Exposé zum Dissertationsvorhaben

Arbeitstitel

„Das österreichische Rechtsstaatsprinzip“

verfasst von

Mag. Magdalena Csármán, BA

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2022

Studienkennzahl lt. Studienblatt	UA 783 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt	Rechtswissenschaften
Dissertationsgebiet	Öffentliches Recht/Verfassungsrecht
Betreut von	Univ.-Prof. Dr. Clemens Jabloner

I. Themenanriss

Geht es nach dem aktuellen Rule of Law-Index des *World Justice Project*, rangiert Österreich auf Platz 9 weltweit: Von der effektiven Begrenzung der Regierungsgewalt und Abwesenheit von Korruption bis hin zur Gewährung bestimmter fundamentaler Rechte verwirklicht Österreich den – so möchte man sagen – „rechtsstaatlichen Idealstaat" zu 81 %.[1] Umso verwunderlicher ist, dass man das in Österreich selbst offenbar anders sieht: „Man muss Angst um den Rechtsstaat Österreich haben", wird einem medial – mit Blick auf das Eurofighter-Debakel und die BVT-Razzia – eingeschärft.[2] Außerdem würden bestimmte Abschiebungen nach langer Verfahrensdauer und die „Kopftuchfrage" für Mädchen im Schulalter den Rechtsstaat ins Dilemma bringen;[3] das gesellschaftliche Bejubeln gewisser Gesetzesübertretungen erodiere ihn gar.[4] Und tatsächlich: Namhafte Jurist*innen fordern dieser Tage im Antikorruptions-Volksbegehren eine „Stärkung der Rechtsstaatlichkeit", konkret etwa verstärkte parlamentarische Kontrollrechte und transparente Postenbesetzungen im öffentlichen Sektor.[5] Worin das Rechtsstaatsprinzip in Österreich zum Ausdruck kommt, scheint also nicht ganz klar zu sein.

Das kann nach einem Blick in das Verfassungsrecht auch nicht verwundern: Das B-VG ist zwar unumstritten von rechtsstaatlichen Inhalten geprägt, erwähnt die Rechtsstaatlichkeit expressis verbis aber nicht. Seine rechtsstaatlichen Elemente auszumachen, würde daher nur dann funktionieren, wenn man schon aus der Perspektive eines einheitlichen und ausdefinierten Rechtsstaatsbegriffes auf das B-VG blickt. Auch ein solcher existiert aber nicht: Während sich die Begriffswurzel mit *Kants* Gedanken, im (Rechts-)Staat solle Freiheit durch Rechtsbindung herrschen,[6] identifizieren lässt,[7] wird unter einem Rechtsstaat wenig später etwa lediglich die rechtsgebundene Verwaltung und deren gerichtliche Überprüfbarkeit verstanden,[8] um den Rechtsstaatsbegriff nach dem Zweiten Weltkrieg dann wiederum mit

[1] *World Justice Project*, Rule of Law Index 2021 (2021) 46.
[2] *Hans Rauscher*, Angst um den Rechtsstaat, derStandard.at 17.05.2019, <http://www.derstandard.at/story/2000103362793/angst-um-den-rechtsstaat>.
[3] *Philipp Aichinger*, Der schmale Grat zwischen Willkür und Humanität, diepresse.at 28.01.2021, <https://www.diepresse.com/5929534/der-schmale-grat-zwischen-willkur-und-humanitat?from=rss>; *Oliver Pink*, Kein Freiraum für Mädchen in den Schulen, diepresse.at 11.12.2020, <https://www.diepresse.com/5910388/kein-freiraum-fur-madchen-in-den-schulen?from=rss>.
[4] *Franz Adamovic*, Wie der Rechtsstaat erodiert, diepresse.at 15.10.2007, <https://www.diepresse.com/337081/wie-der-rechtsstaat-erodiert>.
[5] Siehe <https://antikorruptionsbegehren.at/>.
[6] *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1797) § B, 230; § 45, 313 – nach Ludwig (Hrsg), Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre[4] (2018) 38; 129.
[7] *Hruschka*, Freiheit und Rechtsstaat in Kants Rechtslehre, in Kaufmann/Rezikowski (Hrsg), Freiheit als Rechtsbegriff (2016) 19 ff (23); *Merkl*, Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens, Österreichisches Verwaltungsblatt (1937), 174 ff, abgedruckt in Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 2 (2010) 1599 ff (1604); *Schambeck*, Vom Sinnwandel des Rechtsstaates (1970) 16.
[8] Siehe *Bähr*, Der Rechtsstaat (1864) 2, 8, 10, 14 ff, 53 f sowie passim; *von Gneist*, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland (1872) 270 ff; vgl auch *von Gierke*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, Band 1 (1868) 831.

Sozialstaatlichkeit,[9] Gerechtigkeit und Menschenwürde[10] anzureichern.[11] Ohne ausdrückliche Erwähnung im B-VG und ohne eindeutigen Begriff überrascht es nicht, dass auch die Lehre zu keinen klaren Ergebnissen kommt: So verständigt man sich darauf, dass der Rechtsstaat ein – durchwegs formell verstandener – „Verfassungsstaat, Gesetzesstaat und Rechtsschutzstaat“[12] ist und dass insbesondere das in Art 18 Abs 1 B-VG verankerte Legalitätsprinzip dies zum Ausdruck bringt.[13] Aber schon mit Blick auf die Grundrechte wird man sich uneinig; sie werden oftmals zum Rechtsstaat dazugezählt,[14] andernorts wird dies ausdrücklich verneint.[15] Wieder anders ist die Sichtweise, wenn dem Rechtsstaatsprinzip ein liberales Grundprinzip beiseite gestellt wird, was im Übrigen ebenso für die Gewaltenteilung gilt, die teils als Grundvoraussetzung jedes Rechtsstaates und teils als eigenständiges Prinzip aufgefasst wird.[16] Dass dem Rechtsstaat bisweilen auch konkrete Einzelheiten wie die Rechnungs- und Gebarungskontrolle[17] oder der „Schutz wohlerworbener Rechte“ [18] zugerechnet werden, löst angesichts der grundlegenden Uneinigkeiten dann keine Verwunderung mehr aus.

