

Allgemeines

1. Kapitel. Verfassungsrecht und Verfassung

I. Begriffsbildung und Terminologie

A. Bezeichnungen und Begriffe

Das Wort „Verfassung“ wird – je nach Sinnzusammenhang und Sprachgebrauch – in verschiedener Weise und mit unterschiedlichen Bedeutungen verwendet. Es gibt weder einen einheitlichen **Verfassungsbegriff** noch eine feststehende „**Verfassungs**“-**Terminologie**. Gleiche oder ähnliche Ausdrücke können unterschiedliche Bedeutung haben, verschiedene Worte können denselben Begriff bezeichnen. Nicht immer besteht Klarheit darüber, was zB mit „Verfassung“, „Verfassungsrecht“, im „formellen“ und im „materiellen Sinne“ – jeweils für sich und in den möglichen Kombinationen – gemeint ist. Vorweg ist daher eine terminologische Klärung geboten. 01.001

Im juristischen Sprachgebrauch bildet das Wort „Verfassung“ ein Synonym für das **Verfassungsrecht** als Teil der Rechtsordnung (**Verfassung im juristischen Sinne**). Recht regelt seine eigene Erzeugung und kann sich daher selbst definieren. Das gilt auch für das Verfassungsrecht, welches sein Zustandekommen und seine Ausdrucksform *expressis verbis* selbst regeln kann und regelt. Für Zwecke juristischer Verständigung ist es naheliegend, Verfassungsrecht sowohl der Sache als auch der Bezeichnung nach so zu identifizieren, wie es sich selbst definiert.

Recht steuert gesellschaftliche Beziehungen und ist selbst ein Teil dieser Beziehungen. Verfassungsrecht beansprucht die normative Gestaltung des politischen Systems staatlich organisierter Gesellschaften (**Verfassung im sozio-politischen Sinne**). Verfassungsrecht und Verfassung im sozio-politischen Sinne verhalten sich zueinander wie Tatbestand und Sachverhalt. Beide sind verbundene gesellschaftliche Ordnungen, die jeweils durch Normen (Grundsätze und Regeln) bestimmt werden und Normen in Wechselwirkung generieren. Das politische System staatlich organisierter Gesellschaften entwickelt

sich in und aus der Dynamik des Normenverbundes von Verfassungsrecht und jeweils maßgebenden political rules.

B. Verfassung im rechtlichen Sinn

- 01.002** Die meisten Staaten der Gegenwart verfügen über ein geschriebenes und **kodifiziertes Verfassungsrecht**, das sich hinsichtlich seines Inhalts, seiner äußeren Form und der Art seiner Erzeugung von anderen Teilen der Rechtsordnung unterscheidet.

Kodifiziertes Verfassungsrecht in Form von Verfassungsurkunden und Verfassungsgesetzen bildet den Regelfall. Eine Ausnahme bildet das Vereinigte Königreich von Großbritannien und Nordirland, dessen Verfassungsrecht weitgehend nicht kodifiziert, sondern in Rechtstraditionen des **common law** verankert und als case law ausgeformt ist.

Die Auseinandersetzung mit Fragen geltenden Verfassungsrechts ist Sache **juristischer Dogmatik**. Sie untersucht mit Blick auf eine bestimmte Verfassungsrechtsordnung, was von Rechts wegen geboten oder erlaubt ist. Verfassungsrechtliche Dogmatik bedient sich juristischer Methoden. Sie gewinnt ihre Ergebnisse im Wege der Auslegung des Rechts. Wie dies geschieht, wird im 3. Kapitel behandelt.

- 01.003** Verfassungsrechtliche Dogmatik befasst sich mit Grundsätzen und Regeln verfassungsrechtlicher Ordnungen. Ihr Ziel ist es, verfassungsrechtliche Tatbestände auf ihren normativen Gehalt zu untersuchen, um mit Bezug auf bestimmte Sachverhalte die Frage zu beantworten, was von Verfassungs wegen als rechtens (oder nicht rechtens) gilt. Verfassungsrechtliche **Theorie** operiert auf einer abstrakteren Ebene. Ihr geht es nicht darum, Tatbestände bestimmter Verfassungen als Grundsätze und Regeln zu analysieren, sondern darum, Verfassungsrecht als **Typus** rechtlicher Systeme zu erfassen und im Umfeld anderer sozio-normativer Ordnungen darzustellen.

- 01.004** Als Typus kann Verfassungsrecht durch **inhaltliche** und/oder **formale Merkmale** charakterisiert werden.

