

150 Jahre Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger

herausgegeben von

Dr. Franz Merli

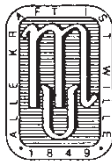
Universitätsprofessor

Dr. Magdalena Pöschl

Universitätsprofessorin

Dr. Ewald Wiederin

Universitätsprofessor



Wien 2018

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Zitiervorschlag: *Autor*; [Titel] in *Merli/Pöschl/Wiederin* (Hrsg), 150 Jahre Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (2018) [Seite]

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autoren sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-07530-9

© 2018 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: verlag@manz.at

www.manz.at

Druck: Prime Rate Kft., Budapest

Magdalena Pöschl

Die Dogmatik des Staatsgrundgesetzes¹⁾

- I. Grundrechtsdogmatik
- II. Grundrechtsdogmatik des StGG?
- III. Grundrechtstypen des StGG
- IV. Grundrechtsverpflichtete des StGG
- V. Schutzdimensionen im StGG
 - A. Abwehr staatlicher Macht
 - 1. Strategie: Vollziehung direkt adressieren
 - 2. Strategie: Vollziehung an Gesetze binden und diese beschränken
 - B. Schutz vor privater Macht
 - 1. Strategie: Private Gefährder direkt adressieren
 - 2. Strategie: Private Gefährder dem Gesetz unterwerfen
 - 3. Strategie: Schutzgesetze gegen private Gefährder fordern
 - C. Teilhabe am Staat und staatliche Leistung
 - 1. Strategie: Vorhandene Rechte ausdehnen
 - 2. Strategie: Neues schaffen, auf Gesetz und Reichsgericht setzen
 - 3. Strategie: Neues verheißen, auf Gesetz und Verwaltung setzen
- VI. Worauf baut das StGG?

Glaubt man Robert Musil im „Mann ohne Eigenschaften“, so war die kaiserlich-königliche Monarchie, genauer: Kakanien

„nach seiner Verfassung liberal, aber es wurde klerikal regiert. Es wurde klerikal regiert, aber man lebte freisinnig. Vor dem Gesetz waren alle Bürger gleich, aber nicht alle waren eben Bürger. Man hatte ein Parlament, welches so gewaltigen Gebrauch von seiner Freiheit machte, daß man es gewöhnlich geschlossen hielt; aber man hatte auch einen Notstandsparagraphen, mit dessen Hilfe man ohne das Parlament auskam, und jedes Mal, wenn alles sich schon über den Absolutismus freute, ordnete die Krone an, daß nun doch wieder parlamentarisch regiert werden müsse. Solche Geschehnisse gab es viele in diesem Staat, und zu ihnen gehörten auch jene nationalen Kämpfe, die mit Recht die Neugierde Europas auf sich zogen und heute ganz falsch dargestellt werden. Sie waren so heftig, daß ihretwegen die Staatsmaschine mehrmals im Jahr stockte und stillstand, aber in den Zwischenzeiten und Staatspausen kam man ausgezeichnet miteinander aus und tat, als ob nichts gewesen wäre.“²⁾

¹⁾ *Elke Haslinger, Philipp Selim, Marlene Heiling, Lilo Martini und Jakob Taubald* haben mich bei der Erstellung dieses Beitrags durch umfangreiche Recherchen sehr unterstützt, wofür ich herzlich danke.

²⁾ *Robert Musil, Der Mann ohne Eigenschaften* (hrsg von Adolf Frisé, 2012), Erstes Buch, Kapitel 8 Kakanien.

In dieser turbulenten, um nicht zu sagen: verrückten, Zeit entstand also das Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder,³⁾ und mit ihm ein Grundrechtskatalog, der die Monarchie weit überdauert hat und bis heute gilt.⁴⁾ Die schöne Aufgabe, die Dogmatik dieses Gesetzes zu ergründen, wirft zwei Fragen auf, erstens: Was ist Grundrechtsdogmatik? Und zweitens: Gibt es überhaupt eine Grundrechtsdogmatik des Staatsgrundgesetzes?

I. Grundrechtsdogmatik

Dogmatik ist die begrifflich-systematische Durchdringung eines Rechtsstoffes, der auf abstraktere Institute zurückgeführt wird, um die Rechtsanwendung zu erleichtern.⁵⁾ Grundrechtsdogmatik soll folglich die Komplexität der Grundrechte reduzieren, schon um sie leichter begreifbar und vermittelbar zu machen. Zugleich soll sie Prüfungsabläufe formalisieren⁶⁾ und Argumentationslasten verteilen, um die Rechtsanwendung zu entlasten, zu vereinheitlichen, vergleichbar und vorhersehbar zu machen.⁷⁾

Zu den klassischen Figuren, mit denen sich die Grundrechtsdogmatik beschäftigt, gehören zunächst die Akteure, die an einer Grundrechtsbeziehung beteiligt sind, also die Grundrechtsberechtigten und -verpflichteten. Sodann klassifiziert die Dogmatik den Gegenstand dieser Beziehung, also die Grundrechte, die sie üblicherweise in Freiheits-, Gleichheits-, Verfahrens-, politische und soziale Rechte einteilt.⁸⁾ Freiheits- und Gleichheitsrechte werden grundrechtsdogmatisch erheblich vertieft. Dabei wird eine Abwehrdimension, die auf staatliches Unterlassen zielt, von einer Gewährleistungsdimension geschieden, die den Staat verpflichtet, Rechte durch positive Maßnahmen zu gewährleisten, insb Menschen vor nicht-staatlichen Bedrohungen zu schützen.⁹⁾ Die Abwehrdimension wird in drei Prüfschritten erfasst – Schutzbereich, Grundrechtseingriff und Rechtfertigung;¹⁰⁾ letztere wird ihrerseits mit dem Verhältnismäßigkeits-

³⁾ RGBl 1867/142.

⁴⁾ Art 149 Abs 1 B-VG.

⁵⁾ Statt vieler *Uwe Volkmann*, Veränderungen der Grundrechtsdogmatik, JZ 2005, 261 (262) mwN.

⁶⁾ Das leisten in Österreich die sog Grundrechtsformeln des VfGG, zu diesen *Karl Spielbüchler*, Grundrecht und Grundrechtsformel. Anmerkungen zur Praxis des Verfassungsgerichtshofes, in FS Floretta (1983) 289; *Walter Berka*, Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) 118 ff mwN.

⁷⁾ *Volkmann* (FN 5) 263; *Dietrich Murswiek*, Grundrechtsdogmatik am Wendepunkt? Der Staat 2006, 473.

⁸⁾ ZB *Berka* (FN 6) 53 ff; *Johannes Hengstschläger/David Leeb*, Grundrechte² (2013) 20 ff.

⁹⁾ Dazu grundlegend *Michael Holoubek*, Grundrechtliche Gewährleistungspflichten. Ein Beitrag zu einer allgemeinen Grundrechtsdogmatik (1997).

¹⁰⁾ Dazu schon *Michael Holoubek*, Bauelemente eines grundrechtsdogmatischen Argumentationsschemas: Schutzbereich – Eingriff – Schranken, in Christoph Grabenwarter et al (Hrsg), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft (1994)

grundsatz in vier weiteren Schritten kleingearbeitet: legitimes Ziel, Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit iES.¹¹⁾ Erweist sich ein Eingriff nach diesen Parametern als unverhältnismäßig, so wird er verworfen, weil er das jeweilige Grundrecht verletzt. Bei der Schutzdimension fragen wir nicht, ob ein staatlicher Eingriff die Bürger unverhältnismäßig belastet, sondern umgekehrt: Wäre es für den Staat eine unverhältnismäßige Last, seine Bürgerinnen vor einer bestimmten Bedrohung ihrer Rechte zu schützen? Wenn nein, verletzt die Unterlassung staatlichen Schutzes das betreffende Grundrecht.¹²⁾ Das sind, stark vereinfacht, einige wichtige Standardfiguren der Grundrechtsdogmatik.

Die Grundrechtsdogmatik steht vor ewigen und vor neuen Herausforderungen. Ewig muss sie danach trachten, ihre Funktionen nicht zu verfehlen: Sie darf die Reduktion der Komplexität nicht übertreiben, wesentliche Unterschiede zwischen den Grundrechten also nicht wegabstrahieren – auch wenn es der sehnlichste Wunsch der Studierenden ist, uns endlich die *eine* Formel zu entlocken, die für alle Grundrechte gilt. Bei aller Differenziertheit darf sich die Grundrechtsdogmatik aber zugleich nicht der gebotenen Abstraktion verweigern; es genügt also gerade nicht, die Praxis darauf zu verweisen, dass alles von den Umständen des Einzelfalls abhängt, denn das ist der „Nullpunkt einer juristischen Dogmatik“.¹³⁾ Grundrechtsdogmatik muss demnach „so einfach wie möglich und so kompliziert wie nötig sein“.¹⁴⁾

Neben der stetigen Herausforderung, diese Balance zu halten, muss die Dogmatik immer wieder auf neue Bedrohungen der Grundrechte reagieren. Beschränkt der Staat Grundrechte zB nicht mehr nur mit Befehl und Zwang, sondern auch mit anderen Methoden, oder greift er in Rechte nicht mehr offen, sondern zunehmend heimlich ein, sollte die Dogmatik darauf eine Antwort finden. Das kann zB geschehen, indem sie den Schutzbereich eines Grundrechts oder den Grundrechtseingriff weiter fasst.¹⁵⁾ Im Gegenzug können dann freilich die Rechtfertigungsanforderungen sinken, was möglicherweise zentrale Freiheitsgarantien schwächt;¹⁶⁾ sie sind dann wiederum mit anderen dogmatischen Figuren zu stärken.¹⁷⁾ Herausgefordert ist die Dogmatik ebenso, wenn neben

60; kritisch zu diesem „Dreischritt“ zB *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik gegenwärtiger Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 2003, 165 (174 ff); *Jörn Ipsen*, Grundzüge einer Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 2013, 266 (272 ff).

¹¹⁾ Zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz grundlegend *Manfred Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1991) 169 ff.

¹²⁾ ZB *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) § 19 Rz 6.

¹³⁾ *Volkman* (FN 5) 267.

¹⁴⁾ *Hans D. Jarass*, Bausteine einer umfassenden Grundrechtsdogmatik, AÖR 1995, 345 (346).

¹⁵⁾ S dazu zB *Michael Holoubek*, Altes und Neues zum Grundrechtseingriff, in FS Berka (2013) 79, insb 86 f; *Murswiek* (FN 7) 474 f; *Volkman* (FN 5) 263 f; *Thomas Schwabenbauer*, Heimliche Grundrechtseingriffe (2013) 128 ff.

