

# I. Einleitung

---

Die vorliegende Monographie ist einem Thema gewidmet, das lange Jahre hindurch keines zu sein schien, aber die verfassungsrechtliche Zunft seit mehr als einem Dezennium beschäftigt. Gewiss sind die um die Jahrtausendwende auf ihrem Höhepunkt angelangten Diskussionen und Auseinandersetzungen mittlerweile wieder etwas abgeebbt. Jedoch haben sich die Positionen im Laufe der Jahre nicht angenähert, sondern sich vielmehr verfestigt, sodass man hinsichtlich dieser Streitfrage eine Spaltung der österreichischen Staatsrechtslehre konstatieren muss, die auf absehbare Zeit nicht überwindbar erscheint.

Kennt die österreichische Bundesverfassung unabänderliches Verfassungsrecht oder nicht? Diese Frage und deren Beantwortung steht im Zentrum dieser Arbeit. Sie greift jedoch über dieses engere Thema hinaus und unterzieht drei ausgewählte Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung einer näheren Analyse hinsichtlich ihrer Bestandskraft. Bevor der Aufbau des Buches näher dargestellt wird, soll anknüpfend an ein maßgebliches Erkenntnis des VfGH ein chronologischer Überblick über die Entwicklung der untersuchten Fragestellung gegeben werden.

## A. Unabänderliches Verfassungsrecht in Österreich – Genese eines Topos

Obiter dicta von Höchstgerichten haben ihre Tücken: Sie sind zwar normativ bedeutungslos, geben dem Gericht aber die Möglichkeit, sich ohne unmittelbare weitere Konsequenzen eines Problems anzunehmen, das der zu entscheidende Fall gar nicht aufwirft. Das nebenher Gesagte kann aber auch explizit oder implizit die Auffassung des Gerichts zu einem ähnlichen, aber doch nicht gleichen Themenkomplex vorwegnehmen, der zwar (noch) nicht zur Entscheidung ansteht, aber entweder demnächst entschieden werden könnte oder aber Gegenstand lebhafter literarischer Diskussionen ist.

Der VfGH<sup>1</sup> hat im Jahr 2001 ohne Notwendigkeit und auch terminologisch nur nebenher zu einer zu diesem Zeitpunkt bereits seit einigen Jahren schwellenden Debatte Stellung genommen: Kennt die österreichische Bundesverfassung unabänderliches Verfassungsrecht oder nicht? Die Einlassung des Gerichtshofes ist denkbar enigmatisch<sup>2</sup> und greift fast wörtlich auf seine Ausführungen im Prüfungsbeschluss<sup>3</sup> zurück:

„Der VfGH braucht in diesem Zusammenhang nicht zu untersuchen, ob eine Verfassungssuspendierung in einem Verfahren nach Art. 44 Abs. 3 B-VG überhaupt erfolgen könnte, was – mit je unterschiedlicher Begründung [...] verneint wird [...].“

Die Vorgeschichte dieses Erkenntnisses kann hier auf sich beruhen – jedenfalls hob der VfGH zum ersten Mal in seiner Geschichte eine Verfassungsbestimmung als verfassungswidrig auf, weil die in Frage stehende Regelung mit dem rechtsstaatlichen und dem demokratischen Prinzip der österreichischen Bundesverfassung in Widerspruch stehe. Selbst wenn daher eine Erzeugung dieser Bestimmung rechtmäßig erfolgen dürfte, so sei dies lediglich im gesamtändernden Verfahren nach Art 44 Abs 3 B-VG zulässig, was im vorliegenden Fall nicht geschehen sei. Dieses Erkenntnis wurde in der Literatur zwar als historisch zu bewertende Entscheidung<sup>4</sup> eingeschätzt und einhellig für richtig befunden. Bemerkenswert ist aber nicht die seit der „Königsidee“<sup>5</sup> in VfSlg 2455/1952 allgemeine akzeptierte Figur des verfassungswidrigen Verfassungsrechts, sondern lediglich das Faktum, dass der VfGH nach langem Zögern damit auch ernst macht.

Demgegenüber wurde die Vorstellung eines in keinem Verfahren abänderbaren Verfassungsbestands tatsächlich noch in keiner Entscheidung des VfGH thematisiert. Wie die Belege in VfSlg 16.327/2001 zeigen, konnte sich der Gerichtshof aber bereits auf Stimmen in der Literatur stützen, die bestimmte Verfassungsinhalte jeglicher Verfassungsänderung entziehen

---

1 VfSlg 16.327/2001.

2 Vgl *Gamper*, JböR NF 55 (2007) 554: „in der Neutralität seiner Aussage letztendlich inhaltsleer“.

3 Die Formulierung im Prüfungsbeschluss lautet: „Dabei kann im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen, ob das Bundesverfassungsrecht überhaupt dazu ermächtigt, sich selbst außer Kraft zu setzen, oder ob es zulässig wäre, eine solche Verfassungssuspendierung in einem Verfahren nach Art. 44 Abs. 3 B-VG vorzunehmen, da ein solches Verfahren gar nicht stattgefunden hat.“ Diese Ausführungen werden mit einem Verweis auf eine diese Fragen verneinende Stellungnahme von *Pernthaler*, Verfassungskern 80 f, 85, belegt.

