



universität
wien

MASTERARBEIT / MASTER'S THESIS

Titel der Masterarbeit / Title of the Master's Thesis

Der Schutz von Demokratie und Rechtstaat in den
Verfassungen Österreichs und Deutschlands

verfasst von / submitted by
Mag. iur. Jamil Buba

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Arts (MA)

Wien, 2023 / Vienna 2023

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 066 824

Studienrichtung lt. Studienblatt /
degree programme as it appears on
the student record sheet:

Masterstudium Politikwissenschaft

Betreut von / Supervisor:

Assoz. Prof. Gregor Fabio Wolkenstein, Ph.D.

Inhalt

Einleitung.....	4
I. Teil: Begründung und Entwicklung von (Recht)staat und Verfassung in Europa.....	8
A. Von der Πολιτεία zur Constitution.....	8
1. Antike Ursprünge der Demokratie	8
2. Mittelalter und Frühe Neuzeit.....	9
B. Volkssouveränität und Rechtstaat	11
1. Souveränität und Gesellschaftsvertrag	11
2. Gesetzesstaat und Gemeinwille	13
3. Menschenrechte statt Monarch: Amerikanische und Französische Revolution.....	17
C. Revolution und Verfassungsentwicklung im deutschsprachigen Raum	21
1. Von der Pillersdorfschen Verfassung zum B-VG.....	21
2. Aus der Paulskirche über Weimar zum Grundgesetz.....	25
D. Normenkontrolle durch Verfassungsgerichte.....	29
1. Entstehung	29
2. Staatsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik	35
3. Kelsen, Schmitt und der Hüter der Verfassung	36
E. Zusammenfassung.....	44
II. Teil: Wehrhafte Verfassungen in Österreich und Deutschland.....	46
A. Volk und Verfassung	46
1. Verfassungsgerichtsbarkeit vs. Demokratie?	46
2. Volkssouveränität und Verfassungsgebung	48
Meines Erachtens sind die Kritikpunkte betreffend den	54
3. Widerstandsrecht.....	56
B. Demokratie und Rechtstaatlichkeit als Verfassungsprinzipien	60
1. Demokratie.....	60
2. Rechtstaatlichkeit.....	62

3. Europäische Dimension und nationaler Einfluss	64
C. Schranken der Verfassungsrevision	68
1. Änderung oder Neuschöpfung der Verfassung	68
2. Österreich	72
3. Europäischer Rahmen	74
D. Zusammenfassung	76
III. Teil: Conclusio und Ausblick	78
Literatur	85
Abstract	97

Einleitung

[...] GOVERNMENT WITHOUT A CONSTITUTION, IS POWER WITHOUT A RIGHT.

Diesen Satz hat der US-amerikanische Gründervater Thomas Paine 1792, während der Französischen und nach erfolgreichem Ausgang der Amerikanischen Revolution, geschrieben. Die Erfolge beider Revolutionen waren, nebst anderem, niedergeschriebene Verfassungen, die die Macht der Regierung über die Bürger:innen begrenzen, und die dem Willen des Volkes nach gesicherten Grund- und Freiheitsrechten entsprechen. Zwar liegt hierin ein bedeutender Meilenstein in der Geschichte des modernen Konstitutionalismus, begonnen hat diese Entwicklung jedoch schon wesentlich früher; so lässt sich die Ideengeschichte von Rechtstaat, Demokratie und Verfassung bis in die Antike zurückverfolgen.

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit dem Schutz von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in den Verfassungen Österreichs und Deutschlands. Sie will die jeweils getroffenen Vorkehrungen zum Schutz der beiden dort verankerten Grundprinzipien aufzeigen, einander gegenüberstellen und untersuchen, wie dieser jeweils historisch und politik- sowie rechtstheoretisch zu begründen ist.

Zudem soll das Verhältnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als Verfassungsprinzipien zueinander beleuchtet werden, inwiefern diese einander also tatsächlich bedingen, ob die Demokratie und der Rechtsstaat, im den beiden Verfassungen jeweils zugrunde gelegten Verständnis, in Deutschland und Österreich mit demokratischen und rechtsstaatlichen Mitteln, mithin also verfassungskonform, abänderbar sind bzw. auch zur Gänze beseitigt werden können und es wird skizziert, welchen Einfluss das neue, postfaschistische Verständnis von Konstitutionalismus, das in weiten Teilen des europäischen Festlandes anzutreffen ist, sowie das System des europäischen Grundrechtsschutzes, dabei hat.

Die Hypothese lautet, Demokratie und Rechtsstaat sind in Deutschland und Österreich als Kernelemente der jeweiligen Verfassung geschützt. Dabei besteht in Deutschland ein expliziter Schutz der beiden Prinzipien im Grundgesetz bei gleichzeitiger Begrenzung des Grundprinzips der Demokratie durch das Primat der Menschenwürde und der Grundrechte aufgrund des postfaschistischen Erbes; in Österreich hingegen gibt es dem Wortlaut der Verfassung nach keinen solchen Schutz oder explizite Schranken der Verfassungsrevision, dennoch bestehen solche aber aufgrund des impliziten Schutzes der liberalen Demokratie in der Verfassung.

Eine Untersuchung von Staatsverfassungen, wie sie hier unternommen wird, bedingt laut Aristoteles eine Auseinandersetzung mit dem Staat und dessen Wesen an sich (Gamper 2018: 21).

Zur methodischen Herangehensweise und dem Aufbau der vorliegenden Arbeit sei daher Folgendes

gesagt:

In einem ersten Teil ist die Geschichte und Philosophie von Volksherrschaft, Verfassung und Rechtstaat ab ihren antiken Vorläufern nachzuzeichnen, auf die sich später auch Vordenker wie Rousseau beriefen. Ein Augenmerk liegt dabei auch auf den wichtigsten Theorien zum Gesellschaftsvertrag, die Staat und staatliche Herrschaft theoretisch erklären und legitimieren, und den amerikanisch-französischen Revolutionen, auf die ebenfalls in der Darstellung der weiteren Entwicklung des europäischen Konstitutionalismus noch zu rekurrieren sein wird, um darauf aufbauend die politischen Bedingungen und Entwicklungen von Verfassungsgebungsprozessen erhellen zu können.

Es sollen aber auch die daran anknüpfenden Verfassungsentstehungen im deutschsprachigen Raum des 19. und 20. Jahrhundert näher dargestellt werden, die, teils im Stakkato, wie im Revolutionsjahr 1848/1849, immer neue Verfassungsurkunden mit Garantien und Formulierungen hervorgebracht haben, welche die Bürger:innen ihren Monarchen mühsam und oft am innerstaatlichen Schlachtfeld abgerungen haben, bis aus diesem Verdienst schließlich die heute gültigen Verfassungen Österreichs und Deutschlands – das Bundes-Verfassungsgesetz aus dem Jahr 1920 (B-VG) und das Bonner Grundgesetz aus dem Jahr 1949 (GG) – entstanden sind.

In einem zweiten Teil sollen dann, aufbauend auf diese für die weitere Erörterung unabdingbaren historisch-philosophischen Zusammenhänge, die oben genannten Forschungsfragen nach dem Schutz von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als Grundlagen von B-VG und Grundgesetz beantwortet werden. Dazu werden die Institutionen und Verfahren dargestellt, die die beiden Konstitutionen in ihrem Bestand schützen, deren Entstehen und Funktionieren beleuchtet und werden sie einander gegenübergestellt. Dabei ist auch auf den bei der Entstehung und Erlassung von B-VG und GG noch nicht erahnbaren Kontext des heutigen europäischen und teils globalen Menschenrechtsschutzes einzugehen, der nicht nur historisch betrachtet wertvoll, sondern auch rechtlich und politisch wichtige Änderungen gebracht hat, und daher im Hinblick auf das Forschungsinteresse von Bedeutung ist.

In Abgrenzung zu einer bloß rechtsvergleichenden Arbeit geht es in diesem Teil nicht nur um das *Wie*, sondern auch um das *Warum* der getroffenen und betrachteten Regelungen, die – wie Recht generell – als politische Festlegungen zu verstehen sind und daher auch als solche, samt ihrer politischen Bedeutung, untersucht werden. Damit offenbart sich auch die Einbettung der zu einem gewissen Grad interdisziplinär angelegten Arbeit in den wissenschaftlichen Diskurs um *Wehrhafte Verfassungen*, der dem Bonner Grundgesetz als postfaschistische und Nachkriegsverfassung schon in die Wiege gelegt war. In Österreich, das als seine bis heute gültige Nachkriegs- pragmatischerweise einfach die Vorkriegsverfassung in der Fassung vor dem Abbau von Demokratie und Rechtstaat ab 1933 hergenommen hat, woran sich dank allgemeiner Bewunderung der ihr zugeschriebenen Eleganz sowie

der anhaltenden Ehrfurcht vor ihrem Hauptschöpfer Hans Kelsen in absehbarer Zeit nichts ändern dürfte, findet die Debatte um ihre Wehrhaftigkeit allenfalls in Randnoten juristischer Lehrbücher und vereinzelten Beiträgen rechtswissenschaftlicher Werke statt, und selbst da wird sie nur sporadisch geführt. Erstaunlicherweise jedoch kommt sie in den Politikwissenschaften, die für die Annäherung an diese für das Bestehen unseres politischen Systems immanenten Fragen ebenso prädestiniert sind, nicht, oder nur spärlich, zur Sprache, weshalb hier neben der rechtlichen Frage nach der Wehrhaftigkeit des B-VG im Jahr 2023, nebst jener des GG, auch eine theoretische Begründung des Ergebnisses – die Klärung des *Warum* – unternommen wird.

Doch zu allererst ist eine Annäherung an einige grundlegende Begriffe vorzunehmen.

Allen voran: Was ist eine-, was sind die im vorangesagten begrifflich bereits vorausgesetzten *Verfassungen*?

Dabei fällt nicht nur die Vielfalt an Definitionen auf, sondern auch, dass diese, ebenso wie allfällige weitere Untergliederungen, sich je nach Wissenschaftsdisziplin zu unterscheiden scheinen.

„Verfassung“ ist die moderne Variante des älteren deutschen – auf das Lateinische zurückgehenden – Begriffs „Konstitution“. Die Verfassung einer Sache sagt aus, wie sie „verfasst“ ist, in welchem Zustand sie sich also befindet und wie sie generell beschaffen ist. In diesem Sinne wird der Begriff etwa im Bereich der Medizin aber auch in der Alltagssprache verwendet (Marcic 1963: 1; Mohnhaupt 2002: 1-2).

In den Rechtswissenschaften dominieren normative Verfassungsverständnisse, die die Verfassung eines Staates als Summe von Rechtsnormen definiert, die sich von der übrigen Rechtsordnung entweder dahingehend unterscheidet, dass sie ihrem Inhalt nach Aufbau und Organisation des Staates regelt, oder, weil es in einem besonderen Verfahren erlassen wurde, das sich durch eine erschwerte Form der Erzeugung, etwa in Form höherer Präsenz- und Konsensquoren bei seiner Beschlussfassung durch die Legislative, oder etwa auch durch eine obligatorische Teilnahme des Volkes am Erzeugungsprozess, kennzeichnet. Ersteres wird auch Verfassungsrecht im materiellen, letzteres als Verfassungsrecht im formellem Sinne genannt.

Sie dienen der Beschäftigung von Jurist:innen mit geltendem Recht und lassen daher, ohne deren Bestehen zu leugnen, keinen Spielraum für die Einbeziehung auch außerrechtlicher Wirklichkeiten oder alternativer Beantwortungen der Frage nach der Verfassung (Berka 2021: 18-19; Gamper 2018: 26-27, 64).

Genau eine solche findet jedoch in den Sozial- und Politikwissenschaften statt. So definiert etwa die *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* Verfassungen als „*a set of fundamental*

principles, norms, and laws that govern a political or other organization" (Cope & Versteeg 2015: 710).

Verfassung wird in diesen Disziplinen also aus deskriptiver Sicht begriffen, und bilde, als Teil des Rechts, Machtverhältnisse in einer Gesellschaft ab, sowie die in einem Prozess ausgehandelten, einem Gemeinwesen zugrundeliegenden, *politischen* Grundvorstellungen.

Dieses empirische Verfassungsverständnis bezieht daher auch den geschichtlichen Kontext ein, in welchem Konstitutionen jeweils entstehen, sowie die damit zusammenhängenden, theoretischen Begründungen, denn wie der britische Philosoph und Schriftsteller John Stuart Mill (1995 [1861]: 5) schon pointiert festgehalten hat, sind noch in keinem Staat Menschen eines Tages aufgewacht und haben plötzlich eine Verfassung vorgefunden – ebenso wenig seien diese wie Bäume selbst gewachsen – sondern waren Verfassungen stets das Ergebnis von Revolutionen, Krisen, Wechseln der Staats- oder Regierungsform oder anderer, bedeutender politischer Umbrüche (Gamper 2020: 51-52; Lorenz 2008: 13; Tanner 1989: 3-6).

Als Ausgangspunkt des nun folgenden, ersten Teiles dieser Arbeit soll daher eine ideengeschichtliche und historische Annäherung an den Verfassungsbegriff seit seinen vormodernen Grundlagen über die Begründung und Entwicklung von (Recht)staat und Verfassung in Europa bis zu den im II. Teil genauer untersuchten, gegenwärtigen Verfassungen Deutschlands und Österreichs unternommen werden.

I. Teil: Begründung und Entwicklung von (Recht)staat und Verfassung in Europa

For a Fundamentall Law in every Common-wealth is that, which being taken away, the Commonwealth faileth, and is utterly dissolved; as a building whose Foundation is destroyed. (Hobbes 2002 [1651]: Kap. XXVI).

Si nous manquons de constitution, il faut en faire une [...] (Sieyès 2002 [1789]: 50).

A. Von der Πολιτεία zur Constitution

1. Antike Ursprünge der Demokratie

Die Frage nach den historischen und philosophischen Begründungen von Verfassungen hängt eng mit der Entstehung der Staatlichkeit zusammen. Vorläufer staatlicher Herrschaftsgewalt lassen sich bis ins Alte Ägypten und nach Mesopotamien zurückverfolgen. Nachdem im griechischen Stadtstaat (*πόλις*, *pólis*) Athen von den Staatsmännern Solon und Kleisthenes ab dem 6. Jahrhundert vor Christus die Vorrrechte des Adels zugunsten von gleicher Repräsentation und Mitbestimmung der breiten – wenn auch zunächst noch ausschließlich männlichen, freien und einheimischen – Bevölkerung in die Wege geleitet wurde, folgte nach der Blüte der Demokratie im 5. vorchristlichen Jahrhundert unter Perikles der Untergang der unabhängigen Polis und deren Regierungsform im folgenden Säkulum während der Angriffe des persischen Reiches von außen aber auch antideomokratischer Tendenzen innerhalb Athens.

In diese Zeit fällt auch der Tod Sokrates' und das eigenständige Wirken seines Schülers Platon. Neben dessen ontologisch und metaphysisch geprägter Lehre umfasst die platonische Philosophie auch bedeutende staatspolitische und –philosophische Überlegungen, die er in seinem Werk *Πολιτεία* (Politeía, im Deutschen: Der Staat) angestellt hat. Grundlage der politischen Ordnung in Form eines Staates solle die Gerechtigkeit sein, der an der Spitze einer hierarchisch gegliederten und ständischen Ordnung stehende Herrscher solle gut und gerecht walten und ebenso wie die Bürger nicht eigennützige Interessen verfolgen. Vielmehr sollen alle Bürger in Arbeitsteilung gemeinsam ihr Können zugunsten der Gemeinschaft einsetzen (Carugati 2019: 7-11, 21-37; Gamper 2018: 28-29; Mahlmann 2023: 23-45; Mohnhaupt 2002: 5-9).

Platons Schüler Aristoteles schließt an diesen Ideen an und widmet sich etwa unterschiedlichen Staatsformen und –verfassungen sowie deren Vor- wie Nachteilen, und nimmt in seinem Werk *Πολιτικά* (Politiká) auch bereits Grundzüge des modernen Verfassungsrechts sowie des Rechtsstaates – etwa hinsichtlich Gewaltenteilung oder Legalitätsprinzip – vorweg. Staatsverfassung (*Πολιτεία*) sei die Ordnung des Staates hinsichtlich der Frage, wer ihn regiere. Damit zeigt der antike Philosoph ein deskriptives Verständnis des Verfassungsbegriffes – insofern einfache Gesetze, die nicht im Rang der

Πολιτεία stehen, ihr nicht widersprechen dürfen, folgt er jedoch bereits einem normativen Verfassungsverständnis.

Platons ständische Staatsgliederung vom Herrscher abwärts lehnt Aristoteles als der menschlichen Natur widersprechend ab, da der Mensch ein politisches Wesen (*zoon politicon*) aufgrund seiner Gabe zu Sprache und Vernunft (*zoon echon logon*) sei. Auch Demokratie argwöhnt der Philosoph als gefährlich, da sie durch die Macht der vielen Armen besonders anfällig für Demagogie sei und präferiert an ihrer Stelle eine Mischverfassung aus Demokratie und der Reichtum bescherenden, an sich aber bloß den Regierenden vorteilhaften Oligarchie, die er Politie (Republik) nennt. Diese setzt voraus, dass es keine bedeutenden Klassenunterschiede zwischen Armen und Reichen – samt der sich daraus ergebenden Probleme mit Neid und Feindschaft – gibt. Die Republik würde dafür Freiheit, vernunftgeleitetes Regieren und Stabilität garantieren (Bezemek 2021: 21-22; Mahlmann 2023: 48-55; Mohnhaupt 2002: 6-10; Winterhoff 2007: 9-11).

Im späteren Verlauf der Antike wurde als “constitutio” zunächst noch ausschließlich der Zustand des menschlichen Körpers bzw. Organismus beschrieben, in weiterer Folge in einem politischen und rechtlichen Kontext aber auch die “constitutiones principis”, durch die die römischen Kaiser ab der Hohen Kaiserzeit – dem 2. Jahrhundert nach Christus – Recht gesprochen haben. Mit der Entstehung des Verfassungsbegriffes in engem Zusammenhang steht, wie oben bereits erwähnt, jene des Begriffes „Staat“ bzw. auch im Englischen „state“. Beide gehen vom lateinischen Ursprung „status“ aus, der ebenfalls in der Antike sowie im Mittelalter zunächst einen „Zustand“, später auch „Form und Bestand“ eines „Gemeinwesens“ ausdrückt (Kunkel & Schermaier 2005: 167-168; Meder 2017: 89-90; Mohnhaupt 2002: 1-2, 25-26).

2. Mittelalter und Frühe Neuzeit

Ab dem späten 11. Jahrhundert wurden in der britischen Monarchie die Gesetze des Königs “constitutions” genannt, zeitgleich begann am europäischen Festland, ausgehend vom heutigen Norditalien, die Entwicklung der Rechtswissenschaft, die inhaltlich am zu seinen Zeiten bereits sehr entwickelten römischen Recht angeknüpft und dieses vor allem ab dem Spätmittelalter in die stark gewohnheitsrechtlich geprägte Rechtskultur des Heiligen Römischen Reiches eingeführt hat. Zwar gab es auch hier bereits grundlegende, höherrangige und allgemeingültige Anordnungen des römisch-deutschen Kaisers einschließlich bestimmter, für das ganze Reich bedeutender, Herrschafts- und Friedensverträge, die Verfassungsfunktionen erfüllten, diese wurden aber erst ab dem 17. Jahrhundert unter dem Begriff „leges fundamentales“ zusammengefasst.

Vor dem Hintergrund naturrechtlicher Vorstellungen, die im Zusammenhang mit den Revolutionen in Frankreich und Amerika im nächsten Kapitel näher beleuchtet werden, entwickelten sich vom

Spätmittelalter an Vorstellungen ranghöheren Rechts, das aufgrund seines Wesens selbst durch hoheitliche Prärogative nicht verdrängt werden sollte. In Frankreich waren dies „*lois fondamentales*“, deren Einhaltung nun als selbst für den König verbindlich galt, selbiges fand etwa zeitgleich in Form der englischen „*fundamental laws*“ statt. Im deutschsprachigen Raum wurde der Begriff „*Verfassung*“ im politischen bzw. rechtlichen Sinne nun zunehmend für die niedergeschriebenen Grundlagen des Zusammenlebens in lokalen Organisationseinheiten wie Bünden und Städten gebraucht (Kunkel & Schermaier 2005: 234-237; Meder 2017: 185-200; Mohnhaupt 1995: 14, 37-38, 62-66).

Ab dem 17. Jahrhundert entwickelte sich die Bedeutung des Begriffes, nun oft in der französischen Form „*constitution*“, dahingehend, dass er die von Menschen geschaffenen Regeln über deren Zusammenleben in einer gesamtstaatlichen Gemeinschaft bezeichnet, die nun auch schriftlich festgehalten wurden. Doch erst infolge der Glorious Revolution in England in den Jahren 1688/89 wurde die „*constitution*“ mit revolutionärem Gedankengut verquickt, da sie nun als grundlegender Rahmen an Normen über Aufbau und Organisation des Staates verstanden wurde, deren Achtung selbst für den König verbindlich sei. Dies war der Ausgangspunkt des Konstitutionalismus und beeinflusste in weiterer Folge auch die im folgenden Abschnitt näher besprochenen Revolutionen in Frankreich und Nordamerika (Berber 1973: 239-242; Grimm 2002: 102-106; Mergel 2022: 83-84; Stourzh 2007: 80-99).

B. Volkssouveränität und Rechtstaat

1. Souveränität und Gesellschaftsvertrag

Nach über hundert Jahren Krieg mit England während des Spätmittelalters befand sich Frankreich ab dem 16. Jahrhundert in mehreren, aufeinanderfolgenden Religionskriegen. In diese Zeit fällt auch die erstmalige Veröffentlichung von Jean Bodins' *Les six Livres de la République* (1576), in welchen der Jurist dem souveränen Fürsten („le prince souverain“) die Befugnis zur Gesetzgebung zubilligt (Berber 1973: 203).

Dabei handle es sich um die unbeschränkte und vom Fürsten als Souverän nach Gutedanken auszuübender Macht, „*der Gesamtheit und den einzelnen das Gesetz vorschreiben zu können [...], ohne auf die Zustimmung eines Höheren, oder Gleichberechtigten oder gar Niederen angewiesen zu sein*“, wenngleich auch der Souverän den Gesetzen Gottes und der Natur unterliege. Gleichzeitig habe er jedoch das Monopol zur Auslegung und Durchsetzung der Gesetze. Souveränität sei die höchste, aus keiner anderen Quelle abzuleitende Macht, der alles staatliches Handeln entspringe.

In rechtstheoretischer Sicht unterscheidet Bodin zwischen „*loi*“ und „*droit*“. Ersteres sei der Befehl des souveränen Fürsten in Ausübung seiner Autorität, Recht hingegen sei nicht an einem normativen Maßstab zu messen, sondern bezeichne das, was gerecht ist – mithin eine moralische Qualifikation. Zwar kennt Bodin noch keinen Verfassungsbegriff, hält im Zusammenhang mit Änderungen der Gesetze, denen er sehr reserviert gegenübersteht, jedoch fest, dass dies umso gefährlicher sei bei jenen Gesetzen, „*qui touche l'état*“ (Berber 1973: 207).

Bodin unterscheidet in den *Six Livres de la République* auch zwischen Staats- und Regierungsformen, erstere gliedern sich in eine monarchische, eine „populäre“ (demokratische) sowie eine aristokratische und werden danach unterschieden, ob die Souveränität einer einzelnen Person, einer kleinen Gruppe oder dem Volk zusteht. Alle drei können je nach Art der Ausübung der Regierungsgewalt jedoch tyrannisch, despotisch oder legitim (im Falle der Monarchie nennt er letztere „royal“) sein. Ein tyrannischer Monarch ist demnach jener, der die Gesetze Gottes nicht achtet, ein despotischer Monarch achtet das Privateigentum seiner Bürger:innen nicht und behandelt seine Untertanen wie Sklaven. Lediglich ein royaler Monarch folgt göttlichem wie natürlichem Recht, wie seine Untergebenen seinen Gesetzen. Zudem respektiert er ihre natürliche Freiheit und das Recht der Menschen auf Privateigentum (Andrew 2011: 75-81; Berber 1973: 204-208; Bodin 1576 [1955]: 25, 32, 43).

Letztere Form, in der der souveräne Monarch zwar absolut aber „gerecht“ herrscht, präferiert Bodin, um Frieden und Ordnung im Staat sicherzustellen. Eine demokratische Staatsform mit einem

souveränen Volk als Träger der Staatsgewalt schließt er zwar nicht prinzipiell aus, jedoch sei diese unnatürlich, instabil und führe daher zu weniger Freiheit für die Untertanen als in allen anderen Formen (Berber 1973: 207).

Thomas Hobbes' Werk *Leviathan or the Matter, Forme and Power of a Commonwealth Ecclesiasticall and Civil* stammt aus dem Jahr 1651. Darin begründet der Mathematiker und Lehrer Hobbes die Gesellschaftsvertragslehre. Da jeder im Naturzustand ein unbegrenztes Recht auf alles habe, was mit den gleichen Rechten aller anderen korreliere, drohe daher ein ständiger gegenseitiger Krieg („bellum omnium contra omnes“). Zur Sicherung des Friedens, und damit zu ihrem eigenen Schutz, kommen die Menschen schließlich aus diesen Vernunft wie Egoismus gleichzeitig darstellenden Gründen überein, die Willkür des Rechts eines jeden auf alles zu überwinden. Sind sie als Individuen im Naturzustand frei und Träger von Souveränität, übertragen sie letztere in Form des Gesellschaftsvertrages aber gänzlich und endgültig auf den Leviathan genannten, absolutistischen Staat, der selbst nicht Teil des Vertrages wird. Er garantiert ihnen mit seinem absoluten Gewaltmonopol als souveräner, über dem Gesetz stehender Herrscher folglich Frieden und Sicherheit, dieses korreliert aber mit seiner Verpflichtung zum Schutz der Bürger:innen als Untergebene und seiner Verpflichtung gegenüber Gott und seinem Gewissen (Berber 1973: 209-213).

Hinter der Prämisse innerer und äußerer Sicherheit tritt die Freiheit zwar zurück, sie ist jedoch, soweit es diesen höheren Zielen nicht „schädlich“ wird, ebenfalls zu gewähren – woraus freilich kein Rechtsanspruch des Einzelnen gegen den übergesetzlichen Staat erwächst. Doch kann Hobbes trotz seiner in weiten Teilen antidemokratischen Ausführungen nicht nur als Vordenker des Liberalismus, sondern auch als Wegbereiter der liberalen Demokratie und des Konstitutionalismus verstanden werden, da er etwa fordert, dass Gesetze als konstitutives Merkmal ihrer Anwendbarkeit inhaltlich bestimmt sein und öffentlich bekannt gemacht werden müssten, sowie, dass eine Änderung der Rechtslage nur durch Erlassung eines neuen Gesetzes erfolgen könne. Auch eine Rückwirkung von Gesetzen lehnt er ab. Zudem seien Menschen gleichwertig und hätten die gleichen Rechte in Beziehung zum Souverän, der sie deshalb auch auf Grundlage des Gesetzes gleich behandeln müsse – all dies gelte unabhängig von ihrer körperlichen oder geistigen Leistungsfähigkeit, ihrem Wohlstand oder anderer Faktoren (Coleman 1974: 69-88; Gamper 2018: 119-120; Maus 2011: 300-302).

Neben seinem Fokus auf Naturgesetze göttlicher und weltlicher Art unterscheidet Hobbes in einem Kapitel über „civill lawes“, worunter er Gesetze versteht, die jeder Bürger im Staat befolgen müsse um richtig von falsch zu unterscheiden, bereits zwischen mehreren Arten von Gesetzen. Dazu zählt etwa die Unterscheidung von distributiven und penalen Gesetzen, wobei erstere die Rechte der Subjekte bestimmen würden, letztere seien Strafgesetze. Die genannten Naturgesetze grenzt er von menschengemachten positiven Gesetzen ab, die im Gegensatz zu ersteren nicht ewig gültig seien.

Zudem gäbe es die Einteilung, wonach manche Gesetze als Grundgesetze (Fundamental Law) zu klassifizieren seien. Als solche seien Gesetze zu verstehen, die das Fundament des Staates bilden würden, durch die die Rechtsunterworfenen zum allgemeinen Wohl an den Willen des Souveräns gebunden seien, dies sei etwa bei die Befugnis, über zu Krieg und Frieden zu bestimmen, bei der Rechtsprechung und schließlich der Wahl von Amtsträgern der Fall (Coleman 1974: 57; Hobbes 2002 [1651]: Teil II, Kap. XXVI-XXVII).

2. Gesetzesstaat und Gemeinwille

Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution.

Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen (Art 16 der französischen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 1789; zit. n. Gamper 2018: 165.)

1689 und somit weniger als vier Jahrzehnte nach dem Erscheinen von Hobbes' *Leviathan* formulierte John Locke in den *Two Treatises of Government* eine eigene Theorie zum Gesellschaftsvertrag, die ganz im Sinne der aufkeimenden Philosophie der Aufklärung steht, Hobbes Absolutismus jedoch urliberale Gedankengut entgegenstellt. Diese beiden Hauptwerke der zwei britischen Philosophen sollten von Bedeutung für die amerikanische Revolution und Verfassungsentwicklung werden, wie sich im nachfolgenden Abschnitt noch zeigen wird.

Auch Locke beschreibt einen Naturzustand, in dem die Menschen sich zunächst befinden, wo lediglich Naturgesetze der Vernunft herrschen. Demnach seien alle Menschen frei, gleich und unabhängig – sie stimmen jedoch in weiterer Folge überein, gemeinsam einen politischen Körper (Staat) zu bilden, wodurch der Naturzustand zugunsten dieses Staates aufgehoben wird. Bei Freiheit handelt es sich in Lockes Verständnis um ein unveräußerliches Recht der Menschen, ohne höhere irdische Fremdbestimmung zu leben, das heißt, nicht nach anderen als den vernunftbasierten Naturgesetzen oder jenem Recht, das die Gemeinschaft beschlossen hat, deren Bestandteil sie zuvor freiwillig geworden sind. Mit diesem Freiheitsbegriff wird auch begründet, dass sich niemand, selbst durch Übereinkunft, in Sklaverei begeben könne (Berber 1973: 244-245; Snyder 1986: 729-732).

Im Staat sind die Menschen daher nicht Untertanen eines Leviathans, wie noch bei Hobbes, sondern freie Bürger:innen mit Rechten und Pflichten. Letztere erlegt Locke auch dem Staat selbst auf: Dieser habe zwar das Recht, Gesetze zu erlassen und diese, auch in Form von Strafen bei Nichtbefolgung, zu vollziehen, dies setze jedoch deren vorherige gehörige Kundmachung sowie eine Unparteilichkeit, Rechtschaffenheit und Gesetzesbindung der Richter voraus. Dem liegt bereits die Unterscheidung zwischen einer legislativen und einer exekutiven Staatsgewalt zugrunde, wobei die Gesetzgebung die

höchste Gewalt sei, deren Grenzen in der Macht der Individuen im Naturzustand liege. Mitunter wird in der Literatur noch eine dritte, sogenannte föderative, Gewalt, in Bezug auf die Beziehungen des Staates zu anderen Staaten formuliert, die jedoch zu jener der Exekutive gezählt werden kann.

Durch die Übertragung gewisser Rechte und Kompetenzen büßen die Menschen jedoch weder ihre Souveränität, noch ihre Freiheit ein. Vielmehr verbleibe dem Volk im Staat laut Locke (1977 [1690]: II/13 § 149) „*die höchste Gewalt, die Legislative abzuberufen oder zu ändern, wenn es der Ansicht ist, daß die Legislative dem in sie gesetzten Vertrauen zuwiderhandelt*“.

Das gesamte Staatshandeln sei zudem allein an den Prinzipien der Freiheit, Sicherheit und des Allgemeinwohls ausgerichtet, weshalb Locke bei groben oder beständigen Verletzungen dieser Prinzipien – etwa durch Überschreitung der dem Staat übertragenen Befugnisse durch diesen, oder durch dessen Ausübung von Gewalt, ohne dazu durch das Gesetz berechtigt zu sein – dem Staatsvolk auch ein Widerstandrecht zugesteht, da gesetzlose Gewalt einen Angriff darstelle, der einen (bereits dem ursprünglichen Naturzustand entgegengesetzten) Kriegszustand eintreten lasse. Dieser dauere bis zur Beendigung des Angriffes oder dem einvernehmlichen Friedensschluss an (Baumgold 2010: 14-19; Berber 1973: 245-246; Coleman 1974: 74-82, 88-89; Maus 2011: 337-338; Ratnapala 1993: 200-217).

Trotz seiner Forderungen nach Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung, die nicht nur die US-amerikanische Verfassungsgebung inspiriert haben, spricht Locke sich selbst nicht explizit für eine niedergeschriebene „constitution“ oder – wie Hobbes – für „fundamental laws“ aus, die genau dies verankern und dadurch auch absichern würden. „Fundamental laws“ sind für den gläubigen Christen nur jene, die sich aus der Natur ergäben und den Willen Gottes darstellen würden (Ratnapala 1993: 219-220; Wardle 2002: 292-297).

Eine Beschreibung des konstitutionell-monarchischen Systems Englands veröffentlichte im Jahr 1748 der französische Jurist und Philosoph Charles de Montesquieu mit seinem Werk *De l'Esprit des Lois*. Darin unterschied er bereits die drei Staatsgewalten der Legislative, der Exekutive und der richterlichen Gewalt und entwickelte dadurch die von John Locke im Second *Treatise of Government* mitbegründete Lehre von der Gewaltenteilung¹ – in, wie oben bereits dargestellt, eine legislative und eine exekutive Gewalt – nun entscheidend weiter. Montesquieu plädierte in *De l'Esprit des Lois* zudem für eine Trennung und Aufteilung dieser Gewalten zwischen den gesellschaftlichen Machtpolen König, Adel, Bürgertum um eine Verhinderung von Machtmissbrauch durch eine der drei sicherzustellen. Zudem

¹ Zu mittelalterlichen Vorläufern der modernen Gewaltenteilungslehre siehe: Fritz Kern (1980). Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter: zur Entwicklungsgeschichte der Monarchie. 7. Aufl., unveränd. Nachdr. d. 2. Aufl. von 1954. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft; Walter Ullman (1961). *Principles of Government and Politics in the Middle Ages*. London: Methuen.

spricht er sich für Verfassungen aus, denen er auch eine Schutzwirkung zugunsten der politischen Freiheiten von Bürger:innen eines Staates zuspricht (Grimm 2002: 105; Rogoff 1997: 48-49).

Während der betont liberale Vertreter der Aufklärung Locke, anders als noch Hobbes, argumentiert, dass der Souverän zum Wohle des Volkes dieses beherrsche und daher bei groben oder beständigen Verletzungen seiner Verpflichtung von diesem in Ausübung dessen Widerstandrechtes abgesetzt werden könne und Montesquieu noch drei teilsouveräne Staatsgewalten nebeneinander existieren lässt, begründete der Genfer Philosoph Jean-Jacques Rousseau in seinem 1762 erschienenen Werk vom Gesellschaftsvertrag (*Du contrat social ou Principes du droit politique*) die Theorie vom souveränen Volk als Träger aller Staatsgewalt.

Entgegen Lockes Lehre vom Gesellschaftsvertrag insistiert Rousseau, dass das Volk sich durch gänzliche Entäußerung (*aliénation totale*) diesem gänzlich und vorbehaltlos unterwerfen müsse, woraufhin es seine Souveränität als politischer Körper bzw. Körperschaft erhalte. In weiterer Folge überträgt es Herrschaftsrechte an eine Regierung, bleibt dadurch aber Trägerin der unveräußerlichen Souveränität. Was die staatliche Willensbildung anbelangt, ergäben sich aus dem Erfordernis des Gemeinwillens (*volonté générale*), der absolut ist und daher keine bloße Summe der Willen der Einzelnen (*volonté de tous*) darstellt, eine Beteiligung aller Bürger:innen am Gesetzgebungsprozess ohne politische Repräsentation, die allgemeine Gesetze beschließen müssten, welche alle Mitglieder des Gemeinwesens in selber Art und Weise betreffen. Die unterlegene Minderheit derartiger Abstimmungen hat sich daher in der Findung des Gemeinwohls geirrt, durch Zwang zum Gehorsam des Mehrheitsvotums wird der Einzelne zu seinem Glück und seiner wahren Freiheit gezwungen.

Obwohl Rousseau als Befürworter der direkten Demokratie gilt, stand er auch dieser kritisch gegenüber, da ihm bewusst war, dass die Bürger:innen sich nicht ständig zur Behandlung und Abstimmung politischer Materien versammeln würden und das für die Bevölkerungen ganzer Staaten schon aufgrund deren Größe als unmöglich herausstellen würde (Colón-Ríos 2020: 33-35, 50-51; Gamper 2018: 122-123, 199; Grimm 2002: 105; Maus 2011: 11, 49, 111, 326-337, 395-396).

