

Theo Öhlinger

Die Bedeutung Hans Kelsens im Wandel

Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf die Bedeutung und den Stellenwert *Hans Kelsens* für das österreichische Verfassungsrecht. Diese Bedeutung ist schlicht überragend. Kein anderer Jurist hat im 20. Jahrhundert einen vergleichbaren Einfluss auf das Verfassungsrecht in all seinen Facetten – Verfassungsgesetzgebung, Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft – ausgeübt.

1. Kelsens Mitwirkung an der Entstehung der Bundesverfassung

Kelsen hat an der Entstehung der Bundesverfassung von 1920 mitgewirkt. Diese Mitwirkung wird allerdings manchmal überschätzt. In den Medien wird die österreichische Bundesverfassung gerne als "Kelsen-Verfassung" bezeichnet oder Kelsen als "Vater" dieser Verfassung genannt. Das ist so nicht richtig. Die österreichische Bundesverfassung hat viele "Väter". Es ist daher auch nicht ganz richtig, wenn es etwa im Stiftbrief des Hans-Kelsen-Instituts¹ heißt: "Die Republik verdankt Hans Kelsen ihre Verfassung". Österreich hätte zweifellos auch ohne Hans Kelsen eine Verfassung. Aber sie würde gewiss in manchen Teilen anders aussehen als das B-VG von 1920.

Hans Kelsen war zunächst Berater von Staatskanzler Karl Renner und erstellte als solcher eine Reihe von Verfassungsentwürfen, die alle weiteren Entwürfe maßgeblich beeinflussten.² Er war Mitglied eines vierköpfigen – hochrangigen – Komitees, das von der Staatsregierung im Mai/Juni 1920 zur Ausarbeitung eines Verfassungsentwurfes eingesetzt wurde (neben Kanzler Renner, Vizekanzler Fink und Staatssekretär Michael Mayr).³ Und er war schließlich Experte des Unterausschusses des Verfassungsausschusses der Konstituierenden Nationalversammlung, der vom 11. Juli bis zum 24. September 1920 den Text des B-VG ausarbeitete. Dabei lässt sich der Einfluss *Kelsens* auf die Textierung des B-VG in durchaus wesentlichen Punkten nachweisen. Ich erwähne – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – nur drei bemerkenswerte Beispiele.

Auf Kelsen geht die Formulierung des zweiten Satzes in Art 1 B-VG zurück, wonach das Recht (der Republik) vom Volke ausgeht – eine Formulierung, mit der die klassische Formel, dass alle (Staats-)Gewalt vom Volk ausgehe, in sehr bemerkenswerter und die Rechts- und Staatstheorie *Kelsens* reflektierender Weise abgewandelt wird. *Kelsen* hat, ausgehend von seiner Identifizierung des Staates mit dem Recht, die traditionelle Gewaltterminologie nicht nur aus der Sprache des positiven Verfassungsrechts, sondern auch aus der Begrifflichkeit der österreichischen Rechtswissenschaft verbannt – allerdings nicht immer zum Vorteil einer Lösung der hinter dieser Terminologie stehenden Probleme.⁴

Auf Kelsen geht – so berichtet jedenfalls Adolf J. Merkl⁵ – die Formulierung des Legalitätsprinzips in Art 18 B-VG zurück. Wie immer dies gewesen sein mag – Kelsen hat

¹ Abgedruckt in *Walter/Jablonek/Zeleny* (Hrsg), 30 Jahre Hans Kelsen-Institut (2003) 107.

² Vgl *Merkl*, Hans Kelsen als Verfassungspolitiker, JBI 1931, 385.

³ *Ermacora*, Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1920) (1967) 16.

⁴ Vgl *Novak*, Grenzen und Möglichkeiten des Legalitätsprinzips, ÖVA 1970, 1 (11 ff).

⁵ *Merkl* (FN 2) 386.

jedenfalls mit seiner Demokratietheorie⁶ das Verständnis dieser Bestimmung seitens der Rechtslehre und Judikatur ganz entscheidend geprägt. Dieses Verständnis des Legalitätsprinzips inkludiert nicht nur eine strenge Bindung der Verwaltung an das Gesetz, sondern auch eine verfassungsrechtliche Verpflichtung der Gesetzgebung, das Handeln der Verwaltung hinreichend genau zu determinieren.⁷ Die Verwaltung wird dadurch auf einen bloßen "Vollzug" des Gesetzes reduziert und so zum Vollstrecker des im Gesetz repräsentierten Volkswillens. Art 18 B-VG wurde in diesem Verständnis zu einem Spezifikum des österreichischen Verfassungsrechts.