¹⁶⁾ Vor dieser Gefahr warnt zB *Murswiek* (FN 7) 476 f.

¹⁷⁾ Etwa durch eine Wiederbelebung der Wesensgehaltsgarantie, dafür plädiert zB *Anna Leisner-Ebensperger*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, in Detlef

dem Staat neue, ihm ebenbürtige Akteure die Grundrechte bedrohen.¹⁸⁾ Dann wird insb reflektiert, ob der Kreis der Grundrechtsverpflichteten richtig abgegrenzt ist oder ob Schutzpflichten schärfer gefasst werden müssen.

Zur Bewältigung all dieser Gefahren kann auch ein Blick in die Vergangenheit hilfreich sein, denn oft war scheinbar Neues schon früher da und hat sich nur vorübergehend zurückgezogen, um später, wenn alle darauf vergessen haben, leicht verändert wiederzukehren.

II. Grundrechtsdogmatik des StGG?

Das führt zur zweiten Frage: Gibt es für das 1867 beschlossene Staatsgrundgesetz überhaupt eine Grundrechtsdogmatik? Es gibt ausgefeilte Analysen einzelner Bestimmungen¹⁹⁾ und gehaltvolle Beiträge zu gewissen Querschnittsfragen, etwa zur Figur des Gesetzesvorbehaltes,²⁰⁾ des allgemeinen Gesetzes,²¹⁾ zu Wesensgehalt und Verhältnismäßigkeit²²⁾. Eine Arbeit, die das Staatsgrundgesetz, so wie es 1867 beschlossen wurde, als Ganzes dogmatisch traktiert, existiert bisher aber nicht.

Das kann auch nicht verwundern, denn für eine solche Arbeit fehlte bisher jeder Anlass. Als das Staatsgrundgesetz 1867 beschlossen wurde, hatte man andere Sorgen als eine Grundrechtsdogmatik zu entwickeln. Sie setzt in Österreich etwa in den 1960er Jahren ein,²³⁾ kommt in den 1980er Jahren langsam in

Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg), Grundsatzfragen der Grundrechtsdogmatik (2007) 57; *dies*, Wesensgehaltsgarantie, in Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III (2009) § 70, Rz 69 ff. Alternativ wird vorgeschlagen, den Schutzbereich der Freiheitsrechte oder den Eingriff wieder schärfer zu konturieren, s dazu und zu möglichen Einwänden mwN *Volkmann* (FN 5) 265 ff.

¹⁸⁾ Dazu zB *Thilo Marauhn*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVDStRL 74 (2015) 373; *Magdalena Pöschl*, Sicherung grund- und menschenrechtlicher Standards gegenüber neuen Gefährdungen durch private und ausländische Akteure, VVDStRL 74 (2015) 405.

¹⁹⁾ S zB die Kommentierungen zum StGG in *Karl Korinek/Michael Holoubek et al* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (zuletzt 13. Lfg 2018) und *Benjamin Kneihls/Georg Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (zuletzt 20. Lfg 2018).

²⁰⁾ ZB *Karl Korinek*, Gedanken zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten, in FS Merkl (1970) 171; *Michael Holoubek*, Die Struktur der grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte (1997); *Christoph Grabenwarter*, Verhältnismäßig einheitlich: Die Gesetzesvorbehalte des StGG 1867 im Wandel, JBl 2018, 417.

²¹⁾ ZB *Walter Berka*, Das allgemeine Gesetz als Schranke der grundrechtlichen Freiheit, in FS Koja (1998) 221.

²²⁾ ZB *Stelzer* (FN 11).

²³⁾ S insb *Felix Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und Menschenrechte (1963); *Karl Korinek*, Gedanken zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt bei Grundrechten, FS Merkl (1970) 171; *Peter Pernthaler*, Raumordnung und Verfassung II (1978) 254 ff.

Fahrt²⁴) und erreicht einen Höhepunkt in den 1990er Jahren,²⁵) also zu einer Zeit, in der die österreichische Grundrechtsordnung schon längst ein buntes Konglomerat war aus nationalen Garantien verschiedenster historischer Schichten²⁶) und internationalen Grundrechtskatalogen, allen voran der EMRK.²⁷) Das Staatsgrundgesetz ist in diesem Spiel nur eine Mannschaft neben anderen, zudem scheinen viele seiner Spieler schon in die Jahre gekommen, also nur mehr historisch bedeutsam, oder sogar überholt durch jüngere, stärkere Rechte.²⁸) Um die Urversion des Staatsgrundgesetzes dogmatisch zu analysieren, muss man einen Anlass schon suchen – mit seinem 150. Geburtstag ist er aber wohl gefunden.

Eine Geburtstags-Dogmatik für das Staatsgrundgesetz ist freilich in besonderer Weise den Eigenheiten seiner Entstehung und seinem damaligen Umfeld verpflichtet. In den Beratungen zu diesem Gesetz wurde zwar immer wieder gesagt, dieses oder jenes Recht finde sich in allen anderen Grundrechtskatalogen und müsse daher ebenso in Österreich garantiert werden.²⁹) Für exotische

²⁴) Ein wichtiger Auslöser war die Judikaturänderung des VfGH zur Erwerbsfreiheit mit dem Erk Schrottenlenkung I (VfSlg 10.179/1984), s dazu zB *Bruno Binder*, Entscheidungsbesprechung, ÖZW 1985, 23; *Stefan Griller*, Verfassungswidrige Schrottenlenkung? ÖZW 1985, 65; *Bruno Binder*, Der materielle Gesetzesvorbehalt der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) – Überlegungen zur neuen Judikatur des VfGH, ÖZW 1988, 1; *Ernst Melichar*, Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zur gewerberechtlichen Bedarfsprüfung, in FS Rosenzweig (1988) 373; *Walter Barfuß*, Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1989, 673 (674 ff).

²⁵) Zu nennen sind hier insb die Habilitationsschriften von *Stelzer* (FN 11); *Christoph Grabenwarter*, Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit (1997); *Holoubek* (FN 9); das Sammelwerk von *Rudolf Machacek/Willibald P. Pahr/Gerhard Stadler*, Grund- und Menschenrechte in Österreich, Bände I–III (1991, 1992, 1997), und das Handbuch von *Berka* (FN 6).

²⁶) Beginnend bei dem bis heute geltenden Gesetz vom 27. October 1862, zum Schutze des Hausrechtes (HausrechtsG), RGBl 1862/88 idF BGBl 1974/422; s ferner den Beschluß der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918 (Beschl ProvNV), StGBl 1918/3 idF BGBl 1920/1; BVG vom 3. Juli 1973 zur Durchführung des Internationalen Übereinkommens über die Beseitigung aller Formen rassistischer Diskriminierung (RassDiskrBVG), BGBl 1973/390; BVG vom 29. November 1988 über den Schutz der persönlichen Freiheit (PersFrBVG), BGBl 1988/684 idF BGBl I 2008/2; § 1 BG über die Aufgaben, Finanzierung und Wahlwerbung politischer Parteien (PartG), BGBl 1975/404 idF BGBl I 2012/56; Art 1 BG zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (DSG), BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2018/24; in dieses Konglomerat wurde später noch das BVG über die Rechte von Kindern (BVG Kinderrechte), BGBl I 2011/4, eingefügt.

²⁷) S daneben insb Art 62–69 StV St Germain, StGBl 1920/303 idF BGBl III 2002/179 (DFB); Art 7 Z 2 bis 4 und Art 8 StV Wien, BGBl 1955/152 idF BGBl I 2008/2, seit dem Charta-Erk VfSlg 19.632/2012 auch Teile der GRC.

²⁸) Zur Aktualität des StGG neben den konkurrierenden Grundrechtsgarantien im österreichischen Recht s den Beitrag von *Franz Merli*, in diesem Band.

²⁹) S den Bericht des Verfassungsausschusses, wiedergegeben in Die neue Gesetzgebung Oesterreichs. Erläutert aus den Reichsraths-Verhandlungen. Erster Band. Die Verfassungsgesetze und die Gesetze über den finanzielle Ausgleich mit Ungarn (1868) 311, wonach die im StGG vorgesehenen Rechte „in Übereinstimmung mit den meisten europäischen Verfassungen“ stünden; ebenso betonte die vereinigte juristisch-politische Commission des Herrenhauses, dass die Grundrechte des StGG mehrheitlich

Rechte, die sich nirgendwo sonst fanden, wurde aber umgekehrt ins Treffen geführt, Österreich brauche besondere Grundrechte, weil es anders ist³⁰) – und zwar im Grunde so, wie eingangs von Robert Musil beschrieben: ein Vielvölkerstaat, reich an nationalen Differenzen und gebeutelt von ständig wechselnden politischen Tendenzen.

Die zweite Eigenheit des Staatsgrundgesetzes ist, zumindest aus heutiger Sicht, dass in der Monarchie noch kein Gericht ermächtigt war, grundrechtswidrige Gesetze aufzuheben. So konnten die Väter des StGG nicht darauf setzen, dass nach der Kundmachung dieses Grundrechtskataloges ein Gericht alle entgegenstehenden Gesetze aufheben werde. Auch das muss mitdenken, wer das StGG würdigen will.

III. Grundrechtstypen des StGG

Meine Besichtigung des Staatsgrundgesetzes beginnt bei der Architektur dieses Gesetzes und den Grundrechtstypen, aus denen es gebaut ist. Den Kern dieses Katalogs bilden zweifellos die Freiheitsrechte, die das Staatsgrundgesetz thematisch im Dreitakt ordnet, um dem Einzelnen eine „freie Entwicklung auf den Gebieten der materiellen Interessen, der politischen und religiösen Ueberzeugung, des wissenschaftlichen und sittlichen Culturfortschrittes“³¹) zu gewähren: Die Art 4 bis 6 gewähren folgerichtig Freizügigkeits- und Vermögensrechte, sichern also Sein und Haben. Die Art 8 bis 10 schützen die Person: ihren Körper vor Verhaftung, ihr Haus vor Durchsuchungen und das Haus ihrer Gedanken,³²) also den Brief, vor dem Geheimnisbruch. Den nächsten Dreitakt

„in den meisten constitutionellen Staaten eine fast gleichmäßige Geltung erworben haben“ (Die neue Gesetzgebung 349). Auch bei der Spezialdebatte wurde immer wieder darauf verwiesen, dass ein bestimmtes Recht auch in anderen Verfassungen garantiert sei (s für Art 14 StGG *Sturm*, Die neue Gesetzgebung 339; für Art 4 StGG *Hock*, Die neue Gesetzgebung 354), oder dass eine vorgeschlagene Garantie die Mitte zwischen anderswo gewährten Extremen halte, so zu Art 16 *Lichtenfels*, Die neue Gesetzgebung 367.

