Harald Eberhard
Michael Holoubek
Thomas Kröll
Georg Lienbacher
Stefan Storr (Hrsg)

100 Jahre Republik Österreich

Kontinuität – Brüche – Kompromisse

2021

VERLAG
ÖSTERREICH

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

Inhaltsverzeichnis

Vorwort V
Inhaltsverzeichnis VII
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren IX

Verfassungsentwicklung und Verfassungsvoraussetzungen
(Clemens Jabloner) 1

Theorie und Methoden des Öffentlichen Rechts – Eine Annäherung
(Christoph Bezemek) 17

Verfassungsbild *(Ewald Wiederin)* 55

Kontinuitäten und Brüche der europäischen Integration Österreichs
(Thomas Jaeger) 71

Verwaltung und Verwaltungsrecht *(Arno Kahl)* 121

Schule und Bildung *(Thomas Kröll)* 169

Fremde – Migration – Staatsbürgerschaft *(Magdalena Pöschl)* 247

Wirtschaftsrecht *(Stefan Storr)* 269

Demokratie *(Reinhard Klaushofer)* 289

Bundesstaat *(Georg Lienbacher)* 333

Gewaltenteilung *(Anna Gamper)* 355

Rechtsstaat *(Harald Eberhard)* 379

Grundrechte *(Michael Holoubek)* 403

Verwaltungsgerichtsbarkeit *(Katharina Pabel)* 425

Verlag Österreich

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

Verfassungsentwicklung und Verfassungsvoraussetzungen

Clemens Jabloner

Inhaltsübersicht

I. Einleitung 1
II. Kontinuitäten und Brüche 2
A. Formelle Kontinuität 2
B. Materielle Kontinuität 3
C. Institutionelle Kontinuität 4
III. Kompromisse 5
IV. Die Bestandskraft des B-VG 8
V. Das B-VG auf dem Prüfstand 9
A. Kritik am B-VG 9
B. Die gescheiterte Totalrevision 10
VI. Zur Aktualität der Verfassung 11
A. Lob eines „Verfassungspragmatismus“ 11
B. Die liberal-demokratische Verfassung 13

I. Einleitung[1]

Die österreichische Verfassungsgeschichte der letzten 100 Jahre zeigt ein zwiespältiges Bild: Die Jahre zwischen 1918 und 1945 sind voll von aufwühlenden Ereignissen und demgemäß dramatisch verläuft die Verfassungsentwicklung. Dagegen scheint die Zeit seit 1945 wie ein ruhiger Strom dahinzufließen, von ernsthaften Verfassungs- oder gar Staatskrisen blieb Österreich seitdem verschont. Haben wir also eine Verfassung mit zwei Erzählungen oder eine Erzählung von zwei Verfassungen? Sicher jedenfalls eine Geschichte der Widersprüche und Spannungen, stehen den Verfassungsbrüchen doch beharrliche Kontinuitäten und Traditionen gegenüber.

Kontinuitäten – Brüche – Kompromisse, so lautet der Untertitel unserer Tagung. Wir wollen mit den vielschichtigen „Kontinuitäten“ beginnen – die

1 Die Vortragsform ist beibehalten, einige Anmerkungen sind eingefügt. Dr. *Ulrich Wagrandl* sei für die Unterstützung gedankt.

Verlag Österreich

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

„Brüche“ gehören ja logisch dazu – dann einige „Kompromisse“ kommentieren, die Resilienz des B-VG beleuchten und seine Qualität auf den Prüfstand stellen. Abschließend folgen knappe Sätze zur verfassungsrechtlichen Gegenwart.[2]

II. Kontinuitäten und Brüche

A. Formelle Kontinuität

Mit „Verfassungskontinuität“ kann Verschiedenes gemeint sein. Rechtsdogmatisch geht es um die Verfassungsgeltung: Um eine behauptete Verfassung als Recht deuten zu können, muss sie in einem rechtlichen Bedingungszusammenhang stehen, der zu einer historisch ersten Verfassung zurückführt. Diese aber ist – unabhängig von ihrer Selbstdeutung – ein revolutionärer Akt, der im Grund der bis dahin geltenden Verfassung nicht mehr als Rechtsakt gedeutet werden kann.[3] Diese Form der Kontinuität wird als „formelle“ bezeichnet.

Die erste „historisch erste Verfassung“ der letzten 100 Jahre war der Beschluss der „Provisorischen Nationalversammlung für Deutsch-Österreich über die grundlegenden Einrichtungen der Staatsgewalt vom 30. Oktober 1918“[4], auf ihm fußt schließlich das B-VG vom 1. Oktober 1920 – das „B-VG 1“.

Der nächste revolutionäre Moment ist nicht so scharf erkennbar, erfolgte doch 1933/1934 der Übergang in die autoritäre Verfassung schrittweise. Mit gutem Grund lässt sich das Geltungsende des B-VG 1 mit der Ausschaltung des VfGH durch die VO der Bundesregierung vom 23. Mai 1933 festsetzen.[5] Denn damit war – in den Worten von *Klaus Berchtold* – die Verfassungsordnung nicht mehr länger wirksamer Maßstab für die Ausübung politischer Macht.[6] Verfassungswidrige (Rechts)akte der Bundesregierung konnten ab dann nur mehr – je nach Standpunkt – entweder als absolut nichtig oder als auf einer neuen Verfassung beruhend gedeutet werden.

2 Zwischen der Tagung im November 2018 und der Freigabe dieses Textes im Februar 2021 sind – auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht – lebhafte Monate verstrichen. Im letzten Teil wird dies andeutungsweise reflektiert.

3 Vgl grundlegend *Merkl*, Die Rechtseinheit des österreichischen Staates, Archiv des öffentlichen Rechts 1918, 56 (Nachdruck in D. Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann [Hrsg], Adolf Julius Merkl. Gesammelte Schriften, Erster Band, Erster Halbband [1993] 169) und zur Problemstellung allgemein: *H. Dreier*, Revolution und Recht, ZÖR 2014, 82.