Die Suche nach dem österreichischen Rechtsstaatsprinzip scheitert also bis hierher insoweit, als das B-VG in punkto Rechtsstaatlichkeit schweigt und die Lehre deshalb – und weil auch sonst kein eindeutiger Rechtsstaatsbegriff existiert – im Wesentlichen im Dunkeln tappt. Dennoch ist die Suche nicht zum

[9] Für Österreich etwa *Tomandl*, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht (1967) insb 5, 9, 12 f, 27, 39.

[10] Das gilt vor allem für Deutschland: *Bäumlin*, Die rechtsstaatliche Demokratie (1954) 57, 70; *Menger*, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart (1953), 3 ff, abgedruckt in Forsthoff (Hrsg), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (1968), 42 ff (71 f); *Abendroth*, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in FS Bergstraesser (1954), 279 ff, abgedruckt in Forsthoff (Hrsg), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit (1968), 114 ff (127 f, 131 f); *Huber*, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft (1962) 10; *Salomon*, Der soziale Rechtsstaat als Verfassungsauftrag des Bonner Grundgesetzes (1965) 33; *Internationale Juristenkonferenz*, Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechte (1967) 3; *Maihofer*, Rechtsstaat und menschliche Würde (1968) 58. Auch in Österreich finden sich aber punktuelle Verknüpfungen mit der Menschenwürde: *Klecatsky*, Der Rechtsstaat zwischen heute und morgen (1967) 14; *Kobzina*, Rechtsstaat, Demokratie und Freiheit, JBl 1966, 589 ff (593, 600); *Werner*, Österreichs Weg zum Rechtsstaat, JBl 1948, 120 ff (124). Der Verbindung zwischen Rechtsstaat und Gerechtigkeit steht man deutlich kritischer gegenüber: *Kobzina*, Die rechtsstaatliche Verfassung und was daraus geworden ist, in FS Walter (1991) 331 ff (333); *Mayer-Maly*, Das Arbeitsrecht und der Rechtsstaat, in FS Walter (1991) 477 ff (478); neutral aber *Holzinger*, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren, in FS Walter (1991) 271 ff (271).

[11] Vgl auch *Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in FS Arndt (1969) 53 ff (72).

[12] *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[11] (2015) Rz 165. Vgl zB *Traußnigg*, Strukturfragen eines umfassenden Rechtsschutzes, JAP 2020/2021/9, 83 ff (84); *Enzinger*, Rechtsstaat durch Verfahren, in FS Mayer (2011) 93 ff (98).

[13] Vgl *Öhlinger*, Der Rechtsstaat, in Schmid et al (Hrsg), Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat? (2010) 1 ff (2 f).

[14] *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Band 1: Grundlagen[2] (2011) Rz 14.013; *Merli*, Rechtsstaatlichkeit in Österreich, in Hofmann et al (Hrsg), Rechtsstaatlichkeit in Europa (1996) 83 ff (89); *Kobzina*, in FS Walter 333; *ders*, JBl 1966, 593, 600; *Klecatsky*, Der Rechtsstaat zwischen heute und morgen 22; *Werner*, JBl 1948, 120; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht[12] (2019) 54.

[15] *Antoniolli – Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht[3] (1996) 125.

[16] Die Gewaltenteilung taucht als Teil der Rechtsstaatlichkeit etwa auf bei *Gamper*, Staat und Verfassung[4] (2018) 237 und *Merli*, in Hofmann et al, Rechtsstaatlichkeit in Europa 88; als Grundvoraussetzung jedes Rechtsstaates sehr deutlich bei *Kobzina*, in FS Walter 340. Insoweit diffus ist etwa *Traußnigg*, JAP 2020/2021/9, 84 f, der – sichtlich im Anschluss an *Öhlinger/Eberhart*, Vefassungsrecht Rz 63, 75 – vom Gewaltenteilungsgrundsatz, aber auch von einem Mindestmaß an Gewaltenteilung als elementarer Sinn der Rechtsstaatlichkeit spricht.

[17] *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht[3] (1985) 135.

[18] *Mayer-Maly*, in FS Walter 478.

Scheitern verurteilt: Die **Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts** verschweigt sich nämlich – anders als das B-VG – nicht zum Rechtsstaatsprinzip und ist – anders als die doch eher zerfransten Lehrmeinungen – als objektive Größe festzumachen. Dass auch die Rechtsstaatsjudikatur prima vista kein einheitliches Bild zeichnet, tut hier aber keinen Abbruch, sondern gibt vielmehr Anlass und Auftrag zur Aufarbeitung.

II. Forschungsfragen, Forschungsrelevanz und bisheriger Forschungsstand

In diesem Sinne stelle ich mir folgende **Forschungsfrage**, die mehrere Unterfragen nach sich zieht:

– Welchen Gebrauch machen die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts vom Rechtsstaatsprinzip?

– Inwieweit folgt die Judikatur festen Linien, inwieweit ist sie situativ?

– Inwieweit greift die Judikatur dabei auf Rechtswissenschaft und Lehre zurück?

– Lassen sich Bedeutungsprämissen[19] ausmachen, auf denen die Judikatur aufbaut?

