

Juristische Blätter

Herausgegeben von

o. Univ.-Prof. Dr. Franz Bydlinzki, Rechtsanwalt o. Univ.-Prof. Dr. Walther Kastner,
o. Univ.-Prof. Dr. Hans R. Klecatsky,
Generalanwalt Dr. Viktor Liebscher, em. o. Univ.-Prof. Dr. Alfred Verdross,
Senatspräsident o. Univ.-Prof. Dr. Leopold Werner, Mitglied des Verfassungsgerichtshofes

Schriftleitung

Franz Bydlinzki und Hans R. Klecatsky

Springer-Verlag Wien/New York

Motto: Veritas temporis filia, non auctoritatis

Heft 21/22

13. November 1965

87. Jahrgang

Inhalt

Ermacora, F.: Widmung	537	Miehlsler, H.: Alfred Verdross' Theorie des gemäßigten Monismus und das Bundesverfassungsgesetz vom 4. März 1964, BGBl. Nr. 59	566
Ermacora, F.: Die Reform des rechts- und staatswissenschaftlichen Studiums	538	Strasser, R.: Zum schadensrechtlichen Schutz der Geschlechtssphäre	573
Heydte, F. A. von der: Gedanken zum Atomversuchsstopp-Vertrag vom 5. 8. 1963	542	Werner, L.: Rechtsstaat und Verwaltungsgerichtsbarkeit	578
Klecatsky, H. R.: Hat Österreich eine Verfassung?	544	Aus den Vereinen	585
Marcic, R.: Die rechts- und staatsphilosophischen Grundgedanken der geltenden Österreichischen Verfassungsordnung	552	Rechtsprechung	585
		Korrespondenz	597
		Buchbesprechungen	597



S P R I N G E R - V E R L A G I N W I E N

Lehrbuch des österreichischen bürgerlichen Rechts

Von

Dr. Franz Gschnitzer

o. Professor an der Universität Innsbruck

Das Lehrbuch erscheint in sechs in sich abgeschlossenen Bänden, die einzeln käuflich sind

Als weiterer Band erschien soeben:

Schuldrecht – Allgemeiner Teil

XI, 169 Seiten. Gr.-8°. 1965. Steif geheftet S 148.—

Der Autor weist auf die Unterscheidung von Schuld- und Sachenrecht hin, vor allem wenn der Gegenstand der Schuld eine Sache ist, und behandelt ausführlich die Lehre vom Schuldverhältnis (Schuldvertrag und Schuldverhältnis, Einzelschuld und Schuldverhältnis, Parteiwechsel und Endigung). Besonders hervorgehoben sei der Abschnitt über die Leistungsstörung. Der Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung, entgeltliche und entgeltfremde Geschäfte, Abgrenzung und Zusammentreffen von Gläubiger- und Schuldverzug, Gläubigerverzug und Unmöglichkeit sowie Gewährleistungsansprüche im Verhältnis zu anderen Ansprüchen, besonders zu dem wegen Nichterfüllung, werden eingehend besprochen. Das Handelsrecht ist, soweit für das Gesamtbild nötig, einbezogen.

Vorher erschien:

Schuldrecht – Besonderer Teil und Schadenersatz. XIII, 223 Seiten. Gr.-8°. 1963.
Steif geheftet S 148.—

Damit liegt nun das „Schuldrecht“ im Rahmen des Gesamtwerkes vollständig vor.

Zu beziehen durch Ihre Buchhandlung

Hat Österreich eine Verfassung?¹⁾

Von Univ.-Prof. Dr. Hans R. Klecatsky, Innsbruck

„Wir sind der Stamm des Rechtes
und sind die Wut der Macht.“
(Omar Khayyam, † um 1121.)

I.

Verfassung — immer noch wirkt das Wort magisch, wenn auch sein Zauber nicht mehr der ist, der Massen zu blutigen Revolutionen trieb. So sehen wir heute selbst den offenen Verfassungsbruch noch unter Berufung auf die Verfassung vollzogen, und auch jene Staaten, in denen die Rechtsnorm ihrem Grund nach nur Instrument unbegrenzter politischer Macht ist, proklamieren sich als Verfassungsstaaten²⁾. Seit

union könne nicht verhindern, daß der Teststoppvertrag für die Bundesrepublik Deutschland einschließlich Berlin in Kraft trete. Die Verweigerung der Annahme der Ratifikation durch die Sowjetregierung verstoße gegen die völkerrechtliche Verpflichtung, die der Sowjetregierung als Verwahrerregierung oblägen.

¹⁹⁾ Nicht berührt werden kann in diesem Zusammenhang die andere Frage, ob der Vertrag die drei Verwahrerregierungen verpflichtet, die Beitritts- und Ratifikationsurkunde eines Staates entgegenzunehmen, den die betreffende Verwahrerregierung nicht als souveränen Staat anerkennt und ob die betreffende Verwahrerregierung dagegen Einwendung erheben kann, wenn ein derartiger von ihr nicht anerkannter Staat Rechte aus dem Moskauer Vertrag — insbesondere auch das Recht, über eine Änderung und Erweiterung mitzuentcheiden — beansprucht. Diese Frage hat unmittelbar nach Abschluß des Vertrages zu einer Reihe widersprüchlicher Erklärungen der ursprünglichen drei Unterzeichnermächte geführt.

¹⁾ Diese am 19. 5. 1965 gehaltene Innsbrucker Antrittsvorlesung dem Gedenken an L. Adamovich und K. Wolff sowie der Ehrung A. Merkl's und A. Verdross' widmen zu dürfen, ist mir eine große Freude. K. Wolff forderte mich vor 14 Jahren auf, mich bei ihm für Zivilrecht zu habilitieren. Als Adamovich starb, arbeitete ich bereits seit geraumer Zeit an dem mir von ihm übertragenen verfassungsrechtlichen Habilitationsthema. Merkl und Verdross ermutigten mich immer wieder, mich dem akademischen Lehrberuf zuzuwenden. Ermacora, der Herausgeber dieser Festschrift, aber ist es, bei dem dann meine Habilitierung erfolgte und dessen Innsbrucker Lehrkanzel ich übernahm.

²⁾ Vgl. Loewenstein, Verfassungslehre (1959), S. 140, und Imboden, Die Politischen Systeme (1964), S. 52 ff.

der großen Französischen Revolution ist aber das Wort: „Verfassung“ nicht nur in aller Munde; heute ist es auch in aller Welt auf Papier geschrieben. Es gibt kaum noch Staaten ohne geschriebene Verfassung. Auch wo nur ungeschriebene Konventionalregeln, wie in England, das öffentliche Leben bestimmen, tritt mehr und mehr die geschriebene Verfassungsnorm hinzu³⁾. Treffend erklärt ein Welt-dokument unserer Tage, die Enzyklika des Papstes Johannes XXIII. „Pacem in terris“, es als ein „Zeichen der Zeit“, daß in „exakter juristischer Form die Verfassung eines jeden Staates festgelegt wird“, in der die Grundrechte des Einzelmenschen, Organisation und Aufgaben der Staatsorgane und die Teilnahme der Staatsbürger an den Staatsfunktionen normiert werden⁴⁾.

Vor diesem mondialen Hintergrund mag die Frage, ob Österreich eine Verfassung habe, rhetorisch, ja zynisch klingen. Doch darf sie nicht so verstanden werden. Zynismus stünde dem Recht als einem leicht Verletzlichen gegenüber schlecht an, zumal einer Rechtserscheinung gegenüber, die in der Hierarchie der Normen — mag man sie nur positivistisch oder dem menschlichen Bereich entsteigend deuten⁵⁾ — hoch steht. Zynismus gegenüber der Verfassung darf in Sonderheit nicht dem Autor unterstellt werden, der am ideellen und realen Sein österr. Verfassungsrecht durch Jahre gestaltend und schützend Anteil haben durfte. Was die Frage nach der Existenz einer österr. Verfassung aufrührt, ist vielmehr Sorge des so Fragenden, eine Sorge indes — das darf schon jetzt gesagt werden — die nicht nihilistisch lähmt, sondern zur ordnenden Tat mahnt.

Eben hat die Republik mit dem 20. Jahrestag ihres Wiedererstehens⁶⁾ auch die Rückkehr zu jenem Verfassungsdokument gefeiert, das am 1. 10. 1920 erlassen⁷⁾, durch die großen Novellen der Jahre 1925⁸⁾ und 1929⁹⁾ reformiert und durch die Einbrüche der Jahre 1933¹⁰⁾ und 1934¹¹⁾ verdrängt worden war. Aber wer jubilierte denn im Jahre 1965: die Verfassung 1920, die Verfassung 1925, die Verfassung 1929, die Verfassung 1945, gar nur die Verfassung 1965 oder eine überzeitlich zu begreifende Einheit aller dieser Akte¹²⁾? Freilich treibt alles Leben, auch das geistige, im Fluß der Zeit, ständig ist es im Übergang von Älterem zu Neuerem, auch das von Menschen gesetzte Recht¹³⁾. Auch wo nicht offen die alte einer neu geformten Norm zu weichen hat, wandelt sich der Inhalt der Norm in der Konkretisierung¹⁴⁾. Fragen, die von daher aufge-

geben sind, sind allen Rechtsnormen gemeinsam: ob nun die Möglichkeit einer Identifikation der neugeborenen, der 25jährigen und der 45 Jahre alten Verfassung zur Erörterung steht oder etwa die Anerkennung des so oft beschworenen ehrwürdigen Alters eines gegenüber seiner ursprünglichen Fassung tausendfach verwandelten ABGB.

