

Eröffnungsvortrag

Meine sehr geehrten Damen und Herren!

Es ist schön, dass Sie so zahlreich zum 18. Forum der jungen Rechtshistoriker und Rechtshistorikerinnen nach Wien gekommen sind. Als Präsident des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes werde ich morgen das Vergnügen haben, Sie in der historischen „Böhmischen Hofkanzlei“ zu empfangen. Heute habe ich die ehrenvolle Aufgabe, einige Sätze zur Eröffnung Ihrer Tagung sprechen zu können.

Die Rechtsgeschichte - die Rechtsgeschichtswissenschaft – ist höchst vital, das macht schon Ihre Präsenz deutlich. Die Vielfalt der Themen, die Sie behandeln werden, die Internationalität der Referenten und Referentinnen sind höchst beeindruckend. Nur zu gerne würde ich Ihnen zuhören, hielt mich nicht meine beruflichen Pflichten davon ab.

Ihre Wissenschaft bedarf keiner besonderen, also externen Rechtfertigung, das Interesse an einer systematischen Erforschung der Rechtsevolution genügt sich ja selbst, ein darüber hinausgehender Nutzen braucht gar nicht nachgewiesen werden. Die Rechtsgeschichte bedarf auch nicht der Ratschläge, sei es von der dogmatischen Rechtswissenschaft, sei es von der allgemeinen Geschichtswissenschaft. Die Rechtsgeschichte tritt heute nicht mehr als Konkurrentin einer auf die Beschreibung des positiven Rechts gerichteten Rechtsdogmatik auf wie zu den Zeiten der legendären Auseinandersetzung zwischen Schwind und Kelsen. Dass die Rechtsdogmatik die Rechtsgeschichte keineswegs überflüssig macht, darüber werde ich noch sprechen. Die besonderen fachlichen Erfordernisse der Rechtsgeschichte lassen es auch nicht zu, sie in der allgemeinen Geschichtswissenschaft aufgehen zu lassen, so wie es freilich auch nicht möglich ist, Rechtsgeschichte ohne Kontext zur allgemeinen Geschichte zu betreiben.

Meine Damen und Herren, ich bin nun kein Rechtshistoriker. Mein Beitrag heute kann daher nur darin bestehen, Ihnen – aus externer Sicht – über meine beruflichen Begegnungen mit der Rechtsgeschichte zu berichten. Diese erfolgten – meinem Karriereverlauf entsprechend – zu verschiedenen Zeiten und aus ganz verschiedenen Perspektiven: Als Verwaltungsrichter beschäftigt mich seit langem die Entwicklung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Österreich steht hier vor einer wichtigen Reform. Als Rechtstheoretiker rückte für mich der Wert der Rechtsgeschichte für die Interpretation des Rechts in den Fokus - und schließlich hatte ich mich als Vorsitzender einer „Historikerkommission“ jahrelang einer-

seits mit „rechts-zeit-geschichtlicher“ Forschung zu befassen, andererseits vergangenes Recht zu reflektieren.



Lassen Sie mich mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit beginnen!

In moderner Sichtweise wird die Verwaltungsgerichtsbarkeit primär als ein Instrument der justiziellen Kontrolle der Verwaltung gesehen. Das Element der Gewaltentrennung rückt in den Hintergrund oder wird allein als auf den Schutz der Gerichte hin orientiert verstanden.