Diese Forschung ist **relevant**, da die Rechtswissenschaft – in den rechtspolitischen Worten *Adamovichs* – in besonderem Maße aufgerufen ist, „die Grundprinzipien des demokratischen Rechtsstaates, zu denen wir uns bekennen, zu verteidigen und plausibel zu machen".[20] Dazu ist jedenfalls notwendig, Klarheit über den dogmatischen Gebrauch des Rechtsstaatsprinzips zu gewinnen, was bislang nicht zureichend erforscht wurde. Demnach bestehen **Forschungslücken**: Beiträge zur Rechtsstaatsjudikatur sind bisher nicht über deskriptive Darstellungen hinausgekommen. Die Vielzahl an grundsätzlich und im Detail divergierenden Lehrmeinungen ist ebenso noch nicht aufgearbeitet worden, wie auch keine Arbeit zu den Bedeutungsprämissen, also zur geistes- und verfassungsgeschichtlichen Entwicklung Österreichs hin zum Rechtsstaat existiert.

Dementsprechend ist der **Stand der Forschung** in qualitativer Hinsicht dünn: An instruktiven Überblicken über die Thematik sind etwa die Beiträge von *Merli*[21] und *Öhlinger*[22] zu nennen, die gleichwohl – freilich ob der Beitragslänge – nicht die gesamte Lehre bzw. Judikatur aufarbeiten. Die Judikatur wird eingehender im Lehrbuch von *Öhlinger* und *Eberhard* dargestellt;[23] eine breitere Zusammenstellung der der VfGH-Judikatur findet sich ferner in drei – durch größere Zeiträume getrennten – Beiträgen von *Hiesel*.[24] Davon abgesehen ist die Rechtsstaatsjudikatur aus spezielleren Perspektiven Thema gewisser

[19] „Bedeutungsprämissen" soll hier als – bewusst unbestimmter – Sammelbegriff für all jene geistesgeschichtlichen, gesellschaftlichen und verfassungsrechtlichen Entwicklungen sowie für historische Erfahrungen, bestimmte Normen, Vorjudikatur und sonstig denkbare Voraussetzungen dienen, auf Boden derer die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts in ihrer Rechtsstaatsjudikatur womöglich aufbauen.
[20] *Adamovich*, Revolution – Demokratie – Rechtsstaat, in FS Walter (1991) 1 ff (10).
[21] *Merli*, in Hofmann et al, Rechtsstaatlichkeit in Europa 83 ff.
[22] *Öhlinger*, in Schmid et al, Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat? 1 ff.
[23] *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht Rz 80 ff.
[24] *Hiesel*, Die Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1999, 522 ff; *ders*, Die Entfaltung der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2009, 111 ff; *ders*, Entwicklungen der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2016, 205 ff.

Beiträge;[25] das gilt auch für kritische Beleuchtungen.[26] In Lehre und Rechtswissenschaft äußert sich so gut wie jedes Lehrbuch zum Rechtsstaatsprinzip, größere Monographien oder sonstige Untersuchungen liegen aber nicht vor – dafür aber eine ganze Reihe an kleineren Beiträgen, in denen das Rechtsstaatsprinzip Thema ist, immer aus der einen oder anderen konkreten Perspektive.[27] Schriften zu Österreichs Weg zum Rechtsstaat bestehen vereinzelt;[28] mehrere Publikationen finden sich zur Entwicklung des deutschsprachigen Rechtsstaatsverständnisses überhaupt.[29]

III. Theorie, Methodik und Gang der Untersuchung

Wissenschaftstheoretisch beruht die Dissertation auf der – *Wittgensteins* Spätwerk entnehmbaren[30] – Annahme, dass sich die Bedeutung eines Wortes durch dessen Gebrauch ergibt. Nur so ist den obig beschriebenen Begriffsschwierigkeiten beizukommen: Wird vor der Judikaturanalyse – etwa im Sinne einer Arbeitsdefinition – nach einem Rechtsstaatsbegriff gesucht, liefert dies zwar sicherlich interessante Einblicke in die Genese des Rechtsstaatsbegriffes und dessen Abbildung im österreichischen Verfassungsrecht. Die Gefahr, aus der Judikatur bloß ebenjenen Rechtsstaatsbegriff wieder herauszulesen, den man sich davor zurechtgelegt hat, ist aber evident. Stattdessen wird hier der umgekehrte Weg eingeschlagen: Ausgehend von der Prämisse, dass sich die Bedeutung eines Wortes zumindest auch aus seinem Gebrauch – hier: in der Judikatur – ergibt, wird ebendiese analysiert, um sodann auf die in der in der Einleitung angerissenen Entwicklungen Österreichs zum Rechtsstaat rückzuschließen.

Die Dissertation ist **methodisch** – wie sich auch eindeutig aus dem Vorstehenden ergibt – als Judikaturanalyse angelegt: Mithilfe der Datenbanken RIS und ALEX grenze ich durch Volltextsuche bzw. durch das Durchforsten der Sachregister den Pool an Entscheidungen ab, aus dem freilich all jene Entscheidungen wieder ausgeschieden werden, in denen die Erwähnung des Rechtsstaatsprinzips nur aus der Wiedergabe des Parteivorbringens resultiert. Die derart gewonnene Auswahl an Entscheidungen werde ich sodann – chronologisch – *erstens* mit Blick auf die im Einzelnen zugrunde liegenden Fallkonstellationen analysieren, um den „Antwortcharakter" der Judikatur auf konkrete Rechtsprobleme herauszuarbeiten. Ich werde die Entscheidungen *zweitens* auf die dogmatische Argumentation des jeweiligen Gerichtshofes hin untersuchen, um dadurch sich allfällig zeigende Judikaturlinien auszumachen oder um – alternativ – festzustellen, inwiefern dies nicht der Fall ist. Schließlich möchte ich