³⁰) Die „specielle Rücksicht auf die gegenwärtige staatsrechtliche und nationale Gestaltung der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder“ ließ für den Verfassungsausschuss etwa die Wahlrechtsgarantie in Art 4 Abs 2 StGG „wünschenswert erscheinen“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 311); ebenso meint *Ziemialkowski* in der Generaldebatte, „daß man in Oesterreich, eben, weil es verschiedene Nationalitäten gibt, zu einem Verfassungswerke die Form nicht aus anderen Verfassungswerken nehmen kann. Man muß für Oesterreich eine österreichische Verfassung machen“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 327); *Giovanelli* meinte gar, dass die Verhältnisse in Österreich „viel schwieriger geartet“ seien „als die irgend eines andern europäischen Staates“ und daher eine andere Verfassung forderten als in anderen Staaten (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 330).

³¹) So der Bericht des Verfassungsausschusses, Die neue Gesetzgebung (FN 29) 310.

³²) *Ewald Wiederin* in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (4. Lfg 2001) Art 10 StGG Rz 8, mit Verweis auf den Abgeordneten *Borrosch* im Plenum des Reichstages 1849, Verhandlungen des österreichischen Reichstages, Band 4 (1849) 678.

bilden in Art 11 bis 13 Rechte, die zu politischer Betätigung ermächtigen: das Petitionsrecht und die Vereins- und Versammlungsfreiheit, dann aber auch die Meinungsfreiheit; sie gilt zwar ebenso unpolitischen Meinungen, ohne sie wäre eine politische Betätigung aber unmöglich. Danach schützt das StGG die Religion in drei Facetten: die individuelle Glaubens- und Gewissensfreiheit in Art 14, und in Art 15 und 16 die Rechte der gesetzlich anerkannten und der nicht anerkannten Religionsgemeinschaften. Der letzte Dreitakt widmet sich in den Art 17 bis 19 der Bildung im weiteren Sinn: Wissenschaft, Berufsausbildung sowie Unterricht und Pflege der Sprache, die im Vielvölkerstaat naturgemäß besonders wichtig waren.

Das StGG schützt Freiheiten nicht nur vor staatlicher Macht, sondern punktuell ebenso vor privaten Akteuren. Es hebt zunächst Untertänigkeits- und Hörigkeitsverbände für immer auf, und zwar systematisch passend in Art 7, also im Anschluss an die Freizügigkeits- und Vermögensgarantien, die bei Untertänigen und Hörigen nahezu ausgeschaltet waren. Neben der Grundherrschaft hat auch die Kirche jahrhundertlang private Macht ausgeübt, abermals erinnern wir Musil: Die k.k. Monarchie „wurde klerikal regiert“. Diesen Machtanspruch durchkreuzt das StGG, indem es in Art 15 klarstellt, dass Kirchen und Religionsgesellschaften „wie jede Gesellschaft, den allgemeinen Staatsgesetzen unterworfen“ sind, also nicht über dem Gesetz stehen³³⁾ – eine Feststellung, die heute wieder an Aktualität zu gewinnen scheint.³⁴⁾

Einige Freiheitsrechte werden durch Verfahrensrechte flankiert, die im StGG genau genommen Organisationsgarantien sind: Zunächst der bekannte Richtervorbehalt bei den Rechten der Person (Art 8 bis Art 10), dann aber auch

³³⁾ Besonders deutlich macht diese Zielsetzung im Abgeordnetenhaus etwa *Andriewicz*, der das Verhältnis zwischen Staat und Kirche in Österreich mit zwei Geschwistern verglich, „die so lange sie im elterlichen Hause sind, mit dem Mein und Dein es nicht ernstlich nehmen, und von denen der Eine oft sich mit den Habseligkeiten des Anderen behilft. Nun aber soll diese Gemeinsamkeit aufhören [...] Der Staat will sich in der Schule, in der Administration und in der Gerichtsbarkeit von dem kirchlichen Einflusse frei machen“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 342). Nach *Ryger* soll Art 15 StGG „die Staatshoheit aufrecht [halten] und [...] die Rechte, die ihr gebührt, als Majestät [wahren] und alle kirchlichen Genossenschaften als Unterthanen in weltlichen Dingen unter die Staatshoheit stellen“; die Kirche werde solcherart „nur zurückversetzt auf jenen Stand, der ihr ursprünglich gebührt, auf den Stand der Parität mit allen anderen Genossenschaften, mit allen anderen Staatsbürgern“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 344). Bei der Beratung des Art 14 Abs 3 StGG meinte *Sturm*: „Wenn man ferner glauben sollte, daß gegenwärtig noch kirchliche Gewalten einen Zwang auf weltliche Angehörige der Kirchen üben könnten, so erlaube ich mir auf den Artikel 15 hinzuweisen, wodurch [...] die Kirche den Staatsgesetzen unterstellt wird.“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 386 f).

³⁴⁾ So ist immer wieder zu lesen, der Islam wolle sich nicht in den rechtlichen Rahmen eines säkularen Staates fügen; nach *Mathias Rohe* behaupten dies allerdings nur „Extremisten zweier Pole: Islamisten einerseits, Islamhasser andererseits“, *Mathias Rohe*, Vorbemerkungen zum Kapitel „Islamische Jurisprudenz und Staatslehre: Implikationen für das positive Recht“, in Stefan Hinghofer-Szalkay/Herbert Kalb (Hrsg), *Islam, Recht und Diversität* (2018) 133. Dass die Realität differenzierter und komplizierter ist, zeigen die Beiträge im Kapitel „Islamische Jurisprudenz und Staatslehre: Implikationen für das positive Recht“, in Hinghofer-Szalkay/Kalb (Hrsg), *Islam, Recht und Diversität* (2018) 143 ff.

– und weniger bekannt – ein Regierungsvorbehalt in Art 20, der heute nicht mehr gilt, im Jahr 1867 aber sehr bedeutsam war: Art 20 ließ zu, dass die Freiheiten der Person und die meisten politischen Freiheiten durch ein besonderes Gesetz suspendiert werden.³⁵⁾ Dieses Gesetzes anzuwenden, behielt das StGG aber der Regierung vor, weil diese kurz zuvor dem Reichsrat gegenüber verantwortlich gemacht worden war.³⁶⁾

Die Freiheiten des Staatsgrundgesetzes sind zudem eingebettet in Gleichheitsgarantien. In Art 2 stellt das StGG den Freiheitsrechten zunächst die Gleichheit vor dem Gesetz voran; sie wendet sich vordringlich gegen Standesvorrechte, die 1867 weitgehend überwunden waren und die das StGG auch für alle Zukunft bannen will.³⁷⁾ Keineswegs ausgestanden waren hingegen Diskriminierungen aufgrund der Konfession; sie werden deshalb gesondert untersagt, und zwar in Art 14 Abs 2, also systematisch passend als Annex zur Religionsfreiheit. Daneben erkennt das StGG die Gleichberechtigung aller landesüblichen Sprachen an – nicht nur im Amt, sondern auch in der Schule und selbst im öffentlichen Leben (Art 19 Abs 2 und 3). Das ist mehr als ein abwehrrechtliches Diskriminierungsverbot, denn ihm genügt nicht, dass Staat und Gesellschaft ihre Vorurteile ablegen; sprachliche Gleichbehandlung in Schulen und Ämtern erfordert zudem staatliche Ressourcen, nicht anders als der – sehr moderne – Art 7 Abs 1 Satz 3 B-VG, der seit 1997 Benachteiligungen aufgrund der Behinderung untersagt.³⁸⁾

Wie ein spezieller Gleichheitssatz wirkt *prima vista* auch Art 3, der allen Staatsbürgern gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern gewährt. In der Sache will Art 3 aber den vorhandenen Ämterzugang ausdehnen, also mehr politische Teilhabe ermöglichen. Dieselbe Stoßrichtung hat Art 4 Abs 2, der heute nicht mehr gilt, 1867 aber eine Schlüsselvorschrift war: Er garantiert Staatsbürgern, die in eine Gemeinde zugewandert sind und dort Steuern zahlen, das Wahlrecht zur Gemeindevertretung „unter denselben Bedingungen“ wie den Gemeindeangehörigen. Auch hier ist die Gleichheit nicht das Ziel, sondern nur das Mittel, um etwas davon Verschiedenes zu erreichen – ein Kommunalwahlrecht für steuerzahlende Wohnbürger, das an das Kommunalwahlrecht der EU-Bürgerinnen erinnert.³⁹⁾ Teilhabe an Ämtern ermöglicht schließlich auch Art 17 Abs 4, der den Kirchen den Religionsunterricht an Schulen überlässt, dies aber – wie Art 17 Abs 5 vorsorglich hinzufügt – nur unter der Leitung und Aufsicht des Staates.

Ein letzter Grundrechtstyp begegnet uns in Art 1, der heute ebenfalls nicht mehr in Kraft ist:⁴⁰⁾ Er trug dem Gesetzgeber auf zu regeln, unter welchen Vo-

³⁵⁾ Wörtlich lautete Art 20: „Über die Zulässigkeit der zeitweiligen und örtlichen Suspension der in den Artikeln 8, 9, 10, 12 und 13 enthaltenen Rechte durch die verantwortliche Regierungsgewalt wird ein besonderes Gesetz bestimmen.“

³⁶⁾ Gesetz vom 25. Juli 1867, über die Verantwortlichkeit der Minister für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBI 1867/101.

³⁷⁾ Magdalena Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) 97.

³⁸⁾ Eingefügt in Art 7 Abs 1 B-VG durch das BGBl I 1997/87.

³⁹⁾ Art 117 Abs 2 B-VG.

⁴⁰⁾ Diesem Artikel wurde durch Art 6 B-VG derogiert, s. Walter Berka in Benjamin Kneiß/Georg Lienbacher (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (1. Lfg 2001) Vorbem StGG Rz 4.

raussetzungen die österreichische Staatsbürgerschaft erworben, ausgeübt und verloren wird.⁴¹⁾ Das StGG normiert also – nicht von ungefähr an der Spitze – ein Statusrecht, gleichsam als Fundament eines Grundrechtskatalogs, der auch Staatsbürgerrechte garantiert. In einem solchen Katalog läuft der Status des Staatsbürgers auf das *Hannah Arendtsche* Recht hinaus, Rechte zu haben.⁴²⁾ Ein Statusrecht setzt auch Art 11 Abs 2 voraus, der Sturmpetitionen verhindern sollte⁴³⁾ und deshalb Petitionen unter einem Gesamtnamen nur Vereinen und „gesetzlich anerkannten“ Körperschaften gestattet. Strukturell vergleichbar garantieren die Art 15 und 16 die kollektive Religionsausübung mehr oder weniger freisinnig, je nachdem, ob eine Religionsgemeinschaft „gesetzlich anerkannt“ ist oder nicht.