Kelsen selbst hat die Verfassungsgerichtsbarkeit als sein "persönlichstes Werk"⁸ bezeichnet. Bekanntlich ist der österreichische Verfassungsgerichtshof das älteste spezielle Verfassungsgericht der Welt und hat als solches die Verfassungsentwicklung in Europa (im geographischen Sinn) vor allem in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts maßgeblich beeinflusst. Man bezeichnet dieses österreichische Modell der richterlichen Gesetzesprüfung daher auch, vor allem in den romanischen Ländern, als Kelsenianisches Modell.⁹ Die Protokolle des Verfassungsunterausschusses sprechen freilich eine etwas andere Sprache. Was offensichtlich auf eine Anregung *Kelsens* zurückgeht, ist die Befugnis des VfGH, Gesetze, die der VfGH in anderem Zusammenhang anzuwenden hat, von Amts wegen zu prüfen (Art 140 B-VG). Die Politiker hatten nur ein Antragsrecht der Bundesregierung und der Landesregierungen vorgesehen und den VfGH gewissermaßen als Schiedsrichter in Kompetenzstreitigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern konzipiert.¹⁰ Sie dürften die Tragweite der von *Kelsen* angeregten Ergänzung kaum erfasst haben. Es war aber genau diese Befugnis des VfGH, die zum Motor der Weiterentwicklung dieser Institution wurde, und zwar von einem bloßen Schiedsrichter zwischen Bund und Ländern zu einem umfassenden Hüter der Verfassung und im Besonderen der Grundrechte.¹¹

Zusammengefasst: Kelsen war zweifellos ein "wichtiger Mitgestalter des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920".¹²

2. Kelsens Einfluss auf die (richterliche) Auslegung der Verfassung

Kelsen hat aber die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit noch in einer anderen Weise maßgeblich geprägt, nämlich durch sein methodisches Verständnis.

Kelsen hat sich für eine große Zurückhaltung der Verfassungsrichter gegenüber verfassungsrechtlichen Termini wie "Gerechtigkeit, Freiheit, Gleichheit, Billigkeit, Sittlichkeit usw." ausgesprochen.¹³ Nun sind zwar manche dieser Termini – Gerechtigkeit, Billigkeit, Sittlichkeit, anders als etwa Freiheit und Gleichheit – im Verfassungsrecht gar nicht üblich; aber was Kelsen damit anzusprechen scheint, ist die regelmäßige Terminologie eines Grundrechtekatalogs. Kelsen steht einer solchen Terminologie der Verfassung mit großem Misstrauen gegenüber und empfiehlt explizit ihre Vermeidung – ein etwas paradoxes Postulat, macht es doch die Auslegung des Verfassungstextes zum Kriterium seiner Formulierung. (Es ist dies eine bemerkenswerte Abwandlung der neo-kantianischen Wissenschaftstheorie des frühen Kelsen,¹⁴ wonach nicht der Gegenstand die Methode, sondern die Methode den Gegenstand bestimmt.) Soweit eine solche Terminologie dennoch vorliegt, plädiert Kelsen für einen ausgeprägten *judicial self-restraint*. Ich zitiere wörtlich: "Daß es ... Sinn der Verfassung nicht sein kann, durch den Gebrauch eines nicht näher bestimmten, so vieldeutigen Wortes wie jenes

⁶ *Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie² (1929) 69 ff. Vgl auch dazu *Merkel* (FN 2) 387 f.

⁷ Vgl *Rill*, Art 18 B-VG, in *Rill/Schäffer* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar, Rz 5 ff.

⁸ *Kelsen*, Archivaufnahme, in *Walter/Jablonek/Zeleny* (FN 1) 89 (90).

⁹ Siehe etwa *Favoreu*, Le contrôle juridictionnel des lois et sa légitimité. Développements récents en Europe Occidentale (1984) 21.

¹⁰ *Öhlinger*, Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie, FS *Melichar* (1983) 125 (135).

¹¹ *Öhlinger*, Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit, FS *Adamovich* (2002) 581 (592 f).

¹² *Walter*, Hans Kelsen 1881-1973, in *Brauneder* (Hrsg), Juristen in Österreich 1200-1980 (1987) 290 (291).

¹³ Siehe *Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1929) 30 (68 ff).

¹⁴ Siehe etwa *Kelsen*, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (1920) 10 f.

der Gerechtigkeit oder eines ähnlichen, jedes vom Parlament beschlossene Gesetz von dem freien Ermessen eines politisch mehr oder weniger willkürlich zusammengesetzten Kollegiums, wie es das Verfassungsgericht ist, abhängig zu machen, versteht sich von selbst".