4 Vgl *Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht (1923) 82.

5 Verordnung der Bundesregierung vom 23. Mai 1933 betreffend Änderungen des Verfassungsgerichtshofsgesetzes 1930, BGBl 1933/91.

6 *Berchtold*, Verfassungsgeschichte der Republik Österreich, Bd I: 1918–1933 (1993) 755.

Verlag Österreich

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

Es mag eigenartig sein, als eine historisch erste Verfassung jenen scheinbar unspektakulären, weil geschickt camouflierten Akt[7] auszumachen, doch bedeutete er eben die „Freizeichnung" jeder folgenden Rechtsentwicklung. Denn danach war nicht allein der Fehlerkalkül fortgefallen, sondern konsequenterweise jede Form des Bedingungszusammenhangs. Also beruhten auch alle weiteren Rechtsakte nicht mehr auf der Grundlage des B-VG, auch wenn sie dort ihre materielle Deckung gefunden hätten. Soweit aber das B-VG weiter angewendet wurde, könnte man bis zur Maiverfassung 1934 vom „B-VG 1a" sprechen.[8]

Die dritte historisch erste Verfassung auf dermalig österreichischem Boden war das von der Bundesregierung beschlossene Wiedervereinigungsgesetz vom 13. März 1938.[9] Es kam fehlerhaft zustande, war – wie *Ewald Wiederin* gezeigt hat – absolut nichtig und bedeutete daher einen Bruch der Verfassung 1934.[10]

Die vierte historisch erste Verfassung ist dann schließlich die Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945. Das auf ihr beruhende Verfassungs-Überleitungsgesetz vom 1. Mai 1945 setzte das B-VG wieder in Geltung.[11]

B. Materielle Kontinuität

Mit jeder Revolution bricht die Rechtsordnung in sich zusammen, aber so anarchisch will kein Revolutionär sein. Sein zweiter Gedanke nach dem Bruch gilt daher der Überleitung jener weiten Teile der Rechtsordnung, die den Zielen der Revolution zumindest vorläufig nicht widersprechen. Dazu können auch verfassungsrechtliche Quellen zählen. Die Weiter- oder besser: Neugeltung bisheriger Verfassungsbestimmungen kann auf legistisch unterschiedliche Weise erfolgen: In Form einer Rezeption, mit der frühere Rechtsquellen „als solche" eingebaut werden. Das erste große Beispiel dafür ist das B-VG 1920 mit der Rezeption der Grundrechtsquellen in Art 149 B-VG. Wenn wir stracks nach 1945 springen, so finden wir auch hier eine besonders weiträumige Rezeption, nämlich jene des B-VG von 1920.

7 Vgl dazu im Einzelnen *Walter*, Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofes im Jahre 1933, in: Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich (Hrsg), Verfassungstag 1997 (1998), 17.

8 Zu dieser Phase vgl *Jabloner*, Wenigstens formale Kontinuität?, in: Parlamentsdirektion (Hrsg), Staats- und Verfassungskrise 1933 (2014) 92 (102) mwH.

9 Bundesverfassungsgesetz über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich vom 13. März 1938, BGBl 1938/75; vgl weiters DtRGBl 1938, Teil I, Nr 21.

10 *Wiederin*, März 1938 – staatsrechtlich betrachtet, in: Davy/Fuchs/Hofmeister/Marte/Reiter (Hrsg), Nationalsozialismus und Recht (1990) 226.

11 Vgl dazu im Einzelnen *Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht. System (1992) 22.

Verlag Österreich

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

Das B-VG gibt es also zweimal: Das B-VG 1 von 1920 und das „B-VG 2“ von 1945. Das B-VG 2 ist indessen nicht nur deshalb eine andere Verfassung, weil es auf einer neuen historisch ersten Verfassung, nämlich der Unabhängigkeitserklärung, beruht. Die in ihr enthaltene Absage an den Nationalsozialismus bedeutet auch eine bis heute geltende Ergänzung oder wenn man will, Derogation des B-VG dahingehend, dass ein revolutionäres Grundprinzip des Antinationalsozialismus eingeführt wurde oder – nach anderer Lesart – das demokratische Grundprinzip entsprechend eingeengt wurde.[12]

Materielle Kontinuität wird auch hergestellt, wenn frühere verfassungsrechtliche Inhalte mehr oder weniger gleichlautend übernommen werden. So sind manche Bestimmungen des B-VG im Abschnitt „Gerichtsbarkeit“ sehr eng an den Regelungen des Staatsgrundgesetzes über die richterliche Gewalt aus 1867 orientiert.

Allerdings gibt es auch den umgekehrten Fall materieller Diskontinuität bei formeller Kontinuität: Die Öffnung der österreichischen Rechtsordnung gegenüber dem Unionsrecht mit der Gesamtänderung 1995 oder – in kleinerem Maßstab – die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 als Verschiebung der Gewaltenbalance: Systembrüche, keine Umbrüche.

Soweit also der juristische Zugang.

C. Institutionelle Kontinuität

Aus geschichtswissenschaftlicher Perspektive der Historikerin interessieren freilich eher institutionelle Kontinuitäten, Curricula und tradierte Denkstile:

Für die Dauerhaftigkeit von Institutionen stehen vor allem die Länder, die im Großen und Ganzen die Verfassungsbrüche überdauerten, im Übergang vom dezentralisierten Einheitsstaat der Monarchie zum Bundesstaat freilich ihren Rechtscharakter änderten. Institutionelle Kontinuitäten führen auch etwa vom Reichsgericht zum Verfassungsgerichtshof oder vom Verwaltungsgerichtshof des Jahres 1876 zu jenem des Jahres 1945.

Man könnte auch Institutionen dazuzählen, die keine rechtliche Kontur haben, wie den „Ministerrat“ oder wie überhaupt die Rede vom „Ballhausplatz“ als dem symbolischen Ort österreichischer Politik. Ihn nenne ich hier deshalb, weil mir der auch schon seit 100 Jahren bestehende Verfassungsdienst vor Augen steht. Es ist der Wille des Bundeskanzlers, sich einer so wichtigen

12 Zur hier einschlägigen Diskussion vgl umfassend *Kolonovits*, Verbotsgesetz, in: Korinek/Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, (8. Lfg 2007), Rz 17.