In inhaltlicher Hinsicht kann das Verfassungsrecht mit *Werner Käge* als **rechtliche Grundordnung** verstanden werden, die die fundamentalen Fragen des Zusammenlebens der Menschen im Staatsverband zum Gegenstand hat. Zu den typisch verfassungsrechtlichen Fragen gehören insbesondere der Aufbau, die Organisation und die Ziele des Staates, die Grundsätze für die Ausübung der Staatsfunktionen, das Verhältnis von Staat und Gesellschaft sowie die Stellung und Rolle des Einzelnen im staatlichen Herrschaftsverband.

Auf rechtsstrukturelle und somit formale Gesichtspunkte stellt die **Wiener Schule des Rechtspositivismus** (*Hans Kelsen, Adolf J. Merkel, Robert Walter*) ab. Sie versteht das Verfassungsrecht modellhaft im Stufenbau der Rechts-

ordnung als obersten Geltungsgrund und Maßstab für alles übrige Recht innerhalb eines bestimmten Rechtssystems. In diesem Modell bildet das Verfassungsrecht die Gesamtheit von „(Norm-)Erzeugungsnormen“. Das sind jene Rechtsnormen, „die – ohne Rücksicht auf ihre Form – dazu ermächtigen, Normen zu erzeugen (und aufzuheben); die also regeln, **wer** zur Normerzeugung und -aufhebung berufen ist und **wie** er dabei vorzugehen hat“ (Walter).

Dieser Verfassungsbegriff beruht auf einer Sichtweise, die auf die **Formen und Strukturen des Rechts** abstellt. Von den traditionellen Inhalten historischer und bestehender Verfassungen und von der Funktion des Verfassungsrechts als Grundordnung wird dabei abstrahiert. Die inhaltliche Seite des Verfassungsrechts bleibt auf die Zuständigkeit und das Verfahren zur Rechtserzeugung beschränkt. Andere Regelungen, die typischerweise im Verfassungsrecht anzutreffen sind, wie **Staatsziele** oder **Grundrechte**, gehen über das „Wer“ und „Wie“ der Rechtserzeugung hinaus. Sie sind keine Normerzeugungsnormen.

Die theoretische Auseinandersetzung mit dem Verfassungsrecht ist in mehrfacher Hinsicht von erkenntnisfördernder (heuristischer) Bedeutung. Die Suche nach einem abstrakt-typologischen Begriff des Verfassungsrechts entspricht zunächst dem Bedürfnis nach einer allgemeinen Anschauung vom Verfassungsrecht, die einen Zugang zum „Wesen“ des Verfassungsrechts erschließt. Außerdem bedarf es einer **Theorie des Verfassungsrechts**, um verschiedene Verfassungsrechtsordnungen systematisch miteinander vergleichen zu können. Begriffe und Erwägungen theoretischer Art sind wichtige „Kontrastmittel“ zur Erfassung und Darstellung konkreter rechtlicher Wirklichkeit. So kann etwa auf der Grundlage eines theoretischen Begriffs der Verfassung geprüft werden, ob und wieweit eine bestimmte Verfassungsrechtsordnung die Funktion einer Grundordnung erfüllt; bzw ob sie dem Typus einer Gesamtheit von Normerzeugungsnormen entspricht.

01.005

C. Verfassung im sozio-politischen Sinn

Die Verfassung eines Staates und seiner Gesellschaft kann auch als **real bestehende Ordnung** und als **Zustand** (sogenannte Realverfassung) verstanden werden, der als solcher durch rechtliche und außerrechtliche Komponenten bestimmt wird. Unter diesem Gesichtspunkt ergibt sich ein vom Verfassungsrecht verschiedener und über dieses hinausgehender Verfassungsbegriff, der das **politische System** eines Staates vor Augen hat.

01.006

Das politische System eines Staates und einer Gesellschaft (= Verfassung im sozio-politischen Sinn) wird nicht allein durch rechtliche Normen bestimmt. Es umfasst auch außerrechtliche Normen, vor allem solche des politischen

Prozesses (**political rules**), sowie die Welt jener **Tatsachen**, die eine Beziehung zu den Normen des Rechts und des politischen Geschehens haben.

01.007 Die Einrichtungen und Abläufe des politischen Systems sind Gegenstand der **politikwissenschaftlichen Forschung** (2. Kap III.B.). Ihr Interesse gilt der Verfassung als Phänomen, welches durch eine Vielfalt von rechtlichen und anderen Grundsätzen, Regeln und Tatsachen konstituiert und gestaltet wird. Das Verfassungsrecht und andere rechtliche Normen bilden nur eine von vielen Facetten und Komponenten der Verfassung im sozio-politischen Sinne.

