



An die
Studienpräses der Universität Wien
im Wege des Dekanats
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
im Hause

Gutachten

zur Dissertation

„Unabänderliches Verfassungsrecht und Revisionsschranken in der österreichischen Bundesverfassung.
Dargestellt am demokratischen, republikanischen und bundesstaatlichen Prinzip“

eingereicht von Mag. *Markus Vašek*

I.

Die vorliegende Dissertation umfasst samt Verzeichnissen, Abstract und Lebenslauf 250 Seiten. Sie ist einem Thema gewidmet, das lange Jahre hindurch keines zu sein schien, aber die verfassungsrechtliche Zunft intensiv beschäftigt, seit Peter Pernthaler in seiner Monographie zum Verfassungskern absolute Revisions-schranken postuliert und seit der VfGH in VfSlg 16.327/2001 die Existenz solcher Schranken der Erörterung für würdig, wenn auch im konkreten Fall nicht für bedürftig befunden hat. In der seither geführten literari-schen Diskussion stehen sich die Auffassungen unversöhnlich gegenüber, Verständigungen oder vermittelnde Lösungen sind nicht in Sicht. Sieht man von der die Diskussion anstoßenden Untersuchung von Perntha-ler einmal ab, steht eine monographische Bearbeitung der Thematik indes bis heute aus. Die Themenwahl des Verfassers ist daher zu begrüßen, und er verdient vorab alle Achtung für seinen Mut, sich sehenden Au-ges auf ein Minenfeld zu begeben.

II.

Im einleitenden ersten Teil (S 1 – 7) zeichnet der Verfasser die bisherige Diskussion über die Grenzen einer Verfassungsänderung konzise nach und gibt sich die Forschungsfrage vor, ob das österreichische Verfas-sungsrecht einen Bestand an Normen kennt, die auf rechtlchem Wege nicht abgeändert werden können (6). Er stellt bereits einleitend klar, dass er diese Frage als rechtsdogmatische Problemstellung wie andere auch betrachtet, die mit den herkömmlichen Methoden der Verfassungsauslegung lösbar sei, auch wenn sie als staatrechtliches Grenzproblem für den Import metarechtlicher Erwägungen anfällig erscheine. Damit ist die Weichenstellung verbunden, die Antwort auf die Frage nach der Irreversibilität bestimmter Verfassungs-normen über eine Analyse jener Normen zu suchen, mit denen die Verfassung ihre eigene Änderung regelt. Sodann wird der Aufbau der Arbeit skizziert (S 7): Am Beginn steht ein allgemeiner Teil, in dem der Verfasser seine theoretische Position zu Verfassungsrevisionen entwickelt und Revisionsklauseln ausgewählter Verfassungen miteinander vergleicht. Es folgt eine Analyse des Art 44 Abs 3 B-VG, die klären soll, ob dieser Vorschrift Revisionsschranken immanent sind. In weiteren drei Teilen werden sodann das demokratische, das republikanische und das bundesstaatliche Grundprinzip daraufhin untersucht, ob sich für sie „unabän-derliche Gehalte, spezielle Revisionsschranken oder sonstige Absicherungen“ ergeben (S 7). Das rechtsstaat-liche Prinzip soll hingegen unerörtert bleiben. Nachdem Pernthaler seinen Verfassungskern primär anhand der Rechtsstaatlichkeit entwickelt hat, hätte man sich für diese Weichenstellung eine eingehendere Begrün-dung erwartet als die Auskunft, dieses Prinzip sei in den Eingangsartikeln des B-VG nicht deklariert.

