

Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich – Der Wandel von Funktion und Methode in einer neunzig- jährigen Geschichte

Theo Öhlinger

Der österreichische Verfassungsgerichtshof wurde 1920 errichtet. In seiner vergleichsweise langen Geschichte entwickelte er unterschiedliche Funktionen. Von den Verfassungsvätern wurde er als ein Schiedsrichter in Kompetenzkonflikten zwischen dem Bundesparlament und den Landtagen konzipiert. Von Anfang an verstand er sich auch als Hüter der Spielregeln der parlamentarischen Demokratie. Die Grundrechte spielten als Maßstab der Gesetzesprüfung zunächst nur eine marginale Rolle. Erst in den 1980er Jahren entwickelte er eine dynamische Judikatur auf diesem Gebiet. Das machte ihn zu einem Gegenspieler des Parlaments; er gewann in der medialen Öffentlichkeit hohe Aufmerksamkeit und Anerkennung.

The Austrian Constitutional Court was established in 1920. During its comparatively long period of existence it has developed various functions. The authors of the constitution intended it to function as an arbiter resolving disputes on competence between the federal and state parliaments. From the outset, however, the court also took on the role as guardian of the rules of parliamentary democracy. Initially, fundamental rights remained merely peripheral to the court's review of legislation. It was not until the 1980s that it developed a sophisticated case-law in this area. As a result, it became seen increasingly as an adversary of parliament but, at the same time, came to enjoy considerable media presence and recognition.

I. Der Verfassungsgerichtshof – das älteste Verfassungsgericht der Welt

1. Der historische Kontext der Entstehung

Der österreichische Verfassungsgerichtshof ist das älteste spezielle Verfassungsgericht der Welt.¹ Er wurde durch das Bundes-Verfassungsgesetz vom 1. Okto-

1 Das mit der tschechoslowakischen Verfassung vom 29. Februar 1920 errichtete Verfassungsgericht übte die zentrale verfassungsgerichtliche Funktion der Prüfung von Gesetzen nie aus. Näher Öhlinger 2002.

ber 1920 (B-VG) geschaffen. Als sein ‚Erfinder‘ gilt Hans Kelsen. Überlegungen und Pläne reichen aber bis in die konstitutionelle Monarchie des 19. Jahrhunderts zurück (Öhlinger 2008: 411 ff.). Er bildet den Prototyp des ‚konzentrierten‘ europäischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit im Gegensatz zum ‚diffusen‘ amerikanischen Modell (Gamper/Palermo 2008; Bezemek 2012). Von 1920 bis 1933 und auch noch in den ersten Jahren nach 1945 war er das einzige funktionierende Verfassungsgericht in Europa.

Er ist damit für eine vergleichende Forschung kein uninteressantes Objekt, denn er ermöglicht nicht nur eine horizontale (länderübergreifende), sondern aufgrund seines Alters auch eine diachrone Vergleichung. Deren Vorteil ist, dass sie mit einigen wenigen Variablen auskommt: Die Institution bleibt dieselbe; was sich verändert, ist ihre Funktion. Tatsächlich lässt sich am Verfassungsgerichtshof sehr schön ein Wandel seiner Rolle und Funktion im politischen System über mehrere Epochen hinweg erkennen.

Wie die Bundesverfassung selbst entstammt der Verfassungsgerichtshof einer in ganz Europa rechtspositivistisch geprägten Epoche und diese Eierschalen seiner Entstehungszeit haften ihm noch heute an. Die spezifischen Merkmale der vom Verfassungsgerichtshof geprägten Verfassungsinterpretation in Österreich entsprechen diesem Erbe: ein Kleben am Text, ein Hang zur historischen Interpretation, die auf den ‚Willen‘ des Verfassungsgesetzgebers abstellt, sowie eine betonte Ablehnung politischer Erwägungen und Gerechtigkeitsvorstellungen (Wiederin 2011: 82). Ein Verfassungsgericht, das sich selbst methodisch in dieser Weise begrenzt, wirft keine schwerwiegenden Legitimationsprobleme auf: Es garantiert nach seinem (lange Zeit nicht in Frage gestellten) Selbstverständnis lediglich, dass sich die einfache parlamentarische Mehrheit an die mit qualifizierter Mehrheit beschlossenen Regelungen hält. Daran hat sich freilich in den letzten Jahrzehnten einiges geändert, worauf noch zurückzukommen ist.

2. Organisation

Auch die Organisation des Verfassungsgerichtshofs erklärt sich partiell durch sein hohes Alter. Der Verfassungsgerichtshof besteht aus einem Präsidenten, einem Vizepräsidenten, zwölf Mitgliedern und sechs Ersatzmitgliedern. Die Funktion Letzterer hängt damit zusammen, dass die Tätigkeit der Verfassungsrichter als nebenberuflich konzipiert ist. (Der heutige Arbeitsanfall war 1920 noch gänzlich unvorstellbar.) Daher fallen Mitglieder vergleichsweise häufig aus und sollen ersetzbar sein.

Alle Mitglieder und Ersatzmitglieder werden vom Bundespräsidenten auf Vorschlag teils der Bundesregierung, teils des Nationalrats, teils des Bundesrats ernannt (Art. 147 B-VG). Tatsächlich werden sie im Konsens der Regierungspar-

teien nach einem politischen Proporz bestellt, gelegentlich (etwa in Zeiten der Alleinregierung einer Partei oder einer kleinen Koalition) im Einvernehmen mit einer Oppositionspartei. Voraussetzung ist eine mindestens zehnjährige berufliche Tätigkeit, für die ein abgeschlossenes Rechtsstudium erforderlich ist. Verwaltungsbeamte sind außer Dienst zu stellen; alle anderen Berufe dürfen weiterhin ausgeübt werden. (Die Richter selbst betrachten diese Verbindung mit der juristischen Außenwelt als Garantie einer gewissen Lebensnähe.) Die Bestellung endet mit Erreichung des siebenzigsten Lebensjahres, so dass Funktionsperioden von mehr als dreißig Jahren möglich sind und gelegentlich auch vorkommen. Der Gerichtshof entscheidet regelmäßig im Plenum; lediglich unwichtige Fälle (die, rein quantitativ gesehen, freilich die große Mehrheit bilden) werden in ‚kleiner Besetzung‘ von sechs Richtern erledigt. Seit Jahrzehnten kämpft der Gerichtshof mit einer Überlastung, die auch in der Qualität mancher Entscheidungsbegründungen deutliche Spuren hinterlässt.