Im zweiten Buch *Vom Gesellschaftsvertrag* unterscheidet Rousseau bereits zwischen „zivilen“ Gesetzen (*lois civiles*), Strafgesetzen (*lois criminelles*) und jenen „politischer“ Natur (*lois politiques*) – letztere, die das Verhältnis zwischen Staat und Volk regeln sowie Vorschriften über den Staat selbst enthielten, würden auch, wenn sie vernünftig seien, Grundgesetze (*lois fondamentales*) genannt werden. Generell müssten Gesetze (*lois*) sich immer an die gesamte Nation richten, was wohl die Gleichheit der Bürger:innen sicherstellen soll. Davon zu unterscheiden sei die exekutive Gewalt, die eine Regierung ausübt, worunter auch Vorschriften und Entscheidungen (*décrets*) fallen, die nur Einzelne oder Teile der Nation betreffen. Die erstmalige Verfassungs(gesetz)gebung eines Volkes, das noch nie in einer konstituierten Ordnung gelebt hat und daher keine Erfahrung mit der Erarbeitung

oder Erlassung einer solchen habe, erfolge daher durch das Volk selbst erst, nachdem ihm vom Gesetzgeber (*législateur*) ein Entwurf dazu unterbreitet wird. Bei diesem „Beherrscher der Gesetze“ dürfe es sich jedoch nicht gleichzeitig um denjenigen handeln, der über die Menschen herrsche (Colón-Ríos 2020: 35-37, 40-42, 46-47; Maus 2011: 331-332).

Einen bedeutenden Beitrag zur Begründung von Staat und Recht im deutschsprachigen Raum leistete im 18. Jahrhundert der Gelehrte Immanuel Kant. Kant beschäftigte sich mit Naturwissenschaft, Philosophie, Metaphysik und Ästhetik. 1797 erscheinen seine *Metaphysische[n] Anfangsgründe der Rechtslehre* als erster Teil des Werkes *Die Metaphysik der Sitten*. Darin knüpft Kant an Hobbes ebenso an wie an seinen Zeitgenossen Rousseau, wenn er etwa die Notwendigkeit des Staates in der Sicherung der Eigentumsrechte der Menschen sieht, die ohne diesen gefährdet wären.

Nur der Staat könne das Recht durchsetzen – dieses sei „*der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann*“ – wodurch alle frei und gleich leben könnten. Die Gleichheit aller steht mit deren Freiheit jedoch weder im Widerspruch, noch in Konkurrenz – vielmehr bedingt die gleiche Freiheit eines jeden Menschen deren Gleichheit (Berber 1973: 374-375; Mahlmann 2023: 143-146; Maus 2011: 159; von Schlieffen & Nolting 2018: 291-295, 300).

Freiheit kommt eine zentrale Rolle in Kants Rechtslehre zu, sie sei das einzige angeborene Recht des Menschen und würde bereits aus der menschlichen Vernunft folgen. Diese Vernunft, die ein Leben ohne von der nötigenden Willkür eines anderen abhängig zu sein bedeute, sei es auch, die die Menschen einsehen lasse, was bereits aus der Natur ableitbares Recht ist, und ihnen ermögliche, sich demgemäß zu verhalten. Dieses Naturrecht als Summe der Rechte, die einem jeden schon aus dem Menschsein zuteilwerden, gelte daher a priori. Ihm setzt Kant das von Menschen gemachte, positive Recht entgegen, das jedoch den Gesetzen der Vernunft nicht widersprechen dürfe.

Autonomie bedeutet für Kant Selbstgesetzgebung, diese ist jedoch nicht mit moralischer Ungebundenheit gleichzusetzen, sondern bedingt, dass der Mensch nur jenen moralischen Gesetzen folgen muss, die er sich auch selbst gegeben hat. Moral und Freiheit würden untrennbar zusammenhängen, der kategorische Imperativ – und nicht mehr etwa die Religion – dient der Bestimmung der Moral (Berber 1973: 375-379; Mahlmann 2023: 147-151; Maus 2011: 64-65, 159; von Schlieffen & Nolting 2018: 298-302).

Aus der Freiheit und Gleichheit aller Menschen folgt auch Kants Konzeption des Rechtstaates, der etwa aus der Einteilung der drei Staatsgewalten besteht, wobei nur [!] dem Volk nach dessen „vereinigtem Willen“ die Gesetzgebung zukommen könne. Jedoch unterscheidet Kant hier nach der finanziellen Selbsterhaltungsfähigkeit zwischen aktiven und passiven Staatsbürgern und lässt nur ersteren das

politische Mitwirkungsrecht an der Legislative zukommen. Die Exekutive übt ein König als Regent aus, der zwar unter dem Gesetz steht und durch den Kant durch dieses verpflichtet sieht, er kann aber für seine Handlungen nicht bestraft werden, da das eine Tätigkeit der ausübenden Gewalt darstellen würde, die im Monarchen selbst verortet ist (Berber 1973: 379-382; Mahlmann 2023: 151; Maus 2011: 38, 50, 53, 64-65, 126-128, 151; von Schlieffen & Nolting 2018: 302-308).

3. Menschenrechte statt Monarch: Amerikanische und Französische Revolution

Ein bedeutender Meilenstein für die moderne Verfassungsentwicklung der westlichen Welt waren die Revolutionen in Frankreich (1789-1799) und Nordamerika (1775-1783). Gemeinsamkeiten gibt es sowohl biographischer als auch inhaltlicher Natur – so haben nicht nur die US-amerikanischen Gründerväter Thomas Jefferson, Benjamin Franklin und Thomas Paine Frankreich bereist und die dortigen politischen Umbrüche selbst miterlebt, sondern wurde Paine infolge seiner Verteidigungsschrift für die bereits angelaufene Französische Revolution, „*Rights of Man*“, im Jahr 1792 sogar in die Französische Nationalversammlung gewählt und arbeitete dort auch an einem republikanischen Verfassungsentwurf mit. Bereits 1776 erschien sein Pamphlet „*Common Sense*“, in dem er sich für die Unabhängigkeit der amerikanischen Kolonien von Großbritannien und für Demokratie und Menschenrechte als Basis einer zu gründenden, republikanischen Nation namens „Vereinigte Staaten von Amerika“ eingesetzt hat (Henkin 1994: 213-217; Rogoff 1997: 25-26, 47-48).

Die amerikanischen Revolutionäre und das britische Mutterland waren etwa in Steuer- und Zollangelegenheiten, aber auch bezüglich ihrer politischen Partizipation uneins – wobei die einzelnen Streitpunkte durchaus interdependent waren ("no taxation without representation"). So forderten sie etwa eine vom Volk ausgehende, schriftliche, und die Regierungsgewalt bindende „constitution“, die die Macht der britischen Krone regeln und dadurch auch begrenzen sollte. Erst als ihnen alle Forderungen verweigert wurden, und ein Krieg bereits unmittelbar drohte, erklärte sich im Juli 1776 jede Kolonie zu einem unabhängigen, souveränen, sich selbst regierenden „state“, und alle *states* sich als Gesamtheit in weiterer Folge zu den Vereinigten Staaten von Amerika, woraufhin sie sich geschriebene, republikanische Verfassungen gaben.

Schon diese waren durch das Erbe von Aufklärung und Naturrecht etwa des Philosophen John Locke geprägt, was sich in ihren umfangreichen Grundrechtsbestimmungen widerspiegelte. Die Virginia Bill of Rights aus dem Jahr 1776 war der erste Grundrechtekatalog, sie und die im gleichen Jahr verabschiedete Unabhängigkeitserklärung enthielten bereits diverse Menschen- und Bürgerrechte, wie das als offenkundig („self-evident“) angenommene Bekenntnis, dass alle Menschen von Gott gleich geschaffen seien, und dass sie mit bestimmten unveräußerlichen Rechten versehen worden seien, zu denen das Recht auf Leben, auf Freiheit und das Streben nach Glück zählen würden. Zudem wurde ein

Recht des Volkes postuliert, seine Regierungsform zu ändern, wenn es mit der Regierung nicht einverstanden ist. 1787 hat die Philadelphia Convention schließlich die erste Verfassung der USA verabschiedet, die diese nun als demokratischen Bundesstaat konstituiert hat (Berber 1973: 258-264; Grimm 2002: 104-105; Loewenstein 1959: 6-7, 473-477; Mergel 2022: 85-86; Robertson 2015: 20-22).

Bemerkenswert ist in den Zusammenhang, dass in den *Federalist Papers*, einer Reihe politischer Essays der Gründerväter Alexander Hamilton, James Madison und John Jay zu staatsrechtlichen und – politischen Fragen des neu gegründeten Staates, diese den Staat als Republik, nicht aber als Demokratie, etabliert haben wollten, da letztere – im klassischen, nicht modern-repräsentativen Verständnis – eine grenzenlose, tyrannische Macht der Mehrheit bedeute. Dies gälte es durch die republikanische Verfassung zu verhindern, indem etwa der Präsident nur indirekt und Kongressabgeordnete aus ihren Wahlkreisen nach dem Mehrheitsprinzip gewählt werden.

Weiteren Einfluss auf grundlegende Prinzipien vor allem von Aufbau und Organisation des Staates hatte vor allem Montesquieus *De L'esprit des Lois* hinsichtlich Gewaltenteilung sowie Adam Smiths *The Wealth of Nations* aus 1776, in dem der schottische Wirtschaftsphilosoph ein Plädoyer gegen staatlichem Merkantilismus liefert und sich für die Vorzüge freier Märkte ausspricht (Gamper 2018: 88-89, 144, Lorenz 2008: 14; Mergel 2022: 86-87; Robertson 2015: 19-20).

Nachdem der französische König Ludwig XVI. im Sommer 1788 die Generalstände einberufen hat, was bereits seit 174 Jahren nicht mehr geschehen war, erschien im darauffolgenden Jänner ein anonymes, politisches Pamphlet mit dem Titel „*Qu'est-ce que le Tiers-État?*“. Verfasst wurde dieses von einem der Vertreter ebenjenes Dritten Standes auf deren Versammlung, dem Priester Emmanuel-Joseph Sieyès, welcher erst ab der dritten Auflage auch namentlich genannt wurde (Berber 1973: 292-293, 296-298; Rubinelli 2020: 33, 44-45; Mergel 2022: 89).

Nach einer Besprechung über die Funktionsweisen einer Gesellschaft, die den Dritten Stand etwa als vollständige Nation darstellt, der schon bisher zentral für das Funktionieren des Staates gewesen sei, wurden dessen zentrale Forderungen für eine stärkere politische Mitbestimmung dargestellt, und in weiterer Folge das vermeintliche Vorbild England besprochen, dessen in Ober- und Unterhaus geordnetes Parlamentssystem der Adelsstand nach Aufkeimen der Revolution unterbreitet hat. Dem *Tiers-État*, und somit der Nation, gehöre an, wer arbeite – sei es in der Landwirtschaft, als Arbeiter, als Händler, oder sogar als Staatsbeamter. Ausgeschlossen bleibt dadurch vor allem der Adel als nichtproduktive Klasse.

Sieyès will für den Dritten Stand jedoch mehr – in seinem fünften, „*Was man hätte tun sollen*“, betitelten Kapitel, zeigt er auf, dass die Macht des *Ancien Régime*, im Sinne der Revolution, überwunden werden soll, und entwirft eine Theorie eines modernen, französischen Nationalstaates.

Statt Generalständen, die 1789 aus je 300 Vertretern des weltlichen und des geistlichen Adels, neben 600 Vertretern des Dritten Standes bestanden haben – obwohl letzterer etwa 96 Prozent der Bevölkerung ausgemacht hat – solle eine Nationalversammlung das aus freien, gleichberechtigten Bürger:innen bestehende Volk vertreten. Die Nation solle ferner auf Grundlage einer Verfassung errichtet werden, welche dann auch die Grundlage zur Beilegung von Streitigkeiten böte (Berber 1973: 298; García López 2017: 121-123; Groethuysen 1989: 191; Rubinelli 2020: 34-36).

Seine überragende Bedeutung in der politischen und Rechtstheorie erklärt sich aber vor allem durch Sieyès' Unterscheidung zwischen der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes (*pouvoir constituant*), und der durch die Verfassung eingesetzte Gewalt (*pouvoir constitué*). Obwohl Sieyès den Begriff „Souveränität“ vermieden hat, wurde er so zu einem wichtigen Vertreter der Lehre von der Volkssouveränität, da nur das Volk bzw. die Nation – direkt oder durch seine Vertreter:innen – seinem Gemeinwesen eine Verfassung zugrunde legen dürfe, und eine solche allenfalls auch ändern. Die Grenzen bildete dabei nur das natürliche Recht, in diesem Rahmen sei der Wille der Nation stets legal.

Den auf diese Weise konstituierten Gewalten stehe dies jedoch nicht zu, da sie an den Bedingungen, zu denen ihnen von den Bürger:innen Macht in die Hände gelegt wurde, nichts ändern dürften. Während Volk und Nation schon „vor allem anderen“ aufgrund des Naturrechts bestünden, wird der Staat als Bündel von Institutionen nach Sieyès' Theorie erst durch die Ausübung der konstituierenden Gewalt, und somit auf Basis des positiven Rechts, gegründet. Das Volk beauftragt daher mittels Verfassung die Regierung und setzt gleichzeitig die Grenzen der dafür übertragenen Macht fest – das Volk selbst und seine konstituierende Gewalt werden durch die Verfassungsgebung aber keinesfalls in ihrer Macht begrenzt, sondern seien dieser gar nicht unterworfen.

Sieyès nimmt auch Anleihen an Rousseau, der den Staat, respektive die Nation, als eine von Menschen gebildete Einheit angesehen hat anstatt dessen Existenz schon vorauszusetzen. Beide haben sich zudem Gedanken gemacht, wie in einer Demokratie die Verwirklichung des Volkswillens sichergestellt werden kann, jedoch hat Sieyès anstelle von Rousseaus Ablehnung repräsentativer Demokratie das dargestellte Modell der Vertretung des Volkes in politischen Belangen ersonnen (Colón-Ríos 2020: 54-76; Groethuysen 1989: 144-145, 157-163, 166-168, 191-192; Grimm 2002: 106; Rubinelli 2020: 19, 46-50, 56-61).

Bereits im Juni 1789, und somit kein halbes Jahr nach dem Erscheinen von *Qu'est-ce que le Tiers État?* wurde Sieyès' Vorstellung Rechnung getragen und der Dritte Stand erklärte sich zur Nationalversammlung (*assemblée nationale*). Am 14. Juli folgte der Sturm auf die Bastille, der nicht zuletzt dank seiner ungebrochen hohen Symbolkraft noch heute als französischer Nationalfeiertag begangen wird, bevor die Nationalversammlung im August 1789 die Erklärung der Menschen- und

Bürgerrechte (*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*), den ersten Grundrechtekatalog in Europa, verabschiedet hat.

Ein weiterer Meilenstein war schließlich die Erlassung der Verfassung im September 1791, wodurch Frankreich zunächst zu einer konstitutionellen Monarchie wurde, sowie ein Jahr darauf die Absetzung des Königs und Ausrufung der Republik. Die Verfassung aus 1791 fußt auf dem bereits in der Menschen- und Bürgerrechtserklärung niedergeschriebenen Grundsatz der Gewaltenteilung: Diese erfolgt im Sinne Montesquieus und der US-amerikanischen Verfassung in die der Nationalversammlung anvertraute Gesetzgebung, die unabhängig judizierenden Gerichten obliegende Judikative und die dem König unterstehende Exekutive. Auf sie folgte im Juni 1793 die mit Volksabstimmung in Kraft gesetzte Verfassung der Republik (Berber 1973: 298-301, Mergel 2022: 89-90).

Infolge der Radikalisierung der andauernden Revolutionsbewegung errichtete Jakobinerführer Maximilien de Robespierre 1793 eine Terrorherrschaft, die den Revolutionsgeist – entgegen ihres Ansinnens – bedeutend geschwächt hat. Da sich mit Preußen, Österreich, Großbritannien, Spanien, mehreren italienischen Königreichen und später auch Russland und das Osmanische Reich fast alle europäischen Mächte gegen Frankreich verbündet haben, folgte die Periode der Koalitionskriege, in denen der französische General Napoléon Bonaparte entscheidende Siege erringen konnte. 1804 krönte er sich schließlich zum Kaiser („*Empereur des Français*“), woraufhin der römisch-deutsche Kaiser Franz II. das Heilige Römische Reich für erloschen erklärte und das Kaisertum Österreich ausgerufen hat, zu dessen Kaiser er sich krönte.

C. Revolution und Verfassungsentwicklung im deutschsprachigen Raum

Nachdem Napoléon besiegt war, wurde Europa am Wiener Kongress 1814-1815 neu geordnet. Die deutschen Fürsten und Stadtrepubliken, einschließlich der Habsburger und ihrer Länder, vereinigten sich zum Deutschen Bund, der einen Staatenbund auf Grundlage der Deutschen Bundesakte – einem völkerrechtlichen Vertrag – darstellte. Dessen Artikel 13 sah zwar vor, dass in allen Bundesstaaten eine „landständige Verfassung“ stattfinden werde, dem sind jedoch nur einzelne Mitgliedsstaaten nachgekommen. Insbesondere Preußen und Österreich, letzteres unter dem Einfluss von Staatskanzler Fürst Metternich, setzten lieber auf Restauration der alten Ordnung, einschließlich strenger Zensur und Überwachung der Bürger:innen (Berber 1973: 293-294, 302, 338-341; Bruckmüller 2019: 295-297; Fehrenbach 2007: 2-5; Mergel 2022: 90-94).

Ausgehend von Frankreich, wo im Februar 1848 König Louis Philippe vom Volk abgesetzt und die Zweite Republik proklamiert wurde („Februarrevolution“), folgte ab dem Jahr 1848 schließlich eine gesamteuropäische Revolution. Im Deutschen Bund, einschließlich der von den Habsburgern beherrschten Gebieten, kam es zu revolutionären Aufständen („Märzrevolution“). Diese haben zunächst zum Rücktritt von Staatskanzler Metternich geführt, sowie zu Planungen der Errichtung eines Deutschen Reiches auf Grundlage einer Deutschen Reichsverfassung durch eine Nationalversammlung in der Frankfurter Paulskirche (Berber 1973: 339-341; Bruckmüller 2019: 297-306, 325-348, 355; Mergel 2022: 97).

Im Österreichischen Kaiserreich wurden Proteste zwar zunächst noch brutal und blutig niedergeschlagen, da die Fackel der Revolution aber bereits entfacht war und sich nicht mehr bändigen ließ, versprach Kaiser Ferdinand I., wie auch Friedrich Wilhelm IV. von Preußen nur wenige Tage nach ihm, noch im März 1848 eine Verfassung für sein Volk. Ferdinand I. schaffte die Zensur ab, ersetze Staatsrat und -konferenz durch Ministerrat und -präsidenten, und gab seinem Innenminister Franz von Pillersdorf den Auftrag, gemeinsam mit einem ständischen Zentralausschuss die versprochene Verfassung zu entwerfen (Bruckmüller 2019: 348-355; Fehrenbach 2007: 40-45).

Die Ergebnisse der deutschen und österreichischen Verfassungsentstehungsprozesse von 1848 sowie die Meilensteine der weiteren Verfassungsentwicklungen bis ins 20. Jahrhundert sollen aufgrund ihrer Bedeutung für die heute gültigen Verfassungen der beiden Länder in den beiden folgenden Unterabschnitten, in gebotener Kürze, skizziert werden.

1. Von der Pillersdorfschen Verfassung zum B-VG

Am 25. April 1848, sohin nur wenige Wochen nach Kaiser Ferdinand I.s Versprechen, hat dieser die erste Verfassung Österreichs oktroyiert. Ihr räumlicher Geltungsbereich war auf die cisleithanischen

Länder beschränkt. Da sich die Bevölkerung statt einem royalen Oktroi eine Verabschiedung unter Mitwirkung des Volkes erwartet hat, aber auch wegen des Inhaltes der neuen Verfassung, regte sich Unmut. Zwar enthielt auch das Werk Pillersdorfs bereits grundlegenden Bürger:innen- und Menschenrechte wie die „*volle Glaubens- und Gewissens- so wie die persönliche Freyheit*“ (§ 17) und Garantien im Bereich der Rechtsprechung, gleichzeitig waren unpopuläre, frühkonstitutionelle Elemente wie die zentrale Stellung des Kaisers enthalten, der als „geheiligt und unverletzlich“ galt, im Gegensatz zu den Minister:innen für die Ausübung der Regierungsgewalt nicht verantwortlich war und dem jederzeit ein absolutes Veto gegen sämtliche Gesetzesbeschlüsse des Reichstages zugekommen ist. Der Reichstag sollte wie in Großbritannien aus einem vom Monarchen primär aus Adeligen zusammengesetzten Senat als Oberhaus und einer Abgeordnetenkammer als demokratisch gewählte Volksvertretung bestehen (Bruckmüller 2019: 352; Kořalka 2001: 34-47; Reyntjens 1988: 182-184; Walter 1970: 71).

Nachdem im Oktober 1848 die Revolution auch in Wien wieder aufgeflammt ist („Wiener Oktoberrevolution“) und Kaiser wie Reichstag aus Wien fliehen mussten, hat der Verfassungsausschuss des Reichstages im Exil im mährischen Kremsier (Kroměříž) eine neue Verfassung konzipiert. Dessen hochkonstitutioneller Verfassungsentwurf hat ein Bekenntnis zur Gewaltenteilung und einer unabhängigen Justiz enthalten, sowie ein oberstes Reichsgericht, das etwa für Grundrechtsverletzungen oder Anklagen der politisch und rechtlich verantwortlichen Minister zuständig sein sollte, vorgesehen. Er trat jedoch nach erfolgreicher Niederschlagung der Revolution durch die kaiserlichen Truppen nie in Kraft.

Stattdessen wurde der Reichstag wieder aufgelöst und im März 1849 eine neue Verfassung samt Grundrechtepatent für Cisleithanien mittels kaiserlichem Oktrois erlassen („Oktroyierte Märzverfassung 1849“), die wieder den Monarchen als Träger der Souveränität vorgesehen hat. Nachdem auch diese zu Silvester 1851, abermals mit kaiserlichem Patent, sowie zur Gänze und ersatzlos, beseitigt wurde, begann eine neue Ära absoluter, monarchischer Herrschaft (Bruckmüller 2019: 361, 369-370, 374-377; Stourzh 2011: 46-48, 81-83; Walter 1970: 75-79, 84-85).

Der nächste Meilenstein folgte durch den Ausgleich Österreichs und Ungarns in Form der Dezemberverfassung 1867. Ihr Kernstück bildeten fünf Staatsgrundgesetze, diese waren das novellierte Grundgesetz über die Reichsvertretung, das Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger, das Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichts, das Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt und schließlich das Staatsgrundgesetz über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt. Erstmals entstand eine österreichische Verfassung damit nicht durch monarchischen Oktroi, sondern durch ein Miteinander von dem zum Parlament

aufgewerteten Reichsrat und dem Kaiser, dessen Macht in der erlassenen Verfassung gleichsam beschränkt wurde.

Bei der Dezemberverfassung 1867 handelte es sich zwar wiederum um eine Verfassung mit klassisch frühkonstitutionellen Elementen, die dem Monarchen etwa absolute Vetos in Reichs- und Landesgesetzgebung zubilligten, oder den Reichsrat nicht als Volksvertretung, sondern als zur Gänze nicht direkt gewählte Vertretung, sowohl des Adels (Herrenhaus), als auch der Länder (Abgeordnetenhaus), eingesetzt hat. Dennoch beinhaltet die Dezemberverfassung 1867 auch fortschrittliche Elemente, die dem Kaiserreich wesentliche Elemente eines Rechtstaates zugrunde legen, wie durch die Etablierung von Bürger:innen- und Menschenrechten als subjektiv-öffentliche, gerichtlich durchsetzbare Rechte, die Einführung einer gerichtlichen Kontrolle der Verwaltung durch Reichsgericht und Verwaltungsgerichtshof, die Trennung von Gesetzgebung und Verwaltung in allen Instanzen, oder die strikte Bindung des gesamten Regierungs- und Vollzugshandelns an das Gesetz (Legalitätsprinzip), was maßgebend für die weitere Verfassungsentwicklung werden sollte (Brauneder 2009: 154-163; Bruckmüller 2019: 372-374, 380-383; Lentze 1970: 103-108; Tzöbl 1970: 87-99).

Der Erste Weltkrieg führte schließlich zum Ende der österreichischen Monarchie, die versammelten deutschsprachigen (österreichischen) Abgeordneten des vor Kriegsbeginn gewählten Reichsrats bildeten in weiterer Folge eine Provisorische Nationalversammlung (ProvNV) und beschlossen am 12. November 1918 die Gründung der Republik Deutsch-Österreich. Gemäß der provisorischen Verfassung war nun nicht mehr der Monarch, aber auch nicht das bald folgende republikanische Staatsoberhaupt, sondern das Volk der Souverän. So heißt es bereits im ersten Artikel des Gesetzes über die Staats- und Regierungsform von Deutschösterreich (StGBI. Nr. 5/1918): „Deutschösterreich ist eine demokratische Republik. Alle öffentlichen Gewalten werden vom Volke eingesetzt.“

Um das Ziel der Schaffung einer neuen, republikanischen, demokratischen Verfassung zu realisieren, hat der neue Staatskanzler Karl Renner im Mai 1919 den Wiener Staatsrechtler und Universitätsprofessor Hans Kelsen beauftragt. Kelsen hat bis Herbst 1919 sechs Entwürfe erarbeitet, die von einem für die Verfassungsreform eigens geschaffenen Staatssekretär daraufhin mit den Ländern verhandelt wurden (Brauneder 2001: 110-126, 2009: 197-199; Bruckmüller 2019: 464-468, 476-486; Goldinger 1970: 112-115; Schmitz 1981: 12-14, 27-33).

In seine Verfassungsentwürfe sind naturgemäß auch Hans Kelsens eigene Vorstellungen eingeflossen, da Kanzler Renner an inhaltlichen Vorgaben bloß eine bundesstaatliche Ausprägung des Staatsgefüges, dessen Macht aber schwerpunktmäßig beim Bund liegen sollte, sowie eine parlamentarische Republik als Staatsform, verlangte. Kelsen nahm sich dabei primär die deutsche Reichsverfassung aber auch jene der Schweiz zum Vorbild, zudem sollte das institutionelle Gefüge aus der geltenden Verfassung soweit möglich bestehen bleiben.

In seinem ersten, 131 Artikel umfassenden Entwurf, bildete ein freier Bund aus „souveräne[n] Ländern“ die Republik Deutsch-Österreich und bezieht diese ihre Staatsgewalt von den Ländern. Zudem waren großteils aus dem StGG 1867 übernommene Grund- und Freiheitsrechte enthalten und wurde die ordentliche Gerichtsbarkeit ebenso dem Bund zugewiesen wie der bereits bestehende Verwaltungsgerichtshof und ein zu erschaffendes Bundesverfassungsgericht. Die Bundesgesetzgebung sollte aus einer vom Bundesvolk unmittelbar gewählten Bundesversammlung und einem Bundesrat erfolgen, dessen Mitglieder von den Landesversammlungen als ebenfalls direkt gewählte Landesgesetzgeber beschickt werden.

Leitidee auch der weiteren Entwürfe war die Rechtsstaatlichkeit, die sich etwa in der Kontrolle der gesamten Bundes- und Landesverwaltung aber, hinsichtlich ihrer Konformität mit Bundesverfassungsrecht, auch der Gesetzgebung von Bund und Ländern, durch die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Recht manifestiert, und im stets vorzufindenden Prinzip der Gewaltenteilung. Kelsen selbst lehnte den Bundesstaat samt deren starker Rolle der Länder als monarchisches Relikt ab und befürwortete an dessen Stelle einen starken Zentralstaat, in dem etwa, nach deutschem Vorbild, Bundesrecht Landesrecht brechen sollte. Nach weiteren Verhandlungen wurde am 1. Oktober 1920 das Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) beschlossen. Jedoch wurde keine politische Einigung über den Grundrechtekatalog erzielt, weshalb jener aus der Dezemberverfassung 1867 übernommen und zu Verfassungsrecht der Republik erklärt wurde.

Mit der Verfassungsnovelle 1929 wurde das parlamentarische System Österreichs durch Direktwahl und Aufwertung der Kompetenzen des Bundespräsidenten, vor allem im Zusammenhang mit der Regierungsbildung, aber auch durch die Verankerung von Notverordnungskompetenzen, zum bis heute bestehenden parlamentarisch-präsidentiellen Mischsystem umgewandelt (Ableitinger 2017: 21-28; Brauneder 2001: 123-126; Bruckmüller 2019: 485-498; Gehler 2020: 33-35; Goldinger 1970: 115-117; Schmitz 1981: 27-60; Olechowski 2009: 207-227).

Im März 1933 errichtete der christlichsoziale Bundeskanzler Engelbert Dollfuß durch einen Staatsstreich ein autoritäres Regime, nach seiner Ermordung und in der Amtszeit seines Nachfolgers, Kurt Schuschnigg, kam es im März 1938 zum „Anschluss“ Österreichs an das bereits von Adolf Hitler beherrschte Deutsche Reich.

Nach dem Zweiten Weltkrieg hat Österreich sich im April 1945 für (wieder) unabhängig erklärt, es wurde das B-VG aus 1920 in der Fassung von März 1933 erneut in Kraft gesetzt. Im Mai 1955 erfolgte der Staatsvertrag zu Wien und die Erklärung Österreichs zu immerwährender Neutralität. Nach dem Beitritt zur UNO und dem Europarat, folgte mit Wirkung vom 1. Jänner 1995 der für Österreich politisch wie rechtlich bedeutsame Beitritt zur Europäischen Union, dem ein gesamtänderndes

Bundesverfassungsgesetz samt obligatorischer Volksabstimmung vorausgegangen ist (Bruckmüller 2019: 515-522, 580-583, 606-609; Jedlicka 1970: 120-137; Vocelka 2019: 113-117, 123).

2. Aus der Paulskirche über Weimar zum Grundgesetz

Bereits seit der Gründung des Deutschen Bundes traf sich in Frankfurt am Main regelmäßig die Bundesversammlung, bestehend aus Gesandten der Mitgliedsstaaten, unter Vorsitzführung des österreichischen Vertreters. Ab März 1848 begannen Vorbereitungen zur Schaffung einer nationalen Bundesverfassung, der erste Entwurf dazu fand jedoch weder in der Bundesversammlung, noch unter den deutschen Regenten eine Mehrheit. Nach Konstituierung der Deutschen Nationalversammlung am 18. Mai 1848 in der Frankfurter Paulskirche hat die Nationalversammlung als erstes gesamtdeutsches Parlament einen neuen Versuch unternommen, eine Verfassung als Grundlage für das von der Bevölkerung ersehnte Deutsche Reich zu erarbeiten. Der von ihr erarbeitete Grundrechtekatalogs wurde im Dezember 1848 in Geltung gesetzt, er normierte etwa die Gleichheit aller Deutschen vor dem Gesetz und richtete sich damit gegen die bisher geltende, ständische Ordnung der Gesellschaft und die Vorrechte des Adels (Berber 1973: 339-341; Fehrenbach 2007: 51-56; Müller 2006: 4-5, 30-35; Stourzh 2011: 71-72).

Im März 1849 war auch der Entwurf einer Verfassung des Deutschen Reichs fertig, er wurde jedoch von mächtigen Bundesstaaten wie Preußen und Österreich abgelehnt. Spannungen zwischen diesen beiden Häusern eskalierten 1866 in Form des Deutschen Krieges, der zur Auflösung des Deutschen Bundes führte. 1871 wurde das Deutsche Reich auf Grundlage der Deutschen Reichsverfassung gegründet, sein Kaiser musste der König von Preußen sein. Reichskanzler wurde der bisherige Bundeskanzler des Norddeutschen Bundes, der preußische Ministerpräsident Otto von Bismarck. Der Souverän im Deutschen Reich waren nun die Länder, deren Interessen vom Bundesrat als föderalistisches Organ vertreten wurden (Berber 1973: 341-344; Fehrenbach 2007: 43-45, 67-70; Frotscher & Pieroth 2022: 210-216; Müller 2006: 35-42, 45-49; Wehler 1975: 60-63).

Der nächste Wendepunkt der deutschen Verfassungshistorie wurde durch die Revolution im Herbst 1918 ausgelöst. Infolge des bereits seit vier Jahren andauernden Krieges, der auch der Bevölkerung des Deutschen Reiches viel abverlangt hatte, wurde schließlich am 9. November 1918 das Ende der Monarchie ausgerufen und der Sozialdemokrat Friedrich Ebert von Prinz Max von Baden, dem Reichskanzler Kaiser Wilhelms II., zum neuen Reichskanzler ernannt. Wilhelm II. und die Reichsfürsten mussten abdanken, die Privilegien des Adels wurden abgeschafft und am 31. Juli 1919 die Weimarer Reichsverfassung erlassen (Schulz 1976: 11-23, 28-29).

Bereits in deren Artikel 1 wurde nicht nur die Staatsform des Reiches als Demokratie angegeben, sondern auch das Volk als Quelle der Staatsgewalt ausgemacht. Neben diesem Bekenntnis zur

Volkssouveränität wurden etwa eine volksunmittelbare Wahl und Abwahl des Reichspräsidenten (ab 1925) ebenso verankert wie Elemente direkter Demokratie. Die Regierung wurde hingegen Kollegialorgan und von der Zustimmung der Mehrheit im Reichstag abhängig. Das Verhältnis von Reich und Ländern hat die Verfassung nun zugunsten einer Vormachtstellung von ersterem umgekehrt und damit die Reichszentralgewalt gestärkt, was sich etwa im Grundsatz zeigte, dass Bundesrecht Landesrecht bricht, zudem wurde der Reichstag auf Kosten der übrigen Organe mit mehr Kompetenzen ausgestattet und als neues Staatsorgan wurde ein Staatsgerichtshof eingeführt.

Erwähnenswert ist zudem die weiterhin zentrale Stellung des Staatsoberhauptes, das etwa Referenden durchführen lassen kann, wenn der Reichsrat Beschlüssen der Reichsregierung nicht nachkommen will, aber auch weitgehende Notkompetenzen im Bereich der Legislative, einschließlich der Suspendierung von Grundrechten. Auch die Grundrechte kehrten in Form der Artikel 109 bis 165 zurück und wurden dabei um soziale Grundrechte, aber auch um Grundpflichten gegenüber der Gesellschaft und Einrichtungsgarantien ergänzt.

Die Prinzipien der Weimarer Verfassung lassen sich daher als republikanisch, bundesstaatlich, parlamentarisch-demokratisch und rechtsstaatlich umschreiben, aus den für die damalige Zeit bereits sehr fortschrittlichen sozialen Grundrechten ist zudem bereits der Ursprung eines Sozialstaatsgrundsatzes ableiten (Berber 1973: 348-351; Ciftci 2019: 281, 290-291; Frotscher & Pieroth 2022: 260-272; Schulz 1976: 35-40).

Neben politischen Kämpfen, die bereits die Gründung der Republik begleitet haben, gab es auch intensive Auseinandersetzungen zwischen den damals namhaften Vertretern der Staatsrechtslehre um die Verfassung des Deutschen Reiches. Zu nennen sind hier vor allem Heinrich Triepel, Erich Kaufmann, Rudolf Smend und nicht zuletzt Carl Schmitt. Deren Kontroversen begannen bei grundsätzlichen Fragen wie jener nach dem Geltungsgrund dieser revolutionären Verfassung und beinhalteten unterschiedliche Auffassungen zur idealen Staatsorganisation ebenso wie zum Grundrechtekatalog (Ciftci 2019: 280-281; Huber 1988: 14-18; Mehring 1995: 177-180; Tanner 1989: 4-6).

Im Folgenden soll kurz ein Augenmerk auf Schmitts Positionen gelegt werden, da es sich bei ihm nicht nur um einen der bedeutendsten und wohl gleichzeitig umstrittensten Juristen der Weimarer Jahre handelt, sondern gleichzeitig um denjenigen der genannten, dessen Œuvre fast zur Gänze auch international rezipiert wurde und dessen Aktualität sich von seinem unten in Kapitel I.D.3. dargestellten Streit mit Hans Kelsen über die Staatsgerichtsbarkeit, über Schmitts Bedeutung für die ebenfalls noch unten untersuchte weitere deutsche Verfassungsentwicklung im Zusammenhang mit dem Grundgesetz bis ins 21. Jahrhundert ungebrochen gehalten hat.