Verlag Österreich

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

Institution zu entledigen – das ist aber gar nicht der entscheidende Punkt. Die funktionelle Zuordnung zum Justizministerium ist wohl verkraftbar – bisher stand der Verfassungsdienst ja oft unter der Leitung eines Bundesministers im Bundeskanzleramt. Aber unter dem institutionellen Gesichtspunkt symbolisiert die Verräumung des Verfassungsdienstes in die Vorstadt, dass auch die Bundesverfassung ein wenig in die Peripherie rückt.[13]

Nicht nur rechtshistorisch interessant ist die Kontinuität respektive Diskontinuität der handelnden Personen: Für Kontinuität – außer in der NS-Zeit – kann der Name „*Ludwig Adamovich*" stehen, für Diskontinuität der Name „*Hans Kelsen*".

Zur Kontinuität trägt auch wesentlich der tradierte staatsrechtliche Denkstil, der „modus austriacus"[14] bei. Er bedeutet das „Denken vom Recht her", hat – wie dies *Kelsen* einmal zum Ausdruck gebracht hat – seine Wurzel in der multiethnischen, multireligiösen Monarchie.[15] Stärker als anderswo werden Recht und Rechtspolitik voneinander getrennt, gibt es eine Prävalenz der Berufung auf den Normsetzer und eine strengere Methode der Auslegung von Rechtstexten. Die Reine Rechtslehre, die sich in ihrer klassischen Phase relativ wenig mit der juristischen Methodenlehre befasst hat, ist in dieser Perspektive nur eine besondere Spielart des Rechtspositivismus. Freilich gibt es auch Gegenströmungen, zumal in der Praxis des VfGH.[16] Man möge mir widersprechen, wenn ich den modus austriacus als noch immer herrschend ansehe. Er ist ein wesentlicher Pfeiler für die Verfassungsstabilität: So leicht kann das B-VG von akademischer oder judizieller Seite nicht über den Haufen geworfen werden.

III. Kompromisse

Verfassungen können autoritär erlassen werden, denken wir nur an das „Silvester-Patent" von 1851, sie können auch einem Moment der demokratischen Einhelligkeit entspringen. Doch oft sind Verfassungen Kompromisse zwischen unterschiedlichen politischen Lagern und Strömungen. Das gilt erst recht, wenn eine Verfassung so konstruiert ist, dass sie mit einer qualifizierten

13 Vgl aber später V.

14 *Wiederin*, Denken vom Recht her. Über den modus austriacus in der Staatsrechtslehre, in: Schulze-Fielitz (Hrsg), Staatsrechtslehre als Wissenschaft (2007) 293.

15 *Kelsen*, Autobiographie 1947, in: Jestaedt (Hrsg), Hans Kelsen im Selbstzeugnis (2006) 31.

16 Vgl rezent *Stolzlechner*, Konzept und System – neuartige Elemente in der Interpretationspraxis des VfGH, in: FS Holzinger (2017) 691 und allgemein *Gamper*, Regeln der Verfassungsinterpretation (2012).

Verlag Österreich

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

Mehrheit weiterentwickelt werden kann, dann ist jeder weitere Kompromiss unabdingbar.

Insoweit ist es fast trivial, „Verfassungskompromisse" besonders hervorzuheben. Schon das B-VG 1 hatte diesen Charakter ja ganz deutlich, weshalb es eines *Hans Kelsens* zwar nicht als „Vater", wohl aber als „Architekten" der Bundesverfassung bedurfte.[17]

Der wichtigste Kompromiss bei der Weiterentwicklung des B-VG 1 war fraglos die B-VG-Novelle von 1929. Jede Verfassung steht ja in einem Spannungsfeld: Einerseits der Verfassungsmoment, also die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Verfassungsentstehung, und andererseits die politischen Verhältnisse zu einer späteren Zeit. Im Österreich der Ersten Republik hielten die Machtverhältnisse zum Zeitpunkt der Entstehung des B-VG 1 – das „Gleichgewicht der Klassen" im Sinn von *Otto Bauer* – nicht an.[18] Die Kräfte rechts der Mitte wurden allmählich stärker und hatten spätestens seit 1927 die Oberhand gewonnen. Doch fehlte ihnen die für eine Verfassungsänderung in autoritäre Richtung notwendige qualifizierte Mehrheit.[19]

17 Vgl *Olechowski*, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, in: Schriftenreihe des Hans-Kelsen-Instituts, Band 32 (2009) 211.

18 *Bauer*, Die österreichische Revolution (1924, Nachdruck 1965) 227.

19 Mit der März-Verfassung von 1919 hatte die Sozialdemokratie ihre relativ starke politische Stellung auch verfassungsrechtlich verankern können. Der dort erzielte politische Kompromiss ging so gut wie unverändert in das B-VG 1920 ein. Die Stärke der Sozialdemokraten war namentlich auf die Furcht der bürgerlichen Seite vor einer „Räterepublik", ja überhaupt bürgerkriegsmäßigen Zuständen wie in Bayern und Ungarn zurückzuführen. In dieser Lage galt die Sozialdemokratie als Garantin einer gemäßigten Weiterentwicklung. Sozialdemokratisch geprägt war dabei der parlamentarisch-demokratische Einschlag des B-VG 1920 mit der vom Nationalrat gewählten Bundesregierung und der schwachen Stellung des Bundespräsidenten, ferner der zentralistische Zug, was die Kompetenzverteilung und die Einheitlichkeit des Währungs-, Wirtschafts- und Zollgebietes betraf. Der Verfassungskampf – vgl *Seipel*, Der Kampf um die österreichische Verfassung (1930) – wurde dann folgerichtig von rechts geführt, die Sozialdemokraten wurden zu Verteidigern des B-VG. 1929 wurde die Sozialdemokratie gezwungen, einer Verfassungsreform zuzustimmen. *Adolf Merkl*, kein Sozialdemokrat, sah dies ganz klar: Die Selbstüberwindung zum freiwilligen Machtverzicht sei „das Mittel zur Vermeidung des Verfassungsoktrois [gewesen], das der Sozialdemokratie unvergleichlich größere Opfer zugemutet, wenn es nicht gar das Bürgertum und die Arbeiterschaft in den unabsehbaren Abgrund eines Bürgerkrieges gerissen hätte" – vgl *Merkl*, Österreichs neue Verfassung, Deutsche Juristen-Zeitung 1930, 201. Freilich gelang es der bürgerlichen Seite nicht, Österreich auf verfassungsmäßigem Weg in eine autoritäre Richtung zu zwingen. Um wieder mit *Merkl* zu sprechen: Die antiparlamentarische Tendenz der Novelle beschränkte sich „auf eine gewisse Abschwächung des extremen Parlamentarismus in der Richtung der Präsidentschaftsrepublik" – *Merkl*, Verfassungsreform und Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, Deutsche Richterzeitung 1930, 322.

