wimmer* (Materiales Verfassungsverständnis [1971]) und *Pernthaler*. Sie meint, dass zur Feststellung etwa der bundesstaatlichen Wesenselemente die Anwendung eines bestimmten Vorverständnisses ausschlaggebend sei (a.a.O. 137). Diese Ansicht läuft auf einen hermeneutischen Ansatz hinaus, zu dem an dieser Stelle bloß Folgendes zu sagen ist: Es wird nicht übersehen, dass Interpretationsfragen stets mit Zirkularitätsproblemen belastet sind, da sich die subjektiven, persönlichen Vorgänge, die man als „Interpretation" bezeichnet, von ihrem Ergebnis, der „Interpretation" nicht immer deutlich unterscheiden lassen (vgl. *Popper*, Objektive Erkenntnis[4] [1984] 168). Nach hier vertretener Auffassung kommt es

III. Vorrang der historischen Interpretation

Einer positivistischen Rechtsauffassung entspricht eine Auslegungstheorie, die *die Rechtsnorm als Sinn eines Willensaktes auffasst und deshalb den Willen des (historischen) Normsetzers* erforscht.[12]) Die Ausarbeitung einer solchen Theorie ist freilich „postkelsenianisch", Kelsen hielt sich von der Erörterung methodischer Fragen der Interpretation fern und sah diese eher als rechtstechnisches denn als rechtstheoretisches Problem.[13])

Im Rahmen der historischen Methode kommt es zu einer Relativierung eines bisweilen behaupteten Gegensatzes zwischen einer „subjektiv-historischen" Variante, die an der Absicht des Gesetzgebers orientiert ist, und einer „objektiv-historischen" Auslegung, die am Ausdruck, d.h. am förmlich geäußerten, publizierten Willen des Gesetzgebers anknüpft:[14])

Abgesehen von der Problematik der Annahme eines „realpsychischen Willensaktes" ist dessen Inhalt jedenfalls nur über die Deutung im weiteren Sinn sprachlicher Äußerungen zugänglich, wobei dem kundgemachten Gesetzestext gerade die Funktion zukommt, den Willen des Gesetzgebers möglichst präzis zu vermitteln. Wo dies der Fall ist, braucht nicht weitergegangen zu werden. Auf der anderen Seite hängt die Bedeutung des kundgemachten Textes vom Verstehen des Sprachgebrauches des Gesetzgebers ab, der manchmal aus dem Textzusammenhang erkennbar ist, etwa bei Legaldefinitionen, häufig aber aus anderen Daten, nämlich vornehmlich aus den Materialien zu erschließen ist, und schließlich allenfalls über eine „versteinerungstechnische" Objektivierung des Sprachgebrauchs des historischen Normsetzers gewonnen werden kann.[15])

aber darauf an, dieses Moment nicht in die Richtung einer subjektivistischen „Wesensschau" weiterzuentwickeln, sondern es ist – mit den Worten von *Jestaedt* – für die Wahl der Untersuchungsmethode ausschlaggebend, ob sie „eine adäquate, das konkrete Recht in seinem selbstbestimmten Aktualisierungs-, d.h. Erzeugungs- und Anwendungsprozess unverfälscht abbildende Erfassung ermöglicht, ob mit ihrer Hilfe also der normative Eigensinn der Rechtsregeln sowie der Aufbau des Regelsystems des Rechts zur Darstellung gebracht werden kann" (Grundrechtsentfaltung im Gesetz [1999] 275). Ähnlich *Thienel*, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz [1991] 124).

[12]) Vgl. vor allem *Walter*, Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in: Klug-FS (1983) 187; *Walter*, Das Interpretationsproblem im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie, in: Leser-FS (1993) 191. *Thienel* (FN 11) 183; *Jabloner*, Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in: Schambeck-FS (1994) 441 <in diesem Band ab Seite 61. Anm. der Hrsg.>; *Jestaedt* (FN 11) 328 und allgemein *Rüthers*, Rechtstheorie (1999) Rz 778 ff. Vgl. aber auch die Bedenken gegen die subjektive Auslegung gerade aus rechtspositivistischer Sicht bei *Lippold*, Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung (2000) 329.

[13]) *Kelsen*, Zur rechtstechnischen Revision des Völkerbundstatuts, ZÖR 1937, 401 (405).

[14]) Vgl. dazu und zum Folgenden *Jabloner* (FN 12) 443 und *Jestaedt* (FN 11) 353.

[15]) Vgl. *Wiederin*, Anmerkungen zur Versteinerungstheorie, in: Winkler-FS (1997) 1231 (1235). In diese Richtung ist wohl auch das Abstellen *Schäffers*, Kriterien juristischer Auslegung, in: Rill-FS (1995) 595 (609), auf „das in der historischen Situation objektiv Intendierte" zu verstehen.

Der entscheidende Gegensatz liegt daher nicht zwischen „subjektiver" und „objektiver", sondern zwischen „historischer" und „zeitgemäßer" Auslegung. Die hier als „positivistisch" vorgezogene Interpretationsmethode steht damit in einem Gegensatz etwa zum „Kommunikationsmodell" Pernthalers, das den Beurteilungszeitpunkt in die Gegenwart verschiebt und damit *an die Stelle des „Willens des Gesetzgebers" einen „Willen des Gesetzes"* treten lässt, der sich genau genommen als *„Wille des Verfassungsinterpreten"* enthüllt. D.h. zwar nicht, dass der historische Bezug bei einem solchen Interpretationsmodell vollkommen wegfiele, er hat aber seine Bedeutung nur mehr als Argumentationsfigur im Binnenfeld des kommunikativen Prozesses.[16]) Wird die „zeitgemäße" Auslegung zugelassen, so führt dies letztlich zu der etwa von Öhlinger gezogenen Konsequenz, dass das Recht, da es *„außerhalb der Köpfe von Menschen nicht existiert"*, durch die Rechtslehre verändert werden kann. Dies wird nicht etwa bloß rechtssoziologisch gemeint, sondern man könne – so Öhlinger – in einer entwickelten Rechtsordnung annehmen, dass die Lehre eine das Recht selbst formende Funktion habe. Die Zurückhaltung des Interpreten bleibt reine Geschmackssache.[17]) Abgesehen davon, dass dieser Standpunkt rechtstheoretisch höchst problematisch ist,[18]) führt er in der kleinräumigen Verfassungsrechtsszene Österreichs mit ihren vielfältigen Verflechtungen zwischen Verfassungsrechtswissenschaft, Verfassungsrechtssprechung und Verfassungspolitik zur Verpolitisierung der Rechtswissenschaft.

Die historische Interpretation als *ein* Mittel der Sinnermittlung von Rechtsvorschriften wird von keiner Lehrmeinung bestritten. Einwände werden allerdings gegen die hier behauptete Prävalenz der historischen Methode erhoben. Im Kontext der neueren österreichischen Diskussion ist dabei besonders auf Hiesel, der teilweise auf Öhlingers Spuren wandelt, teils Lehren des amerikanischen Verfassungsrechtlers Scalia rezipiert, einzugehen:

Schon Öhlinger meint, dass die tatsächlich von Juristen angewandte historische Interpretation, die sich vor allem auf die Aussagen von Regierungsvorlagen stütze, bloß auf einer Konvention beruhe, für die – so Öhlinger – *„gute rechtsimmanente, aber nicht streng wissenschaftlich beweisbare Argumente"* sprächen.[19]) Hiesel sieht das Versagen der historisch-subjektiven Theorie darin, dass es ihrzufolge letztlich nicht auf den realpsychischen Willen der rechtsetzenden Organe ankomme, sondern diese sich die Inhalte der Gesetzesmaterialien eben zurechnen lassen müssten.[20]) Da Hiesel als Gesetzesmaterialien vornehmlich Regierungsvorlagen und andere von externen Personen erstellte

[16]) Scheinbar vorsichtiger, da eine „zeitgemäße und subjektive" Interpretation ablehnend, *Korinek*, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in: Walter-FS (1991) 363 (369). Damit wird der zulässigen Verfassungsinterpretation zwar abstrakt eine engere Grenze gezogen, wo diese verläuft, bleibt allerdings unklar.

[17]) Vgl. *Öhlinger*, Kann die Rechtslehre das Recht verändern?, ÖJZ 1991, 721.

[18]) Vgl. *Walter*, Das Recht als objektive Gegebenheit oder als Bewusstseinsinhalt, ÖJZ 1992, 281.

[19]) *Öhlinger* (FN 17) 721 (723).

[20]) *Hiesel*, Neue Wege in der Grundrechtsinterpretation?, ZfRV 2000, 53 (61).