Im zweiten Teil (S 8 – 41) stellt der Verfasser einleitend klar, dass er in der Abänderbarkeit von Rechtsvorschriften keine Selbstverständlichkeit sieht, sondern für sie eine rechtsimmanente Erklärung fordert, für die die Merkl'sche Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung einen adäquaten theoretischen Rahmen bereithält. Neuland betretend, erörtert er sodann, wie sich verfassungsrechtliche Ewigkeitsklauseln in diese Lehre einfügen, und kommt für den Stufenbau nach der derogatorischen Kraft zum Schluss, dass solche Klauseln regelmäßig den höchsten Rang einnehmen, dass ihre Wirkungsweise aber nicht darin bestehen muss, dass Versuche ihrer Abänderung absolut nicht sind, sondern auch darin bestehen kann, dass das Verfassungsgericht zur Rückabwicklung unzulässiger Derogationen ermächtigt und verpflichtet wird (S 20). Im Stufenbau nach der rechtlichen Bedingtheit können Ewigkeitsklauseln hingegen ohne weiteres einen niedrigeren Rang einnehmen, weil sie nicht in der Stammfassung enthalten sein müssen, sondern nachträglich eingefügt werden können (S 22). Es folgt eine ebenso konzise wie kompakte rechtsvergleichende Querschnittbetrachtung, in der der Verfasser – von Art 28 der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte 1793 den Ausgang nehmend – in der prinzipiellen Abänderbarkeit der Verfassung ein typisches Merkmal des Verfassungsstaats westlicher Prägung sieht, zugleich aber am Beispiel der britischen Parlamentsouveränität aufzeigt, dass auch die aus dem Postulat der Unzulässigkeit einer Bindung künftiger Parlamente abgeleitete allseitige Abänderbarkeit der Verfassung eine Rechtsregel darstellen kann, die ihrerseits gerade nicht zur Disposition des Parlaments steht. Nach einem Aufriss der vielfältigen Techniken der Erschwerung einer Verfassungsrevision wendet sich der Verfasser den Ewigkeitsklauseln zu und zeigt in einer dichten Skizze auf, woher sie kommen, wie sie rechtstechnisch realisiert wurden, welche Werte sie schützen und mit welchen Rückwirkungen auf das Verfassungsrevisionsverfahren sie verbunden sind. Völlig zutreffend wird dabei für Systeme, in denen die Demokratie grundsätzlich der Revision entzogen ist, ihre wehrhafte Ausgestaltung beobachtet. In einem Exkurs greift der Verfasser das Paradox der Unabänderlichkeit allseitiger Abänderungsmöglichkeit wieder auf und arbeitet heraus, dass die demokratische Bewertung von Ewigkeitsklauseln mit der zugrunde gelegten Demokratiekonzeption steht und fällt. Für diese Grundaporie des Verfassungsstaats gebe es keine allgemeingültige Lösung, jeder Verfassungsgeber müsse sich ihr stellen (S 37). Am Ende des Abschnitts hält der Verfasser fest, dass neben explizit formulierten Ewigkeitsklauseln auch implizit vorausgesetzte Revisionschranken denkbar sind. Solche Schranken müssen jedoch im Interpretationsweg aus der Verfassung erschlossen werden und dürfen nicht durch Import theoretischer Einsichten in sie eingeschleust werden (40).

Im dritten Teil (S 42 – 48) wendet sich der Verfasser dem Art 44 Abs 3 B-VG zu und stellt ihn in einen historischen Kontext, indem er die Verfassungsentwürfe rekapituliert, aus denen er hervorgegangen ist, und auf Revisionsnormen in anderen Verfassungen hinweist, die als Vorbild gedient haben dürften. Dabei weist er auf Art 118 der schweizerischen Bundesverfassung 1874 hin, dessen Patenrolle allgemein bekannt ist, und zeichnet detailliert nach, dass – was weniger bekannt ist – nach schweizerischem Verständnis diese Bestimmung die unbegrenzte Abänderbarkeit der Verfassung zuließ. Sodann wendet er sich Art 8 des Französischen Verfassungsgesetzes über die Organisation der öffentlichen Gewalt vom 25. Februar 1875 zu, das in der bisherigen Diskussion unbeachtet blieb, und zeigt auf, dass die dortige Erwähnung der Möglichkeit einer Totalrevision der Verfassung auf Betreiben der Monarchisten erfolgte und klarstellen sollte, dass selbst grundstürzende Umwälzungen wie die Abkehr von der Republik im Wege der Verfassungsänderung zulässig waren (S 47 f). Das führt den Verfasser zum Zwischenresümee, dass nach Text und Genese des Art 44 Abs 3 B-VG die dort explizit erwähnte Möglichkeit einer Gesamtänderung gegen die Existenz von Revisionschranken spricht. A limine ausgeschlossen erscheinen sie ihm dadurch aber noch nicht (S 48).