Der VfGH ist diesem Ratschlag zunächst durchaus gefolgt. Berühmt ist eine Entscheidung aus 1928¹⁵ – Kelsen selbst gehörte von 1921 bis 1930 dem VfGH an – in der es um die Verfassungsmäßigkeit des Mietengesetzes ging. Der VfGH bestritt nicht, dass die damals geltende Regelung eine Eigentumsbeschränkung darstelle, die von Verfassungs wegen nur im öffentlichen Interesse ("allgemeinen Wohl") zulässig sei. Was jedoch im öffentlichen Interesse liegt, habe ausschließlich der parlamentarische Gesetzgeber zu beurteilen. "Der VfGH muss es aber entschieden ablehnen, in einer solchen Frage eine Meinung zu äußern." Betrachtet man die Entwicklung der Rechtsprechung in den letzten Jahrzehnten,¹⁶ so wird deutlich, wie weit sich inzwischen die Judikatur des VfGH von dieser Position Kelsens entfernt hat.

3. Österreichischer Gesetzespositivismus und Reine Rechtslehre

Der VfGH hat an jenen Auslegungsstil nach 1945 zunächst nahtlos angeschlossen¹⁷ und auch die Verfassungsrechtswissenschaft ist dem gefolgt – das allerdings vielfach unter Verlust jenes theoretischen Tiefgangs, den die rechtstheoretische Position Kelsens selbst kennzeichnet.

Kelsen hat in seiner Rechtstheorie sehr scharf und deutlich die Grenzen der Leistungsfähigkeit der traditionellen juristischen Auslegungsmethoden aufgezeigt.¹⁸ Kelsens Rechtstheorie, klassisch formuliert in der zweiten Auflage der "Reinen Rechtslehre", ist eine Strukturtheorie des Rechts, keine Theorie einer anwendungsbezogenen Rechtsdogmatik. Ihr Beitrag zur Rechtsdogmatik besteht vielmehr gerade darin, deren mangelnde "Wissenschaftlichkeit" aufzuzeigen: Das gesetzte Recht setzt seiner Anwendung einen "Rahmen", der durch Erkenntnisse einer rechtlichen Strukturtheorie im einen oder anderen Fall reduziert, aber keineswegs zur Gänze ausgefüllt werden kann. Auslegung oder Rechtsdogmatik im Sinne einer "traditionellen" (anwendungsbezogenen) Rechtswissenschaft fällt aber schon deshalb aus der Reinen Rechtslehre heraus, weil sie die strengen, an den Naturwissenschaften orientierten Kriterien nicht erfüllen kann, die für den Wissenschaftsbegriff Kelsens¹⁹ maßgebend sind: Auslegung kann in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt den strittigen Inhalt eines Gesetzes nicht in einem streng wissenschaftlichen Sinn verifizieren oder falsifizieren, sondern nur Argumente für eine adäquate Lösung des Falles liefern.²⁰ Soweit diese Argumente . wie im Regelfall strittiger Rechtsfragen . gegenläufig sind, bedürfen sie einer Abwägung. Weil sich aber das Gewicht von Argumenten nicht messen (quantifizieren) lässt, kann eine solche Abwägung schon begrifflich nicht exakt sein: Argumente können nichts "beweisen", sondern nur "überzeugen" bzw "rechtfertigen". Überzeugen und rechtfertigen, d.h. überreden zu wollen, ist aber das genaue Gegenteil von exakter Wissenschaft.

Der "Ausweg", den die österreichische Rechtswissenschaft im Bereich des öffentlichen Rechts (Verfassungs- und Verwaltungsrecht) aus dem Dilemma der Unverzichtbarkeit, Gesetze

¹⁵ Slg. 1123.

¹⁶ Siehe die Nachweise bei *Öhlinger*, Verfassungsrecht5 (2003) Rz 874 ff.

¹⁷ Zum methodischen Selbstverständnis des VfGH in dieser Epoche siehe auch *Welan*, Der Verfassungsgerichtshof . eine Nebenregierung?, in H. Fischer (Hrsg), Das politische System Österreichs3 (1982) 271 (306): Die Richter sind "meist praktizierende oder zumindest 'kommunizierende' Gesetzespositivisten und betrachten sich überwiegend als 'Gefangene des Wortlauts' der Verfassung".

¹⁸ *Kelsen*, Reine Rechtslehre2 (1960) 346 ff.

