

Band 35

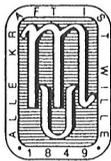
Clemens Jabloner

Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt

**Aufsätze zur Rechtstheorie,
Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte**

Herausgegeben von

Thomas Olechowski und Klaus Zeleny



Wien 2013

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Stufung und „Entstufung“ des Rechts*)

I. Einleitung

Die ehrenvolle Einladung der *Friedrich-Alexander-Universität* möchte ich für ein Thema nutzen, mit dem ich hoffe, einen Beitrag zur „*Theorie und Praxis des innerjuristischen Diskurses*“ – so der Titel der Veranstaltungsreihe – zu leisten.

Im Sinne des positivistischen *Rechtsbegriffs der Reinen Rechtslehre* wollen wir als positives Recht ein von Menschen für Menschen gesetztes, regelmäßig wirksames (effektives), organisierten Zwang androhendes Regulationssystem verstehen.¹⁾ Ein Element dieses Rechtsbegriffs sei besonders akzentuiert, weil es für die weiteren Überlegungen wichtig ist: Im Spätwerk Kelsens tritt die Bedeutung des „Willensaktes“ besonders hervor.²⁾ Die Norm erhalte ihre Positivität durch einen innerpsychischen – der Seins-Sphäre angehörenden – Akt, der dem kommunikativen Vorgang vorausgehe. Die Betonung des Willensaktes – die freilich mit verschiedenen Problemen verbunden ist³⁾ – wirft ein helleres Licht auf die *jeweiligen* Rechtsetzungsakte und lässt die Systematik der Rechtsordnung eher in den Hintergrund treten. Der besondere positivistische Akzent liegt darin, dass die *materielle* Zerklüftung der Rechtsordnung – ein fehlerhaftes Menschenwerk – deutlicher hervortritt.

Die Rechtswissenschaft ist in ihrem Kernbereich eine *normative Wissenschaft*.⁴⁾ Mit „Rechtssätzen“⁵⁾ wird der Inhalt von Rechtsvorschriften⁶⁾ beschrieben. Zur Darstellung einer Rechtsordnung gehört auch die Herausarbeitung ihrer Strukturen, ihres formalen Aufbaus. Dafür können zwar allgemeine

*) Schriftliche Fassung eines im Rahmen des Interdisziplinären Forums Franken an der Universität Erlangen am 24. Juni 2004 gehaltenen Vortrages. Die Vortragsform wurde beibehalten, einige Fußnoten hinzugefügt. Der Ausdruck „Entstufung“ ist eine – wenn auch nicht gänzlich ungebräuchliche – Neubildung, die für den hier angesprochenen Leserkreis verständlich sein sollte.

1) In dieser Zusammenfassung etwa bei *Walter/Mayer*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹ (2000) Rz. 2.

2) *Allgemeine Theorie der Normen* (1979) 23 („Kein Imperativ ohne Imperator“).

3) Vgl. *Jablonek*, Kein Imperativ ohne Imperator. Anmerkungen zu einer These Kelsens, in *Walter* (Hrsg.), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II* (1988) 75 (78) <in diesem Band ab Seite 1. Anm. der Hrsg.>.

4) Vgl. etwa *Rüthers*, *Rechtstheorie* (1999) Rz. 302.

5) *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*² (1960) 73.

6) „Rechtsvorschriften“ im Sinne von *Walter*, *Der Aufbau der Rechtsordnung*² (1974) 46 als das noch ungegliederte Rechtsmaterial, wie es mit den einzelnen Rechtsetzungsakten erzeugt wird.

Einsichten der Rechtstheorie nutzbar gemacht werden, die *jeweilige* Struktur-betrachtung hat sich aber am positiven Recht zu orientieren. Da somit auch sie mit der Interpretation von Rechtsvorschriften verknüpft ist, lassen sich Struktur-betrachtung und Rechtsauslegung nicht scharf voneinander trennen.

Die Erarbeitung dieser allgemeinen Strukturen und ihre Anwendung namentlich auf die Beschreibung des öffentlichen Rechts sowie ihre Nutzbar-machung für die Verfassungslegistik ist eine besondere Errungenschaft der *Wiener Rechtstheoretischen Schule* und eng verbunden mit den *Stufenbaumodellen* von Merkl (der hier an erster Stelle zu nennen ist) und Kelsen, sowie den normtheoretischen Analysen von Walter.⁷⁾

Ansatzpunkt der folgenden Überlegungen – die der Habilitationsschrift von Matthias Jestaedt einiges verdanken⁸⁾ –, ist die manchmal vertretene Ansicht, das Stufenbaumodell sei nicht mehr geeignet, die heutigen Rechtsordnungen adäquat zu beschreiben. So meint etwa Robbers, dass das Bild vom Stufenbau der Rechtsordnung Struktur und Wirklichkeit der Rechtsordnung nicht mehr treffe, das *hierarchische Modell* sei „falsch“ geworden.⁹⁾

Eine Stellungnahme dazu setzt voraus, dass das Verhältnis zwischen dem Stufenbaumodell und der rechtstechnischen Gestaltung einer Rechtsordnung genauer beleuchtet wird. Daran anschließend sollen Konsequenzen einer unterschiedlichen Rechtstechnik für die Rechtsinterpretation erörtert werden.

Meine folgenden Ausführungen bewegen sich an den Grenzlinien von Rechtstheorie, Rechtstechnik und Verfassungsdogmatik. Soweit es letztere betrifft, muss ich Sie in doppelter Hinsicht um *Verständnis* bitten: Zum einen beziehe ich mich auf die vertraute österreichische Verfassungsordnung, womit ich es Ihnen nicht leichter mache, zum anderen werde ich mich auch auf Fragen der deutschen Verfassung beziehen, die ich zweifellos nicht in ihrer ganzen Tiefe und Breite kenne.

II. Tendenzen einer Rückformung des Rechts?

Unsere Gegenwart ist von *widersprüchlichen Tendenzen* der Rechtsentwicklung geprägt: Klar ist nur, dass die Rechtsinhalte stetig wachsen. Was die Formen und Strukturen betrifft, so gibt es auf der einen Seite die fortschreitende Verfeinerung etwa mit der individuellen Völkerstrafgerichtsbarkeit.¹⁰⁾ Auf der anderen Seite gibt es aber auch eine *Rückformung des Rechts*. Der Verlust

⁷⁾ Vgl. nur Merkl, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in Kelsen-FS (1931) 252 (Nachdruck in Klecatsky/Marčić/Schambeck [Hrsg.], Die Wiener Rechtstheoretische Schule [1968] Bd. 2, 1311), Kelsen, Reine Rechtslehre² 228 und Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung².

⁸⁾ Grundrechtsentfaltung im Gesetz (1999).

⁹⁾ Für ein neues Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Fachgerichtsbarkeit, NJW 1998, 935 (935, 937).

¹⁰⁾ Vgl. Reck, Der Internationale Strafgerichtshof, AnwBl 2003, 522. Dieselbe Grundidee einer Individualhaftung für Verletzungen des Völkerrechts liegt auch dem – so gesehen avantgardistischen – Art. 145 B-VG zugrunde.

des juristischen Deutungsprimates der Verwaltung,¹¹⁾ die Ausstrahlung der hauptsächlich im Völkerrecht gebildeten Spielarten eines soft law auf andere Rechtsgebiete¹²⁾ oder die Entwicklung einer „Privatisierung des Privatrechts“¹³⁾ sind aktuelle Tendenzen, die die Rechtslehre zunehmend beschäftigen.

Für unseren Zusammenhang gravierender ist die Tendenz, dass die fein strukturierten und ausdifferenzierten kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen ihre Konturen zu verlieren drohen. Dazu tragen externe wie interne Faktoren bei. Extern ist das Phänomen, dass sich das völkerrechtlich entstandene – gröber gegliederte – Gemeinschaftsrecht über diese Rechtsordnungen stülpt. In der Folge des *Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts* wird es immer schwieriger, die patchwork-artig verwobenen Rechtslagen zu beschreiben. Während sich die herrschende Lehre darum bemüht, das Gemeinschaftsrecht dennoch in das Rechtsgefüge einzupassen,¹⁴⁾ sind manche verleitet, vom Stufenbaummodell überhaupt Abschied zu nehmen.¹⁵⁾

Ein interner Faktor ist die Stufen überspringende Wirkung des Verfassungsrechts, besonders der Grundrechte, für den eigenständigen Sinngehalt der auf anderen Stufen erzeugten Rechtsnormen. Eine Schlüsselrolle spielt dabei die *verfassungskonforme Interpretation*, die hier später in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt werden soll. Gerade ihre Dominanz hat Robbers ja zur oben zitierten Aussage veranlasst.

Angesichts dieser Entwicklung ist nach der heutigen Bedeutung des Stufenbaummodells zu fragen.

¹¹⁾ Wie sie in den Tendenzen eines new public managements ihren Ausdruck findet – vgl. die abwägende Darstellung bei *Wimmer*, *Dynamisches Verwaltungsrecht* (2004) 243.

¹²⁾ Zum Begriff des „soft law“ vgl. etwa *Thürer*, „Soft Law“ – eine neue Form von Völkerrecht?, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 1985, 429; zum Eindringen in andere Rechtsbereiche vgl. die Beiträge der in Vorbereitung stehenden Dokumentation über das Symposium „Soft Law“ an der WU im April 2004: *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg.), *Soft Law in der Praxis* (2005) <bibliographische Angaben 2013 vervollständigt. Anm. der Hrsg.>.