3. Aufgaben

Die Aufgaben des Verfassungsgerichtshofs sind im B-VG kasuistisch geregelt (Schaden 2006). Zentrale Kompetenz ist die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Bundes- und Landesgesetzen (Art. 140 B-VG). Die Prüfung erfolgt auf Antrag, wobei die Antragsbefugnis seit 1920 mehrfach erweitert wurde. Ursprünglich waren nur die Bundesregierung bezüglich Landesgesetzen und die Landesregierungen bezüglich Bundesgesetzen antragsbefugt. (Die Verfassungsväter konzipierten den Gerichtshof als eine Art ‚Schiedsrichter‘ in bundesstaatlichen Kompetenzkonflikten – dazu unten II.1) Von Anfang an konnte der Verfassungsgerichtshof aber auch von Amts wegen die Prüfung eines Gesetzes vornehmen, das er selbst in einem anderen Verfahren anzuwenden hat. Dabei erwies sich seine Zuständigkeit, letztinstanzliche verwaltungsbehördliche Bescheide auf eine geltend gemachte Verletzung eines „verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts“ zu prüfen (Art. 144 B-VG), als besonders zukunftssträchtig. Es war dies die eigentliche ‚Erfindung‘ Hans Kelsens, der richtig erkannte, dass dadurch jedem Adressaten einer Verwaltungsentscheidung der Weg zur richterlichen Gesetzesprüfung eröffnet wurde (Kelsen/Froehlich/Merkl 1922: 259). Es ist dies der Ursprung des heutigen europäischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit (Öhlinger 2002: 592).

1929 wurde das Antragsrecht auf den Obersten Gerichtshof und den Verwaltungsgerichtshof erweitert. 1975 wurde es auf in zweiter Instanz entscheidende Gerichte sowie auf ein Drittel der Mitglieder des Nationalrats (bezüglich Bundesgesetzen) ausgedehnt (bezüglich Landesgesetzen wurden die Landesverfassungen zu einer gleichartigen Regelung ermächtigt) und es wurde (nach deut-

schem Vorbild) der Individualantrag bezüglich Gesetzen und Verordnungen, die jemanden unmittelbar in seinen Rechten verletzen, eingeführt. In der Folge wurde die Antragsbefugnis auch noch bestimmten unabhängigen Verwaltungsbehörden (die ‚Tribunale‘ im Sinn der Europäischen Menschenrechtskonvention darstellen) eingeräumt. Mit der am 1. Januar 2014 in Kraft tretenden Einrichtung erstinstanzlicher Verwaltungsgerichte des Bundes und der Länder werden auch diese antragsberechtigt sein. Nach einer Verfassungsnovelle vom Juni 2013 werden ab 1. Januar 2015 auch Parteien eines erstinstanzlichen Zivil- oder Strafprozesses antragsberechtigt sein, wenn ein nach ihrer Ansicht verfassungswidriges Gesetz beziehungsweise eine gesetzwidrige Verordnung angewendet wurde. In dieser schrittweisen Ausdehnung des Antragsrechts spiegelt sich ein Funktionswandel der Verfassungsgerichtsbarkeit wider.

II. Der Funktionswandel des Verfassungsgerichtshofs

1. Bundesstaatliche Schiedsrichterfunktion

Die dem Verfassungsgerichtshof von den ‚Verfassungsvätern‘ zugedachte primäre Rolle war, wie die ursprüngliche Fassung des Art. 140 B-VG deutlich erkennen lässt, die eines Schlichters oder Schiedsrichters in bundesstaatlichen Kompetenzkonflikten. Auf der Grundlage einer äußerst komplizierten und detaillierten verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Ländern sollte er entscheiden, wem in einem Streitfall die Kompetenz zur Gesetzgebung (und auch Vollziehung) in einer bestimmten Angelegenheit zukommt.

Diese Aufgabe kann als eine ‚unpolitische‘ verstanden werden, geht es doch dabei nicht um den Inhalt von Gesetzen, sondern um die – in einem Bundesstaat unausweichliche – Frage, welches Gesetzgebungsorgan (Nationalrat oder Landtage) für eine bestimmte Regelung zuständig ist (Austerlitz 1930). Dieses politikfreie Verständnis schlägt sich auch in dem Argumentationsmuster nieder, das der Verfassungsgerichtshof für diese Aufgabe entwickelte: die ‚Versteinerungstheorie‘. Danach wird den in den Tatbeständen der Kompetenzverteilung (Art. 10–15 B-VG, ergänzt durch zahlreiche Nebenverfassungsgesetze und Verfassungsbestimmungen) verwendeten Begriffen jene Bedeutung zugeschrieben, die ihnen im Zeitpunkt ihres Erlasses (das ist in der Regel der 1. Oktober 1925, an dem die kompetenziellen Regelungen des B-VG erst in Kraft traten) nach dem Stand und der Systematik der damals geltenden Rechtsordnung zugekommen ist. Das führt nicht immer zu praktikablen und manchmal zu geradezu skurrilen Ergebnissen. Ein Beispiel: Welche „Angelegenheiten des Gewerbes“ gemäß Art. 10 Abs. 1 Z. 8 B-VG Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung sind, bestimmt sich

nach der bundesgesetzlichen Gewerbeordnung in ihrer Fassung von 1925. Weil diese die gewerbsmäßige Privatzimmervermietung aus ihrem Geltungsbereich ausklammerte, soweit sie als häusliche Nebenbeschäftigung in ortsüblichem Ausmaß betrieben wurde, fiel sie in diesem Umfang in die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz der Länder. Bundessache blieb die Privatzimmervermietung, soweit sie über diesen Umfang hinausging, also an Orten, in denen sie im Jahr 1925 nicht als häusliche Nebenbeschäftigung üblich war. Es bedurfte eines Bundesverfassungsgesetzes, um dieses im Zeitalter eines wachsenden Fremdenverkehrs völlig unpraktikable Ergebnis operabel zu machen.

