

Univ.-Prof. Dr. Theo Öhlinger

Der Bundesstaat
zwischen
Reiner Rechtslehre
und
Verfassungsrealität

Schriftenreihe des Institutes für Föderalismusforschung
Band 2

WILHELM BRAUMÜLLER
Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges. m. b. H.
A-1092 Wien

Theo Öhlinger
Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität

Schriftenreihe des Instituts für Föderalismusforschung
Band 2

Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität

von

Univ.-Prof.
Dr. Theo Öhlinger
Wien



WILHELM BRAUMÜLLER
Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H.
A-1092 Wien

Alle Rechte, auch das der Übersetzung, des photomechanischen Nachdrucks und der
Speicherung in elektronische Datenanlagen, vorbehalten

©1976 by Wilhelm Braumüller, Universitäts-Verlagsbuchhandlung Ges.m.b.H., A-1092 Wien
Druck: Rauchdruck Dr. Rudolf Erhard, 6064 Rum, Kugelfangweg 15
ISBN: 3 7003 0129 4

INHALTSVERZEICHNIS

I. Bundesstaat und Reine Rechtslehre

- | | |
|---|----|
| 1. Die Ambivalenz der Aussagen der Reinen Rechtslehre zum Bundesstaat und ihr historischer Hintergrund | 7 |
| 2. Die „zentralistische“ Deutung der Bundesstaatlichkeit der Republik Österreich | 8 |
| 3. Die Bundesstaatstheorie KELSENS | 10 |
| 3.1. Drei-Kreise-Theorie | |
| 3.2. Die Ambivalenz dieser Theorie | |
| 3.2.1. Bundesstaat als dezentralisierter Einheitsstaat | |
| 3.2.2. Die Differenz von Gesamtverfassung und Bundesverfassung; Ansätze im positiven Recht | |
| 3.2.2.1. Art. 3 B-VG | |
| 3.2.2.2. Gemeinsame Organe des Bundes und der Länder | |
| 3.2.2.3. Art. 44 Abs. 2 B-VG | |
| 4. Die Bundesstaatlichkeit Österreichs im Licht der Reinen Rechtslehre und in der Verfassungsrealität | 21 |
| II. Methodologische Grundprobleme: Trennung von „Sein und Sollen“ und die Komplexität des Bundesstaates | 24 |

Erweiterte Fassung eines Vortrages vor der Tiroler Juristischen Gesellschaft
am 20. März 1975

I.

1. Der Titel dieser Überlegungen enthält zwei Begriffe, die jeder für sich so komplex sind, daß ihre auch nur einigermaßen erschöpfende Behandlung den Rahmen eines Vortrags von vornherein sprengen würde. Es versteht sich daher von selbst, daß ich hier weder das Thema „Bundesstaat“ noch das Thema „Reine Rechtslehre“ irgendwie vollständig abhandeln kann. Die folgenden Ausführungen erheben aber auch nicht den Anspruch, die Aussagen der Reinen Rechtslehre zum Bundesstaat erschöpfend darzustellen und zu analysieren. Es geht hier lediglich um einzelne Punkte aus diesem umfangreichen Fragenkomplex, um Fragen freilich, denen in der gegenwärtigen Lage des Föderalismus in Österreich m.E. ein wichtiger Stellenwert zukommt.

An dieser Stelle kann auch auf die eigenartig ambivalente Haltung der Reinen Rechtslehre zum Thema „Bundesstaat“ nur aufmerksam gemacht werden – eine Haltung, die zwischen einer extrem föderalistischen, alle Realitäten bundesstaatlicher Ordnung übersteigenden „reinen“ Theorie einerseits und einer extrem zentralistischen, antiföderalistischen Interpretation der konkreten Bundesstaatlichkeit der Republik Österreich anderseits oszilliert. Es wäre m.E. lohnend, den Ursprüngen dieser widersprüchlichen Einstellung nachzugehen. Wahrscheinlich wird man dabei auf die staatsrechtlichen Wurzeln des heutigen Bundesstaates in der vorangegangenen Monarchie stoßen. Diese Monarchie war einerseits nach dem „Ausgleich“ von 1867 in ihrer Gesamtheit eine aus zwei Teilen bestehende Realunion, also eine spezifisch monarchische Form einer Staatenverbindung mit noch lockererem Charakter als ein Bundesstaat im üblichen Sinne – von dieser Konstruktion der Gesamtmonarchie dürfte der „überföderalistische“¹⁾ Gehalt der Bundesstaatstheorie HANS KELSENS inspiriert sein. Andererseits ist es die staatsrechtliche Konstruktion der zisleithanischen Reichshälfte dieser Monarchie, die nach den Kategorien der Allgemeinen Staatslehre ein dezentralisierter Einheitsstaat war, aus der manche der sehr zentralistischen Züge der bundesstaatlichen Struktur der Republik tradiert wurden, wie etwa das Fehlen jeglicher Gerichtsbarkeit der Länder²⁾ – ein Zentralismus, zu dessen Verfestigung und Legitimierung sich das Begriffsinstrumentarium der Reinen Rechtslehre (insbe-

1) So P. PERNTHALER, Der österreichische Bundesstaat im Spannungsfeld von Föderalismus und formalem Rechtspositivismus, ÖZÖR 19 (1969), S 361 ff.

2) Darauf verweisen F. ERMACORA, Österreichische Verfassungslehre, 1970, S. 23 f; E. MELICHAR, Entwicklungstendenzen des österreichischen Föderalismus, ÖZÖR 17 (1967), S. 220 ff; H. KLECATSKY, Föderalismus und Gerichtsbarkeit, JBl 1969, S 13 ff.

sondere ihre Stufenbaulehre, wenn auch vielleicht in der vergrößerten Form der Rechtspraxis und Judikatur) besonders geeignet erwies³⁾.

2. Dazu kommt, daß KELSEN den historischen Prozeß der Entstehung des Bundesstaates 1918/20 extrem zentralistisch deutet, indem er als rechtlich relevanten Konstitutionsakt des neuen Staates ausschließlich den Beschluß der provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918, StGBI Nr. 1 anerkennt, der Österreich als zentralistischen Einheitsstaat konzipierte⁴⁾ und die gesamte gesetzgebende Gewalt einer provisorischen Nationalversammlung übertrug. Daß sich gleichzeitig in den Ländern provisorische Landesversammlungen oder Landtage konstituierten, die für ihr Territorium ebenfalls die oberste Staatsgewalt in Anspruch nahmen und den Gesamtstaat erst durch „Beitrittserklärungen“ begründeten, ist für KELSEN rechtlich belanglos⁵⁾. Von diesem Standpunkt aus ist es natürlich folgerichtig, die Rechtsordnung der Länder als vom Zentralstaat delegiert⁶⁾ anzusehen — eine Auffassung, die für das herrschende staatsrechtliche Verständnis des österreichischen Bundesstaates in ganz entscheidender Hinsicht richtungsweisend wurde⁷⁾. Die österreichische Bundes-Verfassung ist in dieser Sicht das Gesetz eines Einheitsstaates, mit dem sich dieser erst in einen Bundesstaat verwandelt⁸⁾. Der Geltungsgrund der gliedstaatlichen Verfassungen und der darauf beruhenden Rechtsordnungen bleibt demnach „letzten Endes im Willen des Einheitsstaates ruhend“, und es „kann von einer Ganz- oder auch nur Halbsouveränität der sogenannten Gliedstaaten, deren Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz zur Genüge aus der Bundesverfassung abgeleitet, von der Bundesverfassung verliehen ist, keine Rede sein“⁹⁾. Den Ländern wird damit jede selbständige und originäre Staatlichkeit im politischen Sinn — also das, was nach der traditionellen Staatslehre das Wesentliche eines Bundesstaates im Gegensatz zu einem auch die Gesetzgebungskompetenzen dezentralisierenden Einheitsstaat (Beispiel: die zisleithanische Reichshälfte der ehemaligen Monarchie oder heute die italienische Republik) ausmacht — abgesprochen.

3) Das hat PERNTHALER, a.a.O. (Anm. 1), m.E. schlüssig nachgewiesen.

4) KELSEN-FROELICH-MERKL, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, 1922, S. 53 ff.

5) H. KELSEN, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, ZÖR 1 (1919), S. 99.

6) Ebenda S. 101, 107.

7) Siehe insbes. F. KOJA, Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer, 1967, S. 3 f, 37 ff.

8) H. KELSEN, Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Dienste des Bundesstaates. ZSchweizR 42 (1923), S. 175.

9) KELSEN, a.a.O. (Anm. 8), S. 176.

Dabei ist aus der Sicht einer „reinen“ Rechtslehre der Verfassungsbeschluß der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918 ein ebenso revolutionärer, die Rechtskontinuität durchbrechender Akt wie die etwa gleichzeitig ergangenen Verfassungsbeschlüsse der provisorischen Landesversammlungen und Landtage. Auf beiden Ebenen wurde in originärer Weise eine jeweils neue Staatsgewalt begründet. Faktisch („effektiv“) setzte sich weder die zentral begründete Staatsgewalt uneingeschränkt im gesamten von ihr beanspruchten Territorium (dem geschlossenen deutschsprachigen Gebiet der ehemaligen Monarchie) noch ausschließlich die jeweils lokal konstituierte Staatsgewalt auf dem Gebiet der ehemaligen Kronländer durch. Der notwendige Ausgleich zwischen diesen konkurrierenden Gewalten erfolgte endgültig durch das Gesetz der provisorischen Nationalversammlung vom 14. November 1918, StGBI Nr. 24, betreffend die Übernahme der Staatsgewalt in den Ländern. Ob durch dieses zentrale Verfassungsgesetz der juristisch geltende, wenn auch faktisch nur beschränkt wirksame Einheitsstaat nach dem Schema eines Bundesstaates dezentralisiert wurde – so die Ansicht KELSENS (der selbst diese Dezentralisation mangels einer Beteiligung der Länder an der Gesetzgebung des Oberstaates noch nicht als vollentwickelten Bundesstaat deutet¹⁰⁾) – oder aber dadurch die endgültige rechtliche Konstituierung des durch die Beitrittsakte der Länder vertragsmäßig begründeten Bundesstaates erfolgte – so vor allem PETER PERNTHALER¹¹⁾ –, ist, da es sich um konkurrierende staatsbegründende, originäre Akte handelt, nicht eine Frage der Interpretation von Rechtsnormen, sondern der Interpretation historischer Fakten¹²⁾. (Freilich ist diese Deutung der „Grundnorm“ für die daran anschließende Interpretation der so konstituierten staatlichen Verfassung von richtungweisender Bedeutung¹³⁾.) Daß Kelsen seine Auffassung gelegentlich auf die Formulierung der von ihm allein anerkannten zentralen Verfassungsbeschlüsse stützt, ist deshalb wenig überzeugend, weil er selbst dort, wo dieser Wortlaut für seine Deutung nichts hergibt, diesen als rechtstechnisch mißlungen qualifiziert¹⁴⁾.