¹³⁾ Der Staat erscheint nicht mehr länger als alleiniger Garant der Rechtsdurchsetzung, die auch in Marktmechanismen gesucht wird. Vgl. dazu besonders *Krejci*, Sind Corporate Governance Codes Soft Law?, in *Lang/Schuch/Staringer* (Hrsg.), *Soft Law in der Praxis* (2005) 53 <bibliographische Angaben 2013 vervollständigt. Anm. der Hrsg.> und etwa die „Themenausschreibung“ in www.ipr.uni-heidelberg.de/gjz/heidelberg_2002/thema.html.

¹⁴⁾ Aus der schon umfangreichen Lit. dazu vgl. nur *Griller*, Der Stufenbau der österreichischen Rechtsordnung nach dem EU-Beitritt, *JRP* 2000, 273.

¹⁵⁾ Vgl. *Weh*, Vom Stufenbau zur Relativität: Das Europarecht in der nationalen Rechtsordnung (1997).

III. Komplizierte staatsrechtliche Verhältnisse in Österreich

Zunächst ein Blick zurück in die Anfangsphase der Wiener Rechtstheoretischen Schule; vielleicht konnte sie ja nur vor dem Hintergrund des komplizierten Verfassungssystems der österreichisch-ungarischen Monarchie entstehen. Auch die republikanische Verfassung von 1920 warf tiefgreifende Strukturfragen auf, die Kelsen mit außerordentlicher *rechtstechnischer Bravour* löste. Bei manchen Themen ging dabei der Rechtstechniker dem Rechtstheoretiker voran. So entwarf Kelsen den Verfassungsgerichtshof 1920 als Kombination des alten Reichsgerichts – Staatsgerichtsbarkeit und Schutz politischer Rechte – mit einem neuen gerichtsförmigen Verfahren zur Lösung bundesstaatlicher Kompetenzkonflikte. Das ganze Potenzial der Verfassungsgerichtsbarkeit, insbesondere die Möglichkeit, Gesetze auf ihre Konformität mit den Grundrechten zu prüfen,¹⁶⁾ wurde – auch anscheinend Kelsen – erst später deutlich.¹⁷⁾¹⁸⁾

IV. Der Stufenbau als rechtstheoretisches Strukturmodell

Wenn es nun auch Zusammenhänge zwischen rechtstechnischer Gestaltung und rechtstheoretischer Modellbildung gibt, muss doch methodisch streng zwischen beiden Ebenen unterschieden werden. Zunächst geht es ausschließlich um allgemeine Rechtslehre: Sobald das Recht *angewendet* wird, wird seine elementare Struktur – die *Norm und ihre Vollziehung* – deutlich.¹⁹⁾ Zwar ist „dem Recht eine Differenzierung in verschiedene Rechtssatzformen nicht

¹⁶⁾ Vgl. zuletzt H. Dreier, Die Zwischenkriegszeit, in Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. I (2004) 153, Rz. 61 ff.

¹⁷⁾ Dieser Gesichtspunkt spielte dann bekanntlich bei den Auseinandersetzungen über die Möglichkeit einer Verfassungsgerichtsbarkeit am Deutschen Staatsrechtslehrtag 1927 eine wichtige Rolle.

¹⁸⁾ Ähnliches kann auch zur komplexen Bundesstaatstheorie *Kelsens* – der „Dreikreise-Theorie“ – gesagt werden, wie sie erst 1927 formuliert wurde (vgl. *Kelsen*, Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundesverfassung, in Fleiner-FS [1927] 127). Sie hatte ihre Wurzel im rechtstechnischen Bemühen, bei der Verfassungswendung 1920 die kompetenzmäßig schwache Situation der Bundesländer durch die Aufwertung ihrer formalen Stellung auszugleichen; dazu gehörte die Gleichrangigkeit von Bundes- und Landesgesetzen, die gedanklich scharfe Trennung der Kompetenzbereiche und die Notwendigkeit, im gesamtstaatlichen Rechtskreis verfahrensmäßige Vorkehrungen zu treffen. Das schärfere Bewusstsein für die formalen Strukturen prägte dann seinerseits bis zu einem gewissen Grad die weitere Verfassungsentwicklung. Ein gutes Beispiel dafür ist die B-VG-Novelle 1964 mit dem System einer stufenbaumäßig sehr ausdifferenzierten Transformation von Staatsverträgen.

¹⁹⁾ Vgl. Merkl in Klecatsky/Marčić/Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule 1312.

begriffswesentlich²⁰⁾ doch je ausgeprägter es als dynamisches, arbeitsteiliges Normensystem in Erscheinung tritt, desto besser lässt es sich im Bild des Stufenbaues erfassen.²¹⁾

Ausgehend davon, dass das Recht seine *Erzeugung* regelt, bringt der *Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit* zum Ausdruck, dass die die Rechtserzeugungsregel (oder deren Teil) enthaltende Rechtsvorschrift als „bedingende“ auch die „höhere“ gegenüber der „bedingten“ Rechtsvorschrift ist. Im Rahmen dieses Ermächtigungszusammenhangs erfolgt auch eine Regelung der *Rechtsvernichtung*:²²⁾ Der *Stufenbau nach der derogatorischen Kraft* bringt zum Ausdruck, in welchem Verhältnis die nach den einzelnen Rechtserzeugungsregeln („*Rechtssatzformen*“) erzeugten Rechtsvorschriften zueinander stehen. Die Qualität einer Rechtsvorschrift, eine andere außer Kraft zu setzen, bestimmt ihren Rang in der Normenhierarchie.²³⁾

Bei einer rechtstechnisch sehr einfach strukturierten Rechtsordnung, in der es nur Rechtserzeugungsregeln gibt, kann von einem Stufenbau nach der derogatorischen Kraft deshalb nicht gesprochen werden, weil die zur Rechtserzeugungsregel in ein Verhältnis zu setzende – regelwidrige – Rechtsvorschrift gar nicht entsteht. Hier ist es eben der Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit selbst, der eine „normpräventive“ Wirkung entfaltet.²⁴⁾

V. Der Stufenbau als rechtstechnische Maxime

Die Strukturen des Stufenbaus können nun im positiven Recht verschieden deutlich ausgeprägt sein. Die Tendenz geht dabei dahin, dass zunächst eher die Rechtserzeugung mehr und mehr durch *explizite Rechtsetzung* in bestimmten Formen (eben den Merkl'schen „*Rechtssatzformen*“) erfolgt. Der explizite Mechanismus der Rechtsvernichtung wird erst später ausgeprägt.

²⁰⁾ So Merkl in Klecatsky/Marčič/Schambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule 1314.

²¹⁾ Schroeder, Das Gemeinschaftsrechtssystem (2002) 202 meint, die Hauptvertreter der Stufenbautheorie hätten nicht klargestellt, ob sich das Stufenbaumodell auf ein ideales Rechtssystem beziehe oder nur als die Beschreibung eines realen existierenden Rechtssystems zu verstehen sei. Diese Kritik ist unzutreffend, da das Stufenbaumodell als solches von der konkreten Rechtsordnung, auf die es „angewendet“ wird und von der es seinen Inhalt erhält, zu unterscheiden ist (vgl. etwa Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung² 67). Diese Struktureinsichten erweisen sich dabei als umso ergiebiger, je komplexer das Rechtssystem ist.

²²⁾ Vgl. Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung² 53.

²³⁾ Dazu zusammenfassend Stoitzner, Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, in Paulson/Walter (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre (1986) 51.

²⁴⁾ Dies ist auch dann der Fall, wenn die Rechtserzeugungsregel später, also nach der Erzeugung einer Rechtsvorschrift, geändert wird. Fehlt es an einem Fehlerkalkül, und kommt es daher nicht zu einer invalidierten Fortgeltung, so fällt die nunmehr regelwidrige Rechtsvorschrift ohne weiteres fort. Die scheinbare Weitergeltung ist nur eine Täuschung, die sich eben aus der dezentralisierten Beschreibung der Rechtslage ergibt.

Kelsen hat in seinem normtheoretischen Spätwerk herausgearbeitet, dass *Derogieren eine eigenständige Funktion der Rechtsnorm* ist.²⁵⁾ Rechtstechnisch fände dies eine Entsprechung, wenn vorgesehen wäre, dass eine Vernichtung von Rechtsvorschriften nur mit *expliziten Derogationsakten* erfolgen darf. Wir finden derartige Vorschriften in den Verfahrensrechten, im Instanzenzug, etwa die Befugnis einer Oberbehörde – oder eines die Verwaltung kontrollierenden Gerichts – eine individuelle Norm zu kassieren. Bei generellen Normen findet die explizite Derogation mit der vertrauten Rechtstechnik der *formellen Novellierung* einer Rechtsvorschrift statt, wie sie jede entwickelte Rechtsordnung kennt.²⁶⁾

Die Zweckmäßigkeit der Technik der expliziten Derogation ist bei den verschiedenen Konstellationen der Rechtsvernichtung differenziert zu sehen: Eine positive Rechtsordnung könnte die *Geltung einer lex posterior Regel* allein auf die formelle Novellierung beschränken; bei bloß materiellem Widerspruch wäre die Rechtsvernichtung missglückt. Eine solche Regelung wäre zwar vorstellbar, aber vielleicht nicht zweckmäßig, weil sie dem Gesetzgeber zu enge Fesseln anlegte. In den bekannten positiven Rechtsordnungen sind materielle Derogationen durch die spätere Norm nicht ausgeschlossen. Man muss sich allerdings darüber im Klaren sein, dass die materielle Derogation stets auf ein dezentralisiertes Prüfungskalkül für jedermann und damit wiederum auf eine gesteigerte Unsicherheit über die Rechtslage hinausläuft. Die hier auftretenden Interpretationsfragen sind eine typische Domäne juristischer Expertise.