Verlag Österreich

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

In einer solchen Spannungslage kann das Argument ins Spiel kommen, die geltende Verfassung sei das Resultat einer vergangenen politischen Situation, der Verfassungsmoment eben nur eine Momentaufnahme gewesen.[20] Die Verfassung habe längst schon ihre politische Legitimation eingebüßt und sei nicht mehr die des Volkes.[21] Dieses Argument kennt viele Spielarten, die positive Verfassung und ihre Organe politisch zu delegitimieren.[22] Im Österreich von 1929 gingen jene Kräfte aber vorerst noch legal zu Werk, mit dem Versuch über plebiszitäre Elemente und die Stärkung der Position des Bundespräsidenten die Zweidrittelmehrheit zu überspielen.[23] Dies misslang aber und die Verfassungsentwicklung mündete in die B-VG-Novelle 1929. Sie war ein Kompromiss, dessen Gebrauchswert erst in der Zweiten Republik sichtbar wurde. Zu ihrer Zeit führte sie nur zu einer kurzen Atempause, bis das B-VG und mit ihm die parlamentarische Demokratie 1933 zugrunde gingen.

Auch das B-VG 2 hatte Kompromisscharakter: 1945 ging es doch darum, möglichst rasch eine stabile Verfassungsordnung herzustellen. Die Alliierten drängten – aus unterschiedlichen Gründen – zu einer neuen Verfassung. Doch eine Verfassungsdiskussion hätte die delikate Stabilität gefährdet und die Kommunisten ins Spiel gebracht. In dieser Situation trat namentlich *Adolf Schärf* für eine Rezeption des B-VG ein. Schon in der Unabhängigkeitserklärung findet sich die Anordnung, dass die Republik Österreich wiederhergestellt „und im Geiste der Verfassung von 1920 einzurichten" sei. Das hätte nicht notwendig eine Rezeption des B-VG 1, noch weniger in der Fassung der Novelle 1929 bedeutet. Doch um jede Verfassungsdiskussion hintanzuhalten, griff man auf den spätesten gemeinsamen Stand, den letzten Kompromiss, zurück:[24] Also Kontinuität aus politischer Notwendigkeit!

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

20 Vgl analog zur Weimarer Verfassung *H. Mommsen*, Die verspielte Freiheit. Der Weg der Republik von Weimar in den Untergang 1918–1933 (1990) 99 oder *Haardt/Clark*, Die Weimarer Reichsverfassung als Moment in der Geschichte, in: H. Dreier/Waldhoff (Hrsg), Das Wagnis der Demokratie (2018) 9.

21 Vgl zu dieser Denkfigur kritisch *Grabenwarter*, Neue Verfassungsentwicklungen in Europa und „Europäisches Verfassungsrecht" – Die Rolle der Venedig-Kommission, in: Kadelbach (Hrsg), Verfassungskrisen in der Europäischen Union (2017) 61 (84).

22 Vgl *Seipel*, Kampf, IX; weiters die im September 1929 anonym erschienene Broschüre „Der Weg zu Österreichs Freiheit", in Auszügen bei *Berchtold*, Verfassungsgeschichte, Teil 1, 27 (34) oder aktuell die Agitation der polnischen Regierung gegen den Verfassungsgerichtshof: https://www.deutschlandfunk.de/polen-die-justizreform-ist-notwendig.694.de.html?dram:article_id=391533 (zuletzt aufgerufen am 4.3.2019).

23 Vgl *Jabloner*, Schrankenloses Plebiszit?, in: Öhlinger/Poier (Hrsg), Direkte Demokratie und Parlamentarismus (2015) 303 (305).

24 Vgl *Rathkolb*, Die paradoxe Republik. Österreich 1945 bis 2015 (2015) 90.

Verlag Österreich

IV. Die Bestandskraft des B-VG

Das B-VG 2 hat sich wohlbewährt, als Rechtserzeugungsregel gleich wie als Instrument des inneren Friedens. Bedenken wir: Das B-VG 1 war gerade einmal 13 Jahre in Geltung. Übertrüge man dies auf das B-VG 2, so wäre es schon 1958 wieder außer Kraft getreten – heute eine befremdliche Vorstellung. Das B-VG 2 verdankt seine Langlebigkeit freilich in erster Linie dem erfolgreichen Wiederaufbau, der wirtschaftlichen Prosperität und dem sozialen Frieden. 1955 erlangte Österreich wieder seine Souveränität und verpflichtete sich zur „immerwährenden Neutralität", sie prägte in der Folge die österreichische Identität.

Von „Verfassungskrisen" war nur zwei Mal die Rede: Die Vorgänge rund um die Rückkehr *Otto Habsburg-Lothringens* nach Österreich 1961 hatten schon zu ihrer Zeit einen seltsam antiquarischen Charakter.[25] Um 2005/2006 herum gab es noch die zeitweise Weigerung des Kärntner Landeshauptmanns, Erkenntnisse des VfGH unverzüglich kundzumachen und in der Folge zu beachten. Doch auch dieser Konflikt blieb letztlich rhetorisch.