Der vierte Teil (S 49 – 95) wechselt die Perspektive und erörtert die demokratische Staatsform und ihren verfassungsrechtlichen Schutz. Einleitend wird aufgezeigt, dass im Zuge der Verfassungsarbeiten nach dem Untergang der Monarchie die Einigung auf die Demokratie ohne Mühen gelang, dass diese Einigung aber nach dem Zweiten Weltkrieg als absicherungsbedürftig erschien und durch Bestimmungen des Staatsvertrages von Wien auch abgesichert wurde. Dann werden die tragenden Elemente der Demokratiekonzeption des B-VG rekapituliert: Das Volk als Herrschaftssubjekt, von dem alles Recht ausgeht, muss sich nicht zwingend nur aus Personen österreichischer Staatsbürgerschaft zusammensetzen, sondern kann auch sonstige Personen einschließen, die über eine Nahebeziehung zu Österreich verfügen. Für direkt-demokratische Elemente bleibt abgesehen von Gesamtänderungen wenig Raum, der parlamentarische Zug des Regierungssystems und die Laienbeteiligung in der Gerichtsbarkeit sind (im Unterschied zum Prinzip der hierarchischen Verwaltung) ebenfalls teiländerungsfest konzipiert. Die Demokratiekonzeption des B-VG schließt aber – und insoweit geht der Verfasser über den etablierten Stand von Lehre und Rechtsprechung hinaus – auch Grundrechte ein: den Gleichheitssatz, die Kommunikationsgrundrechte sowie die Vereins- und Versammlungsfreiheit. Bei Erörterung der Grenzen demokratischer Freiheit wird eingangs das Gewaltverbot als unproblematisch erachtet. Beim 1945 geschaffenen Verbot der Betätigung im nationalsozialistischen Sinne ortet der Verfasser hingegen ein Spannungsverhältnis zum Demokratieprinzip. Nach Schilderung der Entstehung und

Entwicklung der NS-Gesetzgebung zeigt er auf, dass das im Verbotsgesetz ausgesprochene Verbot einer politischen Partei und der Betätigung für ihre Zwecke inhaltlich als Gesamtänderung der Bundesverfassung zu bewerten ist, weil sie die Abkehr von der offenen – die Möglichkeit ihrer Überwindung sehenden Augen in Kauf nehmenden – Demokratiekonzeption des B-VG bedeutete (S 77 – 81). Eine Volksabstimmung darüber konnte aber, wie im Anschluss an *Zeleny* festgehalten wird, unterbleiben, weil im damaligen Zeitpunkt das B-VG noch nicht effektiert und die Abhaltung einer Volksabstimmung im Sinne des Art 4 der Vorläufigen Verfassung 1945 tatsächlich undurchführbar war. Mehr als eine punktuelle Durchbrechung der unbegrenzten Freiheit politischer Betätigung ist dem Verbotsgesetz jedoch nicht zu entnehmen, und diese punktuelle Durchbrechung ist ihrerseits reversibel. In der Folge geht der Verfasser auf die demokratiesichernden antifaschistischen Bestimmungen des Staatsvertrages von Wien ein und hält seine Linie konsequent durch: Art 9 Z 2 gilt ihm ebenso als verfassungswidrig wie Art 4 Z 2. Diese Folgerungen stehen und fallen jedoch damit, dass der Verfasser für Staatsverträge mit dem Verbot von Gesamtänderungen der Verfassung (S 90 f) eine Revisionsschranke postuliert, die sich weder aus dem Text (vgl Art 50 Abs 2 B-VG 1920) noch aus der Systematik (vgl den Vertragsvorbehalt in Art 3 Abs 2 B-VG 1920) erschließt. Der Teil schließt mit Bemerkungen zu Kelsens Demokratietheorie der Zwischenkriegszeit, in der der Verfasser eine theoretische Reflexion (wenn nicht Überhöhung) der toleranten Demokratiekonzeption des B-VG sieht.