Der Verfassungsgerichtshof nimmt solche Ergebnisse bewusst in Kauf und schiebt die Verantwortung für eine ‚vernünftige‘ Kompetenzordnung – gemäß dem Postulat einer strikten Trennung von Rechtsprechung und Politik – dem Verfassungsgesetzgeber zu. Die Problematik dieser Rechtsprechung nimmt allerdings mit der wachsenden Distanz zur Rechtsordnung des Jahres 1925 zu. Besondere Probleme bereitet heute die Umsetzung von europäischem Recht, das auf die innerösterreichische Kompetenzverteilung naturgemäß keine Rücksicht nimmt. Nicht selten bedarf eine EU-Richtlinie einer Umsetzung durch ein Bundesgesetz und (damit rechtlich und/oder politisch schwierig zu koordinierende) neun Landesgesetze. Manchmal lässt sich eine korrekte Umsetzung innerhalb der zersplitterten Kompetenzordnung der Bundesverfassung überhaupt nicht verwirklichen. Dann sind verfassungsgesetzliche Lösungen unvermeidlich. Diese im Text des B-VG angelegte Problematik wird durch den skizzierten Rechtsprechungsstil noch potenziert. Es ist dies eine der Ursachen für die überbordende Fülle an verfassungsgesetzlichen Regelungen in Österreich (dazu noch unten III.1).

2. Der Verfassungsgerichtshof als Hüter der demokratischen Spielregeln

Eine zweite Rolle, die dem Verfassungsgerichtshof schon in der Ersten Republik zugewachsen war und die in der Zweiten Republik voll zur Entfaltung kam, war die eines Mediators im Parteienstaat (vgl. Welan 1982: 281 ff.). Sie hing mit dem – damaligen – Parteiensystem zusammen: zwei annähernd gleich große und die Gesellschaft weit über das politische System hinaus prägende Parteien (‚Lager‘), die sich in der Ersten Republik antagonistisch bis zum Ausbruch eines Bürgerkriegs (1934) gegenüberstanden (Rathkolb 2012). 1945 begründeten diese Parteien eine Große Koalition, aber ihre Zusammenarbeit blieb von einem ausgeprägten wechselseitigen Misstrauen beherrscht. Vor diesem Hintergrund entwickelte der Verfassungsgerichtshof ein Selbstverständnis als Schützer der (parlamentarischen) Minorität gegenüber der Majorität, was in diesem Kontext bedeutete: des jeweils kleineren gegenüber dem größeren der beiden ‚Lager‘.

Dem entspricht seine penible Überwachung der formalen verfassungsgesetzlichen Spielregeln des politischen Prozesses, deren Zweck ihrerseits dahingehend verstanden wurde, die Alleinherrschaft einer Partei zu begrenzen.

Ein besonderer Stellenwert kommt dabei einer erst vom Gerichtshof selbst kreativ entfalteten Regel zu (Öhlinger 2012b: 89 f.): Dass nach Art. 18 B-VG die „gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden (darf)“, interpretierte der Verfassungsgerichtshof (und interpretiert er mit abnehmender Strenge immer noch) dahingehend, dass jegliches Verwaltungshandeln sehr genau und detailliert durch ein parlamentarisch beschlossenes Gesetz determiniert werden müsse. Gesetze, die dem – in einem selbstreferenziellen Prozess immer mehr verdichteten – Maßstab hinreichender Bestimmtheit nicht entsprachen, wurden vor allem in den 1950er und 1960er Jahren in großer Zahl als verfassungswidrig aufgehoben. Dahinter steht die Idee, dass im Gesetzgebungsverfahren alle Fraktionen nach den parlamentarischen Spielregeln mitwirken können. Der Gesetzgebungsprozess tendiert insofern zu Kompromissen. Nach einem in Österreich herrschenden Demokratieverständnis macht der Kompromiss geradezu das ‚Wesen‘ der parlamentarischen Gesetzgebung aus (Kelsen 1929a: 57 ff.) und der Verfassungsgerichtshof versteht sich als dessen Hüter (vgl. das langjährige Mitglied des Gerichtshofes Korinek (1981: 46): „Schutzfunktion der qualifizierten Minderheit gegenüber der bloß absoluten Mehrheit“).

Dieses Verständnis von Demokratie ist auch eine der Ursachen für die Fülle und Detailliertheit an verfassungsrechtlichen Regelungen (siehe unten III.1). Sie sichern, weil sie nur mit einer Zweidrittel-Mehrheit wieder abgeändert werden können, die zwischen den Parteien erzielten Kompromisse gegen einen künftigen Wandel der Mehrheitsverhältnisse ab und hatten als solche geradezu die Funktion eines Koalitionspaktes zwischen den beiden (einstigen) Großparteien (Wiehinger 2008).