Sowohl die Verfassung im rechtlichen Sinn als auch die Realverfassung können jeweils mit den Mitteln juristischer Dogmatik als auch aus der Sicht und mit den Methoden der politikwissenschaftlichen Analyse **thematisiert** werden.

II. Das österreichische Verfassungsrecht

A. Die Selbstdefinition: Verfassungsrecht als Rechtsbegriff

01.008 Entsprechend dem bundesstaatlichen Aufbau Österreichs (Art 2 B-VG) besteht das österreichische Verfassungsrecht aus zwei großen normativen Teilmengen: dem Verfassungsrecht des Bundes (**Bundesverfassungsrecht**) und den Verfassungsrechtsordnungen der selbständigen (Bundes-)Länder (**Landesverfassungsrecht**). Da der Bundesstaat aus neun Ländern und dem Bund als Zentralstaat gebildet wird, setzt sich das österreichische Verfassungsrecht aus zehn Teilrechtsordnungen zusammen.

Das Verfassungsrecht des Bundes und der Länder ist jeweils **rechtsbegrifflich bestimmt** und durch verfassungsrechtliche Merkmale von anderen Rechtsgebieten unterschieden. Damit sind die Voraussetzungen für eine Begriffsbildung auf juristisch-dogmatischer Grundlage gegeben. Da sich das österreichische Verfassungsrecht selbst definiert, braucht es nicht mit Hilfe von theoretischen Überlegungen bestimmt und von anderen Teilen der Rechtsordnung abgegrenzt zu werden.

B. Formelles und materielles Verfassungsrecht

01.009 Das österreichische Verfassungsrecht besteht hauptsächlich aus Rechtsnormen, die durch Merkmale der Form gekennzeichnet sind. Diese Normen werden als **formelles Verfassungsrecht** des Bundes und der Länder bezeichnet.

Dazu kommen Rechtsnormen, die die Rechtsordnung ebenfalls zum Verfassungsrecht zählt, obwohl sie dessen formelle Qualität nicht haben. Es handelt

sich um Rechtsvorschriften, die inhaltlich in einer engen Beziehung zu formellem Verfassungsrecht stehen. Sie sind durch materielle Merkmale gekennzeichnet und werden als **materielles Verfassungsrecht** des Bundes und der Länder bezeichnet.

Die für das **formelle Bundesverfassungsrecht** charakteristische und zugleich auch obligatorische äußere Erscheinungsform wird durch **Art 44 Abs 1 B-VG** festgelegt. Danach sind Verfassungsgesetze und in einzelnen Gesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen **ausdrücklich** als solche („Verfassungsgesetz“, „Verfassungsbestimmung“) zu **bezeichnen**.

01.010

Die Möglichkeit der Schaffung formellen Verfassungsrechts durch Staatsverträge und Bund-Länder-Vereinbarungen nach Art 15a Abs 1 B-VG ist durch eine Änderung des Art 50 Abs 3 B-VG (BGBl I 2008/2) mit 1. Jänner 2008 weggefallen. Es gibt aber noch verfassungsändernde Staatsverträge, zB die EMRK, sowie Verfassungsbestimmungen in Staatsverträgen und Bund-Länder-Vereinbarungen aus der Zeit davor. Insofern ist die frühere Rechtslage für das formelle Verfassungsrecht des Bundes nach wie vor von Bedeutung. Eine Änderung staatsvertraglichen Altverfassungsrechts könnte allerdings nur nach den neuen Verfahrensregeln erfolgen (näheres im 16. Kap II.B.).

Es besteht keine verfassungsrechtliche Verpflichtung, das formelle Verfassungsrecht des Bundes in einem geschlossenen Regelwerk zusammenzufassen. Das österreichische Bundesverfassungsrecht kennt kein **Konzentrations- oder Inkorporationsgebot**, wie es in Art 79 Abs 1 GG enthalten ist. Nach dieser Bestimmung kann das deutsche Grundgesetz – abgesehen von Änderungen durch bestimmte völkerrechtliche Verträge – nur durch ein Gesetz geändert werden, welches den Wortlaut des Grundgesetzes ausdrücklich ändert oder ergänzt. Die Regelung dient der Sicherung der Einheit von Verfassungstext und Verfassungsrecht.

01.011

Das österreichische Bundesverfassungsrecht enthält keine vergleichbare Vorschrift. Durch Art 44 B-VG wird eine **Streulage** des formellen Verfassungsrechts in Form diverser Verfassungsgesetze und einzelner Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen geradezu gefördert. Darin liegt die Wurzel einer – in rechtspolitischer Hinsicht wenig erfreulichen – Zersplitterung der Textquellen des formellen Bundesverfassungsrechts.