Im fünften Teil (S 96 – 139) steht die Republik im Zentrum. Eingangs registriert der Verfasser zu Recht, dass dieses Baugesetz dogmatisch unterbelichtet ist, und er macht sich sogleich daran, diese Forschungslücke zu verkleinern. Nach Schilderung der nach 1918 getroffenen Entscheidung gegen die Monarchie sowie der Genese und der Entwicklung der Rechtsstellung des Bundespräsidenten erörtert er die Frage, was das republikanische Prinzip ausmacht. Nach subtiler Abschichtung der republikanischen von den demokratischen Elementen in der Rechtsstellung des Staatsoberhauptes fördert er folgende Elemente zu Tage: eine Begrenzung der Funktionsperiode mit Ausschluss der Erblichkeit des Amtes, die (staatsrechtliche, nicht politische) Verantwortlichkeit und die strafrechtliche Verfolgbarkeit. Entgegen der etwas missverständlichen Feststellung auf S 110, dass weitere Sinndeutungen dem republikanischen Prinzip nicht zugeschrieben werden können, arbeitet der Verfasser sodann heraus, dass die Republik im Unterschied zur Demokratie im B-VG durchaus wehrhaft konzipiert ist, und er erörtert, ob der 2011 aufgehobene Art 60 Abs 3 zweiter Satz B-VG, der mittlerweile unanwendbare § 2 Habsburgergesetz sowie das Adelsaufhebungsgesetz Teil der verfassungsrechtlichen Grundordnung bilden. Für die Beseitigung des Ausschlusses der Mitglieder (ehemals) regierender Häuser von der Wählbarkeit zum Bundespräsidenten bejaht er diese Frage mit der Begründung, dass sich die österreichische Republikkonzeption an die französische angelehnt habe, dass sie wie diese Vorkehrungen gegen eine Restauration kenne und dass sie eine starke symbolische Komponente aufweise. § 2 Habsburgergesetz könne hingegen im Wege einer Teiländerung abgeschafft werde, weil diese Republikkonzeption keine revanchistischen Züge aufweise; der Aufhebung stehe völkerrechtlich indes der Art 10 Z 2 des Staatsvertrages von Wien entgegen. Die Aufhebung der äußeren Ehrenvorzüge im Adelsaufhebungsgesetz wird hingegen wiederum der verfassungsrechtlichen Grundordnung zugeordnet: nicht dem republikanischen Prinzip, weil dazu ein Bezug zum Staatsoberhaupt und seiner Rechtsstellung erforderlich wäre, wohl aber dem (zuvor dem demokratischen Prinzip zugeordneten) Gleichheitssatz in seiner spezifisch österreichischen Ausprägung. Zur Bestätigung führt der Verfasser neben einer VfGH-Entscheidung ein Urteil des EuGH ins Treffen, in der die Absage an äußerlich sichtbare Adelsprädikate als Teil der republikanischen Identität Österreichs betrachtet wurde, die nach Art 4 Abs 2 EUV geachtet werden müsse.

Der Bundesstaat und seine verfassungsrechtliche Absicherung ist Gegenstand des sechsten und letzten Hauptteiles (S 140 – 187). Er beginnt mit einer kritischen Zusammenfassung des Standes von Rechtsprechung und Lehre zum bundesstaatlichen Baugesetz sowie mit einer Kritik der Pernthalerschen These, dass Existenz und Autonomie der Länder durch Verfassungsänderungen nicht antastbar seien. Darauf folgt ein Überblick über die Rechte der Länder auf Mitwirkung an der Bundesgesetzgebung, in deren Zuge die These entwickelt wird, dass die verfassungsrechtliche Grundordnung nicht bloß ihrem Abbau, sondern auch ihrem Ausbau Grenzen setzt: Die Letztentscheidung dem Nationalrat zu nehmen und den Bundesrat zu einer gleichberechtigten zweiten Kammer aufzuwerten, ist der gesamtändernden Verfassungsgesetzgebung vorbehalten (S 156 – 158). Im Lichte dieser originellen, mit guten Gründen abgestützten These verwundert es nicht, dass auch Mitwirkungsrechte im verfassungsändernden Verfahren, die über die Möglichkeit der Verzögerung bzw über den Appell an das Bundesvolk (Verlangen nach Volksabstimmung gemäß Art 44 Abs 3 B-VG) hinausgehen, vom Verfasser skeptisch beurteilt werden. In dem schon in der Stammfassung verankerten Konsenszwang bei Grenzänderungen (Art 3 Abs 2 B-VG 1920) sieht er kein Element der Gesamtverfassung, sondern eine ohne qualifizierte Ländermitwirkung änderbare Verfassungsbestimmung. (Ob die Eliminierung des Paktierungserfordernisses im teiländernden Verfahren möglich wäre oder dem gesamtändernden vorbehalten ist, bleibt offen.) Den selbstbezüglichen Art 35 Abs 4 B-VG, der dem Bundesrat eine weitrei-