Zwar gehört eine relative Statik zum Wesen jeder Verfassung, doch hängt ihre Resilienz davon ab, wie weit sie unausweichliche geänderte soziale und politische Änderungen verarbeiten kann, ohne gebrochen zu werden. Das B-VG 2 erwies sich dabei als ziemlich flexibel: Seine bedeutendste Änderung erfolgte mit dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union.[26] Ob damit eine „neue" Verfassung erlassen wurde, kann unterschiedlich gesehen werden. Im Sinn der formellen Kontinuität nicht, materiell wohl schon, das ist ja der innere Sinn einer „Gesamtänderung".

Davon abgesehen bestimmte die verfassungsrechtliche Entwicklung eine Reihe großer Novellen, die das B-VG systematisch fortentwickelten,[27] Regelungsdefizite behoben und Adaptierungen brachten. Daneben gab es aber eine Fülle von verfassungsrechtlichen Novellen, die oft der Tagespolitik geschuldet waren. Und schließlich dienten manche Novellen dazu, die Bundesverfassung mit allen möglichen Deklarationen aufzuschwemmen.

25 Vgl *Rathkolb*, Republik, 421.

26 Bundesverfassungsgesetz über den Beitritt Österreichs zur Europäischen Union, BGBl 1994/744. Interessant war hier die Rechtstechnik: Um der unterschiedlich beantworteten Frage auszuweichen, ob eine Gesamtänderung durch einen Staatsvertrag bewirkt werden kann, wurde der Weg eines besonderen – gesamtändernden – Bundesverfassungsgesetzes gewählt, das gemäß Art 44 Abs 3 B-VG einer Volksabstimmung unterzogen wurde.

27 Vgl die Übersicht bei *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[11] (2015) 42.

Verlag Österreich

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

Mehr als nach dem B-VG 1 traten die Grundrechte in den Vordergrund: Die unmittelbare verfassungsrechtliche Geltung der EMRK und die selbstbewusst ausgreifende Judikatur des VfGH zur Grundrechtskonformität der Gesetze setzten wesentliche Akzente. Gerade für die Grundrechte wurde die Rechtsprechung des VfGH zur – wohlgemerkt – „faktischen" Rechtsquelle".[28]

V. Das B-VG auf dem Prüfstand

A. Kritik am B-VG

Auch in der Zweiten Republik war und ist das B-VG keineswegs über Tadel erhaben: Namentlich die Kritik an seinem Erscheinungsbild hat eine lange Tradition. Schon die Dezember-Verfassung bestand ja aus einem Bündel von Staatsgrundgesetzen. Das B-VG ist als solches zwar eine einheitliche Urkunde, rezipierte aber für den so wesentlichen Bereich der Grundrechte vorrepublikanische Rechtsquellen, es enthielt Regelungslücken und war stets von einem ziemlich dauerhaften Übergangsrecht begleitet. Zudem ermöglicht das B-VG die Erzeugung von Verfassungsrecht im formellen Sinn außerhalb des Stammgesetzes, wovon ja bekanntlich stets lebhaft Gebrauch gemacht wurde.

Eine solche Verfassungstechnik kann nicht zur Popularität einer Verfassung beitragen. Es ist in Österreich halt nicht möglich, das Verfassungsbüchlein an der Brust zu tragen: Dafür ist das B-VG einerseits nicht ausreichend, andererseits wieder zu lang und zudem auch zu langweilig.

Diese Kritik kam im bekannten Diktum *Klecatskys* von der „Ruinenhaftigkeit" der Bundesverfassung zum Ausdruck.[29] Aber auch wenn man es weniger plakativ formuliert, steht der Reformbedarf dem Grunde nach wohl außer Streit.[30] Der so allgemein empfundene Übelstand führte zur Einrichtung von Kommissionen im Bundeskanzleramt, die jahrzehntelang tagten, mit sehr überschaubaren Ergebnissen.[31] Ein anderer Strang der Kritik betrifft den bundesstaatlichen Aufbau, die komplizierte, im Grunde noch aus der Monarchie stammende Kompetenzverteilung und den verwickelten Staatsaufbau. Seit dem Beitritt zur EU ist gern von den überflüssigen Verwaltungsebenen die Rede, die bald da und bald dort verortet werden. Einiges an dieser Kritik ist unzutreffend, so wird etwa der verwaltungsökonomische Effekt der „mittel-

28 *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[11] (2016) 37.

29 *Klecatsky*, Bundes-Verfassungsgesetz und Bundesverfassungsrecht, in: FS Schambeck (1980) 83.

30 Vgl etwa *Berka*, Verfassungsrecht[7] (2018) 14.

31 Immerhin gelang die Vorbereitung des Bundesverfassungsgesetzes zum Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1998/684.

Verlag Österreich

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

bare Bundesverwaltung“ oft gar nicht verstanden. Doch wären in der Tat in etlichen Bereichen zweckmäßigere Lösungen zu finden.

Eine dritte, geradezu brauchtümliche Kritik führt gegen die Verfassung die sogenannte „Realverfassung“ ins Treffen. Gemeint war und ist damit der verfassungspolitische Einfluss von nicht verfassungsrechtlich inexistenten Faktoren.[32] Lange Zeit war dies die Sozialpartnerschaft, die ihre gute Zeit wohl hinter sich hat. Ein aktuellerer Machtfaktor ist die horizontale Verbindung der Länder untereinander, deren Ausdruck pseudoverfassungsrechtliche, doch einflussreiche Organe wie die Landeshauptleutekonferenz sind.