3. Der Verfassungsgerichtshof als Hüter der Grundrechte

a) Die ältere Judikatur

Die Grundrechte spielten in der älteren Judikatur des Verfassungsgerichtshofs, speziell bei der Prüfung von Gesetzen, nur eine marginale Rolle. Zwar war, anders als in Deutschland, die Bindungswirkung der Grundrechte gegenüber dem Gesetzgeber schon in der konstitutionellen Monarchie im Prinzip anerkannt, die praktische Wirkung dieser Bindung aber gering. In einer spezifisch kelsenianischen Tradition (dazu Stelzer 1991: 1 ff.) lehnte es der Verfassungsgerichtshof lange Zeit ab, aus den vagen und mehrdeutigen Formeln des (aus der monarchischen Verfassung von 1867 rezipierten) Grundrechtskatalogs substantielle

Schranken des parlamentarischen Gesetzgebers abzuleiten und dessen Gestaltung der sozialen Wirklichkeit durch Richtersprüche einzuengen oder zu ersetzen. Paradigmatisch ist eine Entscheidung aus dem Jahr 1928 (VfGH Slg. 1123) zum Mietengesetz. Der Verfassungsgerichtshof stellt darin nicht infrage, dass eine gesetzliche Beschränkung von Eigentum durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein müsse. Doch sei ‚öffentliches Interesse‘ kein juristisch fassbarer Begriff; ihn zu konkretisieren sei daher ausschließlich Sache des Gesetzgebers:

Es besteht geradezu die Hauptaufgabe der gesetzgebenden Körperschaften darin, sich über den Wert der vielfach entgegenstehenden Interessen eine Meinung zu bilden, das nach ihrer Ansicht höhere Interesse zu begünstigen oder zwischen widerstreitenden Interessen einen Kompromiß zu schließen. Der Verfassungsgerichtshof muß es aber entschieden ablehnen, in einer solchen Frage eine Meinung zu äußern.

b) Die Rechtsprechung zum Gleichheitssatz

Eine schrittweise Änderung dieser Judikatur setzte in Ansätzen nach 1950 und deutlich erst in den 1970er Jahren ein.

Bahnbrechend war die Rechtsprechung zum Gleichheitssatz (Art. 7 B-VG: „Alle Staatsbürger sind vor dem Gesetz gleich“). Der Verfassungsgerichtshof ließ es zunächst offen, inwieweit dieser Satz überhaupt die Gesetzgebung bindet. Erst in den 1950er Jahren stellte er diese Bindung klar (Pöschl 2008: 139). Demnach dürfe der Gesetzgeber Gleiches nicht ungleich und (bereits über ein striktes Wortverständnis hinausgehend) Ungleiches nicht gleich behandeln. Differenzierungen seien natürlich zulässig, sie müssten aber sachlich begründet sein. In einer dynamischen selbstreferenziellen Judikatur entwickelte der Verfassungsgerichtshof in den 1970er Jahren daraus ein allgemeines Sachlichkeitsgebot für die Gesetzgebung (Pöschl 2008: 219 f.). Was ‚sachlich‘ ist, ist aber eine Wertungsfrage, die letztlich der Verfassungsgerichtshof nach eigenem Ermessen entscheidet.

Eine auch politisch folgenreiche Judikatur der 1980er Jahre leitete aus dem so verstandenen Gleichheitsgrundsatz auch einen Vertrauensschutz ab, der Eingriffe in gesetzlich gewährleistete Ansprüche („wohlerworbene Rechte“) an den Kriterien ihrer Schwere und Vorhersehbarkeit misst (Pöschl 2008: 235 ff.).

c) Die ‚neue‘ Grundrechtsjudikatur

Eine weitere fundamentale Änderung der Judikatur erfolgte unter dem Einfluss der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Österreich 1958 beigetreten ist. Die Regierungsvorlage ging dabei noch davon aus, dass die Grundfreiheiten der Konvention in Österreich bereits seit langem und zum Teil sogar besser ge-

währleistet seien. Nach der Absicht einer Verfassungsmehrheit des Nationalrats sollte die Europäische Menschenrechtskonvention in Österreich dennoch aus formalen Überlegungen Verfassungsrang haben, denn sie ‚ergänze‘ die Bundesverfassung. Bemerkenswerter Weise wehrte sich der Verfassungsgerichtshof jedoch zunächst, sie als Maßstab seiner Prüfung von Gesetzen und Verwaltungsakten anzuwenden, und zwang das Parlament zu einer Präzisierung dieses Verfassungsauftrags, die 1964 erfolgte (BGBl. Nr. 59/1964). Die praktische Bedeutung der Konvention in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs blieb allerdings auch noch in der Folge rund zwei Jahrzehnte lang gering. Dies änderte sich erst unter dem Einfluss einer ‚evolutiven‘ Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Heller 2010: 385 ff., 444 f.). Dabei zeigte der Verfassungsgerichtshof eine große Bereitschaft, der dynamischen Entwicklung dieser Rechtsprechung zu folgen und seine eigene Judikatur laufend anzupassen (Heller 2010: 511 ff.).

In einer Entscheidung von 1984 (Slg. 10.179) hob der Verfassungsgerichtshof eine gesetzliche Maßnahme der Wirtschaftslenkung auf, weil er sie, kurz gesagt, als nicht durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und daher unverhältnismäßig erachtete. Er übertrug hier das von der Straßburger Judikatur aus der spezifischen Formulierung der Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention abgeleitete Verhältnismäßigkeitsgebot auf eine Bestimmung des Staatsgrundgesetzes, die den Staatsbürgern garantiert, „unter den gesetzlichen Bedingungen“ jeden Erwerbszweig ausüben zu dürfen, ohne diese Bedingungen inhaltlich einzuschränken. Mit einer gleichartigen Begründung wurde 1986 das System der beschränkten Konzessionen für Taxis aufgehoben – eine Entscheidung, die in der Öffentlichkeit auf große Resonanz stieß, nicht zuletzt wegen der Reaktion der parlamentarischen Verfassungsmehrheit, auf die noch zurückzukommen ist.