10) Kelsen-Froehlich-Merkel, a.a.O. (Anm. 4), S. 67.

11) P. PerntHALER, Die Konstituierung des Bundesstaates „Republik Österreich“ aus der Sicht der selbständigen Länder Tirol und Vorarlberg, in: Festschrift N. Grass, 1974, S. 725 ff; PERNTHALER-ESTERBAUER, Die Entstehung des österreichischen Bundesstaates als geschichtlicher Vorgang und staatstheoretisches Problem, in: Montfort, Vierteljahresschrift für Geschichte und Gegenwartskunde Vorarlbergs, 1973, 2/3, S. 128 ff; ähnlich auch ERMACORA, a.a.O. (Anm. 2), S. 254 ff; KLECATSKY, a.a.O. (Anm. 2), S. 14.

12) Vgl. dazu auch A. STAUDINGER, Die Ereignisse in den Ländern Deutsch-Österreichs im Herbst 1918, in: L. Jedlicka, Ende und Anfang Österreich 1918/19, 1969, S. 62 ff.

13) Siehe PERNTHALER, a.a.O. (Anm. 11), S. 736.

14) Kelsen, a.a.O. (Anm. 5), S. 102.

Die ausschließliche Anerkennung der zentralen revolutionären staatlichen Konstitutionsakte durch KELSEN ist daher — gerade auf dem Boden seiner eigenen „reinen“ Rechtslehre — eine politische Wertung, begründbar lediglich durch historische Fakten. Daß diese mit seiner juristischen Deutung nicht ganz im Einklang standen, konzediert er selbst, wenn er die „Rechtslage“ als „Verstaatlichung der Länder“ der „Sachlage“ als „Verländerung des Staates“ gegenüberstellt¹⁵⁾.

Ist somit die Interpretation der Entstehung des österreichischen Bundesstaates durch KELSEN alles andere als unproblematisch, so hat ihn die nachfolgende Entwicklung dieses Bundesstaates allerdings ganz und gar bestätigt. Daß die Verfassungs- und Rechtsordnungen der Länder als vom Oberstaat delegiert qualifiziert werden können und daß den Ländern originäre Staatsqualität (im sozio-politischen Sinn) mangelt, sind absolut zutreffende Aussagen über den faktischen Zustand des österreichischen Bundesstaates der Gegenwart. Es mag sein, daß an diesem Zustand das von KELSEN begründete staatsrechtliche Vorverständnis einigen Anteil hat, doch überschätzt man wohl die Wirkkraft juristischer Doktrinen, wenn man darin den entscheidenden kausalen Faktor erblicken würde. Sicherlich hat das Verständnis der herrschenden Staatsrechtslehre dem Verfall der österreichischen Bundesstaatlichkeit kaum entgegengewirkt, die maßgebenden Kräfte dieses Verfalls lagen aber zweifellos außerhalb ihrer Ingerenz und Verantwortung. Es scheint, daß KELSEN die politischen Faktoren dieses Verfalls mit sehr feinem Gespür bereits zu einem Zeitpunkt erfaßt hat, als diese noch keineswegs manifest waren und eine Entwicklung in anderer Richtung vom rein staatsrechtlichen Befund her durchaus offen war. Als politische Diagnose ist daher die Deutung der Ereignisse von 1918 durch KELSEN durchaus zutreffend, als juristische Interpretation bleibt sie dagegen höchst problematisch und vor allem für jene provokant, die eine Erneuerung der österreichischen Bundesstaatlichkeit aus einer Besinnung auf seinen föderalen Ursprung erwarten oder erhoffen¹⁶⁾.

3. Neben dieser Deutung der Entstehung des österreichischen Bundesstaates und der darauf basierenden restriktiv-zentralistischen Auslegung der diese Bundesstaatlichkeit ausmachenden Verfassungs- und Rechtsnormen steht, scheinbar ohne jeden Bezug zu dieser konkreten Verfassung, eine Bundesstaatstheorie KELSENS als Teil einer Allgemeinen Staatslehre von —

15) Ebenda S. 104; vgl. auch H. KELSEN, Österreichisches Staatsrecht, 1923, S. 99 ff; ders., Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl., 1928, S. 281 (Anm. 1).

16) Das ist offensichtlich ein Anliegen der Deutung der Ereignisse von 1918/20 durch PERNTHALER, a.a.O. (Anm. 11).

wie schon gesagt¹⁷⁾ — geradezu „überföderalistischem“ Gehalt¹⁸⁾. Freilich wird noch zu zeigen sein, daß auch diese Theorie vom Standpunkt einer positiven oder einschränkenden Bewertung des Föderalismus aus einen eigenartig ambivalenten Charakter besitzt.

3.1. Die betont föderalistische Tendenz dieser Bundesstaatstheorie besteht in der These absoluter rechtlicher Gleichwertigkeit von Oberstaat — der damit diese Bezeichnung nicht zu Recht trägt¹⁹⁾ — und Gliedstaaten. Kelsen gelingt diese (gegenüber der traditionellen Bundesstaatstheorie) Steigerung der Rechtsstellung der Gliedstaaten durch die Konstruktion eines dritten Elementes, der Gesamtverfassung, die Oberstaat und Gliedstaaten in gleicher Weise überhöht und beide koordiniert. „Oberstaat“ („Zentralstaat“, „Bund“) und „Gliedstaaten“ sind nach dieser Konstruktion nichts anderes als Teilrechtsordnungen mit unterschiedlichem räumlichem und sachlichem Geltungsbereich, zwischen denen kein Verhältnis der Über- und Unterordnung, sondern ein solches der Gleichordnung (Koordination) besteht, die durch eine, beide Typen von Rechtsordnungen überhöhende und diese delegierende Rechtsordnung, die „Gesamtverfassung“, hergestellt wird („Dreikreise-“ oder ungenau „Dreistaatentheorie“). Der begriffliche Mindestgehalt dieses dritten, relativ selbständigen Rechtskomplexes eines Bundesstaates ist die Aufteilung der Kompetenzen zwischen dem Bund und den Gliedern, er kann jedoch im positiven Recht noch weiter angereichert werden. Der Bundes-„Staat“ schlechthin ist nicht eigentlich diese Gesamtverfassung und keinesfalls lediglich der Bund als „Oberstaat“ (= jene Teilrechtsordnung mit räumlichem Geltungsbereich für das gesamte Staatsterritorium), sondern die aus Gesamtverfassung sowie den von dieser delegierten Rechtsordnungen des „Oberstaates“ und der „Gliedstaaten“ konstituierte „Gesamtgemeinschaft“.

3.2. In dieser Konstruktion finden sich zwei Stellen, an denen — wie die Erfahrung zeigt — der betont föderalistisch-gliedstaatsfreundliche, weil deren absolute Parität mit dem „Zentralstaat“ postulierende, Gehalt in Gefahr gerät, in sein Gegenteil umzukippen und zu einer Legitimation zentralisierender Tendenzen zu werden.

3.2.1. Es ist dies einmal die These KELSENS vom Bundesstaat als „Sonderform des dezentralisierten Staates“. Danach unterscheiden sich die Gliedstaaten von sonstigen staatlichen Untergliederungen — wie Provinzen, Bezirken und Kreisen und vor allem den Gemeinden — nicht prinzipiell, „rechtswesentlich“, sondern lediglich quantitativ, dem Ausmaß an

17) Siehe oben Anm. 1.

18) Siehe vor allem H. KELSEN, Die Bundesexekution, in: Festgabe für F. Fleiner, 1927, S. 127 ff.

19) Ebenda S. 131.

Dezentralisation nach. Damit wird implizite den Gliedstaaten die spezifische „Staats“-Qualität abgesprochen, die diese nach der traditionellen Bundesstaatslehre von den Formen „bloßer“ Dezentralisation unterscheidet²⁰). Und selbstverständlich mangelt nach dieser Theorie den Glied-„Staaten“ auch Souveränität, womit sie sich allerdings in Einklang mit einigen Varianten der herkömmlichen Bundesstaatslehre findet, die ebenfalls den Gliedstaaten Souveränität absprechen, ohne damit jedoch deren Staatlichkeit selbst in Abrede zu stellen (GEORG JELLINEK, FELIX ERMACORA²¹). Es ist also primär die Leugnung des Staatscharakters der Glieder eines Bundesstaates, die die KELSENsche Theorie von den herkömmlichen Auffassungen abhebt und die, isoliert gesehen, eine provokant antiföderalistische These zu sein scheint.

Dabei darf jedoch nicht der radikale Sinnwandel außer acht gelassen werden, den alle überkommenen Termini einschließlich des Staatsbegriffes selbst in der Allgemeinen Staatslehre KELSENS erfahren haben. In der KELSENschen Kritik an der herkömmlichen Bundesstaatslehre verflüchtigt sich nicht nur der spezifische Staatscharakter (im Sinne herkömmlichen Staatsverständnisses) der Gliedstaaten, sondern auch der des Oberstaates. Den Begriff „Staat“ behält KELSEN der Gesamtrechtsordnung vor, in der Zentralstaat und Gliedstaaten eine absolut gleichwertige Position als „Teilrechtsordnungen“ einnehmen. Dabei deckt sich aber dieser Terminus selbst nicht mit dem üblichen fachlichen wie außerwissenschaftlichen Sprachgebrauch. „Staat“ bedeutet nach KELSEN gemäß seiner Identifikation von Staat und Recht, dem Grundaxiom seiner Staatslehre, nicht ein reales „politisches“ Gemeinwesen, sondern ist lediglich eine Bezeichnung für einen bestimmten, relativ selbständigen Normenkomplex, eine Stufe im Stufenbau der Gesamtrechtsordnung.