Die historischen Wurzeln der Verwaltungsgerichtsbarkeit zeigen diese aber in einem anderen Kontext. In seiner berühmten Schrift „Der alte Staat und die Revolution“ von 1856 schrieb Alexis de Tocqueville mit feiner Ironie, dass im alten Frankreich der König keinen Einfluss auf die Justiz habe nehmen können, und er dadurch veranlasst war, „ihrem Forum die Angelegenheiten, an denen seine Macht unmittelbar interessiert war, zu entziehen und neben ihm für seinen besonderen Gebrauch eine Art abhängigeres Tribunal zu errichten“. In Deutschland hingegen seien die ordentlichen Gerichte niemals so unabhängig von der Regierung gewesen wie in Frankreich. Dort habe der Fürst die Richter hinreichend in seiner Gewalt gesehen, um der Kommissare nicht zu bedürfen. Und in England schließlich sah Tocqueville eine große Undurchsichtigkeit des Rechtssystems, sowohl was das anzuwendende Recht betraf, als auch die Zuständigkeiten der Gerichte, jedoch habe es kein Land in der Welt gegeben, in dem „der Hauptzweck der Justiz so vollständig erreicht wurde wie in England, wo jeder Mensch, welches auch seine Stellung sein und ob er gegen einen Privatmann oder gegen den Fürsten prozessieren mochte, sicher war, gehört zu werden und bei allen Gerichten seines Vaterlandes die besten Garantien für den Schutz seines Vermögens, seiner Freiheit und seines Lebens fand.“ Nun, der „Rechtswegestaat“ in Deutschland unterscheidet sich heute fundamental von der absolutistischen Kleinstaaterei, das englische Rechtssystem mag übersichtlicher geworden sein, allein in Frankreich blieb das Prinzip einer der Verwaltung, und nicht der Gerichtsbarkeit zugeordneten Behörde bis heute vital – in Form des Conseil d’État. In der Revolution sollten der Elan der Nationalversammlung nicht durch die konservative Justiz gehemmt werden. Selbstverständlich genießt der Council d’État heute größte faktische Unabhängigkeit, obzwar er seinen Wurzeln treu bleibt.

Wesentlich ist es, dass außerhalb Englands die Verwaltungsgerichtsbarkeit in ihren mannigfachen Formen als ein Instrument gesehen wurde, mit dem nicht nur die Kontrolle, sondern auch der Eigenstand der Verwaltung garantiert werden sollte. Schließlich kann auch nur darin der Sinn einer von der Justiz getrennten besonderen Gerichtsbarkeit bestehen.

Die österreichische Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1875 eingerichtet und im Kern bis heute unverändert, ging einen mittleren Weg: Einerseits die Einrichtung einer besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit, andererseits aber keine instanzmäßige Gliederung wie nach dem preußischen System, sondern ein zentraler Gerichtshof in Wien, mit zunächst bedeutenden Zugeständnissen an die Verwaltung: Bloße Kassatorik, Bindung an den Sachverhalt, Berücksichtigung von Ermessensräumen.

Die eigentümliche Dialektik des Rechtsstaates in Österreich brachte es dann mit sich, dass gleichsam kompensatorisch die Verwaltung verrechtlicht wurde – für den großen österreichischen Staatsrechtler Adolf Julius Merkl war ein Rechtsstaat ein Staat mit einer als Rechtsfunktion begriffenen Verwaltung. Es folgte – vorjudiziert durch den Verwaltungsgerichtshof – die Entwicklung eines justizförmigen Verwaltungsverfahrensrechts, die Einschränkung der Ermessensräume und anderes mehr. „Rechtsstaat“ und die „rule of law“ weisen Überschneidungen auf, sind aber im Kern unterschiedliche Konzepte, die einerseits auf den Verwaltungsstaat, andererseits auf den Justizstaat gerichtet sind – ich erzähle Ihnen hier sicher keine Neuigkeiten.

Das österreichische System geriet unter dem Druck des Europarechts ins Wanken, zunächst durch die EMRK, nunmehr durch das Unionsrecht. Diese Rechtsquellen verlangen eine intensivere judizielle Kontrolle der Verwaltung, zwar keineswegs im Sinne einer höheren materiellen juristischen Qualität, aber einer größeren richterlichen Durchdringung insbesondere des Tatsachenbereichs. Dazu kommen die Migrationsströme der letzten beiden Jahrzehnte, die zu einer notorischen Überlastung nicht allein der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit führten. Nach jahrzehntelanger Diskussion stehen wir in Österreich heute vor einer Verfassungsreform, die zum ersten Mal durchgehend Verwaltungsgerichte erster Stufe in Österreich einführen wird. Damit ist ein bedeutender Schritt weg vom Verwaltungsstaat und hin zum Justizstaat getroffen. Im Bereich des Unionsrechts, das unser Verfassungsgerichtshof seit einigen Tagen – soweit es die Unionsgrundrechte betrifft – als Verfassungsrecht auffasst und damit seiner Domäne unterstellt, wird sogar etwas wie die seinerzeitige englische Wirrnis sichtbar, denn diese Unionsgrundrechte werden nun von allen Gerichten parallel angewendet, mit der Übersichtlichkeit unseres Rechtsschutzsystems ist es damit vorbei.