Doch hat das Denken des Verfassungsjuristen über Dauer und Wandel der Verfassung eine eigentümliche Bedeutung. Die zeitliche Bedingtheit der Verfassung wiegt schwerer. Sie konstituiert ja — historisch und permanent — den Staat, in dem die einfachen Rechtskreise eingebettet sind. Mit ihr stehen oder fallen — früher oder später, augenfälliger oder verborgener — alle diese Rechtskreise. Auch der Österreicher des 20. Jh. hat erfahren, daß es zunächst die „Umstürze“ oder „Umbrüche“ der Verfassung sind, die den Menschen über die Nacht als rechtloses Opfer den Verfassungsbrechern ausliefern. Solche Erfahrungen waren allen zugänglich, ob ihr Staatsbegriff nun ein rein juristischer oder ein soziologischer war. Der Rechtsstufenlehre Adolf Merkl's¹⁵⁾, um derentwillen er als Mitbegründer der „Reinen Rechtslehre“ gilt¹⁶⁾, ist die theoretische Einsicht zu danken, daß alle Rechtserscheinungen eine durch die höheren Rechtserscheinungen, letztlich durch die (hypothetische) „rechtliche Ursprungsnorm“ bedingte Geltungsdauer haben¹⁷⁾. Von der Dauer der Verfassung hängt die Stabilität der gesamten Rechtsordnung ab, von dieser die Rechtssicherheit, die ein „arteigener Wesenszug des Rechtes“¹⁸⁾ ist.

II.

Wie steht es um die Dauerhaftigkeit der österr. Verfassung?

Auch von Juristen nur wenig beachtet, läuft seit etlichen Jahren eine legistische Aktion klarster symptomatischer Natur. Im Jahrgang 1930 des Bundesgesetzblattes wurde unter der Nr. 1 das B.-VG. in seiner damaligen Fassung neu verlautbart. Seit dem Jahre 1957 ist der Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes bemüht, eine neuerliche Wiederverlautbarung zustande zu bringen¹⁹⁾. Der Verfassungsdienst arbeitete einen Entwurf der Wiederverlautbarung aus, der Bundespräsident sprach ihr das Wort²⁰⁾, die gesetzgebenden Körperschaften verlangten sie²¹⁾, die Kommission zur Vereinheitlichung und Vereinfachung der österr. Rechtsordnung stimmte zu²²⁾, die Bundesregierung setzte im April 1958 ein Ministerkomitee ein²³⁾. Bis zum Oktober 1961 hatte sich dieses Komitee noch immer nicht an die Arbeit gemacht²⁴⁾. Inzwischen

³⁾ Dazu Loewenstein, Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung (1961), S. 8 ff., und Verfassungslehre, S. 137.

⁴⁾ Herder-Ausgabe von Utz (1963), S. 111.

⁵⁾ Dazu Marcic, Verfassung und Verfassungsgericht (1963), S. 10 ff.

⁶⁾ Proklamation über die Selbständigkeit Österreichs vom 27. 4. 1945, StGBI. Nr. 1, und Verfassungs-Überleitungsg., StGBI. Nr. 4/1945.

⁷⁾ BGBl. Nr. 1/1920.

⁸⁾ BGBl. Nr. 268/1925.

⁹⁾ BGBl. Nr. 392/1929.

¹⁰⁾ Vgl. Werner-Klecatsky, Das österr. Bundesverfassungsrecht (1961), S. 9.

¹¹⁾ Verfassung 1934, BGBl. II, Nr. 1.

¹²⁾ Vgl. etwa Werner, JBl. 1946, S. 2 f., der im Einklang mit der „Reinen Rechtslehre“ die Identität gewahrt sieht, „wenn eine Verfassungsrechtsordnung sich selbst als abänderbar erklärt und die Abänderung sich in der von der Verfassung vorgesehenen Art und mit den Mitteln der Verfassung vollzieht“.

¹³⁾ Dazu Henkel, Einführung in die Rechtsphilosophie (1964), S. 36 ff.

¹⁴⁾ Dazu Henkel, a. a. O., S. 38; von der Heydte, Stiller Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation, ARSP. Bd. 39, S. 461 ff.

¹⁵⁾ Lehre von der Rechtskraft (1923), S. 181 ff., S. 207 ff. (hier auch die früheren Ansätze der „Stufentheorie“); Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus in der von Verdross herausgegebenen Kelsen-Festschrift: Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur „Reinen Rechtslehre“ (1931); dazu auch die Schrift Walters, Der Aufbau der Rechtsordnung (1964), S. 53 ff.

¹⁶⁾ Kelsen, ÖZöfR. 1960, S. 313 ff., und Walter, a. a. O., S. 53.

¹⁷⁾ Vgl. etwa Rechtskraft, S. 178 f.

¹⁸⁾ Vgl. etwa Messner, Das Naturrecht³ (1958), S. 208.

¹⁹⁾ Noten des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 24. 9. 1958, Zl. 27.975-2a/58, und vom 29. 7. 1964, Zl. 143.018-2/64.

²⁰⁾ „Wiener Zeitung“ vom 20. 6. 1958.

²¹⁾ Note des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 22. 9. 1958, Zl. 27.975-2a/58, und vom 29. 7. 1964, Zl. 143.018-2/64.

²²⁾ Vgl. § 1 des Wiederverlautbarungsg., BGBl. Nr. 114/1947, und § 3 des Rechts-Überleitungsg., StGBI. Nr. 6/1945.

²³⁾ Noten des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 22. 9. 1958 und 29. 7. 1964.

²⁴⁾ Note des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 29. 7. 1964.

aber waren Bedenken aus Kreisen der Wissenschaft²⁵⁾ und des VfGH.²⁶⁾ laut geworden. Es teilte daher die Bundesregierung dem Nationalrat mit, daß die Aufhebung eines Wiederverlautbarungsaktes durch den VfGH. nicht von der Hand zu weisen sei. Der Verfassungsdienst erwog nun den Plan, den geltenden Text des B.-VG. nicht durch eine Kundmachung der Bundesregierung auf Grund des WiederverlautbarungsG.²⁷⁾, sondern durch einen Gesetzgebungsakt des Bundesverfassungsgesetzgebers neu verlaublich zu lassen²⁸⁾. Aber die Bedenken, die der Verfassungsdienst selbst in Offenheit gegen diesen Plan geäußert hatte, wurden von anderer Seite bestätigt²⁹⁾. So stellte der Verfassungsdienst die bloße Wiederholung des Kundmachungsvorganges durch den Bundeskanzler auf Grund einer speziellen verfassungsrechtlichen Ermächtigung zur Diskussion³⁰⁾ — womit man im vorläufigen Schlußakt wieder in der Nähe des bereits fallen gelassenen Wiederverlautbarungsplanes ist.

Daß keiner dieser Pläne bisher verwirklicht werden konnte, ist eine Folge ihrer verfassungsrechtlichen Bedenklichkeit^{30a)}. Aber nicht die Beschaffenheit dieser sehr verwickelten Problematik³¹⁾ soll hier erörtert werden. Aufmerken läßt zuvor der ernste Grund dieser bewußt gewagten Pläne: die Zahl der seit dem Inkrafttreten des B.-VG. in der Fassung von 1929 erlassenen Bundesverfassungsgesetze und in einfachen Bundesgesetzen enthaltenen Verfassungsbestimmungen beträgt heute weit mehr als 200, wobei die in Staatsverträgen enthaltenen, auf der Stufe von Bundesverfassungsgesetzen stehenden Normen nicht berücksichtigt sind³²⁾. Die dadurch bewirkte Unübersichtlichkeit des Bundesverfassungsrechtes hat einen auch die höchsten Staatsorgane alarmierenden Grad erreicht³³⁾. Als zweites Symptom zeigt sich, daß die Abhilfeversuche der Staatsorgane allein gegen einen Sekundärmangel gerichtet sind, ohne daß auch nur ein Finger zur Bekämpfung des primären Mangels: des fort-