Klassifiziert und gewichtet man die Vielfalt dieser Rechte, so dominiert im StGG eindeutig das Freiheitsrecht, das nicht nur staatliche Macht abwehrt,⁴⁴⁾ sondern auch vor privater Macht schützt.⁴⁵⁾ Diese Freiheiten werden zweitens flankiert von Organisationsgarantien: Richter- und Regierungsvorbehalt.⁴⁶⁾ Den dritten Typus bilden Gleichheitsrechte in allen Varianten, vom allgemeinen Gleichheitssatz bis zu speziellen Gleichheitssätzen, diese wiederum mit Abwehrrichtung,⁴⁷⁾ aber auch – ganz modern – mit Leistungsversprechen.⁴⁸⁾ Einer vierten Kategorie sind Teilhaberechte zuzuordnen: Ämterzugänglichkeit, Kommunalwahlrecht und die Abhaltung des Religionsunterrichts.⁴⁹⁾ Zu diesen geläufigen Grundrechtstypen kommen fünftens Statusrechte,⁵⁰⁾ die die Grundrechtsdogmatik noch nicht als eigene Kategorie erfasst, die einer solchen Kategorie aber würdig wären.

IV. Grundrechtsverpflichtete des StGG

Im Angesicht der Vielfalt dieser Schutzfunktionen fragt sich, wie es das StGG im Detail anstellt, dass der Staat Freiheitseingriffe und Diskriminierungen unterlässt, vor Übergriffen Dritter schützt und politische Teilhabe oder sogar staatliche Leistungen gewährt.

⁴¹⁾ Wörtlich lautete Art 1: „Für alle Angehörigen der im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder besteht ein allgemeines österreichisches Staatsbürgerrecht. Das Gesetz bestimmt, unter welchen Bedingungen das österreichische Staatsbürgerrecht erworben, ausgeübt und verloren wird.“

⁴²⁾ *Hannah Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft¹⁹ (2016) 614.

⁴³⁾ ZB *Rudolf v. Herrnrith*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechtes (1909) 100; *Hans Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht (1923) 57; *Hans Frisch*, Lehrbuch des österreichischen Verfassungsrechtes (1932) 67.

⁴⁴⁾ So in den Art 4–6, Art 8–10 und Art 11–18.

⁴⁵⁾ So in den Art 7, Art 14 Abs 3 und Art 15 letzter Halbsatz.

⁴⁶⁾ Art 8–10 und Art 20.

⁴⁷⁾ Art 14 Abs 2.

⁴⁸⁾ Art 19 Abs 2 und 3.

⁴⁹⁾ Art 3, Art 4 Abs 2 und Art 17 Abs 4.

⁵⁰⁾ Art 1, Art 11 Abs 2, Art 15 und Art 16.

Das setzt Klarheit darüber voraus, wen das StGG von staatlicher Seite als Bedroher der Grundrechte wahrnimmt und wen es zu ihrem Schutz einsetzt; für beides kamen 1867 verschiedenste staatliche Akteure in Betracht: Zunächst der Reichsgesetzgeber selbst, der, wie bei Musil beschrieben, als einfacher Gesetzgeber von mittlerer Zuverlässigkeit war, in den vergangenen Jahren aber doch die eine oder andere liberale Errungenschaft zuwege gebracht hatte⁵¹⁾ und der vor allem im Jahr 1867 – in Österreich einmalig – mehrheitlich liberal war.⁵²⁾

Staatliche Akteure waren 1867 außerdem die Gesetzgeber der „im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder“: Schutzherren der Grundrechte waren sie nicht; sie spielten im Gegenteil ihre Autonomie immer wieder gegen die Freiheit der Menschen aus und sträubten sich gegen staatsgrundgesetzliche Beschränkungen ihrer Kompetenzen.⁵³⁾ Dass das StGG auch die Gesetzgebung adressierte, ist nach den Materialien allerdings kaum zu bezweifeln.⁵⁴⁾

⁵¹⁾ HausrechtsG; Gesetz vom 27. October 1862, zum Schutze der persönlichen Freiheit (PersFrG), RGBl 1862/87; Gesetz vom 15. November 1867 über das Vereinsrecht (VerG 1867), RGBl 1867/134; Gesetz vom 15. November 1867 über das Versammlungsrecht (VslgG 1867), RGBl 1867/135.

⁵²⁾ S dazu den Beitrag von *Pieter Judson*, in diesem Band; zu den wichtigsten Figuren, allen voran *Eduard Sturm*, dem eigentlichen Schöpfer des StGG, s auch *Gerald Stourzh*, Die Entstehung des Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger vom 21. Dezember 1867 und seine unmittelbare Bedeutung, JRP 2018, 95 (97 f).

⁵³⁾ Repräsentativ etwa *Zyblikiwicz* (Galizien): „für solche Grundrechte [...] können wir uns doch nicht ereifern, sobald sie in nationaler Hinsicht und in Hinsicht auf die Autonomie uns nicht nur keine Zugeständnisse gewähren, sondern selbst das uns von Autonomie nehmen, was wir bis jetzt besessen haben“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 322); *Giovanelli* (Tirol): „Die Grundsätze, die hier aufgestellt sind, wollen uns in Schul- und in Kirchensachen solche Bestimmungen octroyiren, mit denen wir nie und nimmer einverstanden sein werden“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 329); *Toman* (Krain): „ich werde nicht das Bekenntniß aussprechen, daß ich [...] in der Freiheit des Individuums, in der politischen und staatsbürgerlichen Freiheit die ganze Grundlage einer glücklichen Staatsexistenz [sehe]; aber das bemerke ich, daß wir vor Allem die [...] nationale Individualitätsexistenz als die Grundlage der Freiheit ansehen, daß wir als Personen im Staate existiren wollen, damit wir die Freiheiten des Staates, die staatsbürgerlichen Freiheiten genießen können; sonst sind sie für uns von keinem Werthe“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 330). Es fehlte aber auch nicht an Gegenreden, etwa von *Brestel* (Böhmen): „wenn man sich darüber beklagt, daß die Autonomie in Richtungen beschränkt sei, in welchen sie einzig und allein dadurch bethätigt werden kann, um die Rechte Anderer zu verkürzen, da hat man nicht der Autonomie das Wort geredet, sondern man hat eben gezeigt, daß in einem solchen Lande die Autonomie eben noch etwas Voreiliges wäre.“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 325); ähnlich *Herbst* (Böhmen), der es als Aufgabe des StGG ansah, „solche allgemeinen Rechte, die dem Oesterreicher als solchem zukommen sollen, wohin immer ihn sein Leben geführt hat, festzustellen und ihn dadurch auch gegen jene Landesrechte in Schutz zu nehmen, welche die allgemeinen staatsbürgerlichen Rechte nur zu oft zu negiren bereit sind“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 320); deutlich auch der Berichterstatter *Sturm*: „Während man [...] auf einer Seite versichert, die staatsbürgerlichen Freiheiten auf das Höchste zu stellen, muthet man uns auf der anderen Seite zu, der nationalen Freiheit alle übrige zum Opfer zu bringen“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 333).

⁵⁴⁾ So betont der Bericht des Verfassungsausschusses schon vorab, dass die für das StGG vorbildhaften Verfassungen aller konstitutionellen Staaten „Principien [enthalten],

Mehr Bedroher als Garant war ebenso die Verwaltung, der man erst beibringen musste, dass sie für Grundrechtseingriffe eine gesetzliche Ermächtigung braucht. Weit vertrauenswürdiger war in dieser Hinsicht die Justiz, für die die Gesetzesbindung bereits selbstverständlich war. Zu ihr trat das Reichsgericht, das von vornherein als Garant der Grundrechte programmiert war – eigens eingerichtet, um zu entscheiden, ob die Verwaltung verfassungsgesetzlich gewährleistete politische Rechte der Bürger verletzt,⁵⁵⁾ und besetzt mit Mitgliedern, die „wesentlich unter dem Einflusse“⁵⁶⁾ des Reichsrates ernannt wurden.⁵⁷⁾ Etwas später sollte noch der Verwaltungsgerichtshof hinzukommen, bei dem einfachgesetzlich gewährleistete Rechte geltend zu machen waren.⁵⁸⁾

In dieser Situation lag es nahe, zunächst gesetzlich schon Erreichtes in Sicherheit zu bringen, sodann die Gunst der Stunde für Neues zu nutzen und im Übrigen auf das Reichsgericht und die Justiz zu bauen. Genau das tat der Staatsgrundgesetzgeber, und zwar in allen Schutzdimensionen.

V. Schutzdimensionen im StGG

A. Abwehr staatlicher Macht

1. Strategie: Vollziehung direkt adressieren

Das StGG erklärt zunächst das Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit und das HausrechtsG zu einem Bestandteil des StGG (Art 8 und 9): Beide Gesetze waren liberale, bis dahin aber einfachgesetzliche Errungenschaften, die das StGG nun in Verfassungsrang hob und damit vor dem Zugriff des ein-

von welchen die Gesetzgebung und Verwaltung im Staate gegenüber der Freiheit des einzelnen Staatsbürgers geleitet sein soll“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 333); wie der Ausschussbericht außerdem vermerkt, hatte Art 6, der Beschränkungen der toten Hand beim Liegenschaftserwerb für zulässig erklärt, den Sinn, „die schon bestehende Gesetzgebung [...] nicht einzuschränken, und [...] auch für die Zukunft legislative Bestimmungen zu ermöglichen“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 312). Der Bericht der juristisch-politischen Commission des Herrenhauses erläutert sodann, die unveränderte Aufnahme einer im Grundrechtspatent 1849 enthaltenen Bestimmung in Art 15 StGG sei als bedenklich angesehen worden, weil diese Bestimmung „die Gesetzgebung [...] auch in Beziehung auf solchen Besitz und Genuß bindet, welche der Kirche [...] auch nur irgend einmal zugewiesen worden ist“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 351).

⁵⁵⁾ Art 3 lit b Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die Einsetzung eines Reichsgerichtes (StGG-RG), RGBI 1867/143.

⁵⁶⁾ Das betont bei der Beratung des StGG etwa *Brestel*, um deutlich zu machen, dass es ein Fortschritt ist, wenn man sich künftig nicht mehr an das Ministerium wenden muss, sondern das Reichsgericht anrufen kann (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 326).