B. Die gescheiterte Totalrevision

Um die Jahrtausendwende verdichtete sich das Unbehagen und es kam 2003 zu einem „Verfassungskonvent“. Er sollte „im Rahmen der Grundprinzipien Vorschläge für eine grundlegende Staats- und Verwaltungsreform ausarbeiten, die auch Voraussetzungen für eine effizientere Verwaltung schaffen soll und einen neuen kompilierten Verfassungstext herstellen“.[33]

Der Verfassungskonvent scheiterte aus mehreren Gründen. Zum einen ist es naiv anzunehmen, eine neue Verfassung könnte ohne dramatischen „Verfassungsmoment“ hergestellt werden, so etwas ist nur in der Schweiz möglich.[34] Die Idee einer ganz frischen Verfassung führt auch unweigerlich zur Regression: Das positive Recht hat den Vorteil, dass bestimmte konsentierte Angelegenheiten nun einmal geltendes Recht sind, das war ja auch die Idee beim Rückgriff auf das B-VG 1 im Jahr 1945. Wird alles neu aufgerollt, verfallen die politischen Lager in ihre ursprünglichen Positionen und wir landen wieder in der Zeit vor 1920 und diskutieren über eine Präambel mit Gottesanrufung. Dazu kam, dass die politischen Willensträger von Bund und Ländern die persönliche Anwesenheit im Konvent scheuten, um sich die Entscheidungen vorzubehalten. Am Ende wurde der lieblose Entwurf einer neuen Verfassung vorgelegt, mit dem kaum jemand einverstanden war.

Trotzdem war der Konvent nicht erfolglos: Auf der Basis seiner Vorarbeiten gelang es, das Verfassungsrecht besser zu konzentrieren: Der Missstand der unzähligen Verfassungsbestimmungen in Staatsverträgen wurde abgestellt, die Ermächtigungen zu bestimmten Formen der Verwaltung in Art 20 Abs 1

32 Damit ist oft die Abqualifizierung formaler Vorgänge verbunden. So sprechen die Medien gern davon, dass bestimmte Entscheidungen „abgesegnet“ werden.

33 Vgl die Dokumentensammlung unter http://www.konvent.gv.at/K/Willkommen_Portal.shtml (zuletzt abgerufen am 4.3.2018).

34 Zuletzt 1999. Zu Idee und Verfahren vgl *Tschannen*, Staatsrecht der Schweizerischen Eidgenossenschaft[4] (2016) 550.

Verlag Österreich

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

B-VG verankert. Zu einer Verwaltungsreform kam es nicht, wohl aber zu einem tragfähigen Konzept für eine neue Verwaltungsgerichtsbarkeit.[35]

VI. Zur Aktualität der Verfassung

A. Lob eines „Verfassungspragmatismus"

Nach einem geflügelten Wort blickt der Österreicher voller Zuversicht in die Vergangenheit,[36] auch wenn diese gar nicht gut war. Unterdessen sollten wir uns auf Veränderungen einstellen, um es neutral zu formulieren. Der letzte Teil des Beitrags gilt deshalb einigen gegenwartsbezogenen Gedanken.

Unsere Verfassung? Das ist einmal das B-VG, brutto betrachtet, versteht sich. Alles in allem ist es in seiner Nüchternheit die den österreichischen Verhältnissen angemessene Spielregel.

Die Bundesverfassung hat wohl keine über das Juristische hinausreichende Verankerung. Sie ist eben eher eine „Juristenverfassung".[37] Von einer Sakralisierung der Verfassung[38] wie etwa in den Vereinigten Staaten sind wir weit entfernt – und das ist auch gut so. Doch auch die nächste Stufe eines Verfassungspatriotismus[39] erklimmen wir nicht. Das hat historische Gründe, denn hierorts waren die berühmten Verfassungsmomente kaum je von der Aussicht auf eine nun herankommende, freudig begrüßte Zukunft geprägt. Viel eher versammelten sich die Verfassungsväter auf einer Bühne, auf der die Versatzstücke real und ideell zusammengebrochener Reiche lagerten: So war es 1804, als das Kaisertum Österreich angesichts des moribunden Heiligen Römischen Reichs entstand, 1867 nach Königgrätz, 1918/19 nach dem verlorenen Weltkrieg und dem Zusammenbruch der Monarchie. Noch bis tief in die Zweite Republik herauf wurde der 12. November 1918 mitnichten als ein Freudentag gesehen. Die Unabhängigkeitserklärung 1945 hatte schließlich die Niederlage im Zweiten Weltkrieg und die Katastrophe des Nationalsozialismus zum Hintergrund.

Angesichts dieser Geschichte ist eher ein „Verfassungspragmatismus" angebracht, der zwischen einem Verfassungspatriotismus und der untersten Stufe eines „Verfassungszynismus" die Mitte hält. Zynisch wäre es, die Verfassung

35 Vgl die B-VG Novellen BGBl I 2008/2 und 2012/51.
36 Dieses Zitat wird meist *Karl Farkas* zugeschrieben.
37 Vgl *Thaler*, Vom Wesen und Wert der Verwaltungsverfahrensgesetze, ZÖR 2009, 433 (451).
38 Vgl *H. Dreier*, Säkularisierung und Sakralität (2013).
39 Zum Begriff und zu seiner Kritik vgl eingehend *Jan-Werner Müller*, Verfassungspatriotismus (2010), besonders 151.

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

Verlag Österreich

stets nur mürrisch zu akzeptieren und alles daranzusetzen, sie zu umgehen. Wir sind dem in Österreich manchmal ziemlich nahe.[40] Ein solcher Verfassungszynismus kann sich die leichte Erzeugbarkeit von Verfassungsrecht zunutze machen, doch auch mit den systeminternen Schwächen des Rechtsschutzmechanismus spekulieren. So dient die zentralisierte, nachträgliche Prüfung der Verfassungsmäßigkeit genereller Rechtsakte, also der „Fehlerkalkül", auf den wir so stolz sind, zwar der Rechtssicherheit, doch seine Effektuierung kostet Zeit und diese Zeit kann genützt werden.[41] Auch in diesem Zusammenhang ist die präventive Kontrolle der Regierungsvorlagen durch den Verfassungsdienst unabdingbar. Erfreulicherweise hat er jüngst wieder kräftige Lebenszeichen von sich gegeben.[42]

Verfassungspragmatismus bedeutet hingegen, die Qualität der Verfassung zu schätzen, etwa die Grundrechtsgarantien in ihrer Gesamtheit. Grundsätzlicher bedeutet er eine Einstellung, die den Geltungsanspruch der Verfassung hochhält, aber doch Distanz zu ihr hält, sie nicht sakralisiert, von ihr nicht die Antwort auf alle Fragen erwartet, sondern der jeweiligen gesellschaftlichen Abstimmung genügend Raum lässt.

