Schlusswort

Heinz Schäffer

Verehrte Kolleginnen und Kollegen! Liehe Freunde!

Einige Bemerkungen zu den drei Referaten und eine Antwort auf die Reaktionen zu meinem Referat.

► Zunächst danke ich Professor Gérard Marcou für seine breit angelegte und tiefschürfende Rechtsvergleichung. Er hat uns eine klare Übersicht über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in zahlreichen Ländern weltweit und zu wichtigen Reformen in der Staatenwelt gegeben. Bemerkenswert erscheint mir unter den von ihm hervorgehobenen drei großen Entwicklungstendenzen (Problem der Fachlichkeit, der Vertrauenswürdigkeit und der höheren Wirksamkeit des Rechtsschutzes) besonders der Trend zu verstärkter Fachlichkeit, der sich gleichermaßen in ganz unterschiedlichen Systemen der Verwaltungsgerichtsbarkeit manifestiert. Wir sehen das einerseits in der Herausbildung eines verwaltungsrechtlichen Zweiges innerhalb der allgemeinen Gerichtsorganisation und dabei notwendigerweise auch in einer Spezialisierung in der Ausbildung und Rekrutierung zum Verwaltungsrichter in einer solchen Organisationsform (zB Spanien). Der vermeintliche Zwang zur Fachlichkeit von Entscheidungen in der Verwaltung führt aber andererseits auch – oft infolge missverstandener Vorbilder - zu einem modischen Trend, nämlich zur vielfach unreflektierten Bildung zahlreicher neuer Kollegialbehörden (boards, tribunals, Kontroll-/oder Regulierungsbehörden), deren Sachverstand freilich nicht immer von einer vergleichbaren Objektivität, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit begleitet wird.

Was die Verwaltungskontrolle durch Gerichte oder echte Verwaltungsgerichte betrifft, so müsste man die vergleichenden Analysen wohl auch noch um einen Gesichtspunkt ergänzen, nämlich: Was wird überhaupt alles als »Verwaltung« angesehen und demzufolge in den Kontrollbereich

der Verwaltungsgerichtsbarkeit einbezogen? Im österreichischen Akttypen-bezogenen Rechtsschutzsystem sind dies formalisierte Hoheitsakte der Verwaltung: Bescheidkontrolle durch den VwGH und im Hinblick auf Verfassungsverletzung durch die sonderverwaltungsgerichtliche Funktion des VfGH, Rechtskontrolle der Verordnungen durch VfGH. Diese Begrenzung hat es bekanntlich trotz der »Generalklausel« erforderlich gemacht, nicht formalisierte Verwaltungsakte anderen Kontrollmechanismen zu unterwerfen: »Akte unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt« sind anfechtbar durch die Maßnahmenbeschwerde an die (tribunalartigen) Unabhängigen Verwaltungssenate (UVS); Datenschutzeingriffe durch »Informationsverwaltungsakte« können bekämpft werden durch Beschwerde an die Datenschutzkommission, usw. Überhaupt nicht erfasst ist innerhalb dieses Systems das Handeln des Staates in den Formen des Privatrechts. Im Bereich der (in Österreich) sogenannten Privatwirtschaftsverwaltung können die ordentlichen Gerichte aber nur über die Fiskalgeltung der Grundrechte (insbesondere des Gleichheitssatzes) und da wieder nur in Grenzsituationen Rechtsschutz bieten (durch Kontrahierungszwang oder durch Leistungszuerkennung bei willkürlicher Diskriminierung), oder es muss der Gesetzgeber besondere Mechanismen aufbauen, wie etwa die Gleichbehandlungskommissionen und -beauftragte (besonders im Arbeitsleben) oder besondere Vergabekontrolleinrichtungen für den weiten Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe. Ganz anders stellen sich diese Probleme dar, wo die einzelnen Verwaltungsorgane (zB Ministerien) als Rechtssubjekte mit jeweils eigener Vermögensfähigkeit gesehen werden (subjektiver Verwaltungsbegriff) und wo auch die Tätigkeit öffentlicher Unternehmen, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben gebildet bzw herangezogen werden, als »Verwaltung« angesehen. In einem solchen System ist es nur konsequent, auch das vertragliche Handeln solcher Rechtsträger als Verwaltung anzusehen und der Kontrolle der Verwaltungsgerichtsbarkeit zu unterstellen (nach den Maßstäben eines eigenen Vertragsrechts der verwaltungsrechtlichen Verträge).