[25] ZB *Schuhmacher*, Das Prinzip des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens (2006, Dissertation), *Traußnigg*, JAP 2020/2021/9, 83 ff.
[26] ZB *Fuchs*, Rechtsschutz, Rechtsstaat, Rechtsschutzstaat – Reflexionen zur Verfassungsinterpretation, in FS Korinek (2010) 83 ff; *Jabloner*, Das „Denksporterkenntnis" des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in FS Adamovich (1992) 189 ff.
[27] ZB *Kobzina*, in FS Walter 331 ff; *Mayer-Maly*, in FS Walter 477 ff.
[28] So etwa *Stradal*, Demokratie und Rechtsstaat, Ein Beitrag zur Reform der österreichischen Verfassung (1946); *Strele*, Rechtsstaat und Demokratie im neuen Österreich (1931).
[29] *Böckenförde*, in FS Arndt 53 ff; *Schambeck*, Vom Sinnwandel des Rechtsstaates (1970); *Scheuner*, Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates, in Dombois/Wilkens (Hrsg), Macht und Recht. Beiträge zur lutherischen Staatslehre (1956) 76 ff; *Merkl*, Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens, in Klecatsky/Marcic/Schambeck, Die Wiener Rechtstheoretische Schule 1599 ff; *Weber*, Rechtsstaatsprinzip als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip, ZÖR (2008) 63, 267 ff.
[30] *Wittgenstein*, Philosophische Untersuchungen (1953) PU 43.

drittens herausarbeiten, inwiefern sich die jeweilige Argumentation auf (Vor-)Arbeiten von Lehre und Rechtswissenschaft beruft und *viertens*, ob und inwiefern sich Bedeutungsprämissen ausmachen lassen, auf denen die Judikatur beruht.

Diese Vorgangsweise legt nahe, dass der konkrete **Gang der Untersuchung** im Sinne einer Gliederung der Arbeit nur vage vorhergesehen werden kann: Denn Untersuchung und Analyse der Entscheidungen erfolgen zwar chronologisch, die Darstellung der Ergebnisse wird sich aber – der Forschungsfrage entsprechend – an thematisch zusammenhängenden Judikaturblöcken orientieren. Welche Blöcke sich insgesamt ausmachen lassen, kann hier nicht vorweggenommen werden, sondern muss freilich der tatsächlichen Untersuchung vorbehalten bleiben. Dem Arbeitsfortschritt entsprechend können hier aber einige dieser Blöcke angedeutet werden, die in der Folge als Thesen einen beispielhaften Ausblick auf die Untersuchung geben sollen.

IV. Einige Thesen

Die Schichtenfrage und der Stufenbau. Zuallererst stellt sich die durch die textuelle Schweigsamkeit des B-VG provozierte Frage, in welchen rechtlichen Schichten das Rechtsstaatsprinzip angesiedelt ist. Ins Auge sticht hier jene Entscheidung, mit der der VfGH den Grundprinzipcharakter des Rechtsstaatsprinzips „erkannt" hat: In VfSlg 2455/1952 musste er sich zunächst überhaupt mit der Frage beschäftigen, ob verfassungswidriges Verfassungsrecht denkbar ist. Der VfGH bejahte dies, sofern von einer Gesamtänderung auszugehen sei, die dann vorläge, wenn „leitende Grundsätze […] berührt" werden; diese seien das „demokratische, das rechtsstaatliche und das bundesstaatliche Prinzip". Obwohl im konkreten Fall nur das bundesstaatliche Grundprinzip relevant war, trifft der VfGH hier dennoch eine inhaltlich relevante Aussage zum Rechtsstaatsprinzip: Diesem „entspricht es, daß alle Akte staatlicher Organe im Gesetz und mittelbar letzten Endes in der Verfassung begründet sein müssen, und daß für die Sicherung dieses Postulates wirksame Rechtsschutzeinrichtungen bestehen." Deutlich ist hier die Orientierung am Stufenbaumodell der Reinen Rechtslehre.[31] Diese Nähe stellt einige Jahre davor schon *Adamovich*[32] her, der das „rechtsstaatliche Prinzip" – soweit zu sehen – erstmals als leitenden Grundsatz der Verfassung behandelt und den VfGH damit auch beeinflusst haben dürfte.[33] Der Ausspruch erlangt in der Folge jedenfalls Standardcharakter, der spätestens evident wurde, als der VfGH im Jahre 2001 erstmals eine Verfassungsbestimmung wegen dem Verstoß gegen das rechtsstaatliche Grundprinzip tatsächlich aufhob, da sie die Maßgeblichkeit der Verfassung – und damit auch die Zuständigkeit des VfGH zur Normenkontrolle – für gewisse Bereiche landesrechtlicher Bestimmungen im Vergaberecht zu suspendieren gesucht hat.[34]

[31] Vgl auch *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht 131.
[32] *Adamovich*, Grundriss des österreichischen Verfassungsrechts[4] (1947) 70 ff.
[33] *Merli*, in Hofmann et al, Rechtsstaatlichkeit in Europa 85 f.
[34] VfSlg 16.327/2001. Siehe auch 15.215/1998, wo der VfGH die „Zuständigkeit des Verfassungsgerichthofes zur Normenkontrolle als zentrales Element des rechtsstaatlichen Baugesetzes" hervorhebt.