schreitenden Zerfalls der geschriebenen Bundesverfassung gerührt wird und — wie es scheint — gerührt werden kann. Kein Anzeichen spricht dafür, daß nach einer „Neufassung“, „Wiederverlautbarung“ oder „Neukundmachung“ nun die Methode der flickwerkartigen und systemlosen Verfassungsänderungen nicht mehr geübt werden soll. Im Gegenteil: im Juli 1964 waren bereits viele Pläne zu weiteren tiefreichenden Verfassungsänderungen anhängig; so etwa eine Neuregelung des Staatsbürgerschaftsrechtes, ein föderalistisches Forderungsprogramm der Bundesländer, Maßnahmen zur Verhütung einer divergierenden Rechtsprechung der drei höchsten Gerichtshöfe³⁴⁾, Reformen des Bundeshausrechts, der Kompetenzverteilung auf dem Gebiete des landwirtschaftlichen Schulwesens und des Einschaurechtes des Rechnungshofes bei Unternehmungen, an denen eine Gebietskörperschaft finanziell beteiligt ist³⁵⁾. Von der Einführung einer die Verfassung sprengenden Sozialgerichtsbarkeit wird unablässig gesprochen³⁶⁾, unter dem Vorsitz des Bundeskanzlers berät eine Kommission laufend eine Reform der Grund- und Freiheitsrechte³⁷⁾ und Nationalrat und Bundesregierung diskutieren die Stellung der politischen Parteien³⁸⁾. Ausdrücklich wird erklärt, daß man mit der Sanierung des Verfassungstextes nicht zuwarten könne, bis alle diese Verfassungspläne verwirklicht seien³⁹⁾. Die im günstigsten Falle zu erzielende „Übersichtlichkeit“ des Verfassungstextes würde also nur kurz währen. Aber auch die kraft gewagter verfassungsrechtlicher Manipulationen und nur für kurze Zeit zu erreichende „Übersichtlichkeit“ wäre nur eine sehr beschränkte. Denn nach dem „Neuerlassungsentwurf“ des Verfassungsdienstes vom Juli 1964⁴⁰⁾ müßten etwa 57 Komplexe von Verfassungsvorschriften außerhalb des neu zu erlassenden Textes des B.-VG. bleiben. Diese exzentrischen Normenkomplexe schaffen Ausnahmen vom Grundsystem des B.-VG., durchkreuzen, überlagern es, höhlen es aus, geben sich befristet oder unbefristet und schaffen so im Zusammenleben mit dem Opfer ihres Schmarotzerdaseins oft wahrhaft tolle Rechtsfiguren. Als drittes und ernstestes Symptom also erweist sich die Tatsache, daß die parasitären Normen nicht einmal mehr eine auch nur kurz währende Sanierung des Textes des von ihnen befallenen Grundgesetzes zulassen⁴¹⁾, geschweige denn eine Heilung seiner normativen Essenz.

Das volle Gewicht aller dieser Symptome wird indes erst spürbar, wenn man weiß, daß der Verfassungsdienst

²⁵⁾ Vgl. Werner, Kann die Bundesverfassung wiederverlaublich werden?, Staatsbürger vom 6. 6. 1961, derselbe, Man lasse die Verfassung in Ruhe!, Staatsbürger vom 24. 6. 1961, derselbe, Die Wiederverlaublichkeit der Bundesverfassung — ein verfassungsrechtliches und verfassungspolitisches Problem, JBl. 1961, S. 521 ff.

²⁶⁾ Note des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 29. 7. 1964.

²⁷⁾ BGBl. Nr. 114/1947.

²⁸⁾ Note des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 29. 7. 1964; vgl. auch die Erklärung der Bundesregierung vor dem Nationalrat vom 2. 4. 1964, Sten. Prot. des NR. IX. GP., S. 2490.

²⁹⁾ Note des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 9. 1. 1965, Zl. 120.075—2/65.

³⁰⁾ Note des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 9. 1. 1965.

^{30a)} Vgl. dazu auch die Anfragebeantwortung des Bundeskanzlers Dr. Klaus vom 9. 7. 1965, Parlamentskorrespondenz, II—763 der Beil. zu den Sten. Prot. des NR. X. GP.

³¹⁾ Diese Problematik ist vielschichtig und konzentriert sich vor allem in der Qualifikation einer Neufassung des Bundesverfassungsrechtes als eine nach Art. 44 (2) B.-VG. nur auf Grund einer Volksabstimmung zulässige Totaländerung der Bundesverfassung, in der Möglichkeit von Derogationswirkungen gegenüber den unterhalb der Verfassungsstufe liegenden Rechtsvorschriften und in der Veränderung der „versteinerten“ Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern.

³²⁾ Note des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 29. 7. 1964.

³³⁾ Aber nicht nur die Staatsorgane sind beunruhigt. Vgl. etwa Spanner im Vorwort des Handbuchs des österr. Verfassungsrechts (1957): „... zahlreiche, man kann mit Recht sagen, allzu zahlreiche Veränderungen des österreichischen Verfassungsrechtes, die seit der letzten Auflage 1947 eingetreten sind“.

³⁴⁾ Vgl. dazu auch Klecatsky, Die Beseitigung von Widersprüchen in Entscheidungen der Höchstgerichte, ÖJZ. 1962, S. 365 ff.

³⁵⁾ Vgl. auch die Note des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 29. 7. 1964.

³⁶⁾ Vgl. etwa das Rechtsgutachten der Sozialwissenschaftlichen Arbeitsgemeinschaft, Wien, Nr. 36: Die Problematik einer organisatorisch selbständigen österr. Sozialgerichtsbarkeit.

³⁷⁾ Vgl. etwa den Bericht der „Presse“ vom 27./28. 3. 1965, S. 5: „Neues Zaumzeug für Leviathan gesucht“.

³⁸⁾ Vgl. den Bericht der Bundesregierung, III-81 der Beil. zu den Sten. Prot. des NR. X. GP.

³⁹⁾ Note des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst vom 29. 7. 1964.

⁴⁰⁾ Zl. 143.018-2/64.

⁴¹⁾ Sinnvolle Wiederverlaublichungsaktionen sind selbstverständlich nicht darauf zu beschränken, nur „Novellen“ in das Stammgesetz einzubauen, sie müssen auch „Änderungen und Ergänzungen, die nicht durch Novellen, sondern durch besondere Gesetze abseits des Stammgesetzes verfügt wurden, in die betreffende Rechtsvorschrift selbst einbauen“ (§ 2, Z. 6, des WiederverlaublichungsG., BGBl. Nr. 114/1947).

des Bundeskanzleramtes, dem die ständige Betreuung der Bundesverfassung seit dem Jahre 1918 obliegt⁴²⁾, eine verfassungswahrende Einrichtung höchsten Ranges war und ist. Männer, deren Verantwortungsbewußtsein und juristische Gaben nicht zu übertreffen sind, wurden von dieser Institution geprägt und haben umgekehrt sie geprägt⁴³⁾. Ihnen kann der Verfall der Verfassung sicherlich nicht zur Last gelegt werden.

III.

Woher rührt denn die Forderung, daß die Verfassung dauerhaft sein müsse? Ist die Auflösung der Verfassung Regression gegenüber einem historischen Stadium der Stabilität? Wäre es so, dann stünden wir in der Tat an einem Sterbebett.

Ein anonym, im Jahre 1878 in Wien erschienener „Katechismus der österr. Staatsverfassung“ antwortete auf die Frage: „Was versteht man unter einer Verfassung?“ zunächst im vorrevolutionären Stil: „Verfassung im weiteren Sinn ist der Inbegriff der Gesetze, nach denen ein Staat regiert wird“, dann im Geiste der Zeit: „In engerem Sinn versteht man unter der Verfassung (Constitution) die Gesamtheit der rechtlichen Bestimmungen, unter welchen die einzelnen Staatsbürger an der Regierung teilnehmen“. Und die Frage: „Hat auch Österreich eine Verfassung in engerem Sinn“ fand die Antwort: „Ja, Österreich ist ein konstitutioneller Staat, in welchem die Staatsbürger zur Teilnahme an den Regierungsgeschäften berufen sind“⁴⁴⁾. Der Staat, das war der Monarch und seine Verwaltung. Ihm stand die sich als frei proklamierende Gesellschaft der Staatsbürger gegenüber. Die aus zwanzigjährigen, wechselvollen Verfassungskämpfen⁴⁵⁾ emporgewachsene Dezemberverfassung des Jahres 1867 sollte — wie die anderen monarchischen Verfassungen ihrer Zeit — diese Freiheit vom Staat durch den Grundrechtskatalog und die Teilnahme des Volkes an den Staatsgeschäften, vor allem an der Gesetzgebung, sichern. Das war alles. An der dauernden Unverbrüchlichkeit des Verfassungspaktes⁴⁶⁾ war nur der schwächere Vertragspartner, der Monarch, interessiert. Für den stärkeren, das Volk, war die Verfassung nur eine erste Etappe auf dem Wege zur vollen Souveränität. Das Gesetz war noch nicht Instrument des sich selbst organisierenden Kollektivs, sondern Waffe des Volkes zur Niederlegung der verfassungsrechtlichen Mauern, hinter denen die Reste monarchischer Herrschaftsgewalt lagen. Schritt für Schritt wurde mittels des Gesetzes die Volksherrschaft vorgeschoben. Der § 11 des StGG. über die Reichsvertretung, RGBl. Nr. 141/1867, der den Wirkungsbereich des