► Zu dem schönen und wie immer scharfsinnigen Referat von *Ewald Wiederin* möchte ich nur sagen, dass er die »unendliche Geschichte« der Anläufe zur Verfassungsreform in Österreich staatssoziologisch mit großem Realitätssinn und mit Blick auf die politische Funktionalität von Verfassungsreformen analysiert hat. Wahr ist, dass sich in politischen Kreisen seit einiger Zeit der Topos der »Staatsmodernisierung« besonderer Beliebtheit erfreut. Er ist freilich eine Leerformel, unter der sich höchst

unterschiedliche Zielsetzungen verbergen (lassen). Die Beobachtung, dass »Verfassungsreform« gegenwärtig als Legitimation für die aktuelle Regierungsform einer großen Koalition dient, halte ich für einen politischen Befund, der möglicherweise zutreffend ist. Wenn das die einzige Legitimation einer Regierung wäre, wäre das freilich eine fast perverse Umkehrung des politischen Denkens: Denn dann legitimiert nicht mehr eine breite Mehrheit die Verfassungsreform, sondern das Reformvorhaben legitimiert die Herrschaft einer - wie man weiß - nur zu oft innerlich zerrissenen und uneinigen Koalition. Im Übrigen halte ich die von Wiederin apostrophierte »Sehnsucht nach der einen Verfassungsurkunde« für ein zwar theoretisch legitimes Anliegen, das in der österreichischen Verfassungsgeschichte nie eine Entsprechung gefunden hat. Die Verfassung als Torso hat in Österreich eine große Tradition; denn schon die Dezemberverfassung 1867 war rechtstechnisch gesehen nur ein Torso, und die Schaffung einer einheitlichen Verfassungsurkunde ist auch weder bei der Gründung der Republik (1918/20)1 noch bei deren Wiederbegründung (1945) gelungen, weil dies angesichts der Überlebensprobleme als eine zweitrangige Sorge erschien. Aber ich gebe Wiederin Recht und habe selbst vor vielen Jahren gesagt, dass es für ein rechtes Verfassungsbewusstsein² und Verfassungsverständnis wichtig wäre, zumindest zentrale Verfassungsinhalte (wie die Grundrechte und die Finanzverfassung) in ein Stammgesetz zu integrieren.

Sodann hat uns *Otto Pfersmann* in seinem ausführlichen und geistreichen Vortrag ein vollständiges Panorama der verfassungsrechtlichen Institutionen und der Verfassungswirklichkeit Frankreichs in ihrem Wechselspiel entwickelt. Besonders interessant und überzeugend klang die These, dass das traditionell rigide Verfassungsverständnis seit der Verfassung von 1958 immer wieder »Reformschübe« provoziert hat, die unter Bruch bestimmter Erzeugungsregeln teilweise neue politische Spielregeln oder neue Institutionen hervorgebracht haben. Besonders interessant erschien mir die im Vortrag zum Ausdruck kommende Auffassung, dass das typisch französische Rechtsdenken (»Legalismus«) in

¹ Über den Torso-Charakter der Bundesverfassung schon *Felix Ermacora*, Die Entstehung. In: *Herbert Schambeck* (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung [B-VG-FS].(Berlin 1980), 1 (13ff).

² DHeinz Schäffer, Die Interpretation. In: Herbert Schambeck (Hrsg), Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung [B-VG-FS].(Berlin 1980), 57 (77ff).

