

Erwin Melichar

(Wien)

**ÜBER DEN RECHTSGESCHICHTLICHEN UNTERRICHT
ALS GRUNDLAGE DES STUDIUMS DES ÖFFENTLICHEN RECHTS**



ÜBER DEN RECHTSGESCHICHTLICHEN UNTERRICHT ALS GRUNDLAGE DES STUDIUMS DES ÖFFENTLICHE RECHTS

I

Daß die geschichtliche Entwicklung eines Staates von besonderer Bedeutung für die Ausprägung seines Rechtes ist, ja sich aus ihr geradezu seine ihm eigene Individualität ergibt und daher auch nur aus der Rechtsgeschichte das volle Verständnis für das Recht der Gegenwart gewonnen werden kann, bedarf wohl keines Beweises. Allerdings erweisen sich bei näherem Zusehen die historischen Erscheinungen der Rechtswelt von durchaus unterschiedlicher Bedeutung für die Gegenwart. Dies gilt sowohl für das Privatrecht als auch für das öffentliche Recht. Aufgabe des rechtsgeschichtlichen Unterrichtes muß es daher sein, jene Rechtsgebilde — Rechtsinstitute ebenso wie Normenkreise — darzustellen und in ihrer historischen Bedingtheit zu erklären, die bis in die Gegenwart herein wirksam geblieben sind, wogegen die im Laufe der Entwicklung zwar aufgetauchten, dann aber wieder abgestorbenen Rechtsercheinungen zwar nicht unerwähnt bleiben sollen, aber doch deutlich als unfruchtbare Randerscheinungen oder überholte Gebilde gekennzeichnet werden müssen. Hier die Spreu vom Weizen zu trennen, ist sicherlich nicht immer leicht. Fest steht nur, daß in jenen Fällen, in denen die heutige Rechtslage in ihrer juristischen Gegenwartsproblematik nur unmittelbar auf Grund bestimmter historischer Gegebenheiten richtig erfaßt, ja vielleicht sogar ihr Inhalt überhaupt nur durch historische Rückblendung erkannt werden kann, die Rechtsgeschichte unmittelbar Gegenwartsbedeutung hat und ihr Unterricht in dieser Beziehung schlechthin unentbehrlich ist. Deshalb sei es gestattet, einmal die Zeitfolge zu vernachlässigen und in umgekehrter Richtung zu fragen, welche Fälle es denn sind, in denen die Rechtsgeschichte ein solch notwendiges Instrument zur Erkenntnis des Rechtes der Gegenwart ist. Da dabei von vornherein klar ist, daß diese Frage sinnvoll stets nur dann in Bezug auf eine bestimmte Rechtsordnung gestellt werden kann, darf ich versuchen, sie in Bezug auf das *österreichische Recht* zu beantworten. Ich möchte mich dabei auf das *öffentliche Recht* beschränken. Weil es auf diesem Gebiet, insbesondere im Bereich des Verfassungsrechtes, viel mehr solche Fälle gibt, als man anzunehmen geneigt ist, kann ich auch hier nicht Vollständigkeit anstreben; ich will vielmehr nur drei Falltypen herausgreifen, die mir besonders bemerkenswert erscheinen.

II

1. Österreich ist ein Bundesstaat. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, die Ausübung der drei Staatsgewalten zuständigkeitsrechtlich auf Bund und Länder zu verteilen. Dabei behält die österreichische Bundesverfassung (B—

