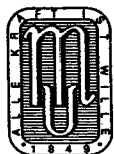


90 Jahre Österreichische Bundesverfassung

7. September 2010



Wien 2010

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Fachvorträge

Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin, Universität Wien, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht

Ihr Recht geht vom Volk aus: Rechtsstaatliche Demokratie nach 90 Jahren Bundesverfassung*

Dieser Tage wird das Bundes-Verfassungsgesetz neunzig Jahre alt. Das ist ein hohes Alter, auch für eine Verfassung. In der Stunde der Geburt, damals am 1. Oktober 1920 in diesem Haus, hätte das niemand erwartet, am wenigsten die Väter und Mütter der Verfassung selbst. Sie waren erleichtert über das noch halbwegs glückliche Ende, aber alles andere als stolz auf ihr Kind. Exakt in der 100. Sitzung der Konstituierenden Nationalversammlung begann die Debatte: Der Berichterstatter erläuterte die Mängel der Vorlage und deren Gründe, der Vertreter der Regierung bat für sie um Verständnis, und die Hauptredner aller Parteien gingen zur Verfassung auf Distanz. Ein Satz charakterisiert am Besten die allgemeine Stimmung, der als Ersatz für die fallen gelassene Präambel vorgeschlagen wurde: Um Nachsicht wird gebeten!¹⁾

Die folgenden Jahre brachten nichts, was diese Grundstimmung erschüttert hätte. Die Bundesverfassung war von Anfang an wenig geliebt, ständig umkämpft; sie wurde bald einschneidend geändert, dann systematisch gebrochen, schließlich, noch keine vierzehn Jahre alt, förmlich außer Kraft gesetzt. Alles sah danach aus, als bilde das B-VG nur ein Intermezzo der österreichischen Verfassungsgeschichte, eine Episode wie andere auch.

Aber Verfassungen ist mitunter ein zweites Leben vergönnt, und in ihm schlug das, was in der Zwischenkriegszeit erst Skepsis, dann Ablehnung war, in Zustimmung um. Schon die Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945 deklarierte, dass die wiedererstandene Republik „im Geiste der Verfassung von 1920 einzurichten“ sei, und ihr allererstes Gesetz, erlassen und kundgemacht am 1. Mai 1945, ordnete das Wiederinkrafttreten des B-VG nach dem Stande vom 5. März 1933 an.²⁾ Der Zweite Weltkrieg war noch nicht zu Ende, da war das B-VG schon restauriert. Neue Wertschätzung war aber nicht der entscheidende Grund. Dieser Schritt ersparte eine Verfassungsdiskussion, die schwierig geworden wäre; er ersparte eine Bewertung und Bewältigung von Nationalsozialismus und Ständestaat; er unterstrich die Kontinuität der österreichischen Existenz, und er stütze die These von der Okkupation durch das Deutsche Reich.

* Die Vortragsform wurde beibehalten, die Anmerkungen sind auf einige wenige Belege und Hinweise beschränkt.

¹⁾ So der Vorschlag des Abgeordneten Clessin, StProtKNV, 100. Sitzung vom 29. September 1920, 3404.

²⁾ Artikel 1 Verfassungs-Überleitungsgesetz – V-ÜG, StGBI 1945/4.

Das ändert nichts daran, dass sich die Bundesverfassung in der Folge bewährt hat. Wie sehr sie mit ihren Stärken und Schwächen ein Spiegel unserer politische Kultur ist, haben wir unlängst im Österreich-Konvent bemerkt beim Versuch, über das B-VG hinweg zu einer neuen Verfassung zu kommen.

Dass die alten Kleider plötzlich passen, liegt im Kern an der Art, wie Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in ihnen zugeschnitten sind. Schon im ersten Artikel begegnen sie uns in einer Formulierung, die sie zusammenspannt. Sie waren aber, und das ist wichtiger als Worte, auch der Sache nach das Fundament, auf dem erst die Republik und dann der Bundesstaat errichtet wurden. Denn ganz am Anfang, im Herbst 1918, war man sich weder über die Staatsform noch über die Organisationsform des jungen Gebildes einig. Die Frage Monarchie oder Republik war in zwei Wochen entschieden: Ab dem Moment, in dem aus der Wiener Zeitung die Verlautbarungen des Monarchen und seiner Ministerien verschwinden,³⁾ firmiert Deutschösterreich in seinen Kundmachungen als Republik.⁴⁾ Die Wahl zwischen Einheitsstaat und Bundesstaat fiel deutlich schwerer. Bis zur juristischen Umsetzung dauerte es zwei Jahre, und die politischen Wunden, die damals geschlagen wurden, sind bis heute nicht ganz verheilt. Nur Demokratie und Rechtsstaatlichkeit standen außer Streit, sie bildeten die Basis, ohne die sich die politischen Lager nicht hätten verständigen können. Als diese Basis 1933/34 wegbrach, war es auch mit dem B-VG vorbei.