Diese Reform, meine sehr geehrten Damen und Herren, war 20 Jahre lang ein Hauptanliegen meines Präsidiums und ihre Verwirklichung mit dem 1. Jänner 2014 ein großer Erfolg. Dennoch erfüllt mich der Abschied von der alten österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit auch mit Wehmut. Sie ist ein Teil einer spezifisch österreichischen Rechtskultur. Diese war – und ist noch heute – von der strikten Gesetzesbindung der Verwaltung an die Gesetze und von einem politisch neutralen Berufsbeamtentum geprägt. Im Verwaltungsgerichtshof wiederum judizieren ehemalige Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit zusammen mit gewieften Verwaltungsjuristen. Ein Nachteil dieses Systems liegt allerdings darin, dass bei aller Gesetzestreue der Beamten in Einzelfällen ein

politischer Einfluss auf das Verwaltungsverfahren zum Tragen kommen kann, der auch in der richterlichen Überprüfung nicht aufgelöst werden kann. Der Vorteil des Systems liegt in der quasi „Erstversorgung“ der Bevölkerung mit Recht: Im Großen und Ganzen kommt der Einzelne ohne größeren Aufwand und ohne größere Kosten zu seinem Recht. Das neue System wird zweifellos die Rechtmäßigkeit perfektionieren. Für den Einzelnen, der dann intensiver um sein Recht „kämpfen“ muss, wird die Hürde höher. In unserem modernen Rechtsschutzdenken neigen wir dazu, die Qualität der Verwaltung vom Rechtsschutz her, also gleichsam von den Reparaturoeinrichtungen her, zu sehen. Genauso wesentlich ist es aber, dass der alltägliche Massenbetrieb einigermaßen rechtmäßig funktioniert. Es ist also zu hoffen, dass die neue Qualität der Verwaltungsgerichte nicht zu Lasten der Qualität der Verwaltung gehen wird, zweifellos eine idealistische Vorstellung. Aber die Verwaltung nur mehr als Politik aufzufassen, das erfüllt mich mit Unbehagen.

Bei der Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit handelt es sich um mehr als um die Erfüllung tagespolitischer Notwendigkeiten oder um ein „Nachziehen“ unseres Rechtsschutzsystems auf Europeaniveau. Zu Grunde liegen tektonische Systemveränderungen, die tiefe rechtsgeschichtliche Wurzeln haben, im Grunde wird das von Tocqueville beschriebene Spiel auch noch heute gespielt. Es ist auch interessant, dass der verfassungspolitische Diskussionsrahmen über Jahrhunderte ziemlich gleich geblieben ist. Der Trias der Staatsfunktionen – Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit und Verwaltung – wohnt ein Spannungsverhältnis inne, das niemals endgültig aufgelöst werden kann, solange wir uns überhaupt in den Bahnen einer herkömmlichen Staats- und Rechtsvorstellung bewegen. Für mich hat die Rechtsgeschichte dazu beigetragen, die Tiefendimension dieser Diskussion zu erkennen, mit anderen Worten: auf der Höhe der Zeit zu argumentieren.



Kommen wir nun zu einem rechtstheoretischen Gesichtspunkt, zum Verhältnis zwischen Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik. Ich bin ein Vertreter der Reinen Rechtslehre, des kritischen Rechtspositivismus der Wiener Rechtstheoretischen Schule. Gegen ihn ist manchmal der Vorwurf erhoben worden, er gäbe auf die Interpretationsfrage keine Antwort. Dies trifft aber in dieser Allgemeinheit nicht zu. Nach neuerer Auffassung der Reinen Rechtslehre ist eine durch ein ermächtigtes Organ erzeugte Rechtsnorm als der Sinn eines Willensaktes aufzufassen, eine positivistische Auslegungstheorie daher auf die Erfassung des Inhaltes dieses Willensaktes zu richten, wofür grundsätzlich alle – semantischen und pragmatischen – Mittel in Betracht kommen. Damit tritt aber die Frage in den Vordergrund, um welche Personen es sich handelt, wenn man nach dem Willen des Gesetzgebers forscht. In der traditionellen Methodenlehre wird dieses Problem durchaus gesehen. Teils wird versucht, zwischen den „Grundvorstellungen“ des formellen Gesetzgebers und der Formulierungsarbeit der tatsächlich