Noch deutlicher ist das Problem bei *Derogation einer allgemeinen durch eine besondere Rechtsvorschrift*. Hier wäre es schlechthin unvorstellbar, sämtliche Überschneidungsverhältnisse von Rechtsnormen an formelle Vorgaben zu binden. Denn dies würde letztlich auf eine Beseitigung der Rechtsdogmatik durch Rechtstechnik hinauslaufen, was ganz unrealistisch scheint.

Für den Bereich der *stufenförmigen Gliederung des Rechts* kann eine Bandbreite rechtstechnischer Möglichkeiten genutzt werden. Sind verfassungsrechtlich nur Rechtssatzformen aufgestellt, so ergibt sich deren Rangordnung nach der Lehre Merkl's aus ausdrücklichen Subordinationsregelungen – z.B. VO ergehen „auf Grund der Gesetze“ – oder allenfalls daraus, dass nach einfacheren Rechtssatzformen erzeugte Rechtsvorschriften nach komplizierteren erzeugten nicht zu derogieren vermögen. Das von Merkl als *Einräumung eines Fehlerkalküls* beschriebene Prinzip der zentralisierten späteren Kontrolle, ob die Erzeugungsregel eingehalten wurde – oder die früher erzeugte Rechtsvorschrift der geänderten Erzeugungsregel noch entspricht –, verstärkt die derogatorische Struktur in Form ausdrücklicher Ermächtigung zur Rechtsvernichtung. Der derogatorische Stufenbau kann allerdings einem eigenständigen legislatio-

²⁵⁾ Vgl. Allgemeine Theorie 84.

²⁶⁾ Nicht aber z.B. das US-amerikanische Verfassungsrecht, daher dort nur „amendments“, also Anhänge.

rischen Gestaltungswillen folgen und daher vom Ermächtigungszusammenhang abgekoppelt sein.²⁷⁾

Eine Rechtsordnung ist nun umso klarer konturiert, sicherer und leichter zu handhaben, je weniger Fälle materieller Derogationen in Kauf genommen werden, und je mehr Verfügungen der Rechtserzeugung und Rechtsvernichtung *explizit* werden. Man kann nun einwenden, dass auch Novellierungsanordnungen und Kassationsurteile zu interpretierende Rechtsvorschriften sind, doch stimmen bei ihnen Text und Bedeutung der Rechtsvorschriften besser überein. Diese Qualität des Zugangs zum Recht ändert sich ganz offensichtlich im Fall der materiellen Derogation. Man mag in ihrer Vermeidung somit auch einen demokratischen Aspekt erkennen.

VI. Systeme der Verfassungsgerichtsbarkeit

Nicht umsonst gilt die Verfassungsgerichtsbarkeit als besonderer Fortschritt in der Rechtsevolution. Anhand der unterschiedlichen Gestaltungen der Verfassungsgerichtsbarkeit²⁸⁾ werden die vorhin entwickelten Varianten der Rechtsvernichtung nun besonders deutlich:

Zunächst könnte ja die gerichtsförmige Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen auf eine bloße Deklaration mit Appellcharakter beschränkt sein.²⁹⁾ Soll der auf Fehlerhaftigkeit des angefochtenen Aktes gerichtete Spruch des Verfassungsgerichts die *Rechtslage aber gestalten*, so begegnen wir den genannten Varianten der Derogation. „Derogiert“ wird einer Rechtsnorm sowohl dann, wenn sie in einem Rechtsfall, in dem sie das Gericht zunächst anzuwenden hätte, nicht angewendet wird, als auch dann, wenn sie von eben diesem Gericht „förmlich“ aus dem Rechtsbestand entfernt wird.³⁰⁾

Diesen beiden Extrempositionen entsprechen – wenn wir uns wieder auf das Verhältnis Verfassung / Gesetz konzentrieren – *unterschiedliche Systeme der Verfassungsgerichtsbarkeit*:

A. Das amerikanische System

Im amerikanischen System trifft das Gericht, das ein seiner Ansicht nach verfassungswidriges Gesetz anzuwenden hätte, eine Anordnung darüber, dass

²⁷⁾ Merkl in *Klecatsky/Marčić/Schambeck* (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule 1342.

²⁸⁾ Vgl. grundlegend *Stourzh*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Grundrechtsdemokratie – die historischen Wurzeln, in *VfGH* (Hrsg.), 70 Jahre Bundesverfassung (1991) 17 und etwa *Schäffer*, Der Beitrag Österreichs zur europäischen Rechtskultur, *JÖR* 2003, 51 (53).

²⁹⁾ Wie die Entscheidungen des alten österreichischen Reichsgerichts, soweit es Grundrechtsverletzungen betraf.

³⁰⁾ Vgl. *Walter*, Der Aufbau der Rechtsordnung² 57 und *Thienel*, Derogation. Eine Untersuchung auf Grundlage der Reinen Rechtslehre, in *Walter* (Hrsg.), Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre II (1988) 11 (39).

dieses Gesetz im gegebenen Fall nicht anzuwenden ist. Weitergehende Wirkungen des Urteils insbesondere eine Bindung anderer Behörden sind zwar möglich, „kassiert“ wird das Gesetz damit freilich nicht.³¹⁾ Einem solchen System ist auch die Funktion des EuGH im Vorlageverfahren nach Art. 234 des EG-Vertrags verpflichtet, wenn es zu einem Zusammenstoß zwischen einer gemeinschaftsrechtlichen und einer staatlichen Rechtsvorschrift kommt. Obzwar im Ergebnis der Bestand der staatlichen Rechtsnorm auf dem Spiel steht, ist – zur Schonung der staatlichen Rechtsordnung – der EuGH allein zur Auslegung der gemeinschaftsrechtlichen Norm ermächtigt. Ergebnis ist dann allenfalls die Unanwendbarkeit der innerstaatlichen Rechtsnorm infolge des Anwendungsvorrangs, also eine Form der Derogation.³²⁾ Man kann dieses System als *Vorrangsystem* bezeichnen.

B. Das österreichische System

Am anderen Ende steht ein System, wie es – unter dem Einfluss der Wiener Schule – im Sechsten Hauptstück der österreichischen Bundesverfassung angelegt ist. Dieses läuft auf eine möglichst – allerdings auch nicht vollständige – Derogation im Sinne einer Rechtsbereinigung hinaus. Der VfGH als *Kassationsgericht* fungiert als negativer Gesetzgeber,³³⁾ Vorbild war der ältere Verwaltungsgerichtshof, eine „Stufe tiefer“. Im Kommentar zur Bundesverfassung von 1920³⁴⁾ betont Kelsen „mit größtem Nachdruck . . ., dass die Aufhebung der Verordnung durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes und nicht etwa durch die verordnende Behörde selbst erfolgt. Allerdings tritt diese Aufhebung erst durch ihre Kundmachung in Wirksamkeit, ebenso wie ein Gesetzesbeschluss erst durch seine Kundmachung zum geltenden Gesetz wird“. Besonders in dieser Passage, die sich ebenso auf die Gesetzesprüfung bezieht, kommt das österreichische System besonders deutlich zum Ausdruck. *Rechts-erzeugung und Rechtsvernichtung sind hier maximal aneinander angeglichen*. Man kann dieses System als *Normenkontrollsystem* bezeichnen. Diese ausgeprägte legislatorische Funktion verhindert auch eine Unklarheit über die Wirkung des verfassungsrechtlichen Urteils.³⁵⁾ Dabei soll nicht übersehen werden, dass die Feineinstellung der Wirkungen der Gesetzesaufhebung im B-VG den

³¹⁾ Vgl. Emanuel, Constitutional Law⁸ (1990) 3.

³²⁾ Vgl. Laurer, Europarecht und österreichische Rechtsordnung – Rechtsnormen in einem einheitlichen Stufenbau? – Ein „Vorwort“, ÖJZ 1997, 801 (805).

³³⁾ Was darin zum Ausdruck kommt, dass der VfGH gleichsam Textteile aus dem BGBl. entfernt.

³⁴⁾ Kelsen/Froehlich/Merkl, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (Nachdruck 2003) 256.