⁵⁷⁾ Art 5 StGG-RG, wonach die Mitglieder und Ersatzmitglieder des Reichsgerichtes vom Kaiser ernannt werden, und zwar je zur Hälfte auf Vorschlag des Abgeordnetenhauses und des Herrenhauses.

⁵⁸⁾ Art 15 Abs 2 und 3 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die richterliche Gewalt, RGBI 1967/144; ausgeführt im Gesetz vom 22. October 1875, betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes, RGBI 1876/36.

fachen Gesetzgebers sicherte.⁵⁹⁾ Sie adressierten die Vollziehung also weiterhin direkt, führten die persönliche Freiheit und das Hausrecht nun aber im selben Rang aus wie das StGG.

Manche Freiheiten ließen sich auch im StGG selbst ausführen: Ein Beispiel ist Art 4 Abs 3, der bestimmt: „Die Freiheit der Auswanderung ist von Staatswegen nur durch die Wehrpflicht beschränkt.“ Die Vorschrift ist raffiniert formuliert, nämlich so, dass die Verwaltung sie zum einen unmittelbar anwenden kann, sodass es einer einfachgesetzlichen Regelung gar nicht mehr bedarf. Als spätere Norm kann diese Garantie zum anderen Vorrang vor Gesetzen beanspruchen, die die Auswanderung stärker beschränken. So derogiert Art 4 Abs 3 insb dem Auswanderungspatent⁶⁰⁾ zumindest teilweise, indem er abschließend anordnet, was die Verwaltung tun darf.⁶¹⁾ Wohl um diese Wirkung zum Ausdruck zu bringen, bestimmt Art 4 Abs 3, dass die Auswanderung „von Staatswegen“ nur durch die Wehrpflicht beschränkt ist, und nicht bloß, wie es im Urentwurf *Eduard Sturms* noch hieß, „von Amts wegen“⁶²⁾. Dass das StGG hier am Gesetzgeber vorbei direkt die Vollziehung adressiert, mag heute irritieren, weil die EMRK den Grundrechtsschutz meist über das einfache Gesetz vermittelt. Der Staatsgrundgesetzgeber folgte hier aber einem klugen Motto: Den Moment nützen und selbst gestalten, was möglich ist. Ähnlich verfährt das StGG beim Petitionsrecht (Art 11), bei den gesetzlich nicht anerkannten Religionsgesellschaften (Art 16), beim häuslichen Unterricht (Art 17 Abs 3), und ebenso, wenn es anordnet, dass niemand gezwungen werden darf, in der Schule eine zweite Landessprache zu lernen (Art 19 Abs 3). Diese – im sachlichen Schutzbereich durchaus eng gefassten – Rechte garantiert das StGG entweder unbedingt oder es regelt selbst, unter welchen Bedingungen sie ausgeübt werden dürfen.

⁵⁹⁾ So ausdrücklich motiviert im Ausschussbericht: Die beiden Gesetze wurden in das StGG aufgenommen, um ihnen „die Kraft von Staatsgrundgesetzen und hiedurch die [...] höhere Garantie zu verleihen.“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 312).

⁶⁰⁾ Gleichförmiges Gesetz über die Auswanderung und unbefugte Abwesenheit kaiserlich Oesterreichischer Unterthanen vom 24. März 1832, PGS 1832/34.

⁶¹⁾ So sah dies auch eine Kommission, die im Auftrag der Wiener juristischen Gesellschaft die Auswirkungen des StGG auf die Gesetzgebung prüfte: Sie war sogar mehrheitlich der Ansicht, Art 4 Abs 3 StGG habe das Auswanderungspatent vollständig aufgehoben, weil dieses jede Auswanderung an eine behördliche Genehmigung band; eine Minderheit der Kommission meinte immerhin, das Auswanderungspatent bleibe nur aufrecht, soweit es die – im StGG ja vorgesehene – Beschränkung der Auswanderungsfreiheit durch die Wehrpflicht durchführte, s *NN*, Der Einfluß der Staatsgrundgesetze vom 21. December 1867 auf die bestehende österreichische Gesetzgebung (1868) 15; *NN*, Aus dem Commissions-Berichte der juristischen Gesellschaft in Wien über die Einwirkung der Staats-Grundgesetze, ZfV 1868, 41, 45, 50 (45). Das Plenum der Wiener juristischen Gesellschaft schloss sich der Mehrheit der Kommission an: *NN*, Die Verhandlungen der juristischen Gesellschaft in Wien über die Staatsgrundgesetze, ZfV 1868, 89, 93 (94).

⁶²⁾ S *Christian Neschwara*, Materialien zur Geschichte der österreichischen Grundrechte. 150 Jahre Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (2017), der aaO 51 ff, den Urentwurf *Sturms* zugänglich gemacht hat; speziell zur Freizügigkeitsgarantie, die sich im Urentwurf *Sturms* noch in Art 5 fand, aaO 52.

Eine dritte Technik begegnet uns in Art 12: Hier garantiert das StGG die Vereins- und Versammlungsfreiheit und verweist für die Ausgestaltung dieser Rechte auf „besondere Gesetze“. Gemeint waren das Vereins- und das VersammlungsG, die kurz zuvor erlassen,⁶³⁾ inhaltlich aber noch nicht allzu freisinnig gestaltet waren.⁶⁴⁾ Wohl deshalb hebt das StGG sie – anders das Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit und das HausrechtsG – nicht in Verfassungsrang, sondern verweist nur auf sie. Es folgt damit dem Motto: Erreichte mittelmäßige Standards belässt man besser in einfachgesetzlichem Rang, um sie für den Fortschritt offen zu halten. Die Verweisteknik des Art 12 hatte aber einen zweiten, noch wichtigeren Effekt: Sie rückte eine politisch sehr sensible Verwaltungsmaterie – das Vereins- und Versammlungsrecht – in das Weichbild der Verfassung und brachte sie damit in die Zuständigkeit des Reichsgerichts.⁶⁵⁾ Das galt auch für alle anderen Rechte, die das StGG entweder unmittelbar oder durch Inkorporation ausgestaltete, sofern die Verwaltung gestützt auf diese Normen in die jeweiligen Freiheiten eingriff.

Fasst man diese drei Techniken zusammen, bestand die erste Strategie des Staatsgrundgesetzgebers darin, die Vollziehung direkt zu adressieren, durch Inkorporation (beim Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit und dem HausrechtsG), durch Verweis (beim Vereins- und VersammlungsG) oder durch Eigenausgestaltung, und im letzten Fall derogierte das StGG zusätzlich entgegenstehenden Gesetzen.

2. Strategie: Eingriffe an Gesetze binden und diese beschränken

Bei allen Freiheiten funktionierte diese Strategie freilich nicht, aus verschiedenen Gründen: Zunächst kann sich ein Grundrechtskatalog nicht zur Materiengesetz-Sammlung machen, indem er das gesamte Verwaltungshandeln regelt. Bei manch einem Recht mag eine liberalere Ausgestaltung politisch auch noch gar nicht erreichbar gewesen sein. Wieder andere Freiheiten waren politisch nicht so sensibel wie die Vereins- und Versammlungsfreiheit, etwa das Eigentum oder die Erwerbsfreiheit, die sich mit der GewO 1859⁶⁶⁾ schon gut etabliert hatte. Bei Freiheiten wie diesen setzt das StGG auf eine zweite Strategie, die uns heute sehr vertraut ist: Es gewährt eine Freiheit, bindet Eingriffe der Vollziehung an das Gesetz und erlegt dem Gesetzgeber Schranken auf, und zwar wiederum mit drei Techniken:

⁶³⁾ S oben FN 51.

⁶⁴⁾ Das klingt bei *Streeruvitz* an, wenn er fragt, ob es nicht besser gewesen wäre, 1862 „ein weniger liberal scheinendes Gesetz (gemeint: zum Schutz des Briefgeheimnisses) zu entwerfen, wie wir es heuer beim Vereinsgesetze thaten, als der Willkür der Behörden in dieser Richtung Thür und Angel offen zu lassen“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 374).

⁶⁵⁾ S dazu noch die Judikatur des Reichsgerichts, dargestellt von *Ewald Wiederin*, in diesem Band 72 f.

⁶⁶⁾ Kaiserliches Patent vom 20. December 1859, womit eine Gewerbe-Ordnung für den ganzen Umfang des Reiches, mit Ausnahme des venetianischen Verwaltungsgebietes und der Militärgränze, erlassen, und vom 1. Mai 1860 angefangen in Wirksamkeit gesetzt wird (GewO 1859), RGBI 1859/227.

Teils erlässt das StGG sehr präzise Eingriffsverbote. Ein schönes Beispiel dafür ist Art 13, der die Meinungsfreiheit zunächst in Abs 1 „in den gesetzlichen Schranken“ gewährt und dann in Abs 2 bestimmt: „Die Presse darf weder unter Censur gestellt, noch durch das Concessions-System beschränkt werden. Administrative Postverbote finden auf inländische Druckschriften keine Anwendung.“ Wieder fällt die Formulierung auf: Sie lässt keinen Raum für Deutungen oder Abwägungen, denn nur so kann sie der Presse einen unverfügbaren Frei- raum sichern und zugleich entgegenstehenden Gesetzen derogieren.

Vergleichbar geht das StGG bei der Freizügigkeit vor, die es mit dem Verbot von Abfahrtsgeldern sichert (Art 4 Abs 4); bei der Erwerbsfreiheit, die es mit der Freiheit der Berufswahl und -ausbildung (Art 18 StGG) wohl vor einem Rückfall in das Zunftsystem bewahrt; und bei der Religionsfreiheit, die von einem Verbot konfessioneller Diskriminierungen flankiert wird (Art 14 Abs 2), das eine Art Flurbereinigung quer durch die Rechtsordnung vornahm. So sah es jedenfalls die Wiener juristische Gesellschaft, die bald nach der Kundmachung der Dezemberverfassung prüfte, wie sich das StGG auf die einfache- gesetzliche Rechtslage auswirkt. Ihr Ergebnis war eine beachtliche Liste gesetzlicher Vorschriften, denen das StGG derogiert habe; bei Art 14 Abs 2 waren die Einträge besonders lang.⁶⁷⁾

Die zweite Technik neben diesen scharfen, derogationsfähigen Eingriffs- verboten waren Organisations- und Verfahrensgebote, allen voran die erwähn- ten Richter- und Regierungsvorbehalte. Hier setzte das StGG bestimmte Orga- ne als Grundrechtsgaranten ein, primär weisungsfreie Richter,⁶⁸⁾ in zweiter Linie die Regierung, die dem Reichsrat seit kurzem verantwortlich war.⁶⁹⁾ Beim Ei- gentum gibt es das StGG billiger: *Eduard Sturm* hatte in seinem Urentwurf auch hier einen Richtervorbehalt vorgeschlagen,⁷⁰⁾ setzte sich aber nicht durch. Von seinem Vorschlag blieb immerhin die Pflicht des Gesetzgebers, neben den Fällen der Enteignung auch ihre „Form“ zu regeln, das heißt wohl ein Enteignungs- verfahren zu normieren. Anders als die scharfen Eingriffsverbote lassen sich Organisations- und Verfahrensgebote nicht mit Derogation durchsetzen, weil sie – wo nicht vorhanden – erst geschaffen werden müssen; dass diese Gebote den Gesetzgeber adressieren, liegt dennoch auf der Hand, und er hat sie, soweit zu sehen, auch umgesetzt.⁷¹⁾

⁶⁷⁾ *NN*, Der Einfluß der Staatsgrundgesetze (FN 61) 19 ff; *N.*, Aus dem Commis- sions-Berichte (FN 61) 46 f. Dem stimmte auch das Plenum der Wiener juristischen Gesellschaft zu *NN*, Die Verhandlungen der juristischen Gesellschaft (FN 61) 95.