Relevant sind in dem Zusammenhang vor allem Carl Schmitts 1923 erstmals erschienene Abhandlung über *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, sein allgemeineres Werk *Verfassungslehre* aus 1928, sowie seine beiden 1931 und somit bereits im Endstadium der Weimarer Republik veröffentlichten Werke *Legalität und Legitimität* über die Weimarer Verfassung und Probleme ihres Systems der Gesetzgebung und schließlich *Der Hüter der Verfassung*.

Bereits 1923 hat Schmitt gegen das System der parlamentarischen Demokratie angeschrieben, indem er zwischen Demokratie und Parlamentarismus differenziert, da die beiden nicht miteinander vereinbar seien. Parlamentarismus sei etwas liberales, aber nichts demokratisches, Demokratie setze Homogenität ebenso voraus wie „die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen“, womit Schmitt sich gegen die Gleichberechtigung und –behandlung aller Bürger:innen wendet. So hätten seit der antiken Anfangszeit zur Demokratie immer auch Sklaven gehört oder Menschen, denen keine gleichen, oder gar keine Rechte zugestanden werden, oder denen die Ausübung von politischer Gewalt verwehrt geblieben wäre.

Hingegen seien Demokratie und Diktatur keine Gegensätze, da das Volk auch ohne geheime Abstimmungen bei Wahlen oder Repräsentation in Parlamenten durch Zuruf – in der Sphäre der Publizität – seinen Willen äußern könne, wofür Schmitt jedoch die für andere Gedanken sehr wohl geäußerten historischen Belege schuldig bleibt. In diesem Sinne seien zudem Bolschewismus und Faschismus zwar antiliberal und antiparlamentarisch aber nicht undemokratisch, überdies würden sie eine Homogenität des Volkes schaffen (Roth 2005: 141-146, 149-150; Frotscher & Pieroth 2022: 292-294; Mehring 1991: 203-206, 209-213).

Zum Geltungsgrund der Deutschen Reichsverfassung von 1919 lässt sich einiges aus Schmitts *Verfassungslehre* gewinnen. Dabei unterscheidet er zunächst zwischen Verfassung und Verfassungsgesetz. Die Verfassung im positivrechtlichen Sinn entstehe durch einen Akt der verfassunggebenden Gewalt. Hier knüpft Schmitt sichtlich an der Lehre vom *pouvoir constituant* von Abbé Sieyès an. Der Akt der Verfassungsgabe lasse Form und Art bzw. Gestalt der politischen Einheit entstehen, die politische Einheit als solche bestehe jedoch schon präkonstitutionell. Im Falle des Deutschen Reiches bedeute das, dass dessen Einheit nicht auf den 181 Verfassungsartikeln und deren Gelten beruhe, sondern auf der politischen Existenz des deutschen Volkes, das sich diese Verfassung gegeben habe. Die „Substanz“ dieses Volkes sei gleichartig.

Die einzelnen Verfassungsgesetze seien das, was zwar nach formalen Kriterien – wie Erwähnung in einer Verfassungsurkunde, besondere Bestimmungen zur Abänderbarkeit im Gegensatz zur gewöhnlichen Gesetzgebung – Verfassungsrecht sei, unabhängig von seinem Inhalt. Mit dieser Unterscheidung zwischen materiellem Verfassungsrecht, das Aufbau und Organisation des Staates regelt, und formellem Verfassungsrecht, wofür Schmitt Beispiele wie das Recht der Beamten auf

Einsicht in ihre Personalnachweise nennt, wendet er sich aber grundlegend gegen die Gleichheit aller 181 Artikel der Weimarer Verfassung, etwa auch gegen jene der für ihn zentralen Vorschriften zur Staatsorganisation im ersten und der Grundrechte im zweiten Teil der Verfassung. Die Bestimmungen über Grundrechte und –pflichten seien vielmehr überspannt worden (Ciftci 2019: 280-281, 285-291; Huber 1988: 16-18; Mehring 1991: 204-215; Roth 2005: 141-151).

Nach der Weltwirtschaftskrise ab 1929 und wegen des Erstarkens der NSDAP wurde Adolf Hitler am 30. Januar 1933 von Reichspräsident Paul von Hindenburg zum Reichskanzler ernannt. Es folgte die Außerkraftsetzung von Grundrechten, Unterdrückung der Opposition und jedes politischen Widerstandes, das durch massiven politischen Druck erreichte Ermächtigungsgesetz vom 23. März 1933, das die Reichsregierung zur Gesetzesänderung und -gebung ermächtigte und weiter Schritte zur vollkommenen Gleichschaltung der noch jungen föderalen Republik zu einem totalitären Einheitsstaat nach dem Führerprinzip. Eine Verfassung im formellen Sinn – die etwa die Weimarer Reichsverfassung derogiert oder abgeschafft hätte – gab es nicht mehr, Fragmente dieser galten weiterhin, soweit sie nicht von gegenläufigen Legislativakten vor allem der Regierung Hitlers überlagert wurden. Die Gewaltentrennung wurde abgeschafft, der Reichstag zu einem politisch wie rechtlich bedeutungslosen Werkzeug der Exekutive degradiert (Berber 1973: 351-353; Frotscher & Pieroth 2022: 278-289, 294-323, 341; Mehring 1991: 208; Schulz 1976: 40-51, 92-100, 105-138, 146-153, 185-196).

Am Ende des Zweiten Weltkrieges übernahmen die Alliierten die Staatsgewalt in Deutschland und teilten es in mehrere Besatzungszonen auf. Die Uneinigkeiten und Spannungen zwischen Vereinigten Staaten von Amerika und Sowjetunion gipfelten in Jahrzehnten des Kalten Krieges und verhinderten die gemeinsame Gründung eines gesamtdeutschen Staates. Stattdessen bereiteten ab 1948 die westlichen Alliierten eine westdeutsche Staatsgründung samt Verfassungsgebungsprozess vor.

Der Entwurf für ein „basic constitutional law“ bzw. Grundgesetz getauftes Dokument hat auch die Erfahrungen der Weimarer Zeit einbezogen und so neben einem Zweikammerparlament, das Bundesvolk und Länder vertreten sollte, oder einer von diesem Parlament abhängigen Bundesregierung, auch bereits das vom Juristen Carl Schmitt noch verschmähte Bundesverfassungsgericht vorgesehen. Zudem sollten Änderungen dieses Grundgesetzes, durch welche dessen auf Freiheit und Demokratie basierende Grundordnung abgeschafft werden würde, nicht zulässig sein.

Im Mai 1949 hat der Parlamentarische Rat mit großer Mehrheit für seinen Endentwurf des Grundgesetzes gestimmt, nach der Zustimmung der Alliierten und der westdeutschen Landtage konnte das Grundgesetz am 23. Mai 1949 in Kraft treten. Im Osten Deutschlands war das nach der deutschen Wiedervereinigung durch Beitritt der DDR zur Bundesrepublik am 3. Oktober 1990 der Fall (Birke 2010: 1-16, 57-59; Frotscher & Pieroth 2022: 344-347, 372-398; Thiele 2021: 349-365).

D. Normenkontrolle durch Verfassungsgerichte

Quis erit inter eos judex? [...]

Solus Deus: quia inter legislatorem et populum nullus in terris est judex (Locke 1689: 72).

[...] the candid citizen must confess that if the policy of the Government upon vital questions affecting the whole people is to be irrevocably fixed by decisions of the Supreme Court, [...] the people will have ceased to be their own rulers, having to that extent practically resigned their Government into the hands of that eminent tribunal. (Lincoln 1861).

1. Entstehung

Um den Vorrangcharakter der Verfassung vor der exekutiven Gewalt, aber auch Beschlüsse der Legislative als Vertreter:innen des Volkes in der verfassten Ordnung, abzusichern, ergab sich in der Verfassungsentwicklung auch die Notwendigkeit einer Institution zu ihrem Schutz. Das bedingt jedoch eine neutrale Instanz, die Akte der Exekutive und der Legislative auf deren Vereinbarkeit mit den für das Gemeinwesen grundlegenden Festlegungen, die die Konstitution bilden, prüft. Diese Aufgabe kann folglich nur der Judikative zukommen. Damit setzt die richterliche Normenkontrolle aber bereits auch Gewaltenteilung, einschließlich einer unabhängigen Gerichtsbarkeit, voraus. Sie ist daher ein Produkt des dem Konstitutionalismus zugrundeliegenden, neuen Verfassungsverständnisses (Stourzh 2011: 158-160).

Den Anfang gemacht hat hier die US-Verfassung, die diese Befugnis dem Supreme Court zuweist. Als möglichen Vorläufer der deutschsprachigen Verfassungsgerichtsbarkeit nennen Teile der Literatur zwei Organe des Heiligen Römischen Reiches: Das 1495 auf dem Reichstag von Worms eingerichtete Reichskammergericht und den 1518 etablierten Reichshofrat. Das Reichskammergericht diente vor allem der Überwachung des am Reichstag beschlossenen Fehdeverbots als Teil des Ewigen Landfriedens, weshalb dieser auch einen der Endpunkte des Mittelalters am Übergang zur Frühen Neuzeit darstellt. Es blieb für drei Jahrhunderte oberstes Gericht des Reiches und war etwa in erster Instanz bei Verfahren zwischen Reichsfürsten oder bei Klagen der Bürger:innen gegen Reichsfürsten zuständig, prüfte aber auch Reichsgesetze auf deren Kongruenz mit höherrangigem Reichsrecht (*leges fundamentales*).

Der Reichshofrat hingegen war zwar ebenfalls ein oberstes Organ der Reichsgerichtsbarkeit, hatte aber ferner Elemente einer Administrativbehörde, die sich etwa in seiner Unterordnung und Abhängigkeit vom Kaiser zeigten, an dessen Hof er stets eingerichtet war. Zum Teil konkurrierten die Zuständigkeiten der beiden Institutionen, alleinig war der Reichshofrat vor allem für bestimmte Strafsachen sowie Lehens- und Privilegienfälle berufen, aber auch Verfahren betreffend Überschuldung von Reichsständen, was insbesondere bei Landesherren kleinerer Fürstentümer gelegentlich vorkam gehörten ebenso zu seinen Befugnissen wie Rechtsstreits von Reichsständen untereinander. Letzteres

kann als Wegbereiter für die später Verfassungsgerichten zukommende Kompetenz der Organstreitverfahren gesehen werden (Frotscher & Pieroth 2022: 52-53; Niclauß 2015: 191; Schlaich 1981: 101, 128; Sodan 2010: 23; Ullmann 2013: 224-225).

In England urteilte im Jahr 1610 der am Court of Common Pleas tätige Richter Sir Edward Coke, dass ein Gesetz nichtig sei, wenn es dem Common Law widerspräche. Dieses würde nämlich den Spielraum der Legislative ebenso wie jenen des britischen Monarchen begrenzen, und sei es in so einem Fall alleinige Aufgabe der Gerichtsbarkeit, dies festzustellen. Cokes Argumentation wurde in den britischen Kolonien Amerikas als *Dr. Bonham's Case* wohlwollend rezipiert.

Unter Berufung auf Coke hat schließlich 1766 ein Gericht in Virginia ein britisches Gesetz, das eine Steuererhöhung vorgesehen hat, nachdem vor allem die fehlende Teilnahme der davon ebenso betroffenen Amerikaner am Gesetzgebungsprozess kritisiert wurde, wegen Verstößen gegen die Magna Carta und die „*natural rights of Englishmen*“ erstmals für verfassungswidrig („*unconstitutional*“) und damit nichtig erklärt. Es folgten ähnliche Entscheidungen auch in anderen Einzelstaaten (Bilder 2006: 513-533, 542-545; Black 1988: 694-695; Corwin 1910: 104-108, 114-119; Stourzh 2011: 160-161, 164).

In die infolge der Unabhängigkeit der Vereinigten Staaten von Amerika zwei Jahrzehnte darauf beschlossene Verfassung der USA hat diese Praxis jedoch nicht Eingang gefunden. Zwar enthält sie in ihrem dritten Artikel Vorschriften zur Gerichtsbarkeit, die etwa die Einrichtung eines Supreme Court als ranghöchstes Organ der judiziellen Gewalt bestimmt, ohne dessen Kompetenzen näher zu benennen, und seien weitere Gerichte einzurichten, gegen deren Entscheidungen ein Rechtsmittelweg zum Supreme Court zu führen habe. Ein Bekenntnis zur Verfassungsgerichtsbarkeit – wenn auch nur auf Ebene der Bundesstaaten – ist daraus aber noch nicht abzuleiten.

Im Zusammenhang mit dem Stellenwert der US-Verfassung bestimmt deren Artikel VI, dass sie „*the supreme Law of the Land*“ sein solle. Der Gründungsvater Alexander Hamilton setzte sich mit alldem 1788 im 78. Stück der *Federalist Papers* auseinander und argumentierte, dass es Aufgabe der Gerichte sei, die Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der US-Verfassung zu überprüfen. Sollten sie dabei auf die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes stoßen, sei dieses nicht anzuwenden, was er mit dem höheren Wert der Verfassung als Gesetz grundlegender („*fundamental*“) Natur begründete.

Zur Anwendung gekommen sind die Ausführungen Hamiltons erstmals 1803 im Fall *Marbury vs. Madison* des US- Supreme Court, der mit Berufung auf Federalist No. 78 ein Gesetz als verfassungswidrig und daher nichtig erklärt hat. In der berühmt gewordenen Begründung des Judikats von Richter John Marshall setzte dieser sich intensiv mit der Prüfungsbefugnis des US-amerikanischen Höchstgerichts im Rahmen der Normenkontrolle auseinander, ging in diesem Zusammenhang auch auf

die bereits im oben angeführten Artikel VI der Verfassung festgelegten Stellenwert dieser als höchste Norm ein und traf Ausführungen zur Verbindlichkeit der Auslegung von Rechtsnormen durch den dafür zuständigen Richter.

Das war die Geburtsstunde des „*judicial review*“ – einer Kompetenz oberster Gerichte zum Schutz einer Verfassung durch Prüfung legislativer Akte – die nun auch die weiteren europäischen Entwicklungen beeinflussen sollte. Die rechts- und politiktheoretische Grundlage für die Normenkontrolle durch das Höchstgericht war die amerikanische Auffassung, dass nicht, wie in England, das Parlament der Souverän ist – wodurch eine gerichtliche Normenkontrolle dessen Souveränität beeinträchtigen würde – sondern das Volk selbst, das seinen Vertreter:innen in der Legislative nur in einem gewissen Rahmen Befugnisse zur Gesetzgebung übertragen hat. Diesen Rahmen bildet die Verfassung, und der Supreme Court stellt deren praktische Wirksamkeit sicher (Bilder 2006: 505-506, 554-561; Black 1988: 695-696; Stourzh 2011: 161-163).

Im zu dieser Zeit vielerorts noch von absolut herrschenden Monarchen regierten Europa konnte derlei jedoch – trotz Verbreitung der Entwicklungen aus der „Neuen Welt“ – noch nicht Fuß fassen. Im Deutschen Bund misslang bereits bei dessen Gründung die Einrichtung eines Bundesgerichtes ebenso wie jene einer Bundesverfassungsreform aufgrund mangelnder Einigkeit der Bundesstaaten (Müller 2006: 3-5, 71). Zwar brachten die Revolutionen in Amerika und Frankreich am ganzen Kontinent ein neues Verfassungsverständnis – so schrieb der Schweizer Philosoph Emmerich de Vattel schon 1758 pointiert: „*Enfin, c'est de la constitution que ces législateurs tiennent leur pouvoir, comment pourraient-ils la changer, sans détruire le fondement de leur autorité.*“ (zit. n. Stourzh 2011: 161).

Doch scheiterte die Einführung eines die Normenkontrolle wahrnehmenden Verfassungsgerichtes auch in Großbritannien an der erwähnten Parlamentssouveränität ebenso wie der angenommenen Unvereinbarkeit der Staatsgerichtsbarkeit mit der britischen Rechtstradition des Common Law. In diesem Zusammenhang ist auch erwähnenswert, dass es im Vereinigten Königreich erst seit 2009 einen *Supreme Court* gibt, der jedoch nur für Zivil- und Strafsachen zuständig ist und damit seine Kompetenzen vom bis dahin zuständigen Oberhaus des britischen Parlaments, dem *House of Lords* übertragen bekommen hat – selbst der in Ausführung der Europäischen Menschenrechtskonvention von UK erlassene *Human Rights Act* stammt erst aus dem Jahr 1998 (Stourzh 2011: 163).

Am europäischen Festland, dort vor allem im deutschsprachigen Teil, brachten erst die Revolutionen von 1848/49 die entscheidende Wende hin zur Entstehung der Staatsgerichtsbarkeit. Grundrechte wurden im Verfassungsrang verankert und die Notwendigkeit des Schutzes dieser und anderer verfassungsrechtlicher Garantien anerkannt und verankert. Die Errichtung eines Obersten Bundes- bzw. Reichsgerichtes war bereits bei der Gründung des Deutschen Bundes an den Machtinteressen der

Beteiligten gescheitert, ein solches forderten nun aber sowohl der einflussreiche preußische Königsberater Joseph Maria von Radowitz in seinem Plan zur Bundesreform als auch die Frankfurter Nationalversammlung in ihrer 1849 verabschiedeten, aber nie in Kraft getretenen Reichsverfassung. Letztere sah dabei auch eine Zuständigkeit zur Staatsgerichtsbarkeit vor, so sollten beim von Reichstag und Reichsregierung unabhängigen Reichsgericht Staatsbürger Verletzungen ihrer verfassungsmäßigen Rechte (Grundrechte) einklagen können. Zudem sollte es eine Zuständigkeit für Konflikte zwischen den Verfassungsorganen geben.

Auch der Kremsierer Verfassungsentwurf widmete sich in einem eigenen Abschnitt der „richterlichen Gewalt“, die zuvorderst durch ein Oberstes Reichsgericht wahrgenommen werden sollte. Dessen Zuständigkeit umfasste ebenfalls Klagen wegen Verletzung der Grundrechte, die Absetzung von Richtern, Kompetenzstreitigkeiten zwischen Staatsorganen sowie Ministeranklagen, die jede Kammer des Reichstages beim Obersten Reichsgericht bewirken können sollte. Zudem waren strafrechtliche Sonderzuständigkeiten bei Verschwörungen oder Angriffen gegen das Staatsoberhaupt, den Reichstag oder einen Landtag ebenso enthalten wie eine zivilrechtliche Amtshaftungsklage gegen den Staat, wenn dessen Exekutivorgane durch den Gebrauch ihrer Befugnisse einen Bürger in einem seiner in der Verfassung verankerten staatsbürgerlichen Rechte verletzt haben. Die Oktroyierte Märzverfassung 1849 übernahm den Gedanken des Reichsgerichts und sah ebenfalls vor, dass dessen Zuständigkeit bei Verletzungen der „politischen Rechte“, das heißt Grundrechte, der Bürger:innen liegen sollte, ohne dass ein solches Reichsgericht dann auch errichtet worden wäre.

Wie oben bereits dargestellt, blieben die beiden erstgenannten Verfassungserklärungen zunächst bloßer Ausdruck von Wunschvorstellungen der Bevölkerung. Letztere trat zwar in Kraft, aber war dies nicht von langer Dauer. Sie alle hatten jedoch Einfluss auf den weiteren Verlauf der Verfassungsgebung, einschließlich der Etablierung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich und Deutschland, wie sich im Folgenden zeigen wird (Berber 1973: 339-341; Brauneder 2009: 118-119; Müller 2006: 3-5, 71; Stourzh 2011: 82-84, 168-169).

Den Anfang machte dabei Österreich, dessen Dezemberverfassung aus 1867 Staatsgrundgesetze unter anderem über die Ausübung der Regierungs- und Vollzugsgewalt (StGG-ARVG; RGBI. 1867/145), über die richterliche Gewalt (StGG-RG; RGBI. 1867/144) sowie über die Einsetzung eines Reichsgerichtes (StGG-ERG; RGBI. 1867/143) enthielt.

In Folge des StGG-ERG und eines eigenen Ausführungsgesetzes dazu (RG-AG; RGBI 1869/44), wurde 1869 schließlich ein Reichsgericht geschaffen. Beide Gesetze hat der Reichsrat zur Gänze selbst in seinem Verfassungsausschuss und später einem eigenen Reichsgerichtsausschuss erarbeitet. Hinsichtlich der Zuständigkeiten des Gerichts hat er sich sowohl am US-amerikanischen Supreme Court

als auch am schweizerischen Bundesgericht orientiert, wobei ein weiterer, zentraler Bezugspunkt das Konzept eines Reichsgerichts war, wie es die Paulskirchenversammlung 1848 ausgearbeitet hat.

Obwohl im Jahr 1876 auch der in der Dezemberverfassung 1867 ohne eigenes Staatsgrundgesetz bloß lapidar im 15. Artikel des StGG-RG erwähnte Verwaltungsgerichtshof seine Arbeit aufgenommen hat, kam der Rechtsschutz der Bürger:innen bei Verletzungen ihrer „*durch die Verfassung gewährleisteten politischen Rechte*“ durch die Verwaltung dem Reichsgericht zu, so Artikel 3 littera b des StGG-RG. Die darin genannten Rechte sollten jene sein, die sich aus den fünf Staatsgrundgesetzen ergeben. Das Reichsgericht selbst beurteilte in seiner Rechtsprechung jedoch seine Zuständigkeit weitergehend und bezog etwa auch Wahlordnungen von Reichsrat, Landtagen und Gemeinden in seine Prüfung ebenso mit ein wie mehrere nicht politische Grundrechte.

In all diesen Fällen konnte es die Rechtsverletzung jedoch lediglich feststellen, eine Möglichkeit praktische Abhilfe zu schaffen, etwa durch die Aufhebung eines grundrechtswidrigen Bescheides, bestand nicht. Dies rechtfertigte die Regierung damit, dass die Administrativbehörden ohnehin die vom Reichsgericht für sie bindend festgestellte Rechtsansicht herstellen würden, was in der Realität zwar meistens, aber – selbst in manchen Fällen wiederholter Befassung des Reichsgerichts mit demselben Fall – nicht stets der Fall war. Eine derartige cassatorische Kompetenz hat jedoch der Verwaltungsgerichtshof erhalten, als dessen Zuständigkeit sich die Verletzung sonstiger, das heißt nicht verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte, wie etwa Verwaltungsverfahrensvorschriften, ergeben hat. Dennoch handelte es sich beim österreichischen Reichsgericht um das einzige „Grundrechtsgericht“ Europas in dem Sinne, dass es auf ein Rechtsschutzgesuch eines Bürgers hin Verletzungen von durch die Verfassung gewährten Rechten durch Verwaltungsbehörden feststellte (Brauneder 2009: 157-160; Olechowski 2019: Rz 5-9; Stourzh 2011: 169-173; Walter 1999: 58-64).

Weitere Kompetenzen des Reichsgerichtes waren Entscheidung über Ansprüche gegen die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder – also gegen den österreichischen Staat – sofern es keine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte, das heißt von Zivilgerichten, gab (Kausalgerichtsbarkeit), sowie Entscheidungsbefugnis bei sogenannten Kompetenzkonflikten, also Fragen der Zuständigkeit zwischen Gerichten und Administrativbehörden oder verschiedenen Gebietskörperschaften untereinander (Kompetenzgerichtsbarkeit). Nicht zugestanden wurde dem Reichsgericht, Gesetze auf seine Verfassungskonformität zu überprüfen. Stattdessen durfte es gemäß Artikel 7 StGG-RG bloß jede in einem konkreten Rechtsfall anwendbare, das heißt, präjudizielle, Verordnung auf ihre Gesetzmäßigkeit prüfen und musste es eine Verordnung, die als gesetzwidrig erachtet wurde, unangewendet lassen, ohne sie formell aufheben zu können. Diese Befugnis teilte es sich aber mit allen anderen Gerichten, von den Zivil- und Strafgerichten bis zum Verwaltungsgerichtshof.

Neben dem Reichsgericht existierte ab 1867, zumindest auf dem Papier, auch ein Staatsgerichtshof, der für die rechtliche Verantwortlichkeit der Minister für deren Amtsführung zuständig war. Dieser wurde wenige Monate vor der Dezemberverfassung mit dem Gesetz über die Ministerverantwortlichkeit geschaffen (RGBl. 1867/101), mit Abgeordneten- und Herrenhaus hatten beide Parlamentskammern die Möglichkeit, einen Minister anzuklagen, woraufhin im Falle einer Verurteilung durch den Staatsgerichtshof von Rechts wegen der Amtsverlust eingetreten ist. Zudem drohten strafrechtliche Folgen und konnte er selbst zur Leistung von Schadenersatz verpflichten. Mangels einer einzigen Ministeranklage blieben diese Bestimmungen jedoch allesamt totes Recht, bis im B-VG wieder auf sie Bezug genommen werden sollte, wie unten noch dargestellt wird (Olechowski 2019: Rz 6-12, 22).

Bemerkenswert ist, dass sich der renommierte deutsche Staatsrechtslehrer Georg Jellinek bereits 1885 durch Publikation eines gleichnamigen Buches zugunsten eines echten „Verfassungsgericht[es] für Österreich“ ausgesprochen hat, dem insbesondere endlich das Recht zukommen sollte, Gesetze auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung zu überprüfen, das aber auch über Zuständigkeitsstreitigkeiten zwischen Verfassungs- und einfachem sowie zwischen Reichs- und Landesgesetzgeber ebenso bindend absprechen solle, wie über Wahlanfechtungen. Jellinek wollte jedoch keine neue Institution schaffen, sondern das bestehende Reichgericht lediglich zu einem Verfassungsgericht, das diesen Namen verdiene, aufwerten (Jellinek 1885: 53, 63-65; Stourzh 2011: 171).

Auch im heutigen Deutschland sprach sich zur gleichen Zeit etwa der Staatsrechtsprofessor und Staatsmann Robert von Mohl für eine Kontrolle von Rechtsnormen auf ihre Vereinbarkeit mit der Verfassung aus, die von Richtern wahrgenommen werden solle. Dies diene der Rechtssicherheit, jedoch seien der Verfassung widersprechende Gesetze ungültig und daher für niemanden bindend, wobei von Mohl bereits zwischen Verfassungswidrigkeit aufgrund des Inhaltes eines Gesetzes (materiell) und wegen der Art und Weise des Zustandekommens der Norm (formell) unterschied, die Konsequenz sollte aber dieselbe sein.

Es handelt sich dabei jedoch um eine rein deklaratorische Kompetenz der Richter – das Pouvoir, Gesetze aufzuheben, sieht der Jurist aufgrund des Gesetzgebungscharakters eines solchen Rechtsaktes mangels diesbezüglicher Befugnis eines Gerichtes als nicht möglich an. Begründet hat von Mohl all das mit einer „Abstufung“ der Rechtsnormen, wonach die Verfassung höherrangiges Recht darstelle und daher selbst die Legislative als Gesetzgeber binde. Jellinek widersprach von Mohl jedoch, insoweit dieser verfassungswidriges Recht als von sich aus ungültig und unverbindlich qualifizierte, und favorisierte an dessen statt eine konstitutive Aufhebung entsprechender Rechtsnormen durch die zuständigen Richter (Boldt 2006: 234-235; Wahl 1981: 492-493).

2. Staatsgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik

Die Weimarer Reichsverfassung aus dem Jahr 1919 sah schließlich in ihrem Artikel 108 einen Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich vor, welcher schon vor Inkrafttreten des Gesetzes über den Staatsgerichtshof im Juli 1921 vorläufig seine Tätigkeit aufgenommen hat. Organisatorisch wurde er beim seit 1879 als oberstes Zivil- und Strafgericht fungierenden Reichsgericht in Leipzig angesiedelt, jedoch handelt es sich beim Staatsgerichtshof um eine eigenständige Institution.

Seine Zuständigkeiten deckten sich jedoch nicht mit den Bereichen der Staatsgerichtsbarkeit, die die Reichsverfassung beinhaltet hat – vielmehr kam es zu einer Aufteilung zwischen Reichsgericht, Reichsverwaltungsgericht und den in manchen Ländern eingerichteten Landesverfassungsgerichten. Dadurch blieb dem Staatsgerichtshof in erster Linie die Kompetenz, in Zuständigkeitskonflikten von Reich und Ländern und bestimmte Verfassungsfragen innerhalb der Länder oder zwischen mehreren von ihnen zu urteilen, wodurch er an die durch Reichskammergericht und Reichshofrat begründete Tradition anschließen konnte. Zudem hatte er aber auch die Befugnis, über Anklagen wegen schuldhafter Verletzung der Reichsverfassung oder eines Reichsgesetzes durch den Reichspräsidenten, den Reichskanzler oder einen Reichsminister, zu entscheiden. Das Reichsverwaltungsgericht wurde jedoch nie ins Leben gerufen.

Bemerkenswert ist auch, welche Kompetenzen dem Staatsgerichtshof im Text der Reichsverfassung verwehrt geblieben sind, nämlich allen voran die Kontrolle der Vereinbarkeit von Rechtsnormen des Reiches oder der Länder mit der Reichsverfassung, oder von Landesrecht mit sonstigem Reichsrecht. Letztere hat die Reichsverfassung hinsichtlich der abstrakten Kontrollbefugnis dem Reichsgericht zugewiesen, zudem führte der Grundsatz *Reichsrecht bricht Landrecht* in Art 13 WRV dazu, dass auch alle übrigen Gerichte im konkreten Rechtsfall die Anwendbarkeit von Landesrecht gegebenenfalls zu prüfen hatten (Boldt 2006: 230-232; Frotscher & Pieroth 2022: 272-273; Grimm 2020a: 9; Hoffmann 2012: 93-95; Joël & Strauß 1951: 135-159; Wahl 2003: 332-336).

Das Reichsgericht selbst hat jedoch ab 1925 auch seine Prüfungskompetenz in Bezug auf die materielle Vereinbarkeit von Reichsrecht mit der Reichsverfassung bejaht und in diesem Sinne in drei Fällen Reichsgesetze als verfassungswidrig und daher nicht anwendbar erklärt. Diese Praxis war in hohem Maße kontroversiell und stieß in Rechtswissenschaft wie Politik auf Ablehnung, da – so der Tenor – die Richter hier ihre Befugnisse überschreiten würden. Doch auch der Staatsgerichtshof, der sich selbst in einer seiner Entscheidungen als „Hüter der Verfassung“ bezeichnete, wurde innerhalb seines Wirkungskreises zur Normenkontrollinstanz von Reichsrecht, was durch den unbestimmten Begriff der „Verfassungsstreitigkeiten“ begünstigt wurde.

Das daraufhin initiierte Gesetzesvorhaben, dem Staatsgerichtshof im Rahmen einer Gesamtreform der Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts die Zuständigkeit zur Normenkontrolle zu übertragen, die jedoch an einen diesbezüglichen Antrag von Reichsregierung, Reichstag oder Reichsrat gebunden sein sollte, scheiterte jedoch 1926 und 1928 im Reichstag (Boldt 2006: 232-233; Grimm 2020a: 9-11; Hoffmann 2012: 94; Schlaich 1981: 104; Wahl 2003: 335-336; Wißmann 2008: 194-195).

3. Kelsen, Schmitt und der Hüter der Verfassung

Der Grundsatz, dass Verfassungsrecht höherrangiges Recht ist und daher selbst den Gesetzgeber bindet, war in der Weimarer Republik noch eine Mindermeinung. In Österreich war jedoch genau das durch das Schaffen von Hans Kelsen, welches in der Konzeption des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920 und der Schaffung des Verfassungsgerichtshofes gipfelte, samt deren theoretischer Begründung vom Stufenbau der Rechtsordnung, bereits verwirklicht. Es handelte sich dabei um die weltweit erste Einführung gerichtlicher Normenkontrolle, die sich auf das gesamte einfache und Verfassungsrecht des Bundes wie der Gliedstaaten (Bundesländer) erstreckte. Dies alles führte zur berühmten Kontroverse zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen über die Frage, wer Garant der Achtung der Verfassung sein solle, die hier einschließlich neuerer Forschungsergebnisse kurz skizziert werden soll (Häberle 2015: 36; Halmai 2012: 183; Wahl 1981: 498).

Die Frage der Normenkontrolle durch ein Verfassungsgericht stellte sich bereits der verfassungsgebenden Nationalversammlung am Anbeginn der ersten deutschen Republik. Ein Prüfungsrecht des Staatsgerichtshofes für Verfassungskonformität von Reichsrecht scheiterte nur knapp, die Diskussion wurde aber politisch und rechtlich während der gesamten Weimarer Zeit weitergeführt. Neben der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer erfolgte die Debatte etwa am Deutschen Juristentag, der sich 1926 mit der im Vorjahr ergangenen Judikatur des Deutschen Staatsgerichtshofes auseinandersetzte, 1928 schließlich tagte in Wien die Staatsrechtlehrervereinigung zum Thema der Staatsgerichtsbarkeit, die Professoren Heinrich Triepel und Hans Kelsen erstatten dazu Bericht.

Carl Schmitt hat sich bereits in seiner Verfassungslehre aus 1928 mit dem Urteil des Staatsgerichtshofes vom 4. November 1925, RGZ 111, auseinandergesetzt. Das darin festgestellte Prüfungsrecht der Richter auf die Verfassungskonformität von Reichsrecht lehnt er zwar nicht prinzipiell ab, da die Rechtsprechung mangels der Legislative gleicher Einwirkungs- und Eingriffsmacht damit die Gewaltenteilung nicht tangiere, Schmitt stößt sich aber an der Urteilsbegründung, in der der Gerichtshof seine Zuständigkeit zur Normenkontrolle auf das Fehlen einer Zuständigkeit anderer Verfassungsorgane stützt (Boldt 2006: 230-235; van Ooyen 2015: 169-171).

Allgemein hält der Jurist in der *Verfassungslehre* zum Thema der Staatsgerichtsbarkeit fest, dass es zwar naheliegend sei, Streitfragen über die Auslegung von Verfassungsrecht in einem gerichtlichen Verfahren durch einen Verfassungs- oder Staatsgerichtshof klären zu lassen. Derartige Verfassungsgerichtsbarkeit sei jedoch in hohem Maße „politisch“. Zudem kritisiert Schmitt die damals gegenwärtige Auslegung des Begriffes der „Verfassungsstreitigkeiten“ nach der Weimarer Reichsverfassung, diese beinhalte kein individuelles Klagerecht für einzelne Bürger und falle darunter auch „[n]icht jede Streitigkeit eines Interessenten wegen irgendeiner Verletzung einer verfassungsgesetzlichen Bestimmung“ (zit. n. Schmitt 2017 [1928]: 112).

Während Triepel der Staatsrechtlehrervereinigung eine ambivalente Haltung zur Staatsgerichtsbarkeit vorgetragen hat, der durch konservatives Vertrauen in einen vom Reichspräsidenten abwärts vor allem in Form der Exekutive starken Staat gekennzeichnet war, kam Hans Kelsen die Rolle des Fürsprechers eines modernen Systems echter Verfassungsgerichtsbarkeit zu.

Um Hans Kelsens Rolle im Zusammenhang mit der Entstehung des seither weltweit als „Kelsen-“ bzw. „Kelsenian Court“ bekannten Modells zentraler Verfassungsgerichtsbarkeit richtig einordnen zu können, ist zunächst auf die Entstehungsgeschichte des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) aus 1920 hinsichtlich der Verfassungsgerichtsbarkeit Bedacht zu nehmen. Wie Wiederin (2021: 24) bemerkt, hatte Kelsen in all seinen Entwürfen des B-VG eine Kontrolle von Bundesrecht auf dessen Verfassungskonformität durch ein Verfassungsgericht nie vorgesehen.

Vielmehr sah Kelsen lediglich eine Kontrolle von Landesrecht im Wege richterlicher Normprüfung vor, das nicht bloß anhand des Bundesverfassungsrechts, sondern des gesamten Bundesrechts geprüft werden sollte. Dieses stark nach dem Weimarer Pendant anmutende System haben die selbstbewussten Länder während der Verhandlungen jedoch naturgemäß nicht akzeptiert und eine spiegelbildliche Kontrolle auch von Bundesrecht auf dessen Vereinbarkeit mit der Verfassung durch den Verfassungsgerichtshof verlangt, zu deren Einleitung sie auch antragsbefugt sein sollten.

Grimm (2020: 14-15) beruft sich hierbei ebenso auf Wiederin, der ans Licht gebracht hat, dass der erbittertste Gegner dieses Ansinnens der Länder kein geringerer als Hans Kelsen selbst war und folglich schlussfolgert, dass dieser in seinen schriftlichen Begründungen für die schlussendlich erfolgreich im B-VG verankerte, umfassende Normenkontrolle bloß einen „theoretischen Rahmen“ zugunsten des ihm unerwünschten Modells erarbeitet habe. Es sei zudem Staatskanzler und „Auftraggeber“ Kelsens, Karl Renner, gewesen, der den Prüfungsumfang der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle allgemein auf Bundesverfassungsrecht beschränkt habe.