chende Mitsprache bei Änderungen seines Rechtsstatus gewährleistet, wird hingegen nach eingehender historischer und systematischer Analyse die Eigenschaft einer „gesamtänderungsfesten“ Absicherungsklausel attestiert, die jedoch lediglich die Zusammensetzung des Bundesrates schützt, nicht jedoch seine Kompetenzen oder die Bundesstaatlichkeit schlechthin. Anderes gilt hingegen für die mit Art 2 Abs 3 B-VG idF BGBl I 2008/2 bewirkte „endgültige Abschirmung des Bundesstaates“ (S 181 – 186): Diese sowohl den Bestand der Länder als auch ihre Mitwirkungsrechte bei Änderungen des Art 3 B-VG wie des Art 2 Abs 3 B-VG garantierende Bestimmung enthalte zwar Verfahrensanforderungen, die neben Art 44 Abs 3 B-VG zu beachten sind. Weil damit aber dem Bundesparlament und dem Bundesvolk die Letztentscheidung über die Entwicklung der Bundesstaatlichkeit genommen worden sei, hätte diese Verfassungsänderung 2008 nicht im teiländernden Verfahren erfolgen dürfen.

Eine knappe Zusammenfassung (S 188 f) rekapituliert wesentliche Ergebnisse der Arbeit, und ein ebenso kurzer Schluss (S 190 f) greift die verfassungspolitische Ambivalenz von Ewigkeitsklauseln nochmals auf, um für entsprechenden Schutz der demokratischen Staatsform eine Lanze zu brechen.

III.

Die vorliegende Dissertation ist flüssig geschrieben, kurzweilig zu lesen und handwerklich tadellos gearbeitet. Stichprobenweise überprüfte Zitate haben sich als korrekt erwiesen, die Rechtsprechung ist umfassend berücksichtigt, und die Literatur ist in einer Breite erfasst, die ihresgleichen sucht.

Auch inhaltlich kann die Literaturbeherrschung nur als stupend bezeichnet werden. Der Verfasser ist den Auffassungen sowie ihrer Entwicklung auf den Grund gegangen, und er hat durchgehend die Urheber eines Gedankens vor den Epigonen zitiert.

Sodann nimmt die durchgehende Problemorientierung für die Arbeit ein. Der Verfasser schreibt nicht, um Seiten zu füllen, er beschränkt sich auf das, was er zu sagen hat. Und er hat zu jeder Frage, die er aufwirft, in der Tat etwas zu sagen. Nach meist knapper und die Auffassungen bündelnder Darstellung des Standes der Diskussion, in dem die wesentlichen Beiträge im Mittelpunkt stehen, entwickelt der Verfasser seine Argumente und trägt seine Auffassung vor, ohne jede Scheu, Brachland zu beackern und kantige Thesen zu vertreten. Dabei stellt er frappierende verfassungsvergleichende Beschlagenheit, ungewöhnliche staatsphilosophische Bildung sowie die Beherrschung des gesamten Repertoires an Interpretationsmethoden unter Beweis. Souverän ist insbesondere der Umgang mit historischen Argumenten, die in beachtlicher Tiefe zum Einsatz kommen und zu so mancher Regelung einen Hintergrund frei legen, der bislang verschüttet war. Ein schönes Beispiel ist etwa der Hinweis auf die mit der Verwendung des Gesamtänderungsbegriffs in der französischen Verfassung 1875 verbundenen Intentionen, die den rechtsvergleichend überaus gebildeten zeitgenössischen Verfassungsrechtlern gewiss geläufig waren, die in der rechtswissenschaftlichen Diskussion nach 1945 aber nicht mehr die verdiente Beachtung gefunden haben. Doch auch systematische und teleologische Argumente kommen nicht zu kurz. Nur ganz selten hat der Leser den Eindruck, dass ein relevanter Aspekt übersehen worden sei (so fehlt etwa auf Seite 155 im Zusammenhang mit der Pflicht des Bundespräsidenten, die Beurkundung eines ohne die gebotene Ländermitwirkung zustande gekommenen Bundesgesetzes zu verweigern, eine Auseinandersetzung mit dem neuen, die Rechtslage verändernden Art 42a B-VG). Es ist daher nicht verwunderlich, dass der Verfasser nicht nur zu seinem „engeren“ Thema, der Frage nach unabänderlichen Gehalten im österreichischen Verfassungsrecht, sondern auch zum demokratischen, zum republikanischen und zum bundesstaatlichen Prinzip neue Einsichten gewonnen und alte Einsichten neu begründet hat.