Diesen Eindruck sieht bestätigt, wer die Verfassungsentwicklung Revue passieren lässt. Von den großen Umbauten war in erster Linie die Kompetenzverteilung betroffen, erst in zweiter Linie die Rechtsstaatlichkeit und die Demokratie. Nur zwei Novellen fallen aus der Reihe. Die B-VG-Novelle 1929 brachte einen präsidentiellen Zug in das Regierungssystem. Im Zentrum stand aber neben dem Bundesstaat das Staatsoberhaupt, für das die Volkswahl eingeführt und das in seinen Befugnissen wieder dem Monarchen angenähert wurde. Betroffen war also, wenn man so will, primär das republikanische Grundprinzip. Weitere massive Veränderungen, diesmal für die Demokratie und den Rechtsstaat, brachte 1994 der Beitritt zur Europäischen Union. Im Text der Verfassung aber ist davon nur die Spitze eines Eisberges sichtbar.

I.

Zurück zum Verfassungstext und zu seinem Anfang, dem Artikel 1. Österreich, so ist dort im ersten Satz zu lesen, ist eine demokratische Republik. Der Akzent liegt klar auf dem Hauptwort, der Republik. Die Demokratie ist ein Adjektiv, eine Beifügung, und sie kommt in den folgenden Artikeln als Begriff kein einziges Mal mehr vor. Der zweite Satz bringt eine Erläuterung und Ergänzung des ersten: Ihr Recht geht vom Volk aus. Diesmal steht das Volk im

³⁾ Ungefähr eine Woche lang, vom 7. bis zum 13. November 1918, macht die Wiener Zeitung im amtlichen Teil Akte sowohl der untergehenden Monarchie als auch des mit Beschluss vom 30. Oktober 1918, StGBI 1, konstituierten Staates Deutschösterreich kund.

⁴⁾ Die Entscheidung für die Republik fiel mit dem Gesetz vom 12. November 1918 über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich, StGBI 1918/5.

Zentrum und das Recht auf der Seite: Die Rechtsstaatlichkeit wird genauso wenig feierlich proklamiert wie zuvor die Demokratie. Die inhaltliche Pointe liegt aber in dem, was im Satz fehlt, was in anderen Verfassungen üblicherweise steht und wogegen der Satz sich wendet. Nicht alle Gewalt geht vom Volk aus, das Recht geht vom Volk aus. Der Demos herrscht zwar, aber durch das Recht und nicht mit Gewalt. Die Formulierung ist gleichzeitig Betonung von Volksherrschaft und Referenz an die „rule of law“, an die Herrschaft des Rechts. Sie bringt zum Ausdruck, dass es keine Herrschaft von Menschen über Menschen geben darf, die nicht im Wege Rechtens erfolgt und die nicht vom Volke eingesetzt ist. Demokratie und Recht sind also miteinander verbunden: Herrschaft ist legitim nur durch Recht, Recht ist legitim nur als Produkt demokratischer Verfahren. Aber die Demokratie muss sich ihrerseits an das Recht halten, ja mehr noch, sie ist ein Prozess, der durch Regeln erst hervorgebracht wird, der ohne Recht gar nicht denkbar wäre.

Es blieb nicht bei der überraschenden, vielleicht auch ein wenig provozierenden integrierten Proklamation. Die Umsetzung war ebenfalls innovativ. Wie keine andere Verfassung zuvor verwirklichte das B-VG 1920 eine konsequent parlamentarische Demokratie. Deren Rückgrat bestand aus Vertretungskörpern im Bund, im Land und in der Gemeinde, die nach dem Prinzip der Verhältniswahl gewählt werden. Diese allgemeinen Vertretungskörper bestellten die leitenden Organe der Vollziehung. Nach dem Urteil der Zeitgenossen, und es war damals nicht immer positiv gemeint, war das Demokratie in ihrer reinsten Form.

Aber auch die Rechtsschutzeinrichtungen brauchten sich nicht zu verstecken. Die Bundesverfassung beließ den Richtern ihre ausnehmend starke Unabhängigkeit, sie übernahm die Verwaltungsgerichtsbarkeit und baute sie weiter aus, und vor allem: Sie stattete den Verfassungsgerichtshof mit einer Fülle von Kompetenzen aus, die weiter gingen als alles Bekannte und die zum Teil noch immer nicht aktualisiert sind.⁵⁾ Das damalige Sechste Hauptstück, das der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts gewidmet ist, gilt deshalb als ihr Renommierstück. Vor allem die Konzeption der Gesetzesprüfung hat sich als österreichisches Modell der Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa weitgehend durchgesetzt, und seit dem Fall des Eisernen Vorhanges ist sie auch international wieder auf dem Vormarsch.

Nicht nur die Demokratiekonzeption und das Rechtsschutzsystem, auch die Verbindung zwischen ihnen fällt aus dem Rahmen des Tradierten und Gewohnten. Nach Artikel 18 darf die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden, nach Artikel 19 leiten Volksbeauftragte die Vollziehung, die der Aufsicht ihrer Volksvertretung unterstehen, und nach Artikel 20 sind die Organe der Verwaltung an die Weisungen der Volksbeauftragten gebunden und ihnen für ihre amtliche Tätigkeit verantwortlich.

Diese Eigenarten und Innovationen haben auch die Verfassungstheorie stimuliert. So richtig es ist, dass das B-VG in manchen Formulierungen von der damals noch jungen Reinen Rechtslehre beeinflusst worden ist, so evident ist umgekehrt auch, dass diese Lehre durch die neue Verfassung wesentliche

⁵⁾ Vgl Artikel 145 B-VG.

Impulse vermittelt bekommen hat. Das gilt speziell für die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, die im Kern eine Verallgemeinerung der in der Verfassung angelegten Formen der Rechtskonkretisierung, ihrer Abfolge und ihres Verhältnisses darstellt. Sie passt deshalb auf unsere Verfassung weit besser als auf andere, und sie bildet das unangefochtene Leitbild, das unser Verfassungsverständnis prägt, mögen wir im Übrigen der Reinen Rechtslehre nahe stehen oder fern.

II.

Der Einfluss der Stufenbaulehre zeigt sich unter anderem in der Art und Weise, wie der Rechtsstaat verstanden wird. Nach der klassischen Formulierung gipfelt der Sinn des rechtsstaatlichen Prinzips darin, „daß alle Akte staatlicher Organe im Gesetze und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen und ein System von Rechtsschutzeinrichtungen die Gewähr dafür bietet, dass nur solche Akte in ihrer rechtlichen Existenz als dauernd gesichert erscheinen, die in Übereinstimmung mit den sie bedingenden Akten höherer Stufe erlassen wurden.“⁶⁾

Diese Charakterisierung spiegelt wider, dass das österreichische Rechtssystem auf Rechtsformen ausgerichtet ist. Das gilt mitunter sogar für den Maßstab, jedenfalls aber für den Gegenstand der Prüfung: Gesetze werden auf Verfassungswidrigkeit, Verordnungen auf Gesetzwidrigkeit, Staatsverträge auf das eine oder das andere, Bescheide und Maßnahmen auf Rechtswidrigkeit geprüft.

Es gibt aber daneben ein zweites, ein jüngeres Leitbild, das aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem Gemeinschaftsrecht kommt. Wer immer sich durch die öffentliche Hand in seinen Rechten verletzt erachtet, der hat Anspruch auf Zugang zu einem Gericht, das seine Sache umfassend prüft.⁷⁾

Weil unser Rechtsschutzsystem typengebunden ist, ist der Zugang zu Gericht aber überall dort ein Problem, wo die öffentliche Hand in Rechte eingreift, ohne sich einer kanonisierten Form zu bedienen. Damit nicht sein kann, was nicht sein darf, haben wir die These von der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems entwickelt. Sie besagt, dass überall dort, wo der Gesetzgeber die Vollziehung zu einem Eingriff in Rechte ermächtigt, er sie zur Verwendung einer Rechtsform anhalten muss, gegen die es Rechtsschutz gibt.⁸⁾

Mittlerweile sehen wir, dass wir damit den Gesetzgeber in ein Rennen geschickt haben, das er so wenig gewinnen kann wie der Hase den Wettlauf mit dem Igel. Egal, wie weit er die Rechtsformbindung erweitert oder neue Rechtsschutzwege eröffnet, der Rechtseingriff ist immer schneller, er ist immer schon da. 1975 hat man, um eine Rechtssprechungsdivergenz zwischen Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshof auszuräumen, die Bescheidbeschwerde

⁶⁾ VfSlg 2929/1955, unter Berufung auf *Ludwig Adamovich*, Grundriß des österreichischen Verfassungsrechts⁴ (1947) 71. Ähnliche Formulierungen zuvor in VfSlg 2455/1952, danach in VfSlg 8279/1978, 11.196/1986, 16.327/2001.

⁷⁾ VfSlg 13.223/1992, 13.834/1994, 14.769/1997, 16.327/2001, 16.772/2002.

⁸⁾ VfSlg 17.967/2006.

um die Maßnahmenbeschwerde ergänzt.⁹⁾ Aber bald hat sich gezeigt, dass es noch immer Rechteingriffe gibt, die durch den Rost fallen. Bei Informationseingriffen, bei Warnungen öffentlicher Stellen vor gefährlichen Produkten oder sorglosen Produzenten, beim leisen oder lauten Klopfen eines Organs an der Tür – vielfach stehen wir vor der Frage, ob wir es mit einem Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt zu tun haben, und wir sind um eine Antwort verlegen: Wenn Worte einen Sinn haben, lautet sie nein, denn in all diesen Konstellationen wird weder befohlen noch gezwungen. Aber nein zu sagen, fällt uns schwer, weil das auf die Verweigerung von Rechtsschutz hinausläuft. Deshalb sagen wir im Zweifel ja,¹⁰⁾ und wenn wir verneinen müssen,¹¹⁾ dann tragen wir der Gesetzgebung auf, das Rechtsschutzloch zu stopfen, das wir gerade entdeckt haben.

Statt immer neue Löcher zu stopfen, sollten wir uns eingestehen, dass die Typenbindung die falsche Weichenstellung ist. Für den Zugang zum Rechtsschutz neben einer materiellen Voraussetzung, der Möglichkeit der Verletzung in Rechten, noch eine bestimmte Form zu verlangen, kann nur die Funktion haben, Rechtsschutz zu verweigern, obwohl in Rechte eingegriffen wurde. Und genau das war, so ungern wir uns das eingestehen, im Jahre 1920 das Ziel. Nach der Dezemberverfassung 1867 konnte man sich vor dem Verwaltungsgerichtshof nur gegen Entscheidungen und Verfügungen wenden,¹²⁾ eine Beschwerde an das Reichsgericht war hingegen zulässig „wegen Verletzung der durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte, nachdem die Angelegenheit im gesetzlich vorgeschriebenen administrativen Wege ausgegangen ist.“¹³⁾ Diese Wendung hätte man so auslegen können, dass es ohne gesetzlichen Instanzenzug keine Beschwerde gibt. Das Reichsgericht hat aber völlig überzeugend betont, dass dort, wo ein Instanzenzug fehlt, der Zugang zu ihm „nur desto unabweisbarer“ sei.¹⁴⁾ Der Exekutive war das stets ein Dorn im Auge. Im B-VG ist ihr offensichtlich eine Korrektur gelungen, die wir nach bald hundert Jahren wieder rückkorrigieren sollten.

Andere Weichenstellungen, die heute Probleme bereiten, sind jüngeren Datums. Dass die Beschränkung des Verwaltungsgerichtshofs auf bloße Rechtskontrolle und reine Kassatorik mit effektivem Rechtsschutz nur schwer vereinbar war, das war um 1920 jedermann klar. *Karl Renner* etwa hat den Verwaltungsgerichtshof dahingehend charakterisiert, dass er gar kein Richter sei, sondern bloß ein Nachrichtler.¹⁵⁾ Die Absicht der Koalitionsregierung, eine

⁹⁾ Artikel 131a, 144 B-VG idF BGBl 1975/302.

¹⁰⁾ VfSlg 17.774/2006; VfGH 2. 7. 2009, B 1824/08.

¹¹⁾ So etwa VfGH 12. 3. 2009, G 164/08.

¹²⁾ Artikel 15 Abs 2 Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt, RGBl 1867/144.

¹³⁾ Artikel 3 lit b Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, RGBl 1867/143.

¹⁴⁾ Hye 162/1878 (sicherheitsbehördliche Razzia); Hye 235/1881 (Entsendung eines behördlichen Abgeordneten zu einer Vereinsversammlung); Hye 305/1885 (mündliche Inhibierung der Beschlussfassung über eine Resolution).

¹⁵⁾ *Karl Renner*, Das Selbstbestimmungsrecht der Nationen in besonderer Anwendung auf Österreich. Erster Teil: Nation und Staat, 1917, 217.

Verwaltungsgerichtsbarkeit nach preußischem Muster einzuführen,¹⁶⁾ ist jedoch an einer Allianz zwischen den Ländern und der Zentralbürokratie zerschellt. In die neue Verfassung wurde deshalb nur, aber immerhin eine Bestimmung aufgenommen, dass der Verwaltungsgerichtshof in der Sache selbst entscheiden kann, soweit die Behörde nicht über Ermessen verfügt.¹⁷⁾ Außerdem hat die Novelle 1929 die Kausalgerichtsbarkeit auf den Verwaltungsgerichtshof verlagert, soweit es nicht um Ansprüche zwischen den Gebietskörperschaften ging.¹⁸⁾ 1946 ging man aber wieder einige Schritte zurück: Bis auf die Säumnisbeschwerde wurde die Konzeption von 1875 verfassungsrechtlich eingefroren und der sinnvolle Rückbau der verfassungsgerichtlichen Sonderverwaltungsgerichtsbarkeit rückabgewickelt.¹⁹⁾ 1988 sind unter dem Druck der Menschenrechtskonvention mit den Verwaltungssenaten wenigstens unabhängige Spruchkörper innerhalb der Verwaltung realisiert worden, auf deren Einrichtung man sich schon 1929 einmal verständigt hatte.²⁰⁾ Ansonsten treten wir auf der Stelle, und wir sind so aus der Avantgarde in die Nachhut geraten und können unser Rechtsschutzsystem international nicht mehr vermitteln. Das gilt auch für Teile der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Französische Kolleginnen und deutsche Kollegen können schon kaum glauben, dass Sperrlinien und Flächenwidmungspläne in Österreich Verordnungen darstellen. Wenn sie dann auch noch erfahren, dass sich mit ihrer Gesetzwidrigkeit der Verwaltungsgerichtshof im Plenum beschäftigt und nicht der Einzelrichter im Verwaltungsgericht erster Instanz, dann kommen sie aus dem Staunen nicht mehr heraus.

III.

Wie spielen Rechtsstaatlichkeit und Demokratie zusammen, wie wird die Vollziehung demokratisch gesteuert? Auch hier sind wir durch Leitbilder geprägt, die an Rechtsformen ansetzen, und entsprechend fallen unsere Antworten aus: einerseits durch das Gesetz, andererseits durch die Weisung.

Keine andere Verfassung der Welt traut und mutet dem Gesetz so viel zu wie die unsere. Artikel 18 verpflichtet als Legalitätsprinzip das Parlament, seine Anordnungen in Gesetzesform zu kleiden und sie so bestimmt zu formulieren, dass die Adressaten ihr Verhalten danach ausrichten können und dass der Vollziehung keine wesentliche Entscheidung mehr zu treffen übrig bleibt. Und gerade bei dieser Zentralnorm zeigt sich, dass unsere Verfassung im Kern doch eine Kelsen-Verfassung ist. Hier können wir ihn nämlich in einer Doppelrolle beobachten: Zuerst hat er im Verfassungsausschuss durch

einen Umformulierungsvorschlag aus einer Bestimmung, die eine ganz andere Bedeutung hatte, das heutige Legalitätsprinzip textiert.²¹⁾ Drei Jahre später hat er dann im Verfassungsgerichtshof die Basis für die gängige Auslegung gelegt.²²⁾ Aber der Akzent, die Stoßrichtung des Legalitätsprinzips hat sich verschoben: In der Zwischenkriegszeit waren der Schutz der Gesetzgebung und ihrer Kompetenzen, kurzum: waren Demokratie und Gewaltenteilung die bestimmenden Motive. Der Verfassungsgerichtshof fuhr der Verwaltung in die Parade, als diese auf dem Verordnungsweg wichtige Entscheidungen treffen wollte, die sie zuvor im Parlament nicht durchgebracht hatte.²³⁾ Ein Gesetz wegen Unbestimmtheit aufgehoben hat er bis 1933 nicht. Erst nach dem Zweiten Weltkrieg kehrte sich die Rechtsprechung gegen das Parlament und verlangte ihm umfassende Determinierung und Tilgung möglichst aller Freiräume der Vollziehung ab. Spätestens in den Budgeterkennnissen²⁴⁾ hat sich das als Sackgasse erwiesen. Danach ist der Verfassungsgerichtshof auf eine mittlere Linie eingeschwenkt: Finale Programmierung wird bei entsprechender Verfahrensbindung akzeptiert, in der Privatwirtschaftsverwaltung ist das allgemeine Zivilrecht Determinierung genug. Man kann geteilter Meinung darüber sein, ob das nicht immer noch zu strikt ist. Die Diskussionen im Konvent haben indes gezeigt, dass wir auf einen umfassenden Gesetzesvorbehalt grundsätzlich nicht verzichten wollen und dass wir für Lockerungen keine sinnvollen Formulierungen finden.

Nicht zu übersehen ist freilich, dass es Ausnahmen für einige Bereiche gibt: Seit 1993 für die Universitäten, seit 2008 für die Satzungen der sonstigen Selbstverwaltung. Das halte ich für sinnvoll, weil es einen Kollateralschaden der Rechtsprechung behebt. Wenn auch für die Selbstverwaltung alle wesentlichen Entscheidungen in den Parlamenten fallen müssen und nicht den Gemeinde- oder Berufsvertretungen überlassen werden dürfen, dann verliert die demokratische Komponente der Selbstverwaltung²⁵⁾ ihre spezifische Funktion. Es wäre daher eine Überlegung wert, das enge Korsett der ortspolizeilichen Verordnungen zu lockern und den Gemeinden ebenfalls ein gesetzesergänzendes Ordnungsrecht einzuräumen. Die Parlamente in Bund und Ländern werden weiterhin ganz präzise Vorgaben machen dürfen, sie sollen es bloß nicht tun müssen. Schutz vor Willkür geben die Allgemeinheit der Verordnung und die Grundrechte.

¹⁶⁾ Koalitionsvereinbarungen zwischen der Christlichsozialen Vereinigung deutscher Abgeordneter und dem Verband der sozialdemokratischen Abgeordneten zur deutschösterreichischen Nationalversammlung vom 17. Oktober 1919, veröffentlicht in der Reichspost vom 18. Oktober 1919, 1.

¹⁷⁾ Artikel 133 Abs 3 B-VG, BGBl 1920/1.

¹⁸⁾ Artikel 131 B-VG idF BGBl 1929/392; vgl ferner Artikel 132 betreffend Streitfälle, die sich aus dem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis der Angestellten der Gebietskörperschaften ergeben.

¹⁹⁾ Vgl BGBl 1946/211.

²⁰⁾ Vgl einerseits Artikel 129a und 129b B-VG idF BGBl 1988/685, andererseits Artikel 11 Abs 5 B-VG idF BGBl 1929/392.

²¹⁾ Felix Ermacora, Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1920), 1967, 477.

²²⁾ VfSlg 176/1923. Da der Akt in Verstoß geraten ist (Robert Walter, Hans Kelsen als Verfassungsrichter [2005] 36 FN 112), lässt sich der Berichterstatter nicht eindeutig nachweisen. Die Art der Gedankenführung und die stilistischen Eigenheiten – wie etwa Gedankenstriche und Doppelpunkte – sind jedoch drückende Indizien, dass der Entscheidungstext aus Kelsens Feder stammt. Ebenfalls von Kelsens Autorenschaft ausgehend Gerhart Wielinger, Die politische Struktur des Verfassungsrechts, in: Georg Lienbacher/Gerhart Wielinger (Hrsg), Öffentliches Recht Jahrbuch 2008 (2008) 9 (18 FN 8).

²³⁾ Von der Aufhebung in VfSlg 176/1923 betroffen war eine Verordnung der Bundesregierung zur Umsetzung des Protokolls Nr 3 des Staatsvertrags von Genf.

²⁴⁾ VfSlg 4340/1962, 5421/1966, 5636/1967.

²⁵⁾ Vgl Artikel 120c Abs 1 B-VG und zuvor VfSlg 8215/1977.

Das zweite Instrument, auf das wir auf die Frage nach demokratischer Steuerung gerne verweisen, ist die Weisung. Ihre verfassungsrechtliche Grundlage, der Artikel 20, ist von der Lehre zu einem umfassenden Prinzip ausgebaut worden, das die gesamte Verwaltung durchdringt.²⁶⁾ Sie in einen Zusammenhang mit der Demokratie gebracht hat aber vor allem der Verfassungsgerichtshof, hat er doch betont, dass die Weisung als Mittel der Steuerung von beliehenen Privaten und ausgegliederten Rechtsträgern unverzichtbar sei.²⁷⁾ Die Verfassungsbereinigungsnovelle 2008 hat jedoch die Weisungsfreistellung durch einfaches Gesetz ermöglicht und die bisherige Rechtsprechung ein Stück weit korrigiert, ohne dass wir genau wüssten, wie weit. Die Neuregelung hält aber an einem anderen Paradigma fest: Die Verantwortlichkeit der nachgeordneten Verwaltungsorgane kann im Unterschied zur Weisungsbindung nicht gesetzlich abbedungen werden. Möglich ist nur ihre differenzierte Ausgestaltung, aber Aufsichtsregelungen und grundsätzlich auch Abberufungsmöglichkeiten müssen sein.²⁸⁾

Diese Verantwortlichkeit der Verwaltungsorgane ist alles andere als neu. Schon die Dezemerverfassung hatte sie statuiert,²⁹⁾ und schon in der Stammfassung des B-VG stand sie neben der Weisung. Sie ist nur in ihren Schatten geraten, weil wir alle Aufmerksamkeit auf die Weisung gerichtet haben. Dass die Verantwortlichkeit im Grunde das Zentrale ist, das wird schlagartig klar, wenn wir auf die Beliehenen sehen und uns fragen, welche Konsequenzen es hat, wenn sie den Gehorsam verweigern. Entscheidend ist letztlich die Beendigung der Funktion. Die Weisung allein bewirkt wenig, solange sie nicht mit politischer oder rechtlicher Verantwortlichkeit Hand in Hand geht. Rechtliche Verantwortlichkeit aber braucht rechtliche Grundlagen, sei es in Form des Disziplinarrechts, des Strafrechts oder der Staatsgerichtsbarkeit, und politische Verantwortlichkeit braucht Aufsicht – einerseits Aufsicht des Parlaments über die obersten, andererseits der obersten über die nachgeordneten Organe der Verwaltung.

In einem Punkt hat der neue Artikel 20 freilich die Rechtsprechung bestätigt. Bloße Outcome-Legitimation oder Legitimation durch Expertise und Sachverstand genügen nicht, wenn sie von Aufsicht abgekoppelt bleiben. Das halte ich für richtig. Es wird uns aber noch Probleme bereiten, denn die europäischen Richtlinien, die anderes fordern, sind bereits geschrieben.³⁰⁾

²⁶⁾ Grundlegend *Adolf Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, 42. Vgl auch zuvor seine Kampfschrift gegen die Demokratisierung der Bezirksverwaltung: *ders*, Demokratie und Verwaltung, 1923.

²⁷⁾ VfSlg 14.473/1996, 16.400/2001, 17.421/2004.

²⁸⁾ Vgl Artikel 20 Abs 2 B-VG idF BGBl I 2008/2.

²⁹⁾ Artikel 12 Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt, RGBl 1867/145.

³⁰⁾ Vgl Artikel 35 der Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl 2009 L 211/55, und Artikel 39 der Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl 2009 L 211/94.

Das Minimum, das für die Demokratie unabdingbar ist, liegt freilich darunter. Und wo es liegt, davon hatte man 1920 recht präzise Vorstellungen. In den Erläuterungen, die wir im Renner-Mayr-Entwurf finden, wird der Artikel 1 folgendermaßen kommentiert: „Der Satz ist nicht bloß beschreibend, sondern auch Rechtssatz, es gibt in der Verfassung keine Gewalt, und es darf keine geben, die nicht vom Volke eingesetzt ist, sei es direkt durch Volkswahl oder indirekt im Wege der Bestellung durch gewählte Volksvertreter.“³¹⁾

Das taugt als Leitbild für unsere Demokratie, und es gilt auch für die Gerichtsbarkeit, in der die Richter unabhängig sind und deren Organe, neuerdings also auch die Staatsanwälte,³²⁾ parlamentarisch nicht kontrolliert werden können. Dennoch ist die Gerichtsbarkeit kein demokratieleerer Raum. An ihr wirkt das Volk mit; sie ist an Gesetze und Verordnungen gebunden; in ihr gibt es rechtliche Verantwortlichkeit, die diese Bindungen effektuiert; und auch sie will demokratisch verwaltet sein. Wenn richtig ist, dass die Weisung in der Verwaltung als Instrument demokratischer Steuerung unverzichtbar ist, dann gilt es auch für die Verwaltung der Justiz, in jeder Instanz und in jedem ihrer Zweige;³³⁾ und wenn schließlich zutrifft, dass die Gerichtsbarkeit eine ausgliederungsfeste staatliche Kernaufgabe darstellt,³⁴⁾ dann darf es auch keine Selbstverwaltung der Gerichtsbarkeit geben.³⁵⁾

Noch unverantwortlicher als die Gerichtsbarkeit ist die Gesetzgebung gestellt. Die Abgeordneten sind in ihrem Beruf weder politisch dem Wähler verantwortlich noch rechtlich dem Richter oder Verwaltungsbeamten, denn davor schützen sie ihr freies Mandat und ihre Immunität. Eine Verantwortlichkeit haben aber auch sie: jene dem Vertretungskörper gegenüber für das, was sie sagen, und vor allem dafür, dass sie ihre Rolle wahrnehmen. Absolut unverantwortlich, um nicht zu sagen geheiligt wie der Kaiser in der Monarchie ist in unserer Demokratie nur einer: die Bürgerin in der Wahl- oder Abstimmungszone, der Souverän.³⁶⁾

³¹⁾ *Ermacora*, Quellen (FN 21) 245. Anders *Hans Kelsen/Georg Froehlich/Adolf Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, 1922, 65: „Art. 1 hat keinen relevanten Rechtsinhalt.“

³²⁾ Artikel 90a B-VG, eingefügt durch BGBl I 2008/2.

³³⁾ ME unzutreffend deshalb VfSlg 15.762/2000.

³⁴⁾ So für die Strafgewalt VfSlg 14.473/1996, 16.400/2001.

³⁵⁾ Eine Vollziehung des Verwaltungsstrafrechts im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde ablehnend VfSlg 5579/1967, 6706/1972, 7965/1976, 8654/1979.

³⁶⁾ Dieser Satz enthält Unschärfen, die dem Festcharakter der Veranstaltung geschuldet sind. Erstens trifft er erst seit der Eliminierung der Wahlpflicht aus der Verfassung zu; zuvor war das Recht des Stimmbürgers auch seine Pflicht, für deren Erfüllung er rechtlich einzustehen hatte. Zweitens vermittelt er den falschen Eindruck, dass Souveränität des Bürgers ein Merkmal wahrer Demokratien sei: Diese sind weit besser dadurch charakterisiert, dass niemand geheiligt und alle verantwortlich sind. Drittens ist er schon deswegen falsch, weil auch die Volksanwälte von jedweder politischen und rechtlichen Verantwortlichkeit frei sind. Darin liegt nicht bloß ein symmetriestörender Konstruktionsfehler, sondern ein echtes demokratisches Defizit, das man im Hinblick auf die Artikel 1 und 44 Abs 3 B-VG problematisieren kann.

IV.

Auf ihn kommt es in allererster Linie an, mit ihm steht und fällt das Projekt Demokratie. Wie dem Souverän bewusst machen, dass individuelle Freiheit nur die halbe Freiheit ist, wie ihm schmackhaft machen, dass zum ganzen Menschsein auch die Mitbestimmung in öffentlichen Angelegenheiten gehört, ja dass darin und nicht in der Privatheit das Glück liegen könnte, das die amerikanischen Revolutionsverfassungen meinen?³⁷⁾ Wie den Souverän souveräner machen? Wir wissen genau, das ist die eigentliche Frage; aber wir alle sind mehr oder weniger ratlos oder, schlimmer noch, haben das Interesse an ihr verloren.

Patentrezepte hat niemand, am allerwenigsten ich. Aber weil das Thema wichtig ist, auch hiezu einige Bemerkungen. Beim Wahlrecht anzusetzen, ist leichter gesagt als getan. Beim Alter ist der Spielraum ausgeschöpft. Ein Familienwahlrecht wäre der Abschied von unverzichtbaren Wahlrechtsprinzipien. Dass im Gefolge der Globalisierung immer mehr Personen auf Dauer von politischen Entscheidungen betroffen sind, die sie nicht beeinflussen können, wird aber von einer Tatsache immer mehr zu einem Problem. Fremden mit verfestigtem Wohnsitz in Österreich das Wahlrecht einzuräumen, wäre aber wieder nur die halbe Inklusion. Für entsprechende Reformen ist daher das Staatsbürgerschaftsrecht der bessere Platz.

Sollen wir zu einem Mehrheitswahlrecht übergehen, weil wir uns davon Personen im Parlament versprechen, die mit ihren Wählern stärker verbunden sind, und mit klaren Mehrheiten im Parlament auch Raum für klarere Entscheidungen? Entsprechende Vorschläge verdienen breite Diskussion, aber auch hier bin ich skeptisch. Dagegen spricht erstens die in Österreich tief verwurzelte Überzeugung, dass ein Vertretungskörper dann richtig zusammengesetzt ist, wenn er die politischen Strömungen im Volk getreulich widerspiegelt. Zweitens müsste vermieden werden, dass es dort, wo es bislang einfache Mehrheiten gab, zu Verfassungsmehrheiten kommt, die die Grundlagen des Konsenses zu kündigen erlauben. Die Gefahr, dass sich solches ereignet, ist in Konsenskulturen wie der unseren nämlich paradoxerweise größer als in Gesellschaften, die über eine eingelebte Konfliktkultur verfügen.

Für möglich, für ratsam, ja für dringlich erachte ich es hingegen, bei jenen Gruppierungen anzusetzen, die uns die Demokratie gebracht haben: bei den politischen Parteien. Das Parteiengesetz war schon im Zeitpunkt seiner Erlassung 1975 anachronistisch. Es basiert auf einer unbegrenzten Freiheit zur Parteigründung, der der Verfassungsgerichtshof in einer mühsamen Operation die Zähne ziehen musste.³⁸⁾ Es kennt keine Möglichkeit zur Auflösung von Parteien, die nicht nur angezeigt wäre, wenn sie sich nationalsozialistisch betätigen, sondern auch dann, wenn sie überhaupt nichts tun über Jahre hinweg. Außerdem: Es verlangt keine innerparteiliche Demokratie, und es erhebt die Intransparenz von Parteispenden zum Prinzip.

³⁷⁾ Dazu *Hannah Arendt*, *Über die Revolution* (oJ, 1965), 147 ff.

³⁸⁾ VfSlg 9648/1983.

Schließlich: Wer Demokratie stärken will, darf nicht vergessen, das Parlament zu stärken. Das aber ist schon ein eigenes Thema, zu dem sogleich eine berufenere Referentin sprechen wird.³⁹⁾

V.

Damit komme ich zum Schluss. Mit der französischen und mit der amerikanischen Verfassungstradition hat die unsere gemeinsam, dass wir gerne – auf ungelinkere Art und Weise, doch der Sache nach gleich – den Geist der Nationalversammlung beschwören und bei der Verfassungsauslegung die Absichten der Gründer erkunden. Jeder, der das tut, fragt sich natürlich des Öfteren, was sie denn heute dächten, die Gründer. Und so stelle ich diese Frage auch hier, um eine Antwort zu versuchen: Was, wenn sie uns von der Galerie aus zusehen könnten, die Mütter und Väter unserer Verfassung, was würde wohl getuschelt dort oben? Diesmal wäre die Stimmung wohl gelöster. Und diesmal bräuchte es vielleicht zwei Sätze, um sie einzufangen: Also ein bisschen stolz sind wir doch. Aber wir wären schon weiter!

³⁹⁾ Vgl den Beitrag von *Katharina Pabel* in diesem Band.