Das zentrale verfassungsrechtliche Regelwerk des Bundes ist das **Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)** vom 1. Oktober 1920. Dieses Gesetz enthielt jedoch von Anfang an keine geschlossene Kodifikation des Bundesverfassungsrechts. Die Funktion einer geschlossenen Verfassungsurkunde konnte und kann das B-VG also nicht erfüllen.

Das **formelle Verfassungsrecht der Länder** ist ebenfalls durch die Bezeichnung seiner Textquellen gekennzeichnet. Aus Art 99 Abs 1 B-VG geht hervor, dass die Länder ihre Verfassungen durch Landesverfassungsgesetze zu

01.012

regeln haben. Eine Pflicht zur ausdrücklichen Bezeichnung landesverfassungsrechtlicher Regelungen ist nach dem Muster des Art 44 Abs 1 B-VG in den Landesverfassungen durchwegs vorgesehen: Bgld Art 31 Abs 2; Krnt Art 27 Abs 2; NÖ Art 18 Abs 4; OÖ Art 31 Abs 2; Sbg Art 19 Abs 2; Stmk Art 27 Abs 2; Tir Art 38 Abs 2; VlbG Art 23 Abs 2; Wien § 116 Abs 4 StV.

Die in Art 99 Abs 1 B-VG angesprochene „Landesverfassung“ muss zwar jeweils durch formelles Landesverfassungsrecht geschaffen, nicht aber in der Einheit eines geschlossenen Regelwerkes zusammengefasst werden. Ein bundesverfassungsrechtliches **Inkorporationsgebot** ist aus Art 99 Abs 1 B-VG nicht abzuleiten. Auch die Landesverfassungen sehen ein solches Gebot nicht vor. Die Text- und Quellenlage des Verfassungsrechts der Länder gleicht jener des Bundes. Auch in den Ländern gibt es neben dem jeweiligen Landesverfassungsgesetz verfassungsrechtliche Regelungen in Form von Verfassungsgesetzen und einzelnen Verfassungsbestimmungen in Landesgesetzen. Die Zersplitterung ist allerdings weniger stark ausgeprägt und fällt wegen der geringeren Menge landesverfassungsrechtlicher Regelungen weniger ins Gewicht.

01.013 Das formelle Verfassungsrecht des Bundes und der Länder wird durch **materielles Verfassungsrecht** ergänzt. Es handelt sich um Rechtsvorschriften verfassungsrechtlichen Inhalts, die nicht als „Verfassungsgesetze“ in Erscheinung treten, sondern als Rechtsnormen anderer Art, insbesondere als einfache Gesetze, Parlamentsbeschlüsse und verfassungsunmittelbare Verordnungen. Ihre Zugehörigkeit zum Verfassungsrecht ist eine Folge ihres Inhalts: Sie enthalten Regelungen, durch die formelles Verfassungsrecht näher ausgeführt und anwendbar gemacht wird.

Der **rechtsbegriffliche Ansatz** für eine Unterscheidung zwischen formellem und materiellem Verfassungsrecht findet sich in Kompetenzbestimmungen des B-VG. Dort werden in **Art 10 Abs 1 Z 1 B-VG** die Angelegenheiten der „Bundesverfassung, insbesondere Wahlen zum NR und Volksbegehren, Volksabstimmungen und Volksbefragungen auf Grund der Bundesverfassung“ als Materien angesprochen, deren (einfach)gesetzliche Regelung und Vollziehung in die Zuständigkeit des Bundes fallen.

01.014 Zu den **Angelegenheiten der Bundesverfassung** iSd Art 10 Abs 1 Z 1 B-VG gehören neben den dort beispielsweise angeführten Wahlen zum NR, Volksbegehren, Volksabstimmungen und Volksbefragungen auf Grund der Bundesverfassung auch andere Materien, zB Regelungen auf dem Gebiete des Volksgruppenrechts (Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit – VfSlg 3314/1958), des Haushaltsrechts (Bewilligung und Verbindlichkeit des Bundesvoranschlags – VfSlg 4340/1962) und der Anfechtung von Wahlen beim VfGH (Wahlen im Gemeindebereich – VfSlg 5973/1969, 9912/1984). Auch diese Angelegenheiten sind der Materie „Bundesverfassung“ zugeordnet und

als **materielles Verfassungsrecht des Bundes** dem formellen Bundesverfassungsrecht akzessorisch.