Von Fällen der Gesamtänderung abgesehen, wird das Rechtsstaatsprinzip – bedeutend öfter – „bloß" als Maßstab für einfachgesetzliches Recht herangezogen. Hierzu wird von der Lehre entweder moniert, dass der VfGH auch die Aufhebung einfachen Rechts aus dem rechtsstaatlichen *Grund*prinzip heraus begründet oder – wenn die Meinung vertreten wird, Maßstab für einfaches Recht sei nicht das Grundprinzip selbst, sondern daraus abgeleitete „Grundsätze" – dass eine dogmatische Ableitung dieser Grundsätze aus konkreten Verfassungsbestimmungen jedenfalls ausständig ist.[35] In dieser Schärfe nicht zutreffend ist dies etwa mit Blick auf die Judikatur zu Bestimmtheit und Publizität von Normen, die sich auch auf die Art 18, 49 und 97 B-VG stützt.[36] Eher angebracht mag diese Kritik hinsichtlich jenes Judikaturblockes sein, den Rechtsschutzfragen und die Unabhängigkeit des staatlichen Entscheidungsmonopols beschäftigen. Beide Judikaturstränge sollen im Folgenden kurz beleuchtet werden.

Bestimmtheit und Publizität von Normen. Aus „dem rechtsstaatlichen Gedanken der Publizität des Gesetzesinhaltes" – so der VfGH – leitet sich die Schlussfolgerung ab, „dass der Gesetzgeber der betroffenen Öffentlichkeit den Inhalt seines Gesetzesbeschlusses in klarer und erschöpfender Weise zur Kenntnis bringen muss".[37] Dem widersprach etwa eine Bestimmung, mit der bestimmte Mehrleistungsvergütungen aufgrund einer Übergangsbestimmung (weiter-)gewährt wurden, wobei sich der genaue Kreis der Anspruchsberechtigten nur aus verwaltungsinternen Erlässen zu dieser Bestimmung ergab. Da zu deren Auffinden „geradezu archivarischer Fleiß notwendig sein dürfte", könne diese Bestimmung nicht dem in Art 18 B-VG verankerten Bestimmtheitsgebot entsprechen. Das gleiche galt etwa für eine Vorschrift, die ein Rechtsgebiet pauschal als niederösterreichisches Landesrecht in Geltung setzte, obwohl die Bestimmungen des Rechtsgebiets zu unterschiedlichen Zeitpunkten erlassen und von unterschiedlichen Organen kundgemacht worden waren,[38] die Rechtslage also alles andere als klar war. Auch mehrere ineinander geschachtelte Verweisungen innerhalb eines Gesetzes, die zum Teil nur zu einer sinngemäßen Anwendung der verwiesenen Vorschrift führen sollten, wurden als rechtsstaatswidrig beurteilt, da „nur mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust am Lösen von Denksport-Aufgaben überhaupt verstanden werden [konnte], welche Anordnungen [dort] getroffen w[u]rden."[39] Konkrete Bestimmtheitserfordernisse stellt die Judikatur zum Beispiel an Flächenwidmungspläne, aus denen mit der „aus rechtsstaatlichen Gründen erforderlichen Präzision" ablesbar sein muss, wo exakt die Grenze zwischen zwei Widmungskategorien auf ein und demselben Grundstück verläuft.[40]

Stärker auf die Publizität als Verfahrensfrage fokussiert, judizieren die Gerichtshöfe etwa, dass ein Bescheid, auf den das AVG nicht anwendbar ist, nach den „Grundsätzen eines geordneten rechtsstaatlichen

[35] Zusammenfassend *Fuchs*, in FS Korinek 90 f.
[36] VfSlg 3130/1956 und 18.886/2009.
[37] VfSlg 18.886/2009.
[38] VfSlg 3130/1956.
[39] VfSlg 12.420/1990; siehe weiters bspw VfSlg 13.740/1994.
[40] VfSlg 20.253/2018; weiters bspw VfGH 24.9.2018, V 36/2018.

Verfahrens“ erlassen werden muss, zu denen die Feststellung des Sachverhalts in einem Ermittlungsverfahren, die Pflicht zur Begründung des Bescheides und die Pflicht zur Gewährung von Parteiengehör zählt.[41] Ferner muss in einer Verordnung erkennbar sein, wer dieselbe kundgemacht hat: „Es muss nämlich aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit dem Normunterworfenen auf Grund der Kundmachung einer Verordnung möglich sein, die Einhaltung der Zuständigkeitsvorschriften zu kontrollieren.“[42]

Rechtsschutz. Die Judikatur zum Rechtsschutz zerfällt in Fragen nach dem Rechtsschutzzugang und in die – auf den ersten Blick deutlich intensiver behandelte – Frage, welcher Rechtsschutz im Detail wirksam, also faktisch effizient ist. Zuletzt reihen sich auch Judikate, die sich mit der Unabhängigkeit des staatlichen Entscheidungsmonopols befassen, insofern in die Rechtsschutzjudikatur ein, als sie Knotenpunkte des Rechts(schutz)weges genauer in den Blick nehmen.

Zum Rechtsschutzzugang bemerkt der VfGH zum Beispiel, dass die rechtsschutzlose Zurückweisung der Eichung eines Messgeräts dem rechtsstaatlichen Prinzip widerspricht.[43] Dabei geht es insgesamt aber nicht darum, etwa Formen der schlichten Hoheitsverwaltung – in einem anderen konkreten Fall: Ablehnung eines Förderungsgesuchs durch unverbindliches Gutachten – zu verhindern, sondern vielmehr darum, „die behördliche Festlegung von Rechtsfolgen an eine Form zu knüpfen, die einen verfassungsgesetzlich vorgesehenen Rechtsschutz ermöglicht“.[44] Dafür sorgt die Judikatur zum Teil selbst, indem sie beispielsweise den verfassungsrechtlichen „Bescheidbegriff durchwegs dazu verwendet, rechtsstaatliche Funktionen zu erfüllen, insbesondere Rechtsschutz gegenüber der Verwaltung zu gewährleisten.“[45] Zum anderen Teil richtet sich die Judikatur als Aufforderung an den Gesetzgeber, der bislang – etwa mit Blick auf Art 130 Abs 2 Z 1 B-VG – nur mäßig zufriedenstellend nachgekommen wird.[46]