¹⁹ Richtig *Thienel*, Kelsen, in *Stolleis* (Hrsg), *Juristen* (2001) 354 (355).

²⁰ Natürlich kann man ein rechtliches Phänomen, zB ein Gesetz, auch unter grammatikalischen und historischen Gesichtspunkten und in diesem Sinn nach einigermaßen exakten wissenschaftlichen Kriterien untersuchen und auf diese Weise den Gehalt des vorgegebenen Rechts über einen ersten Eindruck hinaus näher präzisieren. Man sollte dies im Bedarfsfall auch unbedingt tun. Und es ist positiv zu bewerten, dass sich Vertreter der Reinen Rechtslehre von einer Befolgung dieses Postulats nicht dadurch abhalten ließen, dass es sich dabei nicht um "reine" juristische Methoden und im Fall der historischen Analyse nicht einmal um eine normative Methode handelt (siehe dazu zuletzt *Ott*, Die Reine Rechtslehre als rechtspositivistische Theorie, in *Walter/Jablonek/Zeleny* [Hrsg], 30 Jahre Hans Kelsen-Institut [2003] 13 [26]). Nur: Das oben im Text angesprochene Auslegungsproblem lässt sich damit lediglich reduzieren, aber nicht auflösen.

auszulegen, und der mangelnden Wissenschaftlichkeit einer solchen "Jurisprudenz" gefunden zu haben meint, ist der Rückzug auf das, was am vorgegebenen Recht scheinbar sicher ist: der Wortlaut des Gesetzes, allenfalls noch in Verbindung mit einer nachweisbaren Absicht des Gesetzgebers.²¹ Was den Wortlaut betrifft, so scheitert dieser Rückzug freilich an der Vagheit und Unbestimmtheit der menschlichen Sprache. Kelsen hat diese Vagheit und Unbestimmtheit der Sprache des Rechts erkannt, ohne freilich viel mehr als diese Feststellung zu treffen. (Der Verzicht auf eine tiefere Auseinandersetzung mit der Sprache als Existenzform des Rechts und als Bedingung dafür, dass Menschen sich über "ihr" Recht verständigen können, ist zweifellos ein Defizit einer Rechtstheorie, die mit einem so umfassenden Anspruch auftritt wie dies die Reine Rechtslehre tut. Damit hängt wohl auch jene Verdinglichung des Rechts zusammen, die schon bei Kelsen zu beobachten ist²² und die sich bei seinen Nachfolgern bis zur Behauptung versteigt, man könne [und müsse sich darum bemühen] ein "Recht an sich" außerhalb jeder Interpretation [zu]erkennen²³ – ein Rückschritt in eine nicht nur präkantianische, ja präcartesische Erkenntnistheorie.) Was die Absicht des historischen Gesetzgebers anlangt, ist auch diese selten eindeutig belegbar. In der Regel scheitert dies schon an der Unbestimmtheit dessen, wer genau der "Gesetzgeber" ist: Gewiss ist das nicht der einzelne Abgeordnete, der sich zu einer Gesetzesinitiative im Parlament (zustimmend) äußert; die Annahme, dass die Parlamentsmehrheit die in einer Regierungsvorlage oder auch einer sonstigen Initiative formulierten Begründungen bei Unterlassen eines expliziten Widerspruchs teilt, ist eine (nützliche, aber deshalb nicht wahre) Fiktion. Es ist jedes aus den Materialien ableitbare Argument zwar gewichtig, aber nicht "wissenschaftlich" zwingend. Die hier einschlägige Geschichtswissenschaft würde wohl etwas mehr an "Beweisen" verlangen.

Faktisch bedeutete die Reduktion der Auslegung (Rechtsdogmatik) auf Wortlaut und historische Absicht (verbunden mit dem Gedanken, allein damit Rechtsprobleme lösen zu können) nur die Fortsetzung jenes naiven Gesetzespositivismus, der die österreichische Rechtslehre und Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts in einer weit in das 19. Jahrhundert zurückreichenden

²¹ Insofern besteht zwischen der radikalen Kritik Kelsens an den traditionellen Auslegungsmethoden und dem traditionellen österreichischen Gesetzespositivismus in der Tat ein kausaler Zusammenhang. Vgl. schon *Öhlinger*, Bemerkungen zur Verfassungsdogmatik, ZVR 1978, 257 (259). Der maßgebende Theoretiker dieses Gesetzespositivismus war *Ludwig Adamovich sen.*, für den Verfassungsrecht "streng formales Recht" war (*Adamovich*, Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, JBI 1950, 73 [74]); dazu auch *Loebenstein*, Einfluß und Bedeutung von Ludwig Adamovich (Vater) auf Rechtslehre und Rechtsetzung genereller und individueller Art im Bereich des öffentlichen Rechts, in Machacek (Hrsg), GS Ludwig Adamovich sen (1990) 16 ff. Zum Zusammenhang zwischen Reiner Rechtslehre und traditionellem (von Kelsen theoretisch bekämpften) Gesetzespositivismus siehe auch unten bei FN 31.