³⁵⁾ Im Falle der Verfassungswidrigkeit erschöpft sich der Spruch des VfGH in der Kassation der Gesetzesvorschrift. Der Gesetzgeber ist nicht weiter gebunden. Dies ergibt sich zum einen aus dem Fehlen ausdrücklicher Bindungsvorschriften wie § 63 Abs. 1 VwGG und § 87 Abs. 2 VfGG, zum anderen aus der rechtlichen Unverantwortlichkeit der Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaften.

negativ legislatorischen Akt des VfGH wiederum bis zu einem gewissen Grad relativiert.³⁶⁾^{36a)}

C. Das System nach dem Grundgesetz

Dieses folgt zwar dem System der Normenkontrolle, ist aber eher justiziell als legislatorisch orientiert: Nach Art. 94 GG folge die Nichtigkeit einer verfassungswidrigen Norm unmittelbar aus dem Vorrang der Verfassung, was das Bundesverfassungsgericht *nur festzustellen* vermag. Die Verfassungsrechtsprechung stelle insoweit keine „negative Gesetzgebung“ dar, die bestehende Normen durch gegenläufige Akte gestaltend aufheben könnte. Letztlich erschöpfe sich die Wirkung der Gesetzeskraft darin, dass die Bindungswirkung bestimmter bundesverfassungsgerichtlicher Entscheidungen auf alle Bürger erstreckt werde.³⁷⁾ Es ist allerdings nicht zu übersehen, dass dieser theoretische Ansatz *verschiedene Schwierigkeiten* mit sich bringt: Einmal die Deutung der verfassungswidrigen Akte bis zur Feststellung ihrer Nichtigkeit. Im Zusammenhang mit der Frage, ob eine Nichtigkeitsklärung deklaratorische oder konstitutive Bedeutung habe, erläutert etwa Maunz die Figur „des Rechtscheins“ der später als verfassungswidrig erkannten Norm. Wer darauf vertraue, dass die Rechtsnorm wirksam sei, werde zunächst in seinem Vertrauen geschützt. Es läge zwar eine Scheinrechtsnorm vor, aber eben doch eine Rechtsnorm.³⁸⁾ Ein

³⁶⁾ Nach der Grundregel des Art. 140 Abs. 7 zweiter Satz wird mit der Kundmachung des aufhebenden Erkenntnisses allein der Tatbestands- nicht aber der Rechtsfolgenbereich der aufgehobenen Rechtsvorschrift beendet (zur Terminologie vgl. *Walter/Mayer*, Grundriss Rz. 487), wobei für die „Anlassfälle“ anderes gelten kann. Das B-VG räumt dem VfGH nun Gestaltungsmöglichkeiten nach beiden Richtungen hin ein: Den aufhebenden Effekt weiter schwächend ist die Einräumung einer längstens 18 Monate langen Frist für das Inkrafttreten der Aufhebung. Die Aufhebung verstärkend ist die Anordnung, dass die aufgehobene Vorschrift auf keinen Fall mehr anzuwenden ist (Art. 140 Abs. 7 zweiter Satz B-VG), allenfalls plus Erstreckung der Anlassfallwirkung auf bereits rechtskräftige Bescheide (Art. 140 Abs. 6 erster Satz B-VG – vgl. dazu VfSlg. 15.060/1997).

^{36a)} Wie ausgeprägt das österreichische System der Verfassungsgerichtsbarkeit ist, wird erst rechtsvergleichend deutlich – vgl. in diesem Zusammenhang gerade erst *Lebeck*, Weak Forms of Judicial Review – a Solution of the „Mighty Problem“?, ZÖR 2005, 55.

³⁷⁾ Vgl. *Wieland*, Art. 94 in *H. Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band III (2000) Rz. 25.

³⁸⁾ Vgl. *Maunz*, Art. 93 in *Maunz/Dürig*, Grundgesetz. Kommentar, Band IV (1997) Rz. 34. Die gleiche Schwierigkeit scheint mir auch dort zu bestehen, wo das Bundesverfassungsgericht eine Rechtsnorm nicht für nichtig, aber für verfassungswidrig erklärt hat. Hier bliebe – so *Maunz* (ibid.) Rz. 40 – nur der Weg, dass Gerichte und Behörden das Verfahren aussetzten, bis der Gesetzgeber eine neue und dann verfassungsmäßige Rechtsnorm geschaffen habe. Auch hier ist die Situation der Deutung der durch den Spruch des Verfassungsgerichts geschaffenen Lage einfacher, da in Österreich der VfGH eine Frist für die weitere Anwendung eines verfassungswidrigen Gesetzes setzen kann. Im österreichischen System können also dogmatische Probleme durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen vermieden werden. Eine Entsprechung findet sich übrigens auch im österreichischen Verwaltungsverfahrensrecht (§ 68 AVG). Die

weiteres Problem sind die sehr komplexen und zutiefst umstrittenen Bindungswirkungen nach § 31 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes.³⁹⁾ Lassen Sie mich also die These formulieren, dass die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit im Sinne eines kassatorischen Systems der Normenkontrolle die expliziteste *verfassungstechnische* Ausprägung des Stufenbaumodells ist.⁴⁰⁾ Zwar bedeutet der Fehlerkalkül, dass – in einem materiellen Sinn – „verfassungswidrige“ Gesetze in Kauf genommen werden müssen, doch steht dem der Gewinn an Rechtsklarheit gegenüber.

VII. Die Schlüsselrolle der verfassungskonformen Interpretation

A. Die verfassungskonforme Interpretation im System der Höchstgerichtsbarkeit

Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen der deutschen und der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit liegt darin, dass das B-VG *keine* allgemeine *Verfassungsbeschwerde* kennt. Die drei *Höchstgerichte* – der OGH, der VwGH und der VfGH – sind einander insoweit *gleichgeordnet*, als ihre Urteile nicht bei einem der anderen Gerichtshöfe angefochten werden können. Eine Höherstufung des VfGH liegt nur in seiner Kompetenz zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten⁴¹⁾ und – aber eben nur in einem sehr spezifischen Sinn – darin, dass der VfGH zur Normenkontrolle berufen ist.

Gegenwärtig steht diese Struktur des Rechtsschutzes in Diskussion. Im Österreich-Konvent⁴²⁾ wird ein Vorschlag zur Einführung einer *Urteilsbeschwerde* nach deutschem Muster gegen Urteile der ordentlichen Gerichte und der Verwaltungsgerichte behandelt.⁴³⁾

dort angelegte Verfügung der Nichtigkeit von Bescheiden wird schon von jeher zutreffend als Einräumung eines Fehlerkalküls gesehen.

³⁹⁾ Vgl. *Rennert*, Kommentierung zu § 31, in *Umbach/Clemens* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz (1992) Rz. 50: „§ 31 zählt zu den wichtigsten Vorschriften des Gesetzes. Er hat vor allem die Literatur häufig beschäftigt. Gleichwohl lässt sich eine allseits oder doch nur überwiegend anerkannte Klärung von Sinn, Anwendungsbereich und Wirkung der Vorschrift bislang nicht ausmachen“. Dazu vgl. aber auch im Folgenden.

⁴⁰⁾ Zur Vermeidung eines Missverständnisses: Es geht hier eben nicht (nur) um die aus dem positiven Recht abgeleitete Einsicht in den jeweiligen Stufenbau, sondern um eine – die Stufung gleichsam einkerbende – rechtstechnische Konsequenz.

⁴¹⁾ Vgl. Art. 138 Abs. 1 B-VG.

⁴²⁾ Vgl. www.konvent.gv.at.

⁴³⁾ Die Diskussion über das Verhältnis der Höchstgerichte zueinander steht einerseits mit der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Zusammenhang, andererseits damit, dass der Strafgerichtsbarkeit die mangelnde Beachtung der Grundrechte vorgeworfen wird. Die Materialien zu dieser Diskussion finden sich im Bericht des Aus-

Zunächst sollte klar gesehen werden, dass die Einführung der *Urteilsbeschwerde* und der Gebrauchswert des Werkzeugs der *verfassungskonformen Interpretation aufs Engste korrelieren*:

Nach deutscher Lehre und Judikatur⁴⁴⁾ ist eine Verfassungsbeschwerde (auch dann) erfolgreich, wenn die in der angefochtenen Entscheidung vertretene Rechtsauffassung – als Gesetz gedacht – gegen das Grundgesetz verstieße. In Österreich verfolgt der VfGH schon seit langem eine dementsprechende Judikatur.⁴⁵⁾

Im System des B-VG kommt dem aber – eben weil es nicht um die Prüfung von Gerichtsurteilen geht – keine allzu große Bedeutung zu. Für den VfGH spielt die verfassungskonforme Interpretation dann eine Rolle, wenn ein Gericht einen Prüfungsantrag an den VfGH stellt (Art. 140 Abs. 1 B-VG), der VfGH diesen Antrag aber mit der Begründung abweist, das Gesetz ließe sich verfassungskonform interpretieren.⁴⁶⁾ Weiters interpretiert der VfGH zwar verfassungskonform im Zuge seiner Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit, doch läuft dies am VwGH gleichsam vorbei, allenfalls kann es zu Judikaturwidersprüchen kommen. Ansonsten kann der VfGH seine verfassungskonforme Interpretation dann überbinden, wenn die Verwaltungsbehörde säumig bleibt, da der VwGH nach Art. 132 B-VG an die Rechtsansicht des VfGH gebunden ist. Das Gleiche gilt, wenn der VwGH einen infolge einer Aufhebung eines Bescheids durch den VfGH erlassenen Ersatzbescheid prüft.⁴⁷⁾ Praktisch spielen diese Konstellationen nur selten eine Rolle.⁴⁸⁾

Im Rahmen der Entscheidung über eine Urteilsbeschwerde wäre der VfGH gleichsam eingeladen, die verfassungskonforme Interpretation wesentlich öfter und wirksamer zu nutzen. Im Grunde genommen läge darin sogar *der einzige Mehrwert* gegenüber dem derzeitigen – vielleicht etwas erweiterten – Normenkontrollsystem. Das stark vom Legalitätsprinzip – also der Bindung der Verwaltung und Gerichtsbarkeit an die Gesetze – geprägte System lässt nämlich keine Lücke offen, haben doch die anfechtungsbefugten Gerichte bei Zweifel an der Verfassungskonformität des anzuwendenden Gesetzes einen

schusses IX vom 26. März 2004 und im Bericht zum Ergänzungsmandat des Ausschusses IX vom 18. November 2004 ebendort. Einander gegenüber stehen die Vorschläge: *Jablonec/Grabenwarter/Rzeszut*, Die Gesetzesbeschwerde als systematische Fortentwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, und *Schnizer/Stoisits*, Einführung einer Verfassungsbeschwerde und zur Erweiterung der Anfechtungslegitimation.