Dem Rechtsstaatsprinzip genügt es aber nicht, dass bloß Zugang zum Rechtsschutz besteht. Der Rechtsschutz selbst muss darüber hinaus in „wirksamen Rechtsschutzeinrichtungen“ bestehen – dies hat der VfGH schon in dem obig besprochenen ersten Judikat zum rechtsstaatlichen Grundprinzip ausgesprochen. In der Folge spricht der VfGH dann von der faktischen Effizienz des Rechtsschutzes und führt dazu in VfSlg 11.196/1986 erklärend aus, dass „von faktischer Effizienz deshalb die Rede ist, weil unter Effizienz allein unter Umständen bloß das letzten Endes bewirkte Erreichen einer Entscheidung rechtsrichtigen Inhalts durch das Ergreifen von Rechtsbehelfen verstanden werden könnte, nicht aber auch die mitgemeinte Umsetzung einer solchen Entscheidung in den Tatsachenbereich.“ Es geht also um die

[41] VwSlg 17.323 A/2007.
[42] VfSlg 16.591/2002.
[43] VfSlg 13.223/1992.
[44] VfSlg 13.699/1994.
[45] VfSlg 11.590/1987.
[46] Dies deshalb, weil die konkrete Eröffnung des Beschwerdeweges gegen Akte der schlichten der Hoheitsverwaltung nur ins legislative Ermessen des Bundes- und Landesgesetzgebers gestellt wird und – nach einem Teil der Lehre – obendrein nur für individuelle Akte eröffnet werden könnte, siehe *Csármán*, Gesprochenes Recht? juridikum 2021, 447 ff (453).

konkrete Ausgestaltung der Rechtsschutzwege, die eine faktische Rechtsposition wahren, gewähren und mit den Interessen Dritter und dem öffentlichen Interesse in Einklang zu bringen suchen.[47]

Diese Effizienz ließen beispielsweise Bestimmungen vermissen, die die aufschiebende Wirkung eines Rechtsmittels überhaupt[48] oder nur für bestimmte Parteien pauschal ausschlossen.[49] Unter dem Gesichtspunkt der faktischen Effizienz ebenfalls rechtsstaatswidrig war eine Bestimmung, die die (damals noch nicht Beschwerde-, sondern) Berufungsfrist für Asylwerber*innen auf zwei Tage verkürzte.[50] Das galt auch für Gebührenregelungen im Vergaberecht, die die Gebührenpflicht für Nachprüfungswerber*innen derart kumulierte, dass für den Antrag auf Nachprüfung „und jene[m] auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die gleich hohe Pauschalgebühr zu entrichten [war], ohne dass die Multiplizierung der Gebühr einer vergleichbaren Multiplizierung des Aufwandes gegenüberst[and].“[51] Diese Entscheidungen waren also alle – so viel ist trotz der stark gekürzten Wiedergabe erkennbar – den Interessen der Rechtsschutzsuchenden zugewendet.

Eindeutig dem öffentlichen Interesse im Rechts(schutz)weg zugewendet sind jene Beurteilungen des VfGH, in denen er – so könnte man zusammenfassen – die Unabhängigkeit des staatlichen Entscheidungsmonopols betont. Das trifft etwa auf VfSlg 16.049/2000 zu, wo der Gerichtshof klar sagt, dass die Bewilligungspflicht und -fähigkeit eines Bauvorhabens eine Rechtsfrage ist, deren Beurteilung der Baubehörde obliegt und dass ebendiese Beurteilung im Instanzenzug überprüft werden können muss – beides erfordere das Rechtsstaatsprinzip. Daraus ergibt sich, dass ein Ziviltechniker mit seiner Erklärung, ob ein Bauvorhaben rechtskonform beantragt und daher zu gestatten ist, die Entscheidung der Behörde nicht vorwegnehmen darf.[52] Ähnlich gelagert ist auch der Fall im jüngst ergangenen Erkenntnis, mit dem eine Bestimmung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes aufgehoben wurde, die die Entscheidung der AMS-Geschäftsstelle über die Erteilung einer Beschäftigungsbewilligung zumindest faktisch an die einhellige Befürwortung des Regionalbeirates band, dem seinerseits keine Behördenqualität zukommt.[53] Etwas versteckt formuliert der VfGH zum Ziviltechniker-Fall überdies einen Gedanken, dem gewaltentrennende Überlegungen zugrunde liegen: Das Rechtsstaatsprinzip erfordert, dass ein ein Gutachten erstellendes Organ unabhängig ist, was dann nicht der Fall ist, wenn der erklärende Ziviltechniker schon den Plan des Bauvorhabens erstellt hat.

Einige Schlussfolgerungen. Ob der Kürze der nur thesenhaft dargestellten Judikatur können hier valide Schlussfolgerungen freilich nicht gezogen werden; ein dennoch unternommener kleiner Versuch soll beispielhaft zeigen, wie die tatsächliche Analyse der Judikatur in groben Zügen aussehen wird.

[47] Ebenfalls VfSlg 11.196/1986.
[48] VfSlg 11.196/1986 zu einer Bestimmung der BAO; siehe weiters zB VfGH 2.3.2018, G 257/2017.
[49] VfSlg 16.460/2002.
[50] VfSlg 15.529/1999.
[51] VfSlg 18.248/2007.
[52] Siehe auch VfSlg 17.736/2005.
[53] VfGH 14.12.2021, G 232/2021.