Reichsrates bestimmte, wurde nicht nur als eine „Kompetenzabgrenzung zwischen der Reichsgesetzgebung gegenüber der Landesgesetzgebung, sondern auch für die gesetzgebende Gewalt überhaupt gegenüber dem Wirkungsbereich“ der dem Kaiser verbundenen „Vollzugsgewalt“ verstanden⁴⁷⁾. Siebzehn Jahre vor dem Zusammenbruch der Monarchie erschien die helllichtige Studie Herrnritys: „Die Staatsform als Gegenstand der Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsänderung“⁴⁸⁾. Darin kann man lesen, daß der „Übergang der staatlichen Grundformen der Monarchie und der Republik ineinander im Wege bloßer Verfassungsänderung ohne Unterbrechung der Rechtskontinuität... überaus selten“ sei, daß aber der Prozeß der fortschreitenden Umwandlung der monarchischen Staatsverfassung „auf rechtlichem Wege, und zwar in demokratischer Richtung“ ein Kennzeichen der zweiten Hälfte des 19. Jh. bilde⁴⁹⁾: Die Mächte der Zeit glaubten an Fortschritt⁵⁰⁾. Nicht Bewahrung, Änderung, ja Sturz der Verfassung war ihre Parole. Wozu in der österr. Vielvölkermonarchie noch die Sprengkraft der Nationalitätenkämpfe kam⁵¹⁾.

Die institutionelle Quelle, aus der diese Auflösungserscheinungen entsprangen, der Parlamentarismus, wurde indes im unablässigen Kreislauf sozialen Freiheitsstrebens⁵²⁾ rasch selbst fragwürdig. Seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts wird von der Rechtswissenschaft die „Krise des Parlamentarismus“ beklagt⁵³⁾ und mit seiner Reform die Änderung des tragenden Elements der modernen Verfassungen begehrt. Wie selbstverständlich faßte der Meister der Staatsrechtslehre, Georg Jellinek, schon am 18. 3. 1906 in einem Vortrag in der Wiener Juristischen Gesellschaft „Verfassungsänderung und Ver-

⁴²⁾ Herrnrity, a. a. O., S. 128.

⁴³⁾ Erschienen 1901.

⁴⁴⁾ A. a. O., S. 57.

⁴⁵⁾ Dazu Jöhr, Der Fortschrittsglaube und die Idee der Rückkehr in den Sozialwissenschaften (1964), S. 8 ff.

⁴⁶⁾ Dazu Hugelmann, Das Nationalitätenrecht nach der Verfassung 1867; der Kampf um ihre Geltung, Auslegung und Fortbildung, in: Das Nationalitätenrecht des alten Österreich (1934), S. 79 ff.

⁴⁷⁾ Dazu treffend Aldous Huxley [Geblendet in Gaza (1959), S. 105 f.]: „Die ganze Geschichte der neuesten Zeit ist eine Geschichte der Befreiung aus Institutionen. Sie ist auch die Geschichte der Tatsache der Versklavung an Institutionen... Auflehnung gegen Institutionen führt vorübergehend zur Anarchie. Anarchie ist aber eine Versklavung an die Natur, und einem zivilisierten Menschen ist diese Versklavung sogar noch unerträglicher als die Versklavung an Institutionen. Die Flucht vor der Anarchie führt zur Schaffung neuer Institutionen... Institutionen werden mit neuen vertauscht bei dem Versuch, die Idee der Freiheit zu verwirklichen. Die neue Sklaverei zu begreifen, braucht eine gewisse Zeit. Daher kommt es bei allen Revolten gegen Institutionen zu einer Art freudvoller Flitterwochen, während welcher die Menschen glauben, daß endlich die Freiheit erlangt wurde... Die Flitterwochen können auch bis zu zwanzig oder dreißig Jahren dauern. Dann aber drängt sich die Tatsache der neuen Sklaverei dem Bewußtsein des Menschen auf. Es wird wahrgenommen, daß die Idee der Freiheit durch die letzte Veränderung nicht verwirklicht wurde, daß die neuen Institutionen genauso versklavend wirken wie die alten. Was ist da zu tun? Man vertausche die neuen Institutionen mit neueren. Und wenn diese Flitterwochen vorbei sind? Vertausche man die neueren mit den allerneuesten. Und so weiter — zweifellos in alle Unendlichkeit“.

Für diejenigen Leser, die einen Dichter nicht als Gewährsmann gelten lassen wollen, darf angemerkt werden, daß Huxley auch Dozent an der theologisch-philosophischen Fakultät der Universität Benares war.

⁴⁸⁾ Vgl. etwa Kelsen, Das Problem des Parlamentarismus (1925), und C. Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus² (1926, 3. unveränderte Aufl. 1961).

⁴²⁾ Vgl. dazu Weiler, Der Verfassungsdienst des Bundeskanzleramtes, ÖJZ. 1962, S. 281 ff., und Seidl-Hohenveldern, ÖJZ. 1951, S. 160 ff.

⁴³⁾ Es sind etwa die Namen zu nennen: Ludwig Adamovich sen., Coreth, Ermacora, Froehlich, Heini, Kaniak, Mannlicher, Merkl, Pernthaler, Seidl-Hohenveldern, Werner, der jetzige Leiter des Verfassungsdienstes Loebenstein und seine jetzigen Mitarbeiter Weiler, Adamovich jun., Draxler, Kirschner und Pahr.

⁴⁴⁾ S. 1 f.

⁴⁵⁾ Vgl. insbesondere PGS. Nr. 29/1848, 30/1848, 49/1848, RGBl. Nr. 150/1849, 151/1849, 2/1852, 226/1860.

⁴⁶⁾ Vgl. dazu etwa Herrnrity, der in seinem Handbuch des österr. Verfassungsrechtes (1909), S. 53, schrieb, die Dezemberverfassung 1867 sei die „erste paktierte, d. h. unter Mitwirkung der Volksvertretung zustandegekommene Verfassung des Staates (Konstitution)“. Zur Geschichte der Deutung der Verfassung als Vertrag siehe Gierke, Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien⁴ (1929), S. 286 ff.

fassungswandlung⁵⁴⁾ vor allem als Folge des Scheiterns des rationalistischen Optimismus⁵⁵⁾ und der Mängel des Parlamentarismus auf dem ganzen Erdenrund⁵⁶⁾ ins Auge.

Die Verfassungen der republikanischen Demokratien konnten nicht stabiler sein, als die der konstitutionellen Monarchien. Mit dem Monarchen war das retardierende Moment der Verfassungsbewegung dahin gegangen. Zu dem politischen Fortschrittsglauben gesellte sich der technische. Die Verfassungskämpfer vermochten sich in der Republik nicht mehr durch Anklagen gegen den Monarchen zu stimulieren. Die politische Feindpartei hatte die Rolle des Monarchen zu übernehmen. Eine einzige in Fraktionen zerrissene Körperschaft übte die Verfassungsgesetzgebung und die einfache Gesetzgebung. Der Unterschied zwischen Verfassungsgesetz und einfachem Gesetz schrumpfte so auf die zu manipulierende Differenz zwischen qualifizierter und einfacher Parlamentsmehrheit zusammen. Gab es darüber hinaus für das schrankenlos souveräne Volk Schranken der Verfassungsänderung? Die positivistischen Lehren der Zeit konnten keine finden⁵⁷⁾ und die Integrationslehre⁵⁸⁾ etwa betrachtete die ständig fließende Wandlung geradezu als das Wesen der Verfassung⁵⁹⁾.

Wir alle wissen, wohin die „Krise des Parlamentarismus“⁶⁰⁾ schließlich geführt hat. Die nationalsozialistische Verfassungsdoktrin besagte wörtlich: „Im Führerstaat unterliegen die Grundgesetze den gleichen Vorschriften wie die einfachen Gesetze. Sie können in der gewöhnlichen Form der Gesetzgebung jederzeit geändert werden“⁶¹⁾. Und in Österreich erwuchs die Verfassung 1934 aus einem „Ermächtigungsgesetz“, das wieder auf eine Regierungsverordnung zurückging⁶²⁾. Aber nicht einmal die in diesem

verkehrten Stufenbau geschaffene Verfassung wurde geachtet. Neben der in ihr vorgesehenen Rechtserzeugung erließ auch die Regierung Gesetze, so daß die nationalsozialistische Regierung den selbständigen Staat Österreich ohne Bruch der Rechtskontinuität mit der antinationalsozialistischen Regierung liquidieren konnte⁶³⁾.