⁴⁴⁾ Vgl. die „Schuhmann’sche Formel“ – dazu etwa *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II¹⁴ Rz. 1179 m.w.H.

⁴⁵⁾ Vgl. schon VfSlg. 4374/1963, 5411/1966, 5492/1967, 5609/1967.

⁴⁶⁾ Vgl. z.B. VfSlg. 14.466/1996, 15.319/1998, 15.838/2000.

⁴⁷⁾ Vgl. *Spielbüchler*, Verfassungsgerichtshof und Ersatzbescheid. Zur Abgrenzung von Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Melichar-FS (1983) 221 und *Jablonec*, Strukturfragen der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, ÖJZ 1998, 161 (164), jeweils m.w.H.

⁴⁸⁾ Die eigenartige Doppelzuständigkeit beider Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts im Bereich der Verwaltungsgerichtsbarkeit bringt es nämlich mit sich, dass wegen der besseren Erfolgsaussichten dann von vornherein der Weg zum VfGH gesucht wird.

Prüfungsantrag an den VfGH zu stellen.⁴⁹⁾ Führt die Anwendung des Gesetzes das Gericht zu einem verfassungswidrigen Ergebnis, so kann der Fehler – rechnet man die Ebene der Normenkontrolle ab – dann eben nur mehr darin liegen, dass das *Gericht die Möglichkeit einer verfassungskonformen Interpretation* übersehen hat.⁵⁰⁾ Vor diesem Hintergrund sind im Folgenden die theoretische Grundlage, die Möglichkeiten und Grenzen der verfassungskonformen Interpretation und ihr Verhältnis zur Normenkontrolle in den Blick zu nehmen.

B. Die theoretische Fundierung der verfassungskonformen Interpretation

Herkömmlicherweise sieht man diese Auslegungsfigur als besonderen Anwendungsfall der rechtskonformen Interpretation an, die wiederum ein Unterfall der systematischen Interpretation ist. Man unterscheidet gleichsam zwei Durchgänge der Auslegung: Wenn (zunächst) mehrere Auslegungsmöglichkeiten bestehen, ist im Zweifel die (oder eine) verfassungsrechtskonforme Variante zu wählen.⁵¹⁾ Im Zweifelsfalle muss jede Gesetzesbestimmung so verstanden werden, dass sie im Rahmen der gesamten Rechtsordnung zu bestehen vermag.⁵²⁾

Die Problematik dieser Umschreibung wird allerdings sofort sichtbar: Der Auslegungsvorgang auf der zweiten Ebene hat eine andere methodische Quali-

⁴⁹⁾ Obzwar die Bindung namentlich der Zivilgerichte an das Gesetz – unbeschadet der Geltung des Legalitätsprinzips auch dort – nicht so eng verstanden wird als in der Verwaltung, werden auch dort doch allemal Gesetze angewendet. Von einer verfassungspolitischen Lücke kann allenfalls insoweit gesprochen werden, als die eine Rechtswidrigkeit einer generellen Norm behauptende Partei dann, wenn ein ordentliches Gericht die Normbedenken nicht aufgreift, de lege lata nicht an den VfGH herankommt. Diese Lücke soll die geplante „Gesetzesbeschwerde“ schließen (vgl. zuletzt *Jabloner/Grabenwarter/Rzeszut*, Gesetzesbeschwerde als systematische Fortentwicklung). Zur Vorgeschichte dieser Problematik vgl. *Jabloner*, ÖJZ 1998, 161 (164).

⁵⁰⁾ Bei diesem Stand der Überlegungen liegt der Einwand nahe, dass die Gesetzesbeschwerde dann zu einem für den Beschwerdeführer unbefriedigenden Ergebnis führen kann, wenn sie der VfGH mit der Begründung abweist, das Gesetz ließe sich verfassungskonform interpretieren, seinen Entscheidungsgründen aber keine Bindungswirkung zukommt. Diesem Einwand ist entgegenzuhalten, dass im hier vorgeschlagenen System eine so klare Trennung zwischen den Aufgaben der Interpretation der (einfachen) Gesetze und der Verfassung vorgenommen wird, dass diese Konstellation eben nicht mehr auftreten soll. Freilich ist es kaum sinnvoll, den VfGH förmlich an die Auslegung des Gesetzesrechtes durch die anderen Höchstgerichte zu binden (derartiges wurde – allerdings mit Blick auf die „Urteilsbeschwerde“ – in den Beratungen des Rechtsschutzausschusses des Österreich-Konvents tatsächlich vorgeschlagen). Realistisch ist die Annahme, dass der VfGH vom Mittel der „verfassungskonformen Interpretation“ nur mehr in seltenen Fällen Gebrauch machen wird. Diesfalls ist es eine Frage des besseren Arguments, ob sich die anderen Höchstgerichte in der Folge dieser Sichtweise anschließen oder nicht.

⁵¹⁾ Vgl. z.B. *Walter/Mayer*, Grundriss Rz. 135.

⁵²⁾ Vgl. die bei *Öhlinger/Hiesel*, Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts (2001) 149, E 28, zitierten österreichischen höchstgerichtlichen Entscheidungen.

tät als jener auf der ersten Ebene. Verstünde man unter „verfassungskonformer Interpretation“ nur den Hinweis der Lehre (oder des soweit erkennenden Organs der Rechtsanwendung) darauf, dass eine der Auslegungsvarianten der Verfassung entspricht, wäre dies ganz unproblematisch, die Aufspannung des Interpretationsrahmens noch nicht verlassen. Ist aber „verfassungskonforme Interpretation“ als dringender Vorschlag zu verstehen, dieser Auslegungsvariante auch zum Durchbruch zu verhelfen – geht es also nicht um die „richtige Auslegung“ sondern um die „Verfassungsrichtigkeit“ des Auslegungsergebnisses⁵³⁾ – dann braucht es eine *verfassungsrechtliche Norm*, die eine solche Wahl auch gebietet. Andernfalls läge nämlich nur eine – vielleicht pragmatisch – zu begründende Entscheidung des Rechtswissenschaftlers oder Normanwenders vor.

Soweit überblickbar hat der Schweizer Verfassungsrechtslehrer Max Imboden in seinem 1961 erschienenen Aufsatz „Normenkontrolle und Norminterpretation“ die verfassungskonforme Interpretation erstmals zu fundieren versucht.⁵⁴⁾ Alle maßgebenden Argumente sind schon hier zu finden.

Imboden geht von der *amerikanischen* Verfassungsrechtsdogmatik aus und behandelt im Mittelteil Bundesverfassungsgericht und VfGH, um sich dann am Schluss wieder genuin *Schweizer* Problemen zuzuwenden. Das ist aufschlussreich, denn das amerikanische Verfassungsrecht kennt – wie dargelegt – keine eigentliche Normenkontrolle und die Schweizer Verfassung entzieht Bundesgesetze der verfassungsgerichtlichen Überprüfung durch das Bundesgericht. Gerade dieses Manko wollte Imboden ausgleichen und dazu brauchte er die verfassungskonforme Interpretation.

Aus dem amerikanischen Verfassungsrecht übernimmt Imboden folgende Argumente:⁵⁵⁾

Rechtssicherheit geböte eine Entscheidung „in favorem legis“, beim Gesetzgeber müsse der Wille zur Respektierung der Verfassung vorausgesetzt werden, die *Vermutung* spreche daher für die Rechtsgültigkeit von zweifelhaften Rechtsakten und der amerikanische Richter folge dem Grundsatz, den konkreten Rechtsfall möglichst *ökonomisch* zu lösen.

In der vom Bundesverfassungsgericht und vom VfGH geübten verfassungskonformen Interpretation sieht Imboden keine Rezeption einer fremden Judikatur, denn es ergäbe sich die verfassungskonforme Interpretation (auch) aus der „inneren Notwendigkeit jeder Normenkontrolle“. Letztlich findet Imboden die Rechtfertigung in zwei gleichwertigen Modellen: In der „*materiellen Höherwertigkeit der Verfassungsnormen*“ im Sinne der „vorausgesetzten Vernünftigkeit allen Verfassungsrechts“ oder im Ausdruck des „*favor legis*“ im Sinne der Rechtssicherheit.⁵⁶⁾

⁵³⁾ Vgl. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung 61.

⁵⁴⁾ In Hans Huber-FS (1961) 133 (Nachdruck in *Imboden*, Staat und Recht. Ausgewählte Schriften und Vorträge [1971] 239).

⁵⁵⁾ Vgl. *Imboden*, Normenkontrolle 138.

⁵⁶⁾ Vgl. *Imboden*, Normenkontrolle 142.