Diese Urteile bildeten den Auftakt zu einer ‚neuen Grundrechtsjudikatur‘, die heute prinzipiell jede gesetzliche Regelung, die ein Grundrecht betrifft, daraufhin überprüft, ob sie „durch ein öffentliches Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen“ sei.² Diese Rechtsprechung stützt sich regelmäßig nicht mehr explizit auf den Text der Verfassung (das ‚positive‘ Verfassungsrecht), sondern nur mehr auf die eigene ‚Vorjudikatur‘, die damit die faktische ‚Rechtsquelle‘ bildet.

Der Verfassungsgerichtshof hat mit dieser Rechtsprechung den Anschluss an den Standard des richterlichen Grundrechtsschutzes im Europa der Gegenwart, der vor allem durch das Bundesverfassungsgericht geprägt wurde, vollzogen.

2 So die seit VfGH Slg. Nr. 10.179/1984 („Schrottlenkungs-Erkenntnis“) übliche Formulierung; siehe jüngst etwa VfGH 5. 3. 2012, V 8/11.

Gemessen am kelsenianischen Verständnis der Funktion einer Verfassung und der Rolle eines Verfassungsgerichts (Kelsen 1929b) stellte dies freilich einen eklatanten Paradigmenwechsel dar. Es ist inzwischen politische Normalität geworden, dass gesetzliche Regelungen wegen Unsachlichkeit oder Unverhältnismäßigkeit oder aus einem anderen Grund durch den Verfassungsgerichtshof ‚gekippt‘ werden (so der bezeichnende Jargon auch der Verfassungsrichter selbst). Dies betrifft oft auch solche Gesetze, die vom Nationalrat mit großer Mehrheit oder sogar einstimmig beschlossen wurden (dieser Aspekt spielt für den Verfassungsgerichtshof keine Rolle). In den Anfangsjahren des Verfassungsgerichtshofs war dies noch von Austerlitz (siehe zuvor II.1) als mit dem Begriff des Gesetzes völlig unvereinbar erachtet worden. (Allein im Jahr 2011 wurden 46 gesetzliche Regelungen geprüft und davon 24 als verfassungswidrig aufgehoben; im Jahr zuvor waren es 43 geprüfte und 23 aufgehobene Bestimmungen.) Der Verfassungsgerichtshof ist damit zu einem Gegenspieler der parlamentarischen Mehrheit und zu einem bedeutenden Faktor des politischen Systems geworden, der den Vergleich mit anderen Verfassungsgerichten in Europa, etwa auch dem Bundesverfassungsgericht, durchaus aushält. Er hat mit dieser Rechtsprechung zum Teil überfällige Reformen initiiert (so einen Abbau staatlicher Regulierungen), in der Folge der Reformfreudigkeit der Politik aber auch spürbare Grenzen gesetzt (so einer Privatisierung staatlicher Aufgaben oder einer Rücknahme sozialstaatlicher Gewährleistungen).

III. Reaktionen

1. Reaktionen der Politik

Die Politik hat auf diesen Wandel der Verfassungsgerichtsbarkeit zunächst mit heftiger Kritik (vor allem von Seiten der SPÖ – vgl. Adamovich 1993; Adamovich 2011: 89 ff.) sowie mit jener Methode reagiert, die der Verfassungsgerichtshof mit seiner älteren Judikatur (siehe zuvor II.3.a) noch selbst stimulierte: mit Verfassungsbestimmungen, die diese Judikatur in Einzelfällen ‚korrigierten‘ (Heller 2010: 448 ff.). Vergleichbare Regelungen wurden von vornherein zu dem einzigen Zweck als Verfassungsbestimmungen erlassen, sie der Kontrolle des Verfassungsgerichtshofs zu entziehen (Öhlinger 2012a: 60 f.). Versuche, die Deutungsmacht des Verfassungsgerichts durch Normtextänderungen zu überspielen, waren (und sind immer noch), anders als anscheinend in Deutschland, keine Ausnahmeerscheinung. Die Verfassungsmehrheit des Nationalrats beharrt auf ihrem ‚Recht zum letzten Wort‘ in verfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen und nach dem herrschenden österreichischen Verfassungsverständnis gilt dies im Prinzip als korrekt und einer parlamentarischen Demokratie angemessen.

Dazu ist anzumerken, dass das Verfassungsrecht in Österreich eine äußerst flexible Rechtsmaterie ist: Das Bundesverfassungsrecht besteht nicht nur aus dem B-VG; daneben existieren, rechtlich völlig gleichwertig, rund dreißig weitere Bundesverfassungsgesetze sowie etwa 500 Verfassungsbestimmungen in zahlreichen ‚einfachen‘ Bundesgesetzen und (vereinzelt) in Bund-Länder-Verträgen, ferner Staatsverträge oder einzelne Bestimmungen in Staatsverträgen mit Verfassungsrang. Es gilt in Österreich nicht das rechtliche Gebot (wie etwa Art. 79 Abs. 1 Bonner Grundgesetz oder Art. 194 Abs. 2 und 3 der Schweizerischen Bundesverfassung 1999) und auch keine ungeschriebene Regel, dass das Verfassungsrecht in einem einzigen Dokument kodifiziert sein soll.

Zu dieser formalen Eigenheit kommt hinzu, dass die für Verfassungsrecht erforderliche Zweidrittel-Mehrheit im Nationalrat, speziell in den langen Perioden einer Großen Koalition, wenig Schwierigkeiten bereitete (Öhlinger 2012a: 56 f., Öhlinger 2012b: 82 ff.): Sofern sich die Koalition auf einen Kompromiss geeinigt hatte (was allerdings oft schwierig genug war), bedurfte es nur mehr der Kennzeichnung als Verfassungsrecht (womit der Kompromiss zugleich, wie schon gesagt, gegen einseitige Änderungen abgesichert war). Auch die Perioden der Alleinregierungen (ab 1966) und der ersten kleinen Koalition (1983–1986) überdauerte eine Art Verfassungspartnerschaft der beiden Großparteien (Pelinka/Welan 2001: 69). Erst durch die Koalition von ÖVP und SPÖ (2000–2006) wurde diese Partnerschaft ernsthaft in Frage gestellt und begann es schwierig zu werden, für Verfassungsbestimmungen die erforderliche Mehrheit zu finden. Gleichzeitig wurde die Anfechtung gesetzlicher Regelungen vor dem Verfassungsgerichtshof zu einer Waffe der Opposition.