Materielles Verfassungsrecht gibt es auch in den Ländern. Es hat seine kompetenzrechtliche Grundlage in der Generalklausel des Art 15 Abs 1 B-VG, wo die **Angelegenheiten der Landesverfassung** als „Gegenstück“ zu Art 10 Abs 1 Z 1 B-VG beheimatet sind. Da die Zuständigkeit der Länder auf einer Generalklausel beruht, sind diese Angelegenheiten als Rechtsbegriff nicht ausdrücklich benannt. Analog zum materiellen Verfassungsrecht des Bundes gehören zum **materiellen Landesverfassungsrecht** ua Regelungen über Wahlen und Abstimmungen im Bereich der Länder, über das Haushaltsrecht der Länder, über die Geschäftsordnungen der Landtage uam (letztere sind in einigen Ländern als Landesgesetze, in anderen als Landtagsbeschlüsse erlassen worden).

01.015

C. Erzeugungsweise

Gem Art 44 Abs 1 B-VG kann **formelles Bundesverfassungsrecht** vom NR nur in Anwesenheit von wenigstens der Hälfte der Mitglieder („Anwesenheits- oder Präsenzquorum“) und mit einer Mehrheit von wenigstens zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen („Zustimmungs- oder Konsensquorum“) beschlossen werden.

01.016

Für **Gesamtänderungen der Bundesverfassung** gelten zusätzliche Verfahrensbindungen: Formelles Bundesverfassungsrecht, das eine Gesamtänderung der Bundesverfassung zum Inhalt hat, ist nach der parlamentarischen Beschlussfassung einer **Abstimmung durch das Bundesvolk** zu unterziehen (Art 44 Abs 3 B-VG; 10. Kap I.A.).

01.017

Auch für die Erzeugung von **formellem Landesverfassungsrecht** gelten besondere parlamentarische Quoren. Sie bleiben nicht der landesverfassungsrechtlichen Regelung überlassen, sondern sind durch Bundesverfassungsrecht festgelegt. Sie entsprechen den Quoren, die für Verfassungsgesetze des Bundes maßgebend sind: Gem Art 99 Abs 2 B-VG können Landesverfassungsgesetze nur bei Anwesenheit der Hälfte der Mitglieder des Landtages und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen beschlossen werden.

01.018

Darüber hinaus können zusätzliche Verfahrensvorschriften, im Besonderen auch eine Bindung an eine Willensbildung (**Abstimmung**) des Landesvolks, in den Landesverfassungen vorgesehen werden.

Für die Schaffung, Abänderung und Aufhebung von **materiellem Verfassungsrecht** des Bundes und der Länder gelten andere Regeln. Für seine Erzeugung sind jene Vorschriften maßgebend, die für die entsprechenden Rechtsquellen **allgemein** gelten. Handelt es sich um ein einfaches Gesetz (zB die

01.019

Nationalratswahlordnung), so kommen jene Erzeugungsregeln zum Tragen, die für einfache Gesetze (hier: des Bundes) sonst auch gelten (vgl die in Art 31 B-VG für Beschlüsse des NR allgemein festgelegten Quoren).

In manchen Fällen gibt es auch für materielles Verfassungsrecht besondere Verfahrensbindungen. Als Beispiel sei das BG über die **Geschäftsordnung des Nationalrates** genannt. Diese Rechtsvorschrift ist gem Art 30 Abs 2 B-VG als einfaches Bundesgesetz, jedoch mit besonderen Quoren (bei Anwesenheit von wenigstens der Hälfte der Mitglieder und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen) zu beschließen. Als ausführend-akzessorische Norm zu formellem Verfassungsrecht gehört sie zum materiellen Verfassungsrecht des Bundes. Wegen ihrer Bedeutung für das Gesetzgebungsverfahren unterliegt sie jedoch jenen qualifizierten Erzeugungsregeln, die sonst für formelles Verfassungsrecht gelten.

Zum materiellen Verfassungsrecht des Bundes gehört auch die vom **Bundesrat** durch „Beschluss“ zu erlassende Geschäftsordnung. Sie ist ebenfalls mit erhöhten Quoren zu verabschieden und hat die Wirkung (nicht aber die Form) eines Bundesgesetzes (Art 37 Abs 2 B-VG).

III. Verfassungstheoretische Aspekte: Eigenschaften und Funktionen des Verfassungsrechts

A. Kontinuität und Diskontinuität

01.020 Die Unterscheidung zwischen Kontinuität und Diskontinuität betrifft das Verhältnis von verfassungsrechtlichen Systemen in ihrer **zeitlichen Abfolge**: Kann sich eine Verfassungsrechtsordnung auf eine ältere stützen, so besteht zwischen beiden Kontinuität; andernfalls spricht man von Diskontinuität.

Bei der Beurteilung dieser Beziehung können verschiedene **Maßstäbe** angelegt werden. Aus rechtlicher Sicht können Kontinuität und Diskontinuität jeweils sowohl formell als auch materiell interpretiert werden.