Entwürfe versteht, kommt er zum Schluss, dass diese Zurechnung mangels Ermächtigung im Hinblick auf Art. 24 B-VG verfassungswidrig sei.

Hiesels Bedenken beruhen meiner Ansicht nach auf einem Missverständnis: Die im verfassungsrechtlichen Verfahren der Rechtserzeugung anfallenden und rechtlich konturierten „Materialien" dienen der Auslegungsökonomie im Sinne einer Abgrenzung der juristischen von der geschichtswissenschaftlichen Methode.[21]) Auch bei der historischen Auslegung geht es primär um die Sinnermittlung von Texten. Stets ist zu fragen, was der (historische) Normsetzer mit einer bestimmten Wendung gemeint hat oder haben kann. Hiesel geht in zweierlei Hinsicht fehl: Zum einen sind die Materialien keineswegs auf externe Entwürfe, besonders Regierungsvorlagen, beschränkt. Schon der Ausschussbericht bedeutet eine auch formelle Transformation eines außerhalb des Parlaments gebildeten Willens in den parlamentarischen Bereich, und schließlich geben die Protokolle der Sitzungen der parlamentarischen Organe unmittelbar Willensäußerungen der zur Normsetzung ermächtigten Personen wieder. Schon diese Überlegung zeigt, dass sich keineswegs gleichsam die Gesetzesmaterialien vor den Gesetzestext schüben.[22]) Zum anderen geht es überhaupt nicht darum, dass im Fall des Widerspruchs zwischen Erläuterungen und möglichem Wortsinn der Normsetzer die Gesetzesmaterialien gegen sich gelten lassen muss – wie dies Hiesel die historische Theorie beschreibend anscheinend meint –, sondern die Materialien kommen bei Unverständlichkeit oder Mehrdeutigkeit des Normtextes zur Anwendung. Selbst in Fällen „sinngeben-

[21]) Dazu näher *Jabloner* (FN 12) 447.

[22]) *Hiesel* (FN 20) 53 (61), zieht zur Unterstützung seiner Kritik auch die Lehre des amerikanischen Verfassungsrechtlers *Scalia* heran, der einen radikal historisch-objektiven Ansatz mit einer ebenso radikalen Ablehnung des historisch-subjektiven Ansatzes verknüpft (vgl. Common-Law Courts in a Civil-law System: The Role of United States Federal Courts in Interpretating the Constitution and the Laws, in: A Matter of Interpretation [1997] 3 [14]). Seiner Ansicht nach darf lediglich nach der Bedeutung der vom Gesetzgeber verwendeten Wörter im historischen Kontext gefragt werden, wobei aber die Materialien der Gesetzgebung gerade nicht herangezogen werden dürfen. Es dürfe keinesfalls auf die „Absicht" des historischen Gesetzgebers ankommen, weil damit der Weg dafür geöffnet werde, dass sich eben die Ansicht des heutigen Interpreten von einem vernünftigerweise anzunehmenden Willen des historischen Normsetzers durchsetze.

Dazu ist Folgendes zu sagen: Zunächst verliert die Theorie *Scalias* in dem Moment ihre Schärfe, in dem er – der Kritik von *Dworkin* (Comment, in: A Matter of Interpretation [1997] 115) zustimmend – „semantische" Absichten zulassen muss (*Scalia*, Response, in: A Matter of Interpretation [1997] [144]). Damit wird es aber – zumindest aus der Sicht einer Rechtsordnung wie der österreichischen – uneinsichtig, weshalb diese semantischen Absichten nicht mit Hilfe der Gesetzesmaterialien erkundet werden sollten. Da es im gegebenen Zusammenhang aber stets nur um diese Art von „Absichten" des Gesetzgebers geht, nämlich was er mit einer bestimmten Wendung gemeint haben könnte, lässt sich daraus kein Einwand gegen den hier vertretenen hohen Gebrauchswert der Gesetzesmaterialien gewinnen. *Scalias* Kritik richtet sich wohl eher gegen eine teleologische Interpretation, die sich nicht mehr auf im Gesetzestext ausdrücklich normierte Zwecke beruft, sondern auf mögliche darüber hinausreichende Zweckvorstellungen des Gesetzgebers, die diesem „zugesonnen" werden (vgl. *Jabloner* [FN 12] 445 und auch VII. später).

der" Druckfehler gilt infolge des spezifischen Fehlerkalküls des Bundesgesetzblattgesetzes zunächst der kundgemachte Text.[23])

Der hier angenommene Primat der historischen Auslegung beruht auf einer rechtstheoretischen Einsicht.[24]) Dazu tritt weiters die Überlegung, dass gerade an der Spitze der Verfassung besonders vorsichtig interpretiert werden muss, da sich die Grundprinzipien wegen ihrer offensichtlichen Allgemeinheit und Vagheit besonders als Einfallspforten ideologischer Wunschvorstellungen eignen. Dies zeigt der Umstand, dass die Grundprinzipien in den letzten Jahrzehnten dazu dienten, dem positiven Verfassungsrecht durchaus unterschiedliche höchste Wertmaßstäbe aufzupfropfen. Die Beispiele dafür sind die Überhebung des Rechtsstaatsprinzips hauptsächlich in den 50er und 60er Jahren,[25]) die Unterstellung der gesamten Verfassung unter den demokratischen Leitgedanken,[26]) die immer versuchte Aufwertung des föderalistischen Prinzips[27]) oder die mit der Höchststufung der Grundrechte verbundene Theorie der auch über Art. 44 Abs. 3 B-VG unzulässigen „Verfassungsdurchbrechung".[28])

Schließlich hat der im Folgenden unternommene Versuch, die *Verfassungsentstehung* für die Interpretation des Begriffs „Gesamtänderung der Bundesverfassung" nutzbar zu machen, auch den ästhetischen Reiz, die beiden Stufenbaustrukturen des Rechts, nämlich den bis zur historisch ersten Verfassung zurückgehenden Bedingungszusammenhang einerseits, und den bis zu den Grundprinzipien ansteigenden Stufenbau nach der derogatorischen Kraft andererseits aufeinander zu beziehen.

IV. Vertikale Verfassungsvergleichung

Doch zurück zur Verfassungsnorm des Art. 44 Abs. 3 B-VG. Kann die historische Methode überhaupt zu Ergebnissen führen? Einstieg ist der schon von den Kommentatoren aufgezeigte Doppelsinn dieser „Gesamtänderung der Bundesverfassung". Könnte Öhlinger mit seiner Vermutung im Recht sein, gerade bei

[23]) Vgl. § 2 Abs. 7 BGBlG, BGBl. 1996/660.

[24]) So auch *Jestaedt* (FN 11) 333.

[25]) Anschaulich etwa bei *Werner*, Rechtsstaat und Verwaltungsgerichtsbarkeit, JBl 1965, 578 (581).

[26]) Vgl. *Noll*, Verfassungsgebung und Verfassungsgericht (1994) 47.

[27]) Zuletzt bei *Gamper* (FN 4) 188.

[28]) *Pernthaler* (FN 3) 82. Vgl. demgegenüber das schon bei *Antoniolli*, Die rechtliche Tragweite der Baugesetze der Bundesverfassung, in: Merkl-FS (1970) 33 (34), aufgestellte Postulat nach einer „strikten" juristischen Auslegung der Verfassungsnormen, soll der Gehalt der Baugesetze gewonnen werden. *Antoniolli* spricht zwar auch davon, dass „Verfassungen Willensakte eines Verfassungsgesetzgebers" sind, doch wird er für den hier vertretenen Primat der historischen Auslegung nur der Tendenz nach in Anspruch genommen, schlägt er doch u.e. eine Orientierung an der zivilrechtlichen Auslegung vor.

historisch strenger Sicht sei allein die formelle Sicht zutreffend, „Gesamtänderung" sei nicht anderes als „Totalrevision"?[29])

Deutlich dagegen spricht, dass sämtliche Vorentwürfe von Kelsen bereits die Wendung „Gesamtänderung der Bundesverfassung" enthalten.[30]) Nun trifft eine anonyme Stellungnahme eines „österreichischen Rechtsgelehrten" – bisher unwidersprochen Kelsen zugerechnet – vom Februar 1920, dazu die Aussage, „. . . wobei sich freilich der Jurist die Frage vorlegen muss, ob es möglich ist, die Begriffe Gesamtänderung und teilweise Änderung scharf zu sondern."[31]) Diese Zweifel liegen schon auf der Linie der eingangs zitierten Kommentarstelle von Kelsen/Froehlich/Merkl. Meines Erachtens belegen sie, dass dem Verfassungsgesetzgeber die Doppeldeutigkeit der Worte „Gesamtänderung der Bundesverfassung" klar war.