Die Verfassungsauflösung griff im Zweiten Weltkrieg auch in den Staaten um sich, die nicht totalitär regiert wurden. Selbst in dem Musterland demokratischer Rechtsstaatlichkeit, in der Schweiz, erklärte der große Staatsrechtslehrer Giacometti den Hörern seiner Vorlesungen, „daß in Bern neben anderen Sehenswürdigkeiten die Bundesverfassung gezeigt werde, daß man dort jedoch nur ein Loch zu sehen bekomme“⁶⁴⁾. Ein anderer Schweizer, Kägi, schrieb noch während des Krieges ein aufrüttelndes Werk⁶⁵⁾, in dem er die Emanzipierung des Staatshandelns von den Verfassungsnormen nicht nur als einen dem autoritär-totalen Führerstaat eigentümlichen Zug deutete, sondern als umfassenden Niedergang des Verfassungsdenkens⁶⁶⁾. In der immer schneller werdenden Bewegung⁶⁷⁾ begann die verzweifelte Suche nach dem Halt. Kägi nahm in der Krise wahr, was die ganze Verfassungsgeschichte bezeugt: „den inneren zwingenden Zusammenhang von Dauerhaftigkeit, Grundwert und Verfassungsnorm“⁶⁸⁾. Die „materiale Verfassungstheorie“ schickte sich an, der Verfassungsänderung die dem rationalen Normativismus entgangenen Schranken zu weisen⁶⁹⁾. Sie ist heute in der Schweiz⁷⁰⁾ und in der Bundesrepublik Deutschland⁷¹⁾ zweifellos die herrschende.

Es liegt an der Nüchternheit österreichischen Rechtsdenkens, daß hierzulande die Forschungsergebnisse der „Reinen Rechtslehre“ nicht als etwas zu Verwerfendes, sondern als etwas zu Ergänzendes betrachtet werden; der Brückenschlag eines extremen Rechtsontologen, wie Marcic⁷²⁾, bezeugt das. So wird bei uns der Ruf nach Brem-

⁵⁴⁾ In erweiterter Form unter dem gleichen Titel in Druck erschienen (1906).

⁵⁵⁾ A. a. O., S. 1 ff. Dazu auch die signifikante Äußerung des (katholischen) Dichters Paul Claudel in einem an André Gide gerichteten Brief vom 7. 8. 1903: „Meine große Freude ist der Gedanke, daß wir die Abenddämmerung der Wissenschaft des 19. Jahrhunderts miterleben. Alle diese abscheulichen Theorien, die unsere Jugendzeit bedrückt haben, die Laplacesche, die der Evolution, der Äquivalenz der Kräfte stürzen in sich zusammen. Endlich werden wir in vollen Zügen die heilige Nacht, das glückselige Nichtwissen einatmen. Welche Befreiung für den Gelehrten selbst, der sich von nun an in voller Freiheit der Betrachtung der Dinge hingeben kann, ohne den Alpdruck, eine „Erklärung“ beibehalten zu müssen. Bei näherem Nachdenken scheint es überhaupt absurd, den Anspruch zu erheben, daß man jeweils irgendetwas erklären könne, den Anspruch zu erheben, daß es als Quelle der Erkenntnis auszuschöpfen wäre, wo doch die Zahl der Zusammenklänge, aus der diese entspringt, unendlich ist. Ich arbeite augenblicklich an einer Art dialektischen Gedichts, um den Anbruch der neuen Zeit und jenes erquickenden Nichtwissens zu verherrlichen“ [zitiert nach der Ausgabe des Briefwechsels zwischen Claudel und Gide 1899—1926 „Zweifel und Glaube“ (1965), S. 48 f.]. Wer nicht bereit ist, auf Dichter zu hören, dem sei verraten, daß Claudel auch Beamter, und zwar des diplomatischen Dienstes war.

⁵⁶⁾ A. a. O., S. 46 ff.

⁵⁷⁾ Zu den Lehren von Anschütz, Thoma, Kelsen und C. Schmitt vgl. Ehmke, Grenzen der Verfassungsänderung (1953), im besonderen Kelsen, Das Problem der Souveränität² (1928), S. 48 ff., S. 119, und Jeselson, Begriff, Arten und Grenzen der Verfassungsänderung (1929), S. 64.

⁵⁸⁾ Die Integrationslehre Smends wurde von Kelsen in seinem Werk: Der Staat als Integration (1930) heftig bekämpft.

⁵⁹⁾ Vgl. insbesondere Ehmke, a. a. O., S. 56.

⁶⁰⁾ Vgl. die Anm. 53.

⁶¹⁾ Ernst Rudolf Huber, Wesen und Inhalt der politischen Verfassung (1935), S. 36.

⁶²⁾ Dazu Werner-Klecatsky, a. a. O., S. 10.

⁶³⁾ Vgl. Werner-Klecatsky, a. a. O., S. 11 f.

⁶⁴⁾ Laut Peter Schneider im Archiv für öffentliches Recht 1963, S. 476.

⁶⁵⁾ Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates (1945), geschrieben 1940/41 (laut Vorwort, S. 5).

⁶⁶⁾ A. a. O., S. 105.

⁶⁷⁾ Diese Bewegung hält an und ist allgemein, nicht etwa auf das Recht beschränkt. Dazu etwa Ernst Jünger [Der Weltstaat (1960), S. 9]: „Offenbar befinden wir uns in Bewegung, und zwar in einer Form der Bewegung, die sich weder als Gehen und Schreiten, noch als Wandel bezeichnen läßt. Diese Bewegung vollzieht sich vielmehr seit geraumer Zeit accelerando: in wachsender Beschleunigung“.

⁶⁸⁾ A. a. O., S. 53.

⁶⁹⁾ Vgl. Kägi, etwa a. a. O., S. 57, 63; Ehmke, a. a. O., S. 71.

⁷⁰⁾ Vgl. vor allem Haug, Die Schranken der Verfassungsrevision (1947), der damit überhaupt einen Wiederaufbau einer materialen Rechtslehre versuchte.

⁷¹⁾ Vgl. Ehmke, a. a. O.; Henke, Die verfassunggebende Gewalt des deutschen Volkes (1957), der gegen den Normativismus gewendet, die Legitimation jeder Verfassungsgesetzänderung in der ihr vorgegebenen Änderung in der Sphäre der „verfassunggebenden Gewalt“ des Staatsvolkes zu finden trachtet. Dieses Werner Weber (vgl. das Vorwort) verbundene Werk scheint — wie immer man sich sonst zu ihm stellt — die substantielle Schwäche der in der Bundesrepublik Deutschland herrschenden materialen Theorien richtig erkannt zu haben.

⁷²⁾ Vgl. Verfassung und Verfassungsgericht, etwa S. 22 ff., 41 ff. und: Die Reine Rechtslehre: Der Hintergrund der Kelsen-Renaissance im deutschsprachigen Raum, in: Law, State and International Legal Order, Kelsen-Festschrift (1964), S. 197 ff.; siehe auch Klecatsky, JBl., 1964, S. 168.

sung angesichts einer unerträglich gewordenen Beschleunigung deutlich in jenen zahlreichen Stimmen hörbar, die geplante Verfassungsänderungen immer wieder als Gesamtänderungen der Bundesverfassung zu enthüllen trachten, die nur über Volksabstimmungen zulässig⁷³⁾ sind. Zu erinnern ist etwa an Ermacoras These, daß jegliche punktuelle Änderung der föderalistischen Kompetenzverteilung als Totaländerung der Bundesverfassung betrachtet werden müsse, weil nur so die Summierung solcher Änderungen zur völligen Vernichtung des Bundesstaates abgefangen werden könne⁷⁴⁾; weiter an die Bewertung der Pläne zur Errichtung eines die drei Höchstgerichte überragenden Supergerichtes⁷⁵⁾, zur Schaffung eines vierten Höchstgerichtes in Sozialsachen⁷⁶⁾ oder zur Vernichtung der Rechtskraftwirkung eines höchstgerichtlichen Erkenntnisses⁷⁷⁾. Ob Volksabstimmungen solcher Art tatsächlich der Verfassung höhere Festigkeit verleihen könnten, soll hier nicht untersucht werden. Auch hier geht es nur um das Symptomatische, daß Kenner des Verfassungsrechtes nur allzu häufig die Verfassung im ganzen in Frage gestellt sehen und daß sie dagegen an die letzte Instanz appellieren, die das positive Verfassungsrecht offen hält; wie auch in der Bundesrepublik Deutschland gegen den Übermut des Verfassungsgesetzgebers die „verfassungsgebende Gewalt des Volkes“⁷⁸⁾ angerufen wurde. Ja, als sensationell für die der Wiener Schule verbundene österr. Rechtslehre darf gelten, daß Antonioli, Staatsrechtslehrer und Präsident des VfGH., vor dem 2. Österr. Juristentag 1964 nicht nur die „meisten Änderungen der in der Verfassung bestimmten organisatorischen und inhaltlichen Gewaltentrennung... als Gesamtänderungen der Verfassung im Sinne des Art. 44 Abs. 2 B.-VG.“, sondern „manche“ davon „überhaupt als unzulässig und unmöglich“ erkannt hat⁷⁹⁾. Unantastbares wird hier proklamiert.