4 So *Hiesel*, JAP 2001/2002, 127. Weitere Bewertungen: *Novak*, Verfassungsrecht 238: „Knalleffekt“; *Hiesel*, ÖJZ 2002, 121: „zweifelloso richtungsweisend“; *Pernthaler*, JBl 2002, 103: „Wendepunkt“.

5 *Pernthaler*, JBl 2002, 103 f.

wollen.<sup>6</sup> Ein chronologischer Rückblick zeigt, dass sich auch die Lehre erst zögerlich dem Thema zugewendet hat.

Die einschlägige Literatur der ersten Republik hat sich schon mit Fragen der Verfassungsänderung nur wenig beschäftigt; eine dogmatische Auseinandersetzung mit etwaigen Schranken der Revisionsbefugnis fehlt zu dieser Zeit vollständig. Indes war man sich von Anfang an bewusst, dass die Binnendifferenzierung bei der Verfassungsänderung in ein teil- und ein gesamtänderndes Verfahren (Art 44 Abs 1 bzw 2 B-VG 1920) insoweit bedeutsam ist, als für eine Gesamtänderung der Bundesverfassung eine obligatorische Volksabstimmung als zusätzliches Verfahrenselement hinzutreten muss.<sup>7</sup> Um eine Einordnung bestimmter Verfassungsänderungen als Teil- oder Gesamtänderung wurde lebhaft, wenn auch in überschaubarer Quantität, gestritten.<sup>8</sup> Die aufgeworfenen Beispiele für eine Gesamtänderung der Bundesverfassung lassen ein Verständnis dieser Bestimmung erkennen, das für mögliche unabänderliche Gehalte kaum Raum lässt: Offensichtlich orientiert an den Proklamationen der Art 1 und 2 B-VG sollen eine Änderung der Staatsform und der bundesstaatlichen Organisation jedenfalls eine Gesamtänderung der Bundesverfassung darstellen.<sup>9</sup> Mögliche Schranken der Verfassungsänderung werden zum weitaus überwiegenden Teil gar nicht erwogen bzw implizit abgelehnt.<sup>10</sup> Eine nähere Auseinandersetzung mit den von Teilen der deutschen Staatsrechtslehre erwogenen Schranken der Verfassungsänderung findet sich lediglich bei *Kurt Strele*, der für die österreichische Rechtslage zwar die verschiedene Wertigkeit bestimmter Verfassungsbestimmungen hervorhebt, die daraus für die Weimarer Verfassung gezogenen Konsequenzen aber für Österreich verneint. Da das B-VG ohnehin bei jeder Gesamtänderung der Bundesverfassung das Bundesvolk (und

6 Der VfGH stützt sich namentlich auf die Arbeiten von *Pernthaler*, Verfassungskern, sowie *Oberndorfer*, Art 1 B-VG.

7 *Adamovich*, Staatsrecht (1. Aufl) 275, stellt zugleich zutreffend eine Kontrollbefugnis des BPräs bzw ex post des VfGH hinsichtlich der Einhaltung dieses besonderen Verfahrens fest. Vgl auch *Frisch*, Lehrbuch 121 f.

8 Zusammenfassung des Meinungsstandes bei *Strele*, JBl 1935, 465 ff. Bereits im ersten Kommentar zur österreichischen Bundesverfassung wird diese Binnendifferenzierung als „im höchsten Maße problematisch“ angesehen (*Kelsen/Froehlich/Merkel*, Kommentar 124) und die Auseinandersetzung zwischen *Renner* und *Seipel* im Unterausschuss des Verfassungsausschusses der Konstituierenden Nationalversammlung belegt, dass die Unsicherheiten bereits vor Inkrafttreten des B-VG begonnen haben (*Ermacora*, Quellen 346).

9 *Kelsen/Froehlich/Merkel*, Kommentar 124; *Adamovich*, Staatsrecht (1. Aufl) 45, 51, 275. Eine Ausdifferenzierung des Gesamtänderungsbegriffes erfolgte durch die B-VG-Novelle 1929, die von Teilen der Lehre als Gesamtänderung der Bundesverfassung angesehen wurde (vgl zB *Kelsen*, JBl 1929, 457 zum Regierungsentwurf).

10 So weist *Strele*, JBl 1935, 466 (FN 18), lediglich auf die Revisionsschranke des § 112 der norwegischen Verfassung und die damit verbundenen Schwierigkeiten hin.