⁶⁸⁾ Art 8–10.

⁶⁹⁾ S oben bei FN 36.

⁷⁰⁾ *Sturms* Vorschlag lautete wörtlich: „Das Eigenthum steht unter dem Schutz des Staates und kann gegen den Willen des Eigenthümers nur zu Folge eines richterlichen Erkenntnisses durch Exekution, oder aus Gründen des öffentlichen Wohls durch Expropriation beschränkt oder entzogen werden. Die Expropriation darf nur nach den Bestimmungen des Gesetzes und gegen gerichtlich zu ermittelnde angenommene Schad- loshaltung vorgenommen werden“, wiedergegeben bei *Neschwara* (FN 62) 53.

⁷¹⁾ S zB das Gesetz vom 5. Mai 1869, womit auf Grund des Artikel 20 des Staats- grundgesetzes vom 21. Dezember 1867, R.G.Bl. Nr. 142, die Befugnisse der verantwortlichen Regierungsgewalt zur Verfügung zeitweiliger und örtlicher Ausnahmen von den

Ganz selten greift das StGG zu einer dritten Technik, die uns aus der EMRK am geläufigsten ist: Es ermächtigt den Gesetzgeber zu Eingriffen, bindet ihn dabei aber an bestimmte Gründe. Das geschieht sehr effektiv in Art 17 Abs 2. Danach darf jeder Mensch Erziehungs- und Unterrichtsanstalten gründen, wenn er „seine Befähigung hiezu in gesetzlicher Weise nachgewiesen hat“; andere Schranken durfte der Gesetzgeber hier also nicht ziehen. Weniger Biss hat Art 6 Abs 2, der Beschränkungen der Liegenschaftsfreiheit für die tote Hand „aus Gründen des öffentlichen Wohles“ gestattet.

Sonst gibt das StGG dem Gesetzgeber nirgendwo Eingriffsgründe mit auf den Weg, schon gar nicht derart weitläufige. Das verwundert auch nicht, wenn man die Beratungsprotokolle zum StGG und zu Gesetzen liest, die bald danach zur Umsetzung des StGG erlassen wurden: Immer wieder klingt dort an, dass der Gesetzgeber Freiheiten nicht grundlos und unnötig beschränken darf,⁷²⁾ was ja auch auf der Hand liegt. Offenbar hielt man das bereits 1867 für selbstverständlich.⁷³⁾ Sollte der Gesetzgeber darüber hinaus gebunden werden, griff das StGG entweder zum messerscharfen Eingriffsverbot, zum Organisations- und Verfahrensgebot, und nur ausnahmsweise verengte es die Eingriffsgründe.

B. Schutz vor privater Macht

1. Strategie: Private Gefährder direkt adressieren

Die Techniken, mit denen das StGG staatliche Macht zähmt, setzt es in Variationen auch ein, um Menschen vor privater Macht zu schützen. So wie das StGG einfachgesetzliche Errungenschaften in Art 8 und 9 konstitutionalisiert, tut es das auch in Art 7: Die dort verpönten Untertänigkeits- und Hörig-

bestehenden Gesetzen bestimmt werden, RGeBl 1869/66: § 1 ließ Ausnahmsverfügungen nur aufgrund eines Beschlusses des Gesamt-Ministeriums nach Genehmigung des Kaisers zu; nach § 11 hatte das Ministerium dem Reichsrat sofort über die Ausnahmsverfügung Rechenschaft zu geben und die Beschlussfassung des Reichsrates einzuholen. S ferner das Gesetz vom 18. Februar 1878, betreffend die Enteignung zum Zwecke der Herstellung und des Betriebes von Eisenbahnen, RGeBl 1878/30, das Enteignungen an ein eingehend geregeltes Verfahren bindet.

⁷²⁾ So meint zB der Abgeordnete *Andriewicz* zu Art 15, nach dem jede gesetzlich anerkannte Kirche und Religionsgesellschaft den allgemeinen Gesetzen unterworfen ist, Kirchen und Religionsgesellschaften müssten sich eine Einschränkung ihrer Rechte „nur darin und in soferne gefallen lassen, als es dem Staatswohle abträglich oder mit den Interessen der anderen staatsrechtlich bestehenden Factoren unvereinbar ist.“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 341). Ähnlich verstand der Berichterstatter *Hafner* im Herrenhaus Art 16, der Anhängern nicht anerkannter Religionsbekenntnisse die häusliche Religionsausübung gestattete, sofern diese weder rechtswidrig noch sittenverletzend ist: *Hafner* nahm an, das Abgeordnetenhaus gehe von der Anschauung aus, dass „dieses Grundrecht allerdings einer Einschränkung fähig ist, allein eine solche Einschränkung nicht weiter erfahren soll, als in soweit dieselbe durch die Interessen des Staates streng geboten ist. Die Frage stellt sich daher so: Ist die Einschränkung vom Interesse des Staates aus in dem Maße nothwendig, daß man gegen eine Vereinigung Mehrerer in einem Hause eine Anwendung zu erheben hätte?“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 341).

⁷³⁾ So wohl auch *Michael Potacs*, in diesem Band 65 ff.

keitsverbände waren schon mit der Bauernbefreiung 1848 beseitigt worden.⁷⁴⁾ Art 7 sichert diesen Status nun in Verfassungsrang und adressiert damit direkt den – nun eben privaten – Grundrechtsstörer.

2. Strategie: Private Gefährder dem Gesetz unterwerfen

Ähnlich wie das StGG die eingreifende Verwaltung an das Gesetz bindet, stellt es auch für die Kirche klar, dass sie dem Gesetz unterworfen ist. Niemand kann sich daher unter Berufung auf religiöse Normen seinen staatsbürgerlichen Pflichten entziehen, wie Art 14 Abs 2 StGG bestimmt. Art 15 fügt hinzu, dass die Kirche „wie jede Gesellschaft, den allgemeinen Staatsgesetzen unterworfen“ ist.

Folgerichtig bestimmt Art 14 Abs 3 StGG, dass es keinen Zwang zu kirchlichen Handlungen oder zur Teilnahme an religiösen Feierlichkeiten mehr geben soll; es sei denn, dass jemand „der nach dem Gesetze hiezu berechtigten Gewalt eines Anderen untersteht“. Man dachte hier nicht nur an Strafgefangene, sondern ebenso an Kinder, die der Gewalt des Vaters unterstanden.⁷⁵⁾ Ihnen durften zwar kirchliche Handlungen und die Teilnahme an kirchlichen Feierlichkeiten angeordnet werden, dies aber nur, wenn und solange das gesetzlich begründet war – in den Worten des Berichterstatters *Sturm*: „Eine solche Gewalt kann daher nicht willkürlich ausgedehnt werden, sondern es kann eben nur eine durch die Staatsgesetze anerkannte Gewalt sein, wie [...] die väterliche Gewalt oder die Disciplinargewalt bei Militärs und Geistlichen“.⁷⁶⁾ Das StGG bindet hier also den privaten Befehl – nicht anders als den staatlichen – an eine gesetzliche Grundlage.

3. Strategie: Schutzgesetze gegen private Gefährder fordern

Darüber hinaus schützt das StGG zwar nicht explizit vor Grundrechtsstörungen durch Private; einige Formulierungen in den Materialien legen aber nahe, dass ein solcher Schutz durchaus mitgedacht war: Nach dem Bericht des Verfassungsausschusses muss „den Staatsbürgern und Volksstämmen die selbständige Bewegung und freie Entwicklung auf den Gebieten der materiellen Interessen, der politischen und religiösen Ueberzeugung, des wissenschaftlichen und sittlichen Culturfortschrittes vom Staate *gewährt und für den staatlichen Schutz* dieser Entwicklung und die persönliche und sachliche Rechtssicherheit des Ein-

⁷⁴⁾ MwN *Ulrich Zellenberg*, Art 7 StGG, in Karl Korinek/Michael Holoubek et al (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (3. Lfg 2000) Rz 2 f.

⁷⁵⁾ Dieser Halbsatz war in Art 14 Abs 3 zunächst noch nicht enthalten, doch setzte *Sturm* als selbstverständlich voraus, dass man „nicht so weit gehen kann, zu behaupten, daß Staatsbürger, welche sich unter besonderen Vorschriften oder in außerordentlicher Zwangslage, wie z.B. Sträflinge, befinden, durch diese Grundrechte berechtigt wären, die Theilnahme an kirchlichen Feierlichkeiten zu verweigern“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 339). Um dies klarzustellen, schlug das Herrenhaus sodann vor, den zitierten Halbsatz in Art 14 Abs 3 aufzunehmen (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 351), womit sich das Abgeordnetenhaus schließlich einverstanden erklärte (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 386 f).