Bei kritischer Würdigung dieser Argumente erscheint zunächst der Aspekt der „Rechtssicherheit“ wenig einleuchtend.⁵⁷⁾ Es ist nämlich nicht zu sehen, weshalb die Rechtssicherheit durch die Normaufhebung gefährdet wäre. Auch nach der Normaufhebung besteht ja Sicherheit darüber, was Recht ist, nur ist es eben neues Recht. Das eigentliche Argument liegt denn wohl auch darin, dass begründete Erwartungen der Rechtsunterworfenen nicht enttäuscht werden sollen. Die Erwartung, dass eine einmal bestehende Rechtslage nie mehr wieder geändert wird, ist aber offensichtlich unbegründet.⁵⁸⁾

Das zweite Argument wird in der österreichischen Lehre prominent etwa von Rill vertreten. Im Zweifel sei dem Normsetzer *keine unrechtmäßige Willensbildung zuzusinnen*. Fehlten deutliche Hinweise, so müsste man die gleichsam böse Absicht, verfassungswidrig zu handeln, dem Gesetzgeber geradezu „unterstellen“.⁵⁹⁾

Dieser Ansicht ist soweit zu folgen, als die *Entstehungsgeschichte* eines Gesetzes Hinweise darauf enthalten kann, dass der Gesetzgeber verfassungsmäßig handeln oder aber auch – wohl seltener – dass er bewusst gegen die Verfassung verstoßen wollte. Diesfalls wäre das Gesetz schon von Haus aus in eine bestimmte Richtung zu interpretieren. Fehlt aber ein solcher Hinweis und bleibt es daher bei den Grenzen des Wortsinns, so kann dem Gesetzgeber der verfassungsmäßige Sinn nur „zugesonnen“ werden, wenn es eine entsprechende Kommunikationsnorm gäbe. Ob hier Überlegungen zum allgemeinen Sprachgebrauch ohne weiteres herangezogen werden können, darf bezweifelt werden. Letztlich wird eine Art Zivilisation des Gesetzgebers postuliert, der die Verfassungsmäßigkeit gleichsam verinnerlicht hat.⁶⁰⁾ Gerade das Bestehen einer externen und spezialisierten Normenkontrolle spricht jedoch eher gegen eine solche Annahme.⁶¹⁾

Das Argument der normökonomischen Beschränkung auf den Einzelfall ist spezifisch auf die amerikanischen Verhältnisse ohne Normenkontrolle zugeschnitten. Keinesfalls ist Imboden im Argument zu folgen, die verfassungskonforme Interpretation ergäbe sich aus der „inneren Notwendigkeit jeder Normenkontrolle“. Das Gegenteil ist der Fall.

Ergiebiger erscheint der Ansatz bei der *materiellen Höherwertigkeit* des Verfassungsrechts. Auch Korinek sieht die verfassungskonforme Interpretation

⁵⁷⁾ Wie *Imboden* auch insb. *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (1982) 373 und dagegen zutreffend *Rill*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. Gedanken zum gleichnamigen Buch von Franz Bydlinski, *ZfV* 1985, 461, 577 (581).

⁵⁸⁾ Und wie *Rill*, *ZfV* 1985, 581 zeigt, auch deshalb verfehlt, weil etwa kein Steuerpflichtiger enttäuscht sein wird, wenn er nach Aufhebung eines verfassungswidrigen Gesetzes keine Steuern mehr zu bezahlen hätte.

⁵⁹⁾ *ZfV* 1985, 581.

⁶⁰⁾ Allenfalls könnte auf das Gelöbnis der Abgeordneten zum Nationalrat (§ 4 Abs. 1 GeoG) zur „vollen Beobachtung der Verfassungsgesetze“ abgestellt werden.

⁶¹⁾ Dass das nicht eine rein rechtstheoretische Erwägung ist, zeigen einige gescheiterte gesetzgeberische Unternehmen der letzten Jahre, deren Verfassungswidrigkeit zum Greifen nahe war – z.B. Erk. vom 10. Oktober 2003, G 222/02 (Struktur des Hauptverbands).

letztlich im Gedanken der durch die Verfassung bewirkten Einheit der Rechtsordnung begründet.⁶²⁾ Formalisiert man dieses Argument, so könnte man die ominöse Einheit der Rechtsordnung einfach als ihre Dynamik verstehen. Denn die Individualisierung und Konkretisierung des Rechts kann nur gelingen, wenn die Rechtserzeugungsregel eingehalten wird. Ganz deutlich wäre dies bei einer Rechtsordnung, die allein einen Rechtserzeugungszusammenhang, aber keinen Rechtsvernichtungszusammenhang – und somit auch keinen Fehlerkalkül – enthielte. Würde in einer solchen Rechtsordnung die anzuwendende Norm nicht im Einklang mit ihrer Erzeugungsregel interpretiert, wäre jeder *Normsetzungsakt vom Missglücken* bedroht. Die Einräumung eines Fehlerkalküls mildert diesen Zustand nur insoweit, als so auch fehlerhafte Rechtsakte (vorläufige) Geltung erlangen können. Wenn also mit „Einheit der Rechtsordnung“ gemeint ist, dass rechtswidriges Recht nicht entstehen soll, damit sich die Rechtsordnung fehlerfrei entfalten kann, liegt darin in der Tat eine Begründung für die verfassungskonforme Interpretation.

Anders ist die Rechtslage freilich dann, wenn die Rechtsordnung selbst Vorkehrungen für ihre *Bereinigung* bereitstellt: Hierbei geht es nicht um bloße Instanzenzüge, in denen ja nur fehlerhafte individuelle Normen aufgehoben werden können, sondern um Verfahren zur Aufhebung genereller Normen, wenn also insbesondere vorgesehen ist, dass verfassungswidrige Gesetze durch ein dafür spezialisiertes Organ, das Verfassungsgericht, kassiert werden. In dieser Spezialfunktion der negativen Gesetzgebung (vgl. oben) *prävaliert* das Prinzip, eine maximale verfassungskonforme Vollziehung zu garantieren. Dafür muss das Verfassungsgericht aber eine Norm schon dann aufheben, wenn eine *verfassungswidrige Auslegung vom möglichen Wortsinn der Bestimmung* noch gedeckt ist.⁶³⁾

In der Judikatur des VfGH wird die hier geforderte Prävalenz der Rechtsbereinigung nicht immer deutlich, zu sehr scheint sie von zwei alternativen Modellen geleitet zu sein. Zwar betont auch Korinek die „Nachhaltigkeit“ der Rechtsbereinigung,⁶⁴⁾ aber er wendet sich dagegen, „ein Gesetz verfassungswidrig auszulegen, nur um es aufheben zu können“.⁶⁵⁾ Es ist Korinek darin

⁶²⁾ Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in Walter-FS (1991) 363 (382) unter Berufung auf *Merkel*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates, AÖR 1918, 56.

⁶³⁾ Das hier Gemeinte wird besonders deutlich, wenn es der VfGH bei Grundrechtseingriffen für zulässig hält (in VfSlg. 14.091/1995: Art. 8 EMRK), dass der Gesetzgeber die verfassungskonforme Handhabung eines Vorbehaltes den Verwaltungsbehörden anvertraut, statt das Gesetz wegen Widerspruchs zu Art. 18 Abs. 1 B-VG aufzuheben – vgl. dazu *Muzak*, Die Aufenthaltsberechtigung im österreichischen Fremdenrecht (1995) 17 und *Mayer*, Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Fremdenrechts in Österreich, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg.), Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat (1997) 87 (93).

⁶⁴⁾ Vgl. Interpretation 383.

⁶⁵⁾ In diesem Zusammenhang weist *Korinek*, Interpretation 384 m.w.H. darauf hin, dass die deutsche Lehre die verfassungskonforme Interpretation bedenklicher Gesetze grundsätzlich als Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber sieht, diese aber in ihr Gegenteil umschlüge, wenn es sich um eine erhebliche Umdeutung des Gesetzestextes handelte. Nach der hier entwickelten Auffassung steht die Rechtsbereinigung

zuzustimmen, dass es auch auf bestimmte Verfahrenskonstellationen ankommt und das Verfassungsgericht einen gewissen Spielraum braucht.⁶⁶⁾ Aber hier sollte deutlich geworden sein, dass schon im normalen Anwendungsfeld der verfassungskonformen Interpretation der Aspekt der Rechtsbereinigung Vorrang genießen soll.

Welche Organe schon in den Rechtsvernichtungszusammenhang eingebunden sind, ergibt sich bei Betrachtung der jeweiligen Rechtsordnung: Im österreichischen System sind dies nicht nur der VfGH, sondern auch jene Organe, die entsprechende Anträge auf Normprüfung an den VfGH stellen können, also insbesondere die Gerichte unter Einschluss des VwGH.⁶⁷⁾ Nicht in den Normvernichtungszusammenhang eingebunden wäre etwa eine Verwaltungsbehörde.⁶⁸⁾

Auch stellt sich die Frage, was für den in die Rechtsanwendung nicht eingebundenen bloßen Interpreten gelten soll. Seine Aufgabe mag darin liegen, den Interpretationsrahmen auszumessen. Unbenommen bleibt ihm eine dieser Varianten als die „verfassungskonforme“ zu kennzeichnen. Dass er sie nicht als die „richtige“ Auslegung hervorheben darf, versteht sich auf Grund des bereits Gesagten. Deutlich wird bei dieser Argumentation der *Einfluss der Reinen Rechtslehre*: Zum einen die Auffassung, dass es beim wissenschaftlichen Verfahren der Interpretation nicht auf die eine richtige Auslegung, sondern auf die Herausarbeitung des *Interpretationsrahmens* ankommt. Erkenntnisprinzip ist nicht die Bekräftigung eines womöglich vorschnell gewonnenen Ergebnisses, sondern seine Falsifikation durch die Gewinnung weiterer Varianten. Auf ein anderes Element habe ich schon ganz am Anfang hingewiesen: Es ist die der Reinen Rechtslehre eigene Konzentration auf den *jeweiligen Normsetzungsakt*.

Man kann sich auch an der allgemeinen wissenschaftstheoretischen Präferenz für die Falsifikation orientieren: Überprüft man nach dem Akt des Verfassungsgerichts die These, ob die Rechtsordnung nunmehr verfassungsgemäß ist, so ermöglicht die verfassungskonforme Interpretation – quasi als Verifikati-

hingegen schon dann im Vordergrund, wenn noch keine „Umdeutung“ des Gesetzestextes vorliegt – dazu der nächste Abschnitt dieses Beitrages.