Beteiligten zu unterscheiden (so bei Larenz), teils wird die Konsequenz gezogen, im Zuge der historischen Auslegung alle Mittel bis zur Vernehmung der Beteiligten anzuwenden (so etwa Heck), bisweilen wird mit eher pragmatischen Argumenten die historische Interpretation auf die Heranziehung „urkundlicher Zeugnisse“ beschränkt (Bydlinski).

Die Auslegungsökonomie gebietet es, bei der subjektiven Auslegung bis zu einem bestimmten Grad darauf abzustellen, welche historischen Zeugnisse eine gegebene verfassungsrechtliche Ordnung selbst als primär maßgebend erachtet. Das sind die parlamentarischen Materialien, die zu Grunde liegenden Regierungsvorlagen und Initiativanträge, die Debatten in den gesetzgebenden Körperschaften etc. Aber eine vollständige Abschottung der formalen Quellen von den weiteren tatsächlichen historischen Quellen ist nicht gut möglich.

Dazu tritt noch ein weiteres Moment: In der modernen Legistik wird manchmal, aber nicht allzu häufig mit der Regelung einer Materie Neuland betreten. Meistens handelt es sich um Novellierungen bestehender Gesetze, mitunter um teilweise Kodifikationen oder andere Gliederungen des Rechtsmaterials. In einer derart dynamischen Rechtsordnung kann aber die subjektive (historische) Auslegung einer Bestimmung überhaupt nur im Wege eines quasi „vertikalen Rechtsvergleichs“ gelingen. Nur vor dem Hintergrund der geänderten oder außer Kraft getretenen Bestimmung wird der Sinn des Willensaktes, die Essenz der Neuerung sichtbar. Die Rechtsordnung ist ja keine Schachpartie, bei der die jeweiligen Stellungen keine Geschichte haben und bei jedem Zug immer neue Spieler übernehmen könnten.

Für das Verständnis des positiven Rechts ist dessen historische Entwicklung meiner Ansicht nach unabdingbar, auch wenn man den Ansatz einer „historischen, subjektiven“ Interpretation nicht mit dem gleichen Elan verfolgt wie Ihr Vortragender. Denn ich übersehe nicht, dass namentlich unter dem Einfluss des Unionsrechts das heutige Methodenverständnis viel stärker in die Richtung der „objektiven“ Interpretation geht. Das Idealbild eines auch legislatorisch stufenförmig geprägten Rechtssystems wird heute von einer unerhörten Menge konturloser Rechtsnormen abgelöst, deren Handhabung nur mehr vermittels der elektronischen Rechtsinformation möglich ist und die genau deshalb wiederum diese Art der Rechtsdokumentation notwendig macht. Zwar verkennt keine einigermaßen ernstzunehmende Methodenlehre die Bedeutung der historischen Interpretation, doch wird sie eben an den Rand gedrängt. Oftmals begegnet man auch dem Argument, der Wert der Entstehungsgeschichte einer Rechtsnorm würde im Laufe der Zeit schwächer werden. Wenn dies als ein kausaler Befund gemeint ist, dann wird man dem vielleicht nicht widersprechen können. Aber innerhalb unserer normativen Welt ist das Argument keineswegs überzeugend. Es kommt freilich sehr darauf an, mit welcher Abstraktionsstufe man Rechtsnormen „versteinert“. So kann die Anpassung und Weiterentwicklung einer Norm durchaus im Programm des historischen Rechtsetzers liegen, wie dies etwa für die österreichischen Grundrechte von 1867 der Fall ist. Findet sich

dafür aber kein Ansatzpunkt, so ist nicht einsichtig, weshalb der Wille des historischen Rechtsetzers „verblassen“ sollte.