⁷⁶⁾ Die neue Gesetzgebung (FN 29) 386.

zelen gesorgt werden.“⁷⁷⁾ Auch die juridisch-politische Commission des Herrenhauses hielt fest, man könne zwar geteilter Meinung sein über der Maß der „Rechte, welche dem Individuum gestatten, der Omnipotenz des Staates und der von ihr ausgehenden *oder anerkannten* Gewalten, eine unüberschreitbare Schranke zu ziehen [...]. Daß es aber solche Rechte gebe, und daß sie einer grundgesetzlichen Garantie bedürfen, wird kaum bestritten werden können.“⁷⁸⁾ In dieselbe Richtung weist das StGG selbst, wenn es die persönliche Freiheit „gewährleistet“ oder das Eigentum und das Hausrecht schlechthin für „unverletzlich“ erklärt, ohne den Kreis der möglichen Verletzer einzuschränken.⁷⁹⁾ Freilich gab es 1867 längst Straf- und Zivilgesetze, die vor der Beeinträchtigung dieser Rechtsgüter durch Private schützten; deshalb war hier nach dem Inkrafttreten des StGG nichts weiter zu tun. Anders lagen die Dinge allerdings beim Briefgeheimnis. Es darf nach Art 10 „nicht verletzt werden“, war aber 1867 vor privaten Übergriffen noch nicht ausreichend geschützt. Der Reichsgesetzgeber lieferte diesen fehlenden Schutz wenig später einfachgesetzlich nach,⁸⁰⁾ damit, wie der Ausschuss erläuterte, das Briefgeheimnis „nicht ein theoretischer Satz [bleibt], sondern praktische Bedeutung [erlangt]“.⁸¹⁾ Offenbar ging die Praxis also davon aus, dass das StGG dem Staat auch Schutzpflichten auferlegt. Wie die Organisations- und Verfahrensgebote in der Abwehrdimension waren freilich auch die Schutzgebote nicht mit Derogation durchsetzbar, weil hier gesetzliche Vorschriften nicht zu beseitigen, sondern erst zu schaffen waren.

C. Teilhabe am Staat und staatliche Leistung

Grundrechte, die den Staat verpflichten, politische Teilhabe zu gewähren oder Leistungen zu erbringen, bedürfen ebenso der Umsetzung durch einfache Gesetze, die man nicht erzwingen kann. Um dieses Problem zu lösen oder doch zu lindern, experimentiert das StGG abermals mit verschiedenen Techniken.

1. Strategie: Vorhandene Rechte ausdehnen

Ein anschauliches Beispiel ist der erwähnte Art 4 Abs 2, der steuerzahlenden Binnenmigranten ein Wahlrecht zur Gemeindevertretung verschaffen sollte. Die nähere Ausgestaltung dieses Wahlrechts lag kompetenzrechtlich bei den – besonders widerspenstigen⁸²⁾ – Königreichen und Ländern, doch der Staats-

⁷⁷⁾ Die neue Gesetzgebung (FN 29) 310 (Hervorhebungen nicht im Original).

⁷⁸⁾ Die neue Gesetzgebung (FN 29) 349 (Hervorhebungen nicht im Original).

⁷⁹⁾ Auf dieselben Formulierungen im Kremsierer Grundrechtsentwurf verweist bereits *Friedrich Lehne*, Grundrechte achten und schützen? JBl 1985, 129 (136), 216 (220 f).

⁸⁰⁾ Gesetz vom 6. April 1870, zum Schutze des Brief- und Schriftengeheimnisses, RGBl 1870/42.

⁸¹⁾ So der Bericht des Ausschusses für Berathung des Strafgesetzes des Abgeordnetenhauses, 50 Blg StenProtAH 5. Session, 616.

⁸²⁾ Diese Widerständigkeit wird in der Beratung des StGG an vielen Stellen deutlich, etwa wenn der Abgeordnete *Giovanelli* (Tirol) gleich eingangs erklärt, das Landes-

grundgesetzgeber wusste sich zu helfen: Er bestimmte raffiniert in Art 4 Abs 2, dass den genannten Migranten das aktive und passive Wahlrecht zur Gemeindevertretung „unter denselben Bedingungen, wie den Gemeindeangehörigen“ gebührt. War damit nicht alles Erforderliche gesagt, eine landesgesetzliche Umsetzung also gar nicht mehr nötig? Abermals setzt das StGG seine vertraute Direkt-Technik ein: So wie es die eingreifende Verwaltung und den privaten Grundrechtsstörer manchmal unmittelbar adressierte, versucht es hier, den Bürgerinnen am einfachen Gesetz vorbei ein Teilhaberecht zu gewähren. Bei der Beratung des StGG war freilich lebhaft umstritten, ob Art 4 Abs 2 derogatorische Kraft bekam;⁸³⁾ auch die Wiener juristische Gesellschaft beurteilte dies kontrovers.⁸⁴⁾ Wohl deshalb begnügte sich die Regierung damit, die Länder mit Regierungsvorlagen zu ersuchen, ihre Wahlgesetze an das StGG anzupassen,⁸⁵⁾

recht erfordere es jedenfalls, „daß weitere, abändernde Entwicklungen in den (gemeint: Reichs-)Gesetzen von der Einwilligung der Landtage abhängen müssen“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 317); oder wenn *Zyblikiwicz* (Galizien) in seiner ersten Wortmeldung betont, dass „Galizien nur mit großem Widerwillen den Reichsrath beschickt hat“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 321).

⁸³⁾ Der Verfassungsausschuss hatte ursprünglich sogar vorgeschlagen, zugewanderten und steuerzahlenden Staatsbürgern das Wahlrecht zur Gemeinde- und zur Landesvertretung unter denselben Bedingungen wie den Gemeindeangehörigen zu garantieren. Kompetenzrechtlich war das Wahlrecht zu den Landesvertretungen zu diesem Zeitpunkt bereits Landessache; jenes zu den Gemeindevertretungen war noch reichsgesetzlich geregelt, sollte aber noch in die Autonomie der Länder übertragen werden. Die beschriebene Vorgabe des Art 4 Abs 2 hielt zB *Giovanelli* (Tirol) für einen Eingriff in die Länderrechte (FN 82), was *Herbst* (Böhmen) unter Hinweis aus den Ausschussbericht verneinte, nach dem Art 4 Abs 2 nur eine Leitlinie für die Landesgesetzgeber wäre, sodass diese die bisherigen Wahlvorschriften erst zu ändern hätten (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 329). Den Antrag, im StGG ausdrücklich zu normieren, dass „die bestehenden Landesgesetze nur im Wege der Landesgesetzgebung geändert werden können“ hielt *Sturm* wiederum für verfehlt, weil es „einerseits selbstverständlich und andererseits in den speziellen Inhalt der Grundrechte nicht gehörig ist.“ (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 338). Während das Abgeordnetenhaus also nicht von einer Derogation auszugehen schien, war die juristisch-politische Commission des Herrenhauses wohl anderer Auffassung: Sie sprach sich mehrheitlich gegen Art 4 Abs 2 aus, weil das dort normierte Wahlrecht nicht zum Kreis der Reichsgesetzgebung gehöre, und zwar auch nicht hinsichtlich des Wahlrechts zur Gemeindevertretung, von dem das Wahlrecht zur Landesvertretung abhing (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 338). Im Herrenhaus selbst entschied man sich hingegen dafür, nur – aber immerhin – das Wahlrecht zur Gemeindevertretung zu gewähren (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 354, 357), ein Vorschlag, den schließlich auch das Abgeordnetenhaus akzeptierte (Die neue Gesetzgebung [FN 29] 372).

⁸⁴⁾ Die von der Wiener juristischen Gesellschaft eingesetzte Kommission war mehrheitlich der Meinung, dass Art 4 Abs 2 „sofort und ohne daß es der Durchführung mittelst eines Landesgesetzes bedürfte, unter Abänderung der eine entgegengesetzte Bestimmung enthaltenden Gemeindeordnungen und Statuten in Wirksamkeit zu treten habe“. Nur eine Minderheit sprach sich gegen die Derogation aus (*NN*, Der Einfluß der Staatsgrundgesetze [FN 61] 15; *NN*, Aus dem Commissions-Berichte [FN 61] 45); sie wurde im Plenum der Wiener juristischen Gesellschaft aber zur Mehrheit (*NN*, Die Verhandlungen der juristischen Gesellschaft [FN 61] 94).

⁸⁵⁾ Näher *Carl Jaeger*, Über die Erweiterung des Gemeindewahlrechtes durch das Staatsgrundgesetz, *ZfV* 1868, 137 f.

was dann auch vielfach geschah⁸⁶⁾ – und wo es nicht geschah, zückte das Reichsgericht tatsächlich die Derogations-Karte.⁸⁷⁾

2. Strategie: Neues schaffen, auf Gesetz und Reichsgericht setzen

Mit einer zweiten Technik arbeitet das StGG in Art 8 Abs 3: Danach verpflichtet eine gesetzwidrig verhängte oder verlängerte Verhaftung den Staat, dem Verletzten Schadenersatz zu leisten. Eine Amtshaftung für rechtswidrige Handlungen war an sich schon im Gesetz über die richterliche Gewalt vorgesehen; dort allerdings mit dem Zusatz, dass diese Haftung noch durch ein Spezialgesetz ausgeführt werde.⁸⁸⁾ Aus dieser – erst zu kreierenden – Amtshaftung nimmt das StGG nun in Art 8 Abs 3 ein Stück vorweg, um einen Schadenersatz „für die schwerste und schreiendste ämtliche Verletzung der persönlichen Freiheit [...] schon im Vorhinein“ sicherzustellen.⁸⁹⁾ Zugleich wollte der Staatsgrundgesetzgeber damit das Recht „auf Ersatz für die schuldlos verlorene Freiheit“ schützen, bei dem „insbesondere jene Classe der Bevölkerung, welche

⁸⁶⁾ S exemplarisch: Landesgesetz, wodurch der § 7 der Gemeindeordnung für das Erzherzogthum Oesterreich ob der Enns abgeändert wird, LGBI 1868/16; Landesgesetz vom 5. October 1868, wodurch der § 6 der Gemeindeordnung für das Erzherzogthum Oesterreich unter der Enns abgeändert wird, LGBI 1868/11; Gesetz, wodurch der § 6 der Gemeinde-Ordnung für Kärnten abgeändert wird, LGBI 1868/26; Gesetz, wodurch der § 6 der Gemeindeordnung für das Herzogthum Salzburg abgeändert wird, LGBI 1868/26; Gesetz vom 24. September 1868, womit der § 6 der steierm. Gemeinde-Ordnung vom 2. Mai 1864 abgeändert wird, LGBI 1868/19; Gesetz (wirksam für das Land Vorarlberg,) wodurch die Gemeindeordnung und die Gemeindewahlordnung für das Land Vorarlberg abgeändert wird, LGBI 1868/44; Gesetz wodurch die Gemeinde-Ordnung für die Stadt Bozen vom 2. September 1850 abgeändert wird, LGBI 1868/50; Gesetz wodurch die Gemeinde-Ordnung für die Stadt Innsbruck vom 11. Juni 1850 abgeändert wird, LGBI 1868/49; Gesetz, wodurch die Gemeindeordnung für die Stadt Klagenfurt vom 9. Juni 1850 abgeändert wird, LGBI 1868/27; Landesgesetz, wodurch der § 2 des Gemeindestatutes für die Landeshauptstadt Linz abgeändert wird, LGBI 1868/17; Gesetz vom 24. September 1868, wodurch der § 4 des Gemeinde-Statutes für die Stadt Marburg vom 13. März 1866, L.GBl. Nr. 8, abgeändert wird, LGBI 1868/20; Gesetz, wodurch die Gemeindeordnung für die Stadt Salzburg vom 9. Juni 1850 abgeändert wird, LGBI 1868/26; Landesgesetz, wodurch der § 2 des Gemeindestatutes für die Stadt Steyr abgeändert wird, LGBI 1868/18; Gesetz wodurch die Gemeindeordnung der Stadt Trient vom 29. März 1851 abgeändert wird, LGBI 1868/53; Landesgesetz vom 5. October 1868, wodurch die Gemeindeordnung für die Stadt Wien vom 9. März 1850 abgeändert wird, LGBI 1868/12; Landesgesetz vom 5. October 1868, wodurch der § 3 des Gemeinde-Statuts für die Stadt Wiener Neustadt abgeändert wird, LGBI 1868/13; Gesetz vom 24. September 1868, wodurch der § 4 des Gemeinde-Statutes für die Stadt Cilli vom 21. Jänner 1867, L.GBl. Nr. 7, abgeändert wird, LGBI 1868/21.