Gegen seine ‚Ausschaltung‘ durch Verfassungsrecht entwickelte der Verfassungsgerichtshof allerdings die These, dass Verfassungsbestimmungen, die eine Einschränkung seiner Gesetzesprüfungskompetenz bewirken oder eine schwerwiegende oder gehäufte Durchbrechung der Grundrechtsordnung beinhalten, eine ‚Gesamtänderung der Bundesverfassung‘ (Art. 44 Abs. 3 B-VG) bedeuten könnten. Eine solche bedürfte einer Volksabstimmung und wäre ohne eine solche selbst verfassungswidrig (VfGH Slg. 11.829/1988, 15.373/1998 und andere). Tatsächlich hob der Verfassungsgerichtshof bereits einmal (2001) eine Verfassungsbestimmung als verfassungswidrig auf (VfGH Slg. 16.327/2001, dazu Novak 2004: 126). Von der Politik blieb die Tragweite dieser Entscheidung offenbar unbemerkt, jedenfalls unkommentiert. Sie hat sich auch bislang noch nicht wiederholt.

2. Reaktionen der Verfassungsrechtswissenschaft

Die Verfassungsrechtswissenschaft hat auf den Wandel der Judikatur überwiegend positiv reagiert (fundiert Stelzer 1991). Ein Teil der Lehre wirft allerdings dem Verfassungsgerichtshof vor, ‚Politik‘ zu machen. So heißt es in der siebten Auflage eines bekannten Lehrbuchs (Walter/Mayer 1992: 56; ähnlich auch noch Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer 2007: 68; dazu aus der Perspektive des Gerichtshofs Heller 2010: 437):

Die Interpretationspraxis ist von einer deutlichen Willkür in der Auswahl der Auslegungsmethoden beherrscht. In den letzten Jahren hat der VfGH – ohne dabei allerdings konsequent zu sein – seine bisherige vorwiegend objektive Interpretationspraxis aufgegeben. (...) Die Jud(ikatur) lässt deutlich erkennen, dass sich der VfGH keiner bestimmten rechtswissenschaftlichen Interpretationsmethode verpflichtet erachtet; in Fällen, deren Bedeutung als ‚wichtig‘ angesehen werden kann, scheinen seine Erk(enntnisse) meist nicht das Ergebnis einer bestimmten Rechtsauslegung, sondern einer rechtspolitischen Entscheidung zu sein. Die Begründungen dieser Erk(enntnisse) sind dem vom Gerichtshof gewünschten Ergebnis mehr oder weniger glücklich angepasst und lassen ein ‚Verfassungsverständnis‘ des VfGH nicht erkennen.

Tatsächlich sind die Begründungen der Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs eher knapp. (Mitglieder des Gerichtshofs sehen dies als einen Aspekt seines *judicial self-restraint*: Heller 2010: 400). Topoi wie ‚Sachlichkeit‘ oder ‚Verhältnismäßigkeit‘ inkludieren empirische Hypothesen, die selten offen gelegt und noch seltener wissenschaftlich begründet werden; sie werden – nicht nur vom Verfassungsgerichtshof, sondern in der österreichischen Staatsrechtslehre insgesamt – „regelmäßig ausgeblendet oder sind gar verpönt“ (Eisenberger 2011: 27). Über der Entscheidungsfindung (*context of discovery*) liegt auch in Österreich der ‚Schleier des Beratungsgeheimnisses‘ (Kranenpohl 2010), und zwar noch dichter als etwa in Deutschland, denn es gibt hier nicht das Institut des Sondervotums (zu der seit Jahrzehnten darüber geführten Diskussion zusammenfassend Stöger 2007), und auch das Stimmenverhältnis wird nicht offengelegt. (Aus meiner eigenen Tätigkeit als Ersatzmitglied von 1978–1989 kann ich verraten, dass – auch knappe – Mehrheitsentscheidungen durchaus häufig sind.) Die Begründung der Entscheidungen (*context of justification*) ist grundsätzlich einer rechtswissenschaftlichen und auch einer sozialwissenschaftlichen Analyse zugänglich. Rechtswissenschaftliche Analysen erfolgen freilich regelmäßig mit Zurückhaltung und offenkundigem Respekt vor der Autorität des Gerichtshofs; für sozialwissenschaftliche Analysen gibt es in Österreich nur sehr bescheidene Ansätze (vgl. etwa Ehs 2012).

Die parteipolitische Komponente der Zusammensetzung des Verfassungsgerichtshofs wird von den Richtern selbst unterschiedlich eingeschätzt. Für Hans Georg Ruppe (1984: 63, damals allerdings noch nicht Richter, zum Ersatzmitglied ernannt 1987) ist der Verfassungsgerichtshof „kein fern der Parteienland-

schaft agierender Gerichtshof“ und spielen „daher bei politisch sensiblen Fragen durchaus parteipolitische Gesichtspunkte eine Rolle“. Für Kurt Heller (2010: 456), Richter von 1979–2009, ist dagegen die politische Nominierung und Herkunft im Entscheidungsprozess ganz unmaßgeblich. Einen für österreichische Verhältnisse ganz ungewöhnlichen Einblick in die subtilen internen (persönlichen, methodischen und weltanschaulichen) Beziehungen zwischen den Richtern und ihr (parti)politisches Umfeld gibt der ehemalige Präsident (1984–2002) Ludwig Adamovich in seiner Autobiografie (Adamovich 2011: 74 ff.). Aus eigener Erfahrung kann ich berichten, dass es in den weit mehr als hundert Fällen, an denen ich von 1977 bis 1989 als Ersatzmitglied mitwirkte, nur eine einzige Abstimmung gab, die exakt jener Linie folgte, die der Nominierung der Richter durch die politischen Parteien entsprach; sie ist mir eben wegen dieser Exzeptionalität in Erinnerung geblieben. Offensichtlich hat sich gegen Ende der 1970er Jahre – wohl durch den Wechsel mehrerer Richter – in dieser Hinsicht einiges verändert (Adamovich 2011: 77).