Nun bedeutet eine am Willen des Gesetzgebers orientierte Auslegung ja nicht, dass dieser Wille als ein eindeutiger erkannt werden muss. Formelle und materielle Interpretation des Art. 44 Abs. 3 B-VG stehen zueinander keineswegs in einem logischen Ausschluss-, ja nicht einmal in einem inhaltlichen Spannungsverhältnis. Es ist plausibel, unter einer „Gesamtänderung" eben *sowohl eine formelle Totalrevision, d.h. die Erarbeitung einer neuen Verfassungsurkunde, als auch eine Änderung von Prinzipien*, zu verstehen.

Die historische Interpretation führt somit zum Zwischenergebnis, dass Art. 44 Abs. 3 B-VG auch materiell auszulegen ist. Damit stellt sich aber die viel schwerer zu beantwortende Frage, wie nun im Sinne historischer Auslegung weiter vorzugehen ist. Der Gebrauchswert der Materialien im engeren Sinn ist bereits erschöpft.[32]) Hier wird nun die Ansicht vertreten, dass zu den „Materialien" der Gesetzgebung, also den Auskunftsmitteln über den Willen des Gesetzgebers, auch die von den auszulegenden Rechtsvorschriften dero-

[29]) Vgl. *Öhlinger*, Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 1990, 2. Dem kann zunächst entgegengehalten werden, dass bereits der erste Verfassungsentwurf der Christlich Sozialen Partei eine Bestimmung enthielt, wonach über „die Totalrevision (gänzliche oder wesentliche Änderung) der Bundesverfassung . . . das Gesamtvolk des Bundesfreistaates in allgemeiner Abstimmung" entscheidet. *Strehle*, Der Begriff der Gesamtänderung der Verfassung, JBl 1935, 465 (465) und *Öhlinger*, a.a.O., 2 halten diesen Entwurf für unerheblich; a.A. *Hiesel* (FN 11) 40. Das Abstellen auf eine auch „wesentliche" Änderung ist zwar ein Indiz für eine qualitative, d.h. auch „materielle" Lesart. Wirklich richtungweisend ist diese Stelle nicht, da der in Rede stehende Entwurf noch nicht klar die Erzeugungsstufe der formellen Verfassungsgesetzgebung kannte.

[30]) Vgl. *Ermacora*, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920, Bd. IV: Die Sammlung der Entwürfe zur Staats- bzw. Bundesverfassung (1990) 86. In die gleiche Richtung geht auch die bei *Ermacora* (Die Entstehung der Bundesverfassung 1920, Bd. II: Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform [1989] 214) wiedergegebene Stellungnahme von *Layer*.

[31]) Vgl. *Ermacora*, Bd. II (FN 30) 323 (329) unter Berufung auf *Schmitz*, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung (1981) 314, 325.

[32]) Vgl. noch die allerdings unergiebigen Bemerkungen von *Bauer* und *Seipel* im Verfassungsunterausschuss – bei *Ermacora*, Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht (1920) (1967) 346 (vgl. dazu auch *Öhlinger*, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu den EG [1988] 20).

gierten Rechtsvorschriften gehören.[33]) Dies ist innerhalb einer gegebenen Rechtserzeugung fast eine Trivialität, da die Mehrzahl neuer Rechtsvorschriften an die Stelle von alten Rechtsvorschriften tritt. Für die Nutzbarmachung dieses Gedankens für die Auslegung einer im formellen Sinn neuen Verfassung soll der im Folgenden skizzierte Weg eines *„vertikalen Verfassungsvergleichs"* zur Diskussion gestellt werden:

Der rechtliche Bedingungszusammenhang einer (Verfassungs-)Rechtsordnung reicht bis zu einer *historisch ersten Verfassung* zurück, das ist jener revolutionär gesetzte Akt, der sich auf Grund der Rechtserzeugungsregel der vorangegangenen Verfassung nicht als Rechtsakt deuten lässt, mit dem aber die Erlassung einer neuen Verfassung beansprucht wird. Seine Geltung muss unter der Bedingung der Effektivität angenommen werden. Das ist die klassische Lehre von der formellen Kontinuität resp. Diskontinuität positiver Rechtsordnungen.[34])

Zwar muss mit einer Diskontinuität nicht denknotwendig eine Verfassung verbunden sein, die neuen Leitideen folgt, da es zur Revolution ja schon genügt, dass nicht ermächtigte Organe tätig geworden sind. Aber realistischerweise wird es – als Sinn des revolutionären Aktes – eine scharfe inhaltliche Zäsur geben, die im Wechsel von Leitideen im Sinne einer materiell gedachten „verfassungsrechtlichen Grundordnung" zum Ausdruck kommt. Leitideen sind so gesehen durch ihren Neuerungscharakter definiert, durch die Differenz zu den Leitideen der früheren Verfassung; in den neuen Leitideen kommt der revolutionäre Charakter am deutlichsten zum Ausdruck.

Regelmäßig wird es nun der Fall sein, dass auch die revolutionär entstandene Verfassung nur zum Teil neuen Leitideen folgt, zum Teil aber auch Leitideen der früheren Verfassung rezipiert werden (die wiederum vor dem Hintergrund der Leitideen der ihr vorangegangenen Verfassung identifiziert werden können). Ob dies der Fall ist oder ob der neue Verfassungsgesetzgeber die alten Leitideen quasi nur mangels Alternativen „mitschleppt", ist allerdings eine Frage der Interpretation.

Die für die geltende österreichische Rechtsordnung historisch erste Verfassung ist der revolutionäre Akt der *Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945*.[35]) Ihre Leitidee – und somit Grundprinzip im Sinne des B-VG – ist die

[33]) Vgl. *Jabloner* (FN 12) 448.

[34]) *Kelsen*, Reine Rechtslehre[2] (1960) 47, 203. „Revolution aber ist – vom juristischen Standpunkt aus gesehen – nichts anderes als der Bruch der Rechtskontinuität" (*Kelsen*, Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, 1. Teil [1919] 10).

[35]) Zur Problematik, dass dieser Akt seiner Selbstdeutung nach die – juristisch nicht gegebene – Kontinuität betonte vgl. zuletzt eingehend *Adamovich*, Das Unbehagen in der Zweiten Republik, in: Rabofsky-GS (1996) 1 (2). Ein Argument für die Unabänderlichkeit der Kerne des rechtsstaatlichen und demokratischen Prinzips der Bundesverfassung kann man nach hier vertretener Ansicht – entgegen *Morscher*, Lebendiges oder gerade noch lebendes Verfassungsrecht – Soll das B-VG seinen 80. Geburtstag erleben?, in: *Wieser/Stolz* (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert (2000) 117 (121) – aus der Unabhängigkeitserklärung nicht gewinnen, entspricht dem „Geist der Verfassung" jedenfalls doch auch die Abänderbarkeit der Verfassung.

Absage an den Nationalsozialismus.[36]) Mit ihr setzt eine Verfassungsentwicklung ein, die zur Rezeption des B-VG 1920 (in der Fassung von 1929) führt. Dessen revolutionäre Neuerungen – und deklarierte Leitideen – sind die *Prinzipien der Demokratie, der Republik und des Bundesstaates*.[37]) Freilich wird dieser – vorher allenfalls materiell zu denkende – Stufenbau der Rechtsordnung erst durch das B-VG normativiert, erscheinen doch im Grunde des Art. 44 Abs. 3 diese „Grundprinzipien" als eine durch ihre erhöhte Bestandskraft ausgezeichnete Rechtsschicht.[38])[39])

[36]) Vgl. schon *Brande*, Einleitung zum Parteiengesetz und zum Verbotsgesetz, in: Kodex Verfassungsrecht[11](1994) Teil 7, 1. Vgl. weiters *Zeleny*, Enthält die österreichische Bundesverfassung ein antinationalsozialistisches Grundprinzip?, juridikum 2004, 182, 2005, 22 <bibliographische Angaben 2013 vervollständigt. Anm. der Hrsg.>. *Zeleny* kommt in seiner sehr ausgearbeiteten Darstellung zur Bejahung dieser Frage, sieht den entscheidenden normativen Akt allerdings in § 1 Verbotsgesetz 1945, StGBl. 1945/13. Nun besteht eine alternative Deutung darin, in den fraglichen Rechtsakten aus 1945 nicht die Begründung eines neuen, sondern die teilweise Derogation des demokratischen Grundprinzips zu sehen (vgl. etwa *Schäffer*, Deutschlands „Grundgesetz": Vom Verfassungsprovisorium zur Musterverfassung – Reflexionen aus dem Nachbarstaat Österreich, DÖV 1999, 485 [487]). Das Anknüpfen an das Verbotsgesetz 1945 würde eher diese Deutung nahelegen, bei Anknüpfen an die Unabhängigkeitserklärung spricht mehr für ein neues Grundprinzip (vgl. auch die ein analoges Problem ansprechende FN 39).