²² Dazu auch *Funk*, Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln, dargestellt anhand von Entwicklungen in der Staatsrechtslehre, JRP 2000, 65 (69 ff.); *Hammer*, Rechtswissenschaft als Argumentation, in Busch/Konrath, SchreibGuide Jus (2002) 67 (68).

²³ Siehe *Walter*, Das Recht als objektive Gegebenheit oder als Bewußtseinsinhalt, ÖJZ 1992, 281. Zum kritizistischen Ausgangspunkt der Reinen Rechtslehre steht dies in diametralem Gegensatz: siehe *Weinberger*, Reine Rechtslehre zwischen Kritizismus und analytischer Philosophie, ZÖR 2000, 367 (371 f). Die Begründung, dass nur Recht als etwas "objektiv Gegebenes, Starres" seine Funktion erfüllen könne (so *Walter*, aaO, 283), beweist nicht, dass "Recht an sich" erkennbar sei, sondern argumentiert, dass nicht sein kann, was nicht sein darf – ein nicht gerade Kelsenianisches Theorem. Der weitere Einwand (*Walter*, aaO), dass demnach "Recht insoweit nicht vorhanden (sei), soweit etwa ein Bewußtseinsverlust eintritt", ist allerdings durchaus zutreffend beobachtet: Soweit dies den "Bewusstseinsverlust" aller Menschen meint, gibt es in der Tat nicht mehr Recht, wenn es keine Lebewesen mit menschlichem Bewusstsein mehr gibt; Bewusstseinsverlust einzelner Menschen bringt jenes Recht zum Erlöschen, dass nur diese Menschen kannten. Richtig ist aber an dieser Kritik, dass der Terminus "Bewusstsein" missverständlich ist, weil es nicht um isoliertes, sondern um kommunizierendes Bewusstsein geht: Recht existiert in kommunikativen Prozessen (richtig *Funk* [FN 22]). Es geht mit dieser Einsicht nicht darum eine, "Emanzipation der Vollziehung von der Gesetzgebung" zu inaugurierten oder zu propagieren – so aber *Walter*, Demokratie – Probleme ihrer Verwirklichung, in Akyürek/Baumgartner/Jahn/Lienbacher (Hrsg), Verfassung in Zeiten des Wandels (2003) 43 (47 f) ., sondern ausschließlich darum, in einer wissenschaftlichen und damit wertfreien Weise die (komplexe) Realität des Rechtsvollzuges (seine kommunikative Struktur) zu beschreiben und zu erklären. Diese Realität wirft unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten schwierige Fragen auf (insofern richtig *Walter*, aaO). Man löst aber solche Fragen nicht dadurch, dass man vor dieser Realität die Augen verschließt. Wer durch eine Reduktion der zulässigen Auslegungsmethoden auf grammatikalische und subjektiv-historische Interpretation Rechtssicherheit gewinnen will, verengt entweder den normativen Gehalt des vorgegebenen Rechts (in wessen Interesse das immer liegen mag) und trifft eine Vorentscheidung zugunsten einer im Spiel stehenden Wertung zu Lasten anderer Wertungen (zB Gerechtigkeit) oder aber behauptet autoritär einen Inhalt des im konkreten Fall relevanten Gesetzes ohne zureichende Auseinandersetzung mit möglichen Gegenargumenten. Beides entspricht weder dem Kelsenianischen Ideal exakter (wertfreier) Wissenschaft noch dem gebotenen Standard von Rechtswissenschaft schlechthin. Dass in zahlreichen Einzelfällen gerade die Judikatur des VfGH grammatikalischen und historischen (aber auch sonstigen) Auslegungsaspekten zu wenig Rechnung trägt und insofern im Auslegen oft allzu "frisch und munter" vorgeht (so *Walter*, aaO), ist allerdings durchaus richtig. Der Rückzug auf einen naiven (weil die Bedingungen der Möglichkeit von Auslegung verkennenden) Gesetzespositivismus ist jedoch kein generell wirksames Heilmittel.