Aber was hilft das alles in einer Lage, in der die kollektiven Mächte, die über den Apparat der Verfassungsgesetzgebung unmittelbar oder mittelbar verfügen, oft nicht einmal mehr diesen Apparat zur Erreichung dessen einsetzen, was der rechtlich ungeformten Aktion leichter zugänglich ist. Die schleichende ideologische Unterwanderung des Grundgesetzes wird beklagt⁸⁰⁾, die Frage gestellt, wie die „normative Kraft der Verfassung“⁸¹⁾ durchgesetzt werden könne und darauf etwa vor einem Forum höchster rechtswissenschaftlicher Repräsentationskraft — der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer — nur die resignierende Antwort gefunden: diejenige Verfassungsinterpretation „ist die gebotene, die unter den konkreten Bedingungen der gegebenen Sachlage den Sinn der normativen Regelung optimal verwirklicht“⁸²⁾. In Österreich gedeihen weithin verfassungsfern die ent-

scheidenden Elemente des modernen Wirtschafts- und Sozialstaates: die Wirtschaft der „öffentlichen Hand“⁸³⁾, die „soziale Selbstverwaltung“⁸⁴⁾, das Parteien-⁸⁵⁾ und Verbändewesen⁸⁶⁾ und noch manches andere. Die Kraft, die zum Weltstaat drängt⁸⁷⁾, preßt Kernteile der überkommenen Verfassung in den zwischenstaatlichen Bereich. Die Europäische Menschenrechtskonvention⁸⁸⁾ saugt den staatlichen Grundrechtskatalog auf, der Art. 8 des Wiener Staatsvertrages⁸⁹⁾ und der Art. 3 des Zusatzprotokolls zur Europäischen Menschenrechtskonvention⁹⁰⁾ das Demokratieprinzip, der internationale Wirtschaftsdirigismus⁹¹⁾ die verfassungsrechtlich garantierte Privatwirtschaftsordnung⁹²⁾. Doch all das ist nicht nur österr., mitteleuropäisches oder europäisches Verfassungsschicksal. Loewenstein, der sich seit Jahrzehnten mit dem Problem der Verfassungsänderung befaßt⁹³⁾, zieht das Weltfazit: die geschriebene Verfassung als primäres Instrument zur Kontrolle politischer Macht bietet keine Gewähr mehr für die Begrenzung der Macht. Mehr als 2/5 der Weltbevölkerung leben bereits unter Scheinverfassungen und „noch ist kein Anzeichen dafür vorhanden, daß die Flutwelle ihren Höhepunkt erreicht hat“. Doch auch in den konstitutionell-demokratischen Staaten, wie in den USA., ist die Masse der Bevölkerung von den Verfassungen abgerückt. Und der große Verfassungsforscher bekennt, er wisse nicht, wie dem zu begegnen sei⁹⁴⁾.

Zweifellos stellte die Entdeckung der Verfassungsgerichtsbarkeit ein entscheidendes Stabilisierungselement dar. Wie die Verwaltungsgerichtsbarkeit die gesetzliche Durchbildung der Verwaltung förderte⁹⁵⁾, so brachte die Verfassungsgerichtsbarkeit das Verfassungs-

⁷³⁾ Dazu etwa Klecatsky, JBl. 1954, S. 473 ff., S. 503 ff.; JBl. 1957, S. 333 ff.; Wirtschaftspolitische Blätter 1957, S. 23 ff.; 1959, S. 130 ff.; Verstaatlichung und die Forderungen des Rechtsstaates in H. 19 der Schriftenreihe des Instituts für Sozialpolitik und Sozialreform (1963), S. 43 ff.; Kobzina, ÖJZ. 1961, S. 421 ff. Klecatsky, Die Grenzen zwischen öffentlicher und privater Wirtschaft in verfassungsrechtlicher Sicht, Wirtschaftspolitische Blätter 1965, Nr. 2, Beilage S. 3 ff.

⁷⁴⁾ Vgl. Klecatsky, Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben und die Bundesverfassung, in: Die kollektiven Mächte im Arbeitsleben (1963), S. 29 ff.

⁷⁵⁾ Vgl. etwa Adamovich-Spanner, a. a. O., S. 117 ff.; Klecatsky, Totaländerung der Bundesverfassung?, Staatsbürger 1957, 24. Folge; Veiter, Parteien, Proporz und Staat (1959), S. 38 ff., u. a.

⁷⁶⁾ Vgl. Adamovich-Spanner, a. a. O., S. 122 ff.; Klecatsky, Sollen die Handelskammern in die Bundesverfassung eingebaut werden?, Wirtschaftspolitische Blätter 1960, S. 63 ff., Kollektive Mächte, a. a. O.; Interessenverbände und Parlamentarismus in: Die Verbände und ihr Ordnungsanspruch (1965).

⁷⁷⁾ Vgl. Klecatsky, Die Bundesverfassungsnovelle vom 4. März 1964 über die Staatsverträge, JBl. 1964, S. 349 ff.

⁷⁸⁾ BGBl. Nr. 210/1958.

⁷⁹⁾ BGBl. Nr. 152/1955.

⁸⁰⁾ BGBl. Nr. 210/1958.

⁸¹⁾ Vgl. etwa das Schlußwort Erlers auf der Erlanger Tagung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, H. 18 der Veröffentlichungen der Vereinigung (1960), S. 111 f.; Klecatsky, Das Verhältnis von öffentlicher und privater Wirtschaft in verfassungsrechtlicher Sicht, a. a. O.

⁸²⁾ Dazu Klecatsky, Das Verhältnis von öffentlicher und privater Wirtschaft in verfassungsrechtlicher Sicht, a. a. O., und Verstaatlichung und die Forderungen des Rechtsstaates, a. a. O.

⁸³⁾ Vgl. schon Erscheinungsformen der Verfassungsänderung (1931).

⁸⁴⁾ Verfassungslehre (1959), S. 166.

⁸⁵⁾ Vgl. etwa Antonioli; Allgemeines Verwaltungsrecht (1954), S. 292.

⁷³⁾ Art. 44 (2) B.-VG.

⁷⁴⁾ Der Verfassungsgerichtshof (1956), S. 148, und JBl. 1957, S. 550.

⁷⁵⁾ Vgl. das Rechtsgutachten der Sozialwissenschaftlichen Arbeitsgemeinschaft Nr. 31: Pläne zur Gleichschaltung der Höchstgerichte, S. 16.

⁷⁶⁾ Vgl. etwa das Rechtsgutachten der Sozialwissenschaftlichen Arbeitsgemeinschaft Nr. 36: Die Problematik einer organisatorisch selbständigen österr. Sozialgerichtsbarkeit.

⁷⁷⁾ Vgl. Marcic, Forum 1964, S. 191, und Werner, JBl. 1964, S. 389.

⁷⁸⁾ Vgl. Henke, a. a. O.

⁷⁹⁾ Forum 1964, H. 128.

⁸⁰⁾ Dazu Adolf Arndt, Das nicht erfüllte Grundgesetz (1960); Werner-Klecatsky, a. a. O., S. VI.

⁸¹⁾ Vgl. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung (1959).

⁸²⁾ Hesse in H. 17 der Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (1959), S. 48.