[37]) Die historisch erste Verfassung der Ersten Republik ist der Beschluss der provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918, StGBl. 1918/1. Unmittelbar damit wird die republikanische Staatsform eingeführt. Zur „Oktoberverfassung von 1918" vgl. eingehend *Berchtold*, Verfassungsgeschichte der Republik Österreich, Bd. I: 1918 – 1933 (1998) 56, und *Brauneder*, Deutsch-Österreich 1918 (2000) 45 (bes. 60). Der folgende Prozess der Verfassungsgesetzgebung bis zur Erlassung des B-VG am 1. Oktober 1920 ist – da zunächst explizit nur ein „Provisorium" geschaffen wurde (vgl. *Renner*, Einleitung zu *Kelsen*, Verfassungsgesetze [FN 34] IV) – als Einheit zu sehen.

[38]) Zugleich vollendet Art. 44 Abs. 3 B-VG den Spielregel-Charakter der Bundesverfassung. Indem freilich bei Einhaltung der speziellen Erzeugungsbedingung jeder neue Verfassungsinhalt juristisch legitimiert wird, wird zugleich jede Form der Revolution, also der Herbeiführung einer „Gesamtänderung" (hier im Sinn einer materiellen Änderung der Grundordnung) unter Missachtung eben dieser Regeln politisch delegitimiert. Ist vorgezeichnet, dass letztlich eine qualifizierte Mehrheit des Volkswillens den Ausschlag für eine Gesamtänderung geben soll, können sich Revolutionäre nicht mehr auf einen vermeintlichen „eigentlichen" Volkswillen berufen.

[39]) Seit der Wiederinkraftsetzung des B-VG wurde dieses einmal einer Gesamtänderung unterworfen, und zwar im Zusammenhang mit dem Beitritt Österreichs zur EU. Damit ist die Frage aufgeworfen, ob dadurch zugleich auch ein neues „Grundprinzip" in die österreichische Verfassungsrechtsordnung eingeführt wurde. Dazu zunächst zwei Vorbemerkungen:

Die Integration Österreichs in die EU könnte materiell gesehen als ausgeprägt neue Leitidee der Bundesverfassung zwar ein neues Baugesetz bilden. Ob dies der Fall ist, hängt vom Willen des Normsetzers – hier die am Verfahren der Gesamtänderung beteiligten Organe unter Einschluss des Bundesvolkes – ab. Konstruktiv ist zu berücksichtigen, dass keineswegs jede „Gesamtänderung" der Bundesverfassung mit der Einführung eines neuen Grundprinzips verbunden sein muss. (Ein einfaches Beispiel dafür wäre etwa die Abschaffung der Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzge-

Das B-VG schließt aber auch die Leitideen der *Dezember-Verfassung*[40]) ein, soweit ganze Komplexe von Normen durch formale Rezeption (vgl. Art. 149 B-VG)[41]) oder weit gehende inhaltliche Übernahme (vgl. die Vorschriften über die Gerichtsbarkeit in Art. 82 ff B-VG) transformiert wurden. Das rechtsstaatliche und das liberale Element sind Errungenschaft bereits der Dezember-Verfassung. Die Entstehung des B-VG zeigt – neben den revolutionären – auch deutlich konservative Züge, gerade die Errungenschaften des liberalen Rechtsstaats der Dezember-Verfassung sollten bewahrt werden.[42])

bung. Die Aufhebung dieser Mitwirkung wäre zweifellos eine „Gesamtänderung", aber ersichtlich keine Einführung eines neuen Grundprinzips.)

Nimmt man das BVG über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, BGBl. 1994/744, und seine Materialien in den Blick, so leuchtet nur der Gedanke hervor, dass der Beitritt – im Hinblick auf den Eingriff in das demokratische, bundesstaatliche und rechtsstaatliche Prinzip als Gesamtänderung – dem Verfahren nach Art. 44 Abs. 3 B-VG zu unterziehen wäre. Ein Hinweis darauf, dass damit ein neues „Grundprinzip" eingeführt werden sollte, fehlt. Der Beitritt Österreichs zur EU hat ja vor dem Hintergrund einer bereits langen Diskussion über die Bedeutung des Art. 44 Abs. 3 B-VG stattgefunden, sodass sich irgendeine „stillschweigende Annahme" verbietet. Dazu kommt noch die folgende Überlegung: Auf dem Boden des B-VG scheint es für „Grundprinzipien" so etwas wie eine „Bezeichnungspflicht" zu geben. Die Bedeutung der Art. 1 und 2 B-VG, die das demokratische, republikanische und bundesstaatliche Prinzip zum Ausdruck bringen, könnte darin liegen, dass mit dem B-VG für neu einzuführende Grundprinzipien eine „Deklarationspflicht" besteht. Ohne weiteres hätte der Bundesverfassungsgesetzgeber in die ersten Artikel des B-VG eine entsprechende Deklaration über die Integration Österreichs in die EG aufnehmen können, wie dies aus geringerem Anlass und ohne Zusammenhang mit einer Gesamtänderung etwa bei der Einführung des Bekenntnisses zur „Umfassenden Landesverteidigung" (Art. 9a B-VG) erfolgt ist. Es wird daher hier die Auffassung vertreten, dass die Gesamtänderung der Bundesverfassung des Jahres 1995 rein derogativ zu verstehen ist. Ihre Bedeutung liegt darin, dass die betroffenen Grundprinzipien zwar durchaus weiter bestehen, aber eben mit der entsprechenden Modifikation; ein neues Grundprinzip wurde mit dem Beitritt nicht eingeführt (vgl. auch *Schäffer* [FN 36] 491 zu Art. 23 GG). Daraus folgt, dass für eine völkerrechtliche Vereinbarung über den Austritt Österreichs aus der EU kein dem Verfahren nach Art. 44 Abs. 3 zu unterwerfendes Verfassungsgesetz notwendig wäre – vgl. *Griller*, Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft, ZfV 1995, 89 (95). Wieder eine andere Frage ist es, ob Änderungen des EU-Primärrechtes als Gesamtänderung zu behandeln sind (dazu *Griller*, a.a.O.).

[40]) Die Kontinuität oder Diskontinuität der Dezember-Verfassung stellt ein besonderes Problem dar. Aus zeitgenössischer Sicht lag eine „Verfassungsreform" vor, deren Grundlage das Februarpatent von 1861 bildete (vgl. *Ulbrich*, Das österreichische Staatsrecht[3] [1904] 35, und *Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß entwicklungsgeschichtlich dargestellt [1923] 23). *Kelsen* spricht aber auch vom „wiederholten Bruch der Rechtskontinuität". Im hier gegebenen Zusammenhang kann dies dahin gestellt bleiben, da es sich jedenfalls um eine „neue" Verfassung mit ausgeprägten – auf 1848 zurückgehenden – Leitideen handelte. Vgl. auch VII später.

[41]) Die älteste verfassungsrechtliche Schicht bildet das Gesetz zum Schutz des Hausrechtes aus 1862, seinerseits rezipiert mit Art. 9 Abs. 2 StGG 1867. Der Rezeption in Art. 149 B-VG hätte es somit nicht bedurft.

[42]) Vgl. *Kelsen* (FN 40) 161.

Die hier zunächst grundsätzlich angestellte Überlegung scheint prima vista von Lehre und Judikatur – lässt man 1945 aus dem Spiel – kaum abzuweichen. Dies gilt aber nur dem Grunde nach. Es wird zu zeigen sein, dass die Betonung der historischen Perspektive markante Unterschiede zur herrschenden Auffassung mit sich bringt.