Verbindung mit der Verfassungswirklichkeit zu einem »Punktualismus« und zu einem »Nebenverfassungsrecht« führt, wie es uns Österreichern aus unserem eigenen Land nur allzu vertraut ist. Im Übrigen stimme ich *Pfersmann* vollkommen zu, dass die von Politologen erfundene Formel »Semipräsidentialismus« immer eine vergröbernde Kategorisierung darstellte und weder für das französische Regierungsystem noch für das österreichische verfassungsrechtlich jemals völlig zutreffend war. Denn diese Formel erweist sich für die je nach politischer Situation gewandelte Rollenverteilung zwischen Staatspräsident und Regierung (in Frankreich also mit oder ohne »cohabitation«) nur in Grenzen als geeignet. Zu *Otto Pfersmanns* reichhaltigem und informativem Referat könnte man aus rechtsvergleichender Perspektive noch zahlreiche interessante Diskussionen führen, was ich mir hier aus Zeitgründen leider versagen muss.

- ► Versucht man eine allgemeine Einschätzung über grundlegende Voraussetzungen und Realisierungschancen von Verfassungsreformen, so möchte ich ziemlich ungesichert und in extremer Verkürzung einige Thesen wagen:
 - * Gegenwärtig herrschen unbestimmte Modernisierungswünsche, die zur politischen Phraseologie und zum Teil zur Verhüllung ideologischer Ziele verwendet werden.
 - * Wirkliche Verfassungsreformen oder die völlige Neuschaffung einer Verfassung gelingen zumeist nur in Ausnahmesituationen, insbesondere wenn die Akteure die Auswirkungen im Einzelnen nicht kalkulieren können, aber dennoch genügend Gemeinwohlverantwortung verspüren bzw an den Tag legen, um sich zu grundlegenden Kompromissen durchzuringen.
 - * Verfassungsreformen die nicht unter solchen außergewöhnlichen-Vorzeichen stehen, brauchen einen »langen Atem« und führen wohl doch nur immer zu Teilrevisionen, das heißt zu Anpassungen und Nachführungen im Hinblick auf eine gewandelte soziale und politische Realität. Zwischen dem Anspruch auf Perfektion und Realismus wird man sich in friedlichen Zeiten wohl eher für eine Politik der kleinen Schritte im Sinne von Teilrevisionen entscheiden müssen.

Das führt uns zu der von *Michael Thaler* angesprochenen Frage: Wann ist die richtige Zeit oder der rechte Moment für Verfassungsreform bzw Verfassunggebung? Denn die Idee eines Gesellschaftsvertrages ist, wie niemand bestreiten wird, ein theoretisches Konstrukt, und Gleiches

muss für die zur Zeit der Gründung der USA und der französischen Revolution vertretene Auffassung gesagt werden, eine Verfassung werde für jeweils eine Generation gegeben und andere Generationen könnten und müssten sich ihr politisches Leben jeweils neu organisieren. Gewiss lebt das Volk (auch und gerade das Staatsvolk) in Generationen, die sich aber laufend erneuern, ergänzen und wieder vergehen. Daher ist der geeignete Moment immer oder nie – auf diese Weise lässt sich logisch/mathematisch nicht ein bestimmter Moment ausmachen, der der geeignete Moment für die Neugebung einer Verfassung wäre.

Zwei Gedanken möchte ich noch aufgreifen, die in den Referaten und Diskussionen angeklungen sind, weil sie aus der Rechtsvergleichung und der Staatssoziologie eine gewisse Bestätigung erfahren.

- P Gelegentlich gibt es eine (oft nur rudimentäre) Verfassung des Übergangs, die den Weg zu einer neuen Verfassung zeigt. Das ist dann der Fall, wenn sich die um die Neuordnung des Gemeinwesens ringenden politischen Kräfte auf gewisse Elemente der Kontinuität einigen oder diese sogar verfassungsmäßig vorzeichnen, um dem Prozess der neuen Verfassungsebung eine besondere Legitimität zu verleihen (und den revolutionären Bruch mit der alten Ordnung zu verhüllen). Beispiele bieten etwa die Übergangsverfassung Südafrikas³ zwischen dem Ende der Apartheid und der Verabschiedung der definitiven Südafrikanischen Verfassung. Ähnliches konnte man etwa auch konstatieren für die Situation zwischen der durch Staatsstreich abgeschafften und der neugeschaffenen Verfassung in Fidschi, in der das Verfassungsgericht der alten Verfassung (in gleicher Zusammensetzung) auch von der neuen Verfassung akzeptiert und gleichsam als Streitschlichter zwischen der alten und der neuen Ordnung berufen war.⁴
- ▶ Der zweite Gedanke betrifft die in der neueren Verfassungsentwicklung Frankreichs zu beobachtende und von *Pfersmann* sogenannte »Deformalisierung« (er beschreibt damit die Weiterentwicklung des französischen Verfassungsrechts außerhalb der eigentlich vorgezeichneten