recht in Gesetzgebung und Vollziehung zur Geltung. Aber die über die Verfassungsgerichtsbarkeit in ein derogatorisches Verhältnis zur übrigen Rechtsordnung tretende Verfassung blieb keineswegs immer Sieger. Die Formen, in denen sie dabei Haare lassen mußte, sind verschieden. Der VfGH. bestätigte bisweilen die Verfassungsmäßigkeit verfassungswidriger Staatsakte und sprengte damit das Verfassungssystem. Als Beispiel ist die judizielle Absicherung der mit der Bundesverfassung nicht zu vereinbarenden Verstaatlichungsaktion zu nennen. Das Ergebnis war, daß die für den modernen Wirtschaftsstaat unentbehrliche Abgrenzung zwischen privater und öffentlicher Wirtschaft ausblieb und die Gesamtwirtschaftsordnung in permanenter Labilität verharrte⁹⁶⁾. Hob hier das Erkenntnis des VfGH. die verfassungswidrige einfachgesetzliche Norm neben die Verfassung, so füllte das Gericht in anderen Fällen Verfassungsbegriffe mit niederrangigerem Rechtsstoff auf⁹⁷⁾. Ganz allgemein hat der VfGH. die historische Auslegungsmethode für die in der Verfassung nicht definierten Begriffe für maßgebend erklärt⁹⁸⁾. Dadurch scheint zwar die Verfassung zunächst dem Wandel der Zeit entrückt, aber der versteinerte Inhalt stammt weithin von unten und diese untere Rechtsstufe beschied sich nicht. Sehr deutlich zeigt sich das in der Entwicklung der föderalistischen Kompetenzverteilung. Die Kompetenzgrenze zwischen Bund und Ländern ist nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung insofern versteinert, als die in den Kompetenzartikeln verwendeten Ausdrücke in der Bedeutung verstanden werden müssen, die ihnen im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kompetenzartikel (im allgemeinen der 1. 10. 1925) nach dem Stande der einfachen Rechtsordnung zukam⁹⁹⁾. Die Folge ist, daß die Reformatoren des einfachen Rechtes, die an die versteinerte Kompetenzgrenze stoßen, oft eine Änderung der ihnen im Wege stehenden Verfassungsnormen erzwingen¹⁰⁰⁾. Die Bundesverfassung wurde so aus der die unteren Rechtsstufen bedingenden Norm in sinnloser Umkehrung die von unten her bedingte — dazu bestimmt, verfassungsfern geschaffene Staatsakte vor einer repressiven Kontrolle auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu behüten¹⁰¹⁾. Über diesen und ähnlichen Einzelheiten aber ist ein Grundsätzliches merkwürdig. Ohne Verfassungsgerichtsbarkeit wäre der verfassungswidrig zustandgekommene Staatsakt absolut nichtig¹⁰²⁾. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle verband nun die Normen verschiedener Rechtserzeugungstufen zu einem Normensystem, dem Konflikte zwischen höheren und niedrigeren Normen nichts mehr anhaben können. Denn — so formulierte Kelsen¹⁰³⁾ — auch die sogenannten „ver-

fassungswidrigen“ Staatsakte sind verfassungsmäßig, nur eben in einem besonderen Verfahren vor dem VfGH. aufhebbar.

Die Normenhierarchie wurde durch die Existenz der Verfassungsgerichtsbarkeit eingeebnet.

IV.

Objektiv betrachtet, treffen also die Klagen über den Verfall der modernen Verfassung keine tatsächliche Regression. Die Verfassung ist heute so stabil oder so labil wie eh und je. So kann sich nur die menschliche Psyche gewandelt haben, indem sie nun vom Fließenden der Verfassung bedrückt wird. Die Vorstellung der Rückkehr der Verfassung zu Dauerhaftigkeit und damit zu der nur von der stabilen Verfassung gewährleisteten Ordnung, Freiheit, Sicherheit und wahren Gleichheit ist beim ewigen Mythos von der „Vollkommenheit des Anfangs“ beheimatet, wie er in den Bildern des „goldenen Zeitalters“, des „guten Wilden“ oder auch nur des Historismus oder der „Rückkehr“ in den modernen psychoanalytischen Heilmethoden zutage tritt. Nicht in profaner Zeit abgelaufener Rückschritt wird hier registriert, sondern die Notwendigkeit eines außerhalb der Zeit stehenden „regressus ad originem“ wahrgenommen. Denn alle diese Bilder meinen dasselbe: daß „das Wesentliche der gegenwärtigen Verfassung des Menschen vorangeht“¹⁰⁴⁾.

Daß solches dem heutigen Juristen widerfährt, ist gut. Doch vermag es ihm und dem Recht nur dann zu nützen, wenn er sich der Bedeutung des Geschehens bewußt wird. Der rationale Normativismus hat ganzen Juristengenerationen den Blick für Vorgänge getrübt, die von den Gründern der Lehre noch klar gesehen wurden. Kelsen, dem Meister der „Reinen Rechtslehre“, war die Beziehung des Staatsrechtes zu den jenseits der Philosophie liegenden Bereichen kollektiver Erfahrung noch bewußt, wengleich er subjektiv seine Lehre als eine fortschrittliche Sezession von unwissenschaftlichen Theologieresten begriff¹⁰⁵⁾.

Zwei Schweizer Staatsrechtslehrer, Marti¹⁰⁶⁾ und Imboden¹⁰⁷⁾, von ihrem Landsmann C. G. Jung herkommend, haben voneinander unabhängig, fast zu derselben Zeit die Staatsstruktur als Spiegel der menschlichen Psyche erkannt¹⁰⁸⁾. Sie, die wohl bewiesen hatten, daß ihnen die normative Methode geläufig ist, visierten das Verhältnis der Verfassung zu den Archetypen an¹⁰⁹⁾. Aus dem Spiegel der Verfassung des

verschiedener Stufen, zwischen Gesetzen und richterlichen Entscheidungen, Verfassung und Gesetz, Verfassung und Verordnung, Gesetz und Verordnung oder — ganz allgemein formuliert — daß zwischen einer höheren und einer niedrigeren Rechtsnorm kein Konflikt möglich ist, der die Einheit dieses Normensystems aufhebt“; dann S. 278: „die sogenannten ‚verfassungswidrigen‘ Gesetze sind verfassungsmäßige, aber in einem besonderen Verfahren aufhebbare Gesetze“.

¹⁰⁴⁾ Zu diesem Fragenkreis Eliade, Die Mythen der modernen Welt und Der Mythos vom guten Wilden, in: Mythen, Träume und Mysterien (1961), S. 19 ff., das Zitat S. 62.

¹⁰⁵⁾ Vgl. über das Verhältnis von Theologie und Staatslehre im Werke Kelsens etwa: Der soziologische und der juristische Staatsbegriff (1922), S. 219 ff.; Allgemeine Staatslehre (1925), S. 76 ff.; Reine Rechtslehre², S. 319 f.

¹⁰⁶⁾ Urbild und Verfassung (o. J., aber 1958 oder 1959).

¹⁰⁷⁾ Die Staatsformen (1964, Neudruck der 1959 erschienenen 1. Aufl., vgl. auch das Vorwort).

¹⁰⁸⁾ Vgl. Imboden, a. a. O., S. 143 f.

¹⁰⁹⁾ In Österreich hat Ludwig Adamovich jun. erstmals öffentlich auf die Zusammenhänge zwischen Recht und Tiefenpsychologie aufmerksam gemacht; dies in einem Vortrag vom

⁹⁶⁾ Vgl. Klecatsky, Verstaatlichung, a. a. O., und: Das Verhältnis von öffentlicher und privater Wirtschaft in verfassungsrechtlicher Sicht, a. a. O.

⁹⁷⁾ Dazu auch Leisner, Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung (1964); Klecatsky, JBl. 1965, S. 220.

⁹⁸⁾ Vgl. etwa die Erk. des VfGH. Slg. 1327, 1994, 3472.

⁹⁹⁾ Vgl. etwa die Erk. des VfGH. Slg. 2005, 2217, 2500, 2721, 3670; Vgl. auch Ermacora-Klecatsky-Ringhofer, ÖJZ. 1956, S. 620.

¹⁰⁰⁾ Vgl. etwa Klecatsky, Die Bundesverfassungsnovelle über die Straßenpolizei, ZVR. 1960, S. 193 ff.

¹⁰¹⁾ Vgl. Klecatsky, ZVR. 1960, S. 194; ÖJZ. 1963, S. 63 usw.

¹⁰²⁾ Etwa Kelsen, Über Staatsunrecht, Grünhuts Zeitschrift 40, S. 55 ff.; Adamovich, Handbuch des österr. Verwaltungsrechts I (1954), S. 55 ff.; Menzl, Beiträge zur Geschichte der Staatslehre (1929), S. 534; Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat (1957), S. 188 ff.

¹⁰³⁾ Reine Rechtslehre² (1960), S. 271 ff., insbesondere S. 280, wo Kelsen sagt, daß „ein Konflikt zwischen Normen

Staates blickt also dem Menschen seine eigene Verfassung entgegen. Einebnung der hierarchischen Struktur und Zerfall von Situation zur Situation kennzeichnen — wie wir gesehen haben — die Entwicklung der Staatsverfassung. Es ist der Mensch von heute, dem solches geschieht.

Marti hat an Hand der Schweizer Verfassung den Niedergang der dem Archetypus des „Großen Vaters“ zugeordneten Verfassung des Rechtsstaates¹¹⁰⁾ nicht allein dem regressiven Hervortreten des Urbildes der „Großen Mutter“¹¹¹⁾ zugeschrieben, sondern — tröstlicherweise — auch dem Archetypus der „Wandlung“¹¹²⁾. Zum Bilderkreis der „Wandlung“ gehören auch die „Stufen“¹¹³⁾, über die der Aufstieg in höhere Reiche erfolgt. Merkl, der Vater der Rechtsstufenlehre, hat von mehreren Bildern bewußt das Stufenbild¹¹⁴⁾ für seine die rationalistische „Reine Rechtslehre“ mitbegründende¹¹⁵⁾ Theorie entlehnt. Die Einebnung der Rechtserzeugungstufen entspricht dem horizontalen Denken und Trachten des Menschen von heute.