Die elektronische Rechtsdokumentation hat noch einen anderen Effekt: Die dauernde Herstellung von „Kunsttexten“ verschleiert den Aspekt, dass das geltende Rechtsmaterial eine Folge sukzessiver Rechtsetzungsakte ist, zumindest tritt dieser Aspekt aus dem Fokus. Der Rechtsgeschichte kommt hier die wichtige Funktion zu, frühere positive Rechtslagen zu konservieren. Sicher ist dies – jedenfalls soweit es das Verfassungsrecht betrifft – ein typischer Ausdruck des „modus Austriacus“, mit seiner Vorliebe für eine versteinernde historische Auslegung. Aber ich könnte mir eine Verfassungsinterpretation, eine Handhabung unserer Verfassung, ohne meine Sammlung historischer Rechtstexte überhaupt nicht vorstellen. Soviel also zur Rechtstheorie!



In der zweiten Hälfte der 90er Jahre wurde in Österreich deutlich, dass die nationalsozialistische Vergangenheit noch längst nicht aufgearbeitet war. Insbesondere auf dem Gebiet der Vermögensverschiebungen, Beraubungen und Enteignungen wurden nach 1945 legislative Maßnahmen nur lückenhaft gesetzt. Vor allem gab es kaum systematische Forschungen und unzureichende Detailkenntnisse über diese Zeit. 1998 wurde ich zum Vorsitzenden einer „Historikerkommission“ berufen, die das folgende Mandat erhielt:

„Den gesamten Komplex Vermögensentzug auf dem Gebiet der Republik Österreich während der NS-Zeit sowie Rückstellungen bzw. Entschädigungen (sowie wirtschaftliche oder soziale Leistungen) der Republik Österreich ab 1945 zu erforschen und darüber zu berichten.“

Schon aus diesem Mandat war erkennbar, dass zur Erfüllung der Aufgabe eine enge Zusammenarbeit zwischen der Zeitgeschichtsforschung und der neuesten Rechtsgeschichte anzustreben war. Die Zusammensetzung der Historikerkommission reflektierte dies, denn es gehörten ihr auch Juristen an. Die Forschungen erstreckten sich in vielen Einzelprojekten bis zum Jahr 2003. Ich möchte hier nicht über die Inhalte sprechen, sondern ein Licht auf den damaligen Einsatz der Rechtsgeschichte für Zwecke der Zeitgeschichte werfen:

Der Untersuchungsgegenstand bestand ja nicht nur aus bloßen Tatsachen, sondern auch aus Rechtsnormen, die schließlich Deutungskonstruktionen sind. Dies gilt schon für den Vermögensentzug. Es entsprach gerade der Eigenart des NS-Staates, seine Angriffe auf mehreren Ebenen zu führen. So standen auch unter damaligem Strafrecht rechtswidrige Maßnahmen der Beraubung und gesetzlich ungedeckte Maßnahmen des staatlichen Vermögensentzugs neben minutiös und pedantisch geregelten Verfahren der Vermögensentziehung und Neuinterpretationen geltender allgemeiner Gesetze im nationalsozialistischen Geist durch die Justiz. Unter den rechtsstaatlichen Verhältnissen der Zweiten Republik, in der dann – wie auch immer – „Rückstellungen“ und „Entschädi-

gungen“ erfolgten, war dies notwendigerweise das Ergebnis der Erlassung und Vollziehung von Gesetzen.

Vor allem für die zweite Phase trat daher der juristische Aspekt sehr deutlich in den Vordergrund. Die Historikerkommission entschloss sich daher dazu, vier Hauptgebiete von vornherein auch juristisch-dogmatisch zu analysieren, nämlich die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Republik Österreich zu Rückstellung und Entschädigung nach dem Zweiten Weltkrieg, die Rückstellungsgesetzgebung insbesondere aus zivilrechtlicher Sicht, das Entschädigungsrecht aus sozialrechtlicher Perspektive und das Staatsbürgerschaftsrecht sowie weitere Verwaltungsrechtsmaterien. Dazu ergänzend kamen noch Analysen des einschlägigen Steuerrechts und des Wertpapierrechts. Die Aufgabe der juristischen Gutachter bestand dabei darin, eine kritische Analyse dieser Rechtsnormen zu liefern.