Zuvor ist noch einem prinzipiellen Einwand Pernthalers zu begegnen: Die Bundesverfassung 1920 sei als Torso und Provisorium entstanden und 1945 ebenso wieder in Kraft gesetzt worden. Niemand könnte daher ernsthaft behaupten, dass die seitherige inhaltliche Ausgestaltung und judikative Fortentwicklung der österreichischen Bundesverfassung ohne materielle Auswirkungen auf grundlegende „Entscheidungen" des seinerzeitigen Verfassungsgesetzgebers gewesen seien, die 1920 zum größten Teil überhaupt noch nicht getroffen waren. Eben deshalb gelte es die „eigentliche Bedeutung der Änderungssperre des Art. 44 Abs. 3 B-VG . . . in der Folge zu entfalten".[43])

Nun ist es zwar zutreffend, dass die Bundesverfassung weder 1918/20 noch 1945 ein in sich werthomogenes, von bestimmten Vorstellungen abgeleitetes Regelwerk gewesen war. Aber der Rechtswissenschaftler kann nicht die Aufgabe haben, behauptete „verborgene" Inhalte zu entfalten, sondern hat den Prozess zu beschreiben, der sich tatsächlich abgespielt hat.[44]) Es ist kein Grund dafür zu sehen, die revolutionären Errungenschaften der nach den beiden Weltkriegen entstandenen Bundesverfassungen gering zu schätzen. Im Gegenteil: Die Absage an die durch Habsburg-Lothringen verkörperte Monarchie, die es versäumt hatte, Österreich aus dem Furor des Ersten Weltkrieges wieder hinauszuführen oder der – zumindest in der Entstehungszeit der Zweiten Republik vorhandene – Wille, die Reste des Nationalsozialismus zu beseitigen, sind mindestens so ernst und wichtig wie die Perfektionierung des Gleichheitssatzes oder das Modellieren am Bundesstaat.

V. Vorläufige Bemerkungen zu den einzelnen Grundprinzipien

Im Rahmen dieser Skizze wolle keine systematische Bearbeitung der Frage erwartet werden, was die Grundprinzipien im Einzelnen erfassen und in welchen Fällen ihre gänzliche oder teilweise Aufhebung vorliegt. Soviel sei aber gesagt:

Der *rechtsstaatliche Kern* der Bundesverfassung ist im Wesentlichen dem StGG über die richterliche Gewalt, RGBl. 1867/144, zu entnehmen und liegt – und dies kann hier nur angedeutet werden – einerseits in den *Garantien der Justiz mit Einschluss ihrer Trennung von der Verwaltung und andererseits in der Verwaltungsgerichtsbarkeit als Funktion der richterlichen (justizförmigen) Kontrolle der Rechtmäßigkeit individueller Verwaltungsakte.* Die Verwal-

[43]) *Pernthaler* (FN 3) 8.

[44]) Vgl. freilich auch später VII.

tungsgerichtsbarkeit bedingt eine komplementäre Struktur eines verdichteten Verwaltungsrechts, mit den Grundsätzen der Einräumung subjektiv-öffentlicher Rechte, der damit verbundenen Parteistellung im Verwaltungsverfahren und dessen förmlichen Erledigung.[45]) Dazu tritt nach Art. 11 des StGG über die Regierungs- und Vollzugsgewalt, RGBl. 1867/145, die *Erlassung von Verordnungen auf Grund der Gesetze.*

Betrachtet man die Weiterentwicklung des rechtsstaatlichen Prinzips 1918/20, so erscheint die Einführung des Art. 18 Abs. 1 (und 2) B-VG als wesentliche Neuerung. Nunmehr ist die gesamte staatliche Verwaltung auf Grund der Gesetze auszuüben, die in der Monarchie noch gegebenen gesetzesfreien Räume für die Erlassung von Verordnungen[46]) fallen prinzipiell fort. Das neue *Legalitätsprinzip* steht allerdings zu den Grundprinzipien in mehrschichtiger Relation:

Das rechtsstaatliche Prinzip in seinem früheren Verständnis betraf nämlich (noch) nicht die Herrschaft des (parlamentarisch erzeugten) Gesetzes, sondern den Ausschluss rechtsfreier Räume, insbesondere des polizeilichen Zugriffs. Art. 18 ist Ausdruck des Begreifens der *Verwaltung ausschließlich als Rechtsfunktion,* des – um mit Kelsen zu sprechen – *„in allen seinen Tätigkeiten, durch die Rechtsordnung determinierten, nach allen wesentlichen Richtungen juristisch begreifbaren Staates"*, diese Idee des Rechtsstaats erfüllten die *„heute geltenden Verfassungen Österreichs und Deutschlands"*.[47]) Diese rechtliche Durchdringung der Verwaltung mit dem Effekt der Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit des Rechts und der Durchsetzbarkeit rechtlicher Positionen ist nicht notwendig an parlamentarische Rechtserzeugung geknüpft, sondern kann auch durch generelle Verwaltungsakte, so sie nur determinierend genug sind, erfüllt werden.[48]) Der eigentlich revolutionäre Gehalt des Art. 18 liegt im demokratisch-parlamentarischen Moment: Nicht mehr nur die Rechtssicherheit durch Bindung an generelle Normen steht im Vordergrund, sondern die Bindung an den im Gesetz zum Ausdruck kommenden Volkswillen.[49])

Problematisch ist die verbreitete Auffassung, dass auch die verfassungsgerichtliche Funktion der Gesetzesprüfung zum rechtsstaatlichen Grundprinzip zählt,[50]) dieses gleichsam „vollendend". Zwar ist dies in einem verfassungstechnischen Sinn zweifellos richtig und liegt in der Einrichtung des gesetzesprüfenden VfGH die Modernität des B-VG.[51]) Indessen konnte die heute weit im Vordergrund stehende Prüfung der Grundrechtskonformität der Gesetze – da theoretisch noch gar nicht entwickelt – den Schöpfern des B-VG auch nicht vor Augen stehen. Vielmehr sollte 1918/20 einerseits die individuelle Grundrechtsverbürgung bestehen bleiben und andererseits eine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen, im bundesstaatlichen Zusammenhang[52]) eingerichtet werden. Die im B-VG freilich rechtstechnisch bereits angelegte Prüfung der Grundrechtskonformität der Gesetze wird erst später in Gang gebracht.[53]) Es kann daher grundsätzlich keine „Gesamtänderung" der Bundesverfassung vorliegen, wenn der Verfassungsgesetzgeber gesetzliche Bestimmungen der Prüfung durch den VfGH „entzieht".[54])

Zum *liberalen Grundprinzip* ist auszuführen, dass der republikanische Verfassungsgesetzgebers bekanntlich sowohl 1918/20 als auch 1945 – zeitgeschichtlich verständlich – außerstande war, Diskontinuitäten zur Neuformierung der Grund- und Freiheitsrechte zu nutzen. Sie wurden daher im Wesentlichen mit dem StGG über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, RGBl. 1867/142, übernommen. Hinter ihren Standard kann ohne Gesamtänderung nicht gegangen werden. Insofern bedeutet jeder – auch verfassungsgesetzliche – Rückbau eine „Gesamtänderung". Nach hier vertretener Ansicht gilt dies allerdings nur für die 1867 intendierte Relation gegenüber der Vollziehung, nicht gegenüber der Gesetzgebung.[55])

Rezipiert wurde auch der durch einen Gerichtshof des öffentlichen Rechts zu gewährleistende Schutz der Grundrechte.[56]) Die republikanische Verfassung bringt aber als wesentliche Erweiterung des liberalen Prinzips die nunmehr kassatorische Wirkung der Urteile des VfGH, von Kelsen „als sehr wichtige Änderung" gegenüber dem bloß deklaratorisch erkennenden Reichsgericht gewertet.[57])

---

[45]) Vgl. insbesondere Art. 15 des zit. StGG.

[46]) Vgl. *Ulbrich* (FN 40) 137.

[47]) *Kelsen,* Rechtsstaat und Staatsrecht, Österreichische Rundschau 1913, 88 (Nachdruck in: *Klecatsky/Marcic/Schambeck* [Hrsg.], Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 2 [1968] 1525 [1528]).

[48]) Vgl. *Merkl,* Die ständisch-autoritäre Verfassung Österreichs (1935) 8.

[49]) Vgl. nur *Klecatsky,* Der Verwaltungsgerichtshof und das Gesetz, in: FS 90 Jahre VwGH (1966) 46 (52).

[50]) Vgl. z.B. – allerdings distanziert referierend – *Öhlinger,* Verfassungsrecht[3] (1997) 55, und nach der möglichen Zuordnung dieser Funktion auch zum gewaltenteilenden Grundprinzip differenzierend *Pernthaler* (FN 3) 51. Vgl. weiters die Hinweise bei *Hengstschläger,* Totaländerung der Verfassung durch Gesetzessanierung, in: Walter-FS (1991) 215 (235).

[51]) In diesem Sinn sprechen etwa *Walter/Mayer,* Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[9] (2000) Rz. 166, davon, dass das rechtsstaatliche Prinzip etwa in der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze „seinen Ausdruck findet".

[52]) Vgl. *Öhlinger* (FN 29) 6.

[53]) Sie ist in der Möglichkeit des VfGH zur impliziten Normenkontrolle schon 1920 angelegt und wird durch die 1929 geschaffenen Anfechtungslegitimationen des OGH und des VwGH wesentlich verstärkt. In die Zwischenzeit fällt die immer intensivere Diskussion um die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere auf der Staatsrechtslehrertagung von 1928 – vgl. nur *Kelsen,* Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929) 30.