3. Reaktionen der Öffentlichkeit

Für die mediale Öffentlichkeit wurde der Verfassungsgerichtshof als Folge seiner ‚aktiven‘ Rechtsprechung überhaupt erst interessant. Der Verfassungsgerichtshof reagierte darauf mit einer institutionalisierten Öffentlichkeitsarbeit: Seit 1990 findet jährlich am 1. Oktober eine Festveranstaltung unter dem Namen ‚Verfassungstag‘ statt, die der „Förderung des Wissens über den Verfassungsgerichtshof“ dienen soll; seit 1997 hält der Präsident regelmäßige Pressekonferenzen ab und 2003 wurde ein Pressesprecher bestellt (Heller 2012: 474 ff., 545 ff.).

In den Konflikten zwischen der Politik und dem Verfassungsgerichtshof stand und steht die Öffentlichkeit regelmäßig auf Seiten des Gerichts. Die richterliche Gesetzesprüfung – auch und gerade im Sinn der ‚neuen Grundrechtsjudikatur‘ – wird weniger als Einschränkung einer demokratischen Entscheidungsfindung denn als Schutz des Einzelnen gegenüber einer als willkürlich oder bürokratisch empfundenen staatlichen Herrschaft gesehen. Der Verfassungsgerichtshof gilt nicht selten – auch in der medialen Berichterstattung – als die ‚letzte Hoffnung‘ in einem Kampf mit einem als Moloch betrachteten Staat. (Gelegentliche Fälle, wie die heftige mediale Kritik an einer an sich richtungsweisenden Entscheidung, die exzessive Pensionen von Politikern als schützenswerte wohlerworbene Rechte qualifizierte – vgl. Heller 2010: 451 –, sind eine diese Regel bestätigende Ausnahme.) Die ‚gefühlte Legitimität‘ des Verfassungsgerichtes ist auch in Österreich um einiges höher als die aller anderen politischen Akteure einschließlich der Volksvertretungen auf Bundes- und Landesebene. Das heute selbstverständliche Maß an individueller Freiheit, der Abbau obrigkeitsstaatlicher Struk-

turen und die Lockerung parteipolitischer Abhängigkeiten lagen zwar im Zeitgeist der letzten Jahrzehnte und hatten insofern vielfältige Ursachen. Der Verfassungsgerichtshof hat sich aber als ein Katalysator dieser Entwicklung erwiesen und dafür Anerkennung in der medialen Öffentlichkeit gewonnen.

Auch in der heftigsten politischen Auseinandersetzung über bestimmte Urteile stand die Öffentlichkeit ganz eindeutig auf Seiten des Verfassungsgerichtshofs: Es ging dabei um die Aufstellung zweisprachiger Ortstafeln in Kärnten, die der Gerichtshof nach bestimmten, von ihm auf der Grundlage einer vagen Bestimmung des Wiener Staatsvertrages von 1955 entwickelten Kriterien verlangte und die die Kärntner Landesregierung unter Jörg Haider über einige Jahre hinweg unter Berufung auf eine angebliche Mehrheit der Bevölkerung der betroffenen Gemeinden boykottierte (Pirker 2010). Letztlich musste die Kärntner Politik dem Druck einer österreichweiten Öffentlichkeit nachgeben und einem mit der Bundesregierung ausgehandelten Kompromiss zustimmen. Das Prestige des Verfassungsgerichtshofs in der öffentlichen Meinung ist gerade in diesem Konflikt erheblich gestärkt worden.

Auch die rechtswissenschaftliche Kritik an der Praxis der Politik, Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs durch Verfassungsbestimmungen zu konkretisieren (vgl. zuvor II.2.c), wurde von den Medien aufgenommen. Dabei zeichnete sich ein in die Tiefe reichender Wandel des Verfassungsverständnisses ab: Das positivistische Verständnis des Verfassungsrechts als die Summe der ‚bloß‘ mit qualifizierter Mehrheit zu beschließenden Gesetze beliebigen Inhalts (vgl. Somek 2007: 644 f.) wird darin abgelöst von einem wertbezogenen Verständnis der Verfassung als Grundordnung des Staates. Nur vor diesem Hintergrund konnte die Zersplitterung des Verfassungsrechts überhaupt erst als ein Problem erkannt werden. Das führte wiederum zu einem groß angelegten Versuch einer grundlegenden Reform der Bundesverfassung: dem Österreich-Konvent (dazu Eberhard 2005), der sich das ehrgeizige Ziel eines neuen, auf einem Inkorporationsgebot beruhenden Verfassungstextes setzte. Auch wenn der Konvent dieses Ziel nicht erreichte, hat er doch zu einem verstärkten Verfassungsbewusstsein geführt (näher Öhlinger 2012a). Die Verfassung nicht nur als Spielregel des politischen Prozesses, sondern auch als Garantie individueller Freiheit hat sich im Bewusstsein der österreichischen Öffentlichkeit in den letzten Jahrzehnten deutlich eingepreßt und dazu dürfte der Verfassungsgerichtshof einiges beigetragen haben.

Literatur

Adamovich, Ludwig (1993) Zur aktuellen Diskussion über die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ballon, Oskar J./Hagen, Johann J. (Hg.), *Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozeßrecht*, Festschrift für Franz Matscher, Wien: 1 ff.