VG.)¹ die Gerichtsbarkeit ganz dem Bund vor (Art. 82/1) und verteilt im übrigen die Zuständigkeit auf dem Gebiet der Gesetzgebung und der Verwaltung in sehr unterschiedlicher Weise unter Entwicklung einer großen Anzahl von Typen auf den Bund und die Länder. Rechtstechnisch geschieht dies in der Art, daß die Kompetenzen des Bundes aufgezählt werden und alle übrigen Angelegenheiten im selbständigen Wirkungsbereich der Länder verbleiben (Art. 15/1: föderalistische Generalklausel). Bei der Aufzählung der Bundeskompetenzen mußte sich nun der Verfassungsgesetzgeber zur Abgrenzung notwendigerweise relativ unbestimmter Rechtsbegriffe bedienen und es ergibt sich oft die Frage, welcher Inhalt einem solchen Ausdruck zukommt. In der Erwägung, daß der Verfassungsgesetzgeber eine feste, nicht dem zufälligen Wandel der Zeitanschauungen unterworfenen Kompetenzverteilung schaffen und allfällige Änderungen seiner bewußten Entscheidung vorbehalten wollte, entschloß sich der Verfassungsgerichtshof (VfGH.) zur *historischen Interpretation*. Er mißt diesen kompetenzbestimmenden Ausdrücken des B—VG. im Zweifel jene Bedeutung zu, die ihnen im Zeitpunkt ihrer Entstehung nach dem Stande der damaligen Rechtsordnung zugekommen ist (sogenannte Versteinerungstheorie).²⁻³ Hier öffnet sich nun ein weites Tor für die Rechtsgeschichte, weil sich diese Begriffsinhalte historisch gebildet haben und es sehr oft gar nicht leicht ist, ihre *spezifisch juristische* Bedeutung zu ermitteln. Sicherlich geht es zunächst um den Sprachgebrauch des Verfassungsgesetzgebers; weil man aber annimmt, daß dieser mit dem des damaligen Rechtslebens übereinstimmt, wird auch der Inhalt der seinerzeit getroffenen Regelung als Hilfsmittel zur Feststellung dieses Sprachgebrauchs von Bedeutung sein. Ein Beispiel möge dies verdeutlichen:

Nach Art. 10/1 Z. 9 B—VG. ist Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung das „Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen.“ Unter diesem Kompetenztatbestand ist nach dem Erkenntnis des VfGH. Slg. Nr. 2905/1955 das „Eisenbahnwesen überhaupt“ zu verstehen. Es ergab sich nun die Frage, ob der Bau und der Betrieb landwirtschaftlicher Materialeisenbahnen durch den Eigentümer, Pächter, Fruchtnießer oder sonstigen Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebes für Zwecke dieses Betriebes und ohne Inanspruchnahme fremder Liegenschaften eine Angelegenheit des Eisenbahnwesens ist und die Regelung dieser Materie in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fällt. Zur Entscheidung dieser Rechtslage untersuchte der VfGH. in seinem Erk. Slg. Nr. 3504/1959 die am 1. 10. 1925 in Geltung gestandene Rechtslage und gelangte aus den Regelungen des Eisenbahnkonzessionsgesetzes, RGBL. Nr. 238/1854

¹ Diese Abkürzung bezieht sich auf das Bundes-Verfassungsgesetz 1920. i. d. F. 1929, BGBl. Nr. 1/1930, dem Stammgesetz der österreichischen Bundesverfassung; das Stammgesetz wurde seither mehrfach novelliert und durch eine Fülle von Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen ergänzt, doch ist dies für unser Thema ohne Bedeutung.

² Vgl. das grundsätzliche Erk. Slg. Nr. 2721/1954.

³ Hiefür kommt für die unverändert gebliebenen Bestimmungen der Zeitpunkt des Inkrafttretens der ursprünglichen Kompetenzbestimmung (1. 10. 1925) in Betracht, für die übrigen das Datum des Inkrafttretens der Verfassungsnovelle, durch die sie neu geschaffen oder in die jetzt geltende Fassung gebracht wurden. Dagegen ist es bei eindeutigem Wortlaut einer Bestimmung des B—VG. nach der Rechtsprechung des VfGH. nicht möglich, auf die historische Interpretation zurückzugreifen (vgl. Erk. Slg. Nr. 4340/1962, 4442/1963).

und des Gesetzes über Bahnen niedriger Ordnung, RGBl. Nr. 149/1910 (im Zusammenhang mit dem älteren Gesetz, RGBl. Nr. 2/1895), zu dem Ergebnis, daß diese Seilbahnen keine Eisenbahnen im Sinne des B—VG. sind und ihre Regelung daher der Landesgesetzgebung obliegt.