⁶⁶⁾ So wird es auch darauf ankommen, wie häufig und von welchen Organen die Norm anzuwenden ist, welche realen Konsequenzen die Nichtaufhebung zeitigen kann etc. Vgl. auch Fn. 63 und 86.

⁶⁷⁾ Es ist festzuhalten, dass diese Teilnahme an der Normvernichtung von den österreichischen Gerichten nicht immer zutreffend gesehen wird. Bei richtiger Auffassung genügen schon Bedenken, die gar nichts mit dem Vor- oder Nachteil des Betroffenen im konkreten Verfahren zu tun haben müssen, um den entsprechenden Antrag an den VfGH stellen zu müssen. Eine ganz analoge Struktur ergibt sich bei der Frage, ob das Gemeinschaftsrecht so auslegbar sei, dass es einer innerstaatlichen Norm nicht entgegensteht. Auch hier ist der Kreis jener Organe, die eine Frage dem EuGH vorlegen können, begrenzt.

⁶⁸⁾ So sie nicht, wie die UVS und das Bundesvergabeamt beim VfGH antragsberechtigt sind.

on – stets nur eine vorläufige und schwache Antwort.⁶⁹⁾ Die *Falsifikation*, hier die Normvernichtung, hat hingegen vollen Effekt, da sie alle möglichen fehlerhaften Rechtslagen beseitigt. Diese strukturelle Schwäche der verfassungskonformen Interpretation kann nur ausgeglichen werden, wenn man auch der verfassungsgerichtlichen Auslegung *Bindungswirkung* gibt, wie dies für Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ja behauptet wird.⁷⁰⁾ Aber dann wird vom Verfassungsgericht nicht mehr „kassiert“, sondern „reformiert“, also *Recht gesetzt*. Fehlt eine solche Bindungsvorschrift – wie in Österreich – ist *Rechtsunsicherheit* die Folge.⁷¹⁾

C. Der Missbrauch der verfassungskonformen Interpretation

Die Tragweite des hier behandelten Problems wird freilich erst deutlich, wenn man die *missbräuchliche Anwendung* der verfassungskonformen Auslegung ins Visier nimmt. Zwar geben sich die Verfassungsgerichte in den entsprechend abstrakt formulierten Rechtssätzen zurückhaltend,⁷²⁾ tatsächlich hat aber ein immer materialer werdender Auslegungsstils diese Fessel längst gesprengt.⁷³⁾ Wird in einem ersten Schritt noch zwischen verschiedenen möglichen Auslegungshypothesen gewählt, so werden in einem zweiten Schritt bereits behauptete Gesetzeslücken im Lichte des Verfassungsrechts geschlossen⁷⁴⁾ und in einem dritten Schritt einer „berichtigenden Auslegung“⁷⁵⁾ wird

⁶⁹⁾ Wie hier auch *Rittler*, Werbeabgabe für Prospektwerbung – Teil I, GeS 2003, 259 (308).

⁷⁰⁾ Dazu und zur gesamten Problematik *Rennert* in *Umbach/Clemens* (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz Rz. 103.

⁷¹⁾ Die nur bis zu einem gewissen Grund durch die Tatsache relativiert ist, dass ein Bescheid, der eine vom VfGH einmal gewählte verfassungskonforme Interpretation in den Wind schlägt, bei VfGH mit Erfolg bekämpfbar ist.

⁷²⁾ So betont der VfGH die Grenzen des Wortlauts (z.B. VfSlg. 10.817/1986) und hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zu § 554b ZPO zusammengefasst, dass nach seiner Rechtsprechung im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen werden dürfe, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt und das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden dürfe (vgl. die Nachweise bei *Stern*, Art. 93 in *Dolzer/Vogel* u.a. [Hrsg.], Bonner Kommentar zum Grundgesetz [2004] Rz. 321).

⁷³⁾ Vgl. *Wiederin*, Nationalsozialistische Wiederbetätigung, Wahlrecht und Grenzen verfassungskonformer Auslegung, EuGRZ 1987, 137 (141).

⁷⁴⁾ Der VfGH stellt dies ausdrücklich gleich in seinem Erkenntnis vom 17. Juni 1997, B 592/96 (= VfSlg. 14.863/1997).

⁷⁵⁾ Vgl. die Beispiele bei *Handstanger*, Verfassungskonforme oder berichtigende Auslegung?, ÖJZ 1998, 169 <bibliographische Angaben 2013 vervollständigt. Anm. der Hrsg.>. Vgl. weiters etwa VfGH vom 28. Februar 2002, B 781/00 und VfSlg. 16.452/2002. Zu einem Teil dieser Judikatur des VfGH vgl. zusammenfassend *Kotschnigg*, Bemerkungen zur verfassungskonformen Interpretation in Abgabensachen, ÖStZ 1997, 37. Von der österreichischen Lehre wird diese Problematik überhaupt nur selten wahrgenommen. Hinzuweisen wäre auf *Schäffer*, Verfassungsgericht und Gesetzgebung, in *Koja-FS* (1998) 101 (126) der ausführt, dass es dem VfGH keineswegs zustehe, „dem Gesetz seine eigene Interpretation und damit unter Umständen eine zum

schließlich im Anlassfall Derogation des Gesetzes durch die als Maßstab dienende Verfassungsnorm angenommen. In Österreich – mit der „Zweistufigkeit“ des Verfassungsrechts: Grundprinzipien und teiländernde Verfassungsgesetze – wird das Problem dann noch virulenter, wenn der VfGH bei seiner Interpretation unmittelbar auf die höchste – und entsprechende vage – Normschicht greift.⁷⁶⁾ Im Ergebnis haben wir es dann mit einer Konstruktion dezentraler Normvernichtung in ihrer schon dargestellten schwachen Ausprägung zu tun⁷⁷⁾ – wie wir sie etwa im Gemeinschaftsrecht als „Anwendungsvorrang“ kennen –, mit der Konsequenz der Herleitung des Gesetzesinhaltes unmittelbar aus dem Verfassungstext.⁷⁸⁾ Wieso dies möglich ist und auf welche Weise das Gesetz immer stärker gegenüber der unmittelbaren Anwendung der Grundrechte ins Hintertreffen gerät, hat Jestaedt ausführlich untersucht. Eine besondere Rolle spielen dabei der *Gleichheitssatz* – längst schon in die Richtung eines „allgemeinen Sachlichkeitsgebotes“ weiterentwickelt –, und der *Grundsatz der „Verhältnismäßigkeit“*. Im Ergebnis bewirken sie den Verlust der eigenständigen Bedeutung des Gesetzes und damit einen *Rückbau der parlamentarischen Demokratie*.⁷⁹⁾

VIII. Duplizität der Systeme?

Die verfassungskonforme Interpretation hat also wesentlich dazu beigetragen, dass den Verfassungsgerichten *zwei unterschiedliche Systeme der Normver-nichtung* zur Verfügung stehen: Die *eigentliche Normenkontrolle* und der *Anwendungsvorrang*. Dass beide Systeme nicht gut nebeneinander bestehen können, zeigt das Gemeinschaftsrecht, in dem ein System nachprüfender Kon-

klaren Willen des Gesetzgebers widersprüchliche Bedeutung aufzuzwingen. Die verfassungskonforme Interpretation darf – korrekt angewendet – nicht zur ergänzenden Fortbildung des Gesetzesrechts durch Richterspruch führen“. Man sollte sich auch daran erinnern, dass der VfGH den Aufhebungsgrund für „verfassungswidrige“ Bescheide aus der Verletzung des Gleichheitssatzes wegen „denkumöglicher Anwendung des Gesetzes“ entwickelt hatte. Eine zu gekünstelte und daher über eine denkmögliche hinausgehende verfassungskonforme Interpretation kann aber den an die Gesetze gebundenen Verwaltungsbehörden und Gerichten – auch wenn diese bereit wären, der Rechtsansicht des VfGH auch über die gebundenen Fälle hinaus zum Durchbruch zu verhelfen – nicht zugemutet werden.

⁷⁶⁾ Dies ist insbesondere bei der Berufung auf das „Rechtsstaatsprinzip“ der Fall, vgl. m.w.H. *Jabloner*, Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, JRP 2001, 34 (44) <in diesem Band ab Seite 129. Anm. der Hrsg.>.

⁷⁷⁾ Die Anwendung der Regel „lex superior derogat legi inferiori“ ist ganz deutlich in VfSlg. 14.863/1997.