- Adamovich, Ludwig (2011) *Erinnerungen eines Nonkonformisten*, Wien.
- Austerlitz, Friedrich (1930) Der Verfassungsgerichtshof prüft!, *Der Kampf*, Jg. 23: 115 ff.
- Bezemek, Christoph (2012) A Kelsenian Model of Constitutional Adjudication – The Austrian Constitutional Court, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Jg. 24: 115 ff.
- Eberhard, Harald (2005) Die Entwicklung des österreichischen Bundesverfassungsrechts zwischen Stabilität und Reformdiskussion, *Revue Européenne de Droit Public*, Jg. 17: 1165 ff.
- Ehs, Tamara (2012) Verfassungsgerichtsbarkeit. Eine Vermessung der Grenzlinie zwischen Politik und Recht, in: dies. et al. (Hg.), *Politik und Recht. Spannungsfelder der Gesellschaft*, Wien: 135 ff.
- Eisenberger, Iris (2011) Leistungsfähigkeit der Verfassung, *Journal für Rechtspolitik*, Jg. 19: 27 ff.
- Gamper, Anna/Palermo, Francesco (2008) The Constitutional Court of Austria: Modern Profiles of an Archetype of Constitutional Review, *The Journal of Comparative Law*, Jg. 3: 64 ff.
- Heller, Kurt (2010) *Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart*, Wien.
- Kranenpohl, Uwe (2010) *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses: Der Willensbildungs- und Entscheidungsprozess des Bundesverfassungsgerichts*, Wiesbaden.
- Kelsen, Hans (1929a) *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2. Aufl., Tübingen.
- Kelsen, Hans (1929b) Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, *VVDStRL*, Jg. 5: 30 ff.
- Kelsen, Hans/Froehlich, Georg/Merkl, Adolf (1922) *Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920*, Wien/Leipzig.
- Klecatsky, Hans R. (1967) *Der Rechtsstaat zwischen heute und morgen*, Wien/Freiburg/Basel.
- Korinek, Karl (1981) Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in: *VVDStRL*, Jg. 39: 7 ff.
- Novak, Richard (2004) Demokratisches Prinzip und Verfassungswandel, in: Kopetz, Hedwig/Marko, Joseph/Poier, Klaus (Hg.), *Soziokultureller Wandel im Verfassungsstaat*, Festschrift für Wolfgang Mantl, Bd. 1, Wien/Köln/Graz: 117 ff.
- Öhlinger, Theo (2002) Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Funk, Bernd-Christian et al. (Hg.), *Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen*, Festschrift für Ludwig Adamovich, Wien: 581 ff.
- Öhlinger, Theo (2008) Hans Kelsen – Vater der österreichischen Bundesverfassung?, in: Kohl, Gerald/Neschwara, Christian/Simon, Thomas (Hg.), *Festschrift für Wilhelm Brauner*, Rechtsgeschichte mit internationaler Perspektive, Wien: 407 ff.
- Öhlinger, Theo (2012a) Verfassung und Verfassungsrecht zwischen Politik und Recht, in: Ehs, Tamara et al. (Hg.), *Politik und Recht. Spannungsfelder der Gesellschaft*, Wien: 51 ff.
- Öhlinger, Theo (2012b) Die Verfassung der demokratischen Republik: ein europäischer Sonderfall?, in: Helms, Ludger/Wineroither, David M. (Hg.), *Die österreichische Demokratie im Vergleich*, Baden-Baden: 81 ff.
- Pelinka, Anton/Welan, Manfred (2001) *Austria Revisited. Demokratie und Verfassung in Österreich*, Wien.
- Pirker, Jürgen (2010) *Kärntner Ortstafelstreit – Der Rechtskonflikt als Identitätskonflikt*, Baden-Baden.
- Pöschl, Magdalena (2008) *Gleichheit vor dem Gesetz*, Wien/New York.

- Rathkolb, Oliver (2012) Demokratiegeschichte Österreichs im europäischen Kontext, in: Helms, Ludger/Wineroither, David M. (Hg.), Die österreichische Demokratie im Vergleich, Baden-Baden: 57 ff.
- Ruppe, Hans Georg (1984) Entwicklungen und Tendenzen im österreichischen Steuerrecht, in: Steuerberaterjahrbuch 1983/84, Köln: 49 ff.
- Schaden, Michael (2006) Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Dachs, Herbert et al. (Hg.), Politik in Österreich. Das Handbuch, Wien.
- Somek, Alexander (2007) Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Österreich, in: Bogdandy, Armin von et al. (Hg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. II: Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht, Heidelberg: 637 ff.
- Stelzer, Manfred (1991) Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Wien/New York.
- Stöger, Karl (2007) Der VfGH als Grenzgericht und die „dissenting opinion“, in: Jabloner, Clemens (Hg.), Wirken und Wirkungen höchstgerichtlicher Judikatur, Wien: 53 ff.
- Walter, Robert/Mayer, Heinz (1992) Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 7. Aufl., Wien.
- Walter, Robert/Mayer, Heinz/Kucsko-Stadlmayer, Gabriele (2007) Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Aufl., Wien .
- Welan, Manfred (1982) Der Verfassungsgerichtshof – eine Nebenregierung?, in: Fischer, Heinz (Hg.), Das politische System Österreichs, 3. Aufl., Wien: 271 ff.
- Wiederin, Ewald (2011) Verfassungsinterpretation in Österreich, in: Lienbacher, Georg (Hg.), Verfassungsinterpretation in Europa, Wien: 81 ff.
- Wielinger, Gerhart (2008) Die politische Dimension der Struktur des Verfassungsrechts, in: Lienbacher, Georg/Wielinger, Gerhart (Hg.), Jahrbuch Öffentliches Recht 2008, Wien/Graz: 9 ff.