Der Zerfall des menschlichen Ich, aus dem der Verfassungszersplitterung entspringt, wird etwa von dem Arzt und Sozialpsychologen Bodamer¹¹⁶⁾ diagnostiziert: „Das Problem des neuzeitlichen, technisierten Menschen besteht nicht darin, wie er unter dem Druck des Massenhaften ein Einzelner bleiben könne, sondern ob er allererst ein menschliches Ich überhaupt noch zu bilden fähig ist, einen Kern seiner Person, welcher Dauer und Geschichte hat und sich nicht von Situation zu Situation auflöst oder sich von Erlebnis zu Erlebnis neu konstituiert“. Und der Dichter und Arzt Benn sagt: „der Mensch von heute, — das Innere ein Vakuum; die Kontinuität der Persönlichkeit wird gewahrt von den Anzügen, die bei gutem Stoff zehn Jahre halten“¹¹⁷⁾.

Im einzelnen Menschen zerfällt die Verfassung des Staates, im einzelnen Menschen nur kann sie wieder errichtet werden¹¹⁸⁾. Iherings geniale Einsicht, daß der

6. 5. 1964 an der Universität Salzburg (Seminar Marcic-Schmölz) über Naturrecht und Tiefenpsychologie und in einem Vortrag vom 1. 2. 1965 im Wiener Verein für Individualpsychologie über Individualpsychologie und Recht.

¹¹⁰⁾ Vgl. etwa a. a. O., S. 50, 85. Siehe dazu auch Johannes von Müller am Anfang der Vorrede zu seiner Geschichte der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Neubearbeitung von Wechlin, I (1942), S. 1: „Alle Verfassungen freier Nationen haben ihren Ursprung in der häuslichen, wo väterliches Ansehen durch Kraft und Weisheit Ordnung hält“.

¹¹¹⁾ Vgl. etwa a. a. O., S. 98 f.

¹¹²⁾ Vgl. a. a. O., S. 71 f., wo Marti aber auch auf die Komplementärstruktur des Rechtes, seine Dauerhaftigkeit, hinweist.

¹¹³⁾ Vgl. etwa Eliade, a. a. O., S. 167 ff.

¹¹⁴⁾ Vgl. Merkl's Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, a. a. O., S. 283: „Das vorangeführte schrittweise Rechtsverfahren und sein Ergebnis, die einander bedingenden und voneinander bedingten Rechtsakte regen zu Vergleichen mit verwandten Erscheinungen der Erfahrungswelt an. Unter den zum Vergleich herangezogenen Bildern, wie dem einer Kette, eines Stammbaumes oder Wasserlaufs, eines technischen Produktionsprozesses usw. ist wohl das einer Stufenfolge, eines Stufenbaus, das schmuckloseste, aber sinnfälligste und bezeichnendste. So kommt man dazu, die erfahrungsmäßige Erscheinung, daß die Rechtserscheinungen oder Staatsakte nicht einförmig, sondern in den verschiedensten Erscheinungsformen zutage treten, deren jeweils eine bedingend, deren nächste bedingt ist, als rechtlichen Stufenbau zu bezeichnen“.

¹¹⁵⁾ Vgl. die Anm. 16.

¹¹⁶⁾ Der Mensch ohne Ich (1958), S. 42.

¹¹⁷⁾ Gesammelte Gedichte (1956), S. 262.

¹¹⁸⁾ Dazu Ernst Jünger, Über die Linie (1951), S. 44: „Die eigene Brust: das ist, wie einst in der Thebais, das Zentrum

Kampf des Einzelnen um sein Recht zugleich ein Kampf um das Recht ist¹¹⁹⁾, gilt für das öffentliche Recht mehr noch als für das Privatrecht¹²⁰⁾, gilt auch für die Demokratie¹²¹⁾ wie ehemals. Wenn auch die Stufen zusammenbrechen, so bleibt doch die Verfassung als die Norm, die den Rechtsweg zu den Gerichten, vor allem zu denen des öffentlichen Rechtes, öffnet. Eine Rechtswegeverfassung¹²²⁾ wurde die österr. Verfassung genannt. Und wieder wiegt das Wort schwer: der „Weg“ ist ein anderes Bild aus dem Bilderkreis der „Wandlung“ — in West und Ost¹²³⁾. Es ist kein Zufall, daß das chinesische „Tao“ als der Zentralbegriff einer der größten Schriften der Menschheit, des „Tao-te-king“, als „Weg“ übersetzt wird¹²⁴⁾. Die kollektiven Mächte, die einst die Verfassung getragen haben mögen, bevor noch die Einebnung erfolgte, sind dahin oder mit ihrem Latein am Ende. Die Stunde der rationalistisch getarnten Sozialmagie¹²⁵⁾ mit ihren kollektiven Zauberworten läuft ab. Nun ist der Einzelne allein am Wege. Am Unrecht leidend, für das Recht kämpfend, steht er für alle. Der durch seinen Einsatz ausgelöste Richterspruch konstituiert die Rechtsordnung immer wieder neu¹²⁶⁾.

Hat also Österreich eine Verfassung? — Die Frage ist offen. Fern allen kollektiven Phrasen¹²⁷⁾

der Wüsten- und Trümmerwelt. Hier ist die Höhle, zu der die Dämonen andrängen. Hier steht ein jeder, gleichviel von welchem Rang und Stande, im unmittelbaren und souveränen Kampfe, und mit seinem Siege verändert sich die Welt“.

¹¹⁹⁾ Der Kampf ums Recht¹⁸ (1913), S. 46 ff., insbesondere: „Jeder ist ein geborener Kämpfer ums Recht im Interesse der Gesellschaft“ (S. 52).

¹²⁰⁾ Vgl. Ihering, a. a. O., S. 14.

¹²¹⁾ Dazu etwa Draxler-Weiler, Freiheit und Recht (1964), S. 12: „Der Bürger der Demokratie ist zum Einsatz seiner Person für einen Staat aufgerufen, dessen Probleme und Mängel offen zutage liegen, die ihm zum Unterschied von den Diktaturen aller Art keine Volksaufklärung und keine Propaganda verhüllt. Die Demokratie... bedeutet nicht, daß dem Bürger... die Freiheit geschenkt wird. Auch hier muß sie täglich neu erkämpft werden.“

¹²²⁾ Dazu Merkl, Die Wandlung des Rechtsstaatsgedankens, ÖVBl. 1937, S. 179, und Schambeck, The Development of Austrian Administrative Law, Revue internationale des Sciences administratives 1962, S. 228.

¹²³⁾ Vgl. etwa Heinrichs, Katholische Theologie und asiatisches Denken (1963), Kapitel VI: „Gotteswege, Menschenwege und das Tao“, S. 203 ff. Vgl. auch Marti, a. a. O., S. 73.

¹²⁴⁾ Dazu aus letzter Zeit die deutschen Ausgaben des Tao-te-King von Debon (1961), und Ulenbrook (1962).

¹²⁵⁾ Dazu etwa Huxley, a. a. O., S. 355: „Maschinen und gute Organisation sind moderne Erfindungen und müssen wie alle solche Segen bezahlt werden. Auf vielerlei Weise. Unter anderen mit dem allgemeinen, durch technische und soziale Leistungsfähigkeit geförderten Glauben, daß Fortschritt etwas Automatisches sei und sich von außen aufzwingen lasse. Wir, als Individuen, brauchen nichts dazu tun. Man liquidiere Unerwünschte, verteile genug Geld und Güter — und alles werde zum Besten stehen. Es ist ein Rückfall in Magie.“

¹²⁶⁾ Marcic hat in seinem großen Werk: Vom Gesetzestaat zum Richterstaat (1957), dieses Gefälle des modernen Staates aufgezeigt. Zur bedrohlichen Seite dieser Entwicklung vgl. Fritz Werner, Das Problem des Richterstaates (1960), und Klecatsky, Der Staat von morgen, JBl. 1959, S. 14 ff. u. a.

¹²⁷⁾ Dazu Gottfried Benn in einem Brief vom 28. 7. 1946: „Was mich am meisten überrascht, ja mit Entsetzen erfüllt, ist zu sehen, wie ohne Zaudern und ohne Scham die sogenannten Geistigen vor den politischen Begriffen kapitulieren; keiner hat den Mut oder den inneren Besitz, den allgemeinen öffentlichen Phrasen gegenüber eigene Maßstäbe und Wertsetzungen zu halten; für alle ist es selbstverständlich, die politischen Ideolo-

gibt jeder Einzelne die Antwort: Wo immer er steht, wissend oder unwissend, wollend oder widerstrebend, so oder so. Als der Zen-Meister Yün-men gefragt wurde: „Was ist das Tao?“ — Was ist der Weg? — antwortete er: „Geh weiter!“¹²⁸).