Tradition charakterisiert – ein Gesetzespositivismus, der seinen Ursprung wohl in den obrigkeitstaatlichen Strukturen Österreichs hat²⁴: Das Gesetz, das noch bis zum Ende der Monarchie ein Befehl des Kaisers war,²⁵ kommt "von oben"; und es ist den "Untertanen" nicht erlaubt, am Wortlaut eines solchen Befehls zu tüfteln und zu deuteln.

Diese Einstellung beruht freilich auf der Selbsttäuschung, dass der Wortlaut uninterpretiert verständlich sei. Der Leser begegnet aber dem Wortlaut nicht an sich, sondern nur so wie er ihn versteht.²⁶ Wir können – dies eine zentrale Erkenntnis von Kelsens Landsmann und Zeitgenossen *Ludwig Wittgenstein* – die Grenze der Sprache nicht übersteigen. Die Behauptung, der Wortlaut sei klar, blendet – sofern er nicht für jedermann klar ist²⁷ – dieses unvermeidbare Vorverständnis aus. Gerade darin besteht die "Naivität" dieser Art von Gesetzespositivismus. Das heißt selbstverständlich nicht, dass der Rechtstext und die Absicht seiner "Erzeuger" nicht hohe Relevanz hätten; sie sind nur nicht die einzigen Daten, auf die sich der Rechtsanwender stützen kann, und determinieren vor allem dessen Entscheidung nicht abschließend. Ihre Bindungskraft ist vielmehr sehr begrenzt. Letzteres gilt in besonders hohem Maß für Teile des Verfassungsrechts, vor allem die Grundrechte: Einem Satz etwa wie "Das Eigentum ist unverletzlich" (Art 5 StGG) kann eine bloße Wortinterpretation – darin ist Kelsen vorbehaltlos zuzustimmen – alles oder nichts abgewinnen. Und die Frage nach der Absicht des Verfassungsgesetzgebers scheitert schon am hohen Alter dieser Bestimmung (1867, mit einer bis in die erste Hälfte des 19. Jahrhunderts zurückreichenden Vorgeschichte). Eine auf Wortlaut und historische Absicht eingeschränkte Auslegung findet sich damit zwischen der Scylla, solchen Teilen der Verfassung den normativen Gehalt abzusprechen, und der Charybdis, sie als nahezu grenzenlose Ermächtigung eines Verfassungsgerichts zu verstehen. Die österreichische Judikatur der 1950er bis 70er Jahre ist denn auch durchaus in diese Falle getappt: Sie hat einigen wenigen Grundrechtsbestimmungen der Bundesverfassung jede Kontur genommen. Das trifft ganz besonders auf den Gleichheitssatz (Art 7 B-VG) zu, der zu einer fast unbegrenzten Ermächtigung entwickelt wurde, Gesetze auf ihre (verfassungsgesetzlich nirgends angeordnete) "Sachlichkeit" zu prüfen. Auf der anderen Seite wurde die Mehrzahl der Grundrechtsbestimmungen der Bundesverfassung nahezu auf eine normative Bedeutungslosigkeit (gegenüber dem Gesetzgeber²⁸) reduziert.²⁹

Der traditionelle österreichische Gesetzespositivismus deckt sich allerdings mit Kelsens - weniger rechtstheoretisch, als demokratietheoretisch begründetem - *judicial restraint*.³⁰ Beide erlauben einem Verfassungsgericht (in seiner eigentlichen Funktion der Gesetzesprüfung) die Aufhebung eines Gesetzes nur dann, wenn dieses dem Wortlaut und intendierten Sinn der Verfassung einigermaßen deutlich widerspricht. (Auch) insofern konnte der Eindruck entstehen, dass der Gesetzespositivismus im theoretischen Rechtspositivismus der Reinen Rechtslehre eine Begründung findet.³¹ Österreich hat sich mit der nahtlosen Fortsetzung des traditionellen und durch die Reine Rechtslehre scheinbar wissenschaftstheoretisch geadelten Gesetzespositivismus gegenüber jenem tief greifenden Wandel des Verfassungsverständnisses abgeschottet, der im übrigen Europa nach 1945 feststellbar ist. Ein Wandel, der zum Teil auf einer Renaissance naturrechtlicher Vorstellungen, vor allem aber (und richtiger Weise) auf einer

²⁴ Zur etatistischen Tradition Österreichs etwa *Mantl*, Liberalismus und Antiliberalismus in Österreich. Eine Spurensuche, in Brix/Mantl (Hrsg), Liberalismus und Antiliberalismus (1996) 15 ff.