[54]) Wie hier auch *Öhlinger* (FN 29) 5. Für bundesverfassungsrechtliche Maßnahmen auf dem Kompetenzgebiet kann sich allenfalls die Frage der Vereinbarkeit mit dem bundesstaatlichen, aber nicht mit dem rechtsstaatlichen Grundprinzip stellen, was sich schon aus Art. 138 Abs. 2 B-VG ableiten lässt. Nicht übersehen werden sollte freilich, dass eine Häufung von Verfassungsbestimmungen infolge der dadurch ausgelösten „Blockadewirkung" in ein Spannungsverhältnis zum demokratischen Grundprinzip geraten kann (vgl. *Hengstschläger* [FN 50] 241).

[55]) *Barfuß* [FN 11] 45, kann somit nur teilweise gefolgt werden. Vgl. auch oben II.

[56]) Art. 3 lit. b des StGG über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, RGBl. 1867/143.

[57]) Vgl. schon StGBl. 1919/212 und *Kelsen* (FN 40) 107.

Für das *demokratische Prinzip* sind – zusammengerafft gesprochen – zunächst die Herstellung des allgemeinen Wahlrechts (Einführung des Frauenwahlrechts)[58]) und die auf die Erzeugung von Gesetzen gerichtete, im Grundsatz mittelbare Demokratie – mit Elementen der unmittelbaren Demokratie, insbesondere mit der Garantie der Volksmitwirkung an der Gesamtänderung selbst – wesentlich. Damit ist auch die Verfahrensnorm des Art. 44 Abs. 3 selbst Bestandteil des demokratischen Prinzips.[59]) Dazu tritt – wie ausgeführt – das Legalitätsprinzip, da es die Durchsetzung des – parlamentarisch gebildeten – Volkswillens in allen Bereichen der Vollziehung zum Ausdruck bringt.

Verhältnismäßig wenig beachtet wird das *republikanische Prinzip*. Entgegen der Lehre[60]) stehen die Bestimmungen des Art. 60 Abs. 6 B-VG, des Habsburgergesetzes und des Adelsgesetzes aufs Engste mit der revolutionären Entstehung der Republik Österreich im Zusammenhang. So wenig bedeutsam eine Bestimmung auch sein mag, die Angehörige regierender oder ehemals regierender Häuser von der Kandidatur zum Bundespräsidenten ausschließt, so sehr spiegelt sie die Identität Österreichs von 1918 wider.

Das *bundesstaatliche Prinzip* garantiert im Sinne des oben Gesagten zunächst die Einrichtung der neun in Art. 2 B-VG genannten Länder als Gliedstaaten mit Gesetzgebung und Vollziehung und die daraus abgeleitete Trennung der Vollzugsbereiche. Dazu treten die Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung mittels des Organs „Bundesrat" sowie die gesamtstaatliche Streitvermittlung durch den VfGH in Kompetenzstreitigkeiten auf verschiedenen Stufen der Rechtserzeugung, insbesondere auch auf Gesetzesebene.[61])[62])

[58]) Art. 9 des Beschlusses der Provisorischen Nationalversammlung über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt, StGBl. 1918/1. Zur Entwicklung des Frauenwahlrechts in Österreich vgl. *Nowak*, Politische Grundrechte (1988) passim (besonders 299). Vgl. auch VfSlg. 15.373/1998, wo der Gleichheitssatz als ein wesentlicher Bestandteil der Grundrechtsordnung und des demokratischen Baugesetzes einen nicht ohne Volksabstimmung nach Art. 44 Abs. 3 B-VG abänderbaren festen Kern hat.

[59]) Nicht zu folgen ist der Ansicht von *Hiesel* (FN 11) 77, dass im Umfang der Prüfung der Baugesetzkonformität von Verfassungsgesetzen auch die Zuständigkeit des VfGH zur Gesetzesprüfung nach Art. 140 B-VG – da Art. 44 Abs. 3 B-VG korrelierend – nach Art. 44 Abs. 3 B-VG geschützt ist. Die Bundesverfassung enthält aber keinen allgemeinen Grundsatz, wonach (nur) der VfGH Hüter der Verfassung wäre. Will man nicht ein Prüfungsrecht des Bundespräsidenten und seine Ermächtigung zur Festsetzung einer Volksabstimmung annehmen (verneinend *Mayer*, Verfahrensfragen der direkten Demokratie, in: Schambeck-FS [1994] 511 [517]), so wäre die absolute Nichtigkeit eines fehlerhaft erzeugten gesamtändernden Bundesverfassungsgesetzes die Folge.

[60]) Vgl. etwa *Öhlinger* (FN 50) 53.

[61]) Die Bedeutung des bundesstaatlichen Trennungsgrundsatzes (VfSlg. 1030/1928) wird in VfGH vom 12. 10. 2000, G 56/00 nicht erkannt. Ob auch die Einrichtung der mittelbaren Bundesverwaltung vom bundesstaatlichen Grundprinzip garantiert wird, erscheint eher zweifelhaft, allenfalls ein Anteil der Länder an der Vollziehung von Bundesgesetzen – so *Adamovich/Funk/Holzinger*, Österreichisches Staatsrecht, Bd. 1: Grundlagen (1997) Rz. 10008. Vgl. auch *Gamper* (FN 4) 171. Soweit es die verstärkte Garantie der Länder im Einzelnen betrifft, so ist insb. auf Wien hinzuweisen, dessen Stellung als Land vor der B-VG-Novelle 1929 angegriffen wurde – vgl. dazu indessen *Merkl*, Verfassungsreform und Verfassungslegende, Der österreichische Volkswirt 1929, 209, 237 (Neudruck in: *Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann* [Hrsg.], Adolf Julius Merkl, Gesammelte Schriften, 2. Bd., 1. Halbbd. [1995] 695); vgl. auch *Kelsen/Froehlich/Merkl* (FN 1) 222. Hinsichtlich des Burgenlandes wurde die Effektivität des Art. 2 B-VG erst nachträglich hergestellt – vgl. *Kelsen/Froehlich/Merkl* (FN 1) 67.

Es wird hier nicht verkannt, dass 1918 auch der *Anschlussgedanke* tragend war. Er geht bekanntlich durch äußere Einwirkung bis 1920 verloren und es bereitet in der Tat Probleme, die Eigenständigkeit Österreichs als solche in der Ersten Republik als Grundprinzip zu verstehen. Diese Problematik ist jedoch mit der Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945 ausgeräumt.

Schließlich zählt auch die *Abkehr vom und die Abwehr des Nationalsozialismus* zur verfassungsrechtlichen Grundordnung. Der Inhalt dieses „Anti-NS-Grundprinzips" ist den Verfassungsbestimmungen des Verbotsgesetzes zu entnehmen.[63])

VI. Eingriff in Grundprinzipien

Vorgeschlagen wird somit eine Sichtweise, die in den Grundprinzipien teilweise revolutionäre Entscheidungen, teilweise relativ abstrakte funktionelle „Leitideen" sieht, sie jedenfalls aber aus der *Analyse konkreter Normsetzungsakte* gewinnt. Diese so verstandenen „historisch fixierten" – nicht versteinerten![64]) – Grundprinzipien sind von ihrer Weiterentwicklung durch spätere Akte der Verfassungsgesetzgebung zu unterscheiden. Ein Eingriff, eine „Gesamtänderung" kann nur im Hinblick auf den historischen Kernbereich vorliegen. Die Funktion der Grundprinzipien liegt darin, dass näher zu bestimmende einzelne Vorschriften des formellen Bundesverfassungsrechts mit erhöhter Bestandsgarantie ausgestattet sind. Ihre Aufhebung ist an eine zusätzliche Erzeugungs- (eigentlich: „Vernichtungs-")bedingung, eine Volksabstimmung, gebunden.

In verschiedene Richtungen hin sind Präzisierungen notwendig: Da es nicht nur um singulär stehende Verfassungsnormen, sondern auch um verfassungsrechtliche Institutionen, d.h. Normenkomplexe geht, kann die *Bestandsgarantie auch Vorschriften auf einfachgesetzlicher Stufe* umfassen. So wäre es eine Änderung des rechtsstaatlichen Prinzips, wenn der Verfassungsgesetzgeber die *grundsätzlich* nur einfachgesetzlich eingeräumten subjektiven öffentlichen Rechte generell oder in einem sehr weiten Bereich des Verwaltungsrechts abschaffte.[65])

[62]) Ob man zu den Grundprinzipien auch die Gewaltentrennung zu zählen hat (vgl. etwa *Walter/Mayer* [FN 51] Rz. 162), erscheint zweifelhaft, weil ihre klar konturierten Elemente, etwa die Trennung von Justiz und Verwaltung oder der bundesstaatliche Aufbau, eher zu anderen Grundprinzipien gehören.