Formelle rechtliche Kontinuität besteht, wenn eine verfassungsrechtliche Ordnung nach jenen Erzeugungsregeln entstanden ist, die eine Vorgängerin für Verfassungsänderungen aufgestellt hat. Entscheidend ist das Verfahren. Auf inhaltliche Relationen (der Gleichartigkeit, Ähnlichkeit und Verschiedenheit der verfassungsrechtlichen Grundsätze und Regeln) kommt es nicht an.

Von **materieller rechtlicher Kontinuität** spricht man, wenn eine jüngere verfassungsrechtliche Ordnung eine ältere rezipiert und diese in ihrer Geltung fortsetzt. Mit formeller Kontinuität muss dies nicht notwendigerweise zusammentreffen.

Wendet man diese Unterscheidungen und Erwägungen auf das geltende österreichische Verfassungsrecht an, so ergibt sich folgende Diagnose: 01.021

Formell gesehen lässt sich das gegenwärtig geltende Verfassungsrecht über das Verfassungs-Überleitungsgesetz vom 1. Mai 1945 (V-ÜG 1945) und die am selben Tag erlassene Vorläufige Verfassung auf die **Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945** zurückführen. Diese Erklärung ist von den Vorständen der damals bestehenden antifaschistischen politischen Parteien abgegeben worden (9. Kap I.). Sie sieht in Art I die Wiederherstellung der demokratischen Republik Österreich und deren Einrichtung im Geiste der Verfassung von 1920 vor. Formell gesehen kann die Unabhängigkeitserklärung auf keine ältere Verfassungsrechtsordnung zurückgeführt werden. Ein solches Verfahren der Verfassungsgebung war in keiner der davor geltenden Verfassungen (Verfassung des Deutschen Reiches in der Zeit des Anschlusses von 1938 bis 1945; ständestaatliche Verfassung zwischen 1933/34 und 1938; Verfassung der Ersten Republik zwischen 1920 und 1933) vorgesehen. In formeller Hinsicht kann daher die Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945 in Bezug auf die Gegenwart als „**historisch erste Verfassung**“ im Sinne *Hans Kelsens* gelten.

Geht man von einer **materiellen** Betrachtungsweise aus, so findet man die rechtlichen Wurzeln des geltenden Verfassungsrechts in der Verfassungsrechtsordnung der **Ersten Republik**: Art I der Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945 verweist auf die Verfassung von 1920. Dementsprechend ist in Art 1 V-ÜG 1945 vorgesehen, dass das B-VG von 1920 in der Fassung von 1929 sowie alle übrigen Bundesverfassungsbestimmungen nach dem Stand vom 5. März 1933 wieder in Wirksamkeit treten. Dies zeigt, dass sich das Verfassungsrecht der Zweiten Republik als rechtliche Fortsetzung des Verfassungsrechts der Ersten Republik versteht. Damit wird eine materiellrechtliche Kontinuität zwischen den beiden Systemen hergestellt, die allerdings in formeller Hinsicht in keinem Kontinuitätsverhältnis stehen.

Das Verfassungsrecht der Ersten und der Zweiten Republik hat zahlreiche Einrichtungen übernommen und fortgeführt, die es bereits in der Zeit der konstitutionellen Monarchie von 1867 bis 1918 (6. Kap III.) gegeben hat. Zum **konstitutionellen Erbe** der republikanischen Verfassung gehören insbesondere die Gewaltentrennung, die Unabhängigkeit der Gerichtsbarkeit und das Weisungsprinzip in der Verwaltung, Elemente des Parlamentarismus und des föderativen Staatsaufbaus, die Verwaltungs- und Staatsgerichtsbarkeit, die Rechnungs- und Gebarungskontrolle und die liberalen Grundrechte. 01.022

Zwischen der monarchischen und der republikanischen Verfassung besteht keine rechtliche Kontinuität. Die Verfassung der Republik kann weder formell aus dem Verfassungsrecht der Monarchie hergeleitet werden, noch versteht sich die Republik als Fortsetzung der Monarchie. In verfassungsrechtlicher Hinsicht markiert das **Jahr 1918** einen Kontinuitätsbruch. Zahlreiche

Grundsätze und Einrichtungen aus der Zeit der konstitutionellen Monarchie sind aber von der republikanischen Verfassung, teils in modifizierter Form, übernommen und weiterentwickelt worden. In diesem Sinne kann man Elemente einer **politisch-historischen Kontinuität** feststellen, die nach wie vor bestehen.