Eine solche Haltung hat in Österreich ihre – wenngleich umstrittene – Tradition: So sah schon *Kelsens* früherer Schüler *Eric Voegelin* die österreichische Monarchie durch einen „administrativen", also eigentlich „unpolitischen" Stil geprägt. Dieser bilde sich heraus, wenn es zwar eine Verwaltungsorganisation, aber kein politisches Volk gäbe und demgemäß der staatlichen Machtorganisation die Autorität fehle, die sie nur als repräsentative Organisation eines Volkes erwerben könne.[43] Dieses Gebilde sei prinzipiell auf das Phänomen der Norm eingeschränkt worden, auf eine Idee der Verfassung, nach der sie eine Normenordnung sei. Der Administrativcharakter sei durch die Forderung betont worden, diese Akte einer gerichtsförmigen Kontrolle zu unterwerfen und die Forderung sei staatsorganisatorisch auch weitgehend

40 So wenn die Bemühung um eine verfassungskonforme Gestaltung der „Corona-Rechtsetzung" von höchster Stelle als Austausch juristischer „Spitzfindigkeiten" abqualifiziert wird.

41 Immerhin hat der VfGH seine Judikatur zu Art 139 B-VG in einem wesentlichen Punkt geändert: Auch zum Prüfungszeitpunkt bereits außer Kraft gesetzte Verordnungen können in bestimmten Konstellationen weiterhin unmittelbar in die Rechtssphäre des Antragsstellers eingreifen und auch noch aktuell seine rechtlich geschützten Interessen verletzen – vgl VfGH 14.7.2020, V 363/2020-25.

42 Erfreulicherweise wurde der Verfassungsdienst mit der Bundesministeriengesetz-Novelle 2020, BGBl I, 2020/8, wieder in das Bundeskanzleramt übernommen. Es ist zu hoffen, dass seine Funktion wieder verstanden wird.

43 Vgl *Voegelin*, Der autoritäre Staat. Ein Versuch über das österreichische Staatsproblem (1935, Nachdruck 1997) 4.

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

Verlag Österreich

verwirklicht worden. *Voegelin* sieht in der Reinen Rechtslehre die diesem Staatsstil aufgesetzte Ideologie, eine „positivistische Metaphysik". Erst mit der Machtergreifung 1933 habe Österreich nicht nur sein demokratisch-parlamentarisches durch ein autoritäres Verfassungsrecht ersetzt, sondern es habe einen Schritt vom „administrativen" zum „politischen" Stil, vom Reich zum Staat gesetzt.[44] Ohne sich ausdrücklich zu konkurrierenden Staatsauffassungen zu bekennen, etwa zum Faschismus, hält *Voegelin* solche indessen für mögliche und wissenschaftlich argumentierbare Konzepte, etwa „die Lehre von der Inkarnation des Volksgeistes im Führer".[45]

Die durchaus zeitgebundene Ausdrucksweise *Voegelins* sollte uns nicht beruhigen. Der illiberale Staat braucht, wenn er den Einzelnen zurückdrängt, die Beschwörung einer ererbten gemeinsamen Substanz und die Festlegung von Feindbildern. Wie dies geht, zeigt wiederum das heutige Ungarn.

B. Die liberal-demokratische Verfassung

Aber müssen wir nicht über unser B-VG hinausdenken? Was meinen wir denn überhaupt, wenn wir von unserer Verfassung sprechen?

Die Rechtsatzform „Gesamtänderung" scheint sich anzubieten, eignet sich aber nicht für unsere Überlegungen. Die Baugesetze des B-VG sind reichlich unbestimmt und wohl eher formell-organisatorisch zu verstehen.[46] Demgegenüber könnten wir bei doch wichtigen Verfassungsänderungen nicht sicher sagen, ob sie gesamtändernd wären, etwa die im Konzept der „Dritten Republik"[47] enthaltene Zusammenführung der Ämter des Bundespräsidenten und des Bundeskanzlers.

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

44 *Voegelin*, Staat, 6. Ein Nachklang der Kritik *Voegelins* an der Rechtstheorie *Kelsens* findet sich – freilich mit diametral anderer politischer Stoßrichtung – noch bei *Somek*, stets auf der Suche nach einer „stärkeren" Normativität, als sie die Reine Rechtslehre bieten kann – vgl Authoritarian Constitutionalism: Austrian Constitutional Doctrine 1933 to 1938 and its Legacy, in: Joerges/Ghaleigh (Hrsg), Darker Legacies for Law in Europe (2003) 361.

45 *Voegelin*, Staat, 54. Rückblickend liegt ja eine gewisse Ironie darin, dass sich der österreichische Ständestaat gerade auf die bürokratischen Eliten, die teilweise noch der Monarchie entstammten, stützte, es war eigentlich ein „Beamtenfaschismus". Der „Vaterländischen Front", die die Substanz dieses Staates hätte bilden sollen, mangelte es an Vitalität.

46 Vgl *Jabloner*, Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, JRP 2001, 34.

47 Vgl https://de.wikipedia.org/wiki/Dritte_Republik_(%C3%96sterreich) (zuletzt abgerufen am 4.3.2019).

Verlag Österreich

Wenn wir über das Weiterbestehen unserer Verfassung räsonieren, brauchen wir also ein grobkörnigeres Kriterium, wir finden es immerhin in Art 2 des Unionsvertrages: „Die Werte, auf der sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören". Ihren Charakter nicht nur als politische Deklaration, sondern als potentiell sanktionierte Rechtsnorm beweist diese Bestimmung gerade in ihrer aktuellen Anwendung auf die Verhältnisse in Polen und Ungarn.[48]