Das Rechtsstaatsprinzip wird in der Judikatur sowohl als Grundprinzip als auch als Maßstab für einfachgesetzliches Recht gebraucht. In der – bislang erst einmaligen – Anwendung als Grundprinzip stand in inhaltlicher Hinsicht die Rückgebundenheit aller Rechtsakte in der Verfassung und die VfGH-Zuständigkeit zur Normenkontrolle im Mittelpunkt; der Maßstab für einfaches Recht speist sich demgegenüber aus deutlich mehr Themen, die sich zwar zu größeren Blöcken zusammenfassen, zumindest prima vista aber nicht auf den *einen* klaren Gedanken zum Rechtsstaatsprinzip zurückführen lassen. Die eben angesprochenen Blöcke werden sich als Judikaturlinien bezeichnen lassen, innerhalb derer die Judikatur aber – das muss man zumindest aus dem hier gegebenen Judikaturabriss folgern – eher situativ auf konkrete Rechtsprobleme reagiert. Möglich wird dies durch die hohe Abstraktion der Merkmale für eine Judikaturlinie – man denke nur daran, dass sich unter dem Schlagwort „faktische Effizienz des Rechtsschutzes" etwa Fragen nach aufschiebender Wirkung von Rechtsmitteln, Rechtsmittelfristen und Gebührenhöhe verstecken. Neben den für die Judikatur von Gerichtshöfen üblichen Zitierungen von Lehrmeinungen, die an dieser Stelle nicht weiter interessant sind, lässt sich ein tiefergehender Einfluss der Lehre bzw. Rechtswissenschaft mit Blick auf das Stufenbaumodell womöglich nachweisen. Bedeutungsprämissen lassen sich hier freilich noch schwer ausmachen; klar ist aber, das sich Gewaltentrennung und Rechtsschutz – zumindest in Gestalt der Verwaltungsgerichtsbarkeit – in den ursprünglichen Rechtsstaatselaboraten aus dem 19. Jahrhundert wiederfinden.[54]

[54] Siehe die Angaben in FN 8.

V. Vorläufige Gliederung

I. Gegenstand und Gang der Untersuchung

- A. Ausgangspunkt
- B. Gang der Untersuchung
  - 1. Wissenschaftstheorie
  - 2. Methodik

II. Einleitung

- A. Rechtsstaatsbegriff
  - 1. …ideengeschichtlich und staatsphilosophisch
  - 2. …europäisch und anderswo
  - 3. …juristisch und österreichisch
- B. Rechtsstaatliche Normen in Österreich
  - 1. Rechtsstaatliche Entwicklungen in der vorkonstitutionellen Ära
  - 2. Die Dezember-Verfassung
  - 3. Das B-VG 1920

III. Das österreichische Rechtsstaatsprinzip in der Judikatur der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts

- A. Schicht und Struktur: Bauprinzip und einfachgesetzlicher Maßstab
- B. Bestimmtheit und Publizität von Normen
  - 1. Bestimmtheit
  - 2. Publizität
- C. Rechtsschutz
  - 1. Rechtsschutzzugang
  - 2. Faktische Effizienz des Rechtsschutzes
  - 3. Staatliches Entscheidungsmonopol

VI. Vorläufiges Judikaturverzeichnis

VfSlg 2455/1952.
VfSlg 3130/1956.
VfSlg 11.196/1986.
VfSlg 11.590/1987.
VfSlg 12.420/1990.
VfSlg 13.223/1992.
VfSlg 13.699/1994.
VfSlg 13.740/1994.
VfSlg 15.215/1998.
VfSlg 15.529/1999.
VfSlg 16.327/2001.
VfSlg 16.049/2000.
VfSlg 16.460/2002.
VfSlg 16.591/2002.
VfSlg 17.736/2005.
VfSlg 18.248/2007.
VfSlg 18.886/2009.
VfSlg 20.253/2018.
VfGH 2.3.2018, G 257/2017.
VfGH 24.9.2018, V 36/2018.
VfGH 14.12.2021 G 232/2021.
VwSlg 17.323 A/2007.