- 01.023** Auf **völkerrechtlicher Ebene** ist die Unterscheidung zwischen Kontinuität und Diskontinuität auf den Fortbestand von Staaten als Völkerrechtssubjekte zu beziehen. Verfassungsrechtliche Diskontinuität im vorhin erörterten Sinne ist nicht notwendigerweise mit dem Untergang des Staates als Völkerrechtssubjekt verbunden. Völkerrechtliche Kontinuität und staats(verfassungs)rechtliche Diskontinuität können zusammentreffen.

So ist die **Republik Deutschösterreich** (7. Kap I.) gegenüber der konstitutionellen **Monarchie** weder in einem staats- noch in einem völkerrechtlichen Kontinuitätsverhältnis gestanden. Die österreichische Monarchie der im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder hat im Jahre 1918 durch Zerfall (dismembratio) als Völkerrechtssubjekt zu bestehen aufgehört. Weder die Republik Deutschösterreich noch einer der anderen Nachfolgestaaten haben die Monarchie als Völkerrechtssubjekt fortgesetzt. Auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht hat es keine Kontinuität im Verhältnis zu den Nachfolgestaaten gegeben.

Demgegenüber hat sich etwa der Übergang von der Ersten Republik zum **Ständestaat** in den Jahren 1933 und 1934 (8. Kap I., II.) zwar unter Bewahrung der völkerrechtlichen Kontinuität, jedoch unter staatsrechtlicher (und weitgehend auch historisch-politischer) Diskontinuität vollzogen.

B. Starrheit und Flexibilität

- 01.024** Die Unterscheidung zwischen Starrheit und Flexibilität bezieht sich auf die **Reaktionsfähigkeit des Verfassungsrechts** gegenüber Entwicklungen in der Gesellschaft. Der Wandel der sozio-politischen Verhältnisse erzeugt über kurz oder lang einen Änderungs- und Anpassungsbedarf im Bereich des Verfassungsrechts. Kann dieser Bedarf nicht gedeckt werden, so drohen dem Verfassungsrecht Einbußen an Steuerungskraft und damit Funktionsverluste. Starrheit und Flexibilität bilden Parameter zur Beurteilung der Fähigkeit des Verfassungsrechts zur Anpassung an geänderte gesellschaftliche Verhältnisse und an neue verfassungspolitische Bedürfnisse.

Ob eine verfassungsrechtliche Ordnung (relativ) starr oder flexibel und anpassungsfähig ist, hängt von den Möglichkeiten ihrer **Änderung**, aber auch vom Spielraum und der Entwicklung ihrer **Auslegung** und Anwendung ab. Je einfacher die Bedingungen für die Erzeugung von Verfassungsrecht sind, desto leichter kann es geändert werden, und desto größer ist seine (potenti-

elle) Flexibilität. Die Fähigkeit des Verfassungsrechts zur Bewältigung von geänderten gesellschaftlichen Verhältnissen kann aber auch eine Folge einer inhaltlichen Offenheit sein, die es ohne Verfassungsänderung ermöglicht, dass für neue gesellschaftliche Probleme neue verfassungsrechtliche Lösungen gefunden werden.

Das **österreichische Verfassungsrecht** kann juristisch gesehen relativ einfach geändert werden und ist deshalb aus rechtlicher Sicht verhältnismäßig flexibel. Die parlamentarische Zweidrittelmehrheit, die nach Art 44 Abs 1 und Art 99 Abs 2 B-VG für die Erzeugung von formellem Verfassungsrecht des Bundes und der Länder erforderlich ist, bildet eine Hürde, deren Überwindbarkeit von den jeweils bestehenden Mehrheitsverhältnissen und parteipolitischen Konstellationen abhängt. Die Jahrzehnte lange Erfahrung zahlreicher Verfassungsänderungen in Österreich zeigt, dass die qualifizierten parlamentarischen Quoren im Allgemeinen kein schwer zu überwindendes Hindernis bilden.

01.025

Relativ starr ist das Verfassungsrecht des Bundes nur in Bezug auf Änderungen seiner leitenden Grundsätze. Ein systemverändernder Eingriff in die sogenannten Baugesetze der Verfassung stellt eine **Gesamtänderung der Bundesverfassung** dar (10. Kap I.) und bedarf zusätzlich zur parlamentarischen Beschlussfassung (mit den entsprechenden Quoren) der Annahme in einer Abstimmung durch das Bundesvolk (Art 44 Abs 3 B-VG).