[63]) Vgl. im Einzelnen *Zeleny* (FN 36) passim.

[64]) Vgl. später VII.

[65]) Die Problematik tritt klarer hervor, wenn man an einen Akt des (einfachen) Verfassungsgesetzgebers denkt, weil Regelungen des einfachen Gesetzgebers, die in

Die zweite Präzisierung erfordert der unbestimmte Begriff der „Gesamtänderung". Bei der Aufhebung bestimmter Verfassungsnormen – etwa des Art. 24 B-VG – wird kein Zweifel daran möglich sein, dass eine Gesamtänderung vorliegt. In manchen Fällen kann aus den Materialien abgeleitet werden, wann sie vorliegt,[66]) in der Regel muss aber zu einer *qualitativen Betrachtungsweise* gegriffen werden.[67])

Schließlich ist noch einmal festzuhalten, dass nicht jede Gesamtänderung mit der Einführung eines neuen „Grundprinzips" verbunden zu sein hat. Dieser Unterschied ist für die Frage der späteren Aufhebung der einem Grundprinzip derogierenden Rechtsvorschrift von großer Bedeutung: *Wurde kein neues Grundprinzip eingeführt, so handelt es sich nicht um eine abermalige Gesamtänderung.* Ob ein neues Grundprinzip vorliegt, ist eine Interpretationsfrage. Sieht man in den Deklarationen der Art. 1 und 2 B-VG eine Art „Deklarationspflicht", so spielt die deklaratorische Hervorhebung – freilich nur, wenn sie mit gesamtändernden Vorschriften verbunden ist – eine normative Rolle. Dies hat uns ja dazu geführt, in der Abkehr vom Nationalsozialismus ein Grundprinzip, im Beitritt Österreichs zur EU kein Grundprinzip zu sehen.[68])

VII. Verfassungsrechtliche Grundordnung und Systemprinzipien in der verfassungsgerichtlichen Judikatur

Stellt man den bisher angestellten Überlegungen zur „verfassungsrechtlichen Grundordnung" die Judikatur des VfGH gegenüber, so zeigt sich namentlich im Zusammenhang mit dem „rechtsstaatlichen Prinzip", dass diese von ihrem methodischen Ansatz her und folgerichtig bei ihren inhaltlichen Folgerungen weit über das hier Entwickelte hinausgeht. Das dort differenziert weiterentwickelte Rechtsstaatsprinzip ist mit einer sehr geläufig gewordenen Umschreibung der neueren Judikatur insbesondere so zu verstehen, dass sein Sinn darin gipfle, „dass alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen die Gewähr dafür bietet, dass nur Akte in ihrer rechtlichen Existenz als dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden".[69])

Das derart postulierte Prinzip des *„Rechtsschutzstaates"*[70]) deckt nicht nur die Gesetzesprüfung durch den VfGH ab, sondern ermöglicht es dem VfGH vor allem, in mannigfachen Konstellationen im Wege einer grundprinzipienkonformen Interpretation Lücken im Verfassungsrecht zu schließen.

Im Rahmen dieser Abhandlung geht es nicht um eine Auseinandersetzung mit dieser Judikatur, die in Einzelfällen zu sinnvollen Lösungen gelangen mag. Festzuhalten bleibt, dass diese nicht mittels Rückgriff auf jene Normschicht gewonnen werden können, die von Art. 44 Abs. 3 B-VG als Rechtsatzform eingerichtet wird. Es darf vermutet werden, dass der VfGH das „Rechtsstaatsprinzip" vielfach auch nicht (mehr) als formelles Grundprinzip im Sinn des Art. 44 Abs. 3 B-VG versteht, sondern als *materielles Systemprinzip,* für dessen Herleitung an Art. 44 Abs. 3 nur mehr sprachlich angeknüpft wird. Dafür spricht auch der wechselnde Sprachgebrauch („Rechtsstaatskonzept", „rechtsstaatliche Erfordernisse" etc.).[71]) In anderen Fällen wiederum scheint das Prinzip als Kürzel für an sich anwendbare, aber nicht näher beleuchtete konkrete verfassungsrechtliche Normen zu dienen.[72])

Nach hier vertretener Einschätzung entwickelt sich die Judikatur des VfGH in die Richtung materieller Systemprinzipien,[73]) die eben deutliche Züge eines „objektiven Verfassungsverständnisses" tragen, das nach und nach an die Stelle eines „subjektiven", also rechtspositivistischen Auslegungskonzepts tritt.[74])

Aus methodischer Sicht ist zu beachten, dass eine positive Verfassungsrechtsordnung die rechtstheoretisch gegebene Prävalenz der subjektiven Auslegung bis zu einem bestimmten Grad aufheben kann, indem etwa die Gerichte, insbesondere ein Verfassungsgericht, und selbst die Lehre dazu ermächtigt sein können, das Verfassungsrecht weiter zu entwickeln. Es ist sogar einzu-

einem Spannungsverhältnis zu einem Grundprinzip stünden, wohl mit Sicherheit auch aus sonstigen Gründen gegen Normen des (einfachen) Verfassungsrechts verstoßen würden. Abstrakt könnten auch individuell konkrete Akte in ein Grundprinzip eingreifen, wenn etwa der Bundespräsident keine Richter des VwGH ernennen und dieses Organ damit ausschalten würde. Für diese Akte stellt sich die Problematik aber eher als Problem der subjektiven Verantwortlichkeit staatlicher Funktionäre im Sinne des Art. 142 B-VG dar.

66) So liegt der „Spielraum" des Verfassungsgesetzgebers zur Bemessung der Gesetzgebungsperiode des Nationalrates zwischen sechs und zwei Jahren (vgl. *Kelsen/Froehlich/Merkl* [FN 1] 95), eine kürzere oder längere GP wäre eine Änderung des demokratisch-parlamentarischen Grundprinzips.

67) So könnte etwa die in Art. 98 Abs. 2 B-VG für Einsprüche der Bundesregierung gegen Gesetzesbeschlüsse des Landtags vorgesehene achtwöchige Einspruchsfrist wohl verlängert werden, eine einjährige Frist wäre allerdings ein Eingriff in die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder und somit eine Änderung des bundesstaatlichen Prinzips. Die Schwierigkeit liegt darin, eine Grenze zu bestimmen. Eine ähnliche Problematik liegt bei der sog. „schleichenden Gesamtänderung" durch Änderungen der Kompetenzverteilung zu Lasten der Länder vor.

68) Vgl. oben FN 37 und 40.

69) Vgl. VfSlg. 11.196/1986 u.a. und im einzelnen *Hiesel*, Die Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1999, 522 (525).

70) Vgl. *Öhlinger* (FN 50) 45 m.w.H.

71) Vgl. näher *Hiesel* (FN 69) 530.

72) Vgl. *Oberndorfer*, Der Rechtsstaat auf der Probe oder Versuch der Legalisierung von Unrecht, in: Winkler-FS (1999) 707 (714) m.w.H. und *Hiesel* (FN 69) 533.

73) Es wird nicht verkannt, dass diese Entwicklung einem empirisch feststellbaren Trend folgt, der rechtssoziologisch verschiedene Gründe hat – vgl. etwa *Kucsko-Stadlmayer*, Die zukünftige Bedeutung der Staatsfunktion Gerichtsbarkeit für die Rechtsetzung, in: *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg.), Rechtspolitik der Zukunft – Zukunft der Rechtspolitik (1999) 261, passim; *Jabloner*, Verrechtlichung und Rechtsdynamik, ZÖR 1999, 261 (273); *Pernthaler*, Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat, JBl 2000, 691, passim. Im gegebenen Zusammenhang geht es freilich um eine verfassungsdogmatische Beurteilung auf dem Boden des B-VG.