VII. Vorläufiges Literaturverzeichnis

Adamovich, Revolution – Demokratie – Rechtsstaat, in FS Walter (1991) 1 ff.
Adamovich, Geschworenengerichte im Spannungsfeld von Demokratie und Rechtsstaat, in FS Benn-Ibler (2011) 1 ff.
Adamovich/Funk/Holzinger/Frank, Österreichisches Staatsrecht, Band 1: Grundlagen² (2011).
Aichlreiter, Juristische Interpretation und Rechtsstaat, in FS Hellbling (1981) 3 ff.
Antoniolli – Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996).
Bähr, Der Rechtsstaat (1864).
Berka, Verfassungsrecht[7] (2018).
Böckenförde, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in FS Arndt (1969) 53 ff.
Eberhard, Altes und Neues zur „Geschlossenheit des Rechtsquellensystems", ÖJZ 2007/58, 679 ff.
Eberhard, Verfahrensökonomie und Effektivität des Rechtsschutzsystems, JRP 2014, 90 ff.
Eberhard, Altes und Neues zum Grundsatz der Gewaltenteilung, JRP 2012, 31 ff.
Eberhard, Das Legalitätsprinzip im Spannungsfeld von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, ZÖR 63 (2008), 49 ff.
Enzinger, Rechtsstaat durch Verfahren, in FS Mayer (2011) 93 ff.
Fuchs, Rechtsschutz, Rechtsstaat, Rechtsschutzstaat – Reflexionen zur Verfassungsinterpretation, in FS Korinek (2010) 83 ff.
Funk, Regeln und Prinzipien in Teilsystemen des Rechts, dargestellt am Beispiel des Staats- und Verwaltungsrechts, in Schilcher/Koller/Funk (Hrsg), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000) 259 ff.
Gamper, Staat und Verfassung[4] (2018).
Gamper, Menschenwürde und Föderalismus, EJM Vol. 11 Nr. 1-2 (2018), 33 ff.
Hemke, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht (2006).
Hiesel, Die Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofes, ÖJZ 1999, 522 ff.
Hiesel, Die Entfaltung der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2009/12, 111 ff.
Hiesel, Entwicklungen der Rechtsstaatsjudikatur des Verfassungsgerichtshofs, ÖJZ 2016/28, 205 ff.
Holzinger, Rechtsstaat und Verwaltungsverfahren, in FS Walter (1991) 271 ff.
Jabloner, Das „Denksporterkenntnis" des Verfassungsgerichtshofes im Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Rechtstechnik, in FS Adamovich (1992) 189 ff.
Jabloner, Ideologiekritik bei Kelsen, in Walter (Hg), Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre (1992) 97 ff.
Jabloner, Kelsens Prägung der österreichischen Bundesverfassung, in FS Rathkolb (2015) 165 ff.
Jabloner, Verfassungsrechtliche Grundordnung und historisch erste Verfassung, JRP 9 (2001), 34 ff.
Jabloner, Rechtsstaatskonzepte: Gedanken zur Unabhängigkeit in Justiz und Verwaltung, in ÖJK (Hrsg), Rechtsstaat und Unabhängigkeit (2007) 18 ff.
Jakab, Rechtsstaatlichkeit mit Indizes vermessen, in Liber Amicorum Thaler (2019) 47 ff.
Jakab, Was kann Verfassungsrecht gegen die Erosion von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit tun? ZÖR 74 (2019), 369 ff.
Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1797).
Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925).
Kelsen, Österreichisches Staatsrecht (1923).
Kelsen, Reine Rechtslehre² (1960).
Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie² (1929).
Kelsen, Rechtsstaat und Staatsrecht, in Österreichische Rundschau 36 (1913), 88 ff.
Klecatsky, Der Rechtsstaat zwischen heute und morgen (1967).
Kobzina, Rechtsstaat, Demokratie und Freiheit, JBl 1966, 589 ff.
Kobzina, Die rechtsstaatliche Verfassung und was daraus geworden ist, in FS Walter (1991) 331 ff.
Manko, Protecting the rule of law in Europe, EPRS, European Parliament, 11/2019, 1 ff.
Mayer, Freiheit durch Herrschaft des Rechts, AnwBl 1998, 488 ff.
Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[11] (2015).

Mayer-Maly, Das Arbeitsrecht und der Rechtsstaat, in FS Walter (1991) 477 ff.
Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (1927).
Merkl, Die Wandlungen des Rechtsstaatsgedankens, Österreichisches Verwaltungsblatt (1937), 174 ff, abgedruckt in Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band 2 (2010) 1599 ff.
Merkl, Die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung, in Klecatsky (Hrsg), Die Republik Österreich (1968) 77 ff.
Merkl, Idee des Rechtsstaates, in FS Kelsen (1971) 126 ff.
Merli, Herausforderungen für den Rechtsstaat, in Vranitzky (Hrsg), Themen der Zeit II (2009) 84 ff.
Merli, Rechtsstaatlichkeit in Österreich, in Hofmann et al (Hrsg), Rechtsstaatlichkeit in Europa (1996) 83 ff.
Morscher, Über „unabänderliches" Verfassungsrecht, in FS Pernthaler (2005) 239 ff.
Öhlinger, Der Rechtsstaat, in Schmied et al (Hrsg), Auf dem Weg zum hypermodernen Rechtsstaat? (2011) 1 ff.
Öhlinger, Verfassungskern und verfassungsrechtliche Grundordnung, in FS Pernthaler (2005) 273 ff.
Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht[12] (2019).
Olechowski, Hans Kelsen – Biographie eines Rechtswissenschaftlers (2020).
Olechowski, Über den Wert und Unwert von Verfassungspräambeln, in Ehs (Hrsg), Hans Kelsen und die Europäische Union (2008) 75 ff.
Pawlik, Rechtsstaat und Demokratie in der Perspektive der Reinen Rechtslehre, in Brugger (Hg), Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie (1996) 167 ff.
Pernthaler, Braucht ein positivrechtlicher Grundrechtskatalog das Rechtsprinzip der Menschenwürde? in FS Schäffer (2006) 613 ff.
Pernthaler, Sind Demokratie und Rechtsstaat wirklich „an der Wurzel eins"? in FS Adamovich (1992) 631 ff.
Pernthaler, Der Verfassungskern (1998).
Pöschl, Die Zukunft der Verfassung (2010).
Pöschl, Gleichheit vor dem Gesetz (2008).
Pöschl, Die Dogmatik des Staatsgrundgesetzes, in Merli/Pöschl/Wiederin (Hrsg), 150 Jahre Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger (2018) 33 ff.
Reimer, Juristische Methodenlehre[2] (2020).
Röhl und *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre[3] (2008).
Schambeck, Vom Sinnwandel des Rechtsstaates (1970).
Scheiber, Mut zum Recht!, Plädoyer für einen modernen Rechtsstaat (2020).
Scheuner, Begriff und Entwicklung des Rechtsstaates, in Dombois/Wilkens (Hrsg), Macht und Recht. Beiträge zur lutherischen Staatslehre (1956) 76 ff.
Stourzh, Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie, in Walter (Hg), Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion (1982) 7 ff.
Traußnigg, Strukturfragen eines umfassenden effektiven Rechtsschutztes, JAP 2020/2021/9, 83 ff.
Vinx, Kelsens Identitätsthese und das Problem der Rechtsstaatlichkeit, in Ehs (Hg), Hans Kelsen und die Europäische Union (2008) 57 ff.
von Gneist, Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland (1872).
Walter, Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1972).
Weber, Rechtsstaatsprinzip als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip, ZÖR 63 (2008), 267 ff.
Werner, Österreichs Weg zum Rechtsstaat, JBl 1948, 120 ff.
Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen (1953).