Das Bundesverfassungsrecht kennt keine absolut geschützten Grundsätze und Regeln. Unter Einhaltung der verfahrensrechtlichen Bindungen des Art 44 Abs 3 B-VG können sämtliche Baugesetze verändert oder gar aufgegeben werden. Einem **totalen Umbau des Systems** sind allerdings – abgesehen von politischen Grenzen – auch völkerrechtliche und europarechtliche Schranken gesetzt. Solche Schranken ergeben sich zB aus der völkerrechtlichen Verpflichtung Österreichs zur Wahrung einer demokratischen Regierungsform (Art 8 StV von Wien, Art 3 des 1. ZPMRK) sowie aus Art 2 EUV, wonach ua Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu den Werten zählen, die allen Mitgliedstaaten der EU gemeinsam sind (siehe auch Art 7 EUV).

01.026

In der österreichischen Bundesverfassung gibt es keine Grundsätze und Einrichtungen, die als „**ewige Verfassungsartikel**“ einer Aufhebung oder Abänderung von vornherein entzogen sind. Zum Vergleich sei auf Art 79 Abs 3 GG hingewiesen: Danach wird jegliche Verfassungsänderung für unzulässig erklärt, durch welche die bundesstaatliche Struktur (Gliederung des Bundes in Länder und Beteiligung der Länder an der Gesetzgebung) oder andere Grundsätze der Verfassung (Schutz der Menschenwürde und der Menschenrechte, republikanische Staatsform, Demokratie und Volkssouveränität, Gewaltentrennung, Sozialstaatlichkeit, Rechtsstaatlichkeit, Widerstandsrecht) berührt werden. Historisch gesehen ist diese Regelung als Reaktion auf das

Unrechtssystem des Nationalsozialismus zu verstehen, der (ua) diese Verfassungswerte negiert und pervertiert hat.

Der Wert von „ewigen Verfassungsartikeln“, mit denen Teile des verfassungsrechtlichen Systems für rechtlich **änderungsfest** erklärt werden, ist umstritten. Verfassungsrecht kann zwar die Bedingungen seiner eigenen Erzeugung regeln, es vermag aber nicht seine eigene Wirksamkeit zu garantieren. Änderungsverbote haben vor allem programmatische Bedeutung. Darüber hinaus bilden sie einen Maßstab für die rechtliche Beurteilung von Verfassungsänderungen: Die Abschaffung oder Änderung ewigen Verfassungsrechts bedeutet einen Bruch verfassungsrechtlicher Kontinuität.

- 01.027** Ob eine Verfassung relativ starr oder flexibel ist, hängt aber nicht nur von den rechtlichen Bedingungen ab, unter denen sie ausdrücklich geändert werden kann. Entscheidend ist auch das Maß an inhaltlicher **Offenheit** gegenüber Veränderungen in der gesellschaftlichen Realität. Je allgemeiner eine Verfassung gehalten ist, desto größer ist der Spielraum für eine flexible Auslegung und Anwendung. Verfassungen mit konkreten und detailgenauen Regelungen sind relativ starr und der Notwendigkeit von Änderungen in höherem Grade ausgesetzt als Normenordnungen, die sich mehr auf Grundsätzliches beschränken.

Eine wichtige Rolle spielt auch die jeweils herrschende Praxis der **Auslegung** und Anwendung des Verfassungsrechts. Ist diese Praxis vorwiegend gesetzespositivistisch geprägt, so ist der Spielraum für eine Weiterentwicklung des Verfassungsrechts im Wege der Interpretation und der Rechtsanwendung kleiner als bei einem für Rechtsfortbildung offenen Rechts- und Verfassungsverständnis.

C. „Spielregel“ und Wertordnung

- 01.028** Die organisations- und verfahrensrechtlichen Regelungen des Verfassungsrechts enthalten Grundsätze und Regeln für das Zustandekommen und die Umsetzung politischer Entscheidungen im Staatsverband. Sie bilden rechtliche **„Spielregeln“** für Zuständigkeiten und Verfahrensweisen. Zum Verfassungsrecht gehören aber auch Normen, die die Richtung der Politik durch Schranken oder positive Zielvorgaben in inhaltlicher Hinsicht bestimmen.

Allerdings transportieren auch Organisations- und Verfahrensnormen bestimmte **Wertvorstellungen**. Eine Verfassung, die für die Gesetzgebung ein parlamentarisches Verfahren vorsieht, bringt mit dieser „Spielregel“ eine demokratische Wertentscheidung zum Ausdruck und zur Geltung. Die abstrakt typisierende (idealtypische) Gegenüberstellung von Spielregel und Wertordnung ist daher von vornherein zu relativieren.

Ein empirischer (realtypischer) Befund zeigt, dass im Verfassungsrecht durchwegs beide Arten von Normgruppen anzutreffen sind. Die Verfassung