Der VfGH. hat in der weiteren Folge seiner Rechtsprechung die Methode der Versteinerungstheorie nicht nur bei der Auslegung von Kompetenzartikeln, sondern auch zur Ermittlung der Bedeutung anderer unbestimmter Rechtsbegriffe der Verfassung angewendet.⁴ Abschließend kann daher festgestellt werden, daß die Rechtsgeschichte in allen Fällen von Bedeutung ist, in denen es auf eine historische Interpretation ankommt.

2. Eine *zweite kleinere Gruppe* bilden jene Fälle, in denen das Gesetz selbst auf einen *historischen Titel* Bezug nimmt. Dies kommt vor allem im Verwaltungsrecht vor:

a) Es bestimmt z. B. § 5 des Kirchenbeitragsgesetzes u. a., daß die Verpflichtungen der *öffentlichen Patrone*, zum Sach- und Personalaufwand der unter diese Gesetz fallenden Kirchen⁵ beizutragen, aufgehoben sind. Die Verpflichtungen aus dem Privatpatronat bleiben bestehen. Damit wurde es jetzt von entscheidender juristischer Relevanz, ob ein Patronat als öffentlich oder privat anzusehen ist. Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH.) hat im Anschluß an HÖSLINGER⁶ die Auffassung vertreten, daß der *historische Entstehungstitel* maßgeblich sei.⁷ Um diesen Titel festzustellen und als öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen zu qualifizieren, bedarf es rechtsgeschichtlicher Untersuchung. Tatsächlich lesen sich auch manche, diese Probleme betreffende Erkenntnisse des VwGH. wie rechtshistorische Abhandlungen.⁸

b) Ein anderes Beispiel ergibt sich im Gewerberecht: Nach Art. VII (2) des Kundmachungspatentes zur Gewerbeordnung bestehen als *Realgewerbe*

⁴ Vgl. z. B. das Erk. Slg. Nr. 4586/1963, in dem es um die Abgrenzung der Begriffe „Verein“ (Vereinsversammlung), öffentliche „Versammlung“ und „Veranstaltung“ (im Sinne der Spektakelpolizei) ging, ferner das Erk. Slg. Nr. 3447/1958, in dem der VfGH. das Grundrecht der Freizügigkeit historisch interpretierte, ohne allerdings auf die methodische Frage einzugehen, sowie schließlich das Erk. Slg. Nr. 5579/1967, in dem u. a. die Frage zu entscheiden war, ob die Handhabung des Verwaltungsstrafrechts zum eigenen oder zum übertragenen Wirkungsbereich der Gemeinden gehört.

⁵ Das sind:

Die katholische Kirche, die evangelische Kirche Augsburgischen und Helvetischen Bekenntnisses und die altkatholische Kirche.

⁶ R. Höslinger, ÖJZ. 1948, S. 128 ff., und ÖJZ. 1950, S. 561 ff.

⁷ Erk. des VwGH. Slg. Nr. 1785 A/1950, 4622 A/1958, 5091 A/1959, sowie vom 14. 9. 1960, Zl. 609/60 (Österr. Archiv f. Kirchenrecht — ÖAKR — 1961, S. 51 ff.) und vom 30. 1. 1963, Zl. 1001/62 (ÖAKR 1963, S. 225 ff.).

⁸ Vgl. insbesondere Erk. des VwGH. 5091 A/1959, in dessen Begründung bis auf den Tractatus de iuribus incorporalibus zurückgegriffen wird, um dann über die josephinische Gesetzgebung und Rechtsquellen aus der Zeit des Vormärz zur Entscheidung der gegenwärtigen Frage zu gelangen.

Das einen Inkorporationsfall betreffende Erk. vom 14. 9. 1960, Zl. 609/60, geht sogar von einer Inkorporationsurkunde vom 7. 8. 1439 betreffend eine am 18. 4. 1316 gestifteten Pfarrkirche aus; hier war die Frage zu entscheiden, ob an dieser nach Auflösung des Klosters durch Josef II. wieder selbständig gewordenen Pfarre ein öffentliches oder privates Patronat besteht.