²⁵ Die Promulgationsformel der Gesetze lautete bis zum Ende der Monarchie: "Mit Zustimmung beider Häuser des Reichstages finde ich anzuordnen wie folgt".

²⁶ Treffend *Isensee*, Staat im Wort, in Ipsen ua (Hrsg), FS 180 Jahre Carl Heymanns-Verlag (1995) 571 (587). Richtig auch *Thaler*, Die rechtliche Beurteilung und ihre Artikulierung, FS Adamovich (1992) 691 (695 ff).

²⁷ Natürlich gibt es in vielen Fällen Übereinstimmung zwischen den aktuellen und potentiellen Interpretationen einer Norm, die in einem solchen Fall nicht zum Problem und insofern nicht zum Thema der Rechtswissenschaft wird.

²⁸ Die statistisch gesehen effektive Bedeutung der Grundrechte gegenüber der Verwaltung beruht auf einer besonderen Kompetenz des VfGH zur Prüfung von verwaltungsbehördlichen Bescheiden (Art 144 B-VG), die inhaltlich nur eine Verdoppelung der verwaltungsgerichtlichen Prüfung unter reduzierten Gesichtspunkten ("Gesetzlosigkeit", "Denkunmöglichkeit" etc) darstellt; siehe *Öhlinger* (FN 16) Rz 725 ff.

²⁹ Siehe die Nachweise bei *Öhlinger*, Die Grundrechte in Österreich, EuGRZ 1982, 216 (217 f).

³⁰ Siehe zuvor 2.

³¹ Siehe dazu auch *Wielinger*, Hans Kelsen, in Mantl (Hrsg), Politik in Österreich (1992) 766 (785). *Bydliński*, Gesetzeslücke, § 7 ABGB und die "Reine Rechtslehre", GS Franz Gschnitzer (1969) 101 (104 ff), sieht als ein anderes Verbindungsglied zwischen Reiner Rechtslehre und naivem Gesetzespositivismus - von ihm als "Rechtssicherheitsideologie" und "Gesetzeswortlautgläubigkeit" bezeichnet - die Lückentheorie der Reinen Rechtslehre.

(Wieder)Entdeckung der grundlegenden Werte und Ziele des "Verfassungsstaates" in dem durch die amerikanische und französische Revolution begründeten Sinn beruht.

4. Der methodische Wandel von Lehre und Judikatur

Erst in den späten 1970er Jahren setzt auch in Österreich ein Wandel ein. Der Anstoß dazu dürfte gar nicht so sehr von der Verfassungswissenschaft ausgegangen sein,³² als vielmehr von der Judikatur des EGMR in Straßburg. Die EMRK ist ja seit 1958 Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung, wobei es erst eines Aktes des Verfassungsgesetzgebers bedurfte, um ihren Rang als Verfassungsrecht gegen die abwehrende Haltung des VfGH festzustellen.³³ Sie hat sich erst allmählich einen festen Platz in der Rechtsprechung des VfGH gesichert. Auf der anderen Seite war aber der VfGH fast immer bereit, der Auslegung der EMRK durch den EGMR (und auch die frühere EKMR) zu folgen. Das musste auf Dauer zu einer Kluft im Verständnis der einzelnen Grundrechtsbestimmungen im österreichischen Verfassungsrecht führen. Denn dem sehr zersplitterten – Bestand an Grundrechtsbestimmungen im österreichischen Verfassungsrecht gehört neben der EMRK auch noch immer der aus der monarchischen Verfassung übernommene Grundrechtekatalog des Staatsgrundgesetzes von 1867 an. Der VfGH hat diese Kluft dadurch vermieden, dass er wie gesagt, beginnend um 1980 – auch die originär österreichischen Grundrechtsregelungen in ähnlicher Weise auslegt wie der EGMR die EMRK. Dieser sehr freie, rechtsschöpferische - in Untertreibung "evolutiv" genannte - Stil des EGMR steht nun freilich in konträrem Gegensatz sowohl zum traditionellen naiven Gesetzespositivismus als auch zu Kelsens Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit.