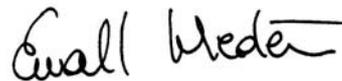
Schwächen hat die Arbeit auch, aber man muss sie suchen, und sie fallen nicht ins Gewicht. Die Gliederung ist mitunter schief (etwa bei Abschnitt 6.1., dem keine weiteren Unterabschnitte korrespondieren), und der Aufbau erscheint etwas unrund. Das liegt daran, dass das rechtsstaatliche Prinzip ohne überzeugende Begründung unbehandelt bleibt, aber auch daran, dass über das Kernthema – der Frage nach irreversiblen Recht und der Analyse der Revisionsnorm (Abschnitte 2 und 3) – hinausgreifend auch ausgewählte Verfassungsprinzipien das Thema im weiteren Sinne bilden (Abschnitte 4 bis 6). Gewiss hängen nun engeres und weiteres Thema eng zusammen (schon deshalb, weil sich die Verfassungsprinzipien bei normativer Betrachtung in der Revisionsnorm des Art 44 Abs 3 B-VG erschöpfen und daher keine von dieser Norm unabhängige Analyse vertragen). Dennoch stehen die vorderen und die hinteren Teile der Arbeit noch etwas unverbunden nebeneinander. Eine Überarbeitung der resümierenden Schlusskapitel könnte dazu beitragen, die inneren Verbindungen zwischen den beiden Hälften besser sichtbar zu machen. Trotz der im theoretischen Teil völlig

zu Recht konstatierten Ambivalenz unbeschränkter Reversibilität, die schon mit der nächsten Verfassungsänderung in totale Irreversibilität umschlagen kann, arbeitet der Verfasser ja am Beispiel des Verbotsgesetzes wie des Art 2 Abs 3 B-VG idF von 2008 heraus, dass sich Tabuisierungen und Petrifizierungen mit der Demokratiekonzeption des B-VG schlecht vertragen. Die Arbeit könnte noch weiter gewinnen, wenn er die sich daran knüpfenden Konsequenzen verallgemeinerte und verdeutlichte. Kann man etwa am Ende der Arbeit sagen, dass jede Einführung von Bestimmungen, die de jure oder de facto (ab welcher Wahrscheinlichkeit der Resistenz gegen Änderungen?) unabänderlich sind, eine Gesamtänderung der Bundesverfassung darstellt, oder schießt das über das Ziel hinaus? Wenn man das sagen kann: Heißt es nicht die im B-VG nicht wehrhaft konzipierte Demokratie über die vom B-VG recht massiv bewehrte Republik und den ansatzweise bewehrten Bundesstaat stellen, wenn man es als Gesamtänderung ansieht, seit der Stammfassung existierende Bewehrungen der Republik und der Bundesstaatlichkeit punktuell irreversibel zu machen? Wenn man nicht sagen kann, dass Versteinerungen der Verfassung schlechthin gesamtändernd sind: Wo liegen dann die Grenzen der teiländernden Einführung unabänderlicher Bestimmungen? Ein Schlusskapitel, das solchen Fragen nachginge, wäre für den Leser eine willkommene Abrundung. Mit großem Genuss und Gewinn studieren kann er die Arbeit freilich schon in ihrer derzeitigen Gestalt.

In einer Gesamtwürdigung komme ich zum Ergebnis, dass die von Herrn Mag. Vašek vorgelegte Arbeit die verfassungsrechtliche Diskussion wesentlich bereichert. Ich bewerte seine Dissertation mit der Note

s e h r g u t .

Wien, am 10. Jänner 2013



(Ewald Wiederin)