Der VwGH. ist allerdings von seiner Rechtsprechung mit Erk. Slg. Nr. 7188 A/1967 abgegangen und hält nunmehr den Inhaber für maßgebend, sodaß Gemeinden jedenfalls als öffentliche Patrone anzusehen sind. Dieses Erkenntnis ist aber selbst wiederum ein typisches Beispiel dafür, welche Bedeutung die Rechtsgeschichte für die Interpretation des gegenwärtigen Rechts hat.

nur solche weiter, deren Realeigenschaft ausdrücklich anerkannt worden ist, oder bezüglich welcher am 1. 2. 1934 ein Anerkennungsverfahren gelaufen ist. Auch hier muß individuell für das betreffende Gewerberecht ermittelt werden, ob diese Voraussetzung gegeben ist.⁹

c) Als letztes Beispiel möge noch auf das *Wasserrecht* verwiesen werden. Nach § 2 (1) lit. b des Wasserrechtsgesetzes 1959 (WRG.) zählen u. a. auch die Gewässer zu den öffentlichen Gewässern, die schon vor dem Inkrafttreten des WRG. anlässlich der Erteilung einer wasserrechtlichen Bewilligung als öffentliche behandelt wurden, und zwar von der betreffenden Stelle angefangen. Hier kommt es also auf die historische Tatsache der Behandlung als öffentliches Gewässer an. Es bestimmt aber § 2 (2) WRG. überdies noch, daß insoweit, als für öffentliche Gewässer welcher Art immer ein besonderer, vor dem Jahre 1870 entstandener Privatrechtstitel nachgewiesen wird, diese Gewässer als Privatgewässer anzusehen sind. Wir haben damit eine weitere Bestimmung vor uns, die — vor allem in Zusammenhang mit der vorgenannten — unter Umständen weit zurückreichende rechtsgeschichtliche Untersuchungen erforderlich macht.

3. Die *dritte Gruppe* von Fällen ist dadurch charakterisiert, daß entgegen rationalistisch-dogmatischer Betrachtung nur die Erkenntnis des historischen Zusammenhanges zur richtigen Rechtserkenntnis führen kann. Auch hiefür seien wieder zwei Beispiele angeführt:

a) W. BARFUSS erörtert in seiner Schrift „Ressortzuständigkeit und Vollzugsklausel“ u. a. auch die Frage, ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, daß der einfache Gesetzgeber ohne besondere verfassungsgesetzliche Grundlage die Erlassung von bestimmten Verwaltungsakten durch einen Bundesminister an das Einvernehmen mit einem oder mit mehreren anderen Bundesministern binden kann.¹⁰ Er kommt zum Ergebnis, daß dies aus verschiedenen verfassungsrechtlichen Gründen nicht zulässig sei, ohne allerdings für seine Meinung bessere Argumente ins Treffen führen zu können als die Vertreter der Gegenmeinung. Seine Argumentation ist typisch rationalistisch im system-dogmatischen Sinn; er beachtet zu wenig die geschichtlichen Zusammenhänge und übersieht dabei, daß das B—VG. keine erschöpfende Regelung über die Bundesregierung enthält. Eine Verfassungsurkunde regelt, wie Geschichte und Gegenwart zeigen, das, was im Zeitpunkt ihrer Erlassung zu regeln für notwendig gefunden wurde. Auch solche Verfassungsurkunden, die auf Systematik Wert legen, sind keine kompletten „Lehrbücher des Verfassungsrechts“. So läßt auch das B—VG. der politischen Praxis einen weiten Spielraum offen.