Diese Aufträge führten nicht etwa dazu, dass die Historikerkommission ihre historische Perspektive verlor. Aber einige der von der Historikerkommission behandelten Gegenstände gehörten eben nicht zur Sphäre des „Seins“, sondern zu jener des „Sollens“. In einem bestimmten Sinn stellt das vergangene positive Recht eine Tatsache dar, freilich normativer Art. Für die Beschreibung dieser Tatsachen dienten Juristen als Sachverständige in der Historikerkommission. Zum rechtsdogmatischen Aspekt traten zwei weitere: Es erwies es sich als äußerst relevant, die Entstehungsgeschichte etwa der Rückstellungsgesetzgebung darzustellen, zumal vor allem sozialrechtliche Entschädigungsgesetze – hier insbesondere das Opferfürsorgegesetz – sehr oft novelliert wurden. Weiters kann eine dogmatische Darstellung die Wirksamkeit des Rechts, also seine tatsächliche Vollziehung, nur sehr beschränkt darstellen. Es war daher notwendig, aus den Gerichts- und Verwaltungsakten heraus die tatsächlich durchgeführten Verfahren systematisch zu untersuchen.

Die Historikerkommission hat somit einer jüngeren Generation von Juristen die gute Gelegenheit gegeben, sich in diesen Materien zu profilieren. Dabei kann es zu einer bemerkenswerten Zusammenarbeit zwischen Historikern und Juristen. Deutlich wurde die Grenze zwischen einer juristisch-dogmatischen Analyse, die sich an der Methode der „subjektiven Interpretation“ orientiert, also vornehmlich an Hand der Materialien den Willen des historischen Gesetzgebers zu erkunden trachtet, und der rechtshistorischen bzw. Wirksamkeitsanalyse. Greift die Rechtsdogmatik nämlich üblicherweise (nur) auf die Gesetzesmaterialien und die veröffentlichte – meist letztinstanzliche – Judikatur zurück – vgl. meine früheren Ausführungen –, so die anderen Forschungen etwa auch auf die Aktenbestände der Bundesministerien, die die Gesetzentwürfe vorbereiteten – Vorentwürfe, Beratungsprotokolle, Korrespondenzen –, bzw. wird auch gerade die unterinstanzliche Judikatur oder auch Spruchpraxis der Verwaltungsbehörden herangezogen. Ist bei der dogmatischen Analyse oft nur der „außergewöhnliche Fall“ interessant, der eben zu einem höchstgerichtlichen Urteil geführt hat, so interessiert bei der Wirksamkeitsanalyse der „Durchschnittsfall“. Diesbezügliche Forschungen verlangen daher eine intensive interdisziplinäre Zusammenar-

beit, denn einerseits sind nur Historiker ausgebildet, große Aktenbestände archivtechnisch gekonnt zu finden und zu bearbeiten, müssen andererseits aber an dieses Material spezifische Fragen stellen. Dazu braucht es wiederum Juristen, die aber von den Historikern Auffälligkeiten, Abweichungen, Besonderheiten etc. erfahren müssen, um die Forschungsfrage immer mehr fokussieren zu können. In Bezug auf die Verfeinerung dieser Zusammenarbeit haben die Projekte der Historikerkommission durchaus methodisches Neuland beschritten.

Meine sehr geehrten Damen und Herren, das waren einige kursorische Bemerkungen zu meinen persönlichen Erfahrungen mit der Rechtsgeschichte. Ich wünsche Ihnen ein ertragreiches und angenehmes Symposium in Wien und freue mich darauf, Sie morgen in der Böhmisches Hofkanzlei zu sehen!

Wien, 29. Mai 2012

Univ.-Prof. Dr. Dr.h.c. Clemens JABLONER
Präsident des Verwaltungsgerichtshofes