Zudem darf der „Nährboden“ für die Verfassungsgerichtsbarkeit durch das in der Dezemberverfassung 1867 in der Habsburgermonarchie eingerichtete Reichsgericht nicht unterschätzt werden, das –

erstmals auf europäischem Festland – Grundrechte durch die Feststellung der Rechtswidrigkeit von Akten der Verwaltungsbehörden schützte, woraufhin auch durch die tschechoslowakischen Verfassung von Februar 1920, und somit unabhängig von den österreichischen Vorarbeiten, die erst ein Halbjahr später im Oktober 1920 zum B-VG mündeten, ein Verfassungsgericht eingerichtet wurde (Grimm 2020a: 14; Stourzh 2011: 169-170; Wahl 2015a: 833; Wiederin 2021: 21).

Die Position, die Kelsen den deutschen Staatsrechtslehrern vorgetragen und in seinem Beitrag zum Tagungsband, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, dargelegt hat, fußt auf dem Stufenbau der Rechtsordnung. In Bezug auf die Erzeugung von Normen führt Kelsen aus, dass diese im Recht selbst geregelt seien und jede Rechtsnorm sich bei ihrer als Tatbestand zu verstehenden Erzeugung auf eine höherrangige Norm berufen können müsse. Da bei der Anwendung von Recht, also dem Setzen von Rechtsakten, auch ebendieses erzeugt werde, seien Anwendung und Erzeugung keine absoluten, sondern bloß relative Gegensätze. Lediglich der Spielraum zur Anwendung, und somit Erzeugung von neuem Recht, ist auf Ebene der Verfassung noch groß, weiter unten, wo unterhalb von Gesetzen und Verordnungen etwa Bescheide oder Gerichtsurteile angesiedelt sind, entsprechend schmäler und strenger determiniert.

Um die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen auch in der Praxis sicherzustellen, sei es nötig, verfassungswidrige Akte zu vernichten. Dies könne jedoch nicht realistischerweise von jenem Gesetzgeber erwartet werden, der den Rechtsakt zuvor geschöpft hat, weshalb dazu nur ein anderes Staatsorgan berufen sein könne, dessen Unabhängigkeit von der parlamentarischen wie jeder sonstigen staatlichen Autorität gewährleistet ist. Diese Rolle könne nur einem Gericht zukommen – wofür Kelsen ein eigenes Verfassungsgericht als zwar nicht unerlässlich aber doch angebrachter erachtet.

Dass es sich hierbei um eine hochpolitische Angelegenheit handelt, ist auch Hans Kelsen klar, wenn er etwa ausführt:

»So wünschenswert es wäre, alle *parteipolitischen Einflüsse* [Hervorhebung im Original] von der Judikatur des Verfassungsgerichtes fernzuhalten, so schwierig ist gerade die Verwirklichung dieses Postulates. Man kann sich der Tatsache nicht verschließen, daß auch Fachleute – bewußt oder unbewußt – von politischen Erwägungen motiviert werden.« (zit. n. Kelsen 2019 [1929]: 27).

Dennoch handle es sich auch bei der Verfassungsgerichtsbarkeit um „echte“ Gerichtsbarkeit, da das Verfassungsgericht durch die Kassation von Legislativakten zwar negativer Gesetzgeber sei, im Gegensatz zum Parlament als positiver Gesetzgeber sei es jedoch nicht nur das Gesetzgebungsverfahren betreffend, sondern auch bezüglich des Inhaltes „seiner“ primär Recht anwendenden (negativen) Gesetzgebungsakte streng an die Verfassung gebunden. Vor einem

Jahrzehnt noch ein erbitterter Gegner, hält Kelsen nun also ein flammendes Plädoyer für die richterliche Normenkontrolle des gesamten Rechts auf dessen Verfassungskonformität hin, da es ihr ansonsten an Verbindlichkeit mangle und sie zum „unverbindlichen Wunsch“ degradiert würde (Grimm 2020a: 9-16; Kelsen 2019 [1929]: 2, 22-26, 48-49, 71-72).

Noch im selben Jahr erschien daraufhin erstmals Carl Schmitts Aufsatz *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung* in einer Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts und erneut, ebenso noch im Jahr 1929, in der Zeitschrift *Archiv des öffentlichen Rechts* (AöR), bevor er 1931 als selbstständiges Werk erneut erschienen ist. Kelsen replizierte darauf mit seinem Aufsatz *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* in der Zeitschrift *Die Justiz* im Jahr 1931.

Während sich nunmehr beinahe alle namhaften Vertreter der deutschen Staatsrechtslehre der Rechtsprechung von Staatsgerichtshof und Reichsgericht zu deren Normkontrollbefugnis angeschlossen hatten, bleibt Schmitt bei seiner schon in der Verfassungslehre geäußerten Ablehnung der Staatsgerichtsbarkeit, ohne den Richter von vorhinein das Prüfungsrecht auf die Verfassungskonformität von Reichsrecht abzusprechen.

Bereits eine richterliche Instanz zur (bloßen) Auslegung von verfassungsrechtlichen Normen in Streitfragen sei keine Gerichtsbarkeit mehr, sondern Gesetzgebung, da in einem solchen Verfahren festgestellt würde, welchen Inhalt ein bestimmtes Verfassungsgesetz habe. Rechtsetzung sei Politik und somit von einem Richterspruch, der das Gesetz nur anzuwenden habe, grundverschieden. Die richterliche Entscheidung setze, so Schmitt (1929a: 163), eine vom Gesetzgeber generell bereits getroffene Entscheidung voraus. In diesem Zusammenhang beruft er sich auch auf die Kritik unterschiedlicher Fachleute am US-amerikanischen System des *judicial review* durch den Supreme Court, die die Suprematie der Parlamente als Gesetzgeber aushebe (Schmitt 1929b: 166-167).

In der Monografie *Der Hüter der Verfassung* hat Schmitt (2016 [1931]: 60-64, 71-89) sich dazu noch einige Überlegungen ergänzt. So hat er sich im zweiten Teil des Werkes mit der „konkrete[n] Verfassungslage der Gegenwart“ auseinandergesetzt. Die Voraussetzungen der Weimarer Reichsverfassung würden demnach nicht mehr vorliegen, so sei etwa das Volk keine homogene, unteilbare Einheit mehr und würde die Macht im Staate durch Parlamentarismus und eine pluralistische Parteidemokratie ausgeübt werden, was Schmitt ablehnt. Das bringt ihn zu seinem Gegenvorschlag im Kampf um den richtigen Hüter der Verfassung: den Reichspräsidenten. In diesem Zusammenhang bemüht Schmitt (2016 [1931]: 132-141) die Lehre des Schweizer Staatstheoretikers Benjamin Constant vom *pouvoir neutre* bzw. der neutralen Gewalt, als welche der Reichspräsident dienen solle. Dieser würde als neben dem Parlament und den Gerichten stehender Dritter politische Differenzen, einschließlich jener über die Verfassung, beseitigen, und die verloren gegangene Einheit

des Volkes wiederherstellen und wahren, das in Schmitts Vorstellung den Reichspräsidenten auch direkt wählen solle.

Zudem könnten Verfassungsrichter immer erst nach einer erfolgten Verfassungsrechtsverletzung tätig werden, was keinen effektiven Rechtsschutz garantiere (Boldt 2006: 235-236):

»Es ist eben unvermeidlich, daß die Justiz, solange sie Justiz bleibt, politisch immer zu spät kommt, und um so mehr, je gründlicher und sorgfältiger, je rechtsstaatlicher und justizförmiger das Verfahren gestaltet wird.« (zit. n. Schmitt 2016 [1931]: 33).

Kelsen (2019 [1931]: 61) verwirft zunächst die Theorie Constants gleich zu Beginn als jene „*eines der ältesten und bewährtesten Ideologen der konstitutionellen Monarchie*“ und verweist auf die Stellung des Parlaments als Volksvertretung in der Reichsverfassung, die diese keineswegs einem Exekutivorgan wie dem Staatsoberhaupt unterordne. Auch die übrigen Argumente Schmitts erachtet Kelsen nicht als stichhaltig – Schmitts „Verfassungslage“ etwa enthalte Großteils altbekanntes, sei zum Teil widersprüchlich und könnten seine darin getätigten, politischen Begriffsdefinitionen einer „soziologischen Kritik“ auch „nicht standhalten“.

Ein tatsächlich neutraler Dritter könne vielmehr nur sein, wer nicht selbst staatliche Macht ausübt, weshalb die gesamte Exekutive – vom Reichspräsidenten abwärts – ebenso ausscheide wie das durch die Verfassung ebenfalls mit einer solchen betraute Parlament. Dass gerade die in diesem Sinne favorisierte Verfassungsgerichtsbarkeit jedoch ebenfalls eine mächtige Befugnis ist, negiert Kelsen nicht, sondern gibt zu bedenken, dass sich die Macht dieses Gerichts auf diese Funktion beschränkt, während ein Organ der anderen beiden Staatsgewalten zur Klärung der Frage, ob die Verfassung verletzt wurde, ein zusätzliches Pouvoir erhielte (Boldt 2006: 238-240; Grimm 2020a: 19-27; Kelsen 2019 [1931]: 59-103).

Mit dem Bonner Grundgesetz, das am 24. Mai 1949 in Kraft getreten ist, wurde schließlich die Weimarer Kontroverse um die Staatsgerichtsbarkeit durch die Verankerung eines Bundesverfassungsgerichtes im IX. Abschnitt des Grundgesetzes gelöst. Dabei wurden auch die Lehren aus dem Untergang der Weimarer Republik und dem Nationalsozialismus berücksichtigt und im Parlamentarischen Rat debattiert. Das Ergebnis der Ratsberatungen war, dass das Bundesverfassungsgericht als Organ der Rechtsprechung und gleichzeitig als ein oberstes und verfassungsmäßiges Organ des Staates, ebenbürtig mit den übrigen Verfassungsorganen Bundespräsident, Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat, bestimmt wird. Seine Gründung erfolgte zwei Jahre darauf mit Inkrafttreten des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes, in dem der Bundestag weitere organisatorische Weichenstellungen, wie jene der Zuständigkeit der beiden Senate des Gerichtes, getroffen hat.

An Kompetenzen hat es etwa die Normenkontrollbefugnis des Weimarer Reichsgerichtes geerbt, die jedoch ausgebaut wurde, und die primär föderativen Aufgaben und Befugnisse des Staatsgerichtshofes, wonach es über Zuständigkeitskonflikten von Bund und Ländern oder den Gliedstaaten untereinander abspricht. Neu hinzugekommen ist die Verfassungsbeschwerde, mit der „jedermann“, also nicht bloß deutsche Staatsbürger:innen, sich mit der Behauptung ans Bundesverfassungsgericht wenden könne, „durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte“ oder bestimmter anderer subjektiv-öffentlicher Rechte verletzt worden zu sein (Art 93 Abs. 1 Nr. 4a GG). Daneben bestehen Verfassungsgerichte der Länder, die ebenfalls über staatsrechtliche Kompetenzen verfügen, jedoch beschränkt auf Rechtsfragen, die nur das Bundesland betreffen, wie die Vereinbarkeit von dessen Recht mit der Landesverfassung (Normenkontrolle) oder betreffend die Auslegung der Landesverfassung (Niclauß 2015: 191-193; Schlaich 1981: 101-102, 127-130; Unruh 2004: 40-41).

Die Verfassungsgerichtsbarkeit hat, ausgehend von den Erfahrungen mit den Totalitarismen des 20. Jahrhunderts, einen großen Widerhall durch ihre Etablierung in den Konstitutionen zahlreicher weiterer Länder in Europa aber auch auf anderen Erdteilen gefunden. In der wissenschaftlichen Literatur werden dabei zwei Modelle voneinander unterschieden: das US-amerikanische einerseits und das österreichische, mitunter auch österreichisch-deutsche oder namentlich nach Kelsen benannte, andererseits.

Ersteres zeichnet sich durch seine dezentrale Ausprägung aus, die jedem Gericht die Möglichkeit eröffnet, bei Zweifeln über die Verfassungskonformität einer unterhalb dieser positivierten Rechtsnorm, die im Anlassfall anzuwenden, also präjudiziell ist, selbst ein Normenkontrollverfahren vorzunehmen und darüber als verfahrensrechtliche Vorfrage abzusprechen. Dabei kommt es jedoch nicht zu einer Aufhebung der verfassungswidrigen Norm, sondern nur zu deren Unanwendbarkeit im konkreten Fall. Zur Verhinderung von Judikaturdifferenzen gibt es in der Regel jedoch einen Instanzenzug zu einem Höchstgericht, wie dem Supreme Court der USA, der für das gesamte Bundesgebiet und alle weiteren Gerichte, die ihm nachgeordnet sind, bindend urteilt. Da jedoch die einzelnen Gerichte prinzipiell sowohl an ihre eigene frühere Rechtsprechung als auch an jene der höherrangigen Gerichte gebunden sind und von alldiesen nur mit einer tragfähigen Begründung abweichen können, kommt den Präjudizentscheiden eine der Aufhebung gleichzuhaltende Wirkung zu. Ein oberstes Bundesgericht amerikanischer Art, das daher gleichzeitig Verfassungsgericht ist, haben beispielsweise viele Commonwealth-Staaten wie Australien oder Kanada, sowie auch Irland, die Schweiz, Indien und Japan etabliert.

Das österreichische Modell lässt sich demgegenüber durch die bei einem Gericht zentralisierte Kompetenz zur Verfassungsgerichtsbarkeit charakterisieren – dies insbesondere, insoweit darunter die

Befugnis zur richterlichen Normenkontrolle verstanden wird. Den übrigen, niederrangigen Gerichten, kommt ebenso wie Verwaltungsbehörden lediglich ein Antragsrecht hierfür zu, das aber wiederum die Präjudizialität der fraglichen Rechtsnorm in einem konkreten, von dem beantragenden Organ zu entscheidenden Rechtsfall voraussetzt. Im Ergebnis kann der Verfassungsgerichtshof Normen aufheben, das deutsche Bundesverfassungsgericht sie für *nichtig* und damit, entgegen des äußeren Anscheines, als gar nie Teil des Rechtsbestandes der Bundesrepublik geworden, erklären.

In Österreich ist zudem noch die amtswegige Einleitung eines Normprüfungsverfahrens durch den Verfassungsgerichtshof möglich – dies aufgrund eines bei ihm anhängigen Falles oder, anders als in Deutschland, als abstrakte Normenkontrolle auch unabhängig von einem solchen. Die Antragsgebundenheit alleine relativiert bereits die in seiner Judikatur bereits getroffene Selbstbeschreibung des Bundesverfassungsgerichtes als „Hüter der Verfassung“. Beim Verfassungsgerichtshof besteht zudem seit 1975 die Möglichkeit eines mit der deutschen Verfassungsbeschwerde vergleichbaren Individualantrages zur Geltendmachung der Verfassungs- oder Gesetzwidrigkeit einer Rechtsnorm zulasten des Antragstellers ohne ein zugrundeliegendes Gerichts- oder Administrativverfahren – ein Instrument, vor dem Kelsen und Schmitt unisono gewarnt hatten, heute aber weit verbreitet ist.

Nach österreichischem Vorbild oder dem verwandten deutschen Modell entstanden Verfassungsgerichte nach dem Zweiten Weltkrieg zunächst etwa in Italien, Jugoslawien, Spanien, Portugal, Rumänien, Liechtenstein, Zypern und der Türkei, sowie nach dem Fall des Eisernen Vorhangs auch in Ungarn und weiteren Staaten Zentral- und Osteuropas, außerhalb Europas etwa in der nicht mehr in Kraft befindlichen chinesischen Verfassung von 1946, Indien oder Südafrika (Grimm 2020a: 29-31; Halmai 2012: 182-191; Marcic 1963: 80-81, 204-206; Schlaich 1981: 126-137; Sodan 2010: 22-23; Stourzh 2011: 172-173; Wahl 2015b: 827-829).

Die Kritik an Gerichten als Hüter der Verfassung, deren Richter:innen zu Unrecht von Volksvertretungen beschlossene Gesetze wieder kassieren und damit selbst Politik machen würden, besteht jedoch – auch nach der globalen Expansion der Verfassungsgerichtsbarkeit – wie eh und je. 1820 warnte bereits Thomas Jefferson vor der in den USA durch den Supreme Court ausgeübten Staatsgerichtsbarkeit, die zu einem Despotismus einer Oligarchie von Richtern führen werde, Abraham Lincoln tat es ihm mit drastischen Worten über ein drohendes Ende der Herrschaft des Volkes zugunsten eines diese nun regierenden Gerichtes gleich. Das überrascht jedoch insoweit, als es die Gerichtsbarkeit ist, die, anders als die beiden anderen Staatsgewalten, „[neither] sword [n]or ... purse“ innehaltet, wie es Hamilton (1788) pointiert ausgedrückt hat, weshalb sie zur praktischen Umsetzung ihrer Judikate sogar auf diese ebenso angewiesen ist, wie auf eine gewisse Akzeptanz ihrer Entscheidungen bei der Bevölkerung.

Doch selbst nach der Kelsen-Schmitt-Kontroverse ist dazu nicht alles gesagt, da Kritikpunkte von letzterem, wie das Tätigwerden der Verfassungsgerichten in aller Regel erst nach einer bereits erfolgten Verletzung der Verfassung, etwa durch den Gesetzgeber, in vielen Fällen zu spät kommen. Dies ist etwa der Fall bei Eingriffen in Grundrechte und Freiheiten der Bürger:innen durch den Staat auf Basis eines später als verfassungswidrig erkannten Gesetzes, wo vor allem die dadurch verursachten immateriellen Schäden, wie Freiheitsentzug oder Versagen der Meinungsäußerungsfreiheit, nicht rückgängig gemacht werden können, wodurch effektiver Rechtschutz versagt.

Dies gilt umso mehr, wenn etwa Art 140 Abs 7 B-VG den Grundsatz enthält, dass in Fällen, wo der VfGH ein Gesetz als verfassungswidrig aufgehoben hat, dieses dennoch auf alle bis zur Kundmachung der Entscheidung im Bundesgesetzblatt verwirklichten Tatbestände weiterhin anzuwenden ist, da die Rechtssicherheit hier der Rechtsrichtigkeit vorgehen solle. Nicht weniger problematisch wäre jedoch eine vorhergehende, quasi gutachterliche, Einbeziehung eines Verfassungsgerichtes, das Kontrollinstanz und nach Kelsen ausschließlich *negativer* Gesetzgeber ist, in den Prozess der notwendigerweise interessen- und weltanschauungsgeleiteten *positiven* Gesetzgebung.

Bereits die Kritik an der inhärent politischen Natur der bestehenden Verfassungsgerichtsbarkeit und den sich daraus ergebenden Reibepunkten ist im gesellschaftlichen und politischen Diskurs beständig, wie sich bei den dem sittlichen Empfinden mancher Menschen widersprechender Entscheidungen zu Themen wie Schwangerschaftsabbruch, Sterbehilfe oder der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zeigt.

Als Korrektiv dient hier vor allem die kritische Diskussion nicht nur in der allgemeinen Öffentlichkeit, sondern vor allem auch in den Rechtswissenschaften, die Judikate in Fachpublikationen stets auf die Plausibilität der darin getroffenen, *rechtlichen* Ausführungen und die Begründbarkeit des Urteilsspruches anhand der Begründung kritisch hinterfragen. In ihrem eigenen Sinne achten Verfassungsgerichte daher auf tragfähige, wissenschaftlich überzeugende Begründungen. Von politischer bzw. gesetzgeberischer Seite kann zur Stärkung der Anerkennung der Institutionen der Verfassungsgerichtsbarkeit und ihrer Entscheidungen die Transparenz deren Tätigkeiten etwa durch professionelle, nicht von parteipolitischen Überlegungen geleiteten Verfahren zur Richter:innenbestellung oder die Einrichtung der Veröffentlichung abweichender Stellungnahmen von bei einer Entscheidungsabstimmung unterlegenen Richtern dienen („Dissenting opinion“) (Boldt 2006: 235-238; Grimm 2021b: 28-47; Unruh 2004: 125-128).

E. Zusammenfassung

Die Entstehung des modernen Rechtstaates und der Verfassung als höherrangiges, positives Recht, hat – wie gezeigt wurde – eine lange Entwicklung hinter sich. Diese hatte ihre Vorläufer bereits in der Antike, deren Überlegungen ihrer Zeit im Hinblick auf spätere Entwicklungen, vor allem ab der frühen Neuzeit, bereits weit voraus gewesen zu sein scheinen.

Als konkreter Vorgänger und Vorbild der modernen Verfassung können die ab dem Mittelalter erlassenen Reichsgrundgesetze gesehen werden, die bereits einzelne zentrale Fragen der Herrschaft des sich entwickelnden Staates geregelt haben, und als verbindlich und daher nicht abänderbar auch für den Monarchen gegolten haben. Weitere Entwicklungsschritte wurden etwa in England gesetzt, bevor die Revolutionen in Frankreich und den USA, bei all ihrer Verschiedenartigkeit, den Grundstein für den Siegeszug der Verfassung als geschriebenes Instrument zur Begründung staatlicher Herrschaft im Wege ihrer Erlassung durch das souveräne Volk und für die rechtstaatliche Gewaltenteilung gelegt haben – samt der damit einhergehenden Begrenzung der Macht der noch monarchischen oder bereits republikanischen Staatsspitze.

Unterschiede zeigen sich dabei jedoch im jeweiligen Verfassungsverständnis – so wohnen etwa der US-Verfassung, ebenso wie der französischen Bürger- und Menschenrechtserklärung, Vorstellungen inne, wie jene der Rechtssubjektivität des Menschen, der zugleich Träger angeborener – und damit unveräußerlicher und nicht verwirklichbarer – Grundrechte ist. Dies entstammt in ideengeschichtlicher Sicht der Philosophie der Aufklärung und dem europäischen Vernunftrecht, denen ebenfalls die Idee höherrangigen Rechts und gewisser Leitprinzipien zugrundeliegt. Zwar wurde der allgemeine Geltungsanspruch des Naturrechts über der menschengemachten Rechtsordnung, auf die noch die absoluten Monarchen ihre Herrschaft begründet haben, abgelehnt, doch hat die Unveräußerlichkeit der Grundrechte fortan in die Begründung des modernen Staates als Rechtstaat, auch in materieller Sicht, in viele weitere westliche Verfassungen Einzug gehalten.

Auf deutschsprachigem Boden konnte die Verankerung der grundlegenden Rechte und Freiheiten der Bürger:innen und Menschen generell erst auf dem Schlachtfeld der Jahre 1848/49 blutig erkämpft werden. Es war dies jedoch, im Verbund mit dem Streben nach demokratischen Reformen und nationaler Einheit der einzelnen europäischen Völker, was schließlich auch hier zur Erlassung von Verfassungen und Grundrechtekatalogen führte, welche auch für die weitere deutsche und österreichische Rechtsentwicklung essentiell werden sollten.

Ein starkes naturrechtliches Bekenntnis wohnt auch dem Deutschen Grundgesetz aus 1949 inne, das im zentralen ersten Artikel den Schutz der Menschenwürde postuliert, bevor in weiterer Folge die einzelnen Grundrechte aufgezählt werden. Anders ist das, wie deutlich geworden ist, in Österreich,

dessen stark vom Rechtspositivisten Hans Kelsen beeinflusstes Bundes-Verfassungsgesetz aus 1920 fast zur Gänze ein Kompendium aus staatsorganisationsrechtlichen Vorschriften darstellt, in welchem etwa die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern, sowie Gesetzgebung und Gesetzesvollziehung durch die Gebietskörperschaften geregelt werden. Nach Grundrechten sucht man dort vergeblich. Stattdessen wird, erst im allerletzten Hauptstück des B-VG, den Schlussbestimmungen, dem Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger aus 1867, sowie einzelnen weiteren Gesetzen aus der Monarchie und aus der Zeit unmittelbar nach der Republikgründung, die ebenfalls Grundrechte enthalten, der Verfassungsrang verliehen.

Damit im Zusammenhang steht auch das fehlende Kodifikationsgebot des österreichischen Verfassungsrechts: Zwar hat das B-VG 1920 schon aufgrund der Menge an darin enthaltenem formellem und materiellem Verfassungsrecht eine zentrale Stellung, diese ist aber nicht höher (oder niedriger) als jedes andere, daneben existierende, Bundesverfassungsgesetz oder sogar die ebenfalls bestehenden Verfassungsbestimmungen in beliebigen, einfachen Bundesgesetzen, wie beispielsweise der Straßenverkehrsordnung. Der Grund dafür liegt in der rechtspositivistischen Denkart, lediglich auf den Erzeugungszusammenhang einer Norm abzustellen, anstatt einer einzelnen Verfassungsurkunde eine besondere Bedeutung und Stellung in der Rechtsordnung zuteilwerden zu lassen. Zu messen ist all dies lediglich an den Grundprinzipien der österreichischen Bundesverfassung, deren Einhaltung der – ebenfalls auf Kelsen zurückgehende – Verfassungsgerichtshof überprüft und selbst Verfassungsgesetze gegebenenfalls, als diesen widersprechend, aufhebt.

Beim Verfassungsgerichtshof handelt es sich gleichsam um die in den 1920er Jahren wohl streitbarste Institution, wenn man den Gelehrtenstreit zwischen Hans Kelsen und Carl Schmitt zu dieser Frage betrachtet, der die damalige deutsche Staatsrechtslehre beherrscht hat. Durchgesetzt hat sich auch hier die Vorstellung Kelsens, die jedoch, bei genauerer Betrachtung, eine im Sinne des Konstitutionalismus logische Fort- und Weiterentwicklung von der römisch-deutschen Reichsgerichtsbarkeit über das k.k. Reichsgericht und den Staatsgerichtshof, jeweils aus der fortschrittlichen Dezemberverfassung von 1867, hin zum schon damals geforderten, „echten“ Verfassungsgericht, darstellt.

Ähnliches gilt auch hier für die deutsche Entwicklung, die über die, ihre Befugnisse betreffend, durchaus selbstbewussten Höchstgerichte der Weimarer Republik schließlich im Grundgesetz ihren Niederschlag in Form des zur Normenkontrolle und höchinstanzlichen Wahrung des Rechtschutzes kompetenten Bundesverfassungsgerichtes gefunden hat.

II. Teil: Wehrhafte Verfassungen in Österreich und Deutschland

If men were angels, no government would be necessary.

James Madison, Federalist No. 51 (zit. n. Gamper 2018: 137).

A. Volk und Verfassung

1. Verfassungsgerichtsbarkeit vs. Demokratie?

War es bei Carl Schmitt noch der Reichspräsident, hat die Debatte, wer denn den Schutz der Verfassung, ihrer Stellung und der ihr entspringenden Garantien wahrnehmen solle, aufgrund der von den USA ausgehenden Kontovarse um *judicial review* und *judicial supremacy*, einen neuen Aspekt dazugewonnen.

Ihren Ausgang genommen hat diese, in den Worten Dieter Grimms (2020b: 321), „*neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit*“, 1999 – sohin nur wenige Jahre nachdem Gerichte als Hüter von Verfassung und Grundrechten auch in Zentral- und Osteuropa errichtet wurden und der Siegeszug des Konstitutionalismus und Vorranges der Verfassung global unaufhaltsam schien, mit Mark Tushnets Buch *Taking the Constitution Away from the Courts*. Darin nimmt der US-amerikanische Jurist Bezug auf die Gründungsväter Thomas Jefferson und James Madison, die die Souveränität, Rechte und Freiheiten des Volkes in dessen Händen sehen wollten, und argumentiert daran anschließend, dass das Volk selbst – *the people themselves* – Anteil an der Verfassungsgebung nehmen solle, wobei es zudem nicht durch die in Tushnets Vision auf einfache Gesetzesebene zurückzustufenden Grundrechte des Einzelnen gehindert werden solle.

Diese Form der „Selbstregierung“ des Volkes solle jedoch sehr wohl durch gewählte Repräsentant:innen im Sinne mittelbarer Demokratie geschehen, dafür auf Basis vorheriger, gesellschaftlicher Beratschlagungen zu rechts- und verfassungspolitischen Fragestellungen. Der Supreme Court als eine Art intermediäre Gewalt, dem das Monopol der letztinstanzlichen, verbindlichen Auslegung der Verfassung zukäme, würde damit außen vor bleiben. Mangels richterlicher Normenkontrolle wäre jedoch wohl nicht wirklich, wie von Tushnet intendiert, das Volk selbst der Hüter seiner Verfassung, sondern vielmehr der Kongress als nach britischem Vorbild souveränes Parlament, dessen Gesetze dann nicht mehr von einer separaten, unabhängigen Instanz auf ihre Verfassungs- und Grundrechtskonformität überprüft werden könnten, da jede Staatsgewalt in ihrem Wirkungskreis selbst die Verfassung zu interpretieren habe. Eine Stärkung brächte dies wohl auch für die Exekutive, deren Befugnisse, wie *Executive Orders* des US-amerikanischen Präsidenten,

die in ähnlicher Form auch in anderen Ländern existieren, nicht mehr von einem Gericht als neutralen Dritten überprüft werden könnten.

Der US-amerikanische Verfassungsjurist Larry Kramer spricht sich an Tushnet anschließend für dessen „Volkskonstitutionalismus“ aus, da die authentische Interpretation der Bedeutung der mehr als 200 Jahre alten Verfassungsartikeln, ebenso wie deren Schutz – auch vor der Legislative – nicht der Gerichtsbarkeit, sondern dem Volk selbst zukäme, das sich dazu der allgemeinen Wahlen zu politischen Körperschaften, wie dem Kongress, aber auch Mitteln außerhalb des Rechtsrahmens, bedienen würden. Von der Forderung nach Plebisziten über Verfassungsfragen sieht aber auch Kramer ab.

Der neuseeländische Rechtsphilosoph Jeremy Waldron nimmt einen Widerspruch zwischen richterliche Normenkontrolle und Demokratie wahr, da das Volk selbst einem Gericht und dessen Willen unterwerfe. Prüfungsmaßstab der *Judicial Review* seien zudem regelmäßig die Grundrechte, über deren rechtlichen und politischen Gehalt jedoch Uneinigkeit in der Gesellschaft herrsche, was angesichts der Judikatur des US Supreme Court, etwa zum in der amerikanischen Verfassung nicht niedergeschriebenen aber als Grundsatz anerkannten *Right to privacy*, wahrzunehmen ist, das laut der weltberühmten Entscheidung *Roe v. Wade* aus 1973 auch die Freiheit schwangerer Menschen, abzutreiben, beinhalten solle, was erst 2022 mit dem Judikat *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, ohne maßgebliche Änderung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen, vom Höchstgericht wieder verworfen wurde (Grimm 2020b: 321-346).

Auf der anderen Seite gibt es aber auch Versuche, Verfassungsgerichtsbarkeit durch ein anderes Demokratieverständnis zu legitimieren. Dessen Fokus entfernt sich von reinem Majoritarismus, also dem Verständnis, dass nur der Wille der absoluten Mehrheit zähle, hin zu dem was freie und in gleicher Weise mit Grundrechten und Menschenwürde ausgestattete Bürger:innen wollen. In dem Sinne argumentieren etwa Ronald Dworkin und John Rawls für die Wahrnehmung des Schutzes der Grundrechte und –freiheiten vor allem von (politischen) Minderheiten vor Mehrheitsentscheiden durch Gerichte, da eine solche Gewährleistung durch bloße Berücksichtigung im legislativen Prozess nicht gewährleistet sei. Durch die Gewährung von Grundrechtsschutz würde auch die der Demokratie zugrundeliegende öffentliche Vernunft wahrgenommen werden, was Normenkontrolle sogar zur demokratischen Tätigkeit mache.

Anleihen nehmen Verteidiger:innen der *judicial review* aber auch bei Habermas' prozessorientierter Demokratietheorie und seiner Einsicht, dass Verfassungsgerichte dem öffentlichen Diskurs nutzen und die politische Macht der legislativen Mehrheit beschränken, und daher von Vorteil für die liberale Form der Demokratie sind. Das verlangt jedoch eine Selbstbeschränkung der damit befassten Richter:innen auf von den politischen klar zu unterscheidenden Methoden des Rechts und der strikt juristischen Entscheidungsfindung (Collings 2021: 93-101).

2. Volkssouveränität und Verfassungsgebung

Mit der Frage der Begründung und Legitimation von Hoheitsgewalt des Staates verwandt ist die Historie des Konzepts von Souveränität in jener Form, in der sie Bodin in seinen *six Livres* entworfen hat und worauf Hobbes und später Rousseau aufgebaut und diese weiterentwickelt haben.²

Sie gilt als mehrdeutig, die unterschiedlichen Auffassungen von Souveränität haben in der Geschichte schon häufiger zu Missverständnissen geführt. Zu Beginn des 17. Jahrhunderts bezeichnete Johannes Althusius Souveränität als Recht, das Gott den Menschen gewähre, um als Gemeinschaft sämtliche notwendigen Regeln für das Zusammenleben in einer solchen erlassen und verwirklichen zu können. Wenig später beschrieb George Lawson „*real majesty*“ als Macht, Regierungsformen zu bilden, abzuschaffen, zu ändern, und zu reformieren, die ein unveräußerliches Recht des Volkes darstelle. Davon unterschied er die „*personal majesty*“, worunter die darunter angesiedelte, gewöhnliche Gesetzgebung des Parlaments und Königs ebenso falle, wie die Exekutivgewalt von letzterem, sein Befehlsrecht über die Untergebenen auszuüben.

Daran schlossen zunächst etwa John Locke, Thomas Paine oder Emmanuel Sieyès an, die Souveränität nicht als die ultimative Zwangs- und Befehlsgewalt aufgefasst haben, sondern als die Fähigkeit, eine politische Gemeinschaft zu gründen, beziehungsweise, zu konstituieren. Die frühen Gesellschaftsvertragstheoretiker Lawson und Locke ließen die Schaffung einer neuen politischen und rechtlichen Ordnung durch das Volk aber noch lediglich bei Machtmissbrauch durch die bestehende Herrschaft zu.³ Genau dieser Fall war auch ein wesentlicher Faktor für die Amerikanische und die Französische Revolution.

Seit dem wichtigen Theoretiker letzterer, Abbé Sieyès, besteht eine, bis heute nicht unumstrittene, Unterscheidung zwischen Souveränität auf der einen, von der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes (*pouvoir constituant*) auf der anderen Seite, sowie ferner von letzterer zur durch die Verfassung eingesetzten – verfassten – Gewalt (*pouvoir constitué*). Den *pouvoir constituant* definiert Sieyès als Macht des Volkes, der der absoluten Auffassung von Macht entgegenstehe, die er mit dem Begriff der Souveränität verbunden hat. Die politische Macht läge demnach beim sohin souveränen Volk, beschränkte sich laut Sieyès aber auf die Ermächtigung zur Ausarbeitung der Verfassung, die von den gewählten Vertreter:innen ausgeübt werde. Nach ihrer – mittelbaren – Ausübung weicht die verfassungsgebende Macht der verfassungsmäßigen Ordnung, die wiederum eine repräsentative Demokratie sein solle.⁴

² Vgl. I.B.1.

³ Vgl. zum Widerstandsrecht bei Locke sogleich II.A.3.

⁴ Vgl. I.B.3.

In diesem Sinne gilt die konstituierende Gewalt des Volkes ungebrochen noch heute in der politischen und Verfassungstheorie als einzige Quelle der Macht des Rechts und dessen alleiniger Geltungsgrund, die als vor- und außerrechtliche Gewalt kein Teil der Rechtsordnung, also des ja in Ausübung ihrerselbst erlassenen positiven Rechts, sein kann. Ernst-Wolfgang Böckenförde nennt sie daher zutreffend ein demokratisches Konzept, da die demokratische Legitimität der solcherart erlassenen Verfassung auf der verfassunggebenden Gewalt des Volkes basiert, die der Jurist im Zeitpunkt der Erlassung einer Verfassung nicht als erloschen betrachtet (Colón-Ríos 2020: 4-6, 30-31; 161-166; Kalyvas 2005: 224-226, 233-237).

Wie schon Carl Schmitt (2017 [1928]: 77) als prominenter Rezipient von Sieyès in seiner *Verfassungslehre* treffend festgehalten hat, ist die verfassunggebende Gewalt des Volkes „*nicht dadurch erledigt und beseitigt, daß sie einmal ausgeübt wurde*“. Zuzustimmen ist ihm auch bei der nachfolgenden Feststellung, wonach die politische Entscheidung, welche die Verfassung bedeute, nicht gegen ihr Subjekt zurückwirken und dessen politische Existenz aufheben könne, sondern neben und über der Verfassung bestehen bleibt.