Was hier gemeint ist, ist die liberale Demokratie. Ihr Wert wurde spätestens deutlich, als der ungarische Ministerpräsident *Viktor Orbán* am 30. Juli 2014 der Weltöffentlichkeit das Projekt seines „illiberalen" Staates präsentierte.[49] Da die Fidesz-Partei in Ungarn über eine Verfassungsmehrheit verfügt, ist die Frage der Durchsetzung dieses Programms dort eine reine Frage der Machtanwendung. Die Situation in Polen ist komplexer, da die Regierung dort über keine Verfassungsmehrheit verfügt und – vor allem in ihrem Feldzug gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit – auf ideologische Denkfiguren der Zwischenkriegszeit zurückgreifen muss. 2017 habe ich zusammen mit einem deutschen Bundesverfassungsrichter an einer Tagung über Rechtsstaat und Verfassungsgerichtsbarkeit in Polen teilgenommen. Immerhin gab es diese Konferenz, doch die Heftigkeit und Aggressivität der Verhandlungen war ganz ungewohnt. Gegen die Verfassungsgerichtsbarkeit wurden alle klassischen Einwände ins Treffen geführt, man wähnte sich nach Weimar zurückversetzt.[50]

Es ist gut möglich, dass die illiberale Demokratie attraktiver wird. Wichtig erscheint mir, hier auf folgende Argumentationsfigur zu achten: Die europäischen Verfassungsordnungen hoher Qualität garantieren in ihrer Gesamtheit die liberale Demokratie, unterscheiden sich jedoch voneinander in wesentlichen Elementen. Diese Vielfalt ausnützend vermag ein malevolenter Gesetzgeber bei jeder Maßnahme auf ein Beispiel in einem anderen Land hinweisen. So kann jede Beschränkung der Verfassungsgerichtsbarkeit scheinbar mit dem Argument begründet werden, es gäbe Staaten, die ja diese Form der Kontrolle überhaupt nicht kennen. Aber hier wird eben verkannt, dass Systeme, die sich schon seit langem bewähren, in sich ausgewogen sind und etwaige Defizite

48 Vgl *Grabenwarter*, Verfassungsentwicklungen, 61.

49 Vgl http://www.budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-tusnadfurdo-of-26-july-2014/ (zuletzt abgerufen am 14.2.2021).

50 https://verfassungsblog.de/to-pick-an-argument/ (zuletzt abgerufen am 4.3.2019). Vgl *Bainczyk*, Challenges for the Application of Rule of Law in European States (2019).

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

Verlag Österreich

an anderer Stelle kompensieren. Gefährlich wird es dort, wo in einem System Rechtschutz und richterliche Garantien abgebaut werden.

Nur etwas Gutes hat diese Krise: Plötzlich fällt uns auf, dass in unseren Verfassungen keineswegs alles Wichtige bestimmt ist, tragende Elemente des Verfahrens können – zumindest prima vista – vom einfachen Gesetzgeber geregelt werden, etwa mit welcher Mehrheit das Verfassungsgericht ein Gesetz als verfassungswidrig aufheben kann. Wäre eine 2/3 Mehrheit verfassungswidrig?

Wir sollten einander gegen Dystopien versichern, die Geschichte verläuft nicht deterministisch, sie ist unser Werk: Die wesentlichen Faktoren dafür, dass unsere liberale Demokratie weiterbestehen kann, sind soziale und wirtschaftliche, hier bekenne ich mich zum Materialismus, freilich nicht zum einem dialektischen. Realistisch betrachtet hing der Erfolg von Demokratie und Rechtsstaat nach dem Zweiten Weltkrieg ganz eng mit dem wirtschaftlichen Aufstieg zusammen. Die liberale Demokratie ist im Kern ein Projekt mittlerer – grundsätzlich aufstiegsorientierter – Schichten. Eine reiche globalisierte Schicht benötigt weder Rechtsstaat noch Demokratie, sie weiß sich überall zu helfen. Deklassierte Menschen haben kein Motiv mehr, auf die liberale Demokratie zu setzen. Sie reagieren mit politischer Abstinenz oder gar mit Verschwörungsphantasien. Die Demokratie verlangt vom Einzelnen Zuversicht in seine je eigene Gestaltungskraft. Rechtsstaat bedeutet Sicherung des Erreichten, stabile Spielregeln für weiteren Aufstieg.

Der soziale Abstieg, ob tatsächlich oder auch nur befürchtet, ist der eigentliche Feind der liberalen Demokratie. Der Durchbruch rechtspopulistischer oder gar rechtsextremer Parteien wird nur möglich, wenn Menschen ohne Perspektive massenhaft diffusen Bewegungen die Mehrheit geben; für die demokratischen Mehrheiten in Ungarn oder Polen sorgen verarmte Rentner, hoffnungslose Menschen in aufgegebenen Zonen.

Die jüngsten Erhebungen weisen darauf hin, dass es Menschen in prekären wirtschaftlichen Verhältnissen die mit der liberalen Demokratie verbundenen Relativierungen nicht ertragen. Am abträglichsten für das Vertrauen in die Demokratie sei die ökonomische Unsicherheit, besagt eine Studie.[51] In ihrer Unsicherheit suchen diese Menschen die politische Eindeutigkeit, die sie nur bei einer starken Führung wähnen, die keine Zweifel offenlässt.

Ich komme zum Schluss und möchte die Leserinnen und Leser ansprechen, das ja für alle steht, die mit dem Verfassungsrecht vertraut sind *und* denen die liberale Demokratie eine Herzenssache ist. Rechtswissenschaftliche Neutrali-

51 Vgl die bei https://derstandard.at/2000091359641/Zukunftssorgen-unterwandern-die-Demokratie zitierte Umfrage (zuletzt abgerufen am 4.3.2019).

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

Verlag Österreich

tät und verfassungspolitisches Engagement lassen sich durchaus vereinbaren, hier kann uns gerade *Hans Kelsen* ein Vorbild sein. Es ist eine Frage des persönlichen Temperaments, wie oft und gern wir die Öffentlichkeit suchen. Doch wenn es darauf ankommt, müssen wir zur Stelle sein – und zwar auf der richtigen Seite, auf jener der liberalen Demokratie.

Lizenziert für Universität Wien am 21.05.2021 um 07:25 Uhr

Verlag Österreich