⁸⁷⁾ S Hye 42/1873 und dazu *Wiederin*, in diesem Band 73 f.

⁸⁸⁾ Art 9 Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, über die richterliche Gewalt, RGBI 1867/144: „Der Staat oder dessen richterliche Beamten können wegen der von den letzteren in Ausübung ihrer amtlichen Wirksamkeit verursachten Rechtsverletzungen außer den im gerichtlichen Verfahren vorgezeichneten Rechtsmitteln mittelst Klage belangt werden. Dieses Klagerecht wird durch ein besonderes Gesetz geregelt.“

⁸⁹⁾ So der Bericht des Verfassungsausschusses, Die neue Gesetzgebung (FN 29) 312.

außerdem nichts besitzt, am meisten beteiligt ist“.⁹⁰⁾ Die Aufnahme dieses Schadenersatzanspruches in das StGG sollte zugleich die Zuständigkeit des Reichsgerichtes begründen, die der Verfassungsausschuss gerade wegen der „Unzulänglichkeit der Gesetze“ für besonders wichtig hielt.⁹¹⁾ Wie in Art 12, setzt das StGG also auch hier auf das Reichsgericht; anders als bei Art 12 soll dieses nun aber sogar gesetzliche Lücken schließen, also in die Bresche springen, wenn der Gesetzgeber seine Umsetzungspflicht nicht erfüllt. Der kühne Versuch, das Reichsgericht zu einem Ersatzgesetzgeber zu machen, blieb im StGG freilich punktuell; er war letztlich auch nicht erfolgreich, weil der einfache Gesetzgeber die Schadenersatzansprüche später auf die Justiz umleitete.⁹²⁾ Als Rechtstechnik ist Art 8 Abs 3 aber doch bemerkenswert.

3. Strategie: Neues verheißen, auf Gesetz und Verwaltung setzen

Jenseits des Art 8 Abs 3 blieb das StGG bei Leistungsrechten bescheiden. Es beschränkte sich darauf, neue Ansprüche zu verheißen und darauf zu bauen, dass der Gesetzgeber diese Versprechen einlösen wird. Im politisch sensiblen und auch kostenintensiven Segment der Sprachförderung bemühte sich der Staatsgrundgesetzgeber dabei besonders, das richtige Maß zu halten. Deshalb garantiert Art 19 Abs 2 nicht, wie ursprünglich konzipiert, dass die Gleichberechtigung landesüblicher Sprachen in Schule, Amt und öffentlichem Leben „gewährleistet“, sondern nur, dass sie „anerkannt“ wird, weil man wusste, dass eine Gewährleistung hier nicht überall und sofort einlösbar sein wird.⁹³⁾

Forciert war hingegen Art 19 Abs 3: Nach ihm sollten Unterrichtsanstalten so eingerichtet sein, dass jeder Volksstamm die „erforderlichen Mittel zur Ausbildung seiner Sprache erhält“. Dies sollte, wie Art 19 Abs 3 zudem anordnete, „ohne Anwendung eines Zwanges zur Erlernung einer zweiten Landessprache“ geschehen – ein Versprechen, das in Böhmen noch nicht umgesetzt war. Dort existierte ein Gesetz, nach dem an Mittelschulen mit böhmischer Unterrichtssprache die deutsche Sprache und an Mittelschulen mit deutscher Unterrichtssprache die böhmische Sprache unterrichtet werden musste.⁹⁴⁾ Aus dem Ausschussbericht zum StGG wird allerdings nicht deutlich, dass Art 19 derartigen Vorschriften derogieren sollte; eher schien es, als sollte Art 19 nur Grundsätze aufstellen, die die Reichsvertretung, die Landtage und die Regierung aus-

⁹⁰⁾ So der Abgeordnete *Lichtenfels*, Die neue Gesetzgebung (FN 29) 365.

⁹¹⁾ So der Bericht des Verfassungsausschusses, Die neue Gesetzgebung (FN 29) 312.

⁹²⁾ S dazu genauer *Gernot Schantl*, Das Grundrecht auf Haftentschädigung in Österreich (1986) 10 ff, insb 11 f.

⁹³⁾ S den Bericht der juristisch-politischen Commission des Herrenhauses, Die neue Gesetzgebung (FN 29) 352: „Es schien nicht angemessen, ein Versprechen zu leisten, dessen Erfüllung nach Thunlichkeit zu fordern man wohl als ein Recht anerkennen, von dem man sich aber im Vorhinein sagen muß, daß man seine Erfüllung nicht unbedingt verbürgen könne“.

⁹⁴⁾ Gesetz vom 18. Jänner 1866, wirksam für das Königreich Böhmen, betreffend die Durchführung der Gleichberechtigung der beiden Landessprachen in Volks- und Mittelschulen, Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Böhmen 1866/1.

zuföhren hatten.⁹⁵⁾ Bis das geschehen war, wusste die Wiener juristische Gesellschaft indes Rat: Das böhmische Gesetz ermächtigte die Landesbehörden, „aus besonders erheblichen Ursachen“ von dem Spracherwerbszwang zu dispensieren (§ 4 Abs 2); dies sollte die Verwaltung, so empfahl die Wiener juristische Gesellschaft, liberal handhaben und damit „im Geiste des Grundgesetzes handeln“.⁹⁶⁾

VI. Worauf baut das StGG?

Aus der Fülle dieser Techniken lässt sich nun recht klar sagen, worauf das StGG beim Grundrechtsschutz baut: Zunächst auf die Errungenschaften der Vergangenheit, sodann auf den gegenwärtig liberalen Moment und schließlich auf künftige Verbündete.

Errungenschaften der Vergangenheit verstetigt das StGG, indem es sie in Verfassungsrang erhebt. Das geschieht in Art 7, der die einfachgesetzlich bereits beseitigten Untertänigkeits- und Hörigkeitsverbände „für immer“ aufhebt, und in Art 8 und 9, die das Gesetz zum Schutze der persönlichen Freiheit und das HausrechtsG in das StGG inkorporieren.

Den gegenwärtig liberalen Moment nützt das StGG, wenn es die eingreifende Vollziehung und private Grundrechtsstörer dem Gesetz unterstellt oder sie sogar direkt adressiert, wenn es bestehende Eingriffsgesetze durch derogationsfähige Verbote korrigiert, und schließlich, wenn es einfachgesetzlich bereits bestehende Teilhaberechte mit dem Hebel der Gleichbehandlung auszuweiten versucht.

Für die Zukunft setzt das StGG schließlich zuerst auf das Reichsgericht: Art 12 spielt ihm die politisch sensiblen Verwaltungsmaterien des Vereins- und Versammlungsrechts in toto zu, und Art 8 Abs 3 unternimmt den kühnen Versuch, an das Reichsgericht sogar Rechtsetzungskompetenzen devolvieren zu lassen, die der Gesetzgeber nicht wahrnimmt.

Ein wichtiger Verbündeter im Grundrechtsschutz ist weiters die Justiz, auf die das StGG setzt, wenn es besonders massive Eingriffe – Verhaftungen, Hausdurchsuchungen und Durchbrechungen des Briefgeheimnisses – Richtern vorbehält, die die Grundrechte gleichsam ex ante schützen: Ihre Unabhängigkeit und Unparteilichkeit soll verhindern, dass eine Verletzung der Grundrechte überhaupt geschieht.

Ein Partner im Grundrechtsschutz ist ferner der Gesetzgeber, dem das StGG jedoch nicht vorbehaltlos vertraut und den es daher gelegentlich auch inhaltlich bindet, durch Eingriffsverbote und durch Schutz- und Leistungsgebote. Bis der Gesetzgeber dies umsetzt, bleibt dem StGG nur, darauf zu bauen, dass

⁹⁵⁾ Die neue Gesetzgebung (FN 29) 312.

⁹⁶⁾ So die von der Wiener juristischen Gesellschaft eingesetzte Kommission (NN, Der Einfluß der Staatsgrundgesetze [FN 61] 26; NN, Aus dem Commissions-Berichte [FN 61] 51), der auch das Plenum der Wiener juristischen Gesellschaft folgte (NN, Die Verhandlungen der juristischen Gesellschaft [FN 61] 95).

die Verwaltung grundrechtswidrig gewordene Gesetze entweder als derogiert betrachtet oder sie staatsgrundgesetzkonform interpretiert.

Zumindest ebenso wichtig wie alle genannten Staatsorgane waren als Verbündete des Staatsgrundgesetzes jedoch die Bürgerinnen und Bürger selbst – sie spricht das StGG ja zuallererst an. Indem es sie befreit und ihnen Freiräume zusichert, sie gleichstellt, politisch teilhaben lässt und sie durch Leistungen unterstützt, ermächtigt das StGG die Menschen, diese Spielräume zu nutzen und die neu gewonnene Liberalität mit Leben zu erfüllen. Als Juristen und Juristinnen sind wir es zwar gewöhnt, aus dem Negativen zu denken und vordringlich zu fragen, wie Rechte, wenn sie verletzt werden, durchgesetzt werden können. Das ist zweifellos wichtig, doch sollten wir darüber nicht vergessen, dass das Recht in zahllosen Fällen auch klaglos funktioniert,⁹⁷⁾ und das heißt beim StGG: dass die Menschen die ihnen gewährten Handlungsspielräume nützen und gestalten.

⁹⁷⁾ Zu den vielfältigen Faktoren, die für die Effektivität des Rechts bei Ver- und Geboten eine Rolle spielen, *Robert Rebhahn*, Effektivität des Rechts, ÖJZ 2018, 54.