Parallel zu dieser Entwicklung der Grundrechtsjudikatur hat der VfGH auch das Potential der leitenden Prinzipien der Bundesverfassung, vor allem des rechtsstaatlichen Prinzips, "entdeckt". Auch das steht in konträrem Gegensatz zu Kelsen. Soweit die leitenden Grundsätze im Verfassungstext überhaupt formuliert werden – in diesem Sinn lassen sich die Art 1 und 2 B-VG verstehen –, hat ihnen *Kelsen* explizit einen relevanten Rechtsinhalt abgesprochen.³⁴ Das rechtsstaatliche Prinzip wird im Verfassungstext als solches gar nicht genannt. Weder in seinem Kommentar (1922) noch in seinem Kurzlehrbuch des österreichischen Verfassungsrechts (1923) wird es daher von Kelsen überhaupt erwähnt. Heute hat es eine ganz zentrale Bedeutung in der Judikatur des VfGH. Diese stellt freilich mehr Rechtsschöpfung als "Anwendung" des Verfassungsrechts in einem Kelsen'schen Sinn dar. Mit diesem Wandel der Verfassungsjudikatur und einem parallelen Wandel auch der Verfassungsrechtswissenschaft hat Kelsen auch seine Rolle als "Übervater" des österreichischen Verfassungsrechts eingebüßt. Es gibt heute Verfassungsrechtslehrer in Österreich, die sich wahrscheinlich mit *Roland Dworkin* und anderen zeitgenössischen Rechtstheoretikern intensiver auseinander gesetzt haben als mit Kelsen. Vor etwa 30 Jahren wäre so etwas noch undenkbar gewesen. Noch in meiner Generation haben wir alle als "Schüler" *Kelsens* begonnen.

Es gibt nach wie vor einen kleinen Kreis von Verfassungsrechtslehrern, die sich selbst als Anhänger und Bewahrer der Reinen Rechtslehre verstehen (ohne sich freilich in ihren praxisbezogenen Arbeiten strikt an *Kelsen* zu halten³⁵). Insofern herrscht heute ein Methodenpluralismus in der österreichischen Verfassungsrechtswissenschaft. Das ist in Bezug auf die Wissenschaft wohl positiv zu bewerten: So wenig es einer scheinbaren Rechtssicherheit dienlich ist, wenn alle für das Verständnis eines Rechtstextes relevanten Gesichtspunkte aufgezeigt werden, so sehr ist das aus der Sicht einer "reinen" Wissenschaft zu begrüßen.

³² Siehe aber *G. Winkler*, Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen (1969); *Antoniolli*, Die rechtliche Tragweite der Baugesetze der Bundesverfassung, FS Merkl (1970) 34 (38), der programmatisch von einem - zu überwindenden - "ganz engen Positivismus, der am Wort der Verfassung klebt", spricht.

³³ BGBl 1964/59. Dazu näher *Öhlinger*, Art 50 B-VG, in *Korinek/Holoubek*, Bundesverfassungsrecht, Kommentar (2000) Rz 7.

³⁴ *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 (1922) 65 f.

³⁵ Vgl die Kritik von *Walter* (in *Akyürek* ua [FN 23] 48) an der Verwendung des vom VfGH "frei erfundenen" Sachlichkeitsgebotes durch die Lehre und die zahlreichen auf diese "Erfindung" gestützten Argumente in Schriften der von *Walter* selbst (siehe *Walter*, in *Walter/Jablonek/Zeleny* [FN 1] 12) zur Schule der Reinen Rechtslehre gezählten Autoren.

Problematischer ist ein solcher Methodenpluralismus in der Judikatur. Tatsächlich finden sich in der gegenwärtigen Rechtsprechung des VfGH in methodischer Hinsicht Elemente eines sehr formellen Verfassungsverständnisses neben sehr kühnen und phantasievollen Begründungen seiner Entscheidungen.³⁶ Das macht die Rechtsprechung unberechenbar. Es ist dem VfGH noch nicht gelungen, eine überzeugende Synthese aus den verschiedenen methodischen Ansätzen zu finden, die er sich im Laufe seiner - vergleichsweise langen - Geschichte angeeignet hat. Zwar gibt es gute Gründe, dem VfGH eine dogmatisch stringenter Argumentation und eine daraus resultierende größere Zurückhaltung gegenüber dem parlamentarischen Gesetzgeber zu empfehlen. Eine Rückkehr zum Kelsen'schen *judicial restraint* der 1920er Jahre ist aber - schon im vorgegebenen internationalen Kontext³⁷ - nicht mehr zu erwarten. Auch aus dieser Sicht hat sich die Bedeutung Kelsens gewandelt.

³⁶ Siehe dazu auch Öhlinger, Verfassung und Demokratie in Österreich zu Beginn des 21. Jahrhunderts, FS Welan (2002) 217 (222).

³⁷ Dazu gehört außer dem bereits angesprochenen EGMR auch der EuGH mit einer noch freieren und rechtsschöpferischen Judikatur. Dazu Öhlinger, Gesetz und Richter unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, FS Fleiner (2003).