74) Zum „rechtsstaatlichen Systemgedanken" vgl. *Oberndorfer* (FN 72) 717.

räumen, dass Verfassungsbestimmungen so konzipiert sein können, dass mit ihnen gleichsam zu ihrer zeitgemäßen Weiterentwicklung aufgefordert wird.[75])

Meines Erachtens hat sich aber auch ein solches Verständnis, wenn es nicht in den Normtexten zum Ausdruck kommt, aus den Materialien zu ergeben und auch in diesem Zusammenhang muss die Entstehungsgeschichte einer Verfassung in den Blick genommen werden. Wir können – um ein sehr gewagtes Bild zu verwenden – die revolutionäre Verfassungsentstehung einer Rechtsordnung mit einem „Urknall" vergleichen. So wie im Augenblick der physikalischen Weltentstehung Entitäten aller Art beteiligt sind, so im Prozess der Verfassungsentstehung ganz verschieden geartete Wertvorstellungen, und zwar nicht nur im inhaltlichen Sinn, sondern auch im Hinblick darauf, dass die ganze Skala von Wertungen beteiligt sein kann, von ganz allgemeinen Bekundungen idealistischen Gedankenguts bis zu konkreten legistischen Absichten. Dies zeigen die bei solchen Verfassungsübergängen typischen Präambeln, Proklamationen etc. Je positiver die neue Verfassungsära empfunden wird und je homogener die Wertvorstellungen der an der Verfassungsentstehung beteiligten Personen sind, desto mehr wird eine Verfassung von Prinzipien durchdrungen sein, mit desto größerer Berechtigung wird man sagen können, dass Rechtsentwicklungen in der Verfassung angelegt sind, die es in der Tat den jeweiligen Zeiterfordernissen anzupassen, ja „zu entfalten" gilt.

Wendet man nun diese Überlegung auf Österreich an, so zeigt sich allerdings ein Bild, das von jenem der Verfassungsentstehungen in anderen Staaten doch merkbar verschieden ist. Die Verfassungsentstehungen der letzten zweihundert Jahre, soweit sie in einem geschichtlichen Sinn bis heute relevant sind, haben in keinem Fall vor der Aussicht auf eine nun herankommende, freudig begrüßte Zukunft stattgefunden, sondern stets vor den Ruinen real und ideell zusammengebrochener Reiche.

Schon die Entstehung des Kaisertums Österreich 1804 zeigt diese Züge ganz deutlich: Vor dem Hintergrund der „illegitimen" Selbsterhebung Napoleons zum Kaiser der Franzosen wird in Wien – verfassungsrechtlich bedenklich – durch einen bewusst unspektakulären „internen" Akt, nämlich die Pragmatikalverordnung betreffend die Annahme des Titels eines erblichen Kaisers von Österreich durch Kaiser Franz II. am 11. August 1804 „auf kaltem Weg" eine neue Verfassung eingeführt.[76])

[75]) Vgl. zuletzt *Jestaedt*, Wie das Recht, so die Auslegung, ZÖR 2000, 133 (154).

[76]) Dieser etwa von *Gentz* durchaus als verfassungswidrig erkannte Akt wurde im Sinne eines *„Mémoire"* der Staatskanzlei vom 8. August 1804 nicht über die Staatskanzlei ausgefertigt, sondern über die Vereinigte Hofkanzlei, die die zentrale Verwaltungsbehörde für die böhmischen und österreichischen Länder war. Es sollte nämlich „die von Seiner k.k. Majestät beschlossene Titels Annehmung, als eine in die Staats-Verfassung nicht eingreifende Maßregel, ohne andern vorbereitlichen Vorkehrungen durch eine Landesfürstliche Erklärung und Verordnung bewerkstelliget werden" können (zit. nach *Srbik*, Das österreichische Kaisertum und das Ende des heiligen römischen Reichs 1804-1806, Archiv für Politik und Geschichte, Bd. 8 [1927] 133, 301 [168]). Für *Tezner*, Der Kaiser (1909) 62, war dies freilich „staatsrechtlich äußerst geschickt". Zum Ganzen vgl. näher *Mraz*, Österreich und das Reich 1804 – 1806 (1993) 31 (besonders 41).

Die Dezember-Verfassung von 1867 entstand bekanntlich vor dem Hintergrund der Niederlage bei Königgrätz, des durchgesetzten Machtanspruchs der Ungarn und der endgültigen Verabschiedung einer großdeutschen Lösung. Die Bundesverfassung von 1918/1920 hat den Zusammenbruch der Monarchie und den verlorenen Ersten Weltkrieg, die Unabhängigkeitserklärung vom April 1945 die Niederlage im Zweiten Weltkrieg und die Katastrophe des Nationalsozialismus zum Hintergrund.

Diese eigenartige historische Linie sollte allerdings nicht dazu führen, die nach diesen Verfassungen entstandenen Verfassungsordnungen gering zu schätzen. Wenn es sich auch jeweils darum gehandelt haben mag, verstreute Trümmer zu einem neuen Verfassungsgebäude zusammenzusetzen, und sich die Beteiligung des Volkes in Grenzen hielt, so erwiesen sich doch die nachgestalteten Verfassungen nicht nur als relativ stabil, sondern inhaltlich gesehen als zumindest rechtstechnisch außerordentlich innovativ: So begründete die Verfassung Franz I. immerhin die Gesamtstaatlichkeit Österreichs,[77]) wurde 1867 der Rechtsstaat, und in Ansätzen schon Demokratie und Bundesstaat geschaffen, bringt die Verfassung von 1920 eine außerordentlich moderne Perfektionierung der Verfassungstechnik und war die Verfassung von 1945 immerhin die Grundlage für ein nunmehr schon über ein halbes Jahrhundert lang stabiles Staatswesen.

Freilich ist die Dezember-Verfassung – wenigstens insoweit sie die Grund- und Freiheitsrechte betrifft – weit mehr als „Ruinenbaumeisterei". Die Erarbeitung des Grundrechtskatalogs bleibt im Hinblick auf das Erbe von 1848 – und ohne das beachtliche „Herunterbrechen" dieser Ideale auf die Ebene des 1867 politisch Möglichen zu verkennen – die bedeutendste Innovation der Dezember-Verfassung.[78]) Wesentlich ist, dass schon der „Kremsierer Entwurf" die Grundrechte judiziell formulierte, also nicht als bloße Deklarationen, sondern als *durchsetzbare individuelle Rechtspositionen*.[79])

An dieser Stelle ist wiederum auf die Eigenart der historischen Interpretation zurückzukommen. Wiederin hat deutlich gemacht, dass die „Versteinerungstheorie" – streng genommen eine objektiv-historische Argumentationsfigur im Sinne von Scalia – nur so lange ein gediegenes Interpretationsmittel ist, als sie eben ein Mittel der historischen Interpretation ist.[80]) Vor jeder Versteinerung muss die Herausarbeitung des Willens des Normsetzers stehen. Nicht wie Grundrechtsnormen des StGG in der Folge verstanden und also von späteren Verfassungen „übernommen" wurden, sondern wie sie 1867 gemeint waren, ist entscheidend.[81]) Im Rahmen dieser hier nur angedeuteten Überlegung

[77]) Vgl. *Mraz* (FN 76) 48.

[78]) Vgl. *Stourzh*, Die Dezember-Verfassung von 1867, in: Institut für Österreichkunde (Hrsg.), Österreich in Geschichte und Literatur (1968) Folge 1, 1 (7).

[79]) Vgl. *Walter*, Waren die „Grundrechte" des „Kremsierer Verfassungsentwurfs" bloße „Staatszielbestimmungen"?, ÖJZ 1990, 609.

[80]) Vgl. *Wiederin* (FN 15) passim.

[81]) In diesem Sinn ist es daher zutreffend, wenn *Mayer* bei Erörterung einer Grundrechtsproblematik meint, wollte man „Bestimmungen des StGG im Lichte der zur Zeit seiner Schaffung bestehenden Rechtslage deuten, wären die damals bestehen-

sollte man der Judikatur des VfGH, soweit sie einzelne Grundrechte, etwa das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit oder den Eigentumsschutz betrifft, die Zustimmung nicht versagen. Denn man wird diese Judikatur im Sinne einer Erkenntnis der ursprünglichen Intention des Verfassungsgesetzgebers verstehen können.

Freilich tritt hier noch einmal ein methodisches Problem zutage: Läuft es nicht auf das Gleiche hinaus, ob wir eine Verfassungsbestimmung gemäß unserem heutigen Willen auslegen oder ob wir heute den „wahren Willen" des historischen Normsetzers herausschälen? Wir sollten Scalia ernst nehmen, der uns anscheinend gerade davor warnen will.[82]) Aber auch hier gilt, dass nicht aus der Not eine scheinbare Tugend gemacht werden darf. Vielmehr ist in besonders kritischer Weise darauf zu achten, nicht die eigenen Wertungen für jene des historischen Gesetzgebers auszugeben.

den Beschränkungen weiterhin für die Grundrechtsrechtsinterpretation maßgeblich; dies würde den heroischen Akt, den der Gesetzgeber des Jahres 1867 mit dem StGG schaffen wollte, weithin um seine Wirkung bringen" (Das Schulkreuz und die Grundrechte, JRP 1995, 222 ff. [226]).

[82]) Vgl. FN 23.

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.