⁹ Auch bei den Realapotheken kommt es auf den geschichtlichen Entstehungsgrund und seinen Beweis an. Denn nach § 21 (1) des Apothekengesetzes bleiben für die Beurteilung der Realeigenschaft einer Apotheke die bisherigen Vorschriften in Geltung und nach § 21 (3) *leg. cit.* obliegt es der Partei, die zur Anerkennung der Realeigenschaft einer Apotheke erforderlichen Nachweise selbst beizubringen. Die maßgeblichen (territorial verschiedenen) Vorschriften reichen bis in die zweite Hälfte des 18. Jahrhunderts zurück (vgl. E. Mayrhofer — A. Pace, *Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst*, 5. Aufl., III. Band, Wien 1897, S. 99 f., und insbesondere H. Fohn, *Handbuch der österreichischen Pharmazie*, I. Band, Wien 1930, S. 21, Anm. 7). Die Realkonzessionen selbst sind älter (so wurde z. B., wie sich aus der Sachverhaltsdarstellung des VfGH. ergibt, die Landschaftsapotheke in Judenburg/Stmk mit Bestellbrief vom 22. 7. 1724 errichtet).

¹⁰ W. Barfuß, *Ressortzuständigkeit und Vollzugsklausel*, Wien—New York 1968, insbesondere S. 85 ff.

Daher hat auch die Übernahme der seinerzeitigen Praxis in der Monarchie betreffend das einvernehmliche Vorgehen mehrerer Minister durch den republikanischen Gesetzgeber durchaus einen *guten Sinn*, vor allem im Hinblick auf die Möglichkeit einer Koalition von mehreren kleinen, relativ gleich starken politischen Parteien. So kann diese Praxis selbst bei gleichem Gewicht der dogmatischen Argumente pro und contra vom rechtsgeschichtlichen Standpunkt her als verfassungsrechtlich unbedenklich erkannt werden.

b) Andererseits konnte ich in einer rechtshistorischen Untersuchung nachweisen, daß eine Einrichtung des geltenden Verfassungsrechtes *zum Teil ihren Sinn verloren* hat.¹¹ Es ging um die Bedeutung der Gegenzeichnung von Akten des Staatsoberhauptes durch den zuständigen Minister. Die Untersuchung ergab, daß diese seinerzeit im Rahmen der konstitutionellen Monarchie im Hinblick auf die Unverletzlichkeit und die Unverantwortlichkeit des Monarchen ihren guten Sinn hatte, heute aber nur mehr für jene Akte sinnvoll ist, für die der Bundespräsident nicht zur Verantwortung gezogen werden kann. Da der Bundespräsident heute nach Art. 142 Abs. 2 lit. a B—VG. wegen Verletzung der Bundesverfassung vor dem VfGH. zur Verantwortung gezogen werden kann, ist die Gegenzeichnung insoweit sinnlos geworden, sie ist lediglich traditionalistischer Ballast. Sie hat nur mehr für Rechtsverletzungen des Bundespräsidenten im Rechtsbereich unter der Verfassungsstufe Bedeutung.

III

Die Beispiele sind unvollständig. Sie zeigen aber doch symptomatisch die Bedeutung der Rechtsgeschichte für das öffentliche Recht. Sie tun damit auch die Bedeutung des rechtsgeschichtlichen Unterrichtes dar. Es muß aber andererseits auch betont werden, daß ein rechtsgeschichtlicher Unterricht im Rahmen einer juristischen Studienordnung nur sinnvoll ist, wenn er diese Beziehung zur Gegenwart pflegt und damit in das geltende Recht einführt, wie es seit dem 19. Jahrhundert die österreichischen juristischen Studienordnungen angestrebt haben. Der Rechtshistoriker mag im Bereich der *Forschung* zur Erhellung der Vergangenheit in jeder Beziehung beitragen; das ist verdienstvoll und erwünscht wie bei jeder Sparte der Geschichtsschreibung. Dem *Lehrer* der Rechtsgeschichte ist aber die Aufgabe gestellt, durch seine Kenntnis des geschichtlichen Werdens des Rechts mitzuhelfen, das Recht der Gegenwart zu erkennen, zu begreifen und zu verwirklichen.

¹¹ E. Melichar, Geschichte und Funktion der Gegenzeichnung, insbesondere in der österreichischen Verfassungswicklung, in: Festschrift für H. Lentze, herausgegeben von N. Grass und W. Ogris, Innsbruck 1969, S. 397 ff.