Die Frage nach der „Selbständigkeit“ dieses Normenkomplexes ist identisch mit dem Problem der Souveränität. Auch diese ist für KELSEN systemimmanent keine sozio-politische Kategorie, sondern eine Eigenschaft von Rechtsnormen, nämlich jenes Rechtskomplexes, der im Stufenbau des

20) Siehe M. BULLINGER, Die Zuständigkeit der Länder zur Gesetzgebung, DÖV 1970, S. 761 ff: Element der Staatlichkeit der Länder als wesentlicher Unterschied gegenüber der Selbstverwaltung der Gemeinden. — Das setzt allerdings voraus, daß die Länder Kompetenzen zu Entscheidungen besitzen, „die als richtungweisend für das Zusammenleben in der staatlichen Gemeinschaft empfunden werden und deshalb einen tiefgreifenden Prozeß demokratischer Meinungs- und Willensbildung auszulösen vermögen, im Landesparlament, in der Tagespresse, in Versammlungen...“. Genau das ist allerdings in Österreich nicht (mehr?) der Fall; siehe dazu unten Anm. 54.

21) Siehe dazu F. KOJA, Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, in: Welan-Koja-Gröll-Smekal, Theorie und Praxis des Bundesstaates. Föderative Ordnung, Band III, 1974, S. 61 ff.

gesamten Rechts den höchsten, nicht weiter ableitbaren Rang einnimmt²²⁾. Souveränität ist oberstes, unabgeleitetes Gelten. Souverän in diesem Sinn ist ein Staat, genauer: die staatliche Rechtsordnung nur dann, wenn man ihr einen rechtlichen — nicht politischen! — Primat vor dem Völkerrecht einräumt, das Völkerrecht also als Bestandteil der staatlichen Rechtsordnung, als „äußeres Staatsrecht“ auffaßt, dessen Geltung ausschließlich von der Anerkennung und dem „Willen“ des einzelnen Staates abhängt. Bekanntlich hat KELSEN diese Konstruktion des Verhältnisses von Völkerrecht und staatlichem Recht für nicht widerlegbar und demnach wissenschaftlich jener Konstruktion gleichwertig erachtet, die eine objektive Geltung des Völkerrechts anerkennt. Nach dieser zweiten Konstruktion, die KELSEN lediglich aus „politischen Erwägungen“ vorziehen zu dürfen meinte, ist es aber ausschließlich das Völkerrecht selbst, das souverän ist (Primat des Völkerrechts). (Dazu gilt freilich die Feststellung MERKLS: „Kelsens Souveränitätslehre hat mit den bisherigen Theorien den Terminus, aber nicht den Begriff gemeinsam“.²³⁾)

M.E. ist beim heute erreichten Stand des Völkerrechts systemimmanent, d.h. auf dem Boden der methodischen Prämissen KELSENS — deren Problematik hier vorläufig ausgeklammert sei²⁴⁾ —, nur mehr diese zweite Konstruktion des Verhältnisses von Völkerrecht und staatlichem Recht vertretbar. Souveränität im KELSENSchen Sinn ist demnach überhaupt kein staatliches Attribut mehr. Unter diesem Gesichtspunkt besteht daher auch kein qualitativer Unterschied zwischen einem Einheitsstaat bzw. dem Staat überhaupt und etwa einer Gemeinde. („Der Verzicht auf die Souveränität als wesentliches Merkmal des Staates bedeutet, daß dieser nicht als eine absolut höchste, sondern nur als eine relativ hohe Stufe der Rechtsordnung angesehen wird. Daß daher zwischen den als ‚Staat‘ angesprochenen Verbänden und anderen nicht eine wesentlich qualitative, sondern nur eine quantitative Differenz bestehen und daher gar nicht mehr gefragt werden kann, wodurch der Staat sich von einer Gemeinde wesentlich unterscheidet.“²⁵⁾) Gemeinde, Kreis, Provinz, Region, Gliedstaat, Gesamtstaat, supranationale und internationale (völkerrechtliche) Staatenverbindung und letztlich die Staatengemeinschaft in ihrer Gesamtheit sind in dieser Sicht Glieder einer kontinuierlichen Reihe, die an keiner Stelle, weder vor noch nach dem

22) H. KELSEN, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl., 1928; ders. Artikel „Souveränität“, in: Strupp-Schlochauer, Wörterbuch des Völkerrechts, 2. Aufl., Band III, S. 278 ff.

23) A. MERKL, Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie, in: Die Wiener rechtstheoretische Schule, 1968, Band 2, S. 1245.

24) Siehe dazu unten II.

25) H. KELSEN, Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 117; vgl. auch ders., a.a.O. (Anm. 22), S. 288.

„Staat“ und daher auch nicht zwischen Gliedstaat und Gesamtstaat, eine scharfe Zäsur aufweist. Allenfalls ließe sich sagen — Kelsen tut aber, wie schon gezeigt, nicht einmal das —, daß der „Gliedstaat“ dem „Oberstaat“ (Bund) in dieser Reihe nach- oder, wenn man diese Reihe als Stufenpyramide darstellt, untergeordnet ist. Welchem Glied oder welcher Stufe dieser Reihe oder Pyramide aber die Qualifikation „Staat“ zuerkannt wird, ist keine Aussage über irgendeine „Wesenheit“, sondern eine reine Frage der Terminologie. Das ist Kelsen selbstverständlich nicht entgangen: „Erweist sich somit, daß alle hier behandelten Rechtsgemeinschaften: Gemeinde, Kommunalverband (Selbstverwaltungskörper), Land, Gliedstaat im Bundesstaat, Einzelstaat, Staatenbund und Völkerrechtsgemeinschaft sich nur oder doch in erster Linie durch den Grad der Dezentralisation unterscheiden, die das Gesetz der Reihe darstellt, in der eine Form kontinuierlich in die andere übergeht, dann ist es nur mehr eine terminologische Konvention, welches Glied oder welche Glieder dieser Reihe man als „Staat“ bezeichnen will. Worauf es wissenschaftlich allein ankommt, ist die Einsicht, daß die zu begreifenden Rechtsgebilde nicht durch qualitative Differenzen voneinander getrennt sind...“.²⁶⁾ Nichts stünde daher im Rahmen einer Reinen Rechtslehre begrifflich entgegen, sowohl den Oberstaat als auch die Gliedstaaten eines Bundesstaates als „Staaten“ zu definieren, den Bundesstaat also mit der traditionellen Lehre als Staatenstaat zu begreifen. Souverän ist dabei weder der Oberstaat noch die Gliedstaaten noch der Staat überhaupt. (Unter der Annahme des Primats des Staatsrechts ändert sich die Problemlage nicht wesentlich, sondern nur insofern, als hier die — das Völkerrecht delegierende — Staatsverfassung den obersten Rang einnimmt und insofern souverän ist; das wäre aber im Bundesstaat nicht die Verfassung des Bundes als „Oberstaat“, sondern die diese gleichfalls delegierende „Gesamtverfassung“. Auch nach diesem Bezugspunkt mangelt also die Souveränität nicht nur den Gliedstaaten, sondern auch dem Bund selbst.) Man darf die Aussagen der Reinen Rechtslehre nicht von diesem Hintergrund einer Staatslehre ohne staatliche Souveränität isolieren — sonst mißverstehen man sie freilich gründlich, was ihr allerdings oft genug widerfahren ist und den Ruf einer bundesstaatsfeindlichen Theorie eingetragen hat.

Dazu ist freilich zu bemerken, daß dieses Mißverständnis durch manche Formulierung der Wiener Schule geradezu provoziert wurde — so etwa, wenn gelegentlich der Bundesstaat nicht exakt als „Sonderform des dezentralisierten Staates“, sondern als „Sonderform des dezentralisierten

26) Kelsen, a.a.O. (Anm. 25), S. 194 f.

Einheitsstaates“²⁷⁾ bezeichnet wird. Denn jeder Staat ist nach dieser Theorie ein „Einheitsstaat“, womit lediglich gesagt sein soll, daß der Staat nur als eine rechtliche Einheit gedacht werden kann, die ihrerseits wieder aufgeht in der Einheit von staatlichem Recht und Völkerrecht (mit Wahlmöglichkeit zwischen dem Primat, d.h. dem obersten Rang = Souveränität des einen oder des anderen). Der Terminus „Einheitsstaat“ steht, so definiert, in keiner Beziehung zur Problematik des Bundesstaates, er ist unter diesem Aspekt ohne Aussagewert. Die Stelle der Unterscheidung zwischen Einheitsstaat und Bundesstaat nehmen hier „organisationstechnische“ Differenzierungen des je nur als Einheitsstaat denkbaren Staates ein.²⁸⁾ Damit enthält aber auch die These vom Bundesstaat als „Sonderform des dezentralisierten Einheitsstaates“ über die banale Feststellung, daß der Bundesstaat in besonderer Weise dezentralisiert sei, hinaus keinen Gehalt — sie besagt im speziellen nichts über die spezifische Qualität dieser Dezentralisation, die im Mittelpunkt der traditionellen Bundesstaatslehren steht. Die Vehemenz, mit der diese These vorgetragen wird, muß aber zwangsläufig jene provozieren, die — wenn auch unter ganz anderen erkenntnis- und rechtstheoretischen Prämissen — zwischen Einheitsstaat und Bundesstaat qualitativ differenzieren. Auf der gleichen Linie liegt die ständig betonte Disqualifikation der Länder (Gliedstaaten) als Nicht-Staaten, obwohl es sich dabei im Rahmen der Reinen Rechtslehre systemimmanent nur um eine Nominaldefinition handeln kann. Hier scheint in der Tateingewisser, wohlauf die spezifische politische Situation Österreichs der Zwischenkriegszeit bezogener antiföderalistischer Affekt durchzubrechen, der hier nicht zu bewerten, sondern lediglich methodologisch als Aussage aufzudecken ist, die eine „reine“ Rechtslehre transzendiert. Zum Beleg dieser Hypothese sei hier daran erinnert, daß MERKL die Zentralisierungstendenzen der Bundes-Verfassungsnovelle 1929 ausdrücklich als fortschrittlich begrüßt hat.²⁹⁾

3.2.2. KELSEN hat, wie schon erwähnt, seine sich methodisch als „Allgemeine Staatslehre“ verstehende Bundesstaatstheorie in scheinbar völliger Beziehungslosigkeit zur rechtlichen Realität des österreichischen Bundesstaates entwickelt — für diese Beziehungslosigkeit steht bei KELSEN „Trennung von Sein und Sollen“, ein Punkt, auf den noch zurückzukommen ist. Gerade aus dieser Beziehungslosigkeit zur konkreten Verfassungs-

27) So etwa A. MERKL, Zur deutsch-österreichischen Bundesverfassung, Zeitschrift für Verwaltung 1921, S. 28 (30).

28) KELSEN, a.a.O. (Anm. 8), S. 176: Bundesstaat als „ein organisationstechnisch besonderer Fall des nur als Einheitsstaat denkbaren Staates“; den Gegensatz bildet der „bureaukratisch zentralistisch regierte Einheitsstaat“. (KELSEN, a.a.O., Anm. 5, S. 99).

29) Ähnliche Tendenzen bei A. MERKL, Demokratie und Reform der Verwaltung, in: Zeitschrift für Verwaltung 1922, S. 101 f.

ordnung resultiert jedoch die schon angesprochene Ambivalenz dieser Theorie. Es braucht nämlich, bezogen auf eine reale Verfassung, nur ein Element der höchst prekär ausbalancierten Dreigliedrigkeit in seiner Gewichtigkeit verschoben – über- oder unterbetont – zu werden, und schon kippt die extrem föderalistische in eine extrem zentralistische Konstruktion um – ein Geschick, das der Bundesstaatstheorie KELSENS in ihrer Rezeption durch die österreichische Verfassungsdogmatik in der Tat widerfahren ist.

Den kritischen Punkt bildet dabei die Differenzierung von Gesamtverfassung und Verfassung des Zentralstaates („Bundes“-Verfassung im engeren Sinn). Nach FRIEDRICH KOJA, dessen Studie über den „Bundesstaat als Rechtsbegriff“³⁰⁾ als vorerst letztgültige Formulierung der Reinen Rechtslehre zum Thema „Bundesstaat“ angesehen werden kann, die den Anstoß zu den hier vorgetragenen Überlegungen bildete³¹⁾, hat diese Differenzierung für Österreich „keine normative Bedeutung“. Sie findet hier „keine Bestätigung in der Rechtswirklichkeit“, weil es dasselbe Organ ist, das „in demselben Verfahren zur Fortbildung sowohl der Gesamtverfassung als auch der Bundesverfassung als auch der Grundzüge der Gliederverfassungen berufen ist“.³²⁾ Das ist nun allerdings keine Besonderheit des österreichischen Bundesstaates. Die formale Identität von Gesamtverfassung und Bundesverfassung im engeren Sinn (die zudem meist auch Aussagen über die Gliederverfassungen enthält, wenn auch typischerweise nicht gerade in jener Detailliertheit wie das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz von 1920/1929³³⁾ –, doch kommt es auf diese Eigenheit hier nicht an) ist vielmehr das regelmäßige Phänomen³⁴⁾ und wurde in den herkömmlichen Bundesstaatslehren (die dabei aus KELSENScher Sicht an der Oberfläche der Erscheinungen haften bleiben) eben als Zweiheit von Oberstaat (Bund) und Gliedstaaten (Länder, Kantone, states, Republiken etc) mit Präponderanz des Oberstaates gedeutet. Der spezifische Gehalt der Theorie KELSENS besteht eben in der inhaltlichen Aufspaltung dieser formalen Identität, die sich damit in seiner Sicht als lediglich geschichtlich bedingt, vom Standpunkt einer „reinen“ Rechtstheorie aus als unwesentlich, historisch zufällig erweist und vom positiven Verfassungsgesetzgeber – geläutert durch eine vertiefte Einsicht in die „rechtswesentliche“ Struktur – auch jederzeit aufgelöst werden könnte.

30) a.a.O. (Anm. 21).

31) Vgl. dazu meinen Besprechungsaufsatz: Bundesstaat und Reine Rechtslehre, in: ZfRV 1975, S. 1 ff; dort auch weitere Belege zu den folgenden Ausführungen.

32) KOJA, a.a.O. (Anm. 21), S. 123.

33) Art. 95 ff B-VG.

34) Davon geht Kelsen, a.a.O. (Anm. 18), S. 131 f, auch ausdrücklich aus.

Im übrigen enthält gerade die österreichische Bundesverfassung einige formale Differenzierungen, die durchaus eine Interpretation im Sinne der KELSENschen Drei-Kreise-Theorie zulassen, auch wenn ein geschichtlicher Zusammenhang wohl kaum besteht. (KELSEN hat die endgültige Fassung seiner Bundesstaatslehre erst einige Jahre nach seiner Mitwirkung an der Redaktion der Bundesverfassung entwickelt; der Verfassungsausschuß der konstituierenden Nationalversammlung blieb an der „klassischen“ Bundesstaatstheorie [Bundesstaat als Staatenstaat] orientiert³⁵).

3.2.2.1. Zu nennen sind hier primär, weil direkt auf den bundesstaatlichen Aufbau bezogen, Art. 3 Abs. 2 B-VG sowie die korrespondierenden Bestimmungen der Verfassungen der Länder³⁶), die für Änderungen der Grenzen der Länder übereinstimmende Verfassungsgesetze des Bundes und des betroffenen Landes fordern. Das bedeutet nicht nur, daß nach geltendem Verfassungsrecht Ländergrenzen ohne Mitwirkung eines betroffenen Landes rechtmäßigerweise nicht geändert werden können. Will man in dieser Bestimmung nicht eine normativ gehaltlose Deklaration sehen (die in der bisherigen Praxis lediglich aus Konzilianz des Bundes gegenüber den Ländern regelmäßig beachtet wurde), so muß auch angenommen werden, daß Art. 3 Abs. 2 selbst nicht einseitig durch Bundesverfassungsgesetz ohne Mitwirkung der Länder aufgehoben oder abgeändert werden kann. (Eine einseitige bundesverfassungsgesetzliche Änderung von Landesgrenzen ohne formelle Aufhebung des Art. 3 Abs. 2 B-VG wäre dem im übrigen rechtlich gleichwertig, nämlich eine materielle statt einer auch formellen Derogation.) Ein dem widersprechender Akt wäre als verfassungswidriges Bundesverfassungsgesetz zu qualifizieren. Das heißt aber, daß hier eine verfassungsrechtliche Regelung vorliegt, die sich formal (verfahrensrechtlich) von „normalem“ Bundesverfassungsrecht unterscheidet und überdies einen höheren Rang als dieses Bundesverfassungsrecht im engeren Sinn besitzt, so daß sich ihre Qualifikation als „Gesamtverfassungsrecht“ im Sinne der KELSENschen Dreikreise-Theorie geradezu aufdrängt.

Das Territorium der österreichischen Gliedstaaten (Länder) wird dadurch in einer Weise garantiert, welche nur von der Bedeutung her verständlich ist, die diesem für das Phänomen „Staat“ in der Neuzeit³⁷) überhaupt zukommt und auch heute noch in den zwischenstaatlichen Beziehungen auf internationaler Ebene deutlich sichtbar (wenn auch vielleicht politisch

35) H.P. RILL, Gliedstaatsverträge, 1972, S. 65.

36) Art. 2 der Burgenländischen, Niederösterreichischen, Oberösterreichischen, Salzburger, Steiermärkischen, Tiroler, Vorarlberger Landesverfassung, Art. 3 Kärntner Landesverfassung.

37) Vgl. dazu H. KRÜGER, Allgemeine Staatslehre, 1964.

fragwürdig geworden) ist. Das bedeutet eine verfassungsrechtliche Deklaration der „Staatlichkeit“ der Länder – im Sinn der herkömmlichen, nicht der KELSENschen Begrifflichkeit –, deren Relevanz für eine konkrete verfassungsrechtliche Bundesstaatslehre noch nicht annähernd erkannt wurde³⁸⁾.

3.2.2.2. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang ferner auf die Institutionen der finanziellen und rechtlichen Kontrolle der Ausübung der Bundes- wie der Landes(gesetzgebungs- und -vollziehungs)kompetenzen. Vor allem die Konstruktion der Verfassungsgerichtsbarkeit ist, wenn auch gegenüber dem Konzept von 1920 abgeschwächt³⁹⁾, immer noch von einer deutlichen Parität von Bund und Ländern getragen. Seine Kompetenzen (insbes. Art. 138 bis 140a B-VG) machen ihn zum „Garanten der bundesstaatlichen Ordnung“.⁴⁰⁾ KELSEN hat denn auch noch vor der endgültigen Formulierung seiner Dreikreise-Theorie den VfGH, wie auch den VwGH⁴¹⁾, als „gemeinsame Organe des Bundes und der Länder“ betrachtet⁴²⁾ und damit jene Theorie in ihrem wesentlichen Kern bereits vorweggenommen. Als ein solches „gemeinsames Organ“ kann auch der Rechnungshof qualifiziert

38) Ein Ansatz findet sich bei PERNTHALER, a.a.O. (Anm. 1).

39) Nach der ursprünglichen Fassung des B-VG von 1920 (Art. 147) wurden der Präsident und Vizepräsident sowie die Hälfte der Mitglieder und Ersatzmitglieder des Verfassungsgerichtshofes vom Nationalrat, die andere Hälfte vom Bundesrat (als Vertretung der Länder) gewählt. Nach der B-VG-Novelle 1929 besitzt der Bundesrat nur mehr das Recht eines Dreivorschlages für drei Mitglieder und ein Ersatzmitglied. Darüber hinaus wird bestimmt, daß drei Mitglieder und zwei Ersatzmitglieder ihren ständigen Wohnsitz außerhalb der Bundeshauptstadt haben müssen.

40) KLECATSKY, a.a.O. (Anm. 2), S. 16; vgl. auch F. ERMACORA, Der Verfassungsgerichtshof, 1956, S. 221.

41) Nach der ursprünglichen Fassung des B-VG wurden die Mitglieder des VwGH vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung ernannt, wobei die Ernennung des Präsidenten und der einen Hälfte der Mitglieder der Zustimmung des Hauptausschusses des Nationalrates, die Ernennung des Vizepräsidenten und der anderen Hälfte der Mitglieder der Zustimmung des Bundesrates bedurfte. Darüber hinaus sollte einem Senat, der über eine Entscheidung oder Verfügung einer Verwaltungsbehörde eines Landes zu erkennen hatte, in der Regel ein Richter angehören, der aus dem Justiz- oder Verwaltungsdienst dieses Landes hervorgegangen war. Ein Rest dieser föderalistischen Organisation der Verwaltungsgerichtsbarkeit ist in der Bestimmung des Art. 134 Abs. 3 B-VG enthalten, wonach wenigstens der vierte Teil der Mitglieder des Gerichtshofes „aus Berufsstellungen in den Ländern, womöglich aus dem Verwaltungsdienst der Länder, entnommen werden“ soll.

42) KELSEN, a.a.O. (Anm. 8), S. 185; vgl. ferner bereits den Bericht des Verfassungsausschusses der Konstituierenden Nationalversammlung, 991 Beil. Sten. Prot. der Konstituierenden Nationalversammlung der Republik Österreich: „Verfassungs- und Verwaltungsgerichtshof sind gewissermaßen als Klammern gedacht, welche die dualistische Konstruktion von Bund und Ländern zu einer höheren Einheit zusammenfügen.“

werden, und zwar sowohl auf Grund seiner Kompetenzen (Art. 126b und 127 B-VG) als auch kraft seiner Organstellung, einerseits als „Organ des Nationalrates in Angelegenheiten der Bundesgebarung“, andererseits als „Organ des betreffenden Landtages“ in Angelegenheiten der Länder- und Gemeindegebarungen (Art. 122 Abs. 1 B-VG). Ebenso weist vom Bestellungsvorgang (Wahl durch das Gesamtvolk) wie von den Kompetenzen her der Bundespräsident Merkmale eines gemeinsamen Organs von Bund und Ländern, eines Organs der Gesamtverfassung also, auf.

Speziell in der Verfassungsgerichtsbarkeit hat KELSEN jene Institution gesehen, in der sich die Idee des Bundesstaates überhaupt erst vollendet⁴³⁾. Denn die Kontrolle der Gesetzgebung des Bundes und der Länder auf ihre Verfassungsmäßigkeit impliziert auch die Kontrolle ihrer – gesamtverfassungsrechtlich normierten – Kompetenzgemäßheit. Damit ersetzt die Verfassungsgerichtsbarkeit die Regel „Bundesrecht bricht Landesrecht“ und stellt jene rechtliche Parität zwischen den Teilrechtsordnungen des Bundes und der Gliedstaaten her, die eben „das tiefste Wesen des Bundesstaates“⁴⁴⁾ ausmacht: „Soll die Idee des Bundesstaates gewahrt bleiben, die in der Gesamtverfassung ihren Ausdruck gefunden hat, dann darf Reichsrecht ebensowenig Landesrecht brechen, wie Landesrecht Reichsrecht, sondern dann ist das eine wie das andere, dann sind beide in ihrem gegenseitigen Verhältnis in gleicher Weise nach der Gesamtverfassung zu beurteilen, die ihre Geltungsbereiche gegeneinander abgrenzt. Ein Rechtsakt des Bundes, der die ihm von der Gesamtverfassung vorgezeichnete Grenze überschreitend, in den verfassungsmäßig gewährleisteten Bereich der Gliedstaaten eindringt, hat ebensowenig juristische Existenzberechtigung, wie der Rechtsakt eines Gliedstaates, der die Bundeskompetenz verletzt. Dieser Grundsatz allein entspricht dem Wesen des Bundesstaates...“⁴⁵⁾

3.2.2.3. Von entscheidender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang aber Art. 44 Abs. 2 B-VG, der für eine „Gesamtänderung der Bundesverfassung“ ein besonderes Verfahren, nämlich eine obligatorische Volksabstimmung über den Beschluß des Nationalrates, vorsieht. Die österreichische Verfassungslehre hat zu dieser Bestimmung ein etwas unsicheres Verhältnis. Einig ist man sich heute darüber, daß eine Gesamtänderung der Bundesverfassung dann vorliegt, wenn ein „leitendes Prinzip“ der Bundesverfassung in entscheidender Weise verändert wird. Die Schwierigkeiten beginnen bei der Bestimmung der leitenden Prinzipien und setzen sich fort in der Frage

43) H. KELSEN, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: Die Wiener rechtstheoretische Schule, Band 2, S. 1865 ff.

44) KELSEN, a.a.O. (Anm. 18), S. 166.

45) KELSEN, a.a.O. (Anm. 43), S. 1867.

des Maßes ihrer Veränderung, dessen Überschreitung eine „Gesamtänderung“ bewirkt. Während die Lehre in wachsendem Maße solche Gesamtänderungen diagnostiziert und immer neue leitende Prinzipien der Verfassung zu entdecken meint – eine Entwicklung, der ein gewisser inflatorischer Zug nicht mehr ganz abgesprochen werden kann –, hat sich die Praxis davon kaum beeindrucken lassen und bislang noch kein einziges Mal eine solche Gesamtänderung anerkannt. Das hat methodische Gründe. Das herrschende österreichische Verfassungsverständnis, insbesondere jenes des VfGH, ist – das bedarf hier keiner weiteren Belege – von einem betont formalen Verfassungsverständnis geprägt.⁴⁶⁾ Andererseits ist heute allgemein anerkannt, daß sich diese Gesamtänderung der Bundesverfassung nur nach materialen, werthaftern Kriterien bestimmen läßt. Es ist aber noch nicht gelungen, diesen Ansatz eines materialen Verfassungsverständnisses in den Gesamtbau der österreichischen Verfassungsdogmatik zu integrieren, trotz gewichtiger Vorarbeiten der Lehre, wie sie gerade an der Innsbrucker Fakultät geleistet wurden⁴⁷⁾. Dadurch erklärt sich die Zwiespältigkeit, um nicht zu sagen Hilflosigkeit von herrschender Lehre und Verfassungsjudikatur vor dem Phänomen des Art. 44 Abs. 2 B-VG.

Auf diesem Hintergrund überrascht es, daß meines Wissens bislang noch nie der Versuch unternommen wurde, Art. 44 Abs. 2 B-VG im Lichte der Bundesstaatstheorie KELSSENS zu interpretieren,⁴⁸⁾ obwohl sich die Parallelen geradezu aufdrängen – bis hinein in die Terminologie: hier: „Gesamtänderung der (Bundes-)Verfassung“, dort: „Gesamtverfassung“. Setzt man diese beiden Begriffe in Beziehung, so würde dies bedeuten, daß jede Änderung der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern – das ist der begriffliche Kern der Gesamtverfassung – eine Gesamtänderung der Bundesverfassung wäre. Der Begriff der Gesamtänderung erhielte damit feste, formalisierbare Konturen, die ihn im herrschenden formalen Verfassungsverständnis zweifellos praktikabler als die bisherigen materialen Deutungsversuche machen würden. Die Parallelen erschöpfen sich darin aber noch nicht. Die Auffassung, daß jede Kompetenzverschiebung zwischen Bund und Ländern, zumindest von den Ländern zum Bund, gemäß dem

46) Siehe stellvertretend für alle L. ADAMOVICH (langjähriger Präsident des VfGH sowie der führende Staatsrechtslehrer seiner Zeit), Probleme der Verfassungsgerichtsbarkeit, JBl 1950, S. 74: „Das Verfassungsrecht ist aber nun einmal ein streng formales Recht. Der Verfassungsgerichtshof ist demgemäß verpflichtet, seine Erkenntnisse auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechtes und nur auf dieser Grundlage zu fällen. Der für ihn geltende Maßstab sind ausschließlich die Verfassungsgesetze und keinerlei, aus welchen Quellen immer, gewonnene rechtliche Erwägungen anderer Art.“

47) Siehe insbesondere N. WIMMER, Materiales Verfassungsverständnis, 1971; ferner P. PERNTHALER in zahlreichen Arbeiten.

48) Im Ansatz allerdings PERNTHALER, a.a.O. (Anm. 1), S. 373.

Art. 44 Abs. 2 B-VG einer Volksabstimmung zu unterziehen wäre, ist bekanntlich im Schrifttum mehr als einmal tatsächlich vertreten worden, wenn auch mit einer anderen Begründung, nämlich damit, daß die Fülle der regelmäßig zum Nachteil der Länder erfolgenden Kompetenzverschiebungen in ihrer Gesamtheit eine „schleichende“ Gesamtänderung bewirkt.⁴⁹⁾ Die Schwachstelle dieser Argumentation ist der Punkt, an dem die Summe der — isoliert als „einfache“ Verfassungsänderung ohne Volksabstimmung tolerierten — Kompetenzverschiebungen in eine Gesamtänderung umkippt. Er läßt sich exakt nicht definieren. Und da für den VfGH Prüfungsgegenstand in der Regel jeweils nur eine einzelne Kompetenzregelung sein kann, mußte diese Theorie zwangsläufig impraktikabel bleiben. Anders im Licht der KELSENSchen Bundesstaatstheorie: Hier erweist sich eine die „einfache“ Verfassungsgesetzgebung übersteigende, erschwerte Abänderbarkeit der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern als Ausdruck der Differenz von Gesamtverfassung und Bundesverfassung im engeren Sinn und des höheren Ranges jener vor dieser geradezu als der immanente Sinn einer einen Bundesstaat konstituierenden Verfassung.

4. Trotz dieser frappanten Parallelen zwischen der KELSENSchen Bundesstaatstheorie und der positiven österreichischen Bundes-Verfassung muß ein nüchternes Denken akzeptieren, daß die aus ihrer Verknüpfung resultierende Konsequenz, daß jede Änderung der Kompetenzbestimmungen (Art. 10 bis 15 B-VG) als Änderung der „Gesamtverfassung“ einer Volksabstimmung zu unterziehen wäre, keine Chance hätte, in der österreichischen Verfassungswirklichkeit akzeptiert zu werden. Denn Kompetenzänderungen, fast immer zu Lasten der Länder — auch die Bundesverfassungsnovelle 1974 hat keinen ernstzunehmenden Ausgleich gebracht —, sind hier so häufig, daß es geradezu weltfremd erschiene, sie jeweils als Gesamtänderung der Verfassung zu verstehen. Insofern ist die Diagnose KOJAS durchaus treffend, daß die Bundesstaatstheorie Kelsens keine Bestätigung in der österreichischen Verfassungsrealität findet⁵⁰⁾. Die von KOJA nicht mehr ausgesprochene Konsequenz ist freilich, daß Österreich im Lichte dieser Theorie kein Bundesstaat ist. Die Aussage des Art. 2 B-VG: „Österreich ist ein Bundesstaat“, erweist sich demnach auf dem Boden der Reinen Rechtslehre

49) Vgl. ERMACORA, a.a.O. (Anm. 40), S. 148; L. ADAMOVICH, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 6. Aufl., 1971, S. 92; R. WALTER, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 1972, S. 108; E. HELLBLING, Die Änderung der österreichischen Bundesverfassung im Licht des Verfassungsbruches, in: Bundesstaat auf der Waage. Föderative Ordnung, Band I, 1969, S. 33 ff.

50) KOJA, a.a.O. (Anm 32).

als „falsch“ und müßte also uminterpretiert werden⁵¹⁾. Auch daran zeigt sich wieder das ambivalente Verhältnis der Reinen Rechtslehre zum Bundesstaat: das Maß der Bundesstaatlichkeit wird theoretisch sehr hoch geschraubt; weil ihr die Realität einer konkreten Verfassung nicht entspricht und gar nicht entsprechen kann und will, wird der konkrete Anspruch dieser Verfassung auf Bundesstaatlichkeit schlicht hinweginterpretiert. Der extreme Föderalismus der Theorie ist damit in den extremen Zentralismus der Praxis umgekippt.

Aber auch wenn man von einem theoretisch weniger anspruchsvollen Bundesstaatsbegriff ausgeht und im Sinne der traditionellen Lehren keine absolute, sondern nur eine annähernde Parität von Bund und Ländern genügen läßt, wirft die Tatsache, daß gerade die Kompetenzbestimmungen der Bundesverfassung jenen Teil des Verfassungsrechtes bilden, der in der Praxis am häufigsten und raschesten geändert wird, das Faktum, daß die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung offensichtlich ihre Ordnungsfunktion verloren hat und zum „politischen Fallrecht“⁵²⁾ geworden ist, ein bezeichnendes Licht auf die Lage, in der sich der Föderalismus in Österreich seit längerem befindet. Die KELSENSche Einsicht in das „Wesen des Bundesstaates“ ist hier geradezu auf den Kopf gestellt. Die Konfrontation der Verfassungsrealität mit der Bundesstaatslehre KELSENS deckt somit – und in dieser ideologiekritischen Funktion scheint mir ihr eigentlicher Erkenntniswert zu bestehen – die Schwäche des österreichischen Bundesstaates schonungslos auf.

Genau genommen gilt das freilich nur für ein Institut des staatsrechtlichen Föderalismus, nämlich für die Kompetenzverteilung zwischen dem Bund und den Ländern. Die Staatsrechtslehre sieht darin freilich zusammen mit der Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung des Bundes – in Österreich

51) Vgl. zur Frage der Relation zwischen einem „theoretisch richtigen“ und einem positivrechtlichen Bundesstaatsbegriff die Auseinandersetzung zwischen KOJA, a.a.O. (Anm. 21), S. 21, PERNTHALER, a.a.O. (Anm. 1) S. 375 und RILL, a.a.O. (Anm. 35), S. 68 f. Die von KOJA und RILL vertretene Differenzierung zwischen einem „theoretischen“ Bundesstaatsbegriff und dem Bundesstaat als Leitidee des positiven Verfassungsrechts wirft allerdings die Frage nach dem „Gegenstand“ einer solchen „Theorie“ auf; wie kann eine Rechtswissenschaft, die sich selbst als positivistisch versteht, Rechtsbegriffe losgelöst vom positiven Recht konstruieren und die damit nicht übereinstimmenden Begriffe des positiven Rechts als „falsch“ deklarieren? Vgl. dazu auch ÖHLINGER, a.a.O. (Anm. 31); SCHILD, a.a.O. (Anm. 63), S. 190.

52) M. WELAN, Grundsatzgesetzgebung und Ausführungsgesetzgebung, in: Theorie und Praxis des Bundesstaates. Förderative Ordnung, Band III, 1974, S. 7, 22. Am deutlichsten kommt dies in den befristeten Kompetenzbestimmungen außerhalb des B-VG, vor allem in den Wirtschaftsgesetzen, zum Ausdruck; vgl. dazu K. WENGER, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und seine Stellung zur Wirtschaft, Verhandlungen des 5. Österreichischen Juristentages, Wien 1973, Band II/3, S. 51 f.

ausgeübt durch den Bundesrat — die essentiellen Kriterien eines Bundesstaates⁵³). Und dieses zweite essentielle Kriterium eines Bundesstaates im staatsrechtlichen Sinn, der Bundesrat, ist in Österreich ebenfalls völlig denaturiert und verkümmert und zwar, wie ich glaube, in irreparabler Weise: er ist nicht nur bedeutungslos, sondern vor allem kein Instrument der Länder, sondern eines der politischen Parteien, der daher stets nur dann zum Leben erwacht, wenn hier eine andere politische Partei die Mehrheit besitzt als im Nationalrat. Das Versagen des Bundesrates kann daher nicht mit seinen bescheidenen Kompetenzen (bloßes Einspruchsrecht und kein Vetorecht) begründet werden, hat er doch diese Kompetenzen praktisch nie im Dienste der Länder, sondern wenn überhaupt, so nur im Interesse der zentralen politischen Parteien auszuüben versucht. Die aus diesen beiden Elementen (Kompetenzverteilung und Bundesrat) aufgebaute Bundesstaatlichkeit hat offensichtlich keine Kraft mehr, das politische Leben effektiv zu gestalten. Der sofortige Ruf nach bundeseinheitlicher Regelung einer den Ländern verbliebenen Materie, sobald diese im Bewußtsein der Öffentlichkeit einiges Gewicht gewinnt — der Bereich des Umweltschutzes liefert dafür in jüngster Zeit zahlreiche Belege — dokumentiert das überdeutlich. Schwerer wiegt aber noch, daß von den Ländern, oder genauer: von den Landtagen, in der Tat wenig entscheidende Impulse, wenige wirklich originelle und selbständige Gesetzesinitiativen ausgehen, die die Bedeutung dieser Institution im Bewußtsein einer breiten Öffentlichkeit verankern könnten. Der Aphorismus des Bundeskanzlers — der im Wahlkampf 1975 einige Aufregung in den Ländern auslöste —, daß die Praxis der Landtage „versteinert“ sei, ja daß es „überhaupt keine echte Landespolitik mehr gibt“⁵⁴), trifft diese Situation exakt. Natürlich gibt es auch jene Ausnahmen, die diese Regel bestätigen. Zahlreicher sind jedoch die Gegenbeispiele. Unter diesen politischen Bedingungen (um es einfach auszudrücken) mußte daher die Forderung, jede Kompetenzänderung zugunsten des Bundes an eine Volksabstimmung zu knüpfen, unverständlich bleiben. Es dürften diese politischen Faktoren gewesen sein, die die sich in einer rein juristischen Betrachtung geradezu aufdrängende Verknüpfung des Art. 44 Abs. 2 B-VG mit der Bundesstaatslehre KELSENS bisher gar nicht ins Bewußtsein treten ließen.

Dabei sollte freilich nicht übersehen werden, daß abseits der zerfallenen staatsrechtlichen Institutionen ein sehr lebendiger und wirksamer Föderalismus in Österreich existiert. Immer wieder sind von den Ländern wichtige

53) Siehe etwa KELSEN-FROEHLICH-MERKL, a.a.O. (Anm. 4), S. 67; ADAMO-VIGH, a.a.O. (Anm. 49), S. 85 f; VfGH Slg. 2455/1952.

54) B. KREISKY, Interview in: Die Zukunft 17 / 1975, S. 2; siehe dazu auch meine Stellungnahme in: Die Presse, 20. Sept. 1975.

Impulse zur Erneuerung des politischen Prozesses ausgegangen. Erinnert sei etwa an die Erneuerung der ÖVP nach der Ära Raab oder an die Erneuerung der SPÖ nach 1966. Ferner sei auf die stimulierenden Wirkungen hingewiesen, die aus unterschiedlichen parteipolitischen Konstellationen im Bund einerseits, in den Ländern andererseits ausgingen (auch wenn sie nach 1945 nicht mehr jenes Niveau erreichten, das etwa aus der Konkurrenz zwischen „rotem Wien“ und „schwarzem“ Bund in der Zwischen-Kriegszeit resultierte). Ganz allgemein kann gesagt werden, daß das Nebeneinander von Bund und Ländern den Pluralismus des politischen Systems erweitert und seine Uniformierung verhindert hat⁵⁵). Aber diese Prozesse spielen sich auf Ebenen ab, die mit den herkömmlichen Kategorien der Staatsrechtslehre kaum in den Griff zu bekommen sind. Das, wie gezeigt, vernichtende Ergebnis der Konfrontation von reiner Staatsrechtstheorie und politischer Realität sollte daher nicht nur zu den üblichen Klagen über den Niedergang des Föderalismus in unserer Zeit Anlaß geben, sondern auch zum Überdenken von Relevanz und Aussagekraft staatsrechtlicher Begrifflichkeit anregen⁵⁶).

II.

Damit wird freilich eine Forderung erhoben, die den Rahmen einer Rechtswissenschaft, so wie er von der Reinen Rechtslehre definiert wird, sprengen würde. Ich darf dazu noch einmal KOJA⁵⁷) zitieren: „Aus einer im Rahmen der Allgemeinen Staatsrechtslehre entwickelten Bundesstaatstheorie folgt nämlich nichts für das Verhältnis von Bund und Gliedern und für die ‚Situation des Föderalismus‘ in einem bestimmten Staat“. Und: „... über den Inhalt eines konkreten bundesstaatlichen Verhältnisses (wird) nichts ausgesagt, wenn man in abstrakt-typisierter Weise zu Aussagen über die Rechtsnatur des Bundesstaates, seiner Glieder und der spezifischen internen rechtlichen Beziehungen gelangt.“ Damit wird die totale Trennung, die totale Beziehungslosigkeit zwischen der Ebene des Rechts und der Realität einer politischen Ordnung postuliert – eine Trennung, die mit dem Postulat der Methodenreinheit sowie mit dem Erfordernis der „Trennung von Sein und Sollen“ begründet wird. Es ist freilich notwendig, diese Grundposition der

55) Zu diesem „Beitrag der Länder zum politischen Konzert des Gesamtstaates“ aus der Sicht der BRD PÜTTNER, Länderneugliederung als Problem der politischen Machtverteilung, DÖV 1971, S. 541; aus der österreichischen Perspektive L. ADAMOVICH, Die Zukunft des Föderalismus in Österreich, in: Föderalismus. Studententexte zur bundesstaatlichen Ordnung, hrsg. von H. Laufer, 1973, S. 365 ff (S. 379 f).

56) Es geht dabei in erster Linie um die parteienstaatliche Transformation des Bundesstaates; dazu M. WELAN, Kopflastiger Bundesstaat, in: Die Furche, 26. Mai 1973.

57) KOJA, a.a.O. (Anm. 21), S. 65 f.

Reinen Rechtslehre näher zu befragen. Es scheint nämlich, daß entgegen des weitverbreiteten, selbst von Gegnern konzidierten Eindrucks der systemimmanenten Geschlossenheit und Folgerichtigkeit der Reinen Rechtslehre diese Postulate keineswegs jene Eindeutigkeit besitzen, die eine weitere Explikation und Begründung erübrigen würden.

Damit wird ein Thema angeschnitten, das sich in dem hier zur Verfügung stehenden Rahmen nicht erledigen läßt. Ich muß mich daher mit Hinweisen auf jene Punkte begnügen, die mir für die gegenwärtige Diskussion um den Bundesstaat in Österreich besonders relevant erscheinen.

Zunächst zur Trennung von Sein und Sollen.

Am Anfang dieses Postulates steht die extreme neukantianische These des jungen KELSEN, daß die Methode den Gegenstand der Erkenntnis erzeugt⁵⁸⁾ und nicht sich etwa nach dem Gegenstand zu richten hätte.⁵⁹⁾ „Trennung von Sein und Sollen“ bedeutet auf dieser erkenntnistheoretischen Basis die Trennung zweier „vollkommen disparater Größen“⁶⁰⁾. Der Unterschied beider Sphären ergibt sich aus der unterschiedlichen Erkenntnisrichtung: aus der normativen Methode, die danach fragt, was sein soll, und aus der explikativen oder empirischen Methode, die danach fragt, was ist. Der Bereich des Sollens ist demnach ident mit dem gesamten Bereich des Werthhaft-Normativen, den Bereich des Seins identifiziert KELSEN dagegen mit dem der kausalgesetzlich determinierten Natur als Gegenstand der Naturwissenschaft, die KELSEN mit der Newton'schen Physik mehr oder minder gleichsetzt. Da die Methode den jeweiligen Gegenstandsbereich erst konstituiert, kann es zwischen beiden Sphären keine wie immer gearteten Beziehungen geben⁶¹⁾. Diese Ausgangsbasis des frühen KELSEN verbietet daher nicht nur einen Methodensynkretismus, sondern auch einen Methodenpluralismus: ein Gegenstand kann nicht Objekt verschiedener Methoden sein, wenn – um KELSEN selbst zu zitieren – „die Identität des Erkenntnisgegenstandes nur durch die Identität der Erkenntnisrichtung, die Identität der Erkenntnisweise gewährleistet ist“⁶²⁾.

In seinen späteren Schriften löst sich KELSEN, zwar nicht ausdrücklich, aber doch deutlich nachweisbar, von dieser extremen neukantianischen

58) H. KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923, S. XVII; ders., Allgemeine Staatslehre, 1925, S. 6 f; ders., Souveränität (Anm. 15), S. 10.

59) Zu dieser „realistischen“ („empirischen“) methodischen Position der Rechtswissenschaft vor allen G. WINKLER, Wertbetrachtung im Recht und ihre Grenzen, 1969.

60) H. KELSEN, Hauptprobleme, S. 7.

61) Vgl. auch H. KELSEN, Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode, 1911.

62) KELSEN, a.a.O. (Anm. 25), S. 7.

Position seiner ersten Phase, er wird zum Rechtspositivisten⁶³⁾. Darin liegt eine philosophische Wende, deren Tragweite im allgemeinen kaum richtig eingeschätzt wird, und zwar deshalb, weil die tragenden Thesen seiner Rechtslehre davon scheinbar unberührt bleiben. So hält KELSEN auch am Postulat der Trennung von Sein und Sollen fest. Im Kontext des philosophischen Positivismus erhält dieses Axiom aber einen gewandelten Sinn, nämlich den, daß aus Seinssätzen nicht Sollenssätze logisch deduzierbar sind und umgekehrt. Diese Einsicht verbietet aber nur eine spezifische Art der Verbindung von „Sein“ und „Sollen“, sie schließt jedoch nicht aus, daß zwischen „Sein“ und „Sollen“ – besser sollte man sagen: zwischen empirischen und normativen Aussagen – andere als in der Form logischer Syllogismen ausdrückbare Relationen bestehen. KELSEN akzeptiert nunmehr auch ausdrücklich, daß „irgendwelche Beziehungen“ zwischen Recht und Realität bestehen⁶⁴⁾. Mehr kann er freilich dazu nicht sagen. Die theoretische Struktur dieser Beziehung bleibt außerhalb seines wissenschaftlichen Interesses⁶⁵⁾. Und das dürfte mit einem parallel laufenden Wandel des Inhalts der Begriffe „Sein“ und „Sollen“ zusammenhängen.

In der neukantianischen Frühphase bedeutet „Sein“, wie schon gesagt, die kausalgesetzlich determinierte Natur, „Sollen“ dagegen den Bereich alles Werthaft-Normativen. Allmählich scheint sich aber im Rahmen der Reinen Rechtslehre der Umfang dieser Begriffe zu wandeln. Das „Sollen“ wird mehr oder minder deutlich, zuletzt jedenfalls eindeutig, mit dem positiven Recht identifiziert, das heißt: innerhalb der gesamten Welt der Werte und Normen auf das positive Recht reduziert. Für die Wissenschaft vom Recht folgt daraus die Forderung, von allen außerrechtlichen, d.h.: politischen, historischen, sozialen, ökonomischen, psychologischen usw. Faktoren abzusehen⁶⁶⁾. Alle diese Faktoren werden nunmehr dem Bereich des „Seins“ zugeordnet, der damit aber nicht mehr nur die Natur im engeren Sinn, sondern auch die soziale Realität menschlichen Handelns umfaßt. Diese Realität ist aber niemals bloßes kausalgesetzlich determiniertes Sein, sondern je schon von verschiedenen Systemen normativer Wertvorstellung geprägt und durchformt, von denen das positive Recht nur eines ist. Oder, um LUHMANN zu zitieren: „Menschliches Handeln hat seine Identität

63) Vgl. dazu W. SCHILD, Die zwei Systeme der Reinen Rechtslehre, in: Wiener Jahrbuch für Philosophie, 1971, S. 150 ff; ferner die Diskussionsunterlagen von R. DREIER (S. 5) und H. WAGNER (S. 5 f) zum Thema „Reine Rechtslehre und marxistische Rechtslehre“, Symposium des Hans-Kelsen-Instituts, Wien, 8. – 11. Mai 1975.

64) H. KELSEN, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., 1960, S. 6.

65) Vgl. auch Th. ÖHLINGER, Der völkerrechtliche Vertrag im staatlichen Recht, 1973; H. BARTA, Keine juristische ohne medizinische Kausalität bei Krankheit und Unfall, ZAS 1974, S. 83 ff; H. WAGNER, a.a.O. (Anm. 63), S. 2 f.

66) So KOJA, a.a.O. (Anm. 21), S. 64 f.

durch seinen Sinn, und aus dem Sinn menschlichen Handelns läßt sich der Bezug auf ein Sollen nicht eliminieren; in noch so marginalen Spuren ist in jeder Handlung eine Ordnung des Sollens impliziert, weil anders die Komplexität sozialer Beziehungen nicht reduzierbar, Sinn nicht festzustellen und festzuhalten ist.“⁶⁷⁾

Das bedeutet aber, daß die Reduktion der Rechtswissenschaft auf das isolierte Recht – und das heißt nichts anderes als die Reduktion auf die Exegese des bloßen Rechtstextes unter Abschneidung aller politischen, sozialen, ökonomischen oder historischen Bezüge – nicht mit dem Grundsatz der Trennung von Sein und Sollen im Sinne ihrer wechselseitigen logischen Unableitbarkeit begründet werden kann. Die Bezugnahme auf solche Momente ist auch auf dem Boden dieses Postulats wissenschaftstheoretisch und logisch legitim, sofern diese Momente selbst werthaft-normativer Art sind. Die Ausklammerung aller politischen, soziologischen, historischen, ökonomischen und ähnlichen Faktoren aus der Rechtswissenschaft postuliert eine andere, engere Grenze der Rechtswissenschaft, als mit dem Grundsatz der Trennung von Sein und Sollen hinreichend begründet werden kann.

Die traditionelle Rechtswissenschaft hat diese methodische Verengung denn auch nie akzeptiert. Innerhalb ihrer Methoden ist es neben der historischen vor allem die teleologische Interpretation, die den bloßen Normtext transzendiert und mit ihrer Frage nach dem Sinn und Zweck einer Norm den Normtext in Beziehung zur sozialen Realität setzt, und d.h.: den Normsinn aus beiden Komponenten – Rechtstext und rechtlich zu gestaltende Realität – gewinnt. Die Problematik dieser Methode ist bekannt. Sie weist nicht jene Stringenz und Objektivierbarkeit auf, die dem Ideal eines Wissenschaftsbegriffes entspricht, der an den Erfolgen der Naturwissenschaft orientiert ist.

Es geht der Reinen Rechtslehre bekanntlich um dieses Ideal: KELSSENS Anliegen ist es, die Rechtswissenschaft auf die Höhe einer „echten“ Wissenschaft zu heben. Die Anerkennung, daß aus normativen Wertungen nicht empirische Feststellungen logisch ableitbar sind und umgekehrt, ist ein notwendiger Schritt auf dieses Ziel hin, das zu mißachten – das sei hier ausdrücklich festgehalten – einen Rückschritt auf ein wissenschaftstheoretisches Niveau bedeuten würde, das mit KELSSEN endgültig überwunden sein sollte. Dieses wissenschaftsgeschichtliche Verdienst der Reinen Rechtslehre sollte heute in der Tat nicht mehr in Frage gestellt werden⁶⁸⁾.

Nicht mehr durch dieses Postulat gedeckt ist aber die weitere Forderung der

67) N. LUHMANN, Funktionale Methode und juristische Entscheidung, AÖR 94 (1969), S. 15.

68) So auch N. LUHMANN, Grundrechte als Institution, 1965, S. 39.

Reinen Rechtslehre nach Beschränkung der wissenschaftlichen Betrachtung des Rechts auf den bloßen Rechtstext und seine Isolierung aus allen sonstigen normativen Bezügen der sozialen Realität. Berechtigt ist freilich das offenbar dahinterstehende Anliegen, die Beliebigkeit und Subjektivität, mit der die traditionelle Rechtswissenschaft diese Bezüge erfaßt, zu überwinden. Das kann freilich nicht dadurch gelingen, daß man diese Zusammenhänge einfach ignoriert, und dies mit großem geistigen Aufwand rechtfertigt.

In diesem Dilemma scheint mir die gegenwärtige staatsrechtliche Diskussion um den Bundesstaat in Österreich zu stecken: auf der einen Seite die Position der Reinen Rechtslehre, die — wie schon gezeigt — in der Feststellung mündet, daß ihre Einsichten in den Bundesstaat als Rechtsbegriff nichts über die konkrete Bundesstaatlichkeit eines bestimmten Staates besagen können, auf der anderen Seite die in der Tradition „klassischer“ Bundesstaatstheorien stehenden Autoren (v.a. FELIX ERMACORA und PETER PERNTHALER): für sie ist der Bundesstaat wie der Staat überhaupt ein komplexes Phänomen, in dem das Recht nur ein Element ist. Sicherlich kommt dabei dem Recht eine gewisse, jedoch „relative“ Selbstständigkeit zu, die vor allem durch seine Formalität — und gerade um die Form des Rechts geht es der Reinen Rechtslehre! — konstituiert wird. Bei seiner Analyse können aber die übrigen, die Komplexität des Staates begründenden Momente, in denen das Recht eingebettet ist, nicht einfach ignoriert werden. Die Bezugnahme auf historische, politische, soziale Faktoren ist auf diesem wissenschaftstheoretischen Standpunkt nicht nur nicht verpönt, sondern geradezu geboten: die Komplexität des Gegenstandes erfordert eine komplexe Methode. Die Eigenständigkeit und spezifische Eigenart der Rechtswissenschaft als Erforschung der Normativität des Rechts wird damit nicht aufgehoben; sie spiegelt vielmehr die relative, formbedingte Eigenständigkeit des Rechts im gesamtgesellschaftlichen Zusammenhang wider und erhält von daher ihr Richtmaß, das freilich in der jeweiligen konkreten Fragestellung viel schwieriger zu bestimmen ist als eine schematische Trennung von „Sein und Sollen“.

Es mag in dieser gerafften und daher zwangsläufig abstrakten Darstellung der Anschein erweckt werden, daß es sich bei diesen methodologischen Auseinandersetzungen um rein akademische Probleme handelt, die für die Praxis absolut bedeutungslos sind. Daß dem keineswegs so ist, sei abschließend an einem einzigen Beispiel gezeigt. Die unterschiedlichen methodologischen Standorte führen zu divergierenden praktischen Konsequenzen etwa bei der Einschätzung des Landesverfassungsrechts. Auf dem Boden einer „reinen“ Rechtsanalyse erweisen sich die Landesverfassungen als bloße Ausführungsgesetze zur Bundesverfassung, sie sind ihr absolut subordiniert. Auf dem Boden der klassischen Bundesstaatslehre sind die Länder dagegen Träger einer selbständigen Verfassungshoheit, die dem positiven Verfassungs-

recht vorgelagert ist und einer auf den Rechtstext der (Bundes-)Verfassung beschränkten Analyse daher verschlossen bleibt. Als Träger eigener Verfassungshoheit sind die Länder aber dem Bund nicht einfach untergeordnet, sondern in gewisser Weise echt gleichgeordnet – eine Gleichordnung, die freilich auf einer anderen, realistischeren Ebene als jener liegt, die Kelsen in seiner Bundesstaatstheorie konstruiert. Daß sich auf diesem unterschiedlichen Verständnis der Verfassungshoheit der Länder für die Praxis sehr wesentliche Konsequenzen ergeben, dürfte auf der Hand liegen. Nur wenn man eine Verfassungshoheit der Länder anerkennt, die nicht auf bloßer bundesverfassungsgesetzlicher Delegation beruht, läßt sich jene Uniformität und Phantasielosigkeit der Landesverfassungen überwinden, die heute zu Recht oft beklagt wird, und deren Überwindung dem Föderalismus echte Impulse geben könnte.

Es zeigt sich also, daß die Auseinandersetzung um rechtstheoretische Grundbegriffe keineswegs als akademisches Glasperlenspiel abgetan werden kann. Eine intensivierte Grundlagendiskussion, die die Leistungen der Reinen Rechtslehre akzeptiert, ohne aber dabei stehen zu bleiben, scheint mir vielmehr ein dringendes Desiderat zu sein. Das zentrale methodische Problem ist dabei die Frage, wie sich das Recht im Rahmen der gesellschaftlichen Totalität bestimmen läßt. Eine solche Fragestellung hat sowohl die absolute Isolierung des Rechts durch die Reine Rechtslehre als auch die wissenschaftstheoretisch ungenügenden Methoden der traditionellen Jurisprudenz, sofern deren Aussagen mehr sein wollen als Interpretation von Rechtstexten, zu überwinden. Ansätze in dieser Richtung, die auszubauen sich lohnen dürfte, finden sich in der soziologischen Systemtheorie, die „Sein“ und „Sollen“ in einer funktionalen Fragestellung verknüpft, indem sie nach der Funktion der Normen in Hinblick auf bestimmte Probleme fragt, die von den Tatsachenwissenschaften definiert werden⁶⁹). Die Dichotomie von Sein und Sollen wird damit in einer Weise überbrückt, die einerseits logisch zulässig ist – hier liegt der Gewinn gegenüber der Reinen Rechtslehre – und andererseits präziser ist als die Methoden der traditionellen Jurisprudenz. Die beachtlichen geistigen Anstrengungen, die die Reine Rechtslehre unternimmt, um das Recht gegen alle gesellschaftlichen Bezüge abzugrenzen, und die ihre wissenschaftstheoretische Überlegenheit gegenüber der herkömmlichen Jurisprudenz begründen, ließen sich in einer solchen Fragestellung für die Erklärung eben dieser Bezüge freisetzen.

Auf den Bundesstaat übertragen: Nach dieser Methode wären die Ziele des Bundesstaates, das, was man von einer bundesstaatlichen Organisation erwartet, die „Idee“ des Bundesstaates in der traditionellen Terminologie,

69) Ebenda S. 39.

operational zu definieren und sodann zu untersuchen, welchen Beitrag die staatsrechtlichen Institutionen dazu erbringen. Damit lassen sich Lücken und Mängel der bestehenden Institutionen sowie notwendige Reformmaßnahmen feststellen. Das gegenwärtige Patt zwischen Anhängern und Gegnern der Reinen Rechtslehre in der Auseinandersetzung um den Bundesstaatsbegriff legt diesen Ausweg jedenfalls nahe. Ich möchte daher mit einem Plädoyer für den Anschluß der Jurisprudenz an die Entwicklung der Sozialwissenschaft schließen — eine Entwicklung, die so rasant ist, daß damit nicht mehr länger gezögert werden sollte.

**SCHRIFTENREIHE DES INSTITUTES FÜR
FÖDERALISMUSFORSCHUNG**

- Bd. 1 **Peter Pernthaler**, Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern auf dem Gebiete der Verwaltungsorganisation. 1976.
- Bd. 2 **Theo Öhlinger**, Der Bundesstaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität. 1976.
- Bd. 3 **Felix Ermacora**, Der österreichische Föderalismus. Vom patrimonialen zum kooperativen Bundesstaat. 1976.