³ Vgl zur Interimsverfassung *Bertus de Villiers* (ed), Birth of a Constitution (1994); *Arthur Chaskalson* et al, Constitutional Law of South Africa (1996), *Rassie Malherbe*, The South African Constitution, ZÖR 55 (2000) 61ff (alle mwN).

⁴ *Theodor Schilling*, Staatsstreich, Revolution und Höchstgericht. *The Republic of Fiji v Chandrika Prasad* oder die Verfassung hinter der Verfassung, ZÖR 57 (2002) 393ff.

Bahnen). Es ist wohl nicht nur ein Phänomen Frankreichs, sondern ein allgemeines staatssoziologisches Phänomen und vor allem des Parlamentarismus, dass in dem Maße, in welchem bestimmte Praktiken formalisiert und rechtlich (materiell- oder formell-verfassungsrechtlich in Verfassungstexten oder Geschäftsordnungen) festgeschrieben werden, sich die eigentlichen politischen Entscheidungen und Machtfragen weiter in ungeregelte Vorfelder hinausverlagern; zB Vorverlagerung der eigentlichen Entscheidungen aus der Regierung in Ministerkomitees oder Koalitionsausschüsse, aus formellen Parlamentsausschüssen in informelle Unterausschüsse oder Arbeitsgruppen von Parlamentariern und/oder Sozialpartnern. Dies ist ein (und zwar nicht nur in Österreich, sondern allerorten) immer wieder zu beobachtendes Phänomen – gleichsam ein ehernes politisches Gesetz –, dass die Formalisierung bestimmter Entscheidungsprozesse mit einer »Entformalisierung« der eigentlichen politischen Entscheidungsfindung einhergeht.

Und nun zum Schluss noch ein Wort zum Ende dieses Symposions.

Mit dem Seminar haben wir eine schon früher schon begonnene Tradition fortgesetzt, erweitert und vertieft: die Kontakte zwischen Frankreich und Österreich, insbesondere zwischen der Sorbonne und der Universität Salzburg. Die Grundidee beruht auf fachlichen und freundschaftlichen Verbindungen zwischen Michael Thaler und Otto Pfersmann, mit denen auch ich selbst seit langer Zeit in enger persönlicher Verbindung stehe. Ihnen gebührt besonderer Dank. Das Thema war angesichts der aktuellen verfassungsrechtlichen und politischen Situation in Österreich und anderen europäischen Ländern besonders gut gewählt, und dass Sie dieses Seminar mir zu meinem Geburtstag (noch dazu unverdienter Maßen zu einem »unrunden« Geburtstag) gewidmet haben, hat mir natürlich besondere Freude gemacht. In der Tat kann man – das wissen wir alle schon seit Sokrates – in der Wissenschaft und im praktischen Leben nichts Besseres tun, als ein gutes und offenes Gespräch führen. Allen Referenten und Diskutanten sowie Rednern des heutigen Tages meinen allerherzlichsten Dank! Ich habe Ihre Beiträge genossen, vieles gelernt und ich habe Ihre Anwesenheit hier vor allem als Zeichen der besonderen fachlichen und persönlichen Verbundenheit empfunden.

Nun wollen wir einen kurzen Spaziergang durch die »schöne Stadt« Salzburg machen und das Symposion – wie es sich seinem Namen nach gehört – bei Speis' und Trank ausklingen lassen!