Hierbei darf aber auch die ambivalente Rolle Schmitts im Diskurs um die verfassungsgebende Gewalt nicht unerwähnt bleiben, da dieser ihr Konzept mit jenem von Souveränität überlappt hat, um auf dieser Grundlage den Parlamentarismus als das Wesen der Souveränität zersetzend und die Einheit des Staates gefährdend zu brandmarken. Zudem wollte Schmitt unter „Souveränität“ die Fähigkeit verstanden wissen, autoritative Entscheidungen zu treffen, womit er Sieyès entgegen dessen erkennbaren Intentionen rezipiert, da dieser sich die konstituierende Macht als Alternative zur absoluten Macht vorgestellt hat, die mit der Idee der Souveränität verbunden sei. Carl Schmitt hingegen befüllte die Bedeutung der konstituierenden Gewalt irreführender- und fälschlicherweise mit dem Wesenskern persönlicher und uneingeschränkter Entscheidungsmacht, die er wiederum der Souveränität zugrunde legt (Kalyvas 2005: 226-228; Rubinelli 2020: 22-23, 103-104; Vinx 2013: 104-108).

Schmitts Volk ist dafür reiner Verfassungsgesetzgeber, der bloß grundlegende Fragen seiner politischen Existenz in Form von Zustimmung oder Ablehnung bestimmen darf. Eine darüberhinausgehende Mitbestimmung in der Tagespolitik, etwa in Form von Plebisziten, wird ihm nicht zugesagt, was aber dennoch eine weniger geringe Rolle als noch bei Sieyès' komplett mittelbarer Ausübung des *pouvoir constituant* darstellt. Schmitts Souverän war noch der Reichspräsident – oberstes Organ der Exekutive – der in seiner ihm von Schmitt zugesuchten Funktion als *Hüter der Verfassung* in Wirklichkeit diktatorisch über dieser, und damit auch über dem Volk, stand (Maus 2011: 105-110).

Als „souveräne Diktatur“ bezeichnet Schmitt (2017 [1928]: 59-60, 101-103) zudem verfassungsgebende Versammlungen, die mit unbegrenzter Macht über eine neue Verfassung entscheiden, wenn die vorherige bereits im Wege einer Revolution beseitigt wurde. Sie sei jedoch nicht selbst der Souverän, sondern handle immer im Namen und Auftrag des Volkes, das durch eine politische Aktion seinen Beauftragten jederzeit desavouieren könne. Davon unterscheidet er eine „kommissarische Diktatur“, die sich durch ihre Existenz innerhalb eines bestehenden, verfassungsgesetzlichen Rahmens auszeichne. Diese Unterscheidung trifft Schmitt zum ersten Mal 1921 in *Die Diktatur*, wo er sich auch erstmals mit dem Institut der verfassunggebenden Gewalt des Volkes auseinandersetzt. Bereits aus diesem Kontext, und der letztmaligen Befassung mit ihr zum Ende der Weimarer Republik, erscheint es plausibel, dass Carl Schmitt sich dem *pouvoir constituant* bloß berechnend gewidmet hat, um nämlich die annähernd diktatorische Machtfülle des Reichspräsidenten als keinen Gegensatz zur Demokratie verstanden zu wissen (Colón-Ríos 2020: 239-248; Rubinelli 2020: 115).

Souveränität wird heute hingegen für gewöhnlich, so haben es die Lehren aus den Totalitarismen des 20. Jahrhunderts und der Zweite Weltkrieg bedungen, einschränkender verstanden als dies früher der Fall war. Das dient dem Erhalt der Demokratie, um nicht zu einer grenzenlosen, willkürlichen Herrschaft der Mehrheit über (die) Minderheit(en) entstellt zu werden, als welche sie bekanntlich schon in antiken Diskursen verschrien war. Folglich dominiert nun ihre Auffassung als *rechtliches* Konzept, die nicht die absolute und unbeschränkte Macht von Bodins souveränem Fürsten widerspiegelt, in ihrem Kern aber, ebenso wie diese, die Befugnis zur Gesetzgebung – einschließlich der Verfassungsgebung und -revision – und damit auch die Wahl der Staatsform und die Organisation des Gemeinwesens in seiner Gesamtheit – beinhaltet (Kalyvas 2005: 234; Rubinelli 2020: 23; 174-175; Vinx 2013: 102-103, 115-118).

So nehmen Präambeln, wie etwa jene der US-amerikanischen oder der französischen Verfassung, auf ihre Erlassung als Akt der Volkssouveränität Bezug, wenn es heißt: „*We the People of the United States [...] do ordain and establish this Constitution*“ bzw. „*Le Peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale*“ (zit. n. Gamper 2018: 200).

Davon getrennt verbleibt das exekutive Gewaltmonopol, ebenso wie die Judikative, an der Spitze des Staates, was für die rechtliche Verankerung einer, für den Rechtstaat charakteristischen, strengen Gewaltenteilung zwischen der Rechtssetzung und der Rechtsanwendung sorgt (Maus 2011: 8-9).

Die verfassunggebende Gewalt des Volkes hingegen ist etwas *Faktisches*, das sich nach den Rechtstheoretikern Costantino Mortati, Ernst-Wolfgang Böckenförde und Georges Vedel zunächst als konkrete, tatsächliche Manifestation der uneingeschränkten Macht des Volkes, sein politisches System

zu gestalten, beschreiben lässt. Auch ihre Ideengeschichte reicht zumindest bis ins Mittelalter zurück, als der italienische Staatstheoretiker Marsilius von Padua 1324 die Gründung, Änderung oder Abschaffung eines Fürstentums der „Gesamtheit der Bürger“ zugestanden hat. Der Fürst selbst sei an diese grundlegenden, rechtlichen Festlegungen des Volkes gebunden.

Diese Befugnis kommt in Demokratien erwähntem Volk als politische Gemeinschaft im Staat zu. Um jedoch ihre demokratischer Funktion ausfüllen zu können, hat bereits Hannah Arendt angenommen, dass dem Prozess der Verfassungsgebung gewisse Prinzipien innewohnen. In einem diskurstheoretischen Gedankenmodell rekonstruiert Habermas, daran anschließend, die demokratisch-konstitutionelle Verfassungsgebung. Er lässt die Menschen als Verfassungsgeber dazu einen kontrafaktisch konzipierten, rationalen Diskurs führen, in dem diese einander als gleich in der Innehaltung von Rechten ebenso wie die Notwendigkeit erkennen, dass die selbst zu gebende Verfassung eine inklusive und allgemein verbindliche sein muss, die allen Bürger:innen gewisse Rechte garantieren muss.

Am Ende ihrer Beratschlagung stehen daher die abstrakten Kategorien von Grundrechten, die als notwendige Voraussetzung einer deliberativen Verfassungsgebung ebenso wie als notwendiger Inhalt einer demokratischen Verfassung gelten. Habermas benennt als Grundrechtskategorien etwa jene der größtmöglichen, gleichen, individuellen Handlungsfreiheit, jene des gleichen Rechtsschutzes, sowie jene der gleichen Teilhabemöglichkeit an der Gesetzgebung in politischen Fragen. Das verfassungsgebende Momentum setze diese Prinzipien und Bedingungen in Geltung, bei denen es sich aufgrund der Selbsterkenntnis der Verfassungsgeber als Diskursteilnehmer:innen über deren Unabdingbarkeit auch um welche handelt, die eine demokratische Verfassung überhaupt erst ermöglichen, weshalb sie keine Beschränkungen bei der Bestimmung des Verfassungsinhaltes darstellen könnten (Castaño 2010: 35-36; Colón-Ríos 2020: 31-32, 38; Kalyvas 2005: 235-237; Lorenz 2008: 35-36; Patberg 2017: 53-54, 60; Rubinelli 2020: 146-175).

Dieser Gedanke Arendts und Habermas' ist auch den Rechtswissenschaften nicht fremd: So verweist Böckenförde (1991: 74-75) selbst in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichtes, wonach es eine Bindung des Trägers der verfassunggebenden Gewalt an überpositive Rechtsgrundsätze gäbe, die Grundsätze der Ethik seien und als solche dem positiven Recht „sittliche Verpflichtungskraft“ verleihen würden – und sie bei Nichtbeachtung dieser Prinzipien auch wieder entzögen. Im Moment der Verfassungsgebung muss diese Verbundenheit mit ethischen Grundsätzen dem Verfassungsgeber innewohnen und er sie in alle Teile der Verfassung einfließen lassen.

Um jedoch zunächst wieder zur Volkssouveränität zurückzukehren: Vinx (2013: 102-103) zufolge gibt es von dieser unterschiedliche Konzepte. Befürworter:innen einer starken Ausprägung betonen das

Bestehen eines Volkes als politische Gemeinschaft und einzige legitime Gewalt zur Verfassungsgebung – vor und unabhängig einer allenfalls von ihm erlassenen Verfassung. Seine Existenz wird durch den Entschluss zur Erlassung einer Verfassung nicht berührt und besteht neben dieser fort. Im Verständnis der starken Volkssouveränität gilt folglich auch eine *jede*, durch einen verfassungsgebenden Akt des Volkes als konstituierende Gewalt erlassene Verfassung, als *legitim* und ist Geltungsgrund aller Gesetze in der durch sie etablierten, politischen und rechtlichen Ordnung. Die Verfassung bleibt in Geltung, solange sie weiterhin die, zumindest stillschweigende, Unterstützung des Volkes genießt, das diese jedoch jederzeit widerrufen kann – und dies auch, wie Rousseau und Sieyès betonen, für alle Zeit können müsse. Zentral ist daher dessen unveräußerliche Selbstbestimmung, ohne der Recht und Verfassung nie legitim seien.

Dem gegenüber steht die Auffassung bloß schwacher Souveränität des Volkes, deren Proponent:innen sich in jene teilen, die dessen Macht als eingebettet in einem Rahmen verfassungsrechtlicher Regeln betrachten und die (politische) Existenz eines Volkes vor oder neben dem Verfassungsrecht ebenso ablehnen, wie die These, dass – ungeachtet des genauen Modus seiner Erlassung – das Volk historischer Urheber der Verfassung sei. In dieser Denkart reicht die Wählbarkeit der politischen Führung des Staates und die Einräumung gleicher, demokratischen Mitwirkungsrechte an alle Bürger:innen zur Verwirklichung der Souveränität letzterer aus. Andere Vertreter:innen eines schwachen Volkssouveränitätskonzeptes sehen das Volk zwar als historischen Urheber der Verfassung, doch entstünde eine wahrhaft demokratische Verfassung aus dem revolutionären Momentum einer neuen rechtlichen Verfasstheit des Volkes, der als solcher auch ein neues Volk als neue politische Nation konstituiert.

Den Ausrichtungen weniger starker Volkssouveränität gemein ist, dass durch die Verfassungsgebung fortan die staatliche Machtausübung in der verfassten Ordnung als Realisierung der Souveränität des Volkes dient, da dessen Wille mit den Ergebnissen eines demokratischen, verfassungsrechtlich geregelten Prozesses, gleichgesetzt wird. Dadurch lässt sich die bestehende Verfassung vom Volk als deren Schöpfer auch nicht beseitigen und durch eine neue Verfassung ersetzen, ohne dass es dabei seine politische Existenz und Identität verliert. Schon Lawson und Locke haben betont, dass die Souveränität des Volkes im Normalfall durch dessen parlamentarische Repräsentant:innen ausgeübt werde, die allgemeinverbindliche Gesetze erlassen, und das Volk nur in außergewöhnlichen Umständen, wenn also dessen Rechte und Freiheiten bedroht sind, seine eigentliche – bis zu dem Zeitpunkt quasi „ruhende“ – Suprematie selbst gegenüber Krone und Parlament geltend machen kann. Dieser Gedanke hat auch Eingang in die US-amerikanische Unabhängigkeitserklärung von 1776 gefunden.

Rubinelli (2021: 928-929) verweist diesbezüglich die auf die besondere Bedeutung der konstituierenden Gewalt als Ausdruck der Souveränität des Volkes, welche einerseits höchste Quelle politischer Legitimität sei, gleichzeitig aber die Institutionen im demokratischen Verfassungsstaat, also der konstituierten Ordnung, legitimiere. Das ist vor allem im Zusammenhang mit nicht durch weitere Verfahren – wie Volkswahlen – etablierte, von der Politik unabhängige Organe von Bedeutung, wie etwa die Minderheitenschutz sicherstellenden Verfassungsgerichte.

Vedel unterscheidet in ähnlicher Weise die dem Volk bereits ursprünglich zukommende, konstituierende Gewalt (*pouvoir originaire*) von einer ihm durch die Verfassung vermittelten Befugnis, ebendiese zu ändern und allenfalls sogar abzuschaffen (*pouvoir constituant dérivé*). Klar sei jedoch, dass die bloß derivative Macht die originäre lediglich ergänzt, nicht aber verdrängt oder gar ersetzt, und Ewigkeitsklauseln oder andere, substanzelle Beschränkungen des Volkes in der Verfassungsurkunde, die rechtlichen Grundlagen seines Gemeinwesens zu regeln, unzulässige Beschränkungen des gegenwärtigen Verfassungsgebers darstellen, an die die Nation von morgen nicht gebunden sein könne (Colón-Ríos 2020: 9-10, 13, 165-166).

Einen anderen Geltungsgrund für das Recht als die konstituierende Gewalt des Volkes unter dessen Bindung an sittliche und moralische Grundsätze brachte der Rechtspositivismus, allen voran durch seinen prominenten Vertreter Hans Kelsen, hervor. Nach dessen *Reiner Rechtslehre* müsse man sich eine Hierarchie der Rechtsnormen mit einer Grundnorm an ihrer Spitze und deren Gültigkeit vorstellen. Dem liegt ein geschlossenes Verständnis des Rechtssystems zugrunde, das seine eigene Erzeugung – von der Verfassung abwärts – regle, und von seiner Funktionsweise her nicht von außerrechtlichen Faktoren abhängig ist. Dadurch wird die gesamte staatliche Ordnung ohne Rückgriff auf den *pouvoir constituant* begründet und eine Einheit von Staat und Recht postuliert.

Dem Rechtspositivismus gilt es, zu erforschen, was Recht sei, und nicht was Recht sein solle – dass eine Norm gelte (Sollen), sei nur von der Geltung einer höherrangigen Norm, nicht aber aus deren bloß faktischer Befolgung (Sein) abzuleiten. Auch Werte und Vorstellungen, wie Gerechtigkeit, wären kein taugliches Merkmal zur Bestimmung von Recht, was der naturrechtlichen Verbindung von Recht und Moral entgegenläuft. Souveränität hingegen dient Kelsen primär als rechtliche Beschreibung der Kompetenzen des Staates und wird von ihm etwa im Zusammenhang mit dem Aufeinandertreffen souveräner Staaten als Völkerrechtssubjekte und dem damit zusammenhängenden Verhältnis von nationalem zu internationalem Recht erörtert. In *Vom Wesen und Wert der Demokratie* bezeichnet Kelsen (2013 [1929]: 92) Volkssouveränität gar als „*totemistische Maske*“ die sich die Bürger:innen im parlamentarisch-demokratischen Staat anlegen würden, womit die Fiktion der Herrschaft des (gesamten) Volkes angesprochen wird, an anderer Stelle nennt er sie eine „Fiktion“.

Die Kritik an diesen Überlegungen ist mannigfaltig, so würde durch den Rechtspositivismus zwar die Funktionsweise des rechtlichen Alltages gut dargestellt, grundlegende Fragen nach dem Ursprung von Staat und Verfassung, Normativität und Faktizität und dergleichen mehr, jedoch nicht ergiebig beantwortet. Ferner würde diesfalls die Rolle des Volkes im Prozess der Entstehung von Verfassungen aber auch im Staat generell nicht gewürdigt werden und damit die empirisch zu beobachtende Akklamation des Volkes im Moment der Verfassungsgebung zu Unrecht außer Acht gelassen.

Zur Begründung der Grundnorm hat Kelsen sich der Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung, einer Theorie seines Schülers Adolf Julius Merkl bedient und diese dadurch einem breiten Publikum bekannt gemacht. Sie führt durch ihre Hierarchie der Rechtsnormen zur Betrachtung der Verfassung als höher- und vorrangige Norm der Rechtsordnung und ihrer normativen Wirkung, was in dieser Form allgemein anerkannt ist (Kalyvas 2005: 224, 231-232; Maus 2011: 102-103; Rubinelli 2020: 144-150; Unruh 2004: 53-65, 69-71; Vinx 2013: 104-105; Winterhoff 2007: 129-134, 138).

Meines Erachtens sind die Kritikpunkte betreffend den Rechtspositivismus nur bedingt zu entkräften. Zwar versuchen neuere Thesen vor dem Hintergrund bloß legalistischen Rechts und des Werterelativismus in autoritären Systemen die Moral – bei Anerkennung ihrer Verschiedenheit von diesem – dennoch ins Recht zu inkorporieren, indem dieses etwa moralisches Handeln zur Rechtspflicht positiviere, während gleichzeitig eine Gleichsetzung von Legalität mit Legitimität abgelehnt wird (Somek 2021: 143-148; Vinx 2013: 106). Inwieweit die bloß gedachte Grundnorm als keine positive aber gleichzeitig eine ranghöhere Norm als die Verfassung jedoch deren Geltung, sowie die Geltung und Einheit der gesamten Rechtsordnung erklären soll, während sie an die Verfassung weder prozedurale Voraussetzungen hinsichtlich ihrer Erlassung, noch welche inhaltlicher Natur knüpft, ist tatsächlich fraglich.

Erklärungsansätze, die auf den Theorien vom souveränen Volk und dessen verfassungsgebender Gewalt aufbauen, haben hier zum einen historisch belegte und (zumindest zum Teil) empirisch wahrnehmbare Tatsachen, wie die ausdrückliche Berufung – beispielsweise des französischen oder des US-amerikanischen Volkes – auf ihre Autorität zur Verfassungsgebung auf deren Seite. Zum anderen jedoch erfolgt die revolutionäre Verfassungsgebung notwendigerweise außerhalb jeglicher Legalität, und kann sich, für den Zeitpunkt der Erlassung, lediglich auf überrechtliche bzw. naturrechtliche Argumente wie die Legitimität ihres Handelns berufen, während ihr die legale Grundlage erst rückwirkend durch die neue Verfassung verliehen werden kann.

Das kann jedoch dazu führen, dass nicht „das Volk“, das sich in geeintem Willen, etwa zur Beendigung seiner Unterdrückung, eine neue Verfassung verleiht, sondern auch, dass die stärkere unterschiedlich gesinnter, einander widerstreitender Gruppen von Menschen auf einem bestimmten Territorium, nach ihrem Obsiegen durch die normative Kraft des Faktischen bestimmt, welches Volk „sich“ nun

welche Verfassung gegeben habe, wie dies schon Carré de Malberg in seiner Staatstheorie bemerkt und Arendt als allgemeines Problem im Zusammenhang mit Revolutionen problematisiert hat (Colón-Ríos 2020: 7-8; Kalyvas 2005: 231-232).

Wenn man „Volk“ jedoch nicht als rechtlichen, sondern als politischen Begriff auffasst – ähnlich wie Sieyès‘ die „Nation“ – dann kann ein solches sehr wohl auch vor, ohne und sogar entgegen jenem der geltenden Rechtsordnung als Gemeinschaft von Menschen mit einer gemeinsamen politischen Identität bestehen, die sich etwa auf das Merkmal derselben ethnischen Herkunft oder Sprache bezieht, verbunden mit dem Willen, der eigenen Gemeinschaft den Rahmen einer (neuen) politischen und rechtlichen Grundlage zu geben, wie das etwa bei der Staatsgründung und Verfassungsgebung der USA oder Italiens und Polens aus dem Habsburgerreich heraus der Fall war. Als moderneres Beispiel könnten hierfür wohl auch der Kosovo und das Bemühen um eigene Staatlichkeit und Selbstbestimmung der Palästinenser:innen und von Kurd:innen dienen.

Die Ablehnung starker Volkssouveränität führte nämlich für sie alle dazu, ihre eigene demokratische Selbstbestimmung nie wahrnehmen zu können. So sieht Vinx (2013: 102-103) die nicht in der verfassten Ordnung aufgehende oder von ihr verdrängte Souveränität des Volkes notwendigerweise an der Legitimität des Rechts scheitern, da in einer politischen Gemeinschaft, in der Menschen, die sich in ihren Werten, Präferenzen und Meinungen unterscheiden würden, dennoch kollektive Entscheidungen getroffen werden müssten, die niemals alle ihre Mitglieder vollständig zufriedenstellen könnten. Dieser Einwand ist zwar berechtigt, doch führt er zum falschen Ergebnis, denn Demokratie, verstanden als der Wille der Mehrheit, angereichert um das moderne Attribut „liberal“, welches etwa die Verankerung und Wahrung von Minderheitenrechten durch die Mehrheit beinhaltet, ist es, was ihm nach meinem Dafürhalten, ebenso wie Hannah Arendts Revolutionsskeptizismus, entgegenzuhalten ist.

Die Willensbetätigung des vor- und überrechtlichen Volkes, wenn auch notwendigerweise nur der Mehrheit und nicht eines jeden einzelnen Mitglieds, beziehungsweise ohne ungeteilte Zustimmung aller Betroffenen (man denke etwa an die serbische Minderheit im Kosovo, die erst mit ihrer Zustimmung das Königreich Jugoslawien zugunsten der Republik Serbien hinter sich gelassen, dann jedoch plötzlich und großteils ohne ihr Einverständnis plötzlich zur Minderheit in der neuen Republik Kosovo wurde), die in einer Verfassung freier und gleicher Bürger:innen resultiert, die – ohne Ansehen ihres Geschlechts, ihrer Ethnie, ihres Glaubens und weiterer, willkürlicher Merkmale – mit Menschenwürde und Grundrechten sowie allen Garantien ihrer Verfassung ausgestattet sind, hat daher zur Rechtmäßigkeit der Erlassung einer Verfassung, auch entgegen der Regeln einer bereits bestehenden, jedenfalls zu genügen. Im Falle revolutionärer Verfassungsgebung gilt es daher bereits

nach Carré de Malberg, aber auch zufolge Kelsen (1949: 117-118, 140, 220-221, 368-369) lediglich auf den Zeitpunkt abzustellen, ab dem dieser ihre Rechtmäßigkeit zuzustehen ist (Colón-Ríos 2020: 7-8).

3. Widerstandsrecht

Wo es Macht gibt, gibt es laut Foucault auch Widerstand. Artikel 20 Absatz 4 des Deutschen Grundgesetzes normiert, dass die Deutschen gegen jeden, der es unternimmt, die durch das Grundgesetz konstituierte Ordnung zu beseitigen, das Recht zum Widerstand haben, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist. Damit positiviert es den aus dem Naturrecht bekannten Gedanken des Widerstandsrechts, unter dem verschiedene Mittel und Möglichkeiten von Bürger:innen, sich gegen die im Staat herrschende Ordnung und die eigene Unterwerfung unter diese – aktiv oder passiv – zur Wehr zu setzen, zusammengefasst werden.

Naturgemäß eng verwandt ist diese Frage mit jener der Etablierung der staatlichen Herrschaft über die Menschen. Bodin sieht ein – wie auch immer geartetes – Recht auf Widerstand der Bürger nicht vor. Diffiziler ist das bei Hobbes, er erachtet bestimmte Rechte als so fundamental, dass sie den Menschen beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages gegenüber dem Souverän, aufgrund der Natur ihrer Unveräußerlichkeit, nur erhalten bleiben können. Den Parteien des Gesellschaftsvertrags ist es gar nicht möglich, über diese Rechte zu disponieren, sie vermögen diese also weder übertragen, noch sie jemals aufzugeben. Zu diesen Rechten zählt Hobbes vor allem jenes, sich zur Wehr zu setzen, wenn der Staat einen töten wolle – selbst, wenn das zur Bestrafung von Kriminellen diene, die sich dem Souverän und damit auch der diese Bestrafung beinhaltenden Rechtsordnung unterworfen hat. Ein allgemeines Widerstandsrecht ist dem die friedenssichernde Funktion des Staates betonenden Hobbes jedoch, wie schon Bodin, fremd.

Anders ist das beim Liberalen Locke, in dessen *Zweiter Abhandlung von der Regierung* ein Widerstandsrecht gleich in mehreren Konstellationen bejaht wird. So dürfen die Menschen sich etwa dann zur Wehr setzen, wenn die Staatsmacht gegen die getroffene Vereinbarung („Gesellschaftsvertrag“) verstößt. Weitere Fälle sind jener der eigenen Verteidigung gegen Tyrannie und Machtmissbrauch der Obrigkeit, die Übernahme der Regierungsgewalt von hierzu nicht befugten oder weitere, schwerwiegende Vertrauensbrüche im Verhältnis der Menschen zum Staat. Das steht im Einklang mit Lockes Theorie, wonach das Volk selbst fortwährend Trägerin der höchsten Gewalt im Staat verbleibt und dem Staat Macht bloß anvertraut, was aber bei Zu widerhandeln stets abänderbar und widerruflich ist.

Die weitere, aufgrund ihres Umfanges hier nur bruchstückhaft zu erwähnende, Entwicklung des Widerstandsrechtes in der westlichen Welt, spielte sich im Mittelalter ab, wo es etwa Eingang in die englische Magna Charta aus dem Jahr 1215 gefunden hat, später auch in die Habeas Corpus-Akte

(1679), die Bill of Rights (1689) oder auch in die US-amerikanischen Grundsatzdokumente, namentlich in die Unabhängigkeitserklärung von 1776 und auch in die Bundesverfassung von 1787. Letztere billigt dem Volk zu, sich „*against arbitrary power and oppression*“ zur Wehr zu setzen – „*la résistance à l'oppression*“ fand, in Anlehnung an Rousseaus Gemeinwohltheorie und vor dem Hintergrund des überwundenen *Ancien Régime*, auch im zweiten Artikel der französischen Menschen- und Bürgerrechtserklärung 1789 ihren Niederschlag. Im deutschsprachigen Raum hingegen war es zwar im Mittelalter, vor allem auf lokaler Ebene, teilweise bereits kodifiziert, im Habsburgerreich gewohnheitsrechtlich anerkannt, doch erfolgte mit Beginn des neuzeitlichen Staates, auch durch den jeglichen Widerstandsrecht nicht wohlgesonnenen Kant, eine weitgehende Ablehnung des seiner Obrigkeit widerstehenden Volkes durch diese (Elpel 2017: 102-128; Gamper 2018: 257-259; Reiter-Zatloukal 2012: 292-295; Zippelius 2019: 128-133).

Im demokratischen Rechts- und Verfassungsstaat schließlich kann der Einzelne am politischen Willensbildungsprozess durch sein Wahlrecht oder durch Ausübung seiner individuellen und kollektiven Meinungs- und Kommunikationsfreiheit teilnehmen. Von der unterlegenen Minderheit nicht gewünschte Entscheidungen der Mehrheit sind in Form der Äußerung der Ablehnung solcher zulässig. Eine Befugnis, Befolgung wegen bloßem Dissens zu verweigern, ist hingegen nicht vorgesehen.

Spannender ist jedoch die Frage nach Widerstand gegen staatliche Maßnahmen, die nicht auf der Basis von Verfassung oder Grundrechten stattfinden. Mit Ausnahme des prominenten deutschen Beispiels sehen jedoch kaum Verfassungen ein Recht, sich dem Staat zu widersetzen, vor. Selbst die Formulierung im Grundgesetz lässt aufgrund ihrer mangelnden Spezifizierung problematisch viel Raum für Fragen nach dem *Wann* und *Wie*, doch immerhin anerkannt sie das Widerstandsrecht dem Grunde nach.

Doch wie ist das in einem Land wie Österreich, dessen Bundes-Verfassungsgesetz aus 1920, selbst in seiner weitestgehend identen Nachkriegsform, bis heute kein solches Recht kennt? Mangels rechtlicher Verankerung wäre Widerstand wohl jedenfalls *illegal*. Die einzige Bezugnahme auf Widerstandshandlungen des Volkes gegen die Staatsgewalt im Verfassungsrecht findet sich in Artikel 79 Abs 5 B-VG, der dem österreichischen Bundesheer ein „selbständiges militärisches Einschreiten“ im Inland unter anderem zur Beseitigung eines „gewalttätigen Widerstandes“ zubilligt, wenn dieser gegen eine „Abteilung des Bundesheeres“ gerichtet ist.

Mit der Frage der *Legalität* von Widerstand nicht ident ist jedoch die nach der *Legitimität* desselben. Diese Unterscheidung mag spitzfindig anmuten, sie täte dies aber zu Unrecht, denn *legitim* kann eine gegen die Rechtsordnung verstößende Handlung auch sein, wenn sie eine mangelnde

Übereinstimmung des Gesetzes mit höheren Prinzipien, wie jenen der Grundrechte und –freiheiten der Bürger:innen, beweist.

Das war in der Geschichte etwa der Fall, wenn sich unterdrückte Minderheiten gegen die sie systematisch unterdrückende Mehrheit auflehnen, die das Gesetz als Mittel der Macht und Unterdrückung gegen sie einsetzt, wie das bei kolonialisierten Völkern der Fall war. Anerkannt sind als weitere Voraussetzungen zum Üben von Widerstand zudem dessen Subsidiarität, es darf also keine im Rahmen der Rechtsordnung mögliche Maßnahme zur Abwehr der Grundrechtsverletzung, wie einen in der Realität auch tatsächlich möglichen Gang zu einem Rechtschutz gewährenden Gericht, geben. Ferner wird in der Literatur die Verhältnismäßigkeit, bei einer wertenden Gesamtbetrachtung von eingesetztem Mittel und Anlass des Widerstandes, gefordert.

Uneinheitlich beantwortet wird im Zusammenhang mit Widerstandmaßnahmen deren Einbeziehung oder Ausschluss von Gewalt. Selbst die positivierte deutsche Norm schweigt dazu. Gewaltloser Widerstand ist als ziviler Ungehorsam verbreitet und kennt viele historische Vorbilder, da er die öffentliche Ordnung und andere öffentliche und private Interessen oft nicht derart stark beeinträchtigt, sind die Erfordernisse hier geringer und kann seine Ausübung sogar legal sein, nämlich in Form des Grundrechtsschutzes, wie etwa der Versammlungsfreiheit. Als Beispiel könnte hier die Klimabewegung mit ihren friedlichen Sitz- und Klebeprotesten auf Straßen zur Störung des Kraftverkehrs dienen, wenngleich hier argumentierbar ist, dass es hier nicht nur an einer schweren, sondern an jeglicher dem Staat zurechenbarer Grundrechtsverletzung zulasten der Aktivist:innen mangelt.

Aktive Gewaltausübung als Mittel des Widerstandes blickt jedoch ebenfalls auf eine lange und auch durchaus erfolgreiche Geschichte, vom antiken Tyrannenmord über die Beendigung der Apartheid in Südafrika, zurück. In letzterem Fall wurde die aktive Gewalt jedoch erst als letztes Mittel herangezogen, nachdem alle friedlichen und passiven Versuche nicht nur gescheitert waren, sondern von der unterdrückenden Mehrheit aktiv bekämpft wurden, weshalb sie, selbst bei der wertenden Gesamtbetrachtung, heute ziemlich einhellig als legitim beurteilt wird (Gamper 2018: 257-259; Zippelius 2019: 130-133).

Um jedoch, eingedenk des Forschungsinteresses, zum österreichischen Beispiel zurückzukommen, stellt sich – nach erfolgter Klärung der überrechtlichen Frage der Legitimität – immer noch jene nach der spezifisch mit der nationalen Rechtsordnung verbundenen Legalität, ob die Ausübung von Widerstand gegen den österreichischen Staat durch dessen Rechtsunterworfenen also auch *legal* sein kann.

Wer in Österreich eine Behörde mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt, und auch wer einen Beamten mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung an einer Amtshandlung hindert, ist gemäß § 269 des Strafgesetzbuches wegen des Deliktes des Widerstandes gegen die Staatsgewalt mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, im Fall einer schweren Nötigung sogar mit Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren, zu bestrafen. Als Amtshandlung wird dabei eine Handlung definiert, durch die der Beamte als Organ der Hoheitsverwaltung oder der Gerichtsbarkeit eine Befehls- oder Zwangsgewalt ausübt.

Bereits in der Habsburgermonarchie wurde zum Schutz des Staates und seiner Organe bei der Vollziehung von Gesetzen „Aufruhr und Tumult“ unter Strafe gestellt. Als Mittel zur Abwehr rechtswidriger – oder als nicht gesetzeskonform wahrgenommener – Akte der Gesetzesvollziehung durch Verwaltung und Justiz, sieht der demokratische Rechtstaat die Überprüfung durch unabhängige Gerichte, allenfalls auch im Instanzenzug bis zu nationalen oder europäischen Höchstgerichten, vor. Eine unmittelbare Abwehr, etwa durch physischen Widerstand gegen eine polizeiliche Verhaftung, will der Staat zugunsten nachträglicher Kontrolle verhindern – selbst, wenn er dadurch erlittene Schäden, sowie Rechts- und Freiheitsverletzungen, zu dem Zeitpunkt nur feststellen, aber nicht mehr ungeschehen machen kann.

Doch § 269 StGB zwingt die Rechtsunterworfenen nicht zur Duldung jeder, selbst offenkundig ungesetzlicher, Amtshandlung, indem er in seinem vierten Absatz die Strafbarkeit der Widerstandshandlung ausschließt, „*wenn die Behörde oder der Beamte zu der Amtshandlung ihrer Art nach nicht berechtigt ist oder die Amtshandlung gegen strafgesetzliche Vorschriften verstößt*“. Ersteres ist laut der strafrechtlichen Literatur und Rechtsprechung dann der Fall, wenn das für den Staat handelnde Organ absolut unzuständig ist, die vorgenommene Vollzugshandlung also überhaupt nicht zu dessen Aufgaben- und Wirkungsbereich gehört. Letztere Konstellation gewährt Widerstand im Falle gegen gerichtliches Strafrecht verstößender Amtshandlungen, da sonst die Amtshandlung für den Beamten, und jegliche Abwehr dagegen durch die beamtshandelte Person, gleichzeitig strafbar wären (Helmreich 2012: 313-319).

All dies mag zwar die Strafbarkeit bestimmter Widerstandshandlungen, wie Abwehr gänzlich unrechter Verwaltungsakte, ausschließen, der Fokus sind jedoch stets individuelle Vollziehungshandlungen gegen den Einzelnen oder allenfalls eine, von bestimmten Amtshandlungen betroffene, bestimmte Personengruppe. Eine mit dem grundlegenden deutschen Bekenntnis zu Widerstand, das die Beseitigung der verfassungsmäßigen Ordnung zum Inhalt hat und dafür auch ein Grundrecht auf Widerstand positiviert, vergleichbare Norm, ist dem österreichischen Recht jedoch, auch unter Einbeziehung des in der strafrechtlichen Literatur unter „Widerstandsrecht“ aufgeführtem § 269 Abs 4 StGB, nicht zu entnehmen.

B. Demokratie und Rechtstaatlichkeit als Verfassungsprinzipien

1. Demokratie

a) Österreich

Der erste Artikel des B-VG lautet: „Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus.“ Als Republik wird daher die Staatsform, mit Demokratie auch die Regierungsform, festgelegt. Gleichzeitig statuiert Artikel 1 zwei grundlegende Prinzipien des österreichischen Verfassungsrechts: das demokratische und das republikanische. Der republikanische Grundsatz ist vor allem als Kontrast zur bis dahin bestehenden Herrschaftsform der Monarchie zu verstehen, die alleine das Haus Habsburg für mehr als sechs Jahrhunderte ausgeübt hat.

Das demokratische Prinzip sticht hervor, da die für die Demokratie als Volksherrschaft zentrale Gesetzgebung des Volkes unzweifelhaft bereits zuvor bestanden hat. Einen Anteil an der Gesetzgebung hatte sich die österreichische Bevölkerung bereits 1848 erkämpft, als ihr in der Pillersdorfschen Verfassung erstmals eine gewählte Abgeordnetenkammer als Teil des bikameralen Reichstages zugestanden wurde und sie von nun an „*im Vereine mit dem Kaiser die gesetzgebende Gewalt aus[ge]übt*“ hat (Fischer & Silvestri 1970).

Das Schutzobjekt dieses Grundsatzes wird jedoch erst in einer Gesamtbetrachtung des B-VG deutlich, insbesondere in Zusammenschau mit jenen Bestimmungen, die die Gesetzgebung regeln. Denn dass das Recht vom Volk ausgeht, statuiert keine Übereinstimmung zwischen Herrschern und Beherrschten im direkt-demokratischen Sinne, wie das im antiken Griechenland üblich war und noch von Rousseau formuliert wurde, sondern eine indirekte, mittelbare Form der Demokratie, in der das Volk seine Repräsentant:innen wählt, die dann in den allgemeinen Vertretungskörpern Nationalrat, Bundesrat, Landtagen und Gemeinderäten die Gesetzgebung wahrnehmen. Eine Gesetzgebung unmittelbar durch die solcherart Repräsentierten selbst scheidet somit aus.