⁷⁸⁾ Vgl. *Stern*, Art. 93 in *Dolzer/Vogel* u.a. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Rz. 687: „... dabei ist eine präzise Abgrenzung zwischen unmittelbarer Anwendung von Verfassungsrecht und der Lückenschließung auf der Ebene des einfachen Rechts (Analogie, Rechtsfortbildung) unter Berücksichtigung des Verfassungsrechts kaum möglich.“

⁷⁹⁾ Diesen Aspekt betont auch *Mayer*, Rahmenbedingungen 95 (m.w.H.).

trolle sogar ausdrücklich verpönt ist.⁸⁰⁾ Nimmt man nämlich ein Nebeneinander beider Systeme an, so stellt sich die Frage, nach welchem Kalkül sich das Verfassungsgericht einmal für die verfassungskonforme Interpretation und das andere Mal für die Aufhebung entscheiden sollte. Es ist nicht mehr als ein Scheinargument, dass man mit der verfassungskonformen Interpretation einen gegenüber der Aufhebung des Gesetzes „gelinderen“ Eingriff vornimmt.⁸¹⁾ Sollte es in der Tat im unbeschränkten Ermessen des VfGH liegen, aufzuheben oder verfassungskonform zu interpretieren? Ich möchte an dieser Stelle noch einmal Robbers zitieren, der – anscheinend ganz ohne Ironie – davon spricht, dem Verfassungsgericht sei statt der Rolle des „Hüters der Verfassung . . . eher die des Verfassungsmoderators angemessen“.⁸²⁾

Anders als in Österreich, wo zum einen das Problem noch nicht so deutlich ist wie in Deutschland, und zum andern die Judikatur des VfGH nur zaghaft kritisiert wird, gibt es in Deutschland schon eine lange und heftige Auseinandersetzung um die „verfassungskonforme Interpretation“ insbesondere im Hinblick auf ihre Wirkung auf das Verhältnis zwischen den Fachgerichten und dem Bundesverfassungsgericht. Eine Vorreiterrolle hat dabei Bettermann gespielt, der die Problematik der verfassungskonformen Interpretation als *Pseudo-Normenkontrolle* ganz scharf erkannt hat.⁸³⁾⁸⁴⁾

⁸⁰⁾ Vgl. EuGH 9. März 1978, Rs 106/77, Simmenthal II, Slg 1978, 629.

⁸¹⁾ Vgl. schon oben Fn. 65.

⁸²⁾ Vgl. NJW 1998, 938. Deutlich wird hier der Einfluss einer über die verfassungskonforme Auslegung hinausgehenden „verfassungsorientierten Auslegung“ – vgl. H. Dreier, Grundrechtsdurchgriff contra Gesetzesbindung?, Die Verwaltung 2003, 105 (111).

⁸³⁾ Die verfassungskonforme Auslegung (1986). Zur bereits sehr umfangreichen Literatur vgl. die Belegstellen bei *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung 61.

⁸⁴⁾ In diesem Zusammenhang sehr aufschlussreich jüngst *Kloepfer*, Ist die Verfassungsbeschwerde unentbehrlich?, DVBl 2004, 676. In seinem abwägenden Beitrag kommt der Autor zum Ergebnis, dass man die Verfassungsbeschwerde letztlich nicht abschaffen sollte, dies insbesondere zur „Aufrechterhaltung des Verfassungsvertrauens der Bevölkerung“ und weil „die bisherige Grundrechtsschutzintensität in Deutschland schwerlich aufrechtzuerhalten“ wäre. Im Übrigen werden aber die Probleme der Verfassungsbeschwerde überdeutlich: Die unerhörte quantitative Belastung des Bundesverfassungsgerichts führe dazu, dass „der verfassungsdogmatische bzw. verfassungsfortbildende Ertrag der Verfassungsbeschwerde . . . – gemessen an dem sehr hohen zeitlichen Aufwand für das Gericht durch die Vielzahl der Beschwerden – relativ gering“ sei. Das Ergebnis: „Starke Popularität, aber relativ geringe (juristische) Effektivität“. Der Autor wünscht eine stärkere Verzahnung des Bundesverfassungsgerichts mit den anderen Gerichten und meint, dass das Bundesverfassungsgericht insbesondere klug beraten sei, wenn es ein Verhältnis zu den übrigen obersten Gerichtshöfen des Bundes stärker als Kooperationsverhältnis denn als Hierarchie begreifen würde. Der Autor sieht diese Zurückhaltung zwar in gelegentlich ausgedrückten theoretischen Ansprüchen des Bundesverfassungsgerichts, nicht aber in seiner tatsächlichen Judikatur. Es bedürfe einer Verschärfung des Gedankens, dass das Bundesverfassungsgericht nur die Verletzung „spezifischen Verfassungsrechts“, also spezifisch verfassungsbezogener Gehalte, nicht aber die Einhaltung einfachen Gesetzesrechts überprüfen dürfe.

Überträgt man diese Überlegungen auf die österreichische Situation, so ist man mit einer Judikatur des VfGH konfrontiert, der diese Beschränkung bisher fehlte. Es

IX. Einführung einer „Urteilsbeschwerde“ in Österreich?

Wenn heute in Österreich über die Einführung einer „*Urteilsbeschwerde*“ diskutiert wird, so geht es um mehr als um die bloße Perfektionierung des Rechtsschutzes. Das gegenwärtige österreichische Verfassungssystem steht und fällt mit dem ausgeprägten „Legalitätsprinzip“. So wird die selbstverständlich angestrebte Geltung der Grundrechte auch für den Vollzug der Gerichte und Verwaltungsbehörden – rechtshistorisch konsequent – über die vermittelnde Ebene des parlamentarisch erzeugten Gesetzes hergestellt. Wenn für die Urteilsbeschwerde eingetreten wird, so erfolgt dies zumeist im Kontext der Änderung anderer Parameter des Verfassungsgefüges. Dazu gehören die Lockerung des Legalitätsprinzips, die Erweiterung der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle auf das nicht förmliche Verwaltungshandeln, damit die Vorstellung der Geltendmachung der Grundrechte unmittelbar im Verwaltungsverfahren, etc. Mit dem Prozess der „Gesetzesdämmerung“ hat sich Jestaedt ja ausführlich auseinandergesetzt. Ebenso zugespitzt wie zutreffend führt er aus, dass nach neuestem Verständnis das Gesetz seltsamerweise gerade dann dem Rechtsstaatsprinzip entspreche, wenn es nicht etwa „generelle und rigide Festsetzungen“ treffe, „sondern, genau umgekehrt, dass seine Regelungen offen und nachgiebig sind für eine ‚Abwägung aller Umstände des Falles‘, für eine ‚fallbezogene Abwägung der konkreten Rechtsgüter‘“.⁸⁵⁾⁸⁶⁾

X. Schlussbetrachtung

Kehren wir nun zur anfänglichen Fragestellung zurück. Wie weit ist das „Stufenbaummodell“ noch gültig? Muss ein Rechtspositivist nicht Entwicklungen des Rechts zur Kenntnis nehmen – und dazu gehört auch eine bestimmte Judi-

wäre nicht zu erwarten, dass sich der VfGH – nach Einführung einer allgemeinen „Urteilsbeschwerde“ und damit der endgültigen Öffnung der Schleusen – dann eher zurückhalten würde.

⁸⁵⁾ Vgl. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung 61. Nur deshalb kann es unterlaufen, dass heute ernsthaft über die Zulässigkeit der Folter diskutiert wird.

⁸⁶⁾ Dabei kommen auch Missverständnisse ins Spiel: Will man erreichen, dass etwa die Exekutive bei der Setzung von Zwangsakten die Grundrechte beachtet, so wäre es ein ganz kontraproduktiver Weg, dies – und weiter nichts – anzuordnen. Die Vorstellung der unmittelbaren Anwendung der Grundrechte ist eine typische Betrachtung a posteriori im Zuge der Rechtskontrolle. Die Vorstellung einer richterlichen Steuerung der Gesellschaft ist aber illusionär. Das zwangsanwendende Organ hat nicht die Möglichkeit, im Einsatzfall komplizierte Abwägungen anzustellen. Das Exekutivorgan ist ja kein Richter, nicht einmal Jurist. Hingegen muss dafür Vorsorge getroffen werden, dass die das Verhalten dieses Exekutivorgans lenkenden allgemeinen Vorschriften so präzise wie möglich in Betracht kommende Fälle regeln. Restlos ist auch dies nicht möglich. Daher finden sich auch in detaillierten Polizeibefugnisgesetzen wiederum Verhältnismäßigkeitsklauseln. Dazu braucht es eine entsprechende Schulung etc. Wesentlich ist auch die Betonung eines präventiven und begleitenden Grundrechtsschutzes (z.B. durch Organe wie dem österreichischen „Menschenrechtsbeirat“).

katur der Höchstgerichte – die ihn von vertrauten Vorstellungen Abschied zu nehmen zwingen?

Wir haben gesehen, dass das Stufenbaumodell als rechtstheoretische Strukturvorstellung so eng mit der Rechtsdynamik zusammenhängt, dass es gar nicht obsolet werden kann. Auch das Gemeinschaftsrecht, das immer wieder ins Treffen geführt wird, lässt sich in seinen Strukturen nur unter Zuhilfenahme von Stufenbaumodellen adäquat beschreiben. Was allerdings im Rückbau begriffen ist, ist die *Leitbildhaftigkeit des Stufenbaumodells für die rechtstechnische Ausgestaltung einer Rechtsordnung*. Daraus lassen sich verschiedene Konsequenzen ziehen: Man kann diese Tendenz begünstigende Entwicklungen, wie die Einführung der Urteilsbeschwerde in Österreich, zu verhindern trachten und Kritik an der Judikatur üben. Dazu könnte man für das europäische Rechtsgefüge eine ähnliche Ausdifferenzierung verlangen wie für das innerstaatliche Recht. Dieses Denken ist vielleicht nicht frei von der bei Juristen häufigen *Überschätzung der eigenen Rechtsordnung* und auch Ausdruck eines gewissen „Geltungsdranges“. Die andere Konsequenz wäre zu konstatieren, dass im 20. Jahrhundert ein Höhepunkt der formalen Rechtstechnik erreicht wurde, zu dem die Wiener Schule des kritischen Rechtspositivismus ganz wesentlich beigetragen hat, und dass diese Form der *Rechtskultur* nun *schrittweise vergeht*.