

Georg Lienbacher (Hrsg)

Verfassungsinterpretation in Europa

Heinz Schäffer Gedächtnissymposion

Sonderdruck

2011

ISBN 978-3-902638-45-8

 Jan Sramek Verlag

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Kurzbiographien	VII
Georg Lienbacher	
Einleitung zum Gedächtnissymposion	1
Matthias Jestaedt	
Verfassungsinterpretation in Deutschland	5
A. Verfassungsinterpretation • Verfassungsaktualisierung • Verfassungskonkretisierung	5
B. Verdrängende Präsenz und Autorität der Karlsruher Verfassungsinterpretation	7
C. Institutionell und prozedural gebundene Verfassungsinterpretation durch das BVerfG	10
I. Zwischen justizieller Einbindung und funktioneller Alleinstellung	11
II. Zwischen personellem Wechsel und institutioneller Identität	13
III. Zwischen Stimmenvielfalt und Leitmelodie	14
IV. Zwischen Darstellung und Herstellung	14
V. Zwischen Politik und Staatsrechtslehre	16
VI. Zwischen situativer Intention und systemischem Effekt ...	19
D. Eine Frage der Methodik? Eine Frage der Dogmatik!	20
I. Zur Rolle der Methodik bei der Verfassungsinterpretation	20
II. Dogmatik als Medium materialer Konsistenzialisierung ..	22
III. Dogmatikbegünstigende Faktoren materialer Konsistenzialisierung	24

IV. Inkurs: Die Distanz des BVerfG zur Verfassungstheorie ..	26
E. Grundrechtsinterpretation als Grundrechtseffektuiierung im dogmatischen System	27
I. Bauelemente des grundrechtsdogmatischen Systems	28
II. Homogenisierung der Gewährleistungsstrukturen bei (Aus-)Differenzierung der konkreten Gewährleistungswirkungen	32
F. Blinde Flecken dogmatisierter Verfassungsinterpretation	33
G. Wegmarken der Verfassungs- (interpretations)vergleichung ..	34

Luc Heuschling

Verfassungsinterpretation in Frankreich

Gouvernement des juges, Methodenabstinenz und Polyzentrik ...	37
A. Die Komplexität des Themas. Drei methodische Vorbemerkungen	37
I. Die Notwendigkeit eines rechtskulturellen Aus- und Einblicks	37
II. Die Komplexität einer z.T. »zertifizierten« und uneinsehbaren Materie	41
1. Drei Gründe	41
2. Eine erste Übersicht	44
III. Die notwendige Verschränkung der Auslandsrechts- kunde mit der Rechtsvergleichung	47
B. Der institutionelle Rahmen: die Polyzentrik der Verfassungsinterpretation in Frankreich	48
I. Die Verteilung der Verfassungsauslegungsbefugnis zwischen Politik und Richterschaft	50
1. Das Zusammenspiel von Politik und Richterschaft per Gutachten und/oder Rechtsschutz	50
a. Ein Schaubild der denkbaren Möglichkeiten	50
b. Die spezifische Situation Frankreichs	51
(i.) Die Stellung und Rolle der Gutachten (Lösung Nr. 3 und 5)	51
(ii.) Der Präsident der Republik als Hüter der Verfassung (Lösung Nr. 2)	53
2. Die Verfassungsänderung als Regulierungsmechanismus der richterlichen Verfassungsauslegung	55

II.	Die Verteilung der Verfassungsauslegungsbefugnis innerhalb der Richterschaft	57
1.	Drei Idealtypen: das Monopol, das Pyramidalmodell und die Polykratie	57
a.	Idealtyp Nr. 1: das richterliche Verfassungsauslegungsmonopol	57
b.	Idealtyp Nr. 2 und Nr. 3: der pyramidale und polyzentrische Verfassungsrechtsschutzstaat	60
2.	Der dreiköpfige Verfassungsrechtsschutzstaat Frankreichs (»Trizepsmodell«)	62
a.	Ein Schaubild zur aktuellen Verteilung der Verfassungsgerichtsbarkeit	62
b.	Konsens und Dissens im Trizepsmodell: Rechtskraft, Dialog der Richter, »autorité de la chose interprétée« und Vorlageprozedur	64
	Beniamino Caravita di Toritto	
	Verfassungsinterpretation in Italien	69
	Ewald Wiederin	
	Verfassungsinterpretation in Österreich	81
A.	Besonderheiten: Was ist in Österreich anders?	81
I.	Die Fixierung auf den Text	82
II.	Die Bedeutung des historischen Arguments	84
III.	Die Abgrenzung gegenüber Politik und Gerechtigkeit	88
IV.	Die Stufenbaulehre als Leitbild	92
B.	Interpreten: Eine geschlossene Gesellschaft?	94
I.	Der Verfassungsgerichtshof	95
II.	Der Verfassungsdienst	96
III.	Die Doktrin	97
IV.	Die sonstigen Verfassungsorgane	99
C.	Gründe: Weshalb ist Österreich anders?	101
I.	Einfluss der Reinen Rechtslehre	101
II.	Besonderheiten der Verfassung	103
III.	Lehren aus der Geschichte	104
IV.	Kluft zwischen Methodik und Auslegungspraxis	105
D.	Erschütterungen: Ein Sonderweg in die Sackgasse?	106

I.	Materialies statt formales Verfassungsverständnis	106
II.	Verfassungsinterpretation als kommunikativer Prozess ..	108
III.	Irreversibles Verfassungsrecht	110
IV.	Ermittlung der verfassungsrechtlichen Baugesetze	112
E.	Schlussbemerkungen	113

Stefan Griller

	»Verfassungsinterpretation« in der Europäischen Union	115
A.	Der Gerichtshof der Europäischen Union und seine »Methode«	115
B.	Verfassungsinterpretation	119
	I. Zur Verfassungsdebatte	119
	II. Zur pluralen Verfassungsinterpretation in der EU	121
C.	Zur Bedeutung von Rechtstexten	125
D.	Europäische Sprachspiele – Interpretationskontext und Interpretationsschranken in der EU	129
	I. »Verfassungsgesetzgeber« und »Verfassungsgericht« der Europäischen Union	129
	II. (Weitere) Besondere Funktionsbedingungen	134
	III. Bedeutungswandel durch Akzeptanz	135
E.	Zur Ultra-Vires-Debatte	137
	I. Ausgangspunkt	137
	II. Absolut nichtige Urteile?	139
F.	(Nur) ein Beispiel aus der jüngeren Debatte: Mangold	140
G.	Schlussbemerkung	144

Katharina Köhler

	Zusammenfassung der Diskussion	145
--	---	------------

María Jesús Montoro Chiner

	Schlusswort	163
--	--------------------------	------------

O. Univ.-Prof. Dr. Heinz Schäffer†

	curriculum vitae	165
--	-------------------------------	------------

EWALD WIEDERIN

Verfassungsinterpretation in Österreich

Verfassungsinterpretation in Österreich: Dass sich mein Thema mit dem Titel jenes Buches deckt, das ein junger Dozent im Jahr 1971 als Habilitationsschrift vorgelegt hat, bevor er in den Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes eintrat,¹ macht meine Aufgabe schwer. Ich erleichtere sie mir, indem ich das Thema in den europäischen Kontext der Tagung stelle. Vier Fragen sind es, denen ich nachgehe. Erstens: Was macht Verfassungsinterpretation in Österreich anders als anderswo in Europa? Zweitens: Wer redet im Gespräch über die Verfassung mit? Drittens: Gibt es Gründe, die unsere methodischen Eigenheiten, um nicht zu sagen Schrulligkeiten erklären? Viertens schließlich: Welche Einwände zwingen uns, nach der inneren Berechtigung dessen zu fragen, was wir im dogmatischen Alltag tun?

A. Besonderheiten: Was ist in Österreich anders?

Ich beginne mit dem Versuch einer Bestandsaufnahme: Was ist für die österreichische Verfassungsinterpretation typisch, worin unterscheiden wir uns von anderen Rechtskulturen? In vielem ist die Verfassungsauslegung in Österreich ganz und gar konventionell. Wie in den meisten Verfassungsstaaten westlicher Prägung dominiert ein juristisches Verfassungsverständnis, das die Verfassung als Maßstab versteht, an dem die öffentliche Hand sich messen lassen muss.² Wie in den meis-

¹ *Heinz Schäffer*, Verfassungsinterpretation in Österreich, 1971.

² *Heinz Schäffer*, Die Interpretation, in: Herbert Schambeck (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 1980, 57 (63); *Theo*

ten Rechtskulturen werden einige Besonderheiten herausgearbeitet. Im selben Atemzug wird jedoch betont, dass bei der Verfassungsauslegung die traditionellen Interpretationsmethoden zum Einsatz kommen.³ Neben diesen Gemeinsamkeiten gibt es aber auch Unterschiede, die dermaßen ins Gewicht fallen, dass man mit einiger Berechtigung von einem österreichischen Sonderweg sprechen kann.⁴ Ich greife die wichtigsten Charakteristika heraus: erstens eine ungewöhnliche Textversessenheit, zweitens einen ausgeprägten Hang zu historischen Argumenten, drittens die scharfe Ablehnung von Gerechtigkeitsüberlegungen und viertens die Stufenbaulehre als Leitbild.

I. Die Fixierung auf den Text

Zum ersten Punkt: Österreicher sehen die Verfassung als Norm, und obwohl sie konzedieren, dass Normen und ihr sprachlicher Ausdruck nicht miteinander verwechselt werden dürfen,⁵ setzen sie bei der Auslegung am Wortlaut an. Normativ bedeutsam ist die Verfassung als Text, mit ihren geschriebenen Geboten, Erlaubnissen und Ermächtigungen.⁶ Das gilt im Negativen wie im Positiven: Wenn im Text der

Öhlinger, Stil der Verfassungsgesetzgebung – Stil der Verfassungsinterpretation, in: Bernd-Christian Funk ua (Hrsg), Staatsrecht und Staatswissenschaften in Zeiten des Wandels. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 60. Geburtstag, 1992, 502 (505); Robert Walter, Überlegungen aus Anlass des Wiedererscheinens von Kelsen/Froehlich/Merkel, Kommentar zum B-VG 1920, JRP 2004, 7 (7 f).

3 Walter Berka, Verfassungsrecht³, 2010, Rz 87; Christoph Grabenwarter/Michael Holoubek, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht, 2009, Rz 22 ff; Karl Korinek, Zur Interpretation von Verfassungsrecht, in: Heinz Mayer (Hrsg), Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift Robert Walter zum 60. Geburtstag, 1991, 363 (364); Theo Öhlinger, Verfassungsrecht⁸, 2009, Rz 19 ff; Robert Walter/Heinz Mayer/Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰, 2007, Rz 128 ff.

4 Ewald Wiederin, Denken vom Recht her. Über den *modus austriacus* in der Staatsrechtslehre, in: Helmut Schulze-Fielitz (Hrsg), Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Die Verwaltung Beiheft 7), 2007, 293 (295 ff).

5 Ludwig Adamovich/Bernd-Christian Funk, Österreichisches Verfassungsrecht³, 1985, 31; Robert Walter, Normen und Aussagen über Normen, in: FS Adamovich (FN 2) 714 (715 ff).

6 Den Stellenwert des Verfassungstexts und den Primat der Wortinterpretation betonend: VfSlg 4340/1962, 4442/1963, 5153/1965, 7698/1975; Meinrad Handstanger, Die Bedeutung der Reinen Rechtslehre für die Rechtspraxis, ÖJZ 2004, 621 (625 f); Friedrich Koja, Interpellation und Verschwiegenheitspflicht, in: Max Imboden ua (Hrsg), Festschrift für Adolf J. Merkel, 1970, 151 (155); Korinek, Interpretation (FN 3) 379; Heinz Mayer, Die Interpretationstheorie der Reinen Rechtslehre, in: Robert

Verfassung nichts steht, dann kann von ihr auch nichts geboten sein – Sozialstaatlichkeit etwa, obwohl allseits akzeptiert und politisch unangefochten, ist aus diesem Grund kein verfassungsrechtliches Thema.⁷ Wenn sich hingegen im Text zu einem bestimmten Gegenstand eine Aussage findet, dann wird diese Aussage im Zweifel als abschließende Regelung verstanden, der sich alle Phänomene fügen müssen⁸ – und nicht als Anordnung, die nur im Großen und Ganzen gelten will, die auf den Regelfall zugeschnitten ist, die einen wenn auch nur implizit beschränkten Anwendungsbereich hat, die in Sonderkonstellationen Durchbrechungen verträgt.⁹

Augenfälligster Ausdruck der Identifikation der Verfassung mit ihrem geschriebenen Text ist die Ablehnung von Verfassungsgewohnheitsrecht. In diesem Punkt ist sich die österreichische Verfassungsrechtslehre erstaunlich einig.¹⁰ Auch die Praxis hat noch nie mit

Walter (Hrsg), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, 1992, 61 (69); *Adolf Merkl*, Zum Interpretationsproblem, zitiert nach: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule Bd 1*, 1968, 1059 (1073 f); *Heinz Peter Rill*, Hermeneutik des kommunikationstheoretischen Ansatzes, in: *Helmuth Vetter/Michael Potacs (Hrsg), Beiträge zur juristischen Hermeneutik*, 1990, 53 (60 ff), mit engagiertem Plädoyer gegen eine Verkürzung auf lexikalische Bedeutungen und grammatische Regeln; *Heinz Schöffler*, Kriterien juristischer Auslegung, in: *Stefan Griller/Karl Korinek/Michael Potacs (Hrsg), Grundfragen und aktuelle Probleme des öffentlichen Rechts. Festschrift für Heinz Peter Rill zum 60. Geburtstag*, 1995, 595 (605 ff, 615); *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht (FN 3) Rz 128, 130, 132. Ähnlich die Charakterisierung bei *András Jakab*, Die Dogmatik des österreichischen öffentlichen Rechts aus deutschem Blickwinkel – *ex contrario fiat lux*, *Der Staat* 46 (2007), 268 (280): strikte Wortlautinterpretation mit historischer Akzentuierung.

7 *Ludwig K. Adamovich/Bernd-Christian Funk/Gerhart Holzinger/Stefan L. Frank*, Österreichisches Staatsrecht Bd I³, 2011, Rz 14.015; *Florian Oppitz*, Die Rechtslage in Österreich, in: *Rainer Hofmann et al (Hrsg), Armut und Verfassung*, 1999, 161 (161 f); *Ewald Wiederin*, Sozialstaatlichkeit im Spannungsfeld von Eigenverantwortung und Fürsorge, *VVDStRL* 64 (2005), 53 (70).

8 Beispiele bilden das Verständnis der Art 3, 8, 18, 19 Abs 1, 20, 77, 94, 129a, 129c, 139 B-VG.
9 Kritisch schon *Heinz Peter Rill*, Grenzen der Ausgliederung behördlicher Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung – Überlegungen anlässlich der geplanten Betrauung eines eigenen Rechtsträgers mit der Wertpapieraufsicht, *ÖBA* 1996, 748 (752 f), und *Theo Öhlinger*, Braucht Österreich eine neue Verfassung? *JRP* 2003, 1 (4 f).

10 *Adamovich/Funk*, Verfassungsrecht (FN 5) 50; *Adamovich/Funk/Holzinger*, Staatsrecht I (FN 7) Rz 04.017; *Walter Antonioli*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1954, 78 f; *Berka*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 98; *Friedrich Kojas*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 1996, 192 ff; *Bernhard Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 2009, Rz 465; *Schöffler*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 14 (»kodifikatorisches Verdeckungsprinzip«), 126; *Robert Walter*, Die Gewohnheit als rechtserzeugender Tatbestand, *ÖJZ* 1963, 225 (226 ff); *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht (FN 3) Rz 105; *Ewald Wiederin*, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Österreich, in: *Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg)*,

Gewohnheitsrecht im Verfassungsrang argumentiert.¹¹ Vereinzelt ist immerhin versucht worden, die Kategorie rechtlich relevanter Verfassungsgebräuche als eine Art verfassungsrechtliches *soft law* zu inthronisieren.¹² Nachdem sich jedoch die Konventionen für die Regierungsbildung, die ein Paradebeispiel dieser Verfassungsübungen bildeten, im Winter 1999/2000 als brüchig erwiesen haben, ist es um diesen Topos wieder ruhig geworden.¹³ Die Existenz überpositiven Rechts wird – im Gegensatz zum nach 1945 stark naturrechtlich inspirierten Deutschland – noch nicht einmal diskutiert.¹⁴

Weiteres Kennzeichen der Neigung, den geschriebenen Text für die Verfassung zu nehmen, ist die Skepsis gegenüber der Analogie. Nicht wenige Autoren lehnen die Schließung von Lücken im Verfassungsrecht ab.¹⁵ Andere wollen nur für technische Lücken eine Ausnahme machen, bei denen die Norm ohne Ergänzung unvollziehbar bliebe.¹⁶

II. Die Bedeutung des historischen Arguments

Vielleicht noch frappierender ist die Vorliebe für das historische Argument. Zu keiner anderen Verfassung der Welt sind in Auslegungszusammenhängen dermaßen viele und dichte Bezugnahmen auf die Vergangenheit zu hören.¹⁷

Handbuch Ius Publicum Europaeum Bd 1, 2007, § 7 Rz 47. Aus der Phalanx ausscheidend: *Wolfgang Wieshaider*, Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle des österreichischen Bundesverfassungsrechts, ÖJZ 1997, 481 (482 ff); dagegen *Gerhard Muzak*, Nochmals: Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle des B-VG, ÖJZ 1998, 539 (540 ff).

- 11 Ablehnend VfSlg 8012/1977; VwSlg 6035 A/1963, 7873 A/1970, 12.036 A/1986.
- 12 *Günther Winkler*, Studien zum Verfassungsrecht, 1991, 49 ff; *derselbe*, Zeit und Recht, 1995, 164 ff, 280 ff.
- 13 Den Stand der Diskussion resümierend *Berka*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 98.
- 14 Vgl *Jakab*, Der Staat 46 (2007), 284 (287, 290).
- 15 *Arno Kahl/Karl Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht², 2008, Rz 59; *Koja*, Verwaltungsrecht (FN 10) 103; *Theo Öhlinger*, Auslegung des öffentlichen Rechts, JBl 1971, 284 (290).
- 16 *Robert Walter*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 1972, 95 f; *derselbe*, Überlegungen zum Problem der Rechtslücke, in: *derselbe/Clemens Jabloner* (Hrsg), Strukturprobleme des öffentlichen Rechts. Gedenkschrift für Kurt Ringhofer, 1995, 197 (201 ff); *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht (FN 3) Rz 136; VwSlg 11.682 A/1985. Dass die Regelung trotz technischer Insuffizienz vollziehbar sein soll, wird dabei vorausgesetzt. Differenzierter bei vergleichbarem Ausgangspunkt *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 68 f.
- 17 Vgl zum Stellenwert historischer Interpretation *Adamovich/Funk*, Verfassungsrecht (FN 5) 44; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 24 f; *Öhlinger*,

Das beginnt mit der klassischen historischen Auslegung. Wer eine Bestimmung interpretiert, prüft, in welchem Zeitpunkt sie in die Verfassung Eingang gefunden hat, und er geht die parlamentarischen Protokolle darauf durch, ob er in der Regierungsvorlage, im Initiativantrag oder im Ausschussbericht Erläuterungen findet. Er bleibt dabei aber nicht stehen, sondern schürft tiefer und bezieht ministerielle Vorentwürfe zur Regierungsvorlage, Stellungnahmen in den über sie durchgeführten Begutachtungsverfahren, Einlassungen in den Plenardebatten, ja schlechthin alles ein, was greifbar ist und Rückschlüsse auf die Intentionen der Autoren erlauben könnte. Natürlich ist nicht gesagt, dass sich zum Problem etwas Aussagekräftiges findet. Doch eben weil das historische Argument eine prominente Rolle spielt, wird noch das kleinste Indiz gesichert, denn es könnte ja gemeinsam mit anderen Indizien eine Hypothese erlauben.¹⁸ Ebenso wenig ist gesagt, dass alle registrierten Sinnzuschreibungen auf der gleichen Linie liegen. Aber bei Divergenzen wird eben weiter geprüft, welche Linie sich schlussendlich durchgesetzt hat.

Man würde erwarten, dass diese Fokussierung auf die Entstehungsgeschichte abnimmt, je älter die Bestimmungen sind.¹⁹ Paradoxerweise ist eher das Gegenteil der Fall. Die Genese der Stammfassung ist im kollektiven Bewusstsein der Verfassungsinterpreten nach 1970 weit stärker präsent als vorher,²⁰ und nach 1990 hat sich der Rekurs auf sie noch intensiviert.

Historische Interpretation bleibt nicht auf die Auswertung von Parlaments- und Regierungsdokumenten beschränkt. Daneben wird untersucht, ob die auftretenden Begriffe aus der Verfassungsgeschich-

Verfassungsrecht (FN 3) Rz 21 ff; *Heinz Peter Rill*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, ZfV 1985, 461, 577 (467 f); *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht (FN 3) Rz 131 f.

- 18 Vielsagend das Anwendungsbeispiel für den Satz, dass der legitime Zweck allein nicht jedes Mittel heiligt, bei *Robert Walter*, Der kritische Rechtspositivismus und seine moralische Grundlage, in: Helmut Koziol/Peter Rummel (Hrsg), Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydlinski, 2002, 457 (461 f): »Wer die tatsächliche Absicht des historischen Gesetzgebers nur durch Beschaffung vorbereitender Papiere durch Einbruch ermitteln kann, darf sich zu seiner Rechtfertigung nicht bloß auf seine wissenschaftliche Aufgabe und die Richtigkeit seiner gewonnenen Ergebnisse berufen.«
- 19 So denn auch die Postulate bei *Berka*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 92; *Öhlinger*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 22.
- 20 Die Edition der Verfassungsentwürfe und der Protokolle des Verfassungsausschusses durch *Felix Ermacora*, Quellen zum österreichischen Verfassungsrecht (1920), 1967, war dafür ohne Frage ein wesentlicher Faktor.

te geläufig sind, in welchem Kontext sie früher verwendet wurden und wie man sie damals verstanden hat. Das geht soweit, dass auch die Deutung einer ausländischen Verfassung unter die Lupe genommen wird, wenn diese als Vorbild gedient haben könnte.²¹

Die Rechtsordnung unterhalb der Verfassungsebene bleibt von Aufmerksamkeit nicht verschont. Ganz im Gegenteil: Verfassungsbegriffe werden grundsätzlich in jener Bedeutung verstanden, die sie im Zeitpunkt ihres Inkrafttretens nach der einfachgesetzlichen Rechtslage hatten.²² Gesetzliche Legaldefinitionen, die konkrete Ausformung bestimmter Institute, ja selbst gerichtliche Urteile und Literaturmeinungen zu einfachen Rechtsbegriffen fließen so in die Verfassungsauslegung mit ein.²³ Was in den meisten Verfassungstraditionen als gesetzeskonforme Interpretation der Verfassung suspekt ist, stellt hier einen zentralen Topos dar, nach Meinung vieler gar das wichtigste Instrument zur Ermittlung des Verfassungssinns.²⁴ Dass dieser Topos trotz seiner Bezeichnung als »Versteinerungstheorie« Karriere gemacht hat²⁵ und sogar zur Ermittlung der zugelassenen Interpretationsmethoden und ihrer Rangfolge nutzbar gemacht wird,²⁶ ist ein weiteres, nur in Österreich denkbare Wunder.

Damit nicht genug. Der Regress auf die unterverfassungsrechtliche Rechtslage wird nicht bloß eingesetzt, um den Inhalt der Verfassung zu eruieren; er dient auch dazu, einfachgesetzliche Bestimmungen und Institute, die schon bei Inkrafttreten der neuen Verfassung

21 Vgl etwa Robert Schick, Die Rolle des Staatsoberhauptes, in: Walter Berka ua (Hrsg), Verfassungsreform, 2004, 11 (20); Ewald Wiederin, Gesamtänderung, Totalrevision und Verfassungsgebung, in: Metin Akyürek ua (Hrsg), Staat und Recht in europäischer Perspektive. Festschrift Heinz Schäffer, 2006, 961 (964 f, 974 ff).

22 Zur Versteinerungstheorie nach wie vor grundlegend Schäffer, Verfassungsinterpretation (FN 1) 97 ff.

23 Vgl etwa Clemens Jabloner, Bundesminister und mittelbare Bundesverwaltung, Heinz Mayer ua (Hrsg), Staatsrecht in Theorie und Praxis. Festschrift für Robert Walter zum 60. Geburtstag, 1991, 293 (298 ff); Michael Schmidt, Gerichtliche Vorerhebungen und Bundesverfassung, JBl 1991, 701 (704 f).

24 Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht (FN 3) Rz 133.

25 Der Begriff »Versteinerung« wurde von der Vorarlberger Landesregierung im Verfahren zu VfSlg 2319/1952 als *argumentum ad absurdum* eingeführt, und er wird anderswo bis heute entsprechend gebraucht: vgl Christoph Grabenwarter, Verfassungsinterpretation, Verfassungswandel und Rechtsfortbildung, in: Hedwig Kopetz/Joseph Marko/Klaus Poier (Hrsg), Soziokultureller Wandel im Verfassungsstaat [FS Wolfgang Mantl Bd I], 2004, 35 (46).

26 Vgl Schäffer, Interpretation (FN 2) 70; Walter, Bundesverfassungsrecht (FN 16) 86 f; ferner Hans Tassar, Der Stufenbau nach der rechtlichen Autorität und seine Bedeutung für die juristische Interpretation, 2010, 104 f, der den Gedanken aber wieder verwirft.

bestanden haben, als verfassungskonform zu qualifizieren, obwohl sie mit den Vorgaben der neuen Verfassung unvereinbar sind.²⁷ Bei dieser Verwendung des historischen Arguments liegt die Pointe allein darin, den verfassungsrechtlichen Persilschein auszustellen: Es wird Verfassungswidrigkeit verneint, ohne angeben zu können, worin und weshalb Übereinstimmung besteht. Was die Gesetzgebung bis zum Beginn der Wirksamkeit der neuen Verfassung noch ins Werk gesetzt hat, bleibt vom Vorwurf der Verfassungswidrigkeit bloß deshalb ausgespart, weil es vorgefunden ist.²⁸ In Konstellationen, in denen die Ver-schonung strikt auf den übernommenen Rechtsbestand beschränkt ist, kann man die Verfassungskonformität natürlich damit erklären, dass die Verfassung nur die Zukunft steuern wollte. Eine solche Grenze wird der Gestaltungsfreiheit der Gesetzgebung aber regelmäßig nicht gezogen: Auch nach Inkrafttreten der neuen Verfassung kann sie sich verfassungswidrig verhalten, solange sie sich im Rahmen des vorgefundenen Verfassungswidrigen hält.²⁹

Nach dem bisher Gesagten kann es nicht mehr überraschen, dass die Frage, ob bei der Auslegung der Verfassung vom entstehungszeitlichen oder vom gegenwärtigen Begriffsverständnis auszugehen ist, in Österreich im Grunde keine Frage ist. Der historische Sinn prävaliert, weil die Auslegung das Ziel hat, den Willen der Konstituante zu klären, also jene Bedeutungen ihrer Worte und Sätze zu ermitteln, die sie mit ihnen verbunden hat, und jene Zwecke und Absichten freizulegen, von denen sie sich leiten ließ.³⁰ Das läuft auf eine Art Inertialgesetz für die Verfassungs-

27 Nachweise bei *Ewald Wiederin*, Anmerkungen zur Versteinerungstheorie, in: Herbert Haller ua (Hrsg), Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler, 1997, 1231 (1250 FN 93).

28 Kritik bei *Theo Öhlinger*, Verfassungsrechtliche Bemerkungen zu den Gesamtverträgen im Urheberrecht, ÖBl 1976, 89 (90).

29 So zur Staatsanwaltschaft *Michael Schmidt*, Verfassungswidrigkeiten im Strafrechtsänderungsgesetz 1987, JBl 1989, 137 (143 ff); *Herwig Hauenschild*, Das Zusammenwirken der Strafverfolgungsbehörden – verfassungsrechtliche Fragen zum Entwurf der Strafprozeßreform RZ 2000, 186 (186 f, 193); zum Rechtsquellen-system *Erwin Melichar*, Von der Gewaltentrennung im formellen und materiellen Sinn unter Berücksichtigung der Abgrenzung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, insbesondere auf dem Gebiet des Strafrechtes, 4. ÖJT I/1, 1970, 91 ff; *Heinz Schäffer*, Rechtsquellen und Rechtsanwendung, 5. ÖJT I/1/B, 1973, 38 ff; zu dynamischen Verweisungen *Rudolf Thienel*, Österreichische Staatsbürgerschaft Bd II, 1990, 88 ff, *derselbe*, Verweisungen auf Ö-Normen, 1990, 77 ff, dort allerdings mit negativem Ergebnis.

30 Vgl *Adamovich/Funk*, Verfassungsrecht (FN 5) 36, 44; *Grabenwarter*, Verfassungsinterpretation (FN 25) 43 f, mit der Feststellung, dass anders »die angeblich zeitgerechte Verfassung im Ergebnis zur entzeiteten Verfassung wird« (44); *Clemens*

auslegung hinaus, an dem sich jede Vorstellung eines Verfassungswandels bricht.³¹ Sinn und Bedeutung einer Verfassungsbestimmung bleibt für die gesamte Dauer ihrer Geltung erhalten, sie kann sich erst ändern, wenn die Bestimmung abgeändert wird.³² Der Autor bleibt auf der Bühne, er tritt nicht zugunsten des Interpreten ab. Nachdem mittlerweile alle Mütter und Väter der Verfassung 1920 längst im Grabe liegen, ist das aber wohl kein passendes Bild. In Wahrheit sind die Interpreten die Akteure: Sie weigern sich, die Autoren abtreten zu lassen, indem sie sich über ihren Willen mehr Gedanken machen, als das die Autoren je taten.

III. Die Abgrenzung gegenüber Politik und Gerechtigkeit

Ein drittes Spezifikum ist die scharfe Grenze, die zwischen Verfassung einerseits sowie der Politik und außerrechtlichen Normen andererseits gezogen wird.³³ Das gilt namentlich für die Gerechtigkeit. Dass eine Auslegung den Vorzug verdient, weil sie gerechter ist als andere, kann man in Österreich im Zivilrecht wie im Strafrecht ungestraft sagen.³⁴

Jabloner, Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, JRP 2001, 34 (36 f); *Mayer*, Interpretationstheorie (FN 6) 68; *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 30, 64 f (Rechtsprechungsnachweise); *derselbe*, Kriterien (FN 6) 607 ff (mit Präzisierungen); *Herbert Schambeck*, Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungsinterpretation in Österreich, JBl 1980, 225 (235); *Robert Walter*, Das Auslegungsproblem im Lichte der Reinen Rechtslehre, in: Günter Kohlmann (Hrsg), Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag Bd I, 1983, 187 (192 ff). Für eine Mittellösung *Korinek*, Interpretation (FN 3) 368 f, 373 ff, der lediglich zeitgemäß-subjektive Interpretation für unzulässig hält. Aus der Rechtsprechung vgl VfSlg 3472/1958, 3685/1960, 3992/1961, 4349/1963, 11.300/1987; zur verfassungsrechtlichen Grundordnung VfSlg 16.241/2001; zu Art 4 7. ZPEMRK VfSlg 18.833/2009.

- 31 Gleicher Befund bei *Alexander Somek*, Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Österreich, in: Armin von Bogdandy/Pedro Cruz Villalón/Peter M. Huber (Hrsg), Handbuch Ius Publicum Europaeum Bd II, 2008, § 33 Rz 22. Anregende theoretische Fundierung: *Otto Pfersmann*, De l'impossibilité du changement de sens de la Constitution, in: Mélanges Pierre Pactet, 2003, 353 (355 ff); *derselbe*, Le sophisme onomastique: changer au lieu de connaître: L'interprétation de la Constitution, in: Ferdinand Melun Soncramamien (Hrsg), L'interprétation constitutionnelle, 2005, 33 (33 ff).
- 32 Vgl *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 31 ff, 30: »[E]s kann [...] nicht Aufgabe der Verfassungsinterpretation sein, den verbindlich geäußerten Willen des Verfassungsgesetzgebers im Laufe der Zeit durch Interpretation zu wandeln.«
- 33 *Walter Antonioli*, Probleme der Gesetzesprüfung, JBl 1967, 226 (230); *Öhlinger*, JBl 1971, 286; *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 20 ff; *Robert Walter*, Das Recht als objektive Gegebenheit oder als Bewußtseinsinhalt, ÖJZ 1992, 281 (283 f).
- 34 Vgl *Franz Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff², 1991, 317 ff, der die Rechtsidee in seinen Rechtsbegriff integriert und unter anderem die Aus-

Im öffentlichen Recht, zumal im Verfassungsrecht, ist man gut beraten, diesen Rekurs zu vermeiden, weil die Zuhörer dahinter sofort versteckte Interessen wittern und Ideologieverdacht äußern werden. Wenn sich der Verfassungsgesetzgeber ohnehin an eben diesen Gerechtigkeitsvorstellungen orientiert hat, dann ist das Argument überflüssig;³⁵ wenn er hingegen diese Aspekte als falsch abgetan oder sie schlicht beiseite geschoben hat, dann ist es eine Verfälschung seines Willens, dennoch Gerechtigkeit in Anschlag zu bringen.³⁶

Wertargumente haben deshalb keinen leichten Stand. Die Berufung auf rechtsimmanente Zwecke und Werte gilt mittlerweile allgemein als legitim.³⁷ Trotzdem spielt teleologische Interpretation immer nur die zweite oder dritte Geige.³⁸ Denn die Zwecke hinter der Norm und die Absichten des Normsetzers werden miteinander identifiziert, jeder Zweck ist somit nicht schon als objektiver, sondern nur als subjektiver

legung an ihr ausrichtet; ferner *Fritz Schwind*, § 1 IPRG – Rechtssicherheit und Funktionalität im Licht der historischen Entwicklung, ZfRV 1991, 255 (255 ff).

- 35 Eingehend *Rill*, ZfV 1985, 580ff. Mitunter begegnet dieser Gedanke in einer Umkehrung: Weil die österreichische Rechtsordnung in ihren verfassungsrechtlichen Prinzipien ohnehin alle Elemente der Rechtsidee positiviert hat, ist der Rekurs auf die letztere entbehrlich: *Korinek*, Interpretation (FN 3) 369 f.
- 36 Wider die »moralische Imprägnierung« etwa *Handstanger*, ÖJZ 2004, 626; ihre Ablehnungen beobachtend *Jakab*, Der Staat 46 (2007), 279 f.
- 37 Wendepunkt: *Günther Winkler*, Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen, 1969, insb 35 ff.
- 38 Für Vorrang bzw für stärkere Gewichtung der historischen gegenüber der teleologischen Auslegung *Antoniolli*, JBl 1967, 227; *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 201 f; *derselbe*, Kriterien (FN 6) 617; *Walter*, Bundesverfassungsrecht (FN 16) 90f; *Gerhart Wielinger*, Das Verordnungsrecht der Gemeinde, 1974, 17 ff; *Adamo-vich/Funk*, Verfassungsrecht (FN 5) 36 f; *Rill*, ZfV 1985, 468, 582, 587 f; *Rudolf Thienel*, Kritischer Rationalismus und Jurisprudenz, 1991, 191 ff; *Clemens Jabloner*, Die Gesetzesmaterialien als Mittel der historischen Auslegung, in: Johannes Hengstschläger ua (Hrsg), Für Staat und Recht. Festschrift für Herbert Schambeck, 1994, 441 (443 f); *derselbe*, JRP 2001, 36; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 25; *Heinz Mayer*, Öffentliche Recht¹¹, 2010, 64 f; im Ansatz auch *Öhlinger*, JBl 1971, 292. Diese Priorisierung mit Bedauern konstatierend *Ludwig Fröhler/Peter Oberndorfer*, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik, 1969, 182, und *Somek*, Wissenschaft (FN 31) Rz 21: »Verfassungsdoctrin und Anwendungspraxis des VfGH haben sich schon früh der so genannten Wortinterpretation und, da diese selten weiterführt, der historischen Interpretation unter Auslassung aller teleologischer Elemente verpflichtet.« – ME unrichtig *Peter Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, 2004, 43, wenn er meint, die frühere Präferenz für wörtliche und historische Auslegung sei längst einem beweglichen System gewichen; treffend hingegen *Öhlinger*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 35, wenn er in der jüngeren Entscheidungspraxis ein system- und beziehungsloses Nebeneinander von strikter Verbalinterpretation und ungebundener Rechtsschöpfung beobachtet.

beachtlich.³⁹ Wer der Sache nach teleologisch interpretiert, sinnt deshalb in Österreich dem Normsetzer bestimmte Zwecke zu,⁴⁰ unterstellt ihm vernünftige Intentionen in der Hoffnung, aufgrund der Plausibilität der vorgetragenen Argumente keinen Widerspruch zu finden. Dort, wo sich gegenläufige Absichten oder Präferenzen für kollidierende Interessen nachweisen lassen, steht er auf verlorenem Posten. Wer sich in einer solchen Situation gar zur Behauptung versteigt, das Gesetz sei klüger als der Gesetzgeber, bringt sich vollends um die Chance auf Gehör.⁴¹ Denn für österreichische Ohren maßt er sich damit an, sich als Experte über den demokratisch legitimierten Prozess zu stellen.⁴²

Dementsprechend verspricht es wenig Gewinn, auf drängende Probleme, auf veränderte Ausgangssituationen, auf falsche Grundannahmen des Normsetzers oder auf neu entstandene Schutzbedürfnisse hinzuweisen, um für eine zeitgemäße Auslegung zu werben.⁴³ Dieses Argu-

-
- 39 *Walter*, Auslegungsproblem (FN 30) 197 FN 31; *Rill*, ZfV 1985, 467 f; *derselbe*, Hermeneutik (FN 6) 62 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht (FN 3) Rz 131; vgl weiters die Erläuterung teleologischer Interpretation bei *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 24: »Dabei ist nicht bloß ein ausdrücklich in den Materialien geäußelter Zweck gemeint, sondern auch ein (objektiv erkennbarer) Zweck, den der Gesetzgeber nicht berücksichtigt hat, im Einzelfall gar nicht berücksichtigen konnte«. Ihr Lehrbuchbeispiel teleologischer Interpretation – Schutz von E-Mails durch das Briefgeheimnis des Art 10 StGG – liegt indes gleich doppelt schief. Erstens war im Jahr 1867 der Telegraph bereits erfunden. Zweitens unterfallen E-Mails dem (strengeren) Schutz des Art 10a StGG.
- 40 Stilprägend *Rill*, ZfV 1985, 465 ff.
- 41 Beobachtend *Stefan Storr*, Die österreichische Bundesverfassung – eine Hausbesichtigung, ZfV 2009, 530 (532): »Kann das Gesetz klüger sein als der Gesetzgeber? In Deutschland kann es das!«
- 42 Vgl die Nachfragen bei *Heinz Mayer*, »Republikanische Verfassungskultur« gegen Reine Rechtslehre? JRP 1998, 349 (352): »Wer wird denn in dieser Wirklichkeit das als Inhalt des Rechts formulieren, was ‚die Gemeinschaft der Normadressaten vernünftigerweise nicht ablehnen‘ kann? Wird es genügend Menschen geben, die so eine allgemeine Vernunft im Wege der Auslegung formulieren können? Auch außerhalb der Universitäten? Welche Rolle spielt in so einem System das Gesetz? Kann es den noch schützen, der an der Formulierung der ‚vernünftigen Auslegung‘ nicht beteiligt ist? Werden dessen Interessen von den Vernünftigen wahrgenommen?« Auch *Somek*, Wissenschaft (FN 31) Rz 42, spricht nunmehr »von der seltsam vormoderne Idee, wonach das Recht aus dem Kommunikationsprozess der vernünftig und gerecht Denkenden hervorgeht. An der Vereinbarkeit dieser Idee mit der Demokratie darf man zweifeln. Jedenfalls ist man kein Schurke, wenn man dies tut.«
- 43 Versuche bei *Fröhler/Oberndorfer*, Wirtschaftsrecht (FN 38) 179 ff, und *Norbert Wimmer*, Materiales Verfassungsverständnis, 1971, 14 ff, 73 ff, jeweils mit wenig Resonanz. Die kollektive Ablehnung ist beiläufig auf den Punkt gebracht bei *Theo Öhlinger*, Verfassungskern und verfassungsrechtliche Grundordnung. Gedanken zu Peter Pernthalers Verfassungstheorie, in: Karl Weber/Norbert Wimmer (Hrsg), Vom Verfassungsstaat am Scheideweg. Festschrift für Peter Pernthaler, 2005, 273

mentationsmuster richtet sich im Grunde selbst, wenn die Bedeutung einer Norm auf der Zeitachse konstant bleibt: Was als Interpretation ursprünglich richtig war, kann durch Zeitablauf allein nicht falsifiziert sein, und wenn ein neuer Interpretationsvorschlag hier und heute richtig ist, dann nur deswegen, weil er immer schon richtig war. Die Bewältigung neuer Probleme gilt als Domäne des politischen Prozesses, jedes *aggiornamento* der Verfassung durch seine Exegeten als unzulässige Grenzüberschreitung.⁴⁴ Die Interpreten haben als Hohepriester der Verfassung ihren Sinn unverfälscht zu bewahren, mag dieser Sinn auch unzeitgemäß geworden sein, und im übrigen auf die nächste Offenbarung zu warten.

Wer in diesem Milieu der Sache nach einen Verfassungswandel argumentieren will, ohne auf taube Ohren zu stoßen, der kommt nicht umhin, ebenfalls das historische Argument zu bemühen. Da kaum eine Verfassung öfter ergänzt wird als die österreichische, mangelt es nicht an Interaktionen zwischen Verfassungsorganen, die im Rahmen historischer Auslegung zu berücksichtigen sind.⁴⁵ Sie geben Gelegenheit, schwache Wechselwirkungen zwischen neuen und alten Bestimmungen anzunehmen und Änderungen zu diagnostizieren, wo nüchterne Betrachtung nur Konstanz sieht. Als etwa die Verfassungsgesetzgebung auf Rechtsprechung zum Anklageprinzip durch Erlassung von Bestimmungen im Verfassungsrang reagierte, wurde hierin eine Positionierung eben dieser Rechtsprechung gesehen, die ihr die zunächst fehlende dogmatische Basis vermittelte.⁴⁶ Wer diesen Ansatz konsequent

(287 FN 80), wenn er das für einen vorsichtigen Import deutscher und schweizerischer Standards der Verfassungsinterpretation werbende Werk *Wimmers* 35 Jahre später »noch immer als bemerkenswert provokant« bezeichnet.

44 Vgl. *Korinek*, Interpretation (FN 3) 374: »In einer demokratischen Ordnung kann sich das Recht nicht durch gewandelte Anschauungen (oder gar durch ein ›natürliches Rechtsempfinden‹) verändern, sondern nur wieder durch demokratisch erzeugte Rechtsnormen. Es wäre in einer repräsentativ-demokratischen Staatsordnung geradezu unerträglich anzunehmen, daß sich die verfassungsrechtlichen Grundlagen des politischen Handelns dadurch verändern können sollen, daß von Personen, denen dazu die demokratische Legitimation fehlt, geänderte politische oder gesellschaftliche Zustände oder Anschauungen konstatiert werden.«

45 Dies ist erstmals betont bei *Öhlinger*, JBl 1971, 292.

46 *Rudolf Thienel*, Anklageprinzip und Zeugnisentschlagungsrecht, 1991, 27 ff. Für weitere Beispiele vgl. *Öhlinger*, JBl 1971, 290 (Geschlossenheit des Rechtsquellsystems); *derselbe*, Der völkerrechtliche Vertrag im staatlichen Recht, 1973, 208 ff (Staatsgebiet und österreichische Hoheitsgewalt), und VfSlg 17.516/2005 (Maßgeblichkeit einer offenkundig falschen Kompetenzinterpretation, weil der Verfassungsgesetzgeber bei Erlassung einer zwischenzeitig aufgehobenen Bestimmung von ihrer Richtigkeit ausgegangen war). ME zutreffende Fundmentalkritik bei

fort spinnt, kann zum Ergebnis gelangen, die letzte Änderung der Verfassung habe alle zuvor geschöpften Erkenntnisse des Verfassungsgerichtshofes in ihren Willen aufgenommen, soweit sie ihnen keine klare Absage erteilt hat.

IV. Die Stufenbaulehre als Leitbild

Eine vierte Besonderheit sehe ich darin, dass in Österreich ein Leitbild allgemein akzeptiert ist, das in anderen Verfassungskulturen allenfalls marginale Bedeutung hat. Die Rede ist von der Vorstellung der Rechtsordnung als Stufenbau von Normen unterschiedlicher rechtlicher Kraft, in dem die Verfassung die oberste Stufe darstellt. Diese Theorie wird in jedem Lehrbuch eingangs präsentiert,⁴⁷ und sie wirkt auf Verfassungsverständnis und Verfassungsauslegung mehrfach zurück.⁴⁸

Die erste Rückwirkung liegt darin, dass sie ein normatives Verständnis der Verfassung stabilisiert. Die Verfassung ist zwar die oberste Stufe der Rechtsordnung, aber nichts vom Gesetz qualitativ Verschiedenes. Nachdem in Österreich auch das gerichtliche Urteil und der verwaltungsbehördliche Bescheid, ja sogar der faktische Polizeizwang⁴⁹ als Norm begriffen werden, ist mit dieser Homogenisierung auch eine Ernüchterung verbunden:⁵⁰ Die Verfassung unterscheidet sich von einer Verfügung über die Vollstreckung einer Geldstrafe von 70 Euro nur durch ihren generellen Adressatenkreis, durch ihren abstrakteren Inhalt und durch ihren höheren Rang, sie hat aber deshalb noch keine andere Qualität. Die Verfassung ist weder politische Grundentscheidung noch Grün-

Heinz Peter Rill, Zur Bedeutung der bundesverfassungsrechtlichen Festlegung des Bundesgebietes (Art. 3 Abs. 1 B-VG), in: Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Salzburg (Hrsg), *Aus Österreichs Rechtsleben in Geschichte und Gegenwart*. Festschrift für Ernst C. Hellbling, 1981, 343 (350 ff).

47 Vgl *Berka*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 14 f; *Bernd-Christian Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht⁴, 2011, Rz 011 f; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 33 ff; *Friedrich Koja*, Einführung in das öffentliche Recht, 1998, 2; *Öhlinger*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 9 ff; *Manfred Stelzer*, Grundzüge des Öffentlichen Rechts, 2005, 11 ff; *Harald Stolzlechner*, Einführung in das öffentliche Recht⁴, 2007, Rz 112 ff; *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht (FN 3) Rz 9; *Manfried Welan*, Recht in Österreich⁴, 2005, 32 f.

48 *Jakab*, Der Staat 46 (2007), 270, 276 f, 279 f; *Somek*, Wissenschaft (FN 31) Rz 7 ff; *Wiederin*, Denken (FN 4) 300 ff.

49 Kritisch zur Figur einer den Zwang zur Norm stilisierenden Duldungspflicht hingen *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 157: begriffsjuristische Konstruktion.

50 *Somek*, Wissenschaft (FN 31) Rz 12.

dungsmythos der Nation, weder Wertekorsett noch Religionsersatz oder Heilslehre; sie ist eine Norm wie andere auch, die nicht einmal am Pathos der Allgemeinheit des Gesetzes zwingenden Anteil hat.

Eine weitere Leitfunktion hat die Stufenbaulehre, indem sie das Verhältnis zwischen Verfassungsrecht und Politik als Wechselspiel von Bindung und Freiheit erklärt.⁵¹ Wo die Verfassung etwas sagt, bindet sie die Politik; wo sie schweigt, hat die Politik freie Hand. »Verfassungskonkretisierung« ist demnach keine alle Bereiche durchdringende optimale Verwirklichung von Verfassungszielen, sondern ein arbeitsteiliger Prozess, in dem das Parlament unter Beachtung der heteronomen Determinanten der Verfassung unter autonomer Zugabe weiterer Komponenten Gesetze macht, die ihrerseits die Verwaltung wie die Gerichtsbarkeit binden, dies aber niemals vollständig tun, weil jede Schranke nur die Fläche begrenzt, aber keinen Standpunkt zuweist.

Damit ist gleichzeitig ein Stufenbau der Staatsfunktionen grundgelegt.⁵² Weil die Gesetze als zweithöchste Stufe nach der Verfassung höheren Rang haben als Verordnungen, Urteile und Bescheide, ist die Gesetzgebung der Verwaltung und der Gerichtsbarkeit übergeordnet; und weil Verwaltungsakte und Urteile nebeneinander stehen, werden Verwaltung und Gerichtsbarkeit als gleichwertige und gleichberechtigte Vollzugsbereiche begriffen, die einander nicht in die Quere kommen dürfen.⁵³

Eine dritte Auswirkung liegt in der Präformierung des Sinnes von Rechtsschutzeinrichtungen. Im Stufenbaubild kann es nicht darum gehen, die Rechte der Bürger zu wahren, denn diese Rechte kommen im Bild ja gar nicht vor. Es geht darum, die Konsistenz der Gesamtordnung zu sichern und jeden Rechtsakt gleich welcher Stufe, der aus dem höherrangigen Ermächtigungsrahmen auszurechnen versucht, aus dem System zu eliminieren.⁵⁴ Es geht um nichts weniger, aber auch um nicht mehr als um die Sicherung einer deontisch perfekten Welt.

51 Wiederin, Denken (FN 4) 303 f.

52 Theo Öhlinger, Der Stufenbau der Rechtsordnung, 1975, 30 ff; Jakob, Der Staat 46 (2007), 276 f

53 Egbert Mannlicher, Der Weg zur rechtlichen Ebenbürtigkeit von Verwaltung und Justiz, in: VwGH (Hrsg), 90 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, 1966, 61 (63 f).

54 Vgl die klassische Rechtsstaatsformel in VfSlg 2929/1955, die auf Ludwig Adamovich, Grundriß des österreichischen Verfassungsrechts⁴, 1947, 71, zurückgeht (vgl. Theo Öhlinger, Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu den EG, 1988, 30 f) und von der Lehre unisono aufgegriffen wurde (vgl etwa Walter Antonioli, Finanzverwaltung und Rechtsstaat, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit. Festschrift für Hans Huber zum 60. Geburtstag, 1961, 9 [11]).

Einfluss hat die Stufenbauthorie last but not least auch auf die Interpretation.⁵⁵ Deren Geschäft ist es, den Rahmen abzustecken, die Grenzen aufzuweisen, die den Organen niedrigerer Stufe gezogen sind, und nicht, ihnen die einzig richtige Lösung zu präsentieren.⁵⁶ Wo die Verfassung Grenzen setzt, sind diese freilich auf allen Stufen und von allen Organen zu beachten, Rechtsakte unterhalb der Verfassung also im Zweifel verfassungskonform zu deuten.⁵⁷ Schließlich: Auch die Verfassung selbst wird als Ordnung begriffen, die in sich gestuft ist. Es gibt Baugesetze, die höheren Rang haben, und nachgeordnetes einfaches Verfassungsrecht, das baugesetzkonform interpretiert werden muss.⁵⁸

B. Interpretieren: Eine geschlossene Gesellschaft?

Damit genug der Spezifika, die unseren Gebrauch der Auslegungswerkzeuge ausmachen. Ich wende mich der Gesellschaft der Verfassungsinterpretation zu, die ähnlich zusammengesetzt ist wie sonst in Europa, in der aber ebenfalls einige Besonderheiten Erwähnung verdienen.

-
- 55 *Walter*, Auslegungsproblem (FN 30) 188, 191 ff; *Mayer*, Interpretationstheorie (FN 6) 64, 66; *Handstanger*, ÖJZ 2004, 623 f; *Otto Pfersmann*, Rechtstheorieverständnis als Voraussetzung des Rechtsverständnisses. Skizze für einen Ländervergleich Frankreich, Deutschland, Österreich, in: Joseph Jurt/Gerd Krumeich/Thomas Würtenberger (Hrsg), Wandel von Recht und Rechtsbewusstsein in Frankreich und Deutschland, 1999, 51 (56 ff).
- 56 Die Akzentsetzungen wechseln von Autor zu Autor. Mehrdeutigkeit als Normalfall einstuft *Kurt Ringhofer*, Interpretation und Reine Rechtslehre, in: Adolf J. Merkl/René Marcic/Alfred Verdross/Robert Walter (Hrsg), Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag, 1971, 198 (204 f), und *Michael Thaler*, Mehrdeutigkeit und juristische Auslegung, 1982, 152 ff; sie neutral als Möglichkeit konzedierend *Korinek*, Interpretation (FN 3) 366, und *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht (FN 3) Rz 126 f; ihr Ausnahmecharakter zumessend *Günther Winkler*, Rechtstheorie und Erkenntnislehre, 1990, 222 ff.
- 57 *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer*, Bundesverfassungsrecht (FN 3) Rz 135; *Korinek*, Interpretation (FN 3) 382 ff. Zur Rspr *Lamiss Khakzadeh-Leiler*, Die Verfassungskonforme Interpretation in der Judikatur des VfGH, ZÖR 61 (2006), 201 (205 ff). Kritische Nachfragen zur theoretischen Fundierung bei *Clemens Jabloner*, Stufung und »Entstufung« des Rechts, ZÖR 60 (2005), 163 (175 ff); überzogene Ablehnung bei *Benjamin Kneihls*, Wider die verfassungskonforme Interpretation, ZfV 2009, 354 (355 ff).
- 58 *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 71 ff; *derselbe*, Gemeinschaftsrechtskonforme Interpretation und Anwendungsvorrang am Beispiel des Verfahrensrechts, in: Michael Holoubek/Michael Lang (Hrsg), Abgabenverfahrensrecht und Gemeinschaftsrecht, 2006, 33 (38); *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 25.

I. Der Verfassungsgerichtshof

Den ersten Rang in dieser Gesellschaft nimmt ganz ohne Zweifel der Verfassungsgerichtshof ein.⁵⁹ Als Nachfolger des Reichsgerichts steht er in einer Rechtsprechungstradition, die bereits im Jahre 1869 begonnen hat, und er legt das B-VG, die Unterbrechungen seiner Geltung schon abgezogen, seit bald achtzig Jahren aus. Die Vergleiche mit dem amerikanischen Supreme Court und dem deutschen Bundesverfassungsgericht drängen sich auch seiner Bedeutung wegen auf: Die österreichische Verfassung ist überwiegend das, zu dem sie der Verfassungsgerichtshof gemacht hat.⁶⁰ Er hat in der Zwischenkriegszeit die neue Verfassung mit Leben erfüllt, und zwar ähnlich energisch, wie das Bundesverfassungsgericht nach 1951 von seinen Kompetenzen Gebrauch gemacht hat.⁶¹ Und welche dominierende Rolle er in der Verfassungsauslegung nach 1945 gespielt hat, zeigt sich darin, dass die wenigen methodischen Reflexionen, die es in dieser Ära gab, überwiegend in seinen Erkenntnissen statt fanden.⁶² Selbst bei der Theoriebildung gebührte ihm der Primat: Die Versteinerungstheorie, die Herzog-Mantel-Theorie, die Wesenstheorie, die Überschattungstheorie – all diese Theorien, die die Verfassungsinterpretation teilweise bis heute leiten, sind im Schoß des Gerichtshofes entstanden. Auch manche der erwähnten österreichischen Besonderheiten geht auf ihn zurück: Die strikte Orientierung am Text, die Präferenz für ein nach rückwärts gewandtes entstehungszeitliches Begriffsverständnis und die Bedeutung historischer Argumente sind Markenzeichen seiner Tätigkeit.⁶³ Auffällig ist aber zum einen, dass sich diese Besonderheiten in seiner Rechtsprechung erst nach 1945 so verdichten, und zum anderen, dass der Gerichtshof anfangs den parlamentarischen Materialien zu Verfassungsänderungen weniger Beachtung schenkt als der einfachgesetzlichen Rechtslage.

59 *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 54 f.

60 Vgl. *Hans Spanner*, Lebendiges Verfassungsrecht, JBl 1965, 232 (237): »Wir leben unter der Bundesverfassung, aber was sie bedeutet, sagt der VfGH.«

61 *Wiederin*, Denken (FN 4) 308 ff.

62 Nachweise bei *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 61 ff.

63 Vgl. *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 61, 64; *Michael Potacs*, Auslegung im öffentlichen Recht, 1994, 50 ff, 62 ff, 81 ff, 116 ff, 143 ff, 171 ff, 219 ff; für eine Außensicht *Ulrich Scheuner*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung, DÖV 1980, 473 (474).

Bis heute betont der Gerichtshof, dass er nur an der Verfassung Maß nimmt und dass er nicht dazu berufen ist, die Welt gerechter zu machen oder das politisch Gebotene zu tun.⁶⁴

Der Sache nach ist er mittlerweile aber ein sehr aktiver Gerichtshof, auch im internationalen Vergleich. Das zeigt sich in der Wende zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Beschränkung der Freiheitsrechte des Staatsgrundgesetzes,⁶⁵ die eine neue Ära des Selbstbewusstseins des Gerichtshofs eingeleitet hat. Es zeigt sich auch in der Rechtsprechung zur Rechtsstaatlichkeit, die sich vom Text der Verfassung gelöst hat,⁶⁶ und es zeigt sich nicht zuletzt in der Judikatur zu Ausgliederungen und Beleihungen.⁶⁷

II. Der Verfassungsdienst

An zweiter Stelle unter den Verfassungsinterpreten, und das mag vielleicht überraschen, möchte ich den Verfassungsdienst⁶⁸ nennen.⁶⁹ Diese Sektion im Bundeskanzleramt ist die Nachfolgerin einer Gliederung der Staatskanzlei,⁷⁰ die im Prozess der Ausarbeitung der Verfassung 1920

64 VfSlg 17.093/2003.

65 Bahnbrechend VfSlg 10.179/1984. Bis heute maßgebliche Reflexion dieser Wende: *Manfred Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1991, 143 ff.

66 Vgl VfSlg 13.223/1992, 13.834/1994, 14.769/1997, 16.327/2001, 16.772/2002. Dazu mwN die Übersicht bei *Martin Hiesel*, Die Entfaltung der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2009, 111 (111 ff).

67 Vgl VfSlg 14.473/1996, 16.400/2001, 18.808/2009 mwN.

68 Zum ihm vgl *Ignaz Seidl-Hohenveldern*, Der Verfassungsdienst, ÖJZ 1951, 160; *Hans Weiler*, Der Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes, ÖJZ 1962, 281, 314; *Gerhart Holzinger*, Funktion und Wirkungsweise des Verfassungsdienstes im Bundeskanzleramt, in: Heinz Schäffer/Otto Triffterer (Hrsg), Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rüdiger Gedächtnissymposium, 1984, 314; *Georg Lienbacher*, Der Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt, in: FS Schäffer (FN 21) 427.

69 Ebenso *Manfried Welan*, Der Verfassungsgerichtshof, in: Anton Pelinka/Manfried Welan (Hrsg), Demokratie und Verfassung in Österreich, 1971, 211 (225), der den Verfassungsdienst neben dem Verfassungsgerichtshof als zweiten großen Träger der Verfassungsverwirklichung bezeichnet.

70 Eingerichtet mit Erlass vom 11. 12. 1918, Zl 1039, zunächst als »Gesetzgebungsdienst«, wohl im Gefolge der gesetzlichen Betrauung der Staatskanzlei mit der »Vorbereitung der verfassungsrechtlichen Vorlagen des Staatsrates« (§ 12 Abs 1 StGBI 1918/139) umbenannt in »Verfassungsdienst«, zur Sektion erhoben 1968. Zur Entwicklung von Aufgaben, Organisation und Bezeichnung vgl *Lienbacher*, Verfassungsdienst (FN 68) 429 ff.

eine Schlüsselrolle spielte.⁷¹ Dem Verfassungsdienst ist die legistische Pflege der Verfassung anvertraut. Er hat aber auch über die Einhaltung der Verfassung zu wachen, und zwar einerseits innerhalb der Bundesverwaltung, andererseits im Verhältnis zwischen Bund und Ländern. Alle Gesetzesentwürfe sämtlicher Ressorts und alle Landesgesetze werden hier auf ihre Verfassungskonformität begutachtet,⁷² und überdies werden Gutachten zu drängenden verfassungsrechtlichen Fragen erstellt. Außerdem fungiert der Verfassungsdienst als Schnittstelle zum Verfassungsgerichtshof, weil er und nicht das Parlament zur Verteidigung der Bundesgesetze berufen ist.⁷³

Der Verfassungsdienst verstand sich von Anfang an als wissenschaftlicher Dienst, und er ist bis heute das verfassungsrechtliche Gewissen, das die Staatspraxis leitet.⁷⁴ Als Institution ist er um Lini en bemüht. Dass die subjektiv-historische Auslegung in Österreich so stark ist, hängt damit zusammen, dass der Verfassungsdienst ihr großen Stellenwert zumisst, und das wiederum hat vielleicht damit zu tun, dass es seinen eigenen Standpunkt stärkt. Ob er oder die Lehre als Verfassungsinterpret wichtiger ist, ist schwer zu entscheiden. Außer Frage steht allerdings, dass er dem Club der Interpreten angehört, seit es die Verfassung gibt.

III. Die Doktrin

Für die Lehre an den Universitäten, zu der ich nunmehr komme, trifft das nicht in gleicher Weise zu. In der Zwischenkriegszeit spielte sie nämlich keine nennenswerte Rolle. Wer wissenschaftlich auf sich hielt,

71 Symbolischen Ausdruck fand diese Rolle in der Tatsache, dass die Beamten während der Debatte über das B-VG in der KNV auf der Regierungsbank Platz nahmen: vgl StProtKNV 100. S, 3369, und 101. S, 3409.

72 Die von den Bundesministerien ausgearbeiteten Gesetzesentwürfe und die unterzeichneten Staatsverträge werden im Begutachtungsverfahren, die Gesetzesentwürfe und Gesetzesbeschlüsse der Länder im Begutachtungsverfahren sowie im Verfahren nach Art 98 Abs 2 B-VG geprüft.

73 Neben der Verteidigung von Bundesgesetzen obliegt ihm im Verfahren nach Art 140 Abs 1 zweiter Satz B-VG auch die Vorbereitung der Anfechtung von Landesgesetzen.

74 Würdigungen bei *Antoniolli*, Verwaltungsrecht (FN 10) 169; *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 53; *Welan*, Verfassungsgerichtshof (FN 69) 225; *Hans R. Klecatsky*, Die Lage des österreichischen Berufsbeamtentums, 1976, 17 f.

trieb Strukturtheorie und hielt sich nicht mit Verfassungsauslegung auf.⁷⁵ Dogmatische Arbeiten mit wissenschaftlichem Anspruch stammten überwiegend von Praktikern,⁷⁶ und erst mit ihrer Berufung an die Universitäten verschoben sich die Akzente.⁷⁷ Doch auch nach dem Zweiten Weltkrieg gelangte die Lehre anfangs über eine Inventarisierung der Rechtsprechung kaum hinaus.⁷⁸ Von einer eigenständigen, Position beziehenden und die Praxis kritisch begleitenden Verfassungsrechtsdogmatik, wie es sie in Deutschland seit *Laband* gibt, kann man erst seit den Sechzigerjahren sprechen. Sinnfälliger Ausdruck des Erstarkens der Doktrin ist einerseits die von *Günther Winkler* herausgegebene Reihe *Forschungen aus Staat und Recht*,⁷⁹ andererseits das System des österreichischen Verfassungsrechts von *Robert Walter*.⁸⁰ Und es ist wohl kein Zufall, dass auch die erste kritische Bestandsaufnahme über die Auslegung der Verfassung, die Habilitationsschrift von *Heinz Schäffer*,⁸¹ in diese Epoche fällt. Dogmatik mit wissenschaftlichem Anspruch und Reflexion ihrer Methoden gehen offenbar Hand in Hand.

Mittlerweile ist es um die Lehre jedoch wieder etwas ruhiger geworden. Seit 1985 gibt der Verfassungsgerichtshof wieder stärker die Themen vor, und zwei um die Jahrtausendwende begonnene Großkommen-

-
- 75 Der Kommentar von *Hans Kelsen/Georg Froehlich/Adolf Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, 1922, widerlegt diese Einschätzung nicht, ist er doch ebenso wie die vier ihm vorangegangenen Teile der Reihe »Die Verfassungsgesetze der Republik Österreich« als Serviceliteratur und als literarische Nebenverwertung praktisch-legistischer Tätigkeit angelegt.
- 76 *Ludwig Adamovich*, Die Prüfung der Gesetze und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof, 1923; *Ludwig Adamovich/Georg Froehlich*, Die österreichischen Verfassungsgesetze des Bundes und der Länder, 1925. Bestandsaufnahme der Literatur bei *Rudolf Aladár Métall*, Das Schrifttum zur österreichischen Bundesverfassung 1920—1930, ÖVBl 1931, 128 (129 ff).
- 77 *Ludwig Adamovich*, Grundriß des österreichischen Staatsrechtes, 1927. Außerdem der Erwähnung wert: *Hans Mokre*, Das Verfassungsrecht der österreichischen Länder, 1929.
- 78 Ausnahme von der Regel und zugleich Bestätigung dieser Wertung *Felix Ermacora/Hans R. Klecatsky/Kurt Ringhofer*, Die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes im Jahre 1954, ÖJZ 1956, 617 (617), mit der Feststellung, dass »der Rechtsprechung des VfGH eine systematische und zugleich kritische Würdigung größeren Stils allzu lange vorenthalten geblieben ist.«
- 79 Die im Jahr 1967 mit der Schrift von *Friedrich Kojas*, Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer, einsetzende Reihe zählt bis heute 164 Bände.
- 80 *Walter*, Bundesverfassungsrecht (FN 16).
- 81 *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 43, mit der Feststellung: »Erst in neuerer Zeit beginnt die theoretische und dogmatische Befassung mit der Interpretationsproblematik wieder in den Vordergrund zu treten.«

tare zum Verfassungsrecht⁸² zwingen zur getreuen Protokollierung der Judikatur. Was danach noch an Energien übrig blieb, wurde zu einem Gutteil durch Verfassungsreformbestrebungen absorbiert, in die die Lehre breit eingebunden war.⁸³

IV. Die sonstigen Verfassungsorgane

In den letzten Jahrzehnten haben dafür andere Institutionen die Verfassung entdeckt. Der Verwaltungsgerichtshof ficht seit längerem Gesetze auf Basis eigenständiger Auslegungen an und bringt die Verfassung im Rahmen verfassungskonformer Interpretation in Anschlag.⁸⁴

Die unabhängigen Verwaltungssenate tun es ihm gleich, seit es sie gibt. Die ordentlichen Gerichte halten sich hingegen bis heute mit Anfechtungen eher zurück.⁸⁵ Dennoch bildet die Gerichtsbarkeit keine verfassungsexempte Enklave mehr,⁸⁶ hat doch der Oberste Gerichtshof seit einigen Jahren schon die Grundrechte entdeckt.⁸⁷ Auch der Bundes-

82 Vgl. einerseits Karl Korinek/Michael Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht. Textsammlung und Kommentar, Stand 9. Lfg 2009, andererseits Heinz Peter Rill/Heinz Schäffer (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht. Kommentar, Stand 6. Lfg 2010.

83 Vgl. die Gutachten von *Heinz Schäffer*, *Bernd-Christian Funk* und *Hans Georg Ruppe* zur Bundesstaatsreform 1992–1994, veröffentlicht in: BKA (Hrsg.), Neuordnung der Kompetenzverteilung in Österreich, oJ (1991), die Vorarbeiten zur Verfassungsbereinigung von *Robert Walter*, Überlegungen zu einer Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 2 Bd, 1994, und *Richard Novak/Bernd Wieser*, Zur Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 1994, sowie die Tätigkeit zahlreicher Verfassungsrechtler im zwischen 2003 und 2005 tagenden Österreich-Konvent.

84 Überblick bei *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 173 ff. Für eine eigenständige Kompetenzauslegung vgl. VwSlg 14.265 A/1995; für eine verfassungskonforme Interpretation VwGH 26. 9. 2007, 2007/21/0247, für eine eigenständige Beurteilung der Verfassungskonformität eines Gesetzes VwGH 21. 1. 2009, 2007/08/0032.

85 Zu möglichen Gründen *Robert Walter*, Die Funktion der Höchstinstanzen im Rechtsstaat Österreich, RZ 1999, 58 (60 f).

86 Vgl. die bis heute brauchbare Übersicht bei *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 177 ff, der eine »nur schwache Durchdringung des justizrechtlichen Sektors mit verfassungsrechtlichen Gedanken« konstatiert (178).

87 Aktuelle Bestandsaufnahme bei *Lamiss Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs, jur Habilitationsschrift Innsbruck, 2010; ferner *Eckart Ratz*, Grundrechte in der Strafjudikatur des OGH, ÖJZ 2006, 318 (318 ff).

präsident legt seine Rolle neuerdings breiter an.⁸⁸ Vor Beurkundung eines Bundesgesetzes prüft er nicht nur, ob auf dem Weg der Gesetzgebung alle Stationen korrekt absolviert worden sind; er verweigert die Bekundung auch dann, wenn das Gesetz offensichtliche Verfassungswidrigkeiten enthält, und teilt der Öffentlichkeit seine Gründe mit.⁸⁹

Das Parlament hingegen hat seinen Platz unter den Verfassungsinterpreten noch nicht so recht gefunden.⁹⁰ Es vollzieht zwar nahezu täglich die Verfassung und kommt um ihre Auslegung nicht herum; es geizt aber mit Begründungen und ihrer Kommunikation nach außen.⁹¹ Deshalb nimmt nicht wunder, dass der Ruf nach Einführung von Organstreitverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof immer öfter zu hören ist.⁹²

Damit ist die Liste der Mitglieder der Gesellschaft der Verfassungsinterpreten auch schon erschöpft. Bürger und Intellektuelle reden bei ihrer Auslegung nicht mit. Zwar haben Verfassungsfragen in den Medien an Bedeutung gewonnen, die Debatte hierüber ist aber ein reiner Juristendiskurs geblieben. Weil Medien von Aufmerksamkeit leben, hat sich allerdings die Neigung verstärkt, Kontroversen zu inszenieren und Verfassungsexperten gegeneinander in Stellung zu bringen.⁹³ Es ist zwar beileibe keine junge Erscheinung, dass Expertenscharmützel die großen politischen Auseinandersetzungen begleiten. Neu ist aber, dass sie in der gleichen Arena ausgetragen werden, in der auch die Politiker

88 Engeres Rollenverständnis noch bei *Rudolf Kirchschläger*, Zwölf Jahre im Amt des Bundespräsidenten – ein Rückblick, in: FS Adamovich (FN 2) 202 (208): »Der Bundespräsident wird daher im Zweifel, sofern nicht der Fall der Gesamtänderung der Bundesverfassung vorzuliegen scheint, dann wenn sich nicht konkrete und offensichtliche Bedenken gegen das verfassungsmäßige Zustandekommen eines Gesetzes ergeben, die ihm obliegende Beurkundung vornehmen können.«

89 Vgl die »Information zur Nichtbeurkundung der Novelle zur Gewerbeordnung durch Bundespräsident Heinz Fischer«, http://www.hofburg.at/show_content2.php?s2id=1006 (21. 10. 2010). Positive Bewertungen bei *Heinz Peter Rill*: Die Rolle des Bundespräsidenten als Hüter der Verfassung, ZfV 2008, 314 (314 ff), und *Martin Paar*, Das Beurkundungsrecht des Bundespräsidenten nach Art 47 B-VG, ZÖR 64 (2009), 7 (8 ff).

90 Es wird denn auch bei *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 50 ff, nur im Zuge der Erörterung des »Randphänomens« authentische Auslegung erwähnt.

91 Symptomatisch etwa die Praxis im Immunitätsverfahren, die mit Stehsätzen ohne Begründungswert operiert: vgl statt vieler AB 581 BlgNR 24. GP.

92 Dazu *Katharina Pabel*, 90 Jahre Bundesverfassung – Das Parlament in guter Verfassung? in: ÖJT (Hrsg.), 90 Jahre Österreichische Bundesverfassung, 2010, 27 (33 f).

93 *Somek*, Wissenschaft (FN 31) Rz 39: »Sie fungieren bereitwillig als die tapferen Zinnsoldaten der öffentlichen Meinungsbildung durch den Rundfunk.«

kämpfen. Dem Publikum fällt es deshalb zunehmend schwer, an eine scharfe Grenze zwischen Verfassung und Politik zu glauben.⁹⁴

Sie sehen also: Der österreichische Umgang mit der Verfassung ist längst nicht so homogen, wie ich ihn eingangs präsentiert habe. Die verschiedenen Interpreten haben ihren Platz bald früher, bald später gefunden, sie bekleiden unterschiedliche Rollen, und sie legen ihre Rolle je und je anders an.

C. Gründe: Weshalb ist Österreich anders?

Wenn ich jetzt nach den Gründen frage, weshalb Österreich einen Sonderweg eingeschlagen hat, dann wird es Sie nicht überraschen, dass es mit einer Erklärung wieder nicht getan ist. Viele Einflüsse spielen eine Rolle, sie haben sich überlagert und verstärkt.

I. Einfluss der Reinen Rechtslehre

Ein Faktor, der ausländischen Beobachtern sofort ins Auge springt, ist der Einfluss der Reinen Rechtslehre.⁹⁵ Er erklärt das starke Bedürfnis nach Abgrenzung gegenüber der Politik und gegenüber metarechtlichen Normenordnungen, er macht die Leitbildfunktion der Stufenbaulehre und das mit ihr verbundene Verständnis der Verfassung als Rahmenordnung plausibel, und er erklärt die Zurückhaltung gegenüber der Feststellung von Lücken und ihrer Schließung. Die spezifische österreichische Annäherung an die Auslegung der Verfassung, also die Fokussierung auf den Text und die Präferenz für historische Argumente, erklärt er in meinen Augen aber nicht. Das wird besonders deutlich, wenn man die Tätigkeit *Kelsens* im Verfassungsgerichtshof studiert.⁹⁶ Als Verfassungsrichter klebt *Kelsen* erstens nicht am Buchstaben. Er argumentiert zweitens im Zweifel systematisch und teleo-

94 Dazu *Walter*, Rechtspositivismus (FN 18) 462.

95 Vgl. *Jakab*, Der Staat 46 (2007), 268 ff.

96 Reiches Material bei *Robert Walter*, Hans Kelsen als Verfassungsrichter, 2005.

logisch, nicht historisch.⁹⁷ Drittens ist er alles andere als ein zurückhaltender Richter, denn er begreift seine Rolle als politisches Amt, das er nutzt, um eine klare Agenda durchzusetzen.⁹⁸ Ganz oben auf dieser Agenda steht die Ermöglichung, ja die Erzwingung von Demokratie: Die Rechtsprechung zum Legalitätsprinzip,⁹⁹ anfangs ahistorisch und unsystematisch, geht ebenso auf sein Konto wie die Neigung, den Schutzbereich von Grundrechten dermaßen weit zu ziehen, dass als Anforderung für die Rechtfertigung von Eingriffen nur mehr das Erfordernis eines Parlamentsgesetzes übrig blieb.¹⁰⁰ Eine weitere Linie, die sich durch die Rechtsprechung der ersten Republik hindurch zieht und von *Kelsen* mitgeformt wurde, ist der Schutz der Verwaltung vor der Gerichtsbarkeit. Die Bestimmungen über die Kompetenzkonflikte wurden auf sein Betreiben hin vom Gerichtshof auf eine Art und Weise interpretiert, die der parlamentarisch steuerbaren Verwaltung Schutz vor dem unverantwortlichen Richter bot¹⁰¹ – denn der Richter erschien, und das vielleicht nicht ohne Grund, als monarchisch befangen und konservativ geprägt.

Den Auslegungs skeptizismus der Reinen Rechtslehre hat erst *Robert Walter* mit seiner durch das Spätwerk *Kelsens* inspirierten Interpretationslehre¹⁰² überwunden. *Walter* bricht in ihr wohl eine Lanze für die subjektive Auslegung, knüpft im Übrigen aber eine Präferenz für historische Argumente an, die zu dieser Zeit schon herrschend war. Sie ver-

97 Vorbehalte gegen die historische Interpretation auch bei *Merkl*, Interpretationsproblem (FN 6) 1069 ff, 1076.

98 Teilweise anders nuancierte Einschätzungen bei *Walter*, *Kelsen* (FN 96) 90 f, und *Theo Öhlinger*, Hans Kelsen – Vater der österreichischen Bundesverfassung? in: Gerald Kohl/Christian Neschwara/Thomas Simon (Hrsg), Festschrift für Wilhelm Brauner zum 65. Geburtstag, 2008, 407 (417).

99 VfSlg 176/1923. Obschon die Originalakten in Verstoß geraten sind (*Walter*, *Kelsen* [FN 96] 36 FN 112), ist die Rolle *Kelsens* als Berichterstatter verbürgt: vgl *Öhlinger*, *Kelsen* (FN 98) 409 FN 17.

100 Vgl insb VfSlg 71/1921, 164/1922, 287/1924, 1123/1928, 1279/1929; ferner VfSlg 259/1924, dessen Ergebnis *Kelsen* indes bedauert hatte (*Walter*, *Kelsen* [FN 96] 28 f). Dies findet sich auch im Erkenntnis selbst.

101 Vgl VfSlg 878/1927, in Abkehr von VfSlg 726/1926. Dazu mwN *Walter*, *Kelsen* (FN 96) 57 ff, und *Christian Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter: Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse, in: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (Hrsg), Hans Kelsen, 2005, 353 (361 ff).

102 *Walter*, Das Auslegungsproblem (FN 30) 191 ff; *derselbe*, Die Interpretationslehre im Rahmen der Wiener Schule der Rechtstheorie, in: Anton Pelinka ua (Hrsg), Zwischen Austromarxismus und Katholizismus. Festschrift für Norbert Leser, 1993, 191 (199 ff).

dankt dem § 6 ABGB¹⁰³ und den Quelleneditionen *Ermacor*¹⁰⁴ und *Berchtolds*¹⁰⁵ weit mehr als der Wiener Schule.¹⁰⁶

II. Besonderheiten der Verfassung

Ein zweiter Grund, der manches erklären könnte, ist die Verfassung selber. Aufgrund ihrer Regelungsdichte und ihrer technischen Perfektion gibt sie weniger Anlass als andere Verfassungen, Gewohnheitsrecht anzunehmen oder Lücken zu schließen. Ihre vielen Regelungen mit kasuistischen Zügen und ihr stark fragmentierter Text, der weder äußere Geschlossenheit noch ein inneres System kennt, wird außerdem dafür verantwortlich gemacht, dass auch der Auslegung die nötige Grundsatzorientierung und Zweckausrichtung abhanden gekommen sei.¹⁰⁷ Das ist sicher nicht ganz falsch; ich glaube aber, dass der Einfluss dieser inneren und äußeren Zersplitterung überschätzt wird. Das Nebenverfassungsrecht spielt in der Praxis regelmäßig nur punktuell eine Rolle, und im Kern, dem B-VG, ist unsere Verfassung weder kasuistisch noch systemlos, im Gegenteil.¹⁰⁸

Mehr erklärt in meinen Augen die Nüchternheit der Bundesverfassung sowie die Selbstbeschränkungen, die sie sich auferlegt hat. Man sieht ihr an, dass sie eine Einigung politischer Gegner darstellt, aus denen ein gutes Dutzend Jahre später Bürgerkriegsparteien werden sollten.¹⁰⁹ Gelingen ist ihnen die Verständigung auf Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit, mit Mühen auf den Bundesstaat und auf

103 Nach ihm darf einem Gesetze »in der Anwendung kein anderer Verstand beygelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervor leuchtet.« Dazu *Franz von Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch Bd I, 1811, X ff, sowie *Oskar Pisko*, § 6, in: Heinrich Klang (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd I/1, 1933, 103 (117 ff).

104 *Ermacora*, Quellen (FN 20); *derselbe*, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920, 5 Bd, 1989–1993.

105 *Klaus Berchtold*, Die Verfassungsreform von 1929, 2 Bd, 1979; *derselbe*, Die Verfassungsreform von 1925, 1992.

106 Vgl denn auch die Ablehnung historischer Interpretation bei *Rainer Lippold*, Recht und Ordnung, 2000, 331 ff.

107 *Hans R. Klecatsky*, Hat Österreich eine Verfassung? JBl 1965, 544 (546); *Öhlinger*, Stil (FN 2) 508 ff; *Somek*, Wissenschaft (FN 31) Rz 14.

108 *Schäffer*, Interpretation (FN 2) 63, konstatiert »relativ perfektionistische Züge«.

109 Vgl schon *Schäffer*, Interpretation (FN 2) 77, der im B-VG den »Ausdruck eines politischen Kompromisses auf relativ schmaler Konsensbasis« sieht.

die Grundzüge der Staatsorganisation, schließlich noch auf Staatsbeschränkung und Rechtsschutz nach tradiertem Muster. 1920 wurde also mit der Verfassung ein Rahmen provisorisch befestigt, und ihr ist ein Verständnis als Rahmenordnung und Spielregelverfassung adäquat.¹¹⁰ Darin liegt übrigens mitnichten ein Defizit: Eine Ordnung, die dem Spiel der politischen Kräfte keinen Raum lässt, kann nicht demokratische Verfassung sein.

III. Lehren aus der Geschichte

Drittens sind die österreichischen Besonderheiten sicher nicht nur, aber doch auch die Folge von Lehren, die die Geschichte uns erteilt hat. Schon in der Monarchie war die gemeinsame Wertebasis schmal, es gab keine gemeinsame Sprache, Religion oder Kultur, die ein solides Fundament bildeten. Rückblickend war die Verfassung 1867 der heroische Versuch, in der Blüte des Nationalismus einen auseinander driftenden Vielvölkerstaat als reine Rechtsgemeinschaft zusammen zu halten. Das konnte nur durch klar geschiedene Kompetenzen und durch geordnete Verfahren gelingen, weil kein Konsens über diese Werte hinaus bestand.¹¹¹ 1918 war die Ausgangslage anders, aber die Gräben zwischen den politischen Lagern verhinderten eine Einigung auf einen neuen Grundrechtskatalog, und selbst der Bundesstaat stand auf des Messers Schneide. Das Scheitern der Verfassungsreformbemühungen der letzten Legislaturperioden zeigt, dass diese Gräben bis heute nicht überbrückt sind. Die Verständigung auf europäische Werte im Importweg gelingt leichter als die Erarbeitung eines österreichischen Grundrechtsprofils. In einer solchen Umgebung sind Interpreten gut beraten, mit Idealen vorsichtig zu sein.¹¹²

Der Verfassungsgerichtshof, Sie werden sich erinnern, hatte sich zwischen 1920 und 1929 an diesen Rat nicht gehalten – und in Form der Amtsenthebung all seiner Mitglieder bekam er dafür im Jahr 1930

110 *Walter*, JRP 2004, 7.

111 *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), in: Hans Kelsen Werke Bd 1, 2007, 29 (59 f); *Erich Voegelin*, Der autoritäre Staat, Neudruck 1997, 4; *Somek*, Wissenschaft (FN 31) Rz 3 f mwN.

112 *Somek*, Wissenschaft (FN 31) Rz 4: »Menschen mit Visionen, etwa dem Glauben an Wertordnungen oder Verfassungsaufträge, haben im österreichischen Verfassungsrecht noch nie etwas verloren gehabt.«

die Rechnung präsentiert.¹¹³ Dieser institutionelle Schock veränderte den Interpretationsstil.¹¹⁴ Der Gerichtshof agierte fortan textnäher und argumentierte historischer, weil er hoffte, dadurch objektiver zu erscheinen und die das Verfahren verlierende Partei besser überzeugen zu können.

Die Weichenstellungen beim Neubeginn nach dem Zweiten Weltkrieg verstärkten diese Tendenz. Es war außenpolitisch zur Untermauerung der Kontinuitätsthese und innenpolitisch zur Verhinderung einer Verfassungsdiskussion mit den Kommunisten gleichermaßen opportun, an die Zwischenkriegszeit anzuknüpfen. Deshalb schlüpfte die wiedererstandene Republik in jene Verfassung zurück, die sie 1933 abgelegt hatte wie einen aus der Mode gekommenen Anzug. Der Ursprungskontext des B-VG ist deshalb in Nachkriegsösterreich weit aus präsenter, als er es in der Zwischenkriegszeit war. Die Konsenskultur, die sich zwischen den Koalitionsparteien etabliert hat, trug das ihre zur Festigung der Präferenz für Wortlaut und Absichten des Verfassungsgesetzgebers bei.¹¹⁵

IV. Kluft zwischen Methodik und Auslegungspraxis

Ein vierter Grund ist im Grunde kein Grund, aber ich will ihn dennoch nicht unerwähnt lassen. Dass wir in den Lehrbüchern bis heute an der tradierten Methodik festhalten, hängt damit zusammen, dass wir nicht immer sagen, was wir tun, geschweige denn immer tun, was wir sagen.¹¹⁶ Das ist nicht als Vorwurf gemeint, öffentlich Wasser zu predigen und privat Wein zu trinken.¹¹⁷ Die Kluft kommt überwiegend gar nicht ins Bewusstsein. Wir sind skeptisch gegenüber teleologischen Argumenten, haben aber immer weniger Scheu, sie unter falscher Flagge als historische segeln zu lassen; wir beschwören wortreich die Grenzen rationaler Erkennbarkeit des Rechts, um regelmäßig doch zum Ergebnis zu kommen, dass für das konkrete Auslegungsproblem nur

113 § 25 Abs 1 ÜG 1929, BGBl 1929/393: »Die Funktion der bisherigen Mitglieder und Ersatzmitglieder des Verfassungsgerichtshofes endet mit dem 15. Februar 1930.«

114 Andere Einschätzung bei *Öhlinger*, Kelsen (FN 98) 418, der eine nahtlose Fortsetzung des Auslegungsstils der 1920er Jahre nach 1945 konstatiert.

115 *Somek*, Wissenschaft (FN 31) Rz 16.

116 *Ralph Christensen*, Was heißt Gesetzesbindung? 1989, 64.

117 So *Somek*, Wissenschaft (FN 31) Rz 26.

eine Lösung die richtige sein kann;¹¹⁸ und wir kompensieren Ablehnung von Verfassungsgewohnheitsrecht dadurch, dass wir mit der verfassungsrechtlichen Grundordnung ähnlich wie mit Gewohnheitsrecht verfahren.¹¹⁹

D. Erschütterungen: Ein Sonderweg in die Sackgasse?

Wie wir gesehen haben, hat der österreichische Weg eine lange, wechselhafte Vergangenheit. Aber taugt er auch für die Zukunft? In seiner breit angelegten Untersuchung über unsere Verfassungsrechtswissenschaft hat *Alexander Somek* diese Frage klipp und klar verneint: Der österreichische Rechtspositivismus ist noch nicht einmal zeitgemäß, er hat sich längst in eine Sackgasse manövriert.¹²⁰

Ich halte dagegen, gestehe aber gerne zu, dass es eine Reihe von Erschütterungen gibt und dass es an der Zeit ist, über sie zu diskutieren.

I. Materiales statt formales Verfassungsverständnis

Die erste dieser Erschütterungen war die Rechtsprechung zu den Gesetzesvorbehalten bei der Grundrechtsprüfung. Sie ist verschiedentlich als kopernikanische Wende zu einem materialen Verfassungsverständnis begrüßt worden. Seither ist oft zu lesen, dass der ältere formale Stil einer materialen Verfassungsauslegung gewichen sei.¹²¹

118 So schon *Öhlinger*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 27.

119 *Theo Öhlinger*, Braucht Österreich eine Verfassung? *juridikum* 2000, 4 (6), mit der (erst gemeinten: vgl *denselben*, JRP 2003, 6) Bemerkung, dass Österreich als zweites Land Europas neben dem Vereinigten Königreich eine weitgehend ungeschriebene Verfassung habe.

120 *Somek*, Wissenschaft (FN 31) Rz 41, 43.

121 Den Übergang programmatisch fordernd *Wimmer*, Verfassungsverständnis (FN 43), insb 73 ff; den Wandel begrüßend *Peter Oberndorfer*, Demokratie und Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, in: Michael Holoubek ua (Hrsg), Dimensionen des modernen Verfassungsstaates, 2002, 105 (114 ff); *Somek*, Wissenschaft (FN 31) Rz 34; ihn ambivalent konstatierend *Öhlinger*, Verfassungsrecht (FN 3) Rz 34; *derselbe*, Kelsen (FN 98) 422 ff.

So plakativ dieser Befund ist und so sehr er als Feststellung einer Akzentverschiebung im Interpretationsstil seine Berechtigung hat: Im Grunde ist er missverständlich, wenn nicht falsch.¹²² Die Gegenüberstellung lebt davon, einen Gegensatz zu konstruieren, der keiner ist. Wie Recht überhaupt, so ist auch Verfassungsrecht niemals nur Inhalt, aber auch nie nur Form. Darum ist es nur eine Frage der Perspektive, welcher Aspekt in den Blick kommt, welche Seite in der Betrachtung mehr Raum einnimmt, und meist ein Fehler, einen der beiden Aspekte auszublenden.¹²³ Ist die Kompetenzverteilung formelles Verfassungsrecht, weil sie Zuständigkeiten festlegt, oder materielles Recht, weil es um Inhalte, nämlich die Besorgung von Staatsaufgaben, geht? Das eine ist so richtig wie das andere, Form und Inhalt sind ineinander verwoben.

Noch rätselhafter ist, was Auslegung zur formalen oder materialen macht. Der Gegenstand kann schwerlich gemeint sein: Auslegung ist nicht deshalb formale Auslegung, weil sie Verfahrensrecht zum Gegenstand hat. Ebenso wenig kann eine bestimmte Art der Auslegung angesprochen sein, etwa eine an Exegese und Genese von Regeln weniger, an Leitbildern und Idealen stärker orientierte.¹²⁴ Wäre dem so, müsste man in der Rechtsprechung zum Legalitätsprinzip, zum gesetzlichen Richter und in vielen von *Robert Walter* während der 1960er-Jahre entwickelten Thesen, die als formal gelten,¹²⁵ Produkte materialer Verfassungsauslegung sehen.

Materiales Verfassungsverständnis ist darum ein Schlagwort, nicht anders, als die Rede vom Verfassungsrecht als strikt formalem Recht¹²⁶ ein irreführendes Schlagwort war. Wer es zum Programm erhebt, gibt zu erkennen, dass er an einer Seite der Medaille kein Interesse hat.

122 Das ist nicht zuletzt gerichtet gegen *Wiederin*, Grundlagen (FN 10) Rz 63, sowie *denselben*, Denken (FN 4) 314.

123 *Richard Novak*, Die Fehlerhaftigkeit von Gesetzen und Verordnungen, 1967, 86 »Es kommt nur darauf an, welchen Gesichtspunkt man vereinseitigt«.

124 So aber wohl *Oberndorfer*, Demokratie (FN 121) 115 f, wenn er auch bei der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung und beim Legalitätsprinzip eine Trendwende hin zu materieller Interpretation diagnostiziert.

125 Vgl statt vieler *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1) 46, der freilich von formalem Prinzipiendenken spricht und es dem materialen Prinzipiendenken Klecatskys gegenüberstellt (47 f).

126 Urheber: *Ludwig Adamovich*, Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich, JBl 1950, 73 (74).

II. Verfassungsinterpretation als kommunikativer Prozess

Die zweite Erschütterung war und ist die Beobachtung, dass Begriffe an sich weder Extensionen noch Intensionen haben.¹²⁷ Bedeutungen gibt es nicht ohne Vorverständnis, und es gibt sie vor allem nicht losgelöst vom Interpretieren, denn sie werden im Prozess der Kommunikation erst zugeschrieben.¹²⁸ Verfassungsinterpretation, so die Folgerung, ist deshalb keine Domäne der Wissenschaft, sondern eine Praxis kollektiver Selbstvergewisserung der Rechtsgemeinschaft, in der Überzeugungen über den Inhalt ihrer Verfassung vorgeschlagen, bekämpft, akzeptiert und wieder verworfen werden.¹²⁹ Dieses Sprachspiel, dieser Erzählzusammenhang ist offen und hat kein Ende. Die Verfassung ist nichts weiter als die Projektionsfläche einer Diskursgemeinschaft, die durch die gemeinsame Suche nach Bedeutungen und Sinnzuschreibungen zusammengehalten wird, von der im Grunde alle wissen, dass sie vergeblich ist.¹³⁰

Diese Sicht der Verfassung taugt als Außensicht, als empirische Beschreibung ihrer Auslegung als sozialer Praxis.¹³¹ Als solche kann ich sie akzeptieren, habe aber in der Innenperspektive Schwierigkeiten, sie als fruchtbar zu empfinden. Wer mitspielt, gesteht sich die Vergeblichkeit des Projekts ja ungern ein. Darum lege ich meinem Bemühen um Verfassungsauslegung die Axiome zugrunde, dass es erstens Normen gibt, dass sie zweitens eine Bedeutung haben, die man auffinden kann und nicht erfinden muss, und dass drittens Normen zur Steuerung sozialer Praxis taugen. Ich halte diese Annahmen samt den mit ihnen verbundenen Ontologisierungen für unschädlich, weil ich ohne sie kaum

127 Allseitiger Bezugspunkt: *Ludwig Wittgenstein*, *Philosophische Untersuchungen*, 1977, insb §§ 137 ff (80 ff). Vgl ferner *Saul A. Kripke*, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, 1982.

128 Vgl *Bernd-Christian Funk*, *Abbildungs- und Steuerungsleistungen der Rechtswissenschaft*, in: derselbe ua (Hrsg), *Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen*. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag, 2002, 111 (113); *Alexander Somek*, *Rechtssystem und Republik*, 1992, 311 ff; in Ansätzen auch *Theo Öhlinger*, *Kann die Rechtslehre das Recht verändern?* ÖJZ 1991, 721 (721 f).

129 *Funk*, *Abbildungsleistungen* (FN 128) 119.

130 *Uwe Volkmann*, *Verfassungsrecht zwischen normativem Anspruch und politischer Wirklichkeit*, VVDStRL 67 (2008), 57 (89), der die Verfassung charakterisiert als »Suchbild einer Gesellschaft, die auf der Suche nach ihrer verlorenen Einheit ist und sie zuletzt in wenig mehr finden kann als dieser immer vergeblichen Suche.«

131 *Josef Isensee*, *Diskussionsbemerkung*, VVDStRL 67 (2008), 94 (94 f).

ein Gespräch führen oder einen Brief schreiben könnte.¹³² Doch mir ist klar, dass ich damit den Skeptiker nicht zu überzeugen vermag.¹³³

Vielleicht ist das aber gar nicht nötig, weil auch der Skeptiker Methodik oder, neutraler gesagt, Regeln akzeptieren kann. Wenn Verfassungsauslegung ein Sprachspiel ist, dann stellt es erstens ein Spielfeld dar, in dem Durchsetzungschancen nur hat, wer als Verfassungsinterpret konsistent, verlässlich und berechenbar bleibt und nicht seinen täglich wechselnden Interessen folgt.¹³⁴ Zweitens lebt es wie jedes Spiel von Regeln, die man einhalten muss, um überhaupt im Spiel zu sein.¹³⁵ Wer sie für unbefriedigend hält, muss Alternativen vorschlagen, die den Verfassungsfunktionen besser gerecht werden. Und er muss zuallererst die Überzeugung erschüttern, dass es einer Verfassung, die geschrieben vorliegt und die im demokratischen Prozess geändert werden kann, am besten entspricht, wenn man nach der Bedeutung der Worte und den hinter den Worten steckenden Absichten fragt.

132 Anders Bernd-Christian Funk, Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln, dargestellt anhand von Entwicklungen in der Staatsrechtslehre, JRP 2000, 65 (68): »Die Ontologisierung von geistigen Wirklichkeiten und deren Verdinglichung sind eine Hauptursache für heillose Verwirrungen der Sprache und des Denkens.«

133 Gleichzeitig registriere ich mit Sorge, dass der Skeptiker vielfach an die Möglichkeit des Überzeugens gar nicht mehr zu glauben scheint und dem Verstummen nahe ist: vgl. Bernd-Christian Funk, Verursacherprinzip als Verfassungsprinzip? in: Ferdinand Kerschner/Bernd-Christian Funk/Reinhold Prieswasser (Hrsg.), Neue Umwelthaftung, 2010, 9 (14). »Die Grundsätze des Umweltschutzes, insb. auch das Verursacher- und das Vorsorgeprinzip, sind im österr. staatlichen Verfassungsrecht nicht ausdrücklich verankert. Argumentative Operationen, die eine implizite Ansiedelung beim Staatsziel umfassender Umweltschutz leisten könnte[n], sind möglich, aber in den juristischen Kalkülen verfassungsrechtlicher Dogmatik in Österreich nicht vorrätig. Eine Argumentation dieser Art könnte auf folgenden Überlegungen aufgebaut werden: Damit der Umweltschutz ein ‚umfassender‘ sein kann, muss er die traditionellen Grundsätze des Umweltschutzes internalisieren; und: ein umfassender Umweltschutz, der auf einen Ausgleich zwischen Verursacherbelastung und Opfer- oder Gemeinschaftsbelastung verzichtet, wäre mit den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Nichtdiskriminierung nicht vereinbar. Auf diesem gedanklichen Wege könnte das Verursacherprinzip aus dem verfassungsrechtlichen Bekenntnis zum umfassenden Umweltschutz hergeleitet werden.« Alternativer Problemzugang: Ewald Wiederin, Öffentliche und private Umweltverantwortung – verfassungsrechtliche Vorgaben, in: ÖWAV (Hrsg.), Staat und Privat im Umweltrecht, 2000, 75 (78 ff).

134 Dazu statt vieler Anatol Rapoport, Prisoner's Dilemma – Recollections and Observations, in: derselbe (Hrsg.), Game Theory as a Theory of Conflict Resolution, 1974, 17 (26 ff).

135 Gregorio Robles, Rechtsregeln und Spielregeln, 1987, 89 ff, bezeichnet sie mit guten Gründen als ontische Regeln.

III. Irreversibles Verfassungsrecht

Diese Änderbarkeit der Verfassung, und damit komme ich zur dritten Erschütterung unseres Verfassungsverständnisses, wird von mehr und mehr Autoren in Frage gestellt.¹³⁶ Sie postulieren, dass Bundesstaatlichkeit, dass Demokratie, dass Rechtsstaatlichkeit nicht zur Disposition des Bundesvolkes stehen, sondern diesem Grenzen ziehen auf ewige Zeiten. Auch der VfGH hat Verständnis für diese Position gezeigt, hat er doch im Erkenntnis zum Bundesvergabegesetz die Unzulässigkeit von Verfassungsdurchbrechungen erwogen.¹³⁷

Ich halte es für vergeblich, dagegen den Textbefund ins Treffen zu führen, dass Art 44 Abs 3 B-VG neben Teiländerungen auch Gesamtänderungen zulässt.¹³⁸ Weil sich die Unabänderlichkeitsthese aus einem dem Text vorgelagerten Verfassungsbegriff speist,¹³⁹ ist eine Diskussion nur auf dieser Ebene sinnvoll möglich. Und wenn ich es recht sehe, folgen alle Argumentationen dem gleichen Muster. Eine Verfassung, die den Übergang zum Einheitsstaat oder zum Führerstaat ermöglicht, ist weder bundesstaatlich noch demokratisch, denn die Länder müssen sich auf ihre Existenz verlassen können,¹⁴⁰ die Minderheiten auf ihre

136 Vgl – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – *Peter Pernthaler*, Der Verfassungskern, 1998, 78 ff; *Peter Oberndorfer*, Art 1 B-VG, in: Karl Korinek/Michael Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 3. Lfg 2000, Rz 10; *Andreas Janko*, Gesamtänderung der Bundesverfassung, 2004, 150 ff, 289 ff; *Siegbert Morscher*, Über »unabänderliches« Verfassungsrecht, in: FS Pernthaler (FN 43), 239 (245 ff); ferner *Öhlinger*, Verfassungskern (FN 43) 283 ff, der freilich in Volksabstimmungen über den Verfassungsänderungen, die den unabänderlichen Verfassungskern verletzen, Emanationen des *pouvoir constituant* des Volkes sieht (285), denen der VfGH nicht entgegentreten kann und die nur mehr von Peter Häberles »offener Gesellschaft der Verfassungsinterpreten« beurteilt werden dürfen (290), ohne zu erörtern, wie sich die Auffassung dieser vielbeschworenen Gesellschaft und das Ergebnis der Volksabstimmung zueinander verhalten.

137 VfSlg 16.327/2001. – Signifikant für die Bewertung dieses Erkenntnisses: *Richard Novak*, Lebendiges Verfassungsrecht 2001, JBl 2003, 894 (896).

138 So (mE zutreffend) *Martin Hiesel*, Gibt es in Österreich unabänderliches Verfassungsrecht? ÖJZ 2002, 121 (124); *Heinz Mayer*, Gibt es unabänderliches Verfassungsrecht? in: FS Schäffer (FN 21) 473 (478).

139 Vgl *Anna Gamper*, Verfassungsrevision und »Bewahrung« der Verfassung, ZÖR 60 (2005), 187 (207). – Um einen Positivierungsnachweis bemüht sich einzig *Morscher*, Verfassungsrecht (FN 136) 250 ff, der freilich wenig mehr anzubieten hat als »Vermutungen über die psychische Befindlichkeit der Verfassungsväter des Jahres 1945« (so *Mayer*, Verfassungsrecht [FN 138] 480).

140 *Peter Pernthaler/Fried Esterbauer*, Die Entstehung des österreichischen Bundesstaates als geschichtlicher Vorgang und staatstheoretisches Problem, Montfort 1973, 128 (128 f).

Chance, künftig zur Mehrheit zu werden.¹⁴¹ Eine Verfassung, die ihre eigene Durchbrechung zuließe, gäbe mit der Allgemeinheit ihrer Normen auch den Anspruch auf, rechtsstaatliche Verfassung zu sein.¹⁴²

Gemeinsam ist diesen Argumentationen, dass sie allseitige Risikoeliminierung zum Paradigma wahrer Verfassungen macht. Das ist einerseits praktisch uneinlösbar, andererseits verfassungstheoretisch fragwürdig. Zum einen kann keine Verfassung all ihre Funktionsbedingungen für alle Zukunft garantieren, selbst wenn sie es wollte. Zum anderen macht nicht Risikobegrenzung, sondern der Verzicht auf sie, das Vertrauen in den Bürger und seinen Gemeinsinn das Essentielle des freiheitlichen Verfassungsstaates aus.¹⁴³ Hinter dem unabänderlichen Verfassungsrecht steckt die Sehnsucht nach einer stabilen, unverrückbaren Ordnung, die ähnlich festen Halt gibt wie das göttliche Gesetz.¹⁴⁴ Diesem Bedürfnis nach ewiger Wahrheit im Verfassungsgewand kann man nachgeben,¹⁴⁵ wie das Grundgesetz 1949 zeigt.¹⁴⁶ Der Tradition des freiheitlichen Verfassungsstaates liegt es aber näher, auf solche Sicherungen zu verzichten.¹⁴⁷ Die britische Tradition lehnt sie vehement ab.¹⁴⁸ Die amerikanische Verfassung¹⁴⁹ und die schweizerische Bundesverfassung¹⁵⁰ kommen ohne sie aus. Die französische Nationalversammlung hatte 1793 in der Verfassung sogar explizit die Grundsätze verankert, dass jedes Volk das Recht hat, seine Verfassung allseitig zu ändern, und

141 *Manfred Stelzer*, Innerparteiliche Demokratie, in: FS Schäffer (FN 21) 779 (784).

142 *Pernthaler*, Verfassungskern (FN 136) 81.

143 *Horst Dreier*, Der freiheitliche Verfassungsstaat als riskante Ordnung, *Rechtswissenschaft* 2010, 11 (insb 14 ff).

144 *Magdalena Pöschl*, Die Zukunft der Verfassung, 2010, 10.

145 Nachweise von Unabänderlichkeitsklauseln bei *Walter Haller/Alfred Kölz/Thomas Gächter*, *Allgemeines Staatsrecht*⁴, 2008, 109 ff, und *Bernd Wieser*, *Vergleichendes Verfassungsrecht*, 2005, 87 ff.

146 Vgl Art 79 Abs 3 GG. Nicht übersehen werden darf freilich, dass es überdies einen Art 146 gibt, der das gesamte Grundgesetz samt seinen ewigen Gehalten abzustreifen erlaubt. Eingehend *Horst Dreier*, *Gilt das Grundgesetz ewig?* 2009, 78 ff mwN.

147 Ideen- und verfassungsgeschichtlicher Aufriss bei *Dreier*, *Grundgesetz* (FN 146) 28 ff, 37 ff.

148 Zur klassischen »sovereignty of parliament« vgl *William Blackstone*, *Commentaries on the Laws of England* vol I, 1765, 156 ff, und *A. V. Dicey*, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*⁵, 1897, 37 ff.

149 Zu Art V der Verfassung 1787 vgl *William Cohen/Jonathan D. Varat*, *Constitutional Law*, 1993, 146 ff; *Mark Tushnet*, *The Constitution of the United States of America*, 2009, 237 ff.

150 Zu Art 192 ff BV 1999 vgl *René Rhinow/Markus Schefer*, *Schweizerisches Verfassungsrecht*², 2009, Rz 468, mit der Bemerkung, dass Grundwerte sich gerade in politischen Basisprozessen bewähren.

dass keine Generation den zukünftigen Vorschriften machen können soll.¹⁵¹ Seither war die Frage noch in jeder Konstituante ein Thema. Als Verfassungsinterpreten sind wir gut beraten, uns mit den dort getroffenen Entscheidungen abzufinden.¹⁵² Andernfalls könnten wir nämlich gar keinen Verfassungsbegriff bilden, dem sämtliche Verfassungen der Europäischen Union gerecht würden.

IV. Ermittlung der verfassungsrechtlichen Baugesetze

Die vierte und letzte Irritation betrifft die verfassungsrechtlichen Baugesetze und ihre Ermittlung. Bei allen Auffassungsunterschieden basiert die Interpretation des Art 44 Abs 3 B-VG bis heute auf einer wichtigen Prämisse. Was eine Gesamtänderung der Verfassung ist, kann nur induktiv aus dem Verfassungsganzen erschlossen werden.¹⁵³ Darum kann es kein Baugesetz geben, das nicht schon 1920 existierte oder später im Wege der Gesamtänderung eingefügt wurde.¹⁵⁴ Was als Teiländerung in den Weg in das B-VG fand, kann auf demselben Weg wieder aus der Verfassung eliminiert werden,¹⁵⁵ und was bereits in der Stammfassung enthalten war, entzieht sich gänzlich der Prüfung am Maßstab des Art 44 Abs 3 B-VG, der sich nur auf Änderungen der Bundesverfassung bezieht.¹⁵⁶

151 Constitution du 24 juin 1793, déclaration des droits de l'homme et du citoyen, article 28: »Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.«

152 Anders *Carl Bilfinger*, Nationale Demokratie als Grundlage der Weimarer Verfassung, 1929, 17 f, neben *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, 102 ff, Urheber der These ewiger Gehalte der Weimarer Reichsverfassung, der der solche Gehalte ablehnenden Nationalversammlung beschied, sie habe sich eben geirrt.

153 *Herbert Haller*, Die Prüfung von Gesetzen, 1979, 145 f; *Martin Hiesel*, Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag und Verwaltungsgerichtsbarkeit, ÖJZ 2001, 321 (328); *Jabloner*, JRP 2001, 43; *Mayer*, Verfassungsrecht (FN 138) 478; *Heinz Schäffer*, Weinaufsicht und mittelbare Bundesverwaltung, ZfV 1988, 361 (370); *Walter*, Bundesverfassungsrecht (FN 16) 103; *Ewald Wiederin*, Aufenthaltsbeendende Maßnahmen im Fremdenpolizeirecht, 1993, 68 f.

154 *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht I (FN 7) Rz 10.005; *Ewald Wiederin*, Bundesrecht und Landesrecht, 1995, 238 f mwN.

155 *Heinz Peter Rill/Heinz Schäffer*, Art 44 B-VG, in: dieselben (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht. Kommentar 1. Lfg 2001, Rz 18; ferner *Rainer Lippold*, Strukturfragen der Verfassung am Beispiel der immerwährenden Neutralität Österreichs, AJPIL 42 (1991) 295 (298 ff), der die Möglichkeit rechtswidriger Einfügung von Grundprinzipien attestiert, aber den VfGH zu deren Eliminierung für verpflichtet hält.

156 Vgl statt vieler VfSlg 12.223/1989, zu dem nach Art 149 Abs 1 B-VG als Verfassungs-

Dieser Konsens wird mittlerweile in Frage gestellt. Nicht induktive Ermittlung, sondern situationsadäquate und sachgerechte Entfaltung der verfassungsrechtlichen Grundordnung soll das Gebot der Stunde sein.¹⁵⁷ Das macht die Auslegung des Art 44 Abs 3 B-VG zu einem Spiel, das weder Regeln noch Grenzen kennt. Was Gesamtänderung ist, lässt sich durch Kriterien nicht mehr angeben, denn Gesamtänderung ist jede Verfassungsänderung, bei der – je nach Akzentsetzung – das Mitsprachebedürfnis der Bürger¹⁵⁸ oder der Konsens einer Gesellschaft privilegierter Verfassungsinterpreten¹⁵⁹ nach einer Volksabstimmung verlangt. Das scheint mir darauf hinauszulaufen, hier ein plebejisches und dort ein aristokratisches Baugesetz zu propagieren, das an die Stelle aller bisherigen tritt und sie überflüssig macht.¹⁶⁰ Und ich gestehe ein, dass ich vorderhand keine Diskussionsebene mehr sehe, auf der eine Verständigung möglich wäre.

E. Schlussbemerkungen

Damit bin ich am Schluss. Es gibt nicht nur Leitbilder, die der Verfassungsauslegung eine Richtung geben, es gibt auch Vorbilder, die prägen. Ein solches Vorbild war und ist *Heinz Schäffer*. Und mir will scheinen, dass er selbst ein Leitbild hatte, das vielleicht deshalb, weil es ganz altmodisch ist, den guten Kern der österreichischen Tradition zusammenfasst. Es lässt sich in einem Wort zusammenfassen: Verfassungsdienst.

-
- gesetz geltenden HabsburgerG StGBI 1919/209, und *Gerhart Wielinger*, Habsburger und die Wahl der Bundespräsidenten, in: Georg Lienbacher/Gerhart Wielinger (Hrsg), *Öffentliches Recht Jahrbuch 2010*, 2010, 77 (91), zu Art 60 Abs 3 B-VG.
- 157 *Janko*, Gesamtänderung (FN 136) 125 ff, 164 ff; *Peter Pernthaler*, Buchbesprechung, ZÖR 59 (2004), 467 (467). Partielle Abkehr von induktiver Ermittlung auch bei *Martin Hiesel*, Verfassungsgesetzgeber und Verfassungsgerichtshof, 1995, 60 ff, wenn er sozialem Wandel in Grenzen die Fähigkeit zuspricht, die Grundordnung zu verändern.
- 158 So *Janko*, Gesamtänderung (FN 136) 125, 164 ff, wenn er das gesamtgesellschaftliche Verlangen nach Volksabstimmung zum entscheidenden Kriterien macht (insb 166, 169).
- 159 So *Pernthaler*, ZÖR 59 (2004), 467, wenn er auf den »Kommunikationsprozess der Verfassungsauslegung durch die Lehre und der Verfassungshandhabung durch die zuständigen Organe« abstellt.
- 160 Als Verfassungsgewohnheitsrecht lassen sich diese Ansätze nicht rekonstruieren, fordern sie doch weder lang andauernde tatsächliche Übung noch Überzeugung von ihrer Rechtmäßigkeit.

Wenn wir von *Heinz Schäffer* etwas lernen können, dann den Dienst an der Verfassung, in vielerlei Hinsicht. Ich greife drei Façetten heraus:

- (1) Der Text ist wichtig. *Heinz Schäffer* hat mit dem »Schäffer« mehr als fünfzig Textausgaben der Verfassung besorgt.¹⁶¹ Und er hat sich wie kein anderer in der Gesetzgebungslehre engagiert, um der Praxis Hilfestellungen zu geben,¹⁶² wo sich andere damit begnügt haben, gegen das Ruinenhafte der Verfassung zu polemisieren.
- (2) Das Werkzeug ist wichtig. *Schäffer* hat die Verfassungsdogmatik Zeit seines Lebens durch Reflexion über juristische Methodik begleitet und dabei auf bereichsspezifische Auslegungstheorien mittlerer Reichweite besonderes Augenmerk gelegt.¹⁶³
- (3) Tradition ist nicht alles. Sie braucht Neugierde und Offenheit, damit sie nicht zur Routine wird. Es ist schlechter Verfassungsdienst, sich im eigenen Land abzukapseln. *Heinz Schäffer*, zutiefst der österreichischen Verfassungskultur verhaftet,¹⁶⁴ hat sie ständig mit anderen Kulturen konfrontiert und aus diesen Auseinandersetzungen seinen Standpunkt bezogen. Denn eine Tradition, um deren Wert man nicht mehr weiß, hat keine Chance, Tradition zu bleiben.

161 *Heinz Schäffer*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgesetze. Loseblattausgabe, Grundlfg 1981 bis 58. ErgLfg 2008.

162 *Heinz Schäffer*, Legistische Richtlinien in Österreich, in: Jürgen Rüdiger (Hrsg), Theorie der Gesetzgebung, 1976, 192; *derselbe*, Kosten-Nutzen-Analysen in der Gesetzgebung, ZfV 1980, 401; *derselbe*, Legistische Richtlinien in Österreich, ZG 1987, 112; *derselbe*, Über Möglichkeit, Notwendigkeit und Aufgaben einer Theorie der Rechtssetzung, in: *derselbe* (Hrsg), Theorie der Rechtssetzung, 1988, 11; *derselbe*, Rationalisierung der Rechtssetzung, *ibid* 199; *derselbe*, Bürgernahe Gesetzgebung, RZ 1989, 150, 182; *derselbe*, Wege zum besseren Gesetz, ZG 1989, 289; *derselbe*, Über Wert und Wirkungsmöglichkeiten von Legistischen Richtlinien, ÖJZ 1991, 1; *derselbe*, Evaluation and Assessment of Legal Effects Procedures: Towards a More Rational and Responsible Lawmaking Process, 22 Statute Law Review (2001), 132; *derselbe* (Hrsg), Evaluierung der Gesetze/Gesetzesfolgenabschätzung in Österreich und im benachbarten Ausland, Bd 1, 2005, Bd 2, 2007.

163 *Schäffer*, Verfassungsinterpretation (FN 1), insb 82 ff (unter Anknüpfung an *Lerches* Konzept der Zwischenbegriffe in FN 133); *derselbe*, Interpretation (FN 2) 71 ff; *derselbe*, Kriterien (FN 6); *derselbe*, Auslegung im Gemeinsamen Markt – Die Rolle der Gerichte, in: Stefan Grillner/Benjamin Kneihls/Verena Madner/Michael Potacs (Hrsg), Wirtschaftsverfassung und Binnenmarkt. Festschrift für Heinz Peter Rill zum 70. Geburtstag, 2010, 69.

164 *Heinz Schäffer*, Der Beitrag Österreichs zur europäischen Rechtskultur, JBöfR 52 (2004), 51.