Auch Artikel 8 des Staatsvertrages von Wien aus 1955, der im Verfassungsrang steht, verlangt, dass Österreich über „eine demokratische, auf geheime Wahlen gegründete Regierung“ verfügen und allen Staatsbürger:innen ein „freies, gleiches und allgemeines Wahlrecht sowie das Recht, ohne Unterschied von Rasse, Geschlecht, Sprache, Religion oder politische Meinung zu einem öffentlichen Amte gewählt zu werden“, garantieren muss.

Im Zentrum des Verfassungsprinzips „Demokratie“ stehen daher die Institutionen der Legislative samt deren garantierten Befugnissen. Maßgeblich für die Wirksamkeit dieses Prinzips ist folglich die Ausgestaltung des Wahlrechts, um die Mitbestimmung der Bürger:innen im Gemeinwesen zu garantieren, und deren Teilnahme an Wahlen, um die von den Volksvertreter:innen getroffenen

Entscheidungen auf den Willen nicht nur von ihnen selbst oder ihrer Wähler:innen, sondern des gesamten Volkes zurückführen zu können.

Das „Volk“ ist dabei die Gesamtheit der Staatsbürger:innen, denen Rechte wie jenes der Wahl seiner Vertreter:innen, zukommen. Die Gewählten sind jedoch bei der Ausübung ihrer Befugnisse insoweit frei, als dass sie nicht an Weisungen ihrer Wähler:innen gebunden sind, weshalb letzteren im Falle ihrer Unzufriedenheit mit der Ausübung ihres Mandates durch erstere nichts Anderes übrig bleibt, als diese bei der nächsten Wahl nicht erneut zu wählen – was die Abgeordneten für Rousseau zu „Tyrannen“ des Volkes macht (Berka 2021: 40-43; Bezemek 2021: 32-37; Grabenwarter & Holoubek 2022: 56-57; Klaushofer 2021: 290-292; Matzka 2020: 79-80; Mayer et al. 2015: 81-82).

b) Deutschland

Gemäß Artikel 20 Absatz 2 zweiter Satz des Grundgesetzes geht alle Staatsgewalt vom Volke aus und wird diese vom deutschen Volk in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Es liegt daher auch der deutschen Verfassung ein demokratisches Prinzip zugrunde, dessen Ausprägung sich zudem in Form der Vorschriften über Wahlen und Abgeordnete oder über die Parteien widerspiegelt.

Diese Ausprägung ist eine, die sich ebenfalls für ein Pramat der Institutionen der repräsentativen Demokratie und gegen unmittelbare Volksgesetzgebung entschieden hat und diese Institutionen in ihrem Bestand schützt. Das Parlament als direkt demokratisch legitimierte Volksvertretung wählt seinerseits die Bundesregierung. Das Staatsvolk sind die deutschen Bundesbürger:innen, auf deren Legitimation jedes Staatshandeln rückführbar sein muss. Selbst am politischen Prozess partizipieren können diese vor allem in Form ihrer gleichen Teilnahme an Wahlen, Plebisziten steht das Grundgesetz augenscheinlich kritisch gegenüber.

In der Lehre bestehen zwei Verständnisse des demokratischen Prinzips, wovon die eine die Einheit des Deutschen Volkes – als geschlossene Gruppe – als Grundlage der Legitimation von politischer Herrschaft betont. Durch dieses Demokratieverständnis liegt, mit Carl Schmitt gesprochen, „eine Identität von Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchnenden“, mithin eine „substanzielle Gleichheit“ beider Gruppen und aller Staatsbürger:innen, vor. Abgestellt wird dabei auf den Zeitpunkt des Wahlaktes, den jeder Angehörige des politischen Gemeinwesens „Volk“ in gleicher Weise wahrnehmen kann.

Das offene oder pluralistische Konzept des Demokratiegrundsatzes betont die Offenheit des Grundgesetzes hinsichtlich des Legitimationssubjekts staatlicher Herrschaft und kritisiert die monistische Verengung auf ein einheitliches, nach dem Prinzip der Staatsbürgerschaft, bestimmtes

deutsches Bundesvolk. Letzteres Verständnis ist daher auch offener für Wandel der Verfassungsrealitäten, etwa infolge der europäischen Integration.

In der Judikatur des Bundesverfassungsgerichtes haben demokratietheoretische Fragen nach der Rechtmäßigkeit der durch das Grundgesetz in seiner spezifischen Form begründeten Herrschaft bisher etwa im Zusammenhang mit dem Wahlrecht für Ausländer:innen auf kommunaler Ebene eine Rolle gespielt (Hanebeck 2004: 76-87; Schmitt Glaeser 2012: 92-93; Unger 2008: 301-304).

2. Rechtstaatlichkeit

a) Österreich

Das rechtstaatliche Prinzip im B-VG ergibt sich ebenfalls bei einer Zusammenschau mehrerer Regelungen des B-VG. In ihrem Zentrum steht Artikel 18 Abs 1, wonach die gesamte staatliche Verwaltung nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden darf. Dabei handelt es sich auch um das Legalitätsprinzip, das im Kern die formelle Seite des Rechtstaates als Gesetzesstaat begründet, dessen Handeln vor allem durch die Bindung der exekutiven Gewalt an Gesetze zumindest abstrakt vorhersehbar und berechenbar sein muss. Jedes staatliche Handeln muss zudem eine rechtliche Grundlage haben, was die für die Freiheit der Bürger:innen wichtigen Räume bzw. Lebensbereiche schafft, in die sich der Staat nicht einmischt.

Rechtschutz bietet der Rechtsstaat aber neben der Gesetzesbindung auch durch Gerichte, die etwa das Verwaltungshandeln auf seine Konformität mit Grundrechten und -freiheiten, (weiterem) Verfassungsrecht und sonstigen Rechtsvorschriften hin überprüfen. Grundrechte bilden die materielle Seite des Rechtstaates ab, da die Geschichte gezeigt hat, dass es von großer Bedeutung ist, welchen Inhalt die Gesetze haben, denen er unterworfen ist und sichergestellt sein muss, dass diese grundlegende Rechte und Freiheiten der Bürger:innen achten, in die der Staat gar nicht, oder nur unter gesetzlich klar normierten Bedingungen, eingreifen dürfen.

Das staatliche Recht macht daher die Bürger:innen zur Rechtsgemeinschaft freier und gleicher Menschen. Zudem sind auch die Gerichte ans Gesetz gebunden und ihre Entscheidungen in der Regel anfechtbar, was die Effizienz des Rechtschutzes erhöht. Laut dem VfGH müssen zur gänzlichen Verwirklichung der Rechtsstaatlichkeit österreichischer Prägung sämtliche Akte von Organen des Staates im Gesetz und damit, durch die Geschlossenheit der Systematik der Rechtsquellen, mittelbar letztendlich in der Verfassung begründet sein, was Einrichtungen des Rechtschutzes überprüfen (Berka 2021: 55-63; Bezemek 2021: 39-42; Eberhard 2021: 383-400; Mayer et al. 2015: 92-94).

b) Deutschland

Ebenfalls Artikel 20 GG wird als zentrale Norm des Rechtsstaatsprinzips im Grundgesetz herangezogen. Dessen erstem Absatz zufolge ist Deutschland unter anderem eine Bundesrepublik und ein demokratischer Staat, dies wird in weiterer Folge durch die Grundsätze der Gewaltenteilung und der Rechtsbindung aller öffentlichen Gewalt in den Absätzen 2 und 3 als weitere rechtsstaatliche Kernpunkte ergänzt. Ersteres erfolgt dergestalt, dass die Staatsgewalt horizontal auf die drei Bereiche der gesetzgebenden, der ausführenden und der richterlichen Gewalt distribuiert wird, wobei ein System wechselseitiger *checks and balances* gleichzeitig für einen gewissen Grad an Gewaltenverschränkung, zugunsten effektiver Überwachung und Machtbegrenzung, sorgt. In vertikaler Sicht erfolgt zudem eine Aufteilung der Staatsgewalt auf den Bund als Gesamtstaat und die Länder als Gliedstaaten mit eigener Herrschaftsgewalt, die diesen eigenständig zu besorgende Aufgaben zusichert und damit, trotz aller sonstigen Garantien, eine überstarke Zentralgewalt in Gestalt des Bundes verhindert.

Zweites, die Bindung der öffentlichen Gewalt an Recht und Gesetz, wird auch als Herrschaft des Rechts bezeichnet, da staatliche Herrschaft und Staatshandeln seinem Inhalt und seiner Form nach zur Gänze an das zuvor von den, wie oben dargestellt, demokratisch legitimierten Vertreter:innen des Volkes, erlassene Recht gebunden ist und es gleichzeitig ohne eine entsprechende Rechtsgrundlage auch kein Staatshandeln geben darf (Vorrang und Vorbehalt des Rechts). Hinzu kommen ebenfalls verfassungsgesetzlich garantierte Einrichtungen des Rechtsschutzes zur Geltendmachung von Verstößen dieser Grundsätze, wie sie vor allem durch das Bundesverfassungsgericht und die Verwaltungsgerichtsbarkeit gewährleistet sind.

Die zentrale Stellung dieser Festlegungen zeigt sich durch ihre Einbeziehung in die Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG, wonach Änderung des Grundgesetzes, durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden, unzulässig sind.

In materieller Hinsicht erfolgt zudem durch Art. 1 Abs. 1 GG eine Bindung der staatlichen Gewalt an die im ersten Teil des Grundgesetzes genannten Grundrechte. Dadurch wird ein Grundrechtsstaat statuiert, dessen Organisation von Herrschaft an freiheitlichen Gesichtspunkten orientiert ist. Alles Staatshandeln darf nur unmittelbar aufgrund von Recht und dadurch mittelbar nach dem Ziel der darin verbrieften Gerechtigkeit ausgeübt werden. Gerechtes Recht zu schaffen und auch für die Zukunft, sowie – wenn möglich – für alle Ewigkeit, zu garantieren, war ein zentraler Beweggrund vor allem bei der Formulierung der Grundrechte und ihrer Einbeziehung in die Ewigkeitsklausel. Dabei handelt es sich um einen Rückgriff auf das Naturrecht, das hier positiviert wurde, wenngleich die neuere deutsche

Verfassungstheorie in ihren dogmatischen Begründungen nicht mehr auf dieses zurückgreift (Häberle 1974: 437-439; Kotzur 2021: 9-12; Unruh 2004: 39-43).

3. Europäische Dimension und nationaler Einfluss

Die rechtliche Verankerung der Prinzipien der Demokratie und Rechtstaatlichkeit hat jedoch, wie nun gezeigt werden soll, auch eine überstaatliche, europäische Dimension, die wiederum einen bedeutenden Einfluss auf die nationale Ebene, auch der beiden gegenständlich betrachteten Verfassungen, hat.

Nach dem Zweiten Weltkrieg und ausgehend von den Erfahrungen mit den Totalitarismen des 20. Jahrhunderts, allen voran dem Nationalsozialismus und dem stalinistischen Kommunismus, wurde 1949 der Europarat als Internationale Organisation mit der Zielsetzung des Schutzes der Menschenrechte und des Weltfriedens durch Zusammenarbeit der europäischen Staaten gegründet. 1950 wurde von ihnen die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten unterzeichnet, die in Österreich in weiterer Folge mit einem Bundesverfassungsgesetz (BGBI. Nr. 59/1964) rückwirkend in den Verfassungsrang gehoben wurde, in Deutschland gilt sie gemäß Art. 59 Abs. 2 GG sie als einfaches Bundesgesetz unterhalb des Grundgesetzes.

Der Zusammenhang zwischen dem Schutz der Menschenrechte, Demokratie und Rechtstaatlichkeit wird in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) besonders deutlich. An mehreren Stellen ist der EMRK die Bezugnahme auf die „demokratischen Gesellschaft“ zu entnehmen. Dies geschieht, um den Maßstab zu nennen, an dem sich staatliche Eingriffe in Grundrechte wie jenes der Freiheit der Meinungsäußerung, zu orientieren haben. Das darin zugrunde gelegte Demokratieverständnis ist eines der liberalen Demokratie, die sich nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte – zu diesem sogleich mehr – vor allem durch Pluralismus, Toleranz und Aufgeschlossenheit kennzeichnet. Die Meinungsäußerungsfreiheit sei selbst Voraussetzung einer demokratischen Gesellschaft, ebenso wie der Schutz von Minderheiten und politische- sowie religiösweltanschauliche Vielfalt.

Da die grenzenlose Verwirklichung von Pluralismus, Toleranz und Aufgeschlossenheit selbst für intolerante Ansichten und Praktiken diese jedoch im Sinne von Karl Poppers Toleranz-Paradoxon gefährden würden, sieht die EMRK in ihrem Artikel 17 ein Verbot des Missbrauchs der durch sie gewährten Rechte und Freiheiten vor, wonach sie nicht dahingehend ausgelegt werden darf, dass dadurch die Abschaffung ihrer Rechte und Freiheiten erfolgt.

Ihr klares Bekenntnis zur demokratischen Staats- und Gesellschaftsordnung ist der EMRK aber auch aus dem Grundrecht auf freie und geheime Wahlen im dritten Artikel ihres ersten Zusatzprotokolls

oder dem Schutz der politischen Grundrechte der Meinungsfreiheit, Versammlungsfreiheit (Artikel 10 und 11) an sich zu entnehmen. In rechtsstaatlicher Hinsicht geht der durch die EMRK statuierte Grundrechtsstaat aber noch weiter, so enthält sie auch zentrale Garantien für gerichtliche Verfahren. Das gilt einerseits für Zivil- und Strafverfahren in den Mitgliedsstaaten, für die ein faires Verfahren normiert wird, was etwa Entscheidungen durch ein unabhängiges und unparteiisches Gericht beinhaltet, andererseits wird durch die EMRK aber auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eingerichtet, an den sich Bürger:innen der Vertragsstaaten nach Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs zur Wahrung ihrer Grundrechte wenden können (Berka 2020: 7-13; Gamper 2018: 245-246; Kucsko-Stadlmayer 2020: 33-48; Pabel 2020: 16-32; Wagrandl 2020: 69-70, 79-83).

Im Recht der Europäischen Union nennt Artikel 2 des Vertrages über die Europäische Union (EUV), der als Gründungsvertrag eine zentrale Stellung im Primärrecht und damit dem höchstrangigen Recht der Union innehalt, als Werte, auf die sich die Union gründe, die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, *Demokratie*, Gleichheit, *Rechtsstaatlichkeit* und die Wahrung der Menschenrechte, einschließlich der Rechte der Personen, die Minderheiten angehören. Diese Werte seien demnach allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam, die sich durch Pluralismus, Nichtdiskriminierung, Toleranz, Gerechtigkeit, Solidarität und die Gleichheit von Frauen und Männern auszeichne. Um nicht eine bloße Absichtserklärung darzustellen, stellt Artikel 7 EUV im Falle, dass eine „schwerwiegende Verletzung“ von einem dieser Werte drohe, Abwehrmaßnahmen, wie den Stimmentzug für Vertreter:innen eines wertegefährdenden Mitgliedsstaates in EU-Gremien, zur Verfügung.

Geregelt ist seit dem Vertrag von Lissabon jedoch aus der Austritt aus der Union, was durch jenen des Vereinigten Königreiches 2020 erstmals geschehen ist. Auch die EMRK sieht in ihrem Artikel 58 das Verfahren zur Kündigung der Konvention durch einen Vertragsstaat vor, was jedoch in der Praxis noch nie vorgekommen ist und für Staaten, die zugleich EU-Mitglieder sind, ohne gleichzeitigen Austritt auch aus der EU, durch deren sinngleiche Garantien in der Grundrechtecharta, auch rechtlich praktisch wirkungslos wäre.

Nachdem die Europäische Union zunehmend mehr staatliche Aufgaben, vor allem im Bereich der Gesetzgebung, aber – vor allem in Form der Kommission – auch Exekutivbefugnisse übernommen hat, während durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts dessen Rechtsakte dem gesamten staatlichen Recht, einschließlich Verfassungsrecht, vorgehen, ergab sich bald das Erfordernis, die EU – wie einen Staat – auch an Grundrechte zu binden. Zwar konnte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes bereits seit 1969 entnommen werden, dass die mittels ihrer nationalen Verfassungen jeden einzelnen EU-Mitgliedsstaat bindenden Bürger:innen- und Menschenrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze, und somit eine Idee aus dem Völkerrecht, auch die EU binden würden, da diese ja

nur die von den Staaten übertragenen Befugnisse besitzen kann. Mit dem Vertrag von Nizza im Jahr 2000 erhielt die Union jedoch eine eigene Grundrechtecharta, die in weiterer Folge Teil des EU-Primärrechts wurde. Auch die Charta enthält in ihrer Präambel ein Wertebekenntnis zur Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität und benennt als Grundsätze, auf denen die Union beruhe, jene der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit.

Die Werte von Artikel 2 EUV und der Grundrechtecharta (GRC) sind zur näheren Bestimmung der Begriffsinhalte gemeinsam zu lesen. Da die Europäische Union, nach einer ablehnenden Stellungnahme des Europäischen Gerichtshofes (EuGH), nicht als Ganze dem Europarat und damit auch der EMRK beigetreten ist, entspricht die GRC in weiten Teilen, oft wortident, der EMRK, und hält die GRC (in ihrem Artikel 52) zur Tragweite der durch sie garantierten Rechte daher fest, dass diese die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die korrespondierenden EMRK-Rechte haben. Davon darf nur zur Gewährung eines weitergehenden Grundrechtsschutzes durch die GRC abgewichen werden. Auch der verpönte Grundrechtsmissbrauch wird ausgeschlossen (Artikel 54), was dem Bekenntnis der EMRK zur wehrhaften liberalen und demokratischen Gesellschaftsordnung entspricht, die diese Werte erhalten und ihre Verteidigung ermöglichen will.

In diesem Sinne ist zur Bedeutung von „Demokratie“ im Sinne von EUV und GRC etwa auf den erwähnten Artikel 3 des ersten Zusatzprotokolls zur EMRK zu verweisen, der freie und geheime Wahlen garantiert. Auch die EU selbst ist dem Modell einer repräsentativen Demokratie nachempfunden, so ist das Europäische Parlament durch allgemeine Wahlen direkt legitimiert, der Rat als Ko-Gesetzgeber und die Europäische Kommission durch die zugrundeliegenden nationalen Wahlen und vorgesehenen Verfahren indirekt. Hinsichtlich der „Rechtstaatlichkeit“ ist, wie etwa in Deutschland und Österreich, auch im EU-Kontext eine formelle von einer materiellen Seite zu unterscheiden, erstere beinhaltet etwa die Bindung staatlicher Hoheitsgewalt an das Gesetz und verlangt dessen Vorbehalt ebenso wie eine Teilung der Staatsgewalten in Legislative, Exekutive und Judikative. In materieller Sicht muss die Judikative zudem unabhängig sein und einen effektiven Rechtschutz garantieren können, zudem muss der Staat umfassend an Grundrechte und Freiheiten gebunden sein und bei der Ausübung der Exekutivgewalt an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden sein.

In allen EU-Mitgliedsstaaten, also auch den hier interessierenden Ländern Deutschland und Österreich, gelten EUV und GRC qua Anwendungsvorrang des EU-Rechts, da sie alle auch Mitglieder von Europarat sind, gilt zudem die EMRK. Da sich ferner die GRC an der EMRK orientiert und das letztinstanzliche Auslegungsmonopol für das Recht der EU der EuGH und für die EMRK der EGMR hat – nachdem diese zunächst von nationalen Gerichten, einschließlich Verfassungsgerichten, ihren Entscheidungen, in der von EuGH und EGMR ausgelegten Form, zugrunde gelegt werden müssen – gibt es eine starke gegenseitige Beeinflussung der Judikatur zum Schutz der supranationalen, europäischen Grundrechte.

Diese sind wiederum von den erwähnten Prinzipien wie Demokratie, Rechtsstaatlichkeit oder Menschenwürde als zugrundeliegende Werte getragen (Eberhard 2021: 389-390; Hobe & Fremuth 2020: 191-198; Klaushofer 2021: 310-311; Larsen 2021: 477-488; Jaeger 2021: 89-92).

Dass das nicht immer friktionsfrei abläuft, zeigt das selbstbewusste deutsche Bundesverfassungsgericht, sobald es einen durch den EuGH unzureichend gewährten Grundrechtsschutz erachtet. Ursprünglich noch vor Erlassung der GRC und daher eines effektiven Grundrechtsschutzes auch in Form einer Normenkontrolle des Europarechts, in Form der später als Solange I und II berühmt gewordenen Entscheidungen aus 1974 und 1986, hat es 2020 erstmals das Vorgehen der Europäische Zentralbank (EZB), und damit eines Organs der EU, im Zusammenhang mit einem Staatsanleihekaufprogramm als dessen – im EU-Recht verankerten – Kompetenzen überschreitend (*ultra vires*) eingestuft. Dies geschah, nachdem der EuGH den Sachverhalt bereits geprüft und nicht beanstandet hatte, woraufhin das BVerfG dessen Judikat als nicht mehr nachvollziehbar und folglich ebenfalls *ultra vires* erachtet hat. In ähnlicher Form wurde und wird neben dem EuGH auch der EGMR, von Großbritannien bis Österreich, kritisiert, da vor allem letzterer durch die faktische Schaffung von Verfassungsrecht über eine beträchtliche Machtfülle verfügt (Bates 2019: 193-195; Jaeger 2021: 92-100; O'Cinneide 2017: 43-48).

All dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass infolge der ähnlich gelagerten Fälle bei vergleichbarer bis identer (Grund)rechtslage und dank der Auslegungsmonopole der beiden Gerichtshöfe EuGH und EGMR, ein wechselseitiger Einfluss nationaler Verfassungs- und Höchstgerichte in deren Judikatur im Bereich der Grundrechte nicht nur im europäischen Recht folgerichtig als zentraler Pfeiler der Rechtstaatlichkeit anerkannt, sondern auch bereits empirisch belegbar ist (Eberhard 2019: 147-151, 2021: 389-390; Wahl 2015b: 836-844).

C. Schranken der Verfassungsrevision

Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution.
Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.

Art. 28 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (zit. n. Bezemek 2021: 34).

1. Änderung oder Neuschöpfung der Verfassung

In der Einleitung wurde schon darauf hingewiesen, dass Verfassungen stets das Ergebnis von Revolutionen, Krisen, Wechseln der Staats- oder Regierungsform oder anderen bedeutender politischer Umbrüchen waren und sind. Auch wurde bereits die seit Abbé Sieyès getroffene Unterscheidung zwischen der verfassungsgebenden und der durch die Verfassung eingesetzten Gewalt im I. Teil der Arbeit besprochen. In dem Zusammenhang hat der letzterer auch die berühmte These formuliert, wonach die Träger des *pouvoir constitué* nichts an den Bedingungen der ihnen vom *pouvoir constituant* übertragenen Macht ändern dürften.

Doch wann liegt überhaupt eine solche Änderung vor und ab wo verläuft die Grenze, ab der schon von der Erlassung einer neuen Verfassung gesprochen werden muss? Auffällig ist, dass auch etablierte, demokratische Verfassungsstaaten in unterschiedlicher Häufigkeit ihre Verfassungen ändern, und diese in aller Regel auch entsprechende Verfahren dazu vorsehen (Gamper 2020: 52-53; Lorenz 2008: 20-21).

Es soll daher zunächst eine kurze Annäherung an Verfassungsänderungen aus vergleichender, politik- und rechtswissenschaftlicher Sicht erfolgen, bevor auf die entsprechenden Bestimmungen in den beiden betrachteten Fallbeispielen, dem österreichischen Bundes-Verfassungsgesetz und dem deutschen Grundgesetz, näher eingegangen wird und die darin getroffenen Regelungen vor diesem Hintergrund damit auch klarer verstanden und eingeordnet werden können. Da die deutsche Ewigkeitsklausel bereits oben dargestellt wurde, entfällt eine erneute Auseinandersetzung mit den Revisionsschranken des Grundgesetzes in diesem Kapitel.

In seiner *Verfassungslehre* unterschied Carl Schmitt (2017 [1928]: 99-103) bereits die „[a]us dem Begriff der Verfassung“ abzuleitenden Begriffe *Verfassungsänderung*, *Verfassungsvernichtung*, *Verfassungsdurchbrechung* und *Verfassungssuspension*. Eine Verfassungsänderung, oder Revision derselben, liege vor, wenn der Text verfassungsgesetzlicher Bestimmungen entweder unter Einhaltung oder Außerachtlassung des dafür in der geltenden Verfassung vorgesehenen Verfahrens seinem Inhalt nach geändert oder durch die Aufnahme einzelner, zusätzlicher Normen im Verfassungsrang ergänzt wird. Eine durch verfassungsgesetzliche Normierung erteilte Befugnis, die „Verfassung zu ändern“, bedeute demnach, dass einzelne oder mehrere verfassungsgesetzliche Regelungen durch andere

Regelungen im Verfassungsrang ersetzt werden könnten – dies gelte aber nur unter der Voraussetzung, dass *Identität und Kontinuität* der Verfassung, als eines Ganzen, gewahrt blieben.

In der US-amerikanischen Literatur des 19. und 20. Jahrhunderts, der in diesen Fragen eine Vorreiterrolle zukommt, gibt es vier Auffassungen zur Abgrenzung einer Verfassungsrevision von einer neuen Verfassung. Sie gründen sich auf die Vorarbeiten von Emmanuel-Joseph Sieyès und Carl Schmitt. Nach der binären These führt jede Veränderung des Verfassungstextes entweder zu deren Revision oder konzeptionell zu einer neuen Verfassung. Der substanzialen These folgend, führen Änderungen, die nach dem in der Verfassung vorgesehenen, formalisiert Verfahren durchgeführt werden, nicht zwangsläufig zu einer bloßen Verfassungsrevision unter Wahrung der Identität der bisherigen Verfassung. Die Illegitimitätsthese besagt, dass Änderungen von Verfassungen, die nach den darin vorgesehenen Regeln vorgenommen werden, aber zu etwas anderem als einer bloßen Verfassungsrevision führen, nach der bestehenden Verfassung unrechtmäßig sind. Der impliziten Beschränkungsthese nach ist selbst im Falle, dass ein Verfassungstext nicht angibt, welche Arten von Veränderungen des Verfassungstextes als identitätswahrende Verfassungsänderungen und welche als neue Verfassung gelten, diese Unterscheidung bereits implizit in der Natur einer jeden Änderungs- oder Ergänzungsbestimmung enthalten (Albert 2019: 69-73; Winterhoff 2007: 166-171).

Die neue Literatur stellt daher auf inhaltsbezogene – materielle – Ansätze zur Unterscheidung zwischen Verfassungsrevision und neuer Verfassung ab. Gegenstand einer Verfassungsänderung muss eine grundlegende Entscheidung im Bereich rechtlicher und politischer Grundlagen des Staates sein. Sie muss in der Form getroffen werden, dass ihre Geltung jene höherrangige Stellung für sich beansprucht, die für das Verfassungsrecht wesensbestimmend ist. Um eine ungeborene Einheit mit der zu ändernden Verfassung zu erreichen, muss sie mit der bestehenden Grundstruktur und –gestaltung sowie den darin getroffenen Grundprämissen und Verfassungsprinzipien, übereinstimmen. Ihre Geltung ist dann derivativ, das heißt, sie leitet sich von der Geltung der ursprünglich vom Volk als Träger der Verfassungsgebenden Gewalt erlassenen Verfassung ab.

Als Verfahren zur Verfassungsänderung haben sich erhöhte Anforderungen an entsprechende Parlamentsbeschlüsse – vor allem in Form gesteigerter Anwesenheits- und Zustimmungserfordernisse – ebenso in diversen Konstitutionen etabliert wie ihre Ergänzung etwa um zeitlich verzögernde Elemente, die übereilige Revisionen hintanhalten sollen, oder häufig auch eine Beteiligung der Bevölkerung in Form der bloßen Ermöglichung oder des strikten Erfordernisses einer Volksabstimmung (Gamper 2020: 54-56; Starck 1986: 26).

Klassische Zielsetzungen von Verfassungsrevisionen sind etwa die Korrektur von Regelungen, die sich in der Verfassungspraxis als nachteilig im Hinblick auf den beabsichtigten Zweck erwiesen haben, elaborative Erweiterungen bereits im Verfassungstext angelegter Anordnungen, um deren

Wirkungsgrad noch zu erhöhen, Abänderungen oder Abschaffungen bestehender Verfassungsbestimmungen, ohne dass dadurch ein Grundprinzip der Verfassung tangiert wird, oder die Rückkehr zur früheren Bedeutung eines Teils der Verfassung im Wege authentischer Interpretation durch den Verfassungsgesetzgeber, nachdem sich die Bedeutung etwa durch bindende (höchst)gerichtliche Auslegung, die politische Praxis oder den Bedeutungswandel der zugrundeliegenden Begriffe über einen längeren Zeitraum gewandelt hat.

Von alledem zu unterscheiden sind Veränderungen von Verfassungen, die aufgrund ihres Ausmaßes keine bloße Verfassungsänderung bzw. –ergänzung darstellen, sondern einen Bruch mit der Identität und Kontinuität der Verfassung in ihrer Gesamtheit. Das ist der Fall, wenn Grundprinzipien der Verfassung oder ein in ihr garantierter Grundrechts abgeändert bzw. abgeschafft werden, oder, sofern auf andere Art und Weise die Identität einer Verfassung oder eines ihrer Kernmerkmale neu gestaltet wird. Unstimmigkeit herrscht über die Frage, welche Auswirkungen das in diesem Fall, aber auch generell die Erlassung einer neuen, trotz einer geltenden Verfassung, auf die der ursprünglichen, *bisherigen* Verfassung zugrundeliegende, verfassungsgebende Gewalt hat – ob diese also fortbesteht, untergeht oder mit jener der neuen Verfassung verschmilzt (Albert 2019: 76-86, 91-92; Gamper 2020: 54-56, 60-61; Winterhoff 2007: 170-181, 471-478).

Derartige, tiefgreifende Umbrüche der Verfassung als Grundlage des staatlichen Gemeinwesens, die zu einer Diskontinuität mit der bisherigen Ordnung in zumindest einem zentralen Aspekt führen, sollten, wie auch Teile der Literatur fordern, nicht im regulären Verfassungsrevisionsverfahren entschieden werden können, das in manchen Fällen gar keine direkte Mitwirkung der Bevölkerung vorsieht, sondern in einem besonderen, höhere Anforderungen und, meines Erachtens, idealerweise auch plebisitzäre Elemente beinhaltenden Verfahren, da der Verfassungsgebungsprozess Kompetenz des Volkes als Träger der verfassungsgebenden Gewalt ist.

Zwar wird das Volk auch bei Sieyès (1981 [1789]: 166-175) selbst hierbei von gewählten Repräsentant:innen vertreten, davon zu unterscheiden ist aber die spätere Repräsentation durch gewählte Abgeordnete im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung. Die Aufgabe letzterer ist lediglich die Erhaltung und die Sicherstellung des Wohles der Gemeinschaft, weshalb die dazu berufenen Vertreter:innen auch nur über die dazu benötigte, gleichsam darauf beschränkte, vom Volk anvertraute, Macht verfügen. Zudem unterscheidet Sieyès (1981 [1789]: 170) zwischen gewöhnlicher Stellvertretung (*représentation ordinaires*) des Volkes für den regulären Gesetzgebungsprozess und außerordentlicher Stellvertretung (*représentation extraordinaires*) zur Beratung über Verfassungsfragen, die unterschiedliche andere Staatsgewalten darstellen würden. Erstere sind zudem bloß konstituierte, nicht konstituierende Gewalt (Starck 1986: 25).

Die Ausübung der anvertrauten Macht darf ihrem Urheber, dem Volk, jedoch nie schädlich werden in dem Sinne, dass seine eigenen Vertreter:innen zu seinem Nachteil über das Volk herrschen, indem sie etwa ihre eigene Macht zulasten der Rechte und Freiheiten des *pouvoir constituant* eigenmächtig erweitern (Winterhoff 2007: 167, 224-241).

Fraglich ist meines Erachtens aber, ob über derartige Grundsatzentscheidungen dann letztendlich überhaupt wieder nur Repräsentant:innen, wenn auch in einer besonderen Zusammensetzung, entscheiden sollen und nicht die Vertretenen als Träger des staatlichen Gemeinwesens unmittelbar selbst. Im Hinblick auf den Schutz von Verfassungen und ihrer Prinzipien von Bedeutung, ist neben der Frage der Identität und Kontinuität der Verfassungsordnung bei Verfassungsänderungen im dafür vorgesehenen Verfahren aber auch, welcher Stellenwert unabänderbaren Bestimmungen in Verfassungen zukommt. Diese sind Anordnungen, die in einer Verfassung getroffen werden, wonach Teile von ihr nicht nach den typischerweise enthaltenen Änderungsregeln geändert oder abgeschafft werden können. Die einzige legitime Möglichkeit, sie zu ändern, besteht daher darin, eine neue Verfassung zu erlassen. Bei der Kodifikation unabänderlichen Regeln handelt es sich um kein neues Phänomen, sie sind bereits in den frühen Verfassungen mehrerer US-Bundesstaaten und der USA, sowie lateinamerikanischer Länder, jeweils aus dem 19. Jahrhundert, zu finden.

Deren Beispiele zeigen, dass dort etwa die – in der Regel christliche – Staatsreligion der hispanischen Staaten, aber mitunter bereits die republikanische Staatsform, Fragen der politischen Repräsentation, oder bestimmte Menschenrechte als unabänderbar besonders geschützt wurden (Roznai 2013: 665-667). Sowohl im Falle des Glaubens als auch in jenem der Menschenrechten entspricht die Vorstellung, dass es sich dabei um sich aus der Natur des Menschen ergebende und daher höhere, universell gültige Ordnungsprinzipien handeln würde, die daher von diesen nicht abgeschafft werden könnten, dem Naturrechtsdenken (Kelsen 1962: 316-317).

In der Literatur werden drei Arten von unabänderbaren Verfassungsbestimmungen unterschieden: kodifizierte, interpretative und konstruktive. Erstere sind am leichtesten auszumachen, da sie – wie die nord- und lateinamerikanischen Beispiele – im Verfassungstext ausdrücklich als solche niedergeschrieben sind. Sie dienen der Vergewisserung, dass die Saat des Konstitutionalismus im betreffenden Staat als solche aufgeht und es nicht durch Verfassungsrevisionen wieder zu Rückschritten kommt, oder auch der Aussöhnung nach größeren, etwa militärischen, Konflikten, um Frieden zu gewährleisten. In beiden Fällen gibt es jedoch keine normative Präferenz für die Inhalte, die unabänderlich gemacht werden. Im Gegensatz dazu stehen Klauseln, die bestimmte Charakteristiken des Staates oder seiner Verfassung, wie Prinzipien, Werte, Strukturen, oder andere Regeln für die Ewigkeit bewahren sollen, da es sich um etwas für den Staat oder sein Volk grundlegendes handelt. Hier ist wiederum auf die obgenannten Fälle aus Amerika zu verweisen.

Weitere Gründe für kodifizierte unabänderbaren Verfassungsbestimmungen sind etwa die Absicherung nach einer Veränderung des Staates und der ihn umgebende Gesellschaft, wie das zur Schaffung einer neuen Normalität für die Ausübung der öffentlichen Macht am Anbeginn eines (neuen) autoritären Systems der Fall sein kann, sowie die Gewährleistung eines effektiven Krisenmanagements, in dem während eines Notstands, Kriegsrechts, Belagerungs- oder Kriegszustands Verfassungsrevisionen ausgeschlossen werden.

Interpretative Unabänderbarkeit wird dementgegen in der Regel durch gerichtliche Auslegung begründet, kann aber auch auf sozialen und politischen Gründen, wie dauerhaftem Dissens etwa über die Art und Weise oder den Inhalt einer an sich als abänderungsbedürftig angesehenen Bestimmung der Verfassung, beruhen.

Konstruktive Unabänderlichkeit ist dem zuletzt genannten Fall ähnlich, da die Unabänderbarkeit hier ebenfalls die politische – und nicht rechtliche – Realität darstellt, jedoch liegt es in diesem Fall an den schon in der Verfassung selbst vorgesehenen Anforderungen und Hürden für ihre Revision, die sich mitunter als so schwer erfüllbar herausstellen, dass sie zwar dem Rechtstext nach schon, aber realistischerweise nicht erfüllt werden können. Das war etwa bei der US-amerikanischen Verfassung der Fall, was von James Madison auch explizit so befürwortet wurde, da zu viele Änderungen und Änderungsversuche den Eindruck erwecken würden, dass die Verfassung fehlerhaft sei, und dieser Eindruck würde wiederum die Ehrfurcht vor der neuen Verfassung untergraben, die Madison als das höhere Gut angesehen hat, welches es zu etablieren gelte (Albert 2019: 139-164; Gamper 2020: 54, 58-60, 66-70; Winterhoff 2007: 174-197, 274-333, 356-397).

2. Österreich

Das Verfahren zur Änderung der österreichischen Bundesverfassung regelt Artikel 44 B-VG. Demnach können Verfassungsgesetze oder in einfachen Gesetzen enthaltene Verfassungsbestimmungen vom Nationalrat zu im Vergleich zum einfachen Gesetzgebungsverfahren erschweren Bedingungen erlassen oder geändert werden, so muss nur zumindest die Hälfte der Nationalratsabgeordneten bei der Plenarabstimmung anwesend sein und zwei Dritteln der Anwesenden müssen dem ausdrücklich als „Verfassungsgesetz“ bzw. „Verfassungsbestimmung“ zu bezeichnenden Vorhaben die Zustimmung erteilen. Art 44 Absatz 3 verlangt zusätzlich zu den erhöhten Präsenz- und Konsensquoren im Nationalrat eine Volksabstimmung über „[j]ede Gesamtänderung der Bundesverfassung“ und ermöglicht eine solche auch bei einer bloßen „Teiländerung“, wenn das von einem Drittel der Mitglieder des Nationalrates oder des Bundesrates verlangt wird. Worin sich eine Gesamt- von einer Teiländerung unterscheidet, ist dem B-VG nicht zu entnehmen.

Der Verfassungsgerichtshof hat jedoch im Jahr 1952 entschieden, dass hierzu materielle Kriterien, also der Inhalt der Verfassungsänderung, von Bedeutung ist. Demnach handelt es sich um eine Gesamtänderung, sobald eines der Prinzipien des B-VG, als welche neben dem bereits besprochenen, demokratischen und rechtstaatlichen, auch das bundesstaatliche und das republikanische verstanden werden, beseitigt oder wesentlich geändert wird. Eine Gesamtänderung kann nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes jedoch auch „schleichend“, also durch eine Reihe von aufeinanderfolgenden teiländernden Verfassungsgesetzen, vonstattengehen, wodurch die entsprechenden Änderungen – trotz ihrer Rechtsnatur als Verfassungsgesetze bzw. Verfassungsbestimmungen – verfassungswidrig wären (Berka 2021: 36-37; Eberhard 2020: 96-97; Gamper 2020: 57-59, 72).

Dem Wortlaut von Art 44 Abs 3 nach ist unter Einhaltung seines Procederes daher eine „jede“ Verfassungsrevision möglich – unabhängig von deren Tragweite, ob diese also nur ein Verfassungsprinzip modifiziert oder etwa alle Prinzipien des B-VG, allenfalls das B-VG in toto, abschaffen würde. Eine Ewigkeitsklausel, die bestimmte Teile der Verfassung – etwa jene über die Staats- und Regierungsform oder die Grundrechte für unabänderlich erklärt – wie sie nicht nur das Bonner Grundgesetz in seinem Art 79 Abs 3 festgeschrieben hat, sondern in unterschiedlichen Formen fast jede dritte Verfassung der Welt kennt, ist dem B-VG zumindest in Form einer ausdrücklichen Verankerung nicht zu entnehmen. Lediglich bestimmte Änderungen zulasten der Bundesländer bedürfen laut an unterschiedlichen Stellen des B-VG verstreuten Bestimmungen deren Zustimmung – hierbei handelt es sich um eine konstruktive Unabänderbarkeit, wie es sie zum Schutz der politischen Mitwirkungsrechte der Gliedstaaten auch in anderen Ländern gibt (Albert 2019: 160-162, 183).

In Summe zählt die österreichische im globalen Vergleich nicht nur zu den am leichtesten abänderbaren, sondern auch zu den in der Praxis sehr häufig geänderten bzw. ergänzten Verfassungen. Doch seit einigen Jahrzehnten mehren sich Stimmen in den Rechtswissenschaften, die auch dem B-VG einen festen, revisionsfesten Kern zugrunde legen wollen. Als solcher wurde etwa die liberale Demokratie oder die Grundrechtssubjektivität der Bürger:innen oder Angehöriger besonders geschützter Gruppen ausgemacht. Als Begründung wurden etwa die Unabhängigkeitserklärung Österreichs 1945 oder die Volkssouveränität herangezogen – letztere im Verständnis, dass sie der Verfassung vorausgehe und nicht dahingehend gedeutet werden könne, dass das Volk ermächtigt sei, seine politische Existenz zu zerstören oder sich selbst zu entmachten. Zudem könne aus der Wortfolge „[j]ede Gesamtänderung der Bundesverfassung“ nicht geschlossen werden, dass es nicht auch unzulässige Verfassungsrevisionen gäbe (Gamper 2020: 57, 70-77; Wagrandl 2019: 199-205).

Wagrandl (2019: 223-227) etwa schließt aus § 3 des Verfassungsgesetzes vom 8. Mai 1945 über das Verbot der NSDAP (Verbotsgesetz), wonach es jedermann untersagt ist, sich für die NSDAP oder ihre

Ziele, sei es auch außerhalb dieser Organisationen, irgendwie zu betätigen, die Existenz einer relativen, negativen Ewigkeitsklausel. Das Verbotsgebot statuiere nämlich ein „antinationalsozialistisches Grundprinzip“, das zu den bereits im B-VG 1920 enthaltenen Verfassungsprinzipien hinzutreten würde, die als Lehre aus der Geschichte nationalsozialistische Betätigung vom demokratischen Prozess ausnehme.

Seine Abschaffung sei zwar nicht grundsätzlich unmöglich, aber genau aus jenen, im § 3 des Verbotsgebotes genannten Gründen, unzulässig, worin die Relativität dieser Ewigkeitsklausel begründet liege. Ihre Negativität bestehe in der Beschränkung auf ein Verbot zur Rückkehr des überwundenen Nationalsozialismus, während die deutsche Ewigkeitsklausel Grundprinzipien wie Menschenwürde und Demokratie ganz generell vor einer jeden, auch revolutionären, Revision schütze. Die überwiegende Meinung ist aber ungebrochen jene, dass eine solche Ewigkeitsgarantie dem B-VG nicht zugrunde liegt und ihm mit Methoden des Rechts auch nicht entnommen werden kann. Die Einführung einer solchen Garantie würde sogar selbst eine Gesamtänderung darstellen, da dadurch das Demokratieprinzip um ebenjene Möglichkeiten der Verfassungsänderung(en) durch das Volk selbst oder seine Repräsentant:innen beschränkt werden würde (Berka 2021: 36-37; Muzak 2020: Rz 8).

3. Europäischer Rahmen

Revisionsschranken des europäischen Verfassungsbogens ergeben sich, wie oben dargestellt, aus dem Wesen der Normen selbst. So versteht sich die EU als Ordnung der in Artikel 2 EUV verbrieften Werte, die sich im ersten Artikel des EUV einem immer engeren Zusammenrücken verschrieben hat. Das Verfahren zu Änderungen des Primärrechts, also der EU-Verträge, ist in Artikel 48 EUV geregelt. Es handelt sich dabei um ein Zusammenspiel der Initiator:innen, des Europäischen Rates und der nationalen Regierungen, wobei die Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten mitunter weitere Bedingungen an die Ermächtigung zur Zustimmung ihrer Vertreter:innen knüpfen, wie ein Nationalratsbeschluss in Österreich oder eine Volksabstimmung in Irland. Auch in Deutschland sind umfassende Mitwirkungsrechte von Bundestag und Bundesrat vorgesehen. Zwar kann auf diesem Weg das EU- „Verfassungsrecht“ beliebig geändert werden, doch ist letztlich eine Einstimmigkeit aller, derzeit 27, Mitgliedsstaaten vonnöten.

Die EMRK hingegen sieht kein Verfahren zu ihrer Abänderung vor, sie wurde jedoch in den mehr als 70 Jahren ihres Bestehens um 16 Zusatzprotokolle ergänzt und modifiziert, was jedoch stets zur Gewährung eines noch umfassenderen Grundrechtsschutzes genutzt wurde. Als völkerrechtlicher Vertrag wäre hingegen auch eine Änderung des EMRK-Stammtextes nach den Vorschriften der Wiener

Vertragsrechtskonvention (WVK) möglich, dies würde jedoch ebenso einen Konsens aller 46 Mitgliedsstaaten erfordern.

EU-Recht und EMRK enthalten daher keine expliziten Revisionsschranken, da sie aber dem Geiste des postfaschistischen Konstitutionalismus entsprungen sind, und als solche dem Schutz von liberaler Demokratie und damit auch Rechtstaatlichkeit dienen, würden jegliche Rückschritte hinter diese Gründungsprinzipien – von ihrer kaum vorstellbaren politischen Realisierbarkeit abgesehen – keinen bloßen Wandel, sondern einen kompletten Systembruch darstellen, der eine Erosion der Institutionen zur Folge hätte. Bereits ein daraufhin abzielender Versuch, etwa durch die schon ein angespanntes Verhältnis zur liberalen Demokratie pflegenden EMRK-Mitglieder Russland oder die Türkei oder Ungarn bzw. Polen im EU-Kontext, dürften und müssten wohl sogar daher durch den Charakter von Europarat und EU als transnationale, wehrhafte Demokratischutzbündnisse, Abwehrmaßnahmen bishin zum Ausschluss bündnisgefährdender Mitglieder ergreifen (Klamert 2021: 104-108; Wagrandl 2018: 157-172, 2020: 79-89).

D. Zusammenfassung

Die Demokratie und der Rechtsstaat stehen, so hat sich gezeigt, in einem ambivalenten Verhältnis zueinander. Demokratie ist die Herrschaft des Volkes, die sich nach ihrer antiken Begründung als solche in den meisten Ländern der Welt, in unterschiedlichen Ausprägungen, als Regierungsform etabliert hat. Rechtstaatlichkeit hingegen ist eine neuere Idee, deren Entstehung eng mit jener des Konstitutionalismus zusammenhängt, wenngleich Vorläufer schon bei Aristoteles zu finden waren, da der Rechtstaat zunächst das staatliche Gewaltmonopol beschränkt und so Rechte und Freiheiten der Bürger:innen schützt.

Neben dieser formellen Seite wurde die Rechtstaatlichkeit als Verfassungsprinzip jedoch, vor allem in Europa, noch um eine materielle Seite ergänzt, die eine Bindung allen staatlichen Handelns an Grund- und Menschenrechte zur weiteren Bedingung macht. Dies ist in erster Linie vor den Lehren aus dem Untergang von Demokratie und Rechtstaat zugunsten totalitärer und faschistischer Systeme im 20. Jahrhundert geschehen, in denen sich manche Vorbehalte gegen grenzenlose Macht der ochlokratischen Mehrheit wohl bewahrheitet haben und infolgedessen auch das solche Entwicklungen zumindest nicht aufgehaltene Verfassungsverständnis vieler Länder einem Neuen gewichen ist.

Demokratie als Verfassungsprinzip in B-VG und Grundgesetz schützt jeweils die demokratischen Institutionen der Legislative samt deren Kompetenzen, und verkörpert daher Systementscheidungen gegen die unmittelbare Äußerung des Volkswillens bei den einzelnen politischen Entscheidungen zugunsten jenes der schon von Sieyès favorisierten Repräsentation in der konstituierten Ordnung. Die Rechtstaatsmaxime etabliert einen Gesetzes- und Grundrechtsstaat samt gewaltenteilender *checks and balances*, seinen Garantien wird durch effektiven Rechtsschutz Wirksamkeit verliehen.

Auch die richterliche Normenkontrolle bzw. Verfassungsgerichtsbarkeit ist daher, anders als schon von Anbeginn an in den USA kritisiert, kein Gegenspieler zur Demokratie, sondern ermöglicht vielmehr deren Entfaltung, indem etwa Rechte und Freiheiten der Minderheit vor einem legislativen Übergriff der Mehrheit geschützt werden. Ihre Rolle zeigt sich folglich auch, wie dargelegt, im Zusammenhang mit Verfassungsänderungen, die am Maßstab des jeweiligen Revisionsverfahrens und der materiellen Grundprinzipien zu messen sind. Im Regelfall gehen solche Änderungen durch bloße Abstimmungen der Abgeordneten der Legislative vonstatten, die im Sieyès'schen Sinne jedoch nur „gewöhnliche“ Vertreter:innen sind, deren Wirkungskreis sich auf die unterhalb der Verfassungsgebung angesiedelte, einfache Gesetzgebung im Rahmen der verfassten Ordnung zu beschränken habe.

Das wahrt den Vorrangcharakter der Verfassung und sichert die Bevölkerung ab vor ungewollten, aufgrund der quantitativen und qualitativen Komplexität moderner politischer und rechtlicher Prozesse durch ein Zusammenspiel unterschiedlicher Regelungsebenen und Akteure, sowie der

Regelungsdichte vieler Materien, womöglich gar nicht wahrgenommenen, und selbst zu diesem Zeitpunkt nicht für jede:n Bürger:in fassbaren, Modifizierungen der Verfassung.

Dieses Miteinander aus repräsentativer Demokratie, allen Facetten der Rechtstaatlichkeit und dem Rechtsstaat und Demokratie gemeinsam zugrunde liegenden Element freier und fairer Wahlen ist es, was die liberale Demokratie und damit den Kern und das revisionsfeste Schutzobjekt der Verfassungsidentität sowohl des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes als auch des deutschen Grundgesetzes ausmacht.

Das ist im GG, als Nachkriegsverfassung, bereits so angelegt, im Falle des B-VG jedoch erst durch den Bedeutungswandel der Verfassung nach dem Zweiten Weltkrieg so argumentierbar, wodurch dem seinem Begriff nach unbeschränkt Revisionen gleich welchen Inhaltes zulassenden Artikel 44 Abs 3 B-VG schließlich systemimmanente, implizite Schranken zur Verfassungsänderung zugrunde gelegt werden können und, meines Erachtens und entgegen der zitierten Lehrmeinung, richtigerweise auch müssen. Als rechtliches Erfordernis lassen sich das gesamtändernde Verfassungsgesetz zum EU-Beitritt zusammen mit jenem zur Adaption der EMRK im Verfassungsrang heranziehen (Halmai 2021: 171-172, 186; Wagrandl 2019: 40-44).

Im Falle, dass jedoch die Verfassung und das Recht als Mittel der Unterdrückung missbraucht werden, gibt es ein Recht auf Widerstand. In Deutschland gebührt dieses bereits beim Versuch, zentrale Garantien wie Menschenwürde oder Grundrechte abzuschaffen, aufgrund seiner rechtlichen Verankerung, die Widerstand ausdrücklich *legal* macht. In Österreich, wie in den meisten anderen Ländern der Welt, kann Widerstand zwar gegen eine einzelne Amtshandlung, nicht aber gegen die ganze politische Ordnung dem Kriterium der Legalität, letztere wohl aber jenem überrechtlichen der *Legitimität* entsprechen, welches jedoch systematische und schwere Grundrechtsverletzungen als weitere Voraussetzungen zu seiner Inanspruchnahme postuliert.

III. Teil: Conclusio und Ausblick

Ausgehend von den Theorien über den Gesellschaftsvertrag wird seit Hobbes' *Leviathan* die Frage der Legitimation von Hoheitsgewalt des Staates von theoretischer Seite begründet. Ihre Wurzeln können hingegen bis ins Römische Reich zurückverfolgt werden, deren Kaiser die höchste und absolute Befehlsgewalt über das Militär innehatte, während der antike Philosoph Aristoteles die Begründung eines staatlichen Gemeinwesens mit seiner Auffassung der menschlichen Natur als *zoon politicon* erklärt hat.

Es folgten naturrechtliche Entwicklungen zu Normenhierarchie und Bindungswirkungen der mittelalterlichen Scholastik, bis in der frühen Neuzeit, befeuert durch die politisch-revolutionären Bedingungen, mit dem Entstehen des modernen Staates auch jenes des Konstitutionalismus, also von der Erlassung von Verfassungen als höherrangige, rechtliche Grundordnungen durch das souveräne Volk, seinen Ausgang genommen hat.

In Frankreich und den USA, aber auch Polen und Ländern Südamerikas noch vergleichsweise früh, haben die Monarchen Preußens und Österreich das Projekt auf deutschsprachigem Boden nach Kräften verzögert. Aufhalten konnten sie das Rad der Zeit aber letztlich nicht.

Der Vorrang der Verfassung als Rahmen für die erst monarchische, später republikanische Staatsspitze, die übrige Exekutive, aber auch die Legislative – letztere bestehend aus Volksvertreter:innen in der von ebendiesem Volk konstituierten Ordnung – machte aber eine Instanz zu ihrem Schutz notwendig. Als solche hat sich die Kontrolle der Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit durch unabhängige Richter:innen etabliert und, entgegen aller Kritik, auch bis heute global bewährt.

Diente die Verfassung erst noch zur Begrenzung und Kontrolle der Obrigkeit, wandelte sich ihr Charakter infolge des Aufstiegs autoritärer und totalitärer Regierungen in Europa mit den folgenden Gräueln des Faschismus und Nationalsozialismus zu jenem als rechtliche Grundordnung, der bestimmte Werte zugrunde liegen. Als solche werden zuvorderst vor allem die Würde des Menschen, der gleiche Schutz von Grundrechten und –freiheiten Aller oder aber auch die Demokratie und Rechtstaatlichkeit umfasst. Diese Werte werden bereits im verfassungsgebenden Momentum als Leitideen anerkannt.

Damit wandelt sich jedoch auch das Verständnis von Demokratie und Rechtstaatlichkeit, galt erstere zuvor als Herrschaft des souveränen Volkes, ist sie nun nicht (mehr) das Primat der politischen Ordnung, sondern lediglich einer von mehreren Verfassungswerten, dessen Ausprägung zur Sicherung der Individualrechte Grenzen auferlegt werden müssen. Diese unterliegen einer Abwägung zwischen dem Willen der Mehrheit und der Würde und den Rechten der Menschen, vor allem von Minderheiten

oder nicht am politischen Prozess beteiligten Personen, die miteinander in Einklang gebracht werden müssen. Neben dem Primat der Menschenwürde, die nicht nur in Artikel 1 des Grundgesetzes als solche benannt wird, sondern etwa auch dem Folterverbot und damit einem der wenigen absoluten, keinerlei staatlichen Eingriff erlaubenden Grundrechte in der EMRK zugrunde liegt, sind alle weiteren Rechte Ausprägungen von Freiheit und Gleichheit der Menschen.

Die Verfassung dient nun als Maßstab der Zweckmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit allen staatlichen Handelns und statuiert neben negativer Freiheit auch positive Schutzpflichten des Staates zugunsten von Leben und Gesundheit bei unmittelbarer, auch kollektiver, Bedrohung. Ein weiterer Schutz wird auch durch die Drittewirkung der Grundrechte im Privatrecht gewährt, wo neben staatlichen und staatsnahen Akteuren, wie jenen zur Bereitstellung öffentlich (finanzierter) Güter und Dienstleistungen, auch mächtige Konzerne an Prinzipien des Gemeinwesens im Verhältnis zur (wirtschaftlich) unterlegenen Bürgerin als Kundin gewährleistet werden.

Dem postfaschistischen Verfassungsverständnis zugrunde liegt eine existentielle Angst vor den als zerstörerisch wahrgenommenen Potentialen von Volkssouveränität und politischer Macht, eine Furcht vor dem Willen der Massen, und die Sorge, all dies könnte – abermals – zur kompletten Erosion der rechtlichen und politischen Ordnung sowie der Übernahme durch totalitäre Systeme des Faschismus oder, wie vor allem zur Zeit des Kalten Krieges befürchtet, auch Kommunismus, führen (Larsen 2021: 477-488; Somek 2014).

Ein bedeutender, weiterer Meilenstein des Konstitutionalismus stellt das System des europäischen Menschenrechtsschutzes dar. Es steht für einen Verfassungspluralismus, der im Wechselspiel der nationalen und europäischen Institutionen für den größtmöglichen und effektiven Schutz der Rechte und Freiheiten des Individuums und damit, nach Ayn Rand, der kleinsten Minderheit auf der Erde, sorgt.

So ist auch das Wertefundament der Europäischen Union als anti-totalitäre und anti-nationalistische normative Ordnung zu verstehen, die auch stets zu ihrer Verteidigung bereit ist. Ihre Mittel dazu sind etwa Vertragsverletzungsverfahren oder Auszahlungskürzungen, die schon bei politischen Maßnahmen in Ungarn und Polen ergriffen wurden, wenn diese sich etwa den Abbau der Unabhängigkeit der Justiz zugunsten eines stärkeren Durchgriffs der Regierung zum Gegenstand hatten. Dies selbst dann, wenn die Mehrheit der Bevölkerung der entsprechenden Mitgliedsstaaten derartiges in Plebisziten goutiert haben (Bánkuti et al. 2012: 138-146; Collings 2021: 89-91; Halmai 2021: 184-185; Somek 2014: 244-284).

Das gelegentlich beschworene Gegeneinander von Demokratie auf der einen und Menschenrechten (als Erfordernis der Rechtstaatlichkeit) auf einer anderen Seite, ist eine Lesart von deren Verhältnis

zueinander. In einer anderen, die etwa Habermas (1996: 298-300) zum Ausdruck bringt, sind zunächst gleiche Kommunikations- und Teilnahmerechte aller Bürger:innen Ausprägung des Grundsatzes der Souveränität des Volkes. Es bestehe ferner vielmehr ein interner Zusammenhang zwischen den beiden Prinzipien, der sich darin manifestiert, dass bei der Ausübung der politischen Willensbildung durch die Bevölkerung diese Kommunikations- und Teilnahmerechte, die die politische Autonomie der Bürger:innen gewährleisten, durch Achtung der Grundrechte, die nicht nur zu viel an Staat abwehren, sondern auch Selbstentfaltung und damit Freiheit des Individuums garantieren, erfüllt werden – diese also keine äußere Beschränkung sondern, ganz konträr, erst die Ermöglichung der praktischen Volkssouveränität darstellen (Grimm 2021a: 43-44, 50-52).

Aus diesem Blickwinkel kann es auch keine „*illiberale* Demokratie“ geben, da ein System ohne Rechtstaatlichkeit als liberales Element inhärent autokratisch wäre, was sich besonders an Elementen wie eingeschränktem Pluralismus oder fehlender Gewaltenteilung zeigt – dies meist zugunsten einer übermächtigen Exekutive.

Die eingangs formulierten Forschungsfragen sind folglich dahingehend zu beantworten, dass die Demokratie und der Rechtsstaat in den Verfassungen Deutschlands und Österreichs als maßgebliche Verfassungsprinzipien, und damit jeweils ihrem normativen Begriffsinhalt nach, geschützt sind, sich der jeweilige Schutz seiner Begründung nach jedoch unterscheidet, diese Differenzen durch jüngere Entwicklungen jedoch weitgehend beseitigt wurden. Dies, da als demokratisches Prinzip jeweils vor allem die Einrichtungen der Legislative in ihrer repräsentativen Form verankert sind, weshalb etwa gesetzliche Änderungen hin zu mehr direkter Demokratie, beispielsweise nach Schweizer Vorbild, selbst in Form von Verfassungsgesetzen, den Demokratiegrundsätzen von B-VG und GG widersprechen würden, was im Falle Österreichs eine Gesamtänderung darstellen, im deutschen Falle sogar der Ewigkeitsklausel zuwiderliefe und nur im Wege einer abermaligen Betätigung der verfassungsgebenden Gewalt zur Erlassung einer gänzlich neuen Verfassung durchführbar wäre.

Ein Wandel ist vor allem beim Verfassungsprinzip der Rechtstaatlichkeit zu beobachten, da diese – bedingt durch den Einfluss von EMRK und Europarecht, einschließlich der Grundrechtejudikatur von EGMR und EuGH – eine fortwährende Stärkung ihrer materiellen Seite erhalten hat, und somit heute einen Gesetzes- und Grundrechtsstaat samt gewaltenteilender *checks and balances* zum Inhalt hat, dessen Garantien durch das weitere Erfordernis eines effektiven Rechtsschutz Wirksamkeit verliehen wird.

Bei der Betonung der Grundrechte jedes und jeder Einzelnen zeigt sich auch das Verhältnis der *Verfassungsprinzipien* Demokratie und Rechtsstaat zueinander, da diese als Ausprägung des etwa im Artikel 2 des Vertrages über die Europäische Union wiedergegebenen Wertekatalog als gleichberechtigte Werte nebeneinander stehen, der Wille der Mehrheit also nicht (mehr) ohne

weiteres, insbesondere nicht ohne Berücksichtigung von Interessen- und Verhältnismäßigkeitserwägungen, als Argument zur Beschränkung der Rechte des Individuums herangezogen werden darf. Darin manifestiert sich der postfaschistische Konstitutionalismus mit den Eindrücken des destruktiven Potentials unbegrenzter, zur Ochlokratie degenerierter, „Volksherrschaft“, und in weiterer Folge, von Totalitarismus und Faschismus. Hier zeigt sich auch die Überlegenheit von Sieyès‘, bereits in weiser Voraussicht getroffener Unterscheidung zwischen der konstituierenden Gewalt des Volkes, ausgeübt durch seine dazu berufenen Vertreter:innen, und die von ihm eher spärlich behandelte Souveränität, die Carl Schmitt gegen den Parlamentarismus in Feld geführt und mit dem *pouvoir constituant* überlappt hat.

Die Frage der Abänderbarkeit und allenfalls Möglichkeit der Beseitigung von Demokratie und Rechtsstaat in Deutschland und Österreich mit ebenderen, also demokratischen und rechtsstaatlichen Mitteln – mithin konform mit den geltenden Verfassungen – war im deutschen Falle naheliegenderweise zu verneinen, im österreichischen Beispiel hat sich hier jedoch wiederum die Genese von einer ursprünglichen Revisierbarkeit in beliebige Richtungen, wie sie heute noch im überwiegenden Schrifttum vertreten wird, hin zu jener, etwa von Wagrandl vertretenen, die sehr wohl Beschränkungen annimmt, entwickelt. Dies jedoch auch ohne das von ihm unterstellte, zusätzliche Verfassungsprinzip des *antinationalsozialistischen*, sondern bereits aus der, von Somek (2014) als *Konstitutionalismus 2.0* bzw *3.0* bezeichneten, Entwicklungen von postfaschistischem Verfassungsverständnis und dem europäischem Grundrechtsschutz, wobei letzterer nicht bloß ein zivilisatorisches und politisches Bekenntnis darstellt – was an sich noch keine direkte Auswirkung auf Rechts- und Verfassungsfragen hätte – sondern auch rechtlich als supranational im Falle der EU, und im Verfassungsrang bei jenem der EMRK, verankert ist.

Als Kern des Schutzobjektes der Verfassungsidentität sowohl des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes als auch des deutschen Grundgesetzes konnte die liberale Demokratie ausgemacht werden.

Es soll an dieser Stelle jedoch auch eine Verortung der aufgeworfenen Fragen in einer breiteren Debatte zu Zustand und Entwicklung der liberalen Demokratie in Europa unternommen werden. Rückschritte bei Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, die die These vom Ende der Geschichte in Frage stellen, gab und gibt es aber bekanntlich nicht nur in Zentral- und Osteuropa, sondern selbst in „alten“, westlichen Demokratien wie den USA unter Präsident Donald Trump, dessen Anhänger:innen im Jahr 2021 das Kapitol in Washington DC gestürmt haben. Selbiges machten ihnen Fans seines illiberalen Amtskollegen Jair Bolsonaro nach dessen Abwahl 2023 in der brasilianischen Hauptstadt Brasilia gleich.

Kurz vor Fertigstellung dieser Arbeit, im Sommer 2023, gingen zudem Bilder von Massenprotesten in Israel um die Welt, auf denen hunderttausende Menschen bei ihrem Protest gegen die geplante

Justizreform zu sehen sind, welche – nach dem Willen der rechtskonservativen, israelischen Regierung – die Macht des Obersten Gerichtshofes bei der Normenkontrolle und der Prüfung bestimmter Entscheidungen der Regierung beschneiden soll. Diese begründet die Notwendigkeit ihres Vorhabens mit einer die Gewaltenteilung verletzenden, übergriffigen und aktivistischen Justizpraxis zulasten der demokratischen Entscheidungsbefugnisse gewählter Volksvertreter:innen, was die bis heute ungebrochene Relevanz auch der in dieser Arbeit diskutierten rechts-, verfassungs- und demokratietheoretischen Fragen weiter unterstreicht.

Fraglich ist, ob derlei Rückschritte nicht nur die demokratischen Praktiken anstatt ihrer Fundamente betreffen und daher bereits durch einen Aufbruch der Polarisierung zugunsten eines gesamtgesellschaftlichen Austausches von Argumenten und ein Bemühen um ein gemeinsames Finden von Kompromissen in Streitfragen behoben werden können (in diesem Sinne: Klatt 2022: 15-29). Gerade in modernen Gesellschaften eignet sich dafür ein möglichst niederschwelliges Angebot an die breite Bevölkerung, zu politischer Partizipation, verknüpft mit dem einfachen Zugang zu Informationen als Entscheidungsgrundlagen vor allem durch das Internet, was jedoch auch digitale Grundkenntnisse und eine technologische Mindestausstattung bedingt. Vor allem in kommunalen Fragen ließe sich so zudem die mit der Wahlbevölkerung durch das Kriterium der Staatsbürgerschaft nicht identische Wohnbevölkerung in sie betreffenden Fragen miteinbeziehen (Egidy 2022: 152-155).

Was Rechtstaatlichkeit anbelangt, geht der illiberale Shift dagegen zu einem formalistischen Verständnis von Gesetzlichkeit – unabhängig vom Norminhalt. Jedoch ist hier die Frage zu stellen, inwieweit das gerade in postkommunistischen und postsozialistischen Ländern Zentral- und Osteuropas überhaupt eine Änderung darstellt und nicht vielmehr ein anderes Verfassungsverständnis zutage tritt, das mangelnde Kongruenz mit jenem der („nur“) postfaschistischen Länder zeigt. Dies, da in ersteren die Verfassung als rechtlichen Rahmen – *nicht* als „verrechtlichte“, *politische* Werteordnung – gesehen wird, und Volkssouveränität mit dem Nationalstaat und dem Trauma der Fremdbestimmung zweier Totalitarismen überlappt wird, was zu einer Ablehnung von Demokratie oder Jedermannsrechten als universelle „Werte“, ebenso wie von Einmischung supranationaler Politik und Gerichte in nationale Angelegenheiten von Staatsorganisation und gesellschaftlichem Zusammenleben, führt (Larsen 2021: 494-498; Roznai 2022: 40-52).

Doch da es sich um einen internationalen Trend handelt, der laut *Freedom House* einen globalen Rückgang von Demokratie, (selbst formaler) Rechtstaatlichkeit und des Grundrechtsschutzes ausweist, ist an dieser Stelle Vorsicht geboten. Als Gefahr für errungene Werte und Institutionen wird in der Literatur einhellig der Populismus genannt, der den materiellen Kern der Rechtstaatlichkeit, die Grund- und Freiheitsrechte, erodieren lässt. Die Funktionen des Rechts- und Verfassungsstaates werden dabei vielfach umgedeutet, Pluralität und Gleichheit aller Menschen in Würde und Rechten negiert und unter

Verwendung von Feindbildern Ängste geschürt. Ein Gegeneinander gesellschaftlicher Gruppen wird erzeugt, das nur die Populist:innen selbst beilegen könnten. Als Beispiel für erstgenanntes und gleichzeitig Zeugnis, dass diese Gefahren auch im postfaschistisch geprägten Europa lauern, zeigt etwa der Ausspruch des ehemaligen österreichischen Innenministers Herbert Kickl, wonach das Recht der Politik zu folgen habe.

Populist:innen nutzen das Recht und dessen Möglichkeiten, sowie die Berufung auf die Herrschaft bzw. Souveränität des Volkes – im Verständnis von letzterem gerne im völkischen, nicht inklusiven Sinne – oft im Sinne einer „rule by law“ statt der „rule of law“, bedienen sich also dessen formeller Wirkung als Summe allgemein bindender Normen, die aber nun nicht mehr der Allgemeinheit in Tradition der antiken *res publica*, sondern vielmehr eigenen, oft machtpolitischen, Zielen dienen soll. Dies geschieht etwa durch institutionellen Umbau und Schwächung gegen-majoritärer Kräfte, wie der Verfassungsgerichtsbarkeit, was das eigene Pouvoir auch langfristig verankern soll. Damit wandelt sich das Recht jedoch in ein Instrument der Willkür und die Demokratie in eine illiberale und damit, wie gezeigt, eine Nicht-Demokratie, also ein autoritäres System.

Gegen staatliche Machtausübung, die den Grundsätzen liberaler Demokratie somit nicht bloß keine Entsprechung zuteilwerden lässt, sondern grundlegende Rechte und Freiheiten sprichwörtlich mit Füßen tritt, besteht daher, aus Gründen der überrechtlichen Legitimität, ein Recht auf Widerstand. Um es jedoch, zumindest in Europa, nicht wieder zu dessen Notwendigkeit kommen zu lassen, wird es wohl notwendig sein, dem ständigen Kompetenzzuwachs der Exekutive zur vermeintlichen Lösung von Krisen und komplexen Problemen Einhalt zu gebieten, den nicht nur die US-amerikanischen „Neo-Schmittianer“ als deren Proponent:innen energisch fordern (Bezemek 2019: 196-200), sondern der etwa auch zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie vielerorts energisch gewünscht wurde, da dies stets zulasten der Grundrechte und –freiheiten der Bürger:innen, und damit auch entgegen einem zentralen Element von Rechtstaatlichkeit und dem *liberalen* in der Demokratie, vonstattengeht.

Damit im Zusammenhang steht, dass den Staat zwar gewisse Schutzpflichten treffen, als welche schon Locke Freiheit und die Unversehrtheit von Leib und Leben sowie des Vermögens ausgemacht hat, und die in neuerer Zeit, vor allem durch die europäische Grundrechtejudikatur, aber auch in Form schlichter Forderungen nach mehr staatlichen Regelungen und Eingriffen zum Schutz der Bürger:innen – im Sinne einer in Österreich mitunter als „Vollkasko-Mentalität“ bekräftelten Haltung – verlangt wird. Doch ist hier meines Erachtens dem US-amerikanischen Gründervater Benjamin Franklin zuzustimmen, der bereits vor der Illusion des Erhalts von Sicherheit durch die Aufgabe grundlegender Rechte und Freiheiten der Menschen gewarnt hat.

Zur Abwehr der geschilderten Bedrohungen kann aus meiner Sicht auf zwei weitere Punkte gesetzt werden: Einerseits auf den niederschweligen Informationszugang durch Massenmedien und das

Internet, wenngleich hier die bekannten, aber in ihrer Dimension in seriöser Weise wohl gar nicht abzuschätzenden Gefahren staatlicher und nicht-staatlicher Desinformation lauern, wie sie in westlichen Ländern bereits etwa mit Herkunft Russland bei bestimmten politischen Themen oder Ereignissen, wie dem US-Wahlkampf 2016, nachgewiesen werden konnten. Diese Gefahr lässt sich zwar bekämpfen, indem etwa Staaten Qualitätsmedien durch Förderungen unterstützen, aber wohl nicht gänzlich bannen.

Andererseits stellt die Wehrhaftigkeit von liberaler Demokratie und ihrem Partner Rechtstaat gegen deren Feinde, ganz im Sinne Poppers' Dictum, ein umfangreiches und bereits erwähntes Repertoire an Möglichkeiten zum Schutz ihrer Institutionen bereit, etwa durch das Verbot des Grundrechtsmissbrauches auf nationaler Ebene, oder die transnationalen Mittel von Europarat und Europäischer Union. Diese können einen Shift zu Illiberalismus zwar für die in einem Staat herrschende Elite durch politische und rechtliche Maßnahmen unattraktiv machen und ihn so verzögern, letztlich steht und fällt aber alles mit der Überzeugung der Bürger:innen vom Wert der liberalen Demokratie.

In dem Zusammenhang sei nur auf das mit der Wehrhaftigkeit der liberalen Demokratie bestens vereinbare Erfordernis der Demokratiebildung in der Schule verwiesen werden, in der Hoffnung, dass sie sich gerade in einem kritischen Diskurs ihrer Vor- und Nachzüge, aber auch jener aller ihrer Alternativen, nicht nur als das im Churchill'schen Sinne am wenigsten schlechte, sondern sogar als ein erstrebenswertes und für die Zukunft jedenfalls erhaltenswertes Modell herausstellen möge (Egidy 2022: 139-155; Roznai 2022: 39-52; Wagrandl 2018: 143-172, 2019: 115-120, 136).

„[...] wer sich nur auf irdische Wahrheit stützt, wer nur menschliche Erkenntnis die sozialen Ziele richten lässt, der kann den zu ihrer Verwirklichung unvermeidlichen Zwang kaum anders rechtfertigen, als durch die Zustimmung wenigstens der Mehrheit derjenigen, denen die Zwangsordnung zum Heile gereichen soll. Und diese Zwangsordnung darf nur so beschaffen sein, daß auch die Minderheit, weil nicht absolut im Unrecht, nicht absolut rechtlos, jederzeit selbst zur Mehrheit werden kann. Das ist der eigentliche Sinn jenes politischen Systems, das wir Demokratie nennen, und das nur darum dem politischen Absolutismus entgegengestellt werden darf, weil es der Ausdruck eines politischen Relativismus ist.“

Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie (zit. n. Kelsen 1920: 37).

Literatur

Ableitinger, Alfred (2017). Politik in Österreich 1918–1933, in S. Karner (Hrsg.). *Die umkämpfte Republik: Österreich 1918-1938*. Innsbruck/Wien/Bozen: StudienVerlag, S. 17-48.

Albert, Richard (2019). *Constitutional Amendments. Making, Breaking, and Changing Constitutions*. New York: Oxford University Press.

Andrew, Edward (2011). Jean Bodin on sovereignty. *Republics of Letters: A Journal for the Study of Knowledge, Politics, and the Arts* 2(2), 75-84.

Bánkuti, Miklós/Gábor Halmai/Kim Lane Scheppelle (2012). Hungary's Illiberal Turn: Disabling the Constitution. *Journal of Democracy* 23(3), 138-146. DOI: 10.1353/jod.2012.0054.

Bates, Ed (2019). Principled Criticism and a Warning from the 'UK' to the ECtHR?, in: M. Breuer (Hrsg.). *Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm?* (= Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht. Bd. 285). Berlin/Heidelberg: Springer, S. 193-244. DOI: 10.1007/978-3-662-58986-1_7.

Baumgold, Deborah (2010). *Contract theory in historical context: Essays on Grotius, Hobbes, and Locke* (= Brill's Studies in Intellectual History. Vol. 187). Leiden/Boston: Brill. DOI: 10.1163/ej.9789004184251.i-190.2

Berber, Friedrich (1973). *Das Staatsideal im Wandel der Weltgeschichte*. München: Beck.

Berka, Walter (2020). Die EMRK - ein Menschenrechtskatalog aus dem Geiste der Demokratie, in M. Pöschl & E. Wiederin (Hrsg.). *Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention*. Wien: Manz, S. 1-14.

Berka, Walter (2021). *Verfassungsrecht: Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium*. 8. Aufl. Wien: Verlag Österreich.

Bezemek, Christoph (2019). Vom Primat des Politischen: Versprengtes. *Journal für Rechtspolitik* 27(4), 195-200. DOI: 10.33196/jrp201904019501.

Bezemek, Christoph (2021). Theorie und Methoden des Öffentlichen Rechts – Eine Annäherung, in H. Eberhard, M. Holoubek, T. Kröll, G. Lienbacher & S. Storr (Hrsg.). *100 Jahre Republik Österreich. Kontinuität - Brüche - Kompromisse*. Wien: Verlag Österreich, S. 17-50.

Bilder, Mary S. (2006). The Corporate Origins of Judicial Review. *The Yale Law Journal* 116(3), 502–566. DOI: 10.2307/20455730.

Birke, Adolf (2010). *Die Bundesrepublik Deutschland* (= Enzyklopädie deutscher Geschichte. Bd. 41). München: Oldenbourg Wissenschaftsverlag. DOI: 10.1524/9783486704228.

Black, Barbara A. (1988). An astonishing political innovation: the origins of judicial review. *University of Pittsburgh Law Review* 49(3), 691-698.

Böckenförde, Ernst W. (1991). Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, in Ders. *Staat, Verfassung, Demokratie: Studien Zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 90–112.

Bodin, Jean (1576). *Six books of the commonwealth*. Gekürzt und übersetzt von M. J. Tooley. Oxford: B. Blackwell [1955].

Boldt, Hans (2006). Verfassungsgerichtsbarkeit zur Lösung von Verfassungskonflikten, in U. Müßig (Hrsg.). *Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt. Symposion für Dietmar Willoweit* (= Grundlagen der Rechtswissenschaft 6). Tübingen: Mohr Siebeck, S. 227-256.

Brauneder, Wilhelm (2001). Die Provisorische und die Konstituierende Nationalversammlung der Jahre 1918 bis 1920, in E. Bruckmüller (Hrsg.). *Parlamentarismus in Österreich*. Wien: öbv & hpt, S. 110-129.

Brauneder, Wilhelm (2009). *Österreichische Verfassungsgeschichte*. 11. Aufl. Wien: Manz.

Bruckmüller, Ernst (2019). *Österreichische Geschichte: Von der Urgeschichte bis zur Gegenwart*. Wien: Böhlau Verlag. DOI: 10.7767/9783205208730.

Carugati, Federica (2019). *Creating a Constitution. Law, Democracy, and Growth in Ancient Athens*. Princeton/Oxford: Princeton University Press.

Castaño, Sergio R. (2010). Die verfassunggebende Gewalt in der deutschen Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit. *Jahrbuch der Juristischen Zeitgeschichte* 11, 15-46. DOI: 10.1515/9783110236743.1.15.

Ciftci, Ridvan (2019). Die Weimarer Verfassung – Verfassung ohne Entscheidung oder Verfassung als Transformationsmodell? *Kritische Justiz* 52(3), 280–292.

Coleman, Frank M. (1974). The Hobbesian Basis of American Constitutionalism. *Polity* 7(1), 57-89.

Collings, Justin (2021). The People vs Democracy? The Populist Challenge to Judicial Review, in G. Amato, B. Barbisan & C. Pinelli (Hrsg.). *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*. Oxford: Hart Publishing, S. 83–102. DOI: 10.5040/9781509936878.ch-006.

Colón-Ríos, Joel (2020). *Constituent Power and the Law* (= Oxford Constitutional Theory. o.B.). Oxford: Oxford University Press. DOI: 10.1093/oso/9780198785989.001.0001.

Cope, Kevin L./ Mila Versteeg (2015). Constitutions, in J.D. Wright (Hrsg.). *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*. 2nd ed. Vol. 4. Amsterdam: Elsevier, S. 710–715.

Corwin, Edward S. (1910). The establishment of judicial review. *Michigan law review* 9(2), 102-125. DOI: 10.2307/1276638.

Eberhard, Harald (2019). Judicial activism und judicial self restraint in der Judikatur des VfGH, in E. Bernat, Chr. Grabenwarter, B. Kneihs et al. (Hrsg.). *Festschrift Christian Kopetzki*. Wien: Manz.

Eberhard, Harald (2020). Die Verfassung der Richter, in P. Bußjäger, A. Gamper & A. Kahl (Hrsg.). *100 Jahre Bundes-Verfassungsgesetz. Verfassung und Verfassungswandel im nationalen und internationalen Kontext*. Wien: Verlag Österreich, S. 49–78. DOI: 10.33196/9783704686244.

Eberhard, Harald (2021). Rechtsstaat, in H. Eberhard, M. Holoubek, T. Kröll, G. Lienbacher & S. Storr (Hrsg.). *100 Jahre Republik Österreich. Kontinuität - Brüche - Kompromisse*. Wien: Verlag Österreich, S. 379-402.

Egidy, Stefanie (2022). Institutions in 2030, in C. Bezemek (Hrsg.). *Constitutionalism 2030*. Oxford: Hart Publishing, S. 129–156. DOI: 10.5040/9781509942732.ch-007.

Elpel, Tessa A. (2017). *Das Widerstandsrecht: Eine rechtsphilosophische und völkerrechtliche Betrachtung der Legitimität innerstaatlichen Widerstands zur Durchsetzung von Menschenrechten*. Baden-Baden: Nomos. DOI: 10.5771/9783845284354-53.

Fehrenbach, Elisabeth (2007). *Verfassungsstaat und Nationsbildung 1815-1871* (= Enzyklopädie Deutscher Geschichte, Bd. 22). München: Oldenbourg Wissenschaftsverlag. DOI: 10.1524/9783486701449.

Fischer, Heinz/Gerhard Silvestri (1970). (Hrsg.). *Texte zur österreichischen Verfassungs-Geschichte. Von der Pragmatischen Sanktion zur Bundesverfassung (1713-1966)*. Mit einem Vorwort von Kurt Ringhofer. Wien: Geyer-Edition.

Gamper, Anna (2018). *Staat und Verfassung. Einführung in die Allgemeine Staatslehre*. 4., überarb. Aufl. Wien: facultas.

Gamper, Anna (2020). Änderung und Schranken der Verfassung, in P. Bußjäger, A. Gamper & A. Kahl (Hrsg.). *100 Jahre Bundes-Verfassungsgesetz. Verfassung und Verfassungswandel im nationalen und internationalen Kontext*. Wien: Verlag Österreich, S. 49–78. DOI: 10.33196/9783704686244.

García López, Luisa F. (2017). Sieyès: The Spirit of Constitutional Democracy?, in R. Albert, X. Contiades & A. Fotiadou (Hrsg.). *The Foundations and Traditions of Constitutional Amendment* (= Hart Studies in Comparative Public Law). Oxford: Hart Publishing, S. 121–136. DOI: 10.5040/9781509908288.ch-006.

Grabenwarter, Christoph/Michael Holoubek (2022). *Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht*. 5., überarb. Aufl. Wien: facultas.

Grimm, Dieter (2002) → siehe oben: Mohnhaupt, Heinz/Dieter Grimm (2002).

Grimm, Dieter (2020a). *Recht oder Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage* (= Carl-Schmitt-Vorlesungen. Bd. 4). Berlin: Duncker & Humblot. DOI: 10.3790/978-3-428-58099-6.

Grimm, Dieter (2020b). Neue Radikalkritik an der Verfassungsgerichtsbarkeit. *Der Staat* 59(3), 321-354. DOI: 10.3790/staa.59.3.321.

Grimm, Dieter (2021a). Rule of Law and Democracy, in G. Amato, B. Barbisan & C. Pinelli (Hrsg.). *Rule of law vs majoritarian democracy*. Oxford: Hart Publishing, S. 43-61.

Grimm, Dieter (2021b). Verfassungsrechtsprechung – juristisch oder politisch? Constitutional Adjudication – Law or Politics?, in Verfassungsgerichtshof (Hrsg.). *100 Jahre Verfassungsgerichtshof 1920-2020*. Wien: Verlag Österreich (31 Seiten). DOI: 10.33196/9783704689115.

Groethuysen, Bernhard (1989). *Philosophie der Französischen Revolution*. Frankfurt/New York: Campus-Verlag.

Habermas, Jürgen (1996). *Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Häberle, Peter (2015). Verfassungsgerichtsbarkeit in der offenen Gesellschaft, in R.C. van Ooyen & M.H.W. Möllers (Hrsg.). *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 31-46. DOI: 10.1007/978-3-658-05703-9_43.

Halmai, Gábor (2012). Unconstitutional Constitutional Amendments: Constitutional Courts as Guardians of the Constitution? *Constellations* 19(2), 182-203. DOI: 10.1111/j.1467-8675.2012.00688.x.

Halmai, Gábor (2021). Does Illiberal Democracy Exist?, in G. Amato, B. Barbisan & C. Pinelli (Hrsg.). *Rule of Law vs Majoritarian Democracy*. Oxford: Hart Publishing, S. 171–188. DOI: 10.5040/9781509936878.ch-011.

Hanebeck, Alexander (2004). *Der demokratische Bundesstaat des Grundgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot. DOI: 10.3790/978-3-428-51412-0.

Helmreich, Markus (2012). Widerstandsrecht im österreichischen Strafrecht. *juridikum* 2012(3), 313-319.

Henkin, Louis (1994). Revolutionen und Verfassungen, in U.K., Preuß (Hrsg). *Zum Begriff der Verfassung: Die Ordnung des Politischen*. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, S. 213-247.

Hobbes, Thomas (2002). *Leviathan or the Matter, Forme & Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civil. Project Gutenberg*. <http://www.gutenberg.org/dirs/etext02/lvthn10.txt>. [zuletzt abgerufen am 08.02.2023].

Hobe, Stephan/Michael L. Fremuth (2020). *Europarecht*. München: Vahlen. DOI: 10.15358/9783800663477.

Hoffmann, Volker (2012). Die Rolle des Staatsgerichtshofs in der Endphase der Weimarer Republik. *Journal der Juristischen Zeitgeschichte* 6(3), 93-110. DOI: 10.1515/jjzg.2012.93.

Huber, Ernst R. (1981). *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789. Bd. 6: Die Weimarer Reichsverfassung*. Stuttgart: Kohlhammer.

Jaeger, Thomas (2021). Kontinuitäten und Brüche der europäischen Integration Österreichs, in H. Eberhard, M. Holoubek, T. Kröll, G. Lienbacher & S. Storr (Hrsg.). *100 Jahre Republik Österreich. Kontinuität - Brüche - Kompromisse*. Wien: Verlag Österreich, S. 71-120.

Jedlicka, Ludwig (1970). Verfassungs- und Verwaltungsprobleme 1938—1955, in Institut für Österreichkunde (Hrsg.). *Die Entwicklung der Verfassung Österreichs. Vom Mittelalter bis zur Gegenwart. Mit dem Originalwortlaut des Bundes-Verfassungsgesetzes in Fassung von 1929, Stand vom 1. Okt. 1963*. 2., unveränd. Aufl. Wien: Hirt, S. 120-144.

Jellinek, Georg (1885). *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*. Wien: A. Hölder.

Joël, Curt/Walter Strauß (1951). Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich. *Archiv Des Öffentlichen Rechts* 77 (2/3) (N.F. 38), 129–167.

Kalyvas, Andreas (2005). Popular sovereignty, democracy, and the constituent power. *Constellations* 12(2), 223–244. DOI: 10.1111/j.1351-0487.2005.00413.x.

Kelsen, Hans (1920). *Vom Wesen und Wert der Demokratie*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

Kelsen, Hans (1929). *The Essence and Value of Democracy*. Bearbeitet von N. Urbinati und C.I. Accetti. Übersetzt von B. Graf. Lanham/Boulder/New York/Toronto/Plymouth: Rowman & Littlefield [2013].

Kelsen, Hans (1931). *Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*. 2. um einen Nachtrag erw. Aufl. Hrsg. von R. C. van Ooyen. Tübingen: Mohr Siebeck [2019]. DOI: 10.1628/978-3-16-158979-9.

Kelsen, Hans (1962). Naturrechtslehre und Rechtspositivismus. *Politische Vierteljahresschrift* 3(4): 316–327.

Klamert, Marcus (2021). *EU-Recht*. 3. Aufl. Wien: Manz.

Klatt, Matthias (2022). Democracy in 2030, in C. Bezemek (Hrsg.). *Constitutionalism 2030*. Oxford: Hart Publishing, S. 13–30. DOI: 10.5040/9781509942732.ch-001.

Klaushofer, Reinhard (2021). Demokratie, in H. Eberhard, M. Holoubek, T. Kröll, G. Lienbacher & S. Storr (Hrsg.). *100 Jahre Republik Österreich. Kontinuität - Brüche - Kompromisse*. Wien: Verlag Österreich, S. 290-331.

Kořalka, Jiří (2001). Revolutionen in der Habsburgermonarchie, in P. H. Kucher & H. Lengauer (Hrsg.). *Bewegung im Reich der Immobilität. Revolutionen in der Habsburgermonarchie 1848–49. Literarisch-publizistische Auseinandersetzungen*. Wien: Böhlau Verlag, S. 34–66. DOI: 10.7767/9783205128014-003.

Kotzur, Markus (2021). Rechtsstaat als Sammelbegriff. Versuch der Konturierung und Kontextualisierung, in H. Rosenau, P. Kunig, & A. K. Yıldız (Hrsg.). *Rechtsstaat und Strafrecht. Anforderungen und Anfechtungen* (= Schriften zum Ostasiatischen Strafrecht. Bd. 8). Tübingen: Mohr Siebeck, S. 9-21. DOI: 10.1628/978-3-16-159757-2.

Kucska-Stadlmayer, Gabriele (2020). Die demokratische Gesellschaft als Leitbild der EMRK, in M. Pöschl & E. Wiederin (Hrsg.). *Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention*. Wien: Manz, S. 33-52.

Kunkel, Wolfgang/Martin Schermaier (2005). *Römische Rechtsgeschichte*. 14. Aufl. Köln: Böhlau Verlag. DOI: 10.36198/9783838522258.

Larsen, Signe R. (2021). Varieties of Constitutionalism in the European Union. *The Modern Law Review* 84(3), 477-502. DOI: 10.1111/1468-2230.12614.

Lentze, Hans (1970). Der Ausgleich mit Ungarn und die Dezembergesetze von 1867, in Institut für Österreichkunde (Hrsg.). *Die Entwicklung der Verfassung Österreichs. Vom Mittelalter bis zur Gegenwart. Mit dem Originalwortlaut des Bundes-Verfassungsgesetzes in Fassung von 1929, Stand vom 1. Okt. 1963*. 2., unveränd. Aufl. Wien: Hirt, S. 101-111.

Lincoln, Abraham (1861). *First Inaugural Address*.
<http://www.nationalcenter.org/LincolnFirstInaugural.html> [letzter Zugriff am 12.04.2023].

Locke, John (1688/1689). *Zwei Abhandlungen über die Regierung*. Herausgegeben von W. Euchner. Übersetzt von H. J. Hoffmann. 15. Aufl. Berlin: Suhrkamp [1977].

Locke, John (1689). *Epistola de tolerantia ad clarissimum virum*. T.A.R.P.T.O.L.A. Scripta à P.A.P.O.I.L.A. Goudæ [Gouda]: Justum ab Hoeve.

Loewenstein, Karl (1959). *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten* (= Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. o.B.) Berlin/Heidelberg: Springer. DOI: 10.1007/978-3-642-88610-2_1.

Lorenz, Astrid (2008). *Verfassungsänderungen in etablierten Demokratien: Motivlagen und Aushandlungsmuster*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Mahlmann, Matthias (2023). *Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*. 7. Aufl. Baden-Baden: Nomos. DOI: 10.5771/9783748931621-23.

Marcic, René (1963). *Verfassung und Verfassungsgericht*. Wien: Springer.

Matzka, M. (2020). Das Recht geht vom Volk aus, in P. Hilbold, W. Hämerle & M. Matzka (Hrsg.). *100 Jahre Verfassung. 77 Stimmen zum Jubiläum des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG). Ein Lesebuch*. Wien: facultas, S. 79-80.

Mayer, Heinz/Gabriele Kucsko-Stadlmayer/Karl Stöger (2015). *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*. 11.Aufl. Wien: Manz.

Meder, Stephan (2017). *Rechtsgeschichte. Eine Einführung*. 6. Aufl. Köln/Weimar/Wien: Böhlau Verlag.

Mehring, Reinhard (1995). Carl Schmitt und die Verfassungslehre unserer Tage. *Archiv Des Öffentlichen Rechts* 120(2), 177–204.

Mehring, Reinhard (1991). Carl Schmitts Lehre von der Auflösung des Liberalismus: Das Sinngefüge der »Verfassungslehre« als historisches Urteil. *Zeitschrift Für Politik* 38(2), 200–216.

Mergel, Thomas (2022). *Staat und Staatlichkeit in der europäischen Moderne*. Stuttgart: utb. DOI: 10.36198/9783838558295.

Mill, John S. (1861). *Considerations on representative government*. Norwalk: Easton Press [1995].

Mohnhaupt, Heinz/Dieter Grimm (2002). *Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart. Zwei Studien* (= Schriften zur Verfassungsgeschichte. Bd. 47). 2.Aufl. Berlin: Duncker und Humblot.

Müller, Jürgen (2006). *Der Deutsche Bund: 1815 – 1866* (= Enzyklopädie deutscher Geschichte. Bd. 78). München: Oldenbourg. DOI: 10.1524/9783486701494.

Muzak, Gerhard (2020). *B-VG. Bundes-Verfassungsrecht*. 6. Aufl. Wien: MANZ.

Niclauß, Karlheinz (2015). Der Parlamentarische Rat und das Bundesverfassungsgericht, in R.C. van Ooyen & M.H.W. Möllers (Hrsg.). *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 191-204. DOI: 10.1007/978-3-658-05703-9_43.

O'Cinneide, Colm P. (2017). Rights under Pressure. *European Human Rights Law Review* 2017(1), 43-48.

Olechowski, Thomas (2009). *Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung* (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts. Bd. 32). Wien: Manz.

Olechowski, Thomas (2019). Historische Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in Österreich, in J. Fischer, K. Pabel & N. Raschauer (Hrsg.). *Handbuch der Verwaltungsgerichtsbarkeit*. 2. Aufl. Wien: Jan Sramek Verlag, S. 3-36.

Pabel, Katharina (2020). Die Konventionsrechte als Fundamente der Demokratie, in M. Pöschl & E. Wiederin (Hrsg.). *Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention*. Wien: Manz, S. 15-32.

Patberg, Markus (2017). Constituent power: A discourse-theoretical solution to the conflict between openness and containment. *Constellations* 24(1), 51–62. DOI: 10.1111/1467-8675.12253.

Ratnapala, Suri (1993). John Locke's Doctrine of the Separation of Powers: A Re-Evaluation. *The American Journal of Jurisprudence* 38(1), 189–220. DOI: 10.1093/ajj/38.1.189.

Reiter-Zatloukal, Ilse (2012). Widerstandsrecht oder ziviler Ungehorsam? *juridikum* 2012(3), 292-301.

Reyntjens, Filip (1988). Belgian Constitution of 1831, in A. P. Blaustein & J. A. Sigler. (Hrsg.). *Constitutions that Made History*. New York: Paragon House, S. 182-184.

Robertson, David B. (2015). The Constitution from 1620 to the Early Republic, in M. Tushnet/M.A. Graber & S. Levinson (Hrsg.). *The Oxford Handbook of the U.S. Constitution*. Oxford: Oxford University Press. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780190245757.013.2.

Rogoff, Martin A. (1997). Comparison of Constitutionalism in France and the United States. *Maine Law Review* 49(1), 21-84.

Roth, Klaus (2005). Carl Schmitt – ein Verfassungsfreund? Seine Stellung zur Weimarer Republik in der Phase der relativen Stabilisierung (1924–29). *Zeitschrift Für Politik* 52(2), 141–156.

Roznai, Yaniv (2013). Unconstitutional Constitutional Amendments —The Migration and Success of a Constitutional Idea. *The American Journal of Comparative Law* 61(3), 657-720. DOI: 10.5131/AJCL.2012.0027.

Roznai, Yaniv (2022). The Rule of Law in 2030, in C. Bezemek (Hrsg.). *Constitutionalism 2030*. Oxford: Hart Publishing, S. 31–52. DOI: 10.5040/9781509942732.ch-002.

Rubinelli, Lucia (2020). *Constituent power: A history*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: 10.1017/9781108757119.

Rubinelli, Lucia (2021). (*ohne Titel*), in J. Colón-Ríos, E.M. Haustein, H. Lokdam et al. Constituent power and its institutions. *Contemporary Political Theory* 20(4), 926–956 (926-932). DOI: 10.1057/s41296-021-00467-z.

Schlaich, Klaus (1981). 3. Mitbericht. Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen, in VDStRL (Hrsg.). *Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen. Besteuerung und Eigentum: Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer zu Innsbruck vom 1. bis 4. Oktober 1980* (= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Bd. 39). Berlin/Boston: De Gruyter, S. 99-146. DOI: 10.1515/9783110921502-004.

Schmitt, Carl (1928). *Verfassungslehre*. 11. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot [2017].

Schmitt, Carl (1929a). Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung, in O. Schreiber (Hrsg.). *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929) in 6 Bänden. Erster Band: Öffentliches Recht*. Berlin/Leipzig: De Gruyter, S. 154-178. DOI: 10.1515/9783111714349-008.

Schmitt, Carl (1929b). Der Hüter der Verfassung. *Archiv Des Öffentlichen Rechts* 55 (2), (N.F. 16), 161–237.

Schmitt, Carl (1931). *Der Hüter der Verfassung*. 5. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot [2016].

Schmitt Glaeser, Walter (2012). *Der freiheitliche Staat des Grundgesetzes*. 2., erg. und aktualisierte Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck.

Schmitz, Georg (1981). *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung* (= Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts. Bd. 6). Wien: Manz.

Schulz, Gerhard (1982) *Deutschland seit dem Ersten Weltkrieg: 1918-1945*. 2. Aufl. (= Deutsche Geschichte. Bd. 10 = Kleine Vandenhoeck-Reihe 1419). Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Sieyès, Emmanuel J. (1789). *Qu'est-ce que le Tiers-État?* Paris: Éditions du Boucher [2002].

Sodan, Helge (2010). *Staat und Verfassungsgerichtsbarkeit*. Brill Schöningh. DOI: 10.30965/9783657770724.

Somek, Alexander (2014). *The Cosmopolitan Constitution*. Oxford: Oxford University Press. DOI: 10.1093/acprof:oso/9780199651535.

Starck, Christian (1986). Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in Ders. & A. Weber (Hrsg.). *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*. 2 Bd. Teilband I: Berichte. Baden-Baden: Nomos, S. 11-39.

Stourzh, Gerald (1989). *Wege zur Grundrechtsdemokratie: Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates*. Wien: Böhlau.

Stourzh, Gerald (2007). *From Vienna to Chicago and back. Essays on intellectual history and political thought in Europe and America*. Chicago: Univ. of Chicago press.

Stourzh, Gerald (2011). *Der Umfang der österreichischen Geschichte: Ausgewählte Studien 1990-2010*. Wien: Böhlau Verlag. DOI: 10.7767/boehlau.9783205791461.

Snyder, David C. (1986). Locke on Natural Law and Property Rights. *Canadian Journal of Philosophy* 16(4), 723–750. DOI: 10.1080/00455091.1986.10717145.

Tanner, Klaus (1989). *Die fromme Verstaatlichung des Gewissens: Zur Auseinandersetzung um die Legitimität der Weimarer Reichsverfassung in Staatsrechtswissenschaft und Theologie der zwanziger Jahre* (= Arbeiten zur kirchlichen Zeitgeschichte: Reihe B, Darstellungen. Bd. 15). Göttingen: Vandenhoeck&Ruprecht. DOI: 10.13109/9783666557156.

Tzöbl, Josef (1970). Das Oktoberdiplom und das Februarpatent, in Institut für Österreichkunde (Hrsg.). *Die Entwicklung der Verfassung Österreichs. Vom Mittelalter bis zur Gegenwart. Mit dem Originalwortlaut des Bundes-Verfassungsgesetzes in Fassung von 1929, Stand vom 1. Okt. 1963*. 2., unveränd. Aufl. Wien: Hirt, S. 86-100.

Ullmann, Sabine (2013). Ein oberst haupt vnd Conservator der Justitien. Schuldenkonflikte am Reichshofrat in der Regierungszeit Kaiser Maximilian II. (1564–1576), in A. Amend-Traut, A. Cordes & W. Sellert (Hrsg.). *Geld, Handel, Wirtschaft: Höchste Gerichte im Alten Reich als Spruchkörper und Institution*. Berlin/Boston: De Gruyter, S. 223-246. DOI: 10.1515/9783110264128.223.

Unger, Sebastian (2008). *Das Verfassungsprinzip der Demokratie. Normstruktur und Norminhalt des grundgesetzlichen Demokratieprinzips*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Unruh, Peter (2004). *Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz. Ein verfassungstheoretischer Vergleich* (= Schriften zur Verfassungsgeschichte. Bd. 68). Berlin: Duncker & Humblot.

van Ooyen, Robert Chr. (2015). Der Streit um die Staatsgerichtsbarkeit in Weimar aus demokratietheoretischer Sicht. Triepel – Kelsen – Schmitt – Leibholz, in Ders. & M.H.W. Möllers (Hrsg.).

Das Bundesverfassungsgericht im politischen System. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 169-190. DOI: 10.1007/978-3-658-05703-9_43.

Vinx, Lars (2013). The incoherence of strong popular sovereignty. *International Journal of Constitutional Law* 11(1), 101–124. DOI: 10.1093/icon/mos049.

Vinx, Lars (2020). Democratic equality and militant democracy. *Constellations* 27(4), 685–701. DOI: 10.1111/1467-8675.12467.

Vocelka, Karl (2019). *Österreichische Geschichte*. 5. Aufl. München: C.H.Beck.

von Schlieffen, Katharina/Jenny Nolting (2018). *Rechtsphilosophie: Grundlagen für das Jurastudium*. Leiden/Boston: Verlag Ferdinand Schöningh. DOI: 10.36198/9783838548562.

Wagrandl, Ulrich (2018). Transnational militant democracy. *Global Constitutionalism* 7(2), 143–172. DOI: 10.1017/s2045381718000084.

Wagrandl, Ulrich (2019). *Wehrhafte Demokratie in Österreich*. Wien: Verlag Österreich.

Wagrandl, Ulrich (2020). Transnationale wehrhafte Demokratie in der EMRK, in M. Pöschl & E. Wiederin (Hrsg.). *Demokratie und Europäische Menschenrechtskonvention*. Wien: Manz, S. 69-90.

Wahl, Rainer (1981). Der Vorrang der Verfassung. *Der Staat* 20(4), 485-516.

Wahl, Rainer (2003). *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Wahl, Rainer (2015a). Die Wirkung des Bundesverfassungsgerichts, in R.C. van Ooyen & M.H.W. Möllers (Hrsg.). *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 153-168. DOI: 10.1007/978-3-658-05703-9_43.

Wahl, Rainer (2015b). Das Bundesverfassungsgericht im europäischen und internationalen Umfeld, in R.C. van Ooyen & M.H.W. Möllers (Hrsg.). *Das Bundesverfassungsgericht im politischen System*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, S. 825-844. DOI: 10.1007/978-3-658-05703-9_43.

Walter, Robert (1999). Die Funktion der Höchstinstanzen im Rechtsstaat Österreich. *Richterzeitung* 1999, 58-64.

Wardle, David L. (2002). Reason to Ratify: The Influence of John Locke's Religious Beliefs on the Creation and Adoption of the United States Constitution. *Seattle University Law Review* 26, 291-308.

Wehler, Hans-Ulrich (1994). *Das deutsche Kaiserreich: 1871 – 1918*. 7. Aufl. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.

Winterhoff, Christian (2007). *Verfassung - Verfassunggebung - Verfassungsänderung: Zur Theorie der Verfassung und der Verfassungsrechtserzeugung* (= Jus Publicum. Beiträge zum öffentlichen Recht. Bd. 155). Tübingen: Mohr Siebeck.

Wiederin, Ewald (2021). Vergessene Wurzeln der konzentrierten Normenkontrolle in Österreich, in Verfassungsgerichtshof (Hrsg.). *100 Jahre Verfassungsgerichtshof 1920-2020*. Wien: Verlag Österreich (249 Seiten). DOI: 10.33196/9783704689115.

Wißmann, Hinnerk (2008). VERFASSUNGSRECHTSPRECHUNG IM ÜBERGANG: Die Judikatur des StGH zu Notverordnungsrecht und Diktaturgewalt 1925 - 1932. *Der Staat* 47(2), 187–211.

Zippelius, Reinhold (2019). *Allgemeine Staatslehre* (= Juristische Kurzlehrbücher. o.B.). 17. Aufl. München: Beck. DOI: 10.17104/9783406746925.

Abstract

A. Deutsch

Österreich und Deutschland sind demokratische Staaten und Rechtstaaten. Doch wie ist der Schutz von Rechtstaat und Demokratie in den Verfassungen der beiden Länder ausgestaltet? Welches Begriffsverständnis dieser Prinzipien liegt ihm jeweils zugrunde und was hat dies mit der jeweiligen Entstehungsgeschichte von Bundes-Verfassungsgesetz und Grundgesetz zu tun? Diese Fragen will die vorliegende Masterarbeit beantworten. Ihre Hypothese lautet, dass die Demokratie und der Rechtsstaat in den beiden untersuchten Ländern als Kernelemente der jeweiligen Verfassung geschützt sind. Dabei besteht in Deutschland ein expliziter Schutz der beiden Prinzipien im Grundgesetz bei gleichzeitiger Begrenzung des Grundprinzips der Demokratie durch das Primat der Menschenwürde und der Grundrechte aufgrund des postfaschistischen Erbes; in Österreich hingegen gibt es dem Wortlaut der Verfassung nach keinen solchen Schutz oder explizite Schranken der Verfassungsrevision, dennoch bestehen solche aber aufgrund des impliziten Schutzes der liberalen Demokratie in der Verfassung.

Nach einer Darstellung des politisch-historischen Entstehungsprozesses der beiden Verfassungen, samt der zugrundeliegenden ideengeschichtlichen Prämissen, eingebettet in die Historie des europäischen Konstitutionalismus, werden die Institutionen und Verfahren erläutert, die die beiden Verfassungen in ihrem Bestand schützen, wie die Verfassungsgerichtsbarkeit, deren Entstehen und Funktionieren beleuchtet und werden sie einander gegenübergestellt. Ein Augenmerk liegt dabei auch am europäischen Menschenrechtsschutz und dessen Einfluss auf den Schutz von Demokratie und Rechtstaatlichkeit.

Dabei zeigt sich, dass der im überwiegenden, vor allem rechtswissenschaftlichen, Schrifttum vertretene Ansatz, eine beliebige Abänderbarkeit des B-VG, selbst hin zur Abschaffung von Demokratie und Rechtsstaat mit demokratischen und rechtstaatlichen Mittel anzunehmen, schon im Hinblick auf den Wandel des Verfassungsverständnisses und ihrer Funktion gute Argumente entgegenstehen. Zudem wird ersichtlich, dass Demokratie und Rechtsstaat in einem ambivalenten Verhältnis zueinanderstehen. Demokratie als Verfassungsprinzip in B-VG und Grundgesetz schützt jeweils die Institutionen der Legislative samt deren Kompetenzen, und verkörpert daher Systementscheidungen gegen die unmittelbare Äußerung des Volkswillens bei den einzelnen politischen Entscheidungen. Die Rechtstaatsmaxime etabliert einen Gesetzes- und Grundrechtsstaat samt gewaltenteilender checks and balances, seinen Garantien wird durch effektiven Rechtsschutz Wirksamkeit verliehen.

Gleichzeitig will die Arbeit aber auch einen Beitrag zur Debatte um Volkssouveränität und die konstituierende Gewalt des Volkes leisten, und ist sie auch in den Diskurs um die Wehrhaftigkeit von Demokratie und demokratischen Verfassungen eingebettet, zu welchem sie neben der Analyse und

Darstellung unter Zuhilfenahme der herangezogenen Fallbeispiele abschließend auch kurz einige von deren Bedrohungen skizziert sowie Mittel und Möglichkeiten zu deren Schutz darstellt und bespricht.

B. English

Austria and Germany are democratic states and states in which the rule of law applies. But how are the rule of law and democracy protected in the constitutions of the two countries? What conceptual understanding of these principles underlies them in each case, and what does this have to do with the respective histories of the origins of the Austrian Federal Constitutional Law (B-VG) and the German Basic Law (GG)? This master's thesis aims to answer these questions. Its hypothesis is that democracy and the rule of law are protected as core elements of the respective constitutions in the two countries studied. Thereby, in Germany there is an explicit protection of both principles in the Basic Law with a simultaneous limitation of the principle of democracy by the primacy of human dignity and fundamental rights due to its post-fascist heritage; in Austria, on the other hand, according to the wording of the constitution there is no such protection or explicit barriers to constitutional revision, yet such barriers exist due to the implicit protection of liberal democracy in the constitution.

After a description of the political-historical process of the creation of the two constitutions, including the underlying ideological-historical premises, embedded in the history of European constitutionalism, the institutions and procedures that protect the two constitutions in their existence, such as the constitutional jurisdiction, are explained, their emergence and functioning are illuminated and they are compared with each other. Attention is also paid to European human rights protection and its influence on the protection of democracy and the rule of law.

In the process, it becomes apparent that the approach advocated in the predominant literature, especially in jurisprudence, of assuming that the B-VG can be amended at will, even to the point of abolishing democracy and the rule of law by democratic and constitutional means, is opposed by good arguments, if only with regard to the change in the understanding of the constitution and its function. Moreover, it becomes apparent that democracy and the rule of law have an ambivalent relationship to each other. Democracy as a constitutional principle in the B-VG and the GG protect the institutions of the legislature together with their powers, and therefore embodies systemic decisions against the direct expression of the will of the people in individual political decisions. The rule-of-law maxim establishes a state based on the rule of law and fundamental rights, including checks and balances, and its guarantees are made efficacious through effective legal protection.

At the same time, however, the thesis also aims to contribute to the debate on popular sovereignty and the constituent power of the people, and it is also embedded in the discourse on the militancy of democracy and democratic constitutions, to which, in addition to the analysis and presentation with

the aid of the case studies used, it also briefly outlines some of the threats to these rights and presents and